

تقدیر
برچهرگان علم

۲۳۰۲۳

کتابخانه مرکزی دانشگاه امام صادق (علیه السلام)

شماره ۷۹
نسخه ۴



۱۳۷۷ / ۱۱ / ۲۰

مرکز اطلاعیات و کتابخانه علمی ایران
تعمیرات

دانشگاه امام صادق (علیه السلام)

دانشکده معارف اسلامی و حقوق

گرایش / شاخه خصوصی

مفهوم مملحت و جایگاه آن در نظام قانونگذاری

جمهوری اسلامی ایران

پایان نامه کارشناسی ارشد پیوسته

استاد راهنما : جناب آقای دکتر حسین مهرپور

استاد مشاور: حضرت آیه الله سید محمد حسن مرعشی

نگارش از: شهرام حسن پور

شماره دانشجویی: ۶۹۳۰۲۲۵۴۹

تاریخ: مهر ماه ۱۳۷۷

1275/2

۲۳۰۳۳

دانشکده معارف اسلامی و حقوق مسزول عقایدی که

نویسنده در این پایان نامه اظهار نموده است، نمی باشد.

هر نوع استفاده از این اثر منوط به اجازه کتبی از دانشگاه می باشد.

صفحه	عنوان
۱	مقدمه
	بخش اول
	فلسفه احکام شرع
۵	فصل اول
۵	کلیات (مصالح و مفسد)
۶	مبحث اول: مفهوم مصلحت
۶	بند اول: مصلحت در لغت و اصطلاح
۶	بند دوم: مصلحت و مفسد در احکام شرع
۷	بند سوم: عناصر نفع و ضرر در مفهوم مصلحت
۹	بند چهارم: رابطه مصلحت با حکمت و علت
۱۳	مبحث دوم: رابطه مصلحت و احکام شریعت
۱۳	بند اول: قابلیت تعلیل احکام شرعی به مصالح و مفسد
۱۴	الف: احکام مربوط به رابطه انسان با خالق (احکام تعبدی)
	ب: احکام غیر تعبدی که شامل روابط انسان با جهان خلقت و روابط انسانها
۱۵	با یکدیگر می شود:
۱۶	بند دوم: ادله مراعات مصالح در شریعت
۱۷	الف: آیات و روایات
۱۹	ب: اصول و قواعد کلی که بر توجه شرع به مصلحت دلالت می کنند

عنوان	صفحه
فصل دوم:	۲۲
ادراک و شناخت مصالح و مفاسد	۲۲
مبحث اول: نقش عقل در ادراک مصالح و مفاسد	۲۳
بند اول: تقسیمات عقل	۲۵
الف: عقل نظری و عقل عملی	۲۵
ب: مستقلات عقلی «استلزامات عقلی»	۲۵
بند دوم: معانی مختلف حسن و قبح	۲۷
بند سوم: حکم عقل عملی به حسن و قبح	۲۸
بند چهارم: دیدگاه منکرین حسن و قبح عقلی	۳۰
الف: نسبت حسن و قبح عقلی	۳۰
ب: ادله نسبت حسن و قبح نزد اشاعره	۳۲
بند پنجم: دیدگاه شیعه عدلیه درباره حسن و قبح عقلی	۳۴
الف: حسن و قبح عقلی متعلق احکام شرع	۳۴
ب: قاعده ملازمه	۳۶
مبحث دوم: حجیت و اعتبار عقل در شرع	۳۸
بند اول: حجیت عقل در آراء و نظریات فقهای متقدم	۴۰
بند دوم: حجیت عقل در آراء و نظرات فقهای متأخر	۴۲
الف: عنصر قطعیت در آراء فقهای متأخر	۴۵

