

کتابخانه تخصصی  
فنون و صنایع دستی



باسمه تعالی  
تاییدیه اعضای هیات داوران حاضر در جلسه دفاع از رساله دکتری

بدینوسیله گواهی می شود خانم مهدیه محمدتقی زاده در تاریخ 1395/06/07 از رساله دکتری واحدی خود با عنوان: « جایگاه اصل مصلحت در نظام قانونگذاری اسلامی و تطبیق آن در حقوق خانواده » دفاع کرده است. اعضای هیات داوران نسخه نهایی این رساله را از نظر فرم و محتوا بررسی کرده و پذیرش آنرا برای دریافت درجه دکتری تخصصی (Ph.D) تأیید می نمایند.

اعضای هیات داوران	نام و نام خانوادگی	رتبه علمی	امضاء
1- استاد راهنما (اصلی)	خانم دکتر طوبی شاکری گلپایگانی	استادیار	
2- استاد راهنما (دوم)			
3- استاد مشاور (اول)	خانم دکتر عزت السادات میرخانی	استادیار	
4- استاد مشاور (دوم)	خانم دکتر نهله غروی نائینی	استاد	
5- استاد ناظر (داخلی)	آقای دکتر محمدباقر پارساپور	استادیار	
6- استاد ناظر (داخلی)	خانم دکتر هاجر آذری	استادیار	
7- استاد ناظر (خارجی)	آقای دکتر سیدمهدی دادمرزی	استادیار	
8- استاد ناظر (خارجی)	آقای دکتر مهرزاد ابدالی	دانشیار	
9- نماینده شورای تحصیلات تکمیلی	خانم دکتر کبری روشنفکر	دانشیار	

# آیین نامه حق مالکیت مادی و معنوی در مورد نتایج پژوهش های علمی

## دانشگاه تربیت مدرس

**مقدمه:** با عنایت به سیاست های پژوهشی و فناوری دانشگاه در راستای تحقق عدالت و کرامت انسانها که لازمه شکوفایی علمی و فنی است و رعایت حقوق مادی و معنوی دانشگاه و پژوهشگران، لازم است اعضای هیأت علمی، دانشجویان، دانش آموختگان و دیگر همکاران طرح، در مورد نتایج پژوهش های علمی که تحت عناوین پایان نامه، رساله و طرح های تحقیقاتی با هماهنگی دانشگاه انجام شده است، موارد زیر را رعایت نمایند:

**ماده ۱-** حق نشر و تکثیر پایان نامه/ رساله و درآمدهای حاصل از آنها متعلق به دانشگاه می باشد ولی حقوق معنوی پدید آورندگان محفوظ خواهد بود.

**ماده ۲-** انتشار مقاله یا مقالات مستخرج از پایان نامه/ رساله به صورت چاپ در نشریات علمی و یا ارائه در مجامع علمی باید به نام دانشگاه بوده و با تایید استاد راهنمای اصلی، یکی از اساتید راهنما، مشاور و یا دانشجوی مسئول مکاتبات مقاله باشد. ولی مسئولیت علمی مقاله مستخرج از پایان نامه و رساله به عهده اساتید راهنما و دانشجو می باشد.

**تبصره:** در مقالاتی که پس از دانش آموختگی بصورت ترکیبی از اطلاعات جدید و نتایج حاصل از پایان نامه/ رساله نیز منتشر می شود نیز باید نام دانشگاه درج شود.

**ماده ۳-** انتشار کتاب و یا نرم افزار و یا آثار ویژه (اثری هنری مانند فیلم، عکس، نقاشی و نمایشنامه حاصل از نتایج پایان نامه/ رساله و تمامی طرح های تحقیقاتی کلیه واحدهای دانشگاه اعم از دانشکده ها، مراکز تحقیقاتی، پژوهشکده ها، پارک علم و فناوری و دیگر واحدها باید با مجوز کتبی صادره از معاونت پژوهشی دانشگاه و براساس آیین نامه های مصوب انجام شود.

**ماده ۴-** ثبت اختراع و تدوین دانش فنی و یا ارائه یافته ها در جشنواره های ملی، منطقه ای و بین المللی که حاصل نتایج مستخرج از پایان نامه/ رساله و تمامی طرح های تحقیقاتی دانشگاه باید با هماهنگی استاد راهنما یا مجری طرح از طریق معاونت پژوهشی دانشگاه انجام گیرد.

**ماده ۵-** این آیین نامه در ۵ ماده و یک تبصره در تاریخ ۸۷/۴/۱ در شورای پژوهشی و در تاریخ ۸۷/۴/۲۳ در هیأت رئیسه دانشگاه به تایید رسید و در جلسه مورخ ۸۷/۷/۱۵ شورای دانشگاه به تصویب رسیده و از تاریخ تصویب در شورای دانشگاه لازم الاجرا است.

