

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه سیستان و بلوچستان
تحصیلات تکمیلی

رساله دکتری در رشته الهیات و معارف اسلامی - فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان:

بررسی تطبیقی احکام ثانوی و احکام حکومتی با استحسان و مصالح مرسله

استاد راهنما:

دکتر محمدرضا کیخا

استاد مشاور:

پرفسور امیرحمزه سالارزائی

تحقیق و نگارش:

خدیجه افشین

(این رساله از حمایت مالی معاونت پژوهشی دانشگاه سیستان و بلوچستان بهره مند شده است)

آذرماه ۱۳۹۸

بسمه تعالی

این رساله با عنوان **بررسی تطبیقی احکام ثانوی و احکام حکومتی با استحسان و مصالح مرسله** قسمتی از برنامه آموزشی دوره دکتری الهیات و معارف اسلامی- فقه و مبانی حقوق اسلامی توسط دانشجو خدیجه افشین با راهنمایی استاد رساله دکتر محمد رضا کیخا و امیر حمزه سالارزائی تهیه شده است. استفاده از مطالب آن به منظور اهداف آموزشی با ذکر مرجع و اطلاع کتبی به حوزه تحصیلات تکمیلی دانشگاه سیستان و بلوچستان مجاز می باشد.

نام و نام خانوادگی دانشجو:

خدیجه افشین

این رساله..... واحد درسی شناخته می شود و در تاریخ توسط هیئت داوران بررسی و درجه به آن تعلق گرفت.

تاریخ

امضاء

نام و نام خانوادگی

استاد راهنما: دکتر محمد رضا کیخا

استاد مشاور: پروفسور امیر حمزه سالارزائی

داور: دکتر حیدر امیرپور

داور: دکتر حسین خاکپور

داور: دکتر احسان سامانی

داور: دکتر علیرضا آبین

نماینده تحصیلات تکمیلی: دکتر ولی الله حسومی



دانشگاه سیستان و بلوچستان

تعهدنامه اصالت اثر

اینجانب خدیجه افشین تعهد می‌کنم که مطالب مندرج در این رساله حاصل کار پژوهشی اینجانب است و به دستاوردهای پژوهشی دیگران که در این نوشته از آن استفاده شده است مطابق مقررات ارجاع گردیده است. این رساله پیش از این برای احراز هیچ مدرک هم سطح یا بالاتر ارائه نشده است.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به دانشگاه سیستان و بلوچستان می‌باشد.

نام و نام خانوادگی دانشجو: خدیجه افشین

امضاء

تقدیم به:

ماحصل آموخته هایم را تقدیم می کنم به آنان که مهر آسمانی شان آرام بخش آلام زمینی ام است
به استوارترین تکیه گاهم، دستان پرمهر پدرم
به سبزترین نگاه زندگی، چشمان سبز مادرم
که هرچه آموختم در مکتب عشق شما آموختم و هرچه بکوشم قطره ای از دریای بی کران مهربانیتان را سپاس
نتوانم بگویم.
امروز هستی ام به امید شماسست و فردا کلید باغ بهیستم رضای شما
ره آوردی گران سنگ تر از این ارزان نداشتم تا به خاک پایتان نثار کنم، باشد که حاصل تلاشم نسیم گونه غبار
خستگیتان را بزدايد.

و برادرانم:

که با هم آغاز کردیم، در کنار هم آموختیم و به امید هم به آینده چشم می دوزیم، قلبم لبریز از عشق به
شماسست و خوشبختی تان منتهای آرزویم.

سپاسگزاری

سپاس خدای را که سخنوران، در ستودن او بمانند و شمارندگان، شمردن نعمت های او ندانند و کوشندگان، حق او را گزاردن نتوانند و سلام و دورد بر محمد و خاندان پاک او، طاهران معصوم، هم آنان که وجودمان وامدار وجودشان است؛ و نفرین پیوسته بر دشمنان ایشان تا روز رستاخیز...

بدون شک جایگاه و منزلت معلم، اجل از آن است که در مقام قدردانی از زحمات بی شائبه ی او، با زبان قاصر و دست ناتوان، چیزی بنگاریم.

اما از آنجایی که تجلیل از معلم، سپاس از انسانی است که هدف و غایت آفرینش را تامین می کند و سلامت امانت هایی را که به دستش سپرده اند، تضمین؛ بر حسب وظیفه و از باب " **من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق** " بر خود لازم می دانم که قدردان تمامی عزیزانی باشم که در ثمررساندن این مجموعه از ارشادات و راهنمایی های ارزشمندشان بهره مند گردیدم.

با تقدیر و تشکر فراوان از اساتید محترم، جناب آقای دکتر محمدرضا کیخا که با فروتنی و سعه صدر زحمت راهنمایی این رساله را بر عهده گرفتند.

از استاد صبور و با حسن خلق جناب پروفسور امیرحمزه سالارزائی، مدیریتی محترم گروه که زحمت مشاوره این رساله را در حالی متقبل شدند که بدون مساعدت ایشان، این پژوهش به نتیجه مطلوب نمی رسید.

با تشکر از دوست گرامیم سرکارخانم جمیله افروشته که دلسوزانه مرا همراهی نمودند.

باشد که این خردترین، بخشی از زحمات آنان را سپاس گوید.

چکیده

جامعه انسانی به فراخور توسعه و گسترش ارتباطات با موضوعات جدیدی رو به رو می‌گردد که لزوم پاسخگویی با رویکرد فقهی-حقوقی آنها را دوچندان می‌کند. در همین راستا توجه به درون‌مایه غنی و جاویدان فقه اسلامی جهت استنباط و کشف احکام این موضوعات، امری ضروری است زیرا پرداختن به مسائل مبتلابه جامعه مدرن امروزی زمینه را برای تطبیق و واکاوی این عناوین در منابع فقه مقارن مهیا می‌سازد و فقهای فریقین را به سمت و سوی سوق می‌دهد که تنها به منابع درون مذهبی بسنده نکرده و از تعصب نسبت به آنها دوری نمایند لذا این پژوهش که به روش توصیفی-تحلیلی و با مراجعه به منابع معتبر تشیع و تسنن تدوین گردیده سعی دارد، به شباهتها و تفاوت‌های میان احکام ثانوی با استحسان و وجوه منطبق بر احکام حکومتی با مصالح‌مرسله بپردازد. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که استحسان از بُعد فقهی با احکام ثانوی ظاهری، در ویژگی‌هایی نظیر فقه‌تبی بودن، اثرپذیری از عرف، نسبت و مبتنی بودن بر ضرورت و مصلحت اشتراک دارد و در بُعد حقوقی نیز عدالت ترمیمی، استحسان را به مثابه روشی منعطف جهت عدول از حکم کلی برای رسیدن به مقاصدالشریعه با عناوینی چون انصاف و عدالت قضایی به کار می‌گیرد. همچنین گرچه پیرامون احکام حکومتی و مصالح‌مرسله اختلاف دیدگاهی وجود دارد لکن اینها، در وجوه اساسی مانند عقل، مصلحت و اهداف شریعت با یکدیگر انطباق دارند و در هیچ‌کدام از دو نهاد نمی‌توان از چارچوب معین شرعی و عقلی عدول کرد و از آنجائی که بُعد اجتماعی، محلّ وقایع مستحدثه می‌باشد، ضرورت پاسخگویی به نیازهای مکلفان و رفع تحریر آنها به مجتهدان واگذار گردیده که جستجو در منابع فقه مقارن و یا بکارگیری کاربست‌های فقهی فرعی مبتنی بر روح شریعت را می‌طلبد. بدین ترتیب بستری را برای تقریب دیدگاه‌های فقهی مذاهب اسلامی مهیا می‌سازد.

کلمات کلیدی: احکام ثانوی- استحسان- احکام حکومتی- مصالح مرسله- تجسّد عقل.

فهرست

عنوان	صفحه
کلیات تحقیق	۱
۱-۱- مقدمه	۲
۱-۱-۱- بیان مسأله	۳
۱-۱-۲- پیشینه تحقیق	۵
۱-۱-۳- ضرورت و اهداف انجام تحقیق	۹
۱-۱-۴- سؤالات تحقیق	۹
۱-۱-۴-۱- سؤالات اصلی	۹
۱-۱-۴-۲- سؤالات فرعی	۹
۱-۱-۵- فرضیه های تحقیق	۱۰
۱-۱-۵-۱- فرضیه های اصلی	۱۰
۱-۱-۵-۲- فرضیه های فرعی	۱۰
۱-۱-۶- روش و ابزار تحقیق	۱۰
۱-۱-۷- ساختار تحقیق	۱۰
فصل دوم:	۱۱
مفاهیم و مبانی نظری تحقیق	۱۱
۲-۲- مفهوم شناسی تحقیق	۱۲
۲-۲-۱- مفهوم حکم	۱۲
۲-۲-۱-۱- حکم در لغت	۱۲
۲-۲-۱-۲- حکم در اصطلاح	۱۳
۲-۲-۱-۲-۱- حکم در اصطلاح فقه	۱۳
۲-۲-۱-۲-۲- حکم در اصطلاح حقوق	۱۴
۲-۲-۱-۲-۲- اقسام حکم در اصول فقه	۱۴
۲-۲-۱-۲-۲- احکام تکلیفی و وضعی	۱۴
۲-۲-۱-۲-۲- احکام مولوی و ارشادی	۱۵
۲-۲-۱-۲-۲- احکام تأسیسی و امضائی	۱۵
۲-۲-۱-۲-۲- احکام واقعی و ظاهری	۱۵
۲-۲-۱-۲-۲- اقسام احکام واقعی	۱۶
۲-۲-۱-۲-۲- احکام واقعی اولیه	۱۶
۲-۲-۱-۲-۲- احکام واقعی ثانویه	۱۶
۲-۲-۱-۲-۲- اهمیت احکام ثانوی در شریعت	۱۷
۲-۲-۱-۲-۲- مبانی و عناوین احکام ثانوی در نصوص	۱۸

- ۲۰-۲-۱-۲-۴-۲- اصول عملیه..... ۲۰
- ۲۰-۲-۱-۲-۴-۲- اقسام و کاربرد اصول عملیه ۲۰
- ۲۴-۲-۱-۲-۴-۲-۱- قیاس، ارکان و انواع آن ۲۴
- ۲۵-۲-۱-۲-۴-۲-۱- استحسان ۲۵
- ۲۵-۲-۱-۲-۴-۲-۱-۱- تعریف لغوی استحسان ۲۵
- ۲۵-۲-۱-۲-۴-۲-۱- تعریف اصطلاحی استحسان ۲۵
- ۲۶-۲-۱-۲-۴-۲-۲- پیشینه تاریخی استحسان ۲۶
- ۲۷-۲-۱-۲-۴-۲-۳- فلسفه و هدف از بکارگیری استحسان ۲۷
- ۲۹-۲-۱-۲-۴-۲-۴-۲- اقسام استحسان ۲۹
- ۲۹-۲-۱-۲-۴-۲-۴-۱- استحسان به نص یا اثر ۲۹
- ۳۰-۲-۱-۲-۴-۲-۴-۲- استحسان به اجماع ۳۰
- ۳۱-۲-۱-۲-۴-۲-۴-۳- استحسان به ضرورت ۳۱
- ۳۲-۲-۱-۲-۴-۲-۴-۴- استحسان به عرف ۳۲
- ۳۳-۲-۱-۲-۴-۲-۴-۵- استحسان به مصلحت ۳۳
- ۳۳-۲-۱-۲-۴-۳- تعریف حکم حکومتی و ویژگی‌های آن ۳۳
- ۳۵-۲-۱-۲-۴-۳-۱- مبانی و مصادیق احکام حکومتی در فقه فریقین ۳۵
- ۳۶-۲-۱-۲-۴-۴-۴- مصالح مرسله ۳۶
- ۳۶-۲-۱-۲-۴-۴-۱- مصلحت از منظر اندیشمندان ۳۶
- ۳۷-۲-۱-۲-۴-۴-۲- تشخیص مصلحت از دیدگاه فریقین ۳۷
- ۳۸-۲-۱-۲-۴-۴-۳- مصالح مرسله از منظر فقهاء و اصولیان ۳۸
- ۳۹-۲-۱-۲-۴-۴-۴- ادله موافقان حجیت مصالح مرسله ۳۹
- ۳۹-۲-۱-۲-۴-۴-۴-۱- استدلال به عقل:..... ۳۹
- ۳۹-۲-۱-۲-۴-۴-۴-۲- استدلال به سیره صحابه: ۳۹
- ۳۹-۲-۱-۲-۴-۴-۵- اعتبار مصالح مرسله از منظر مذاهب اسلامی ۳۹
- ۴۰-۲-۱-۲-۴-۴-۶- اقسام مصالح مرسله ۴۰
- ۴۰-۲-۱-۲-۴-۴-۷- فلسفه تأسیس و کاربرد نهاد مصالح مرسله در فقه فریقین ۴۰
- ۴۳-۲-۱-۲-۴-۴-۸- قلمرو و شرایط بکارگیری مصالح مرسله در فقه اهل سنت ۴۳
- ۴۴-۲-۱-۲-۴-۴-۹- مقایسه استصلاح و مصالح مرسله ۴۴
- ۴۵-۲-۱-۲-۴-۵- عُرْف ۴۵
- ۴۵-۲-۱-۲-۴-۵-۱- تعریف فقهی عرف ۴۵
- ۴۶-۲-۱-۲-۴-۵-۱- تعریف حقوقی عرف ۴۶
- ۴۶-۲-۱-۲-۴-۵-۲- حجیت عرف از دیدگاه فقهاء فریقین ۴۶
- ۴۷-۲-۱-۲-۴-۵-۳- شروط اعتبار عرف ۴۷
- ۴۷-۲-۱-۲-۴-۵-۴- انواع عرف از منظر فقه و حقوق: ۴۷
- ۴۸-۲-۱-۲-۴-۵-۱- عرف عام و عرف خاص از دیدگاه فقه ۴۸
- ۴۸-۲-۱-۲-۴-۵-۲- عرف عام و عرف خاص از دیدگاه حقوق ۴۸

۴۸	۲-۲-۱-۲-۴-۵ - ۵ نقش عرف در شناخت موضوع و تأثیر آن در تحوّل حکم :
۴۹	۲-۲-۱-۲-۴-۶ - ۶ تعریف و ویژگی های عدالت ترمیمی
۴۹	۲-۲-۱-۲-۴-۶-۱ - ۱ تعریف عدالت ترمیمی
۵۰	۲-۲-۱-۲-۴-۶-۲ - ۲ ویژگی های عدالت ترمیمی
۵۱	فصل سوم
۵۱	نسبت سنجی احکام ثانوی و استحسان
۵۲	۳-۱-۳ - مقدمه
۵۲	۳-۲-۲ - مبنای اعتبار و مصادیق احکام ثانوی در فقه امامیه و حقوق ایران
۵۲	۳-۲-۱-۱ - مبنای اعتبار احکام ثانوی
۵۴	۳-۲-۲-۲ - مصادیق فقهی و حقوقی احکام ثانوی و تطبیق آنها با استحسان:
۵۵	۳-۲-۲-۱ - ممانعت از ورود کالا از بلاد کفر
۵۵	۳-۲-۲-۲ - علاوه بر دیه :
۵۶	۳-۲-۲-۳ - استخدام قضات زن
۵۷	۳-۲-۲-۴ - تشریح جسد میت مسلمان
۵۸	۳-۲-۲-۵ - پیوند اعضای انسان زنده یا مرده به انسانی دیگر:
۶۰	۳-۲-۲-۶ - تعیین محل زندگی زوجین موضوع ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی:
۶۰	۳-۲-۲-۷ - موارد حق طلاق برای زوجه، موضوع ماده ۱۱۱۳۰ قانون مدنی:
۶۱	۳-۲-۲-۸ - انتخاب جنسیت جنین
۶۲	۳-۲-۲-۹ - شبیه سازی انسان
۶۵	۳-۲-۳ - استحسان از دیدگاه مذاهب اسلامی
۶۵	۳-۲-۱ - بنابر مذهب احناف
۶۶	۳-۲-۲ - بنابر مذهب مالکیه
۶۶	۳-۲-۳ - بنابر مذهب شافعیه
۶۸	۳-۲-۴ - بنابر مذهب حنابله
۶۹	۳-۲-۵ - بنابر مذهب شیعیان
۷۱	۳-۲-۴ - مناقشه های وارد بر مخالفان استحسان
۷۲	۳-۲-۴-۱ - قرآن
۷۲	۴-۲-۳-۱-۱ - مناقشه قرآنی
۷۲	۴-۲-۳-۱-۲ - مناقشه اصولی
۷۴	۳-۲-۴-۱-۳ - مناقشه فقهی
۷۵	۳-۲-۴-۲ - روایات
۷۶	۳-۲-۴-۳ - اجماع
۷۶	۳-۲-۴-۴ - عقل
۷۸	۳-۲-۵ - عبارت «من استحسن فقد شرع»
۷۹	۳-۲-۶ - عدم اتکاء استحسان بر نص
۸۱	۳-۲-۸ - کاربرد استحسان در فقه

۸۱	۳-۲-۸-۱- حکم انشائی متعه:
۸۱	۳-۲-۸-۱-۱- قرآن:
۸۱	۳-۲-۸-۱-۲- روایات :
۸۱	۳-۲-۸-۱-۳- اجماع :
۸۳	۳-۲-۸-۲- لفظ "حاکم" در مقبوله عمر بن حنظله
۸۳	۲-۳-۸-۲-۱- موافقان تعمیم (نجفی، انصاری و نائینی)
۸۳	۳-۲-۸-۲-۲- مخالفان تعمیم (صاحب کفایه و خوبی)
۸۴	۳-۲-۸-۳- میراث غرقى و مهدوم علیه
۸۵	۳-۲-۸-۴- عدم دلیل بر ضابط بودن قاضی
۸۵	۳-۲-۸-۵- وراثت مجوس
۸۶	۳-۲-۸-۶- سهم امام زمان(عج) در زمان غیبت
۸۶	۳-۲-۸-۷- مرجحات ملتقط
۸۷	۳-۲-۸-۸- نفقه زوجه:
۸۷	۳-۲-۹- کاربرد استحسان با تعابیر دیگر در حقوق
۹۲	۳-۲-۱۰- بررسی سازگاری یا عدم سازگاری شمّ الفقاهه ، ارتکاز عقلا و مذاق شریعت با استحسان
۹۲	۳-۲-۱۰-۱- بررسی شمّ الفقاهه و استحسان
۹۳	۳-۲-۱۰-۲- بررسی ارتکاز عقلا و استحسان
۹۴	۳-۲-۱۰-۳- مذاق شریعت و استحسان
۹۶	۳-۲-۱۱- جمع بندی سنجش انطباق حکم ثانوی و استحسان
۹۸	فصل چهارم:
۹۸	مقایسه احکام حکومتی با مصالح مرسله
۹۹	۱-۴- مقدمه
۹۹	۴-۲- کارکردهای مصلحت
۹۹	۴-۲-۱- مصلحت در مقام تشریح حکم
۱۰۰	۴-۲-۲- مصلحت به عنوان قید متعلق احکام شرعی
۱۰۱	۴-۲-۳- مصلحت در مقام کشف و استنباط احکام
۱۰۱	۴-۲-۴- مصلحت به عنوان منبع صدور احکام حکومتی
۱۰۳	۴-۳- مبنای اعتبار احکام حکومتی و ضوابط آن
۱۰۳	۴-۳-۱- مبنای اعتبار احکام حکومتی
۱۰۵	۴-۴- احکام حکومتی متعارض با نصوص شرعی و راه برون رفت
۱۰۵	۴-۴-۱- تخریب مسجد یا منزل
۱۰۷	۴-۴-۲- تخریب قبرستان
۱۰۸	۴-۴-۳- تخریب اموال دیگران
۱۰۹	۴-۴-۴- تعطیل امور عبادی
۱۱۱	۴-۴-۵- تساوی دیه مسلمان با دیه غیرمسلمان
۱۱۱	۴-۴-۶- حذف خمس از فیء و غنیمت

- ۴-۵- جایگاه احکام حکومتی در ارتقاء ابعاد سیاسی و اجتماعی حج ۱۱۲
- ۴-۶- گستره و حیطة ولایت حاکم اسلامی در موضوع حج ۱۱۳
- ۴-۶-۱- ادله نقلی گستره ولایت حاکم اسلامی ۱۱۴
- ۴-۶-۲- دلیل عقلی گستره ولایت حاکم اسلامی ۱۱۴
- ۴-۶-۳- دلیل عقلی -نقلی گستره ولایت حاکم اسلامی ۱۱۵
- ۴-۷- تطبیقات صدور حکم حکومتی در ارتقای ابعاد سیاسی - اجتماعی حج ۱۱۶
- ۴-۷-۱- تطبیقات صدور حکم حکومتی در ارتقای ابعاد سیاسی حج ۱۱۶
- ۴-۷-۱-۱- حکم حاکم در استهلال ۱۱۶
- ۴-۷-۱-۲- ثمرات اعلان براءت از مشرکان بر ارتقای بعد سیاسی حج ۱۱۸
- ۴-۷-۲- تطبیقات صدور حکم حکومتی در ارتقای ابعاد اجتماعی حج ۱۱۹
- ۴-۷-۲-۱- نقش حکم حکومتی بر ممانعت از تشرّف به حج بدهکاران مالیاتی ۱۱۹
- ۴-۷-۲-۲- نقش حکم حکومتی بر ممانعت از تشرّف به حج قاچاقچیان و حاملان مواد مخدر ۱۲۱
- ۴-۷-۲-۳- نقش حکم حکومتی بر ممانعت از تشرّف به حج قاچاقچیان کالا ۱۲۲
- ۴-۸- اعتبار مصالح مرسله در فقه مذاهب اسلامی ۱۲۴
- ۴-۸-۱- مذهب احناف ۱۲۴
- ۴-۸-۲- مذهب مالکیه ۱۲۴
- ۴-۸-۳- مذهب شافعیه ۱۲۴
- ۴-۸-۴- مذهب حنابله ۱۲۴
- ۴-۸-۵- مذهب ظاهریه ۱۲۵
- ۴-۸-۶- مذهب امامیه ۱۲۵
- ۴-۹- اشکالهای وارد بر کاربست مصالح مرسله از منظر امامیه ۱۲۷
- ۴-۹-۱- ایراد اول ۱۲۷
- ۴-۹-۲- ایراد دوم ۱۲۷
- ۴-۱۰- ضوابط اعتبار مصالح مرسله در فقه اهل سنت ۱۲۹
- ۴-۱۱- مصادیق بکارگیری مصالح مرسله در فقه امامیه ۱۳۰
- ۴-۱۱-۱- احتکار ۱۳۰
- ۴-۱۱-۲- مالکیت فکری یا معنوی ۱۳۱
- ۴-۱۱-۳- قوانین راهنمایی و رانندگی ۱۳۲
- ۴-۱۱-۴- بیمه: ۱۳۳
- ۴-۱۲- مصادیق کاربست مصالح مرسله در قانون ایران ۱۳۶
- ۴-۱۲-۱- امنیت عمومی ۱۳۶
- ۴-۱۲-۲- آموزش عمومی ۱۳۷
- ۴-۱۲-۳- تابعیت اشخاص ۱۳۸
- ۴-۱۲-۴- اقامتگاه ۱۳۸
- ۴-۱۳- کارکرد انواع عقل و ارتباط آنها با مصالح مرسله ۱۳۹
- ۴-۱۳-۱- عقل نظری یا قوه عالمه ۱۳۹

۱۴۰	۱۳-۴-۲- عقل عملی یا قوه عامله
۱۴۰	۱۳-۴-۳- عقل ابزاری(عقل معاش)
۱۴۱	۱۴-۴-۱- موجّه شرعی و عقلی اعتبار مصالح مرسله در فقه فریقین
۱۴۲	۱۵-۴-۱- تطبیق مؤلفه‌های مصالح مرسله و عقل جهت تبیین قلمرو مشترک آنها
۱۴۲	۱۵-۴-۱- موضوع
۱۴۳	۱۵-۴-۲- زمان
۱۴۳	۱۵-۴-۳- قلمرو
۱۴۳	۱۵-۴-۴- مقصد
۱۴۴	۱۵-۴-۵- ابزار یا منبع
۱۴۴	۱۵-۴-۶- پایه و اساس
۱۴۵	۱۶-۴-۱- ارتباط منطقه‌الفراغ و عقل و تأثیر آن بر اعتبار مصالح مرسله از منظر اندیشمندان
۱۴۵	۱۶-۴-۱- متون دینی فریقین
۱۴۵	۱۶-۴-۲- دیدگاه عالمان فریقین
۱۴۶	۱۶-۴-۳- عقل:
۱۴۷	۱۷-۴-۱- تجلّی عقل در قالب مصالح مرسله و اعتبارسنجی آن از منظر فقهای امامیه
۱۵۰	۱۸-۴-۱- تبیین مصادیق احکام حکومتی مبتنی بر مصالح مرسله در قلمرو منطقه‌الفراغ
۱۵۰	۱۸-۴-۱- حکم سه طلاق در مجلس واحد
۱۵۰	۱۸-۴-۲- نرخ‌گذاری کالا
۱۵۱	۱۸-۴-۳- تعزیر مالی
۱۵۲	۱۸-۴-۴- ازدواج موقت
۱۵۲	۱۸-۴-۵- استعمال توتون و تنباکو
۱۵۳	۱۸-۴-۶- اصل ۲۸ ق.اساسی
۱۵۳	۱۸-۴-۷- مجمع تشخیص مصلحت نظام
۱۵۳	۱۹-۴-۱- آراء فقهاء موافق و مخالف انطباق عقل با حکم حکومتی و مصالح مرسله
۱۵۵	۲۰-۴-۲- وجوه انطباق احکام حکومتی و مصالح مرسله
۱۵۵	۲۰-۴-۱- عقل و سنجش انطباق احکام حکومتی و مصالح مرسله:
۱۵۶	۲۰-۴-۲- مصلحت و سنجش انطباق احکام حکومتی و مصالح مرسله
۱۵۷	۲۰-۴-۳- اهتمام به مقاصد شریعت وجه منطبق حکم حکومتی و مصالح مرسله
۱۶۱	فصل پنجم
۱۶۱	نتیجه‌گیری

فصل اول

کلیات تحقیق

شارع مقدس نیازهای فطری‌ای، در وجود انسان‌ها نهاده است که متناسب با آنها، احکامی نیز در راستای پاسخگویی به نیازهای آدمی تشریح کرده است. ویژگی این نیازها، ثبات و طبیعی بودن می‌باشد لکن راههای برآورده کردن نیازهای انسان، حسب شرایط و تحولات جامعه بشری، ضرورت تغییر می‌یابند از جمله احکامی که خداوند حکیم، با رعایت احوال فرد مکلف جعل نموده، احکام ثانویه است که نقش و اهمیت آنها، نسبت به احکام اولیه نه تنها کمتر نیست بلکه در صورت عدم تشریح آنها توسط شارع، مکلف با حرج و سختی مواجه می‌گشت و فقه اسلامی نیز با نوعی کاستی و نقصان همراه بود بعلاوه بسیاری از افعال مکلفین بدون حکم باقی می‌ماند زیرا از یکسو انسان مقتضیات گوناگونی را در طول زندگی خویش تجربه می‌کند لذا شرایطش، تابع نظم و انضباط معین و یکنواخت نیست. یکی از مزایای احکام ثانوی این است که، قلمرو و کارکرد این احکام، محدود به یک بخش نمی‌شود بلکه در تمامی ابواب فقه ساری و جاری هستند. شارع در کنار تشریح حکم شرعی برای شرایط عادی، حکم شرعی شرایط اضطراری و غیرعادی را نیز موردتوجه قرار داده و آن را تبیین نموده است لذا هنگامی می‌توان به حکم ثانوی عمل نمود که شرایط حاکم بر مکلف غیرعادی و موضوع حکم ثانوی نیز تحقق یابد. متناسب با احکام ثانویه در فقه امامیه، استحسان قرار دارد که یکی از منابع فرعی برخی مذاهب اهل سنت است. استحسان، یکی از اصطلاحات دیرینه در علم اصول می‌باشد که علی‌رغم زیبایی لفظی اما در اصطلاح نزد برخی مذاهب مورد نقد و نفی واقع گردیده است. عواملی که مسبب بدبینی به استحسان و منجر به افزایش نقدها شد فی‌الجمله عبارتند از: ۱- تعصب نسبت به منابع فقه ۲- ترس از تحریف در محتوا یا عمل مسلمانان ۳- عدم معرفی صحیح و ناشناخته بودن این واژه ۴- عملکرد نادرست افراد در بکارگیری آن در زمانهای گذشته و... نهاد استحسان چون شاخه‌ای از قیاس محسوب می‌شود و از طرفی قیاس خوشنام نیست و از عمل به قیاس نهی شده است لذا این بدبینی نسبت به استحسان نیز تسری یافت. در حالی که می‌توان، شالوده استحسان را در مواردی نظیر بنای عقلا با عنوان ارتکاز عقلایی و یا حتی در عقل با در نظر گرفتن مصلحت و زیربنای عرف که دارای بُرد و چشم انداز گسترده‌ای است، به شمار آورد. اصطلاح بنای عقلا تنها شامل عمل و سلوک نیست بلکه شامل "مرتکبات عقلایی" «یعنی احکام عقلایی که در ژرفای ادراک و فطرت خردمندان وجود دارد، هرچند بر طبق آن سلوک عملی ندارند» نیز می‌شود. (فیض، ۱۳۹۷، ۲۲۴) اما قبل از هر امری باید در میان تعاریف متنوع استحسان، تعریف مقصود را مشخص کرد تا از خلط تعاریف جلوگیری شود و یا تعریفی جامع و مانع ارائه داد. گرچه؛ اصطلاح استحسان دیر زمانی است که از در کتب اصولی امامیه حذف شده است لکن می‌توان

شاهدکارایی‌های آن در قالب عدالت‌ترمیمی که ناظر به رعایت انصاف و توجه به شخصیت، شرایط و مقتضیات زمانی و مکانی فرد اعم از بزهدکار، بزه دیده و... بود. نهاد استحسان بمثابه یک قانون نرم در قبال افراد در مقابل قانون نقش آفرینی می‌نماید و از طرفی استحسان از سوی افراد عادی و با هر دستاویزی بکارگرفته نمی‌شود بلکه در مواقع ضرورت و توسط افراد برجسته و با هدف مصلحت‌یابی اعمال می‌گردد تا مبدا هتک حرمتی نسبت به شرع و قانون صورت بگیرد. به هر حال بازنگری در مفهوم استحسان، جایگاه و کارایی آن می‌تواند به اندیشه‌ای جدید و رویکردی بدیع نسبت به این نهاد بینجامد و باعث تغییر در دیدگاه اندیشمندان گردد.

مصالح مرسله نیز اصطلاح اختصاصی فقه اهل سنت است که برای استنباط احکام شرعی در موضوعات مالانص‌فیه بر محور مصلحت به کار می‌رود و دارای دو معنا است. معنای عام؛ این نهاد توسط خلیفه اول وارد صحنه اجتهاد شد که تشریح حکم در مسائل جدید را بر اساس مصلحت‌اندیشی حتی برخلاف کتاب یا سنت مجاز میدانست و معنای خاص آن، توسط مالک بن انس طرح‌ریزی شد که برای مصالح‌مرسله، ضوابطی معین کرد تا در چارچوب حفظ مقاصد شریعت حرکت نماید. (خضری، ۱۹۶۵، ۳۶۲) فقیهان شیعه، مصالح‌مرسله را به عنوان منبع و پایه شناخت احکام الهی، چه در مسائل عبادی و چه در مسائل معاملاتی، به دلیل ظنی‌الدلاله بودن نپذیرفته‌اند؛ فقهای امامیه، عمل به مصلحت را در صورتی که قطعی باشد، جایز می‌دانند. در کتب اصولی اهل سنت، مصالح مرسله با الفاظ متعددی ذکر شده است. استصلاح، از جمله این اصطلاحات می‌باشد که، در فقه فریقین به ویژه، فقه سیاسی دارای اهمیت است. استصلاح نوعی حکم‌کردن عقلی بر پایه مصلحت است در مواقعی که نصی نیست پس اگر بتوان قیاس کرد، نوبت به استصلاح نمی‌رسد. احکام حکومتی، مورد تایید شرع^۱ و دائرمدار مصلحت عمومی هستند. مصلحتی که مستند صدور حکم حکومتی است، زمانی، مکانی و برحسب شرایط تغییر می‌کند و قابلیت دوام ابدی ندارد زیرا مقتضیات زمانی و مکانی و مصالح پسینی مسبب صدور این احکام‌اند به بیان دیگر این احکام با عروض شرایط مختلف زمانی و مکانی موضوعیت خویش را از دست داده و سالبه به انتفاء موضوع می‌شوند. (نمازی‌فر، ۱۳۷۹، ۵۸)

۱-۱-۱- بیان مسأله

احکام شرعی شامل اولیه، ثانویه و حکومتی می‌شوند که هر یک متناسب با شرایط شخص مکلف و یا مقتضیات اجتماع اسلامی لزوم صدور و اجرا می‌یابند. احکام ثانوی از سوی شارع با در نظر گرفتن احوال فرد و دگرگونی‌های

۱. سیره معصومین (علیهم‌السلام)، سوره نساء، ۵۹.

حاکم بر جامعه انسانی تشریح شده اند چنانکه تعاریف این احکام، به عناوینی می پردازد که صبغه ای غیرعادی دارند مثلاً حکم ثانویه اینگونه معرفی شده است: « حکم ثانویه، حکمی است که بر موضوعی به وصف اضطرار، اکراه و دیگر عنوانهای عارضی بار می شود مانند جواز افطار در ماه رمضان، نسبت به کسی که روزه برایش ضرر دارد یا موجب حرج او است و سبب نامگذاری چنین حکمی به حکم ثانوی آن است که، در طول حکم اولی قرار دارد. (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۹، ۱۱۶) آیات ۱۷۳/بقره، ۱۰۶/نحل، ۲۳/اسراء و برخی روایات، عناوین ثانویه را شامل: ضرورت، حفظ نظام و مصلحت جامعه اسلامی، ضرر و ضرار، عسر و حرج، نذر و عهد و قسم، تقیه و... آورده اند.

استحسان، منبع تبعی استنباط احکام از منظر برخی مذاهب اهل سنت می باشد و قسمی از قیاس محسوب می گردد. تعریف های بسیاری از این نهاد در کتب اهل سنت یافت می شود لکن تعریفی که بصورت دقیق حد و مرز و شرایط بکارگیری استحسان را مشخص نماید، به ندرت مشاهده می گردد زیرا هریک از مذاهب اهل سنت با پیش زمینه ذهنی ناشی از میل درونی نسبت به این اصطلاح اظهار نظر کرده اند و به همین دلیل تعاریف از وحدت و انسجام برخوردار نیست با این حال منقول از کرخی آمده است: چشم پوشی از حکم مساله ای که همسان آن پیشتر داده شده است و روی آوردن به حکم مساله ای برخلاف آن، به خاطر دلیلی قویتر زیرا دلیل قوی سبب چشم پوشی از حکم همانند مساله گردیده است. (الزرقاء، ۱۹۶۸م، ج ۱، ۷۷) احکام حکومتی یا ولایی، نوعی از احکام با پشتوانه شرعی از قبیل آیات قرآن (نساء/۵۹، کهف/۷۷ و ۸۸، آل عمران/۱۵۹) و روایات (الصدوق، ۱۹۶۶م، ج ۱، ۲۵۱ و المفید، ۱۴۱۳ق، ۸۱۰) و حکم عقل و بنای عقلا هستند زیرا لزوم تشکیل حکومت و رهبری جامعه اسلامی جزء واضحات فقه اسلامی و از اعتبارات عقلایی است. (خامنه ای، ۱۳۸۰، ۱۷) این قبیل احکام، در اختیار حاکم اسلامی قرار دارند که حسب شرایط و با تشخیص موارد و موضوعات، ضرورت صدور و لزوم اجرا و اطاعت می یابند. تعاریف متفکران اسلامی از این احکام گویای وحدت محتوایی و تفاوت در لفظ است لکن از حیث مرتبه و انتساب احکام ولایی، دیدگاههای فقها یکسان نمی باشد. صاحب جواهر، حکم حکومتی را اینگونه تعریف می کند: « به فرمانی که برای اجرای حکم شرعی یا وضعی یا اثبات موضوع آنها در مورد خاصی، از سوی حاکم (اسلامی) صادر می شود، حکم حکومتی اطلاق می گردد.» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ۱۰۰) برخی آنها را در طول احکام اولیه، برخی هم ردیف با احکام اولیه و اندیشمند دیگری آن را مستقل محسوب می کند.

مصالح مرسله نیز از منابع فرعی فقه بعضی فِرَق اهل سنت می باشد و به مصلحتی اطلاق می گردد که دلیلی ناظر بر اعتبار یا عدم اعتبار آن در شرع نرسیده باشد. (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ۲۸۶۱ و زلمی، ۱۳۶۶ق، ۸۴) و محدوده بکارگیری

آن در راستای استنباط احکام غیرعبادی ای که با رعایت ضوابط شرعی، همراه باشد. در باب پذیرش یا عدم پذیرش مصالح مرسله افراط و تفریط هایی صورت گرفته است زیرا فقهای متقدم امامیه به دلایل مختلفی مطلقاً این نهاد را رد کرده اند اما آرای فقهای معاصر با انعطاف و تعدیل همراه است مثلاً برخی از علمای شیعه در مورد مصالح مرسله معتقدند: « در مقام فتوا باید از صدور فتوای مبتنی بر مصالح مرسله پرهیز کرد، مگر آن که فقیه به مصلحت قطعی رسیده باشد و شرایط را فراهم و موانع را منتفی ببیند. ولی حاکم شرعی می تواند بر اساس مصالح مرسله عمل کرده و فرامین خود را مطابق آن پایه ریزی کند. در مسائل اجتماعی، حکومتی و اداری، تحقق قطع و یقین لازم نیست، بلکه ظن عرفی نیز کفایت می کند و اساس صدور فرمان های ولایی بر این اصل مبتنی است» (تسخیری، ۱۳۸۳، ش ۴۰-۳۹، ۱۰۷)

پژوهش حاضر بعد از تعریف عناوین چهارگانه (احکام ثانوی، استحسان، احکام حکومتی، مصالح مرسله) به بررسی مبانی آنها و سپس به ذکر مصادیق هریک از این موضوعات در حوزه های فقه و حقوق می پردازد تا مشابهت ها و تفاوت های احکام ثانوی با استحسان و احکام حکومتی با مصالح مرسله مشخص و معلوم گردیده و زمینه ای برای بازنگری یا اصلاح دیدگاهها انجام شود که منتج به تقریب آراء مذاهب اسلامی گردد. با توجه به اینکه فقهای امامیه، استحسان و مصالح مرسله را حجت نمی دانند اما احکام حکومتی و احکام ثانویه را قبول دارند، در این پژوهش سعی بر آن است که اولاً بررسی شود که احکام ثانوی و احکام حکومتی چه نسبتی با استحسان و مصالح مرسله دارند؟ ثانیاً در اقوال فقهای امامیه و قوانین اسلامی ایران چه میزان از استحسان و مصالح مرسله بهره جسته اند؟

۲-۱-۱- پیشینه تحقیق

طبق بررسی های صورت گرفته در خصوص موضوع عناوین چهارگانه تحقیق حاضر در منابع فقهی مقارن به صورت تطبیقی مشاهده نگردید حتی کتب اصولی متقدمان امامی مذهب به اصطلاح های استحسان و مصالح مرسله توجهی نداشته و یا بطور موجز تنها به رد و طرد آنها اشاره نموده اند لذا جستاری که به بررسی عناوین چهارگانه در منابع اهل سنت و امامیه بپردازد، مشاهده نگردید. مع الوصف موارد ذیل به همراه نتایج آنها، شایان ذکر می باشد :

۱- پایانامه ای با عنوان "مفهوم و حجیت مذاق شریعت در فرایند استنباط احکام فقهی" نگارنده: ابوالفضل علیشاهی

اساتید راهنما و مشاور: حسین ناصری مقدم و حسین صابری، دانشگاه فردوسی مشهد، پاییز ۱۳۸۸

نتیجه: اصطلاح مذاق شریعت، نخستین بار بوسیله سیدجواد عاملی و شاگردش نجفی به کار رفته است. پس از ایشان فقیهان دیگر، به گونه فراوان از این اصطلاح بهره برده اند، هرچند پیش از آنها غزالی از آنها بهره برداری کرده است. استحسان در لغت به معنای نیکو شمردن چیزی در اصطلاح اهل سنت در یک تعریف، به معنای عدول از حکمی به حکم دیگر و یا استثنای از قواعد می باشد. در بررسی مصادیق به دست آمد که برخی مصادیق مطرح شده از جانب اهل سنت با استناداتی که فقیهان شیعه درباره مذاق شارع دانسته اند، همسان می باشد و شباهتهایی را می توان برقرار کرد. هر چند از جهات دیگر می توان این دو اصطلاح را با هم متمایز دانست.

۲- پایان نامه کارشناسی ارشد: " بررسی تطبیقی مصالح مرسله و مصالح حکومتی " نگارنده : شادروان ، شهرام

اساتید راهنما: مهدی هادوی تهرانی ، دانشگاه امام صادق(ع) ، ۱۳۷۸

نتیجه پژوهش: اهل سنت ، حکومت و احکام سلطانی را فقط از جنبه تاریخی و بصورت شرح حال حکام و سلطانی که بر جامعه اسلامی حکم رانی نموده اند ، بدون در نظر گرفتن حکومت ناب اسلامی و استحقاق اولوالامر برای زمامداری جامعه اسلامی که توسط خود آن حضرت صلی الله علیه و آله شناسانده شده اند و نیز ولایت فقیهان در زمان غیبت ، بررسی نموده اند.

۳-پایان نامه کارشناسی ارشد: " بررسی مبانی و ادله احکام حکومتی مقام معظم رهبری " نگارنده : مرتضی حاجی

پور استاد راهنما: محمد امین فرد ، دانشگاه تبریز، دی ماه ۱۳۹۴

نتیجه پژوهش: حکم حکومتی یا در راستای اجرای احکام اولیه و ثانویه است یا دستوری صادره از سوی حاکم اسلامی در سایه احکام کلی و مصلحت می باشد یا دستور العمل های جزئی، عزل و نصب ها است. این احکام، با گستره آن در حقوق عمومی و در صورت لزوم- وجود مصلحت- حتی در قلمرو حقوق خصوصی افراد، حق دخل و تصرف برای حاکم را محفوظ می داند، همچنین در گستره اطاعت از حکم حکومتی حاکم اسلامی بر همه افراد حتی دیگر مجتهدین جامع الشرایط لازم است. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز باتوجه به اصل هایی همچون اصل ۵۷، ۱۱۰، ۱۱۲ و ۱۱۳ صدور حکم حکومتی از وظایف رهبری شمرده شده است.

۴-پایان نامه کارشناسی ارشد: " بررسی فقهی تعارض احکام حکومتی با حقوق اشخاص " نگارنده: هادی کوشکی

استاد راهنما: علیرضا رستمی قفس آبادی ، دانشگاه قم، تابستان ۱۳۹۵

نتیجه پژوهش: احکام حکومتی ممکن است در زمینه های سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و مذهبی باشد، در مواردی با حقوق اشخاص متعارض است. برخی فقها معتقدند که حکم حکومتی صادره از ولی فقیه بر همه احکام دیگر مقدم