صفحه	عنوان
۴۷	ب: تفکیک روابط عقل با شرع و عقل با منابع شناخت احکام شرع
	بخش دهم :
	نقش مصلحت در نظام فقهی
۵۰	فصل اول:
۵۰	مصالح مرسله در فقه عامه
۵۱	مبحث اول: ادله فرعی استنباط احکام در فقه عامه
۵۲	بند اول: استحسان و مصالح مرسله و سد ذرایع در فقه عامه
۵۹	بند دوم: تقسیمات مصالح در فقه عامه
۶۱	بند سوم: نمونه‌هایی از کاربرد مصالح مرسله در اجتهاد
۶۱	الف: در معاملات
۶۲	ب: در مالکیت معادن
۶۳	ج: در گرفتن اعتراف از مجرمین
۶۴	د: در اخلاق و عادات اجتماعی
۶۶	مبحث دوم: ادله حجیت مصالح مرسله
۶۶	بند اول: ادراک مصالح و مفاسد به وسیله عقل
۷۰	بند دوم: عمل صحابه
۷۰	بند سوم: پاسخگویی به نیازهای جدید
۷۱	بند چهارم: قواعد فقهی لاضرر و لاجرح

عنوان	صفحه
فصل دوم :	۷۴
نقش مصلحت در فقه شیعه.....	۷۴
درآمد.....	۷۵
مبحث اول: نقش مصلحت در احکام اولیه.....	۷۶
بند اول: مصلحت و کشف ملاکات در احکام اولیه.....	۷۶
الف: کشف و توسعه موضوعات احکام.....	۸۱
ب: زمینه‌های جدید کشف ملاکات در احکام شرع.....	۸۳
۱- تغییر زمینه‌های اجرایی برخی از احکام.....	۸۳
۲- تبدیل نهادهای خصوصی به عمومی.....	۸۷
۳- تاثیر عوامل جغرافیایی و تحولات مکانی.....	۸۹
بند دوم: نقش مصلحت در تراحم احکام.....	۹۰
الف: تفاوت میان تعارض و تراحم.....	۹۲
ب: عوامل ترجیح یا مرجحات باب تراحم.....	۹۳
الف: مصالح ضروری.....	۹۷
ب: مصالح حاجی.....	۹۷
ج: مصالح تزئینی.....	۹۷
مبحث دوم: نقش مصلحت در احکام حکومتی.....	۱۰۲
بند اول: اولی و یا ثانوی بودن احکام حکومتی.....	۱۰۴

عنوان	صفحه
بند دوم: استقلال احکام حکومتی.....	۱۱۳
بند سوم: مقایسه مصلحت در فقه شیعه با مصالح مرسله در فقه عامه.....	۱۱۷
الف: مبانی.....	۱۱۷
ب: منابع و مراجع شناخت مصلحت.....	۱۱۸
بخش سوم:	
مصلحت در حقوق موضوعه:	
فصل اول:.....	۱۲۱
مبانی فلسفی مصلحت در حقوق موضوعه.....	۱۲۱
مبحث اول: ابعاد نظری مصلحت در نظامهای حقوقی معاصر.....	۱۲۲
بند اول: نقش مصلحت در تئوری‌های فلسفه حقوق.....	۱۲۲
الف: مکتب «اصالت نفع».....	۱۲۴
ب: نظریه مصلحت گرایی یا «پراگماتیسم».....	۱۲۵
ج: نظریه «منافع».....	۱۲۶
د: نظریه «نفع عمومی».....	۱۲۷
و: نظریه بازرسی اجتماعی حقوق.....	۱۲۸
بند دوم: مقایسه مبانی نظری مصلحت در حقوق موضوعه با حقوق اسلام ...	۱۳۴
مبحث دوم: ابعاد عملی مصلحت در حقوق موضوعه.....	۱۳۵
بند اول: سکوت قانون در نظام رومی-ژرمنی.....	۱۳۵

عنوان	صفحه
بند دوم: عقل در نظام حقوقی «کامن لا»	۱۳۸
فصل دوم:	۱۴۰
مصلحت در حقوق ایران	۱۴۰
درآمد	۱۴۱
مبحث اول: مصلحت در قوانین موضوعه ایران	۱۴۲
بند اول: سکوت قانون و مصلحت	۱۴۲
بند دوم: قاعده عدل و انصاف	۱۴۵
مبحث دوم: مصلحت نظام	۱۴۸
بند اول: زمینه طرح مصلحت در نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی	۱۵۰
بند دوم: ماهیت ضرورت یا مصلحت در طرح قانونی اراضی شهری	۱۵۵
بند سوم: ضرورت و مصلحت در قانون کار	۱۵۹
بند چهارم: قانون کار و مجمع تشخیص مصلحت نظام	۱۶۳
بند پنجم: ضرورت و یا عدم ضرورت مجمع تشخیص مصلحت نظام	۱۶۵
بند ششم: مجمع افتاء یا شورای اجتهاد	۱۶۸
نتیجه‌گیری	۱۷۴
منابع و مأخذ	۱۸۱

چکیده

موضوع مصلحت در علوم اسلامی دارای مباحثی در رشته‌های کلام و فقه و اصول می‌باشد. در حقوق موضوعه نیز مصلحت عمدتاً در مباحث فلسفه حقوق مطرح می‌باشد. مصلحت به معنی جذب منفعت و دفع مفسدت به عنوان پایه و مبانی کلیه قوانین شرعی و بشری محسوب می‌شود که مورد اتفاق اکثر مکاتب و مذاهب علمی و شرعی می‌باشد. برخی از مذاهب اهل سنت، مصلحت سنجی را به عنوان یکی از دلائل فرعی و تبعی استنباط احکام شرع در کنار سایر ادله اصلی و فرعی بکار می‌برند که نزد آنها به «مصلح مرسله» مشهور می‌باشد. اما فقهای شیعه مصلحت سنجی را بعنوان یک دلیل مستقل بکار نمی‌برند، چونکه مصلحت نزد آنها جزء مبانی احکام محسوب می‌شود و میان مبانی احکام و دلائل احکام تفاوت وجود دارد. زیرا بوسیله دلیل می‌توان حق و تکلیفی را اثبات نمود ولی با استناد به مبانی احکام نمی‌توان حق یا تکلیفی را ثابت کرد.

در حقیقت، مصلحت در فقه شیعه از مظاهر کارکرد دلیل عقل محسوب می‌شود که در باب تزامم بکار می‌رود. در باب تزامم دو حکم وجود دارد که یکی از آنها با تمسک به یکی از مرجحات باب تزامم بر دیگری ترجیح داده می‌شود. مرجحات باب تزامم همگی بر اصل مصلحت سنجی به منظور جلب حداکثر منافع با اقل مضرت استوار هستند. در باب تزامم همچنین ممکن است میان احکام فردی و احکام اجتماعی که به وسیله حکومت اجراء می‌شود، تزامم به وجود بیاید. در این فرض اخیر نیز احکام اجتماعی با استناد به ترجیح منافع عمومی بر احکام فردی مقدم می‌شود.

در حال حاضر یکی از معضلات اساسی فقه شیعه، فقد تجربه کافی در استنباط احکام عمومی باشد که در این پایان‌نامه سعی شده است تا برخی از ضوابط احکام عمومی و حدود آن مورد تجزیه و تحلیل و بررسی قرار بگیرد.

مُلخَصُ العَرَبِيَّةِ

لموضوع المصلحة في العلوم الاسلامية، مباحث حول فروع الفقهيه و الكلامية و أيضاً في قانون الوضعية تُعتبر المصلحة من مباحث فلسفة القانون.

المصلحة بمعنى جذب المنفعة و دفع المضرّة أو المفسدة، تُعتبرُ بناء القوانين الشرعية و البشريه التي، اتفقَ فيها أكثر المكاتب العقلية و المذهبية.

بعض مذاهب أهل السنة يعتبرون تشخيص المصلحة، أحد من الأدلة الفرعية، لاستنباط الاحكام، مع استعمال سائر الأدلة الأصلية و الفرعية.

هذا الدليل يعني تشخيص المصلحة تُسمى خاصاً «بالمصالح المرسله» و ليكن فقهاء الشيعة لا يعتبرونها دليلاً في استنباط الاحكام الشرعيه. لأنّ المصلحة عندهم تُعتبرُ جزءاً من مباني الاحكام فقط و فرق بين دلائل الاحكام و مبانيهم.

مع الدليل يقيم الحق و التكليف و لا يمكن اقامة الحق و التكليف بالبناء الاحكام.

في الحقيقة المصلحة في فقه الشيعة تعتبر أحداً من مظاهر طرق العقليه التي تستعمل في باب التزاحم. إذا يوجد حكمان و يرجحُ احدهما على الآخر بالتَّمسك على احد المرّجحات الباب التزاحم و المرّجحات كُلُّهُم يُبنى على المصلحة لِلجذب أكثر المنفعة الممكنة مع أقل المضرّة و فيها يمكن أيضاً مزاحمة بين الاحكام الفردية و الاحكام الاجتماعية التي تُضمّنها با الحكومة الاسلاميه و ههنا تقدم الاحكام الاجتماعية على الاحكام الفردية لِترجيح المنافع العموميه.

في هذا الزمن يوجد معضاً أساسياً في فقه الشيعة و هو فقد التجربة الكافية في الاستنباط الاحكام العموميه التي سعيَت في هذه الرسالة لتعريف بعض الضوابط الأحكام العمومية و حدودها.

والتسلام عليهم و رحمة الله و بركاته

**Au nom d' Allâh Le Très miséricordieux, Le Toutmisésicos
miséricor dieux.**

*Le suget de "MASLEHAT" dans L'Islam se situe dans les domaines du théa; Logie",
du canon" et de La Jusisprudencet dans Le droit positif il fait parti de la philosophie de droit.
"Maslehat" (L'utilité) en tant que L'attraction de L'internet et L'eloignement du mal, comme La
base de toutes aregles religieuses et humaines, a été accepté (e) Par la plupart des écoles
scientifiques et religieuses. religieuses.*

*Dans certaines branche sunnites "Maslehat" (L'utilité) est considéré comme l'ane des raisons
de la compréhension des regles et La mettent dans la continuité des raisons principales et marginales
qui est connue sous Le nom de*

«مصالح مرسله»

Dans Le canon chiéte "Maslehat" (L'utilité) n'a été Jamais accepté (e).

*Comme L'une des raisons de la compréhension des regles de la loi divine. Car on peut prouver
ou nuire un droit ou un devoir par La raison, mais Maslehat (l'utilité) fait Parti de le fondement Les
regles et a liade du celle - ai on ne peut pas prouver ou nier nu droit ou un devoir.*

*Dans le canon chiéte, on - utilise Maslehat (l'utilité) Comme des sources de la fonction de La
raison et au moment de conflit entre les règles d' et at.*

*Dans Le domaine de conflit, il ya deux ordres dont l'un a été préféré a l'autre pour certaines
privileges.*

*Une autre utilisation de Maslehat qui est très important se manifeste dans Les règles d' état.
Dans cette utilisation il est possible qu'un conflit surgit entre les règles qui ont pour objet les
Sujets personnels et ceux qui contiennent Les sujets collectifs. Dans ce cas, les règles collectifs ont
été préférés par "Maslehat" les règles d'et at sont les générales règles dont le suget est la société et L'
et at Islamique comme Le représentant de L'intérêt public essaie de les appliquer.*

Actuellement L'une des difficultés principales de canon chiéte est Le manque de L'expérience •

«بدینوسیله از همه اساتید زحمتکشی که در طول
هشت سال تحصیل در دانشگاه امام صادق (ع) از
محضر ایشان بهره جستیم، تشکر می‌نمایم.
مخصوصاً نسبت به راهنمایی‌ها و ارشادات جناب
آقای دکتر مهرپور و حضرت آیه مرعشی در تهیه این
پایان‌نامه تشکر و قدردانی می‌شود.»

مقدمه :

مقدمه

پایه و مبانی (Base) احکام و قوانین در مرحله جعل شان بوسیله قانونگذاران مورد توجه قرار می‌گیرند. منبع (Source) و یا دلیل احکام و قوانین در مرحله استنباط و اجرائشان بکار می‌روند. در قوانین شرعی، خداوند شارع و جاعل آنهاست. قوانین شرعی همگی مبتنی بر مصلحت هستند و عقل ما در کشف همه مصالح و مفاسد مورد نظر شارع مقدس ضعیف و ناتوان است.

به هنگام اجرای قوانین شرعی ممکن است میان دو قاتون و یا دو حکم تزامم بوجود بیاید. به عبارت دیگر یکی از آن دو، مانع اجرای دیگری می‌شود.

در اینجا دلیل عقل به ما می‌گوید که یکی از دو حکم می‌بایست اجراء بشود و ترک هر دو جایز نمی‌باشد. برای گزینش یکی از دو حکم نمی‌توان از دلایل و منابع احکام شرع بهره جست. چونکه با دلایل و منابع احکام میتوان حق و یا تکلیفی را اثبات نمود، در حالی که در فرض تزامم با دو حکم ثابت شرعی روبرو هستیم. ناچاراً مجری قانون، علی‌رغم اینکه در مقام شارع و قانونگذار نیست تا با مبانی احکام سروکار داشته باشد ولی، در اینجا مجبور است با توجه به مبانی مصلحت و حکمت و هدف از جعل آندو حکم، یکی را برگزیند.

اگرچه عقل ما در کشف ملاک و مناط و مصالح نهفته در احکام شرع عاجز است، ولی لزوم اولویت و تقدم حکمی که دارای سود و منفعت بیشتر است، در واقع عامل ترجیح و مرجحی است که مورد تأیید خود شارع می‌باشد.

در همین راستا، احکام عمومی همیشه بر احکام دیگر مقدم است. احکام عمومی بوسیله دولت اجراء می‌شود و دولت نماینده اجتماع است و در پی تأمین منافع کلی و عمومی جامعه می‌باشد.

گزینش منافع عمومی بر خصوص نیز ترجیحی شرعی است. این همان چیزی است که امروزه از آن به مصلحت نظام تعبیر می‌شود.

این جریان با دخل تصرف در احکام شرعی و تبدیل حرام و حلال الهی تفاوت دارد. حلال و حرام در مرحله جعل و وضع قوانین موضوعیت می‌یابد. آن‌ها در مقابل همدیگر قرار دارند و تعیین آنها تنها حق شارع مقدس است و با ترجیح یک حکم ذوالمصلحه بر حکم ذوالمصلحه دیگر تفاوت دارد. حتی در پاره‌ای از موارد خود شارع حکم دارای اولویت را به‌نگام تراحم صرفاً بیان کرده است و در سایر موارد از قبیل تقدم احکام عمومی بر شخصی نیز در اصول و قواعد کلی شرع به آنها اشاره کرده است. اینها چکیده فرضیه‌هایی است که در این پایان‌نامه و طی سه بخش متفاوت به آنها پرداخته شده است.

بخش اول:

فلسفه احکام شرع

فلسفه اگر به درستی مورد مطالعه و استفاده
قرار گیرد، دوست و در واقع خواهر رضاعی
شریعت است.

ابن رشد اندلسی

عقل و وحی در اسلام، ص ۷۱.

فصل اول:

کلیات (مصالح و مفاسد)

«... وضع قوانین، تنها برای حفظ مصالح مردم
هم در دنیا و هم در آخرت است و این ادعایی
است که باید در مورد درستی یا نادرستی آن
اقامه برهان شود...»

(شاطبی)

الموافقات، مقدمه کتاب

مبحث اول: مفهوم مصلحت

بند اول: مصلحت در لغت و اصطلاح

مصلحت کلمه‌ای عربی است که با «منفعت» هموزن بوده و به یک معنی می‌باشند. بدین معنی مصلحت در مقابل «مفسدت» قرار می‌گیرد.

از این رو مصلحت را در لغت به هر چیزی که در آن نفعی باشد، معنی می‌کنند. این نفع و سود ممکن است به تحصیل فواید و لذات و یا دفع مضرات و مفساد باشد. مصلحت در اصطلاح شریعت به معنای تامین اهداف شارع می‌باشد. به عبارتی مصلحت به عنوان دلیل و یا علل کلیه احکام شرعی به شمار می‌رود. مصلحت به عنوان هدف شارع در کلید احکام الهی به عنوان حقیقتی است که مورد اتفاق همه فرق و مذاهب اسلامی می‌باشد. این اشتراک در محدوده علم کلام می‌باشد. در فقه و اصول، مصلحت هم در فقه عامه و هم در فقه شیعه کارکردهای ویژه‌ای دارد. اجمالاً اشاره می‌شود که قاعده استصلاح یا مصالح مرسله در فقه عامه به معنای جواز تحقیق و تفحص مجتهد از علل و اهداف احکام شرع، و به کارگیری آنها در استنباط احکام شرع می‌باشد.

بند دوم: مصلحت و مفسدت در احکام شرع

کلیه احکام شرع، تابع مصالح و مفسادی است که در متعلق احکام می‌باشد. این نظر مورد قبول اکثریت فقهاء و دانشمندان اسلامی در فرق و مذاهب مختلف است. گروهی موسوم به اشاعره در نزد عامه، منکر مصالح و مفساد به عنوان متعلق احکام شرعی شدند، که در مباحث بعدی اشاره خواهیم نمود.

«انسان بطور فطری و غریزی همیشه در صدد است که به منافع و مصالح

خودش دست یابد. این مصالح و منافع ممکن است شخصی و خصوصی و یا عمومی و نوعی باشند. انسان در سایه این منافع و مصالح به تکامل می‌رسد. شریعت نیز از پی تکامل انسان است و این هدف در بطن قوانین شرعی متبلور می‌شود. بر این اساس باید گفت مصلحت در مقابل منفسده به طور کلی پایه و اساس تمامی احکام شرع محسوب می‌شود که مورد اتفاق همه مذاهب و فرق اسلامی می‌باشد. یعنی هر آنچه که از طرف شارع واجب شمرده شد، دارای مصلحت و در مقابل آنچه که حرام شده دارای منفسده و مضرات می‌باشد.^(۱) مبنای کلیه قوانین بشری نیز جلب مصلحت و به عبارتی نفع انسان می‌باشد. البته با این تفاوت که قوانین بشری تنها مصالح دنیوی را مبنای قوانین قرار می‌دهند، اما در شریعت هم مصالح دنیا و هم مصالح آخرت بندگان مورد توجه قرار می‌گیرد.

بند سوم: عناصر نفع و ضرر در مفهوم مصلحت

غزالی در بیان مصلحت به دو عنصر اصلی جلب منفعت و دفع ضرر اشاره می‌کند. او در پذیرش این تعریف احتیاط می‌کند و برای اشاره به جنبه‌های مختلف مصلحت آن را به مراقبت بر مقصود شرع تعریف می‌کند. مقاصد شرع از نظر وی بر حفظ پنج امر اساسی دین، جان، عقل، نسل و مال استوار است.^(۲) معمولاً نفع را به لذت و یا راههای وصول به آن و نیز ضرر را به درد و رنج و راههای وصول بدان معنی می‌کنند. عده‌ای نیز تصریح می‌کنند که این دردها و یا لذات صرفاً مادی نبوده، بلکه جنبه‌های معنوی و اخروی را نیز در برمی‌گیرد.

۱- دکتر محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، انتشارات دانشگاه تهران، ص ۱۷۸.

۲- غزالی، المستصفی، ج ۱، صص ۲۸۷ و ۲۸۶