«**اینجانب مهدیه محمدتقی زاده دانشجوی رشته مطالعات زنان ورودی سال ۱۳۹۱ مقطع دکتری دانشکده علوم انسانی متعهد می شوم کلیه نکات مندرج در آیین نامه حق مالکیت مادی و معنوی در مورد نتایج پژوهش های علمی دانشگاه تربیت مدرس را در انتشار یافته های علمی مستخرج از پایان نامه / رساله تحصیلی خود رعایت نمایم. در صورت تخلف از مفاد آیین نامه فوق الاشعار به دانشگاه وکالت و نمایندگی می دهم که از طرف اینجانب نسبت به لغو امتیاز اختراع بنام بنده و یا هرگونه امتیاز دیگر و تغییر آن به نام دانشگاه اقدام نماید. ضمناً نسبت به جبران فوری ضرر و زیان حاصله براساس برآورد دانشگاه اقدام خواهم نمود و بدینوسیله حق هرگونه اعتراض را از خود سلب نمودم.»**

نام و نام خانوادگی: مهدیه محمدتقی زاده  
تاریخ و امضا: ۱۳۹۵/۰۶/۰۷

## آیین نامه پایان نامه (رساله) های دانشجویان دانشگاه تربیت مدرس

نظر به اینکه چاپ و انتشار (رساله) های تحصیلی دانشجویان دانشگاه تربیت مدرس، مبین بخشی از فعالیت های علمی پژوهشی دانشگاه است. بنابراین به منظور آگاهی و رعایت حقوق دانشگاه، دانش آموختگان این دانشگاه نسبت به رعایت موارد ذیل متعهد می شوند:

ماده ۱: در صورت اقدام به چاپ پایان نامه [رساله]ی خود، مراتب را قبلاً به طور کتبی به دفتر "دفتر نشر آثار علمی" دانشگاه اطلاع دهد.

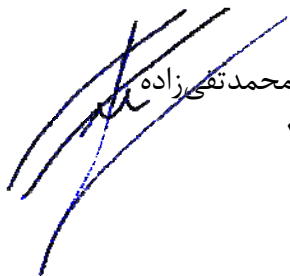
ماده ۲: در صفحه سوم کتاب (پس از برگ شناسنامه)، عبارت ذیل را چاپ کند:  
"کتاب حاضر، حاصل رساله دکتری نگارنده در رشته مطالعات زنان است که در سال ۱۳۹۵ در دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس به راهنمایی خانم دکتر طوبی شاکری گلپایگانی، مشاوره خانم دکتر عزت السادات میرخانی و خانم دکتر نهله غروی نائینی از آن دفاع شده است.

ماده ۳: به منظور جبران بخشی از هزینه های انتشارات دانشگاه، تعداد یک درصد شمارگان کتاب (در هر نوبت چاپ) را به "دفتر نشر آثار علمی" دانشگاه اهداء کند. دانشگاه می تواند مازاد نیاز خود را به نفع مرکز نشر در معرض فروش قرار دهد.

ماده ۴: در صورت عدم رعایت ماده ۳، ۵۰٪ بهای شمارگان چاپ شده را به عنوان خسارت به دانشگاه تربیت مدرس، تادیه کند.

ماده ۵: دانشجو تعهد و قبول می کند در صورت خودداری از پرداخت های بهای خسارت، دانشگاه مذکور را از طریق مراجع قضایی مطالبه و وصول کند، به علاوه به دانشگاه حق می دهد به منظور استیفای حقوق خود، از طریق دادگاه، معادل وجه مذکور در ماده ۴ را از محل توقیف کتابهای عرضه شده نگارنده برای فروش، تامین نماید.

ماده ۶: اینجانب مهدیه محمدتقی زاده دانشجوی رشته مطالعات زنان مقطع دکتری تعهد فوق و ضمانت اجرایی آن را قبول کرده، به آن ملتزم می شوم.



نام و نام خانوادگی: مهدیه محمدتقی زاده

تاریخ و امضا: ۱۳۹۵/۰۶/۰۷



رساله دوره دکتری مطالعات زنان

# جایگاه اصل مصلحت در نظام قانون گذاری اسلامی و تطبيق آن در حقوق خانواده

مهديه محمدتقی زاده

استاد راهنما:

دکتر طوبی شاکری گلپایگانی

اساتید مشاور:

دکتر عزت السادات میرخانی

دکتر نهله غروی نائینی

شهریور ۱۳۹۵

تقدیم به:

تقدیم به او که خواهد آمد، آن سبزجاری که صدای پایش

زمنزه صبحی روشن است و گرمی وجودش ذوب کننده

هر آنچه ظلم و تاریکی است...

## تشکر و قدردانی:

سپاس بی کران پروردگار یکتا را که هستی مان بخشید و به طریق علم و دانش رهنمونمان شد و به همنشینی رهروان علم و دانش مفتخرمان نمود و خوشه چینی از علم و معرفت را روزیمان ساخت.

با کمال خضوع و خشوع

تشکر می کنم از:

خانواده بسیار مهربان و فداکارم

و همه آنانی که در راه تعلیم و تربیت با

مهربانی دستان ضعیفم را فشردند و

بزرگوارانه از لغزشهایم چشم پوشیدند

بخصوص بزرگ معلمانی که

با رفتار و عمل خویش،

در این مسیر هدایتهم نمودند.

## چکیده:

بررسی جایگاه اصل مصلحت و تاثیر آن بر تشریح، به‌ویژه در حوزه روابط انسانی، همچون خانواده، امری است که نتیجه ارزش‌مندی بر جای می‌گذارد. الگوی کلی قانونگذاری در اسلام، حرکت بر مبنای مصالح با هدف اصلاح جامعه و پیشگیری از افساد بوده است. همچنین چگونگی جمع بین رعایت مصالح اجتماعی و حفظ اصول دین و کیان اسلام، از مباحث قابل توجهی است که در بحث "اصل مصلحت" جای گرفته و ضرورت طرح این مبحث را دوچندان می‌کند. با توجه به برقراری حکومت اسلامی نیز، امام راحل راهبردهای اجرایی و آیین‌نامه این مسأله فقهی را به گونه‌ای جامع ارائه داد؛ بدین سان که مرجع تشخیص مصلحت، مخالفت آن با احکام شرعی و اهم و مهم را در جمهوری اسلامی ایران تعیین کرد.

بدین ترتیب لحاظ اصل مصلحت، ماهیت ثابت/متغیر فقه را بر همه وجوه حیات انسانی ثبات می‌بخشد و افق‌های نوینی را فرا روی فقیهان مصلحی قرار می‌دهد که با تامل در آرای فقهی سعی دارند بنیاد دستگاه معرفتی‌ای را بنا نهند که با مقتضیات و مصالح عام جوامع اسلامی همسو است. در جهت دستیابی به این مهم، عمل به آرای مبتنی بر مصلحت، از کاربردهای همسویی معرفت اسلامی با تغییر و مواجهه همه جانبه با مقتضیات زمانی و مکانی و مراعات مصالح عام ناشی از این تغییرات است، مشروط بر آن که این همسویی مبتنی بر مصالح در تعارض با نصوص و مبادی شریعت نباشند. در پی این توصیف، هدف این پژوهش، پرداختن به اصل کلان و بنیادین مصلحت به عنوان مبنای مشروعیت تقنین در حقوق خانواده است؛ اصلی که هم سازوکارهای تقنین را سازماندهی عقلانی و سنجیده می‌کند و هم به فقه قابلیت انطباق با تغییر را می‌دهد و هم زمینه را برای ترسیم خطوط کلان و راهبردهای سیاست تقنینی در معنای عام و فراگیر آن فراهم می‌آورد.

در این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی، تطبیقی و استنتاجی و با درکی همه‌جانبه از نظام حقوقی اسلامی، اصل مصلحت (ماهیت نظام اسلامی بر بنیاد مصلحت، ترسیم هرم قانون‌گذاری اسلامی، محوریت اصل مصلحت جمعی در نظام قانون‌گذاری اسلامی و خانواده)، به عنوان نظریه مبنایی پژوهش {چهارچوب نظری} مطرح گردید. لکن طرح مباحث فقهی معرفت اصل مصلحت و احکام شرعی مبتنی بر آن در فقه خانواده به منظور تکمیل و اصلاح قوانین خانواده، غیر قابل اجتناب می‌نمود. از این‌رو، با فرا راه نهادن اصل مصلحت به عنوان ابر اصل حاکم بر نظام قانون‌گذاری اسلامی و مبنای قانون‌گذاری در حقوق خانواده و به منظور تطبیق قوانین با واقعیت‌های موجود در جامعه، مواردی از حقوق خانواده و موادی از قانون مدنی با روش تطبیقی کاربردی مورد بازنگری قرار گرفت که به پیشنهاد ماده تکمیلی یا اصلاحی انجامید.

**واژگان کلیدی:** اصل مصلحت، مصلحت جمعی، قاعده اهم و مهم، حکم حکومتی، حقوق خانواده



## فهرست مطالب

عنوان	صفحه
<b>فصل اول: کلیات طرح تحقیق.....</b>	<b>۱</b>
۱-۱. بیان مسئله.....	۳
۲-۱. تعاریف.....	۹
۱-۲-۱. مصلحت، مرجع تشخیص مصلحت و ضابطه آن.....	۹
۲-۲-۱. حقوق خانواده.....	۱۰
۳-۲-۱. نظام قانون گذاری اسلامی.....	۱۰
۳-۱. پیشینه پژوهش.....	۱۰
۴-۱. سوالات پژوهش.....	۱۵
۵-۱. فرضیه های پژوهش.....	۱۵
۶-۱. اهداف پژوهش.....	۱۶
۷-۱. ضرورت های پژوهش.....	۱۶
۸-۱. روش پژوهش.....	۱۷
۹-۱. جنبه های نوآوری.....	۱۷
۱۰-۱. محتوای فصل های پژوهش.....	۱۷
<b>فصل دوم: ادبیات پژوهش.....</b>	<b>۱۸</b>
۱-۲. مصلحت در آثار فقیهان و اصولیان اهل تسنن.....	۲۱
۱-۱-۲. «شفاء الغلیل» و «المستصفی من علم الاصول» ابو حامد غزالی.....	۲۱
۲-۱-۲. «الخراج» قاضی ابویوسف.....	۲۲
۳-۱-۲. «الموافقات» شاطبی.....	۲۳
۴-۱-۲. «حکمه التشریح و فلسفته» علی احمد جرجاوی.....	۲۴
۲-۲. مصلحت در اندیشه و آثار فقیهان شیعی (متقدمان و متاخران).....	۲۴
۱-۲-۲. «المقنعه» شیخ مفید.....	۲۵
۲-۲-۲. «مبسوط» شیخ طوسی.....	۲۶

- ۲۷-۲-۳. «شرايع الاسلام» محقق حلی.....
- ۲۸-۲-۴. «قواعد الاحکام» علامه حلی.....
- ۲۹-۲-۵. «القواعد و الفوائد» شهید اول.....
- ۳۰-۲-۶. «الروضه البهيه» شهیدثانی.....
- ۳۰-۲-۷. «جواهر الکلام» شیخ حسن نجفی.....
- ۳۱-۲-۸. «رسائل» و «مکاسب» شیخ مرتضی انصاری (م ۱۲۸۱ ه).....
- ۳۲-۲-۹. «بلغه الفقهیه» سید محمد بحر العلوم.....
- ۳۲-۲-۱۰. «کفایه الاصول» آخوند خراسانی.....
- ۳۳-۲-۱۱. «عروه الوثقی» سید محمد کاظم طباطبایی یزدی.....
- ۳۳-۲-۱۲. «تحریر الوسيله، کتاب البیع، مکاسب المحرمه و...» امام خمینی(ره).....
- ۳۶-۲-۱۲-۱. مفهوم مصلحت از دیدگاه امام خمینی(ره).....
- ۳۷-۲-۱۲-۲. مصلحت و احکام حکومتی در دیدگاه حضرت امام(ره).....
- ۳۸-۲-۱۲-۳. قلمرو مصلحت از دیدگاه امام خمینی(ره).....
- ۳۹-۲-۱۳. «فقه المصالح و المفاسد» آیت الله الشیخ فاضل الصفار.....
- ۴۰-۲-۱۴. «حکومت و مصلحت» سید محمد ناصر تقوی.....
- ۴۰-۲-۱۵. «مصلحت در فقه شیعه و سنی» اسدا... توکلی.....
- ۴۰-۲-۱۶. «مصلحت و سیاست؛ رویکردی اسلامی» اصغر افتخاری.....
- ۴۱-۲-۱۷. «فقه و مصلحت» ابوالقاسم علیدوست.....
- ۴۲-۲-۳. پایان نامه و رساله‌ی مرتبط.....
- ۴۲-۳-۱. پایان نامه مصلحت در فقه اسلام و نقش آن در قانون گذاری جمهوری اسلامی ایران.....
- ۴۲-۳-۲. رساله جایگاه مصلحت در قانون گذاری کیفری ایران.....
- فصل سوم: تبیین ماهیت اصل مصلحت در نظام قانون گذاری اسلامی و نظام خانواده..... ۴۳**
- ۴۴-۳-۱. جایگاه اصل مصلحت و تاثیر آن در نظام قانون گذاری اسلامی.....
- ۴۵-۳-۱. تبیین اصل مصلحت.....

- ۳-۱-۱-۱. تعریف مصلحت..... ۴۶
- ۳-۱-۱-۲. تبیین واژه‌های همسو با مصلحت..... ۵۱
- ۳-۱-۱-۳. تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی..... ۵۶
- ۳-۱-۱-۱-۱. تقدیم مصلحت اهم بر مهم و تخییر بین دو مصلحت مساوی..... ۶۱
- ۳-۱-۱-۲. اقسام مصلحت..... ۶۳
- ۳-۱-۱-۳. تعریف واژه مقابل مصلحت: مفسده..... ۶۵
- ۳-۱-۱-۴. تعریف اصل و شیوه تاصیل..... ۶۷
- ۳-۱-۱-۵. اصل مصلحت..... ۷۴
- ۳-۱-۱-۶. تبیین واژگان دیگر..... ۷۶
- ۳-۱-۱-۱-۶. نظام و نظام قانون‌گذاری اسلامی..... ۷۶
- ۳-۱-۱-۲. حقوق خانواده..... ۷۹
- ۳-۱-۲. اصول و قواعد مرتبط با اصل مصلحت..... ۸۰
- ۳-۱-۲-۱. کاربرد و جایگاه اصول..... ۸۰
- ۳-۱-۲-۲. تبیین مهمترین اصول و قواعد..... ۸۱
- ۳-۱-۲-۲-۱. اصل عدالت..... ۸۱
- ۳-۱-۲-۲-۲. اصل تسهیل و سمحه..... ۸۵
- ۳-۱-۲-۲-۳. اصل احسان..... ۸۷
- ۳-۱-۲-۴. اصل کرامت انسانی..... ۸۹
- ۳-۱-۲-۵. قاعده التصرف علی الرعیه منوط بالمصلحه..... ۹۲
- ۳-۱-۲-۶. قاعده لا ضرر..... ۹۳
- ۳-۱-۲-۷. قاعده لا حرج..... ۹۶
- ۳-۱-۲-۸. قاعده حفظ نظام..... ۹۷
- ۳-۱-۳. ماهیت نظام اسلام بر بنیاد مصلحت..... ۹۸
- ۳-۱-۳-۱. بیان قرآن در تبیین مصالح احکام..... ۹۹
- ۳-۱-۳-۲. بیان سنت در تبیین مصالح احکام..... ۱۰۱
- ۳-۱-۳-۳. ضوابط و معیار بکارگیری مصلحت..... ۱۰۲

- ۱۰۳-۳-۱-۴. قلمرو مصلحت در فقه.....۱۰۳
- ۱۰۴-۳-۱-۵. نقش مصلحت در صدور احکام حکومتی و تبیین جایگاه فقه حکومتی.....۱۰۴
- ۱۰۷-۳-۱-۶. تفاوت مصلحت در فقه شیعه با مصالح مرسله در فقه اهل سنت.....۱۰۷
- ۱۰۷-۳-۱-۶-۱. تعریف مصالح مرسله.....۱۰۷
- ۱۰۷-۳-۱-۶-۲. تبیین تفاوت.....۱۰۷
- ۱۰۸-۳-۱-۷. کاربردهای دیگر مصلحت در فقه.....۱۰۸
- ۱۰۸-۳-۱-۷-۱. منطقه الفراغ.....۱۰۸
- ۱۰۸-۳-۱-۷-۲. رخصت شرعی.....۱۰۸
- ۱۰۹-۳-۱-۸. تبیین هرمی جایگاه اصل مصلحت در نظام قانون گذاری اسلامی.....۱۰۹
- ۱۱۲-۳-۲. اصل مصلحت جمعی در نظام قانون گذاری اسلامی و نظام خانواده.....۱۱۲
- ۱۱۳-۳-۲-۱. اصل مصلحت جمعی در نظام قانون گذاری اسلامی.....۱۱۳
- ۱۱۳-۳-۲-۱-۱. ویژگی های نظام قانون گذاری اسلامی.....۱۱۳
- ۱۱۶-۳-۲-۱-۲. تقدیم مصلحت اهم بر مهم.....۱۱۶
- ۱۲۰-۳-۲-۲. اصل مصلحت جمعی در نظام خانواده.....۱۲۰
- ۱۲۱-۳-۲-۲-۱. جایگاه خانواده در نظام اسلام.....۱۲۱
- ۱۲۱-۳-۲-۲-۲. اصل مصلحت حفظ نظام خانواده(مصلحت جمعی) و مصادیق آن.....۱۲۱
- ۱۲۲-۳-۲-۲-۲-۱. اصل خدامحوری.....۱۲۲
- ۱۲۳-۳-۲-۲-۲-۲. اصل طهارت.....۱۲۳
- ۱۲۴-۳-۲-۲-۲-۳. اصل عدم تعدی به حقوق انسانی.....۱۲۴
- ۱۲۴-۳-۲-۲-۲-۴. اصل معروف.....۱۲۴
- ۱۲۵-۳-۲-۲-۲-۵. امنیت، محبت و مودت و اغماض از خطاها.....۱۲۵
- ۱۲۶-۳-۲-۲-۲-۶. تراضی و مشورت.....۱۲۶
- ۱۲۷-۳-۲-۲-۲-۷. اصل عدالت.....۱۲۷
- ۱۲۷-۳-۲-۲-۲-۸. اصل کرامت، حفظ حیثیت و عزت.....۱۲۷
- ۱۲۸-۳-۲-۲-۲-۹. قاعده نفی عسر و حرج و قاعده لاضرر.....۱۲۸
- ۱۲۹-۳-۲-۲-۲-۱۰. قاعده ولایت حاکم.....۱۲۹

- ۱۲۹.....۳-۲-۲-۳. تکلیف حکومت در قبال مصلحت حفظ جامعه و نظام خانواده.....
- ۱۳۰.....۱-۳-۲-۲-۳. پیاده‌سازی عدالت، مهمترین تکلیف حکومت.....
- ۱۳۱.....۲-۳-۲-۲-۳. افزایش رفاه.....
- ۱۳۲.....۳-۳-۲-۲-۳. تامین امنیت.....
- ۱۳۴.....۴-۳-۲-۲-۳. اصل پیشگیری از مفاسد و انحرافات اجتماعی.....
- ۱۳۵.....۵-۳-۲-۲-۳. ضرورت حمایت ویژه از اقشار آسیب‌پذیر و خانواده‌های بی‌بضاعت.....
- ۱۳۷.....۶-۳-۲-۲-۳. حفظ کرامت.....

### فصل چهارم: تطبیقات اصل مصلحت بر حقوق خانواده ..... ۱۳۸

- ۱۳۹.....۱-۴. اصل مصلحت در حقوق ایران.....
- ۱۳۹.....۱-۱-۴. جایگاه مصلحت در مقام تقنین، اجرا و حکومت.....
- ۱۴۳.....۱-۱-۱-۴. نقش مصلحت در رفع تعارض احکام شرع.....
- ۱۴۳.....۲-۱-۱-۴. جایگاه مصلحت در قوانین ایران.....
- ۱۴۴.....۱-۲-۱-۱-۴. مراجع صلاحیت‌دار برای تشخیص مصلحت.....
- ۱۴۵.....۲-۲-۱-۱-۴. نقش مصلحت در قانون اساسی.....
- ۱۴۵.....۳-۲-۱-۱-۴. جایگاه مصلحت در قوانین مرتبط با خانواده.....
- ۱۴۸.....۲-۴. تطبیقات اصل مصلحت بر حقوق خانواده.....
- ۱۴۸.....۱-۲-۴. مواردی از تطبیقات بر مسائلی کلی از حقوق خانواده.....
- ۱۴۸.....۱-۱-۲-۴. ضرورت تامین مصالح شریعت در احکام باروری‌های پزشکی.....
- ۱۵۰.....۱-۱-۱-۲-۴. تعریف موضوع باروری‌های پزشکی.....
- ۱۵۱.....۲-۱-۱-۲-۴. مجموع نظرات فقها و حقوقدانان اسلامی.....
- ۱۵۲.....۳-۱-۱-۲-۴. مبانی فقهی و حقوقی باروری‌های پزشکی.....
- ۱۷۱.....۲-۱-۲-۴. تعدد زوجات.....
- ۱۷۴.....۱-۲-۱-۲-۴. اصل تک همسری در اسلام.....
- ۱۷۶.....۲-۲-۱-۲-۴. شرایط جواز تعدد زوجات.....
- ۱۸۰.....۳-۱-۲-۴. جواز فسخ نکاح در مورد عیوب.....

- ۱۸۱.....۱-۳-۱-۲-۴ بررسی قابلیت درمان عیوب.....
- ۲۰۰.....۲-۳-۱-۲-۴ انحصار عیوب.....
- ۲۰۷.....۴-۱-۲-۴ نکاح دختر باکره بالغه رشیده.....
- ۲۰۷.....۱-۴-۱-۲-۴ نظر فقها و اذن ولی در نکاح باکره رشیده.....
- ۲۲۲.....۲-۴-۱-۲-۴ نتیجه گیری.....
- ۲۲۲.....۲-۲-۴ تطبیقات اصل مصلحت بر حقوق زوجه.....
- ۲۲۳.....۱-۲-۲-۴ الزام به بخشش (نحله) به زوجه مطلقه.....
- ۲۲۵.....۲-۲-۲-۴ مهریه.....
- ۲۳۲.....۳-۲-۲-۴ اجرت المثل.....
- ۲۳۸.....۳-۲-۴ تطبیقات اصل مصلحت بر حقوق زوج.....
- ۲۳۸.....۱-۳-۲-۴ قوامیت و ریاست مرد بر خانواده.....
- ۲۴۵.....۲-۳-۲-۴ محدود نمودن استقلال مالی زن با هدف تامین مصلحت تحکیم خانواده.....
- ۲۴۹.....۳-۳-۲-۴ ریاست شوهر و نظارت بر معاشرت و رفت و آمد زن.....
- ۲۵۳.....۴-۳-۲-۴ ریاست شوهر و اشتغال زن.....
- ۲۵۵.....۴-۲-۴ تطبیقات اصل مصلحت بر حقوق کودک.....
- ۲۵۵.....۱-۴-۲-۴ مصلحت کودک در حقوق اسلام.....
- ۲۵۶.....۲-۴-۲-۴ مصلحت کودک در حقوق ایران.....
- ۲۶۴.....۳-۴-۲-۴ تزویج کودکان در حقوق ایران.....
- ۲۶۵.....۱-۳-۴-۲-۴ عنصر مصلحت شرط تزویج کودکان نابالغ.....
- ۲۶۸.....۴-۴-۲-۴ حق فسخ صغیر و صغیره پس از بلوغ.....
- ۲۶۹.....۱-۴-۴-۲-۴ ادله عدم جواز فسخ صغیره.....
- ۲۷۲.....۲-۴-۴-۲-۴ ادله عدم جواز فسخ صغیر.....
- ۲۸۲.....۵-۴-۲-۴ حضانت طفل.....
- ۲۸۲.....۱-۵-۴-۲-۴ آراء فقها.....
- ۲۸۵.....۲-۵-۴-۲-۴ حضانت کودک در حقوق ایران.....

فصل پنجم: نتیجه‌گیری و پیشنهادات..... ۲۸۷

منابع..... ۳۰۱

الف) منابع فارسی..... ۳۰۲

ب) منابع عربی..... ۳۱۶

ج) منابع انگلیسی..... ۳۴۱

چکیده انگلیسی..... ۳۴۲

# فصل اول:

## کلیات طرح تحقیق



وصف خاتمیت و جامعیت دین مبین اسلام<sup>۱</sup>، حوزه مسئولیت و تکلیف اندیشمندان و صاحب‌نظران عرصه علوم این دین برحق را چنان واضح می‌نماید که نظریه پردازی را برای محقق تکلیفی دوسویه، سویی رفیع عطش جهان معاصر و سویی دگر، پیراستگی ساحت مقدس دین حنیف از پیرایه‌های موهوم و موهون، ایجاب می‌نماید<sup>۲</sup>.

واگلری، پروفیسور در ادبیات عرب و استاد تاریخ تمدن اسلام در دانشگاه ناپل ایتالیا، می‌گوید:

«ما در این کتاب (قرآن) مخزنها و ذخایری از علوم می‌بینیم که فوق استعداد و ظرفیت باهوش‌ترین اشخاص و بزرگترین فیلسوفان و قوی‌ترین رجال سیاست و قانون است. ما را شگفتی و حیرت شدید از دینی است که نه تنها نظریه‌ای را بیان می‌کند که با نیازمندی‌های بشر سازگار می‌باشد و شریعتی را ایجاد می‌نماید که از عالیترین قوانین تشکیل می‌شود و انسان می‌تواند مطابق آنها به زندگی بپردازد، بلکه از این حدود هم گامی فراتر می‌نهد و فلسفه حیات را نیز عرضه می‌دارد؛ همچنین تعجب ما از دینی افزوده می‌شود که مبادی اسلامی اخلاق را بر پایه انتظام و وجوب پی‌ریزی می‌کند و واجبات انسان را نسبت به خویشتن و دیگران در قالب قوانین دقیقی می‌ریزد که تحول و تطور را پذیرنده است و با عالیترین ترقیات فکری متناسب می‌باشد. بالاتر از همه، از دینی در حیرتم که برای هر یک از این نوامیس ستون استواری را تقدیم می‌دارد.... شریعت که به منزله قانون اسلامی به شمار می‌رود تنها از آداب و تشریفات تشکیل نمی‌گردد، بلکه تمام مظاهر حیات اجتماعی و شخصی نیز از احکام آن پیروی می‌نمایند.» (واگلری، ۱۳۴۴، ص ۵۳)

۱- الیوم اکملت لکم دینکم و اتممت علیکم نعمتی و رضیت لکم الاسلام دینا (سوره‌ی مائده، آیه‌ی ۳)

۲- بنابراین جاودانگی جامعیت نظام دینی، خودباوری فرهنگی، سیستمی بودن قوانین بر پایه خردورزی و اصول تحول آفرین، ما را بر این وا می‌دارد که در شرایط فعلی بیش از هر زمان دیگر آستین همت بالا زده، با برخورداری از منابع غنی، اسلوب و روشمندی صحیحی که در طول شکل‌گیری نظام فقهی-اصولی شیعی، فقیهان و عالمان دینی بر آن همت گمارده‌اند، جهت بازگشایی گره‌های مبهم با موضوعات مستحدث و نوینی که به لحاظ حکم و موضوع نیاز به روشنگری فقیهانه دارد، مجدانه اهتمام نماییم. (میرخانی، زمستان ۱۳۸۱، شماره ۲۸)

مسئله‌ای که اندیشه اندیشوران و انگیزه آنان را متوجه خود کرده است تا حول آن محور قلم فرسایی کنند، نحوه پاسخگویی دین و شناسایی ظرفیتهای آن، در مواجهه با چالش‌ها و حل معضلات اجتماعی در ابعاد گوناگون است تا با غور و تأمل در مبانی و معارف عنیق و انیق دین خاتم، در این حوزه بهترین روشنگری‌ها صورت گیرد و کاملترین پاسخ‌ها در رویارویی ابناء بشر با مسائل نو و بدیع دنیای مدرن در حوزه‌های مختلف، داده شود. دکتر ابوالقاسم علیدوست در تالیف کتاب گرانبهایش (فقه و مصلحت) انگیزه تحقیق خود را، استنباط و اجتهاد پایا و پویایی که از یک سو فنی و منطبق با موازین شناخته شده و مقبول فقیهان و از دیگر سو ناظر به کلیت شریعت، پاسخگوی حوادث واقعه و درخور شریعت جامع، جهانی و جاودانه باشد، معرفی نموده است. (علیدوست، ۱۳۹۰، ص ۳۱)

## ۱-۱. بیان مسئله

در دهه‌های اخیر تلاش عالمان اهل سنت جهت گشوده شدن باب اجتهاد و نفی تئوری تقلید از یک سو و ایجاد حکومت اسلامی - شیعی در ایران از سوی دیگر، زمینه‌های علمی - عملی است که معناشناسی نو و روش شناسی متفاوتی را در عملیات اجتهاد و استنباط حکم ایجاد می‌کند و در نهایت به نفی تحلیل غیر سیستمی از فروع فقهی در حقوق اسلامی می‌انجامد؛ اصول و روش شناسی فقه، هم زمان با لفظ مداری و تأکید بر قواعد دلالت، نیازمند تأمل در منطقه فراغ و حوزه‌ی عدم نص، تحلیل متون تاویل پذیر، رفع تعارضات ثابت و متغیر و تبیین اهداف و مقاصد شرعی است؛ این امر مستلزم طرح تئوری‌های کلان در سیاست، حقوق، اخلاق و خانواده می‌باشد. (شاکری گلپایگانی، ۱۳۸۳، ص ۷)

بدین ترتیب هم سویی محققان و مولفان حقوق اسلامی با جریان تفکر فقهی فوق لازم است زیرا به ظهور هرچه بیشتر عقلانیت سیستمی فقه کلان اسلامی می‌انجامد، تفکری که اینک معقول و منقول، ثابت و متغیر را با هم در افق‌های عقلانی حاصل از حاکمیت قواعد عدالت، سمحه و مصلحت در عملیات اجتهاد و استنباط حکم، دخالت می‌دهد. (همان، ص ۸)

در این شاکله سیستمی، درک روح و معنای احکام، برقراری ارتباط منظم میان سلسله احکام و هماهنگی میان آنها و تدوین قواعد و نظریه‌های فقهی و در نهایت، رسیدن به مقاصد شریعت و اهداف دین، همگی بر شناخت اصول حاکم بر احکام شریعت استوار می‌گردد. بنابراین، احکام شریعت به روح و معنی توجه دارد، نه به قالب و شکل. اصول حاکم، مسائل و موارد دربردارنده روح مشترک تمام

احکام است که هر حکمی از احکام، به نوعی باید در تأمین و رعایت آنها مؤثر باشد. (شفائی، ۱۳۸۳، ش ۳۹) شهید مطهری، این اصول را زیربنای فقه اسلامی شیعی برمی شمرد: « اصل عدل و اصل تبعیت احکام از مصالح و مفاسد نفس الامری و بالطبع، اصل حسن و قبح عقلی و اصل حجیت عقل » (مطهری، بی تا، ج ۱، ص ۵۸)

لذا با توجه به مبانی و اصول، نمی توان تردید کرد که فقه شیعه از آغاز، پیوندی ناگسستنی با مصلحت داشته است و فقهای شیعه، احکام یا متعلقات آنها را پیرو مصالح یا مفاسد نفس الامری دانسته اند.

آیات قرآن کریم<sup>۱</sup> و بی شماری از احادیث صادره از معصومین (علیهم السلام) نیز بر این اصل تأکید دارند<sup>۲</sup>؛ بنابر این مبانی عمیق، ثمره و انگیزه تشریح الهی جز رسیدن به حیات طیب، سعادت انسان ها و مصلحت آنها نیست (علیدوست، ۱۳۹۰، ص ۲۹)؛ لذا همانگونه که خداوند حکیم، فعل و عمل بدون غرض و هدف و مصلحت انجام نمی دهد، زیرا این کار با حکمت بالغه او منافات دارد، همچنان محال است که احکام الهی - چه تکلیفی و چه وضعی - بدون غرض یعنی جلب مصلحت و دفع مفاسد باشد. (وکیل زاده، ۱۳۸۱، ص مقدمه) در تعریف از مصلحت باید گفت: "مراد از مصلحت، دفع ضرر و یا جلب نفع برای دین و دنیا است (قمی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۹۲)؛ برخی مصلحت را منحصر در موارد پنج گانه دانسته اند: "مراد ما از مصلحت، محافظت بر مقصود شرع است و مقصود شرع در میان خلق پنج تاست و آن اینکه دین و نفس و عقل و نسل و مال ایشان را برایشان حفظ نماید؛ هر چیزی که متضمن این اصول پنجگانه باشد، مصلحت است و هر آنچه اینها را از بین ببرد مفاسد و دفع آن مصلحت است." (الغزالی، ۱۴۱۷، ص ۱۷۴) به بیانی دیگر؛ مصلحت حقیقتی است که بر فعل مشروع مرتب می شود که با انجام آن فعل و در نتیجه اتصاف به آن حقیقت، کمال یا وصول به هدف حاصل

۱- بقره/ آیات ۶۰، ۱۵۱، ۱۷۹؛ نساء/ ۳، ۲۸، ۵۸، ۱۶۵؛ مائده/ ۶، ۹۱، اعراف/ ۵۶، ۸۵، هود/ ۸۸، نحل/ ۹۰، ...

۲- در روایات معصومین دسته ای وجود دارد که اشاره به این می کند که خداوند به اموری که در آن مصلحت هست امر و از اموری که در آن فساد هست نهی می کند. سید مرتضی در فقه منسوب به مولایمان امام رضا (ع) از ایشان روایت می کند: آگاه باشید هر آنچه که بندگان به آن امر شدند و قوام کارهایشان به آن وابسته است به جهت مصلحتی است که در آن است و هر فعلی که در آن فساد است به جهت فسادش نهی شده، پس چیزی که حرام است به سبب آسیب جسم و تباهی نفس است... (انصاری، مرتضی، المکاسب، الجزء الاول، قم، دهقانی، ۱۳۷۴) و روایتی از حضرت علی (ع) به امام حسن (ع): فانه لم یامرک الا بخس و لهم یفهمک الا عن قبیح» (محمد، عبده، نهج البلاغه، بیروت، دارالمعرفه، ج ۳، ص ۴۴) و روایت امام صادق (ع) که می فرمایند «و کل شیء یكون لهما فيه الصلاح من جهت من الجهات فهذا كله حلال بیعه و شراؤه و امساكه و استعماله و هبته و عاریته و أما وجهه الحرام من البیع و الشراء فكل ان یكون فيه الفساد مما هو منهی عنه من جهة اكله و... أو شیء یكون غیر وجهه من وجوه الفساد نظیر بیع بالربا.» (ابن شیعه، الحرانی، تحف العقول من آل الرسول صلی الله علیه و سلم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۴، دوم، ص ۳۳۱).

می‌شود (توکلی، ۱۳۸۴، ص ۹۱). برای مصلحت تقسیمات مختلفی نموده‌اند از آن جمله تقسیم بندی مشهور مصالح به ضروریات، حاجیات و تحسینیات، تقسیم مصلحت به شخصی و نوعی، ... (شاکری گلپایگانی، پاییز ۱۳۹۱)؛ شهید اول در "القواعد و الفوائد" (قاعده ۲۳۱)، مصالح را به سه گونه تقسیم می‌کند: " مصالح ضروری همچون هزینه آدمی برای خودش، مصالح حاجی مثل هزینه زوجه اش و مصالح تکمیلی مانند هزینه خویشاوندش. زیرا فراهم کردن هزینه آنان تتمیم مکارم اخلاق به حساب می‌آید." (شهید اول، ۱۳۷۲، ج ۱، صص ۲۴۴ و ۲۴۵)

نهایت آنکه در افق معنایی تاملات فلسفی - کلامی حقوق اسلامی، آغازگری و بنیادین بودن مصلحت، به وضوح مشهود است و به مثابه تئوری عام و تعمیم پذیر بر - تمامیت فقه - مورد اتفاق اصولیان و فقیهان اسلامی است. (شاکری گلپایگانی، ۱۳۸۵، ص ۱۶۷)

استاد مطهری در کتاب "اسلام و مقتضیات زمان" در مورد تبعیت احکام از مصالح و مفسد می‌نویسد: "قوانین اسلامی، به اصطلاح امروز در عین اینکه آسمانی است، زمینی است یعنی بر اساس مصالح و مفسد موجود در زندگی بشر است..." (مطهری، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۲۷)

شیخ محمد عبده در بیان جواز یا عدم جواز تعدد زوجات در عصر حاضر می‌گوید: "شرط جواز تعدد زوجات، تحقق عدالت است و با خوف از عدم تحقق عدالت (که فرضی کاملاً طبیعی است) نباید به این کار اقدام کرد؛ افزون بر این، مفسدی که بر تعدد زوجات - هرگاه به عنوان یک اصل و امری طبیعی مطرح شود، نه یک استثنا و خلاف قاعده - مترتب است، از قبیل پیدا شدن اختلاف و دشمنی بین زنان و فرزندان ایشان، باعث می‌شود تا حکام بتوانند از این عمل منع نمایند.

بر این بنیان، بر عالمان دینی است که در این مساله تجدیدنظر نمایند؛ چرا که ایشان بر این باورند که دین برای مصلحت آدمیان آمده است و از اصول دین، منع ضرر و ضرار است؛ پس هرگاه بر عملی مفسده‌ای مترتب گردد که در گذشته چنین نبوده است، نباید شک کرد که باید به تحول حکم آن عمل نسبت به گذشته و بر طبق اقتضای عصر حاضر حکم کرد؛ چراکه پیشگیری از مفسده بر جلب و ایجاد مصلحت مقدم است." (رشیدرضا، ج ۴، صص ۳۴۹ و ۳۵۰)

با این بیان: توجه به مقاصد کلان شریعت و مصلحت بندگان در استنباط و تفسیر نصوص مبین احکام؛ حضور جدی احکام حکومتی و ولایی که بر اساس صلاح‌دید حاکم اسلامی و فقیه جامع

---

۱- المصالح علی ثلاثه اقسام: ضروریه، کنفقه الانسان علی نفسه. حاجیه کنفقه علی زوجته و تمامیه کنفقه علی اقاربه لانها من تتمه مکارم الاخلاق و الاولى مقدمه علی الثانيه کما ان الثانيه مقدمه علی الثالثه