



دانشگاه تربیت معلم تهران
دانشکده ادبیات و علوم انسانی
گروه حقوق و علوم سیاسی
پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد
رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان:

مصلحت های عمومی زندگی شهرنشینی و حقوق شهروندی

استاد راهنما:

دکتر غفور خویینی

استاد مشاور:

دکتر علی انصاری

دانشجو:

حمزه کرمی

آذر ۱۳۸۹

الله أكبر
الحمد لله

السلام على المهدي الذي ملئت الارض قطاعا ملئت ظلاما وجورا

تقديم به پدر و مادر عزیزم

پاس

پاس خدای عزوجل، که بخشده است و کریم، اوست که در نعمت هایش حسابی و در هدایتش حلی نیست. سر تعظیم بر آستان ملکوتی فرستادگان بر حقش و اولیا معصومینش فرود آورده، ابراز احترام می‌نمایم نسبت به جمیع مصلحین و علمای راه حقیقت و سعادت بشریت. بر حقیر لازم است که از اساتید گرامی جناب آقای دکتر غفور خوینی (استاد راهنما) و جناب آقای دکتر علی انصاری (استاد مشاور) کمال تقدیر و تشکر را داشته باشم. همچنین از دیگر بزرگوارانی که در تهیه این رساله، حقیر را یاری نمودند خصوصاً همکار ارجمند جناب آقای عباس جانمحمدی و کیل پدیک دادگستری و دیگر اساتید گروه حقوق و علوم سیاسی نهایت پاس‌گذاری را دارم. در پایان وظیفه خود می‌دانم قدر دان زحمات تمام کسانی باشم که در طول سالیان تحصیل یاری‌گر حقیر، و روشنی‌بخش مسیر بودند، خصوصاً بزرگ و مادر بزرگ فهیم، خانواده عزیزم، معلمین و اساتید بزرگوارم. و برای بهنگان از ذات باری تعالی، سعادت و بهروزی دنیا و آخرت را سئلت می‌نمایم.

چکیده:

این پایان نامه با عنوان مصلحت های عمومی زندگی شهرنشینی و حقوق شهروندی و با هدف بررسی فقهی حقوقی مصلحت گرد آوری شده است. در این راستا به بررسی عنصر مصلحت در احکام پرداخته شده و ادله ابتدای احکام بر پایه مصلحت آورده شده است. و از قاعده ملازمه حکم عقل و شرع بحث شده و همچنین عوامل انعطاف پذیری فقه اسلامی نیز مورد بررسی قرار گرفته است. می توان گفت علیرغم این که مصلحت و عناوین نزدیک به آن مورد طرد علمای شیعی قرار گرفته است، لیکن با بررسی احکام صادره از سوی فقها، به روشنی عنصر مصلحت در آنها قابل مشاهده است. البته سابقه تشریح احکام با توجه به مصلحت به عصر شارع باز می گردد که احکامی با توجه به مصلحت زمان در همان عصر وضع و یا نسخ شده اند. در عصر حاضر حاکم اسلامی را می توان مأمور تحصیل منافع و مصلحت های عمومی دانست که البته توجه به ابزارها و مدد گرفتن از مشورت کارشناسان امر در این راستا ضروری به نظر می رسد.

در فصل آخر تحقیق نیز جهت اثبات مطلق نبودن حقوق نمونه هایی از قوانین دیگر کشورها و اسناد بین المللی حقوق بشری مورد توجه قرار گرفته و از فقه اسلامی نیز رابطه بین چند قاعده فقهی مورد بررسی قرار گرفته است. قاعده تسلیط به عنوان قاعده ای که مورد احترام شارع و فقها قرار گرفته و از نمونه های روشن حقوق شهروندی می باشد در رابطه با چند قاعده فقهی تعدیل کننده منعطف و تا حدود زیادی تحدید و دارای قیودی شده است. قواعدی همچون لاضرر، نفی عسر و حرج، اضطرار از جمله قواعدی هستند که وارد و حاکم بر تسلیط می باشند. با توجه به تشریح این گونه قواعد در فقه شیعه، راه جهت قانون گذاری در جهت جلب مصلحت های عمومی با توجه به مقتضیات زمان و مکان باز می باشد، مصلحتی که مورد طرد قرار گرفته مصلحتی موهوم بوده نه مصلحتی که عقل قطعی با توجه به ضوابطی که در شرع بیان شده است تشخیص می دهد.

حاصل اینکه مصلحت عموم مورد توجه شارع بوده و در قانون گذاری ها بایستی در صدر توجه قرار گیرد. تحدید حقوق در تمامی نظامات متعارف حقوقی، اصلی پذیرفته شده می باشد. البته رعایت ضوابطی در این مورد لازم و ضروری است از جمله اینکه مصلحت محدود کننده بایستی عمومی بوده، به قدر متیقین اکتفا شود و حقوق و منافع تحدید شده افراد به نحو احسن تدارک دیده شود.

کلید واژه ها: مصلحت، مقتضیات زمان و مکان، فقه پویا، حقوق شهروندی

مقدمه	۱
فصل اول:	
مصلحت و جایگاه عقل در تشخیص مصالح و مفسد.....	۵
مبحث اول: کلیات	۵
گفتار اول: معنا و مفهوم مصلحت	۶
الف: معنای لغوی	۶
ب: معنای اصطلاحی	۷
گفتار دوم: مصلحت از دیدگاه الهیون و مادیون	۸
مبحث دوم: ادله ابتدای احکام بر مبنای مصلحت	۱۰
گفتار اول: ادله لزوم رعایت مصلحت	۱۰
گفتار دوم: نمونه هایی از رعایت مصلحت	۱۰
الف: وجود مصلحت در نزول قرآن	۱۰
ب: مصلحت در موضع گیری امامان شیعه	۱۰
ج: عنصر مصلحت در مقام تبلیغ دین	۱۴
د: مصلحت در احکام الهی	۱۶
مبحث سوم: مصلحت در چه مرحله ای از جعل احکام واقع شده است	۱۸
الف: مشهور علماء - (شیعه و سنی)	۱۸
ب: نظریه صاحب کفایه	۱۹
ج: نظریه سوم	۲۱
مبحث چهارم: جایگاه عقل در درک مصالح و مفسد واقعی احکام الهی	۲۲
گفتار اول: قدرت عقل در درک مصالح و مفسد	۲۲
گفتار دوم: حسن و قبح عقلی	۲۲
الف: حسن و قبح عقلی در حوزه کلام	۲۲
ب: وجود یا عدم وجود حسن و قبح عقلی	۲۳
گفتار سوم: ادله معتقدان و منکران حسن و قبح عقلی	۲۴
الف: دلایل معتقدان به حسن و قبح عقلی	۲۴
ب: دلایل منکران حسن و قبح عقلی و نقد آن ها	۲۵
مبحث پنجم: ملازمه حکم عقل و شرع	۲۷
گفتار اول: عقل راهنمای حکم شرع	۲۷

- گفتار دوم: نکاتی پیرامون قاعده ی ملازمه ۲۷
- گفتار سوم: سیره ی علماء در تمسک به عقل ۲۸
- گفتار چهارم: توانایی عقل در ادراک مصلحت و مفسده ۲۹
- مبحث ششم: احکام حکومتی و مصلحت ۳۱
- گفتار اول: کلیات ۳۱
- الف: تعریف ۳۱
- ب: نظرات راجع به اولیه یا ثانوی بودن حکم حکومتی ۳۲
- گفتار دوم: ادله لزوم رعایت مصلحت در احکام حکومتی ۳۲
- گفتار سوم: نمونه هایی از احکام حکومتی که با توجه به مصلحت صادر شده اند ۳۴
- الف: احکامی که در صدر اسلام تشریح شده اند ۳۴
- ب: احکامی که از علمای شیعه به تناسب مصلحت صادر شده است ۳۵
- ج: نمونه هایی از احکام حکومتی امام خمینی (ره) پیش از انقلاب ۳۶
- د: نمونه هایی از احکام حکومتی رهبران حکومت اسلامی پس از انقلاب ۳۶
- گفتار چهارم: رابطه بین مصلحت در فقه و مصلحت در احکام حکومتی ۳۷
- مبحث هفتم: گذر ایام و احکام ثابت ۴۰
- گفتار اول: تحولات اجتماعی و نهاد حقوق ۴۰
- گفتار دوم: تحولات اجتماعی و حقوق اسلام ۴۰
- مبحث هشتم: مهمترین عوامل انعطاف پذیری در قوانین اسلام ۴۲
- گفتار اول: فقه پویا و فقه سنتی ۴۲
- گفتار دوم: فقه سنتی و پویا (اجتهاد) از دیدگاه امام خمینی (ره) ۴۳
- گفتار سوم: نظرات راجع به تأثیر زمان و مکان ۴۶
- گفتار چهارم: وجود قوانین ثابت و متغیر ۴۱
- گفتار پنجم: اختیارات حاکم ۵۱
- الف: فقه فردی و فقه اجتماعی ۵۱
- ب: مبانی فقه اجتماعی ۵۱
- ج: تشریح حکم حکومتی ۵۲
- د: گستره ی حکم حاکم ۵۳
- گفتار ششم: «منطقه الفراغ» ۵۴
- الف: ادله نظریه منطقه فراغ ۵۴

ب: گستره «منطقه الفراغ»	۵۵
ج: ویژگی های منطقه الفراغ	۵۵
گفتار هفتم: رمز جاودانی بودن اسلام از دیدگاه شهید مطهری	۶۲
گفتار هشتم: نمونه هایی از احکام که تحت تأثیر زمان و مکان قرار گرفته اند	۶۴
فصل دوم:	
مصالح مرسله ، استصلاح و استحسان	۶۷
مبحث اول: کلیات	۶۸
گفتار اول: تعاریف	۶۸
گفتار دوم: انواع مصالح	۶۸
گفتار سوم: استصلاح	۶۹
گفتار چهارم: تقسیم مصلحت	۷۰
گفتار پنجم: خلاصه اقوال در حجیت مصالح مرسله	۷۳
مبحث دوم: مصلحت نزد شیعه	۷۶
گفتار اول: عدم حجیت مصالح مرسله در فقه شیعی به معنای انکار مصلحت نمی باشد	۷۶
گفتار دوم: علمای شیعه و تقسیم مصلحت ، تفاوت این تقسیم بندی با دیگر تقسیم بندی ها	۷۷
مبحث سوم: مقایسه مصالح مرسله با مصلحت در فقه شیعه	۷۹
مبحث چهارم: برخورد مصالح	۸۱
گفتار اول: تعارض و تزامم مصالح	۸۱
گفتار دوم: مخالفت احکام حکومتی با یکدیگر و با احکام دیگر از نو تزامم است نه تعارض	۸۱
گفتار سوم: قواعدی که در هنگام تعارض و تزامم بایستی بدان ها عمل نمود	۸۲
مبحث پنجم: تشخیص مصلحت	۸۴
گفتار اول: ملاک ها	۸۴
گفتار دوم: تشخیص مصلحت و مشورت	۸۵
مبحث ششم: قلمروی مصلحت	۸۷
فصل سوم:	
حقوق شهروندی و قواعد حاکم بر آن	۹۰
مبحث اول: کلیات	۹۱
گفتار اول: تحلیل مفهومی واژه حقوق	۹۱
گفتار دوم: تعریف حقوق شهروندی	۹۲

۹۲	گفتار سوم: دیدگاه های مختلف راجع به حقوق شهروندی
۹۳	گفتار چهارم (سیر تحول حقوق شهروندی
۹۶	گفتار پنجم) مبانی حقوق بشر و شهروندی
۹۷	گفتار ششم: تعریف حقوق شهری و رابطه آن با حقوق شهروندی
۹۷	گفتار هفتم: منابع حقوق شهروندی
۹۹	مبحث دوم: تحدید حقوق شهروندی
۹۹	گفتار اول : حقوق مطلق است یا مقید
۱۰۰	گفتار دوم: پاره ای از محدودیت های اعمال شده در اسناد حقوق بشری بین المللی و قوانین برخی کشورها
۱۰۴	مبحث سوم : قاعده تسلیط
۱۰۴	گفتار اول: ادله قاعده تسلیط
۱۰۶	گفتار دوم: دامنه قاعده
۱۰۷	مبحث چهارم: قواعد تعدیل کننده (محدود کننده) احکام اولیه
۱۰۷	گفتار اول: قاعده لا ضرر
۱۱۱	گفتار دوم : تعارض لا ضرر و تسلیط
۱۱۲	گفتار سوم: قاعده نفی عسر و حرج
۱۱۴	گفتار چهارم : تعارض قاعده نفی عسر و حرج و قاعده تسلیط
۱۱۴	گفتار پنجم: تعارض لا حرج با لا ضرر
۱۱۵	گفتار ششم: قاعده اضطرار
۱۲۷	مبحث پنجم: سلب مالکیت
۱۲۷	گفتار اول: کلیات
۱۲۸	گفتار دوم: لزوم رعایت تشریفات تملک قهری
۱۲۸	گفتار سوم: سلب مالکیت در قوانین ایران
۱۳۰	گفتار چهارم: قوانین حاکم بر تملک املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری ها
۱۳۳	نتیجه
۱۳۵	مراجع

مقدمه

زندگی بشر در هر لحظه با تحولاتی نو در حرکت است و روابط افراد و اشخاص هر روز پیچیده تر از دیروز می‌شود. روزگاری در یک جامعه مبتدی خیلی از روابط و معادلات با چند قاعده و مقداری کدخدا منشی مشخص و مشکلات مرتفع می‌شد. ولی زندگی اجتماعی بشر به سرعت به سوی پیچیده تر شدن حرکت کرد. و این حرکت طبیعتاً با خود لوازم و ملزوماتی را آورده است.

حقوق نهادی است که مستقیماً بر روابط اجتماعی بشر تأثیر می‌گذارد. و گاهی مسیر تحولات را مشخص می‌نماید. ولی اغلب ناگزیر می‌شود که منفعل از روابط اجتماعی بشر در وادی‌هایی نو گام گذارد که تجربه اش را نداشته، حقوق عرفی که با روابط جدید شکل‌هایی تازه به خود می‌گیرد. با این تحولات اصولاً مشکلی ندارد. و معمولاً با وارد کردن تبصره و یا ماده‌ای مشکل خود را حل می‌نماید و یا گاهی قانون قبلی را کلاً نسخ، و مقررات جدید را وضع می‌نماید.

ولی حقوق اسلامی که با مشخصاتی چون تقدس، خاتمیت، جامعیت، جاودانگی و حیانی بودن از حقوق عرفی کاملاً متمایز می‌باشد با این سیر تحولات چه میکند؟ چه باید کرد؟

آیا باید با فشاری بر نصوص وارده و جمود بر آنها چشم خود را بر تحولات نویی که هر لحظه در حال شکل‌گیری هستند ببندیم. به راستی که در برابر تحولات جدید اگر چشم خود را ببندیم بایستی تماشاگر هرج و مرج و بی‌ضابطگی در عصر نوین باشیم زیرا تحولات و تغییرات اجتماعی انکار ناپذیرند. این سیر در هر صورت بر تمامی جوامع تأثیر گذار خواهد بود. راهکار دیگری که به نظر می‌رسد این است که نظام حقوق اسلامی را محترمانه به کناری نهاده و به نظامات حقوقی نو ظهور و عرفی روی بیاوریم که این راه نیز نه تنها پشت پا زدن بر شریعت و دوری گزیدن از عقاید مردمان مسلمانی است که با جان و دل اسلام را قبول نموده و عمل به غیر آن را جایز نمی‌دانند بلکه پشت کردن بر میراث گرانبها و عظیم انبیاء الهی و معصومین (ع) است که طی سالها مجاهدت طاقت فرسای عالمان مسلمان به ما رسیده است. عالمانی که قاطبه‌ی عظیم آنان در دوران خود از نخبگان و بزرگان عصر بوده‌اند و بعضاً در تمام علوم زمان خود سرآمد و زبان زد بوده‌اند.

حتی اگر قایل بر تاریخی شدن این افکار باشیم عملاً اجرای راه کار دوم در جامعه‌ی اسلامی به هیچ عنوان امکان ندارد زیرا مردم که موضوع اصلی در علم حقوق هستند از اجرای

احکام غیر اسلامی و یا مخالفت با شرع سر باز خواهند زد. راه سومی که به نظر میرسد تمسک به اسلام و توجه به مقتضیات زمان و مکان است .

نصوص و متون معتبر دینی و عقل سلیم بر هدفمند بودن شریعت اسلام دلالت دارند قرآن کریم در آیاتی نه تنها برای کلیات ارسال رسل و انزال کتب، نتایج و اهدافی را بر می شمارد^۱، بلکه گاه برای احکام جزئی و خرد نتیجه و اغراض خاصی را بیان می دارد^۲. تعداد زیادی از احادیث صادره از سوی معصومین (ع) نیز بر این اصل تاکید دارند.

عقل سلیم درکی جز این ندارد که خداوند حکیم و غنی است و در تشریح مقررات بی هدف یا درصدد پر کردن خلا خویش نیست، بلکه انگیزه او در این کار تامین مصالح مکلفان است. قصد از تشریح الهی جز رسیدن انسان به حیات طیب و سعادت واقعی نیست این انگیزه و نتیجه مانند روح در پیکره شریعت جاری است.^۳ با ثابت نمودن اینکه شریعت هدف دار است و احکام لزوماً از مصالح و مفاسد ذاتی تبعیت می کنند و همچنین اثبات کارایی عقل بشری در این عرصه آنگاه میتوانیم در برخورد با موضوعات نو ظهور و یا موضوعاتی که عوارضی بر آنان وارد شده است به کشف مصالح و مفاسد اقدام نموده و حکم جدید را روشن نماییم .

البته نا گفته پیداست که این عمل در رابطه با تک تک موضوعات خود نیازمند دقت و تامل فراوانی است.

قابطه علمای سلف شیعه بر عدم پذیرش مصلحت و مفاهیمی شبیه به آن به عنوان منبع و سند کشف و استنباط حکم اتفاق نظر دارند. و هیچ گاه از مصلحت در کنار قرآن، سنت، عقل و اجماع به عنوان ادله اجتهاد یاد نشده است . ولی در مواردی دیده می شود که از مصلحت به عنوان موید و مقرب حکم نام برده شده هر چند دلیل اصلی حکم چیز دیگری است .^۴

البته مشاهده می شود، مصلحتی که عمل به آن توسط فقهای شیعه به پیروی از ائمه معصومین طرد شده است مصلحتی موهوم است نه مصلحت قطعی که توسط عقل قطعی و با کمک نصوص معتبر شرعی درک میشود در این رابطه خیلی از موضوعات در تاریخ فقه اسلامی تغییر حکم پیدا کرده اند و فقهای مسلمان با مدد جستن از اصل زمان و مکان، احکام متناسب را صادر نموده اند البته این موضوع در برخی موارد در عصر شارع نیز سابقه داشته است . که در

^۱ رک: بقره ۲۱۳، ۱۵۱، ۱۲۹، آل عمران ۱۶۴، اعراف ۱۵۷، انفال ۲۴، حدید ۲۵، ۹، و جمعه ۲

^۲ رک: بقره ۱۸۳، مائده ۹۷، توبه ۱۰۳، عنکبوت ۴۵

^۳ علیدوست، ابولقاسم، فقه و عقل صص ۱۰۱ ۱۰۲

^۴ به عنوان مثال رک بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناظره ص ۱۸ و ۲۷۰ - جلد ۱ و ۱۸

این تحقیق مواردی از آن ذکر شده است. اما با تاسیس نظام جمهوری اسلامی خلا نهاد مصلحت در نظام حقوقی ما بیشتر نمایان شده و متأسفانه فهم و بیان رابطه شریعت، فقه و مصلحت که مسئله ای کاملاً تخصصی و علمی است و باید به دور از هرگونه اغراض شخصی و غیر علمی بررسی شود، گاه رنگ غرض ورزی و غیر علمی به خود گرفته است. و افرادی با انگیزه های غیر علمی به نقد و ابرام آن پرداخته اند، و به نتایجی متناقض و به دور از واقع رسیده اند. برخی لباس استصلاح و مصلحت اندیشی را آن هم به معنای قبول قوانین، قرار داده‌ها، هنجارها و عرف های پذیرفته شده مردم چنان بر اندام شریعت پوشانیده اند که شریعت یا بخش غیر عبادی آن را چیزی جز مجموعه چند گزاره ی کلی و امضای عرفیات و عادات نمی دانند^۱ و جمعی از اینکه شریعت تأمین کننده مصالح مردم و فقیه را موظف به لحاظ نمودن زمان و مکان در استنباط بدانند، به شدت پرهیزی کنند^۲

برخی نیز در نوشته های خود بر این دو اندیشه متناقض اصرار ورزیده اند^۳.

در هر صورت چنانچه بخواهیم بر نصوص جمود کرده و از پرداختن به مسائل نو ظهور و رفع موانع پیش روی چشم پوشی کنیم. با معضلات و مشکلات عدیده ای روبرو می شویم که مطمئناً سرانجام آن رخت بر بستن تمامی اصول و بنیان های ارزشمند فقه اسلامی است چرا که با تحولات روز افزون بشر امروز دیگر نمی توان خود را محدود نمود و اگر بر این دیدگاه یعنی محدود کردن نگاه خود به آنچه از منصوصات به ما رسیده است اصرار ورزیم بایستی روزی شاهد آن باشیم که خودمان یا آیندگانمان رو به دیدگاه دوم آورده که حاصل آن به کنار نهادن تمام میراث سلف صالح و تمسک به نظریات دیگران می باشد.

فرضیه ما یعنی لزوم رعایت مصلحت در احکام البته با رعایت ضوابط، داری پشتوانه شرعی و تاریخی معتبر است. با نگاهی به احکام صادره از سوی ائمه معصومین و فقهای بزرگ مسلمان شیعه به روشنی تاثیر شگرف زمان و مکان را ملاحظه می نماییم و این خود نمونه بارزی است از رعایت مصلحت یعنی رعایت مصلحت زمان و مکان. در لسان فقهای گذشته به مباحثی

^۱ رک: مجتهد شبستری، هرمنوتیک کتاب و سنت ۵۲ و ۵۶ و همو، نقدی بر قرائت رسمی از دین صص ۱۵۶، ۱۵۱ و حائری ۱۲۶، ۱۲۷ و معرفت فصلنامه نقد و نظر شماره اول صص ۶ و ۶۱

^۲ رک: نظاهری ابن حزم، الاحکام فی الاصول الاحکام ج ۲ صص ۴۲۷، ۴۲۲، سروش، اخلاق خدایان، صص ۹ و ۱۴۸ و همو بسط تجربه نبوی صص ۹۰ و ۳۶۳

^۳ سروش عبدالکریم، اخلاق خدایان، ۹ و ۱۴۸، و همو بسط تجربه نبوی، صص ۹۰ و ۳۶۳ و مقایسه کنید با همو اخلاق خدایان، صص ۱۰۵، ۱۰۳، و همو بسط تجربه نبوی، صص ۱۰۶

همچون منطقه الفراغ، حکم حاکم، فقه و اجتهاد پویا و ... برخورد می کنیم که نشان از اهتمام ایشان جهت حل بن بستیهای فقهی حقوقی دارد.^۱

در عصر حاضر حاکم اسلامی مأمور تحصیل مصالح جامعه اعم از ضروری و غیر ضروری است.^۱ تحصیل این منافع در صورتیکه بدون هیچ مشکلی ممکن باشد انجام می گیرد و در صورتی که این مصالح با یکدیگر تزاخم داشته باشند به گونه ای که تحصیل تمام آنها ممکن نباشد - مصلحت مهمتر مقدم و مصلحت کم اهمیت تر رها می گردد. پس اگر در موردی مصلحت شخص خاصی با مصلحت عمومی تزاخم پیدا کند مصلحت شخص فدای مصلحت عموم می شود. به عنوان مثال مالکیت خصوصی مورد احترام شارع مقدس بوده تا جایی که گفته اند احترام مال مسلمان در کنار و برابر با احترام آبرو و خون اوست.^۲ ولی در همین حال چنانچه مصلحت عموم اقتضا نماید این مالکیت که اعتباری بوده اعتبار خود را از دست می دهد و فدای مصلحت عموم می شود. این مورد در موضوعات و مصالح ضروری که قوام جامعه بستگی بدان دارد، هیچ مخالفی ندارد ولی اگر موضوعی از مسائل غیرحیاتی و در عین حال مورد نیاز جامعه باشد که چنانچه تامین نشود جامعه با مشقت فراوان روبرو می شود به نظر فقهای مقدم تر که به مصلحت مبسوطا پرداخته اند نمی توان در اینجا قائل بر تحدید مصالح خصوصی بود. و مثلا جهت کشیدن خیابان که در این دسته از مصالح می گنجد نمی توان با این مبنا قائل بر سلب مالکیت خصوصی بود. مگر اینکه بگوییم چنانچه مجموعا این مصلحت عمومی رها شود جامعه اسلامی دچار بحران شده و مفسده ای بزرگ به وجود می آید که احتراز از آن بر مالکیت خصوصی افراد حکومت دارد.

در نظام های عرفی و حتی در نظام های حقوقی فرد گرا نیز حقوق مطلق نبوده بلکه در خیلی مواقع تحدید شده و بنا بر مصالحی محدود شده اند. در این راستا نیز نگاهی گذرا به چند میثاق بین المللی و نمونه هایی از قوانین تحدید کننده چند کشور انداخته شده است. و در ادامه ضمن بر شمردن تعدادی از قوانین تحدید کننده در حقوق ایران به جهت ملموس بودن حق مالکیت شخصی به عنوان یکی از بدیهی ترین حقوق شهروندی به بحث تملک توسط شهرداری ها پرداخته شده است.

^۱ کرمی حمزه، خبرگزاری فارس ۱۵ تیر ۸۹

فصل اول

مصلحت و جایگاه عقل در تشخیص مصالح و مفاسد

مبحث اول: کلیات

گفتار اول: معنا و مفهوم مصلحت

الف: معنای لغوی

مصلحت در لغت در مقابل مفسده آورده شده است و از ماده ی صَلَح گرفته شده است که لغویین آنرا ضد فساد یا نقیض فساد معرفی نموده اند.^۱ در اقرب الموارد ذکر شده است: «تسمی ما يتعاطاه الانسان في الاعمال الباعثه على نفعه مصلحه»^۲

لذا مصلحت یعنی صلاح که جمع آن مصالح می باشد اصلاح نیز به معنای راست نمودن و به راه آوردن امر یا چیزی است آن هم بعد از آنکه از راه به در شده و دچار فساد گردید. در لسان العرب این مثال آمده که (اصلاح الذآبه) یعنی در حق چارپا نیکی کرد و او را به سامان ساخت و (صلاح) به معنای (سلم) آمده است.^۳ بدیهی است که محور اصلی این واژه و مشتقات آن عبارت است از (نفع) و فرق ندارد که این نفع از طریق تلاش برای فرد به دست آمده باشد مثل اکتساب فواید و لذایذ، و یا اینکه از طریق دوری کردن و پرهیز نمودن از چیزی به دست آمده باشد مثل اینکه فرد خود را از ضرر و رنج هایی دور نگه داشته باشد.^۴

به همین خاطر است که می بینیم تقابل بین دو مفهوم (اصلاح) و (افساد) در مواردی در قرآن کریم آمده است به عنوان مثال در آیه ۲۲۰ از سوره ی مبارکه بقره می خوانیم. (وا... يعلم المفسد من المصلح)

از مصالح و مفاصد همچنین با مفاهیمی هم چون (خیر و شر)، (نفع و ضرر)، (حسنات و سیئات) لذت و سختی و ...^۵ -^۶ نیز یاد شده است چرا که مصالح همگی موارد نفعی هستند که در زمره ی خوبی ها قرار دارند و بالعکس مفاصد تماماً بد و مضر هستند در قرآن کریم کاربرد واژه حسنات برای مصالح و سیئات برای مفاصد رایج و قالب است.^۱ -^۲ کاربردهای موجود نشان می دهند که بین مصلحت، اصلاح، استصلاح از یک طرف و مصلحت و مفهوم سیاست شرعی از طرف دیگر نوعی ارتباط وجود دارد پس اگر واژه مصلحت به صورت مصدری و به معنای صلاح

۱-المقری القیومی، احمدین محمد بن علی، المصباح المنیر ج ۱ ص ۳۴۵ و ابن منظور، لسان العرب ج ۷ ص ۳۷۴

۲ الخوری الشرتونی اللبانی، سعید، اقرب الموارد ج ۶ ص ۶۵۶، عملی که نفعی عاید انسان میکند مصلحت گفته می شود.

۳- هشام احمد عوض جعفر، الإبعاد السیامة لمفهوم الحاکمیتة، معرفتیه ص ۱۷۱ - ۱۹۴

۴- محمد سعید رمضان البوعلی و ضوابط المصلحت فی الشریعته الاسلامیه، ص ۲۳ به نقل از مصلحت شرعی و حاکمیت سیاحتی ص ۱

۵- عزالدین عبد العزیز بن عبد السلام، قواعد الاحکام فی مصالح الانام ج ۱ ص ۵

۶- دهقانی نقدر، محمد، رساله دکتری رشته حقوق خصوصی دانشگاه حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، مصلحت در فقه عامه و امامیه ص ۱۰

و بروزن(مفعله) استعمال شود دلالت معنوی آن بر صلاح بیشتر نیز می باشد بدین معنا که مصلحت عبارت است از «کاری که دارای خیر زیاد است».

استصلاح نیز از حیث لغوی به معنای طلب خیر آمده است و این هدف تأمین نمی شود مگر از طریق عمل بر طبق مصلحت مرحوم دهخدا نیز در تعریف لغت مصلحت آورده است که «مأخوذ از تازی مصلحة مقابل مفسده، خلاف مفسدت، صواب، شایستگی، صلاح، آنچه که صلاح و نفع تشخیص شود و مصلحت آمیز یعنی مطابق صلاح کار بر وفق مصلحت و مقتضا^۱

ب: معنای اصطلاحی

میرزای قمی در قوانین در تعریف مصلحت می فرماید «المراد بالمصلحة دفع ضرر او جلب نفع للدين و الدنيا»^۲

امام محمد غزالی از دانشمندان بزرگ مسلمان در کتاب اصول خود در شرح مصلحت گفته اند «اما المصلحة فهي عبارة الاصل عن جلب منفعة او دفع مضره و لسنا به ذلك فان جلب المنفعة و دفع المضره»

مقاصد الخلق و صلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم. لکننا نغنی بالمصلحة المحافظة علی مقصود الشرع^۳

وی ضمن جدا کردن معنای لغوی مصلحت از مفهوم اصطلاحی آن در فقه بیان می دارد که مراد ما مصلحت خلق (بدون در نظر گرفتن مقصود شارع) نیست بلکه هدف و مراد محافظت بر مقصود و هدف شارع است وی سپس به تشریح مقاصد شارع می پردازد.

بعضی از معاصران ضمن دسته بندی مصلحت در توضیح مفهوم اصطلاحی مصلحت آورده اند که «... المصلحة فیما اصطلح علیه علماء الشريعة الاسلامیة یمکن ان تعرف بمایلی: المنفعة التي قصدھا الشارع الحکیم لعباده من حفظ دینهم و نفوسهم و عقولهم و نسلهم و اموالهم طبق ترتیب معین فیما بینهما»^۴

۱ لغت نامه دهخدا- ج ۴۴- چاپ سوم دانشگاه تهران ص ۵۷۸

۲ محقق قمی، قوانین الاصول به نقل از مرعشی، دیدگاه های نو در و حقوق کیفری اسلام ص ۲۷- و شریعتی، بررسی فقهی حقوقی مجمع تشخیص مصلحت صص ۲۲-۲۳

۳ غزالی، المستصفی ج ۱ ص ۱۷۴

۴ البوطی، محمد سلیمان، ضوابط المصطلحة فی الشريعة الاسلامیة، ص ۲۷ به نقل از مرعشی، دیدگاه های نو در حقوق کیفری ص ۳۶

یعنی مصلحت در لغت به معنای منفعت است و در اصطلاح علمای شریعت عبارت است از منفعتی که شارع مقدس آن را برای حفظ دین و جان، عقل، نسل و اموال بندگان مورد توجه قرار داده است. فخر رازی نیز تعریف مشابهی ارائه داده است^۱

صاحب اقرب الموارد، می نویسد: المصلحة: ما يترتب على الفعل و يبعث على الصلاح، يقال: (رأى الامام المصلحة في ذلك) ای هو ما يحمل على الصلاح، ما منه سمى ما يتعاطاه الانسان من الاعمال الباعثة على نفعه^۲: مصلحت، یعنی آنچه برعمل بار است و سبب صلاح و شایستگی می گردد. از همین باب است این سخن که (امام مصلحت را در این دید) یعنی این، چیزی است که سبب صلاح می شود. از این روی، کارهایی که انسان انجام می دهد و سبب سودبری می شود، به این نام نامیده می شوند.

صاحب جواهر می فرمایند: يفهم من الاخبار و كلام الاصحاب، بل ظاهر الكتاب من ان جميع المعاملات و غيرها انما شرعت لمصالح الناس و فوائدهم الدنيوية و الاخروية مما نسّمى مصلحة و فائدة عرفاً^۳. دکتر محمد سلام مدکور نیز در تعریف اصطلاحی مصلحت آورده است: مصلحت عبارت است از چیزی که جلب منفعت یا دفع ضرر میکند و در قلمرو عام شریعت باشد بنابراین مصالحی که با مقاصد شرع همخوان باشد و با آن منافات نداشته باشد معیار امر و نهی در شرع اسلام می باشد^۴

گفتار دوم: مصلحت از دیدگاه الهیون و مادیون

مصلحت از دیدگاه مادیون صرف منفعت است که در نظام فردگرایی لحاظ شده است ولی از دیدگاه الهیون سعادت عبارت از رسیدن به کمال انسانی است که احیاناً افراد در راه آن باید از برخی منافع چشم پوشی کنند. لذا اسلام اصالت را به فرد و جامعه داده است و این که گاهی برای حفظ مصالح باید از برخی منافع چشم پوشی شود، بدین سبب است که در موضع تزاحم بین مصلحت فرد و جامعه، اسلام، مصلحت جامعه را مقدم داشته است، زیرا مصلحت جامعه در واقع تأمین مصالح خود افراد نیز هست. زندگی در نظام الهی، دارای هدف و غایت است که باید

۱- رک به صفوه الالی ص ۱۸۲

۲- الشرتوتی السعید الفوری، اقرب الموارد، ماده صلح، نقل از مجله حوزه شماره ۸۵ - ۸۶ فروردین و اردیبهشت و خرداد ۱۳۷۷

۳- نجفی محمد حسن جواهر الکلام، یشع ج ۲۲/۳۴۴

۴- مدکور محمد سلام، مناهج الاجتهاد فی الاسلام فی الاحکام الفقهیه و العقائديه، ص ۲۸۱ به نقل از شریعتی، همان، ص ۲۲

برای تأمین آن صرفاً تلاش کرد، همچنین نظام های الهی، این جهان را، راهی به سوی جهان دیگر که والاتر است، می داند. وابتغ فیما آتاک... الدار الاخره و لا تنس نصیک من الدنیا امیرالمؤمنین علی(ع) می فرماید: «الدنیا دار مجاز و الاخره دار قرار فخذو من ممرکم لمقرکم»

ولی باید توجه شود این حدیث و توصیفاتى که ذکر شد همه ی مطلب و نظر اسلام به عنوان مکتبى که در اینجا ما با آن به عنوان نمونه یک مکتب الهی سروکار داریم نیست چرا که تعالیم اسلامی در عین اینکه به آخرت توجه دارند به دنیا نیز به عنوان وسیله و مزرعه ی آخرت نگریسته است تا جایی که گفته اند «الدنیا مزرعه الاخره»

امام موسی کاظم(ع) فرموده اند که:

«لیس منا من ترک دنیا لدینه و ترک دینه لدنیا»

پس پرداختن به این زندگی و حیات، در این جهان، باید به طور شایسته انجام گیرد تا نتیجه شایسته بدهد. از نظر اسلام نادیده گرفتن این حیات صحیح نیست. لذا باید این حیات با سعادت توأم باشد و به طور شایسته تأمین گردد «الدنیا مزرعه الاخره» در صورتی است که تأمین سعادت در این جهان به طور شایسته انجام گیرد تا نتایج رضایتبخش دهد پس روشن است که سعادت اخروی از طریق زندگانی شایسته دنیوی، هدف شرع انور و مناط کلیه احکام است^۱

با اینکه این تقسیم بندى (مصلحت مادى - الهى) توسط اکثریت قریب به اتفاق مولفان که در حوزه مصلحت تألیف داشته اند صورت گرفته است ولی به نظر نگارنده ثمره عملی به طور جدی بر این بحث مترتب نیست مگر در مواقع تزاحم بین مصلحت فرد در دنیا و آخرت که آن هم در موارد نادری پیش می آید که اصولاً آن مصلحت دنیوی که در تضاد با مصلحت اخروی است از دیدگاه الهیون اصولاً مصلحت نیست و همچنین از دیدگاه غیرالهی مصلحت اخروی اصولاً مصلحت محسوب نمی شود.

در دیدگاه اسلام هدف و برآورنده مصلحت هم معیشت است و هم معنویت. روشن است که در مکتب اسلام در صورت تزاحم یا تعارض مصلحت دنیا و آخرت مصلحت آخرت مقدم است چرا که دار آخرت هدف و مقصود مکتب اسلام است هر چند که در این راه به دنیا نیز توجه شایسته ای شده است.

مبحث دوم: ادله ابتدای احکام بر مبنای مصلحت

گفتار اول: ادله لزوم رعایت مصلحت

ادعای ما این است که مصلحت نزد شیعه جایگاه مهم و ارزشمندی دارد و حتی برخی فقها تصریح به وجوب رعایت مصالح نموده اند اما به نظر می رسد با توجه به بی مهری های ظاهری که نسبت به مصلحت تحت عنوان (مصالح مرسله) شده است این ضرورت تقویت می شود که بر این مدعا (لزوم رعایت مصالح) دلیل اقامه شود تا بر اتقان و غنای بحث افزوده شود و مدعا بهتر ثابت گردد. البته باید توجه شود که مراد از لزوم رعایت مصلحت این نیست که هر کجا مصلحت بود حکم وجوب صادر کنیم. بلکه صدور حکم متناسب با مصلحت مراد ماست. به طور خلاصه دلایل ذیل را می توان بر اثبات وجوب رعایت مصلحت اقامه نمود:

الف (لزوم رعایت مقصود شارع

ب (تبعیت احکام از مصالح

ج (بنای عقلاء

د (آیات قرآن^۱

ه (حکم عقل به رعایت مصالح^۲

گفتار دوم: نمونه هایی از رعایت مصلحت

الف: وجود مصلحت در نزول قرآن

قرآن در مدت ۲۳ سال نازل گردید تا مردم بتوانند با تعقل در آیات الهی و عمل به آن روز به روز کامل تر شده و مدارج تکامل معنوی را طی نمایند. چنانچه شأن نزول قرآن از جمله مواردی است که در زمان و یا مکان خاصی به اقتضای آن زمان یا موقعیت، آیاتی نازل شده و موجب هدایت گردیده است. و چنانچه به شان نزول توجه نشود امکان افتادن در گمراهی خیلی زیاد است.

ب: مصلحت در موضع گیری امامان شیعه

۱ اعراف ایات شریفه ۱۷۰ و ۸۵

۲ دهقانی نقدر، محمد، همان، صص ۱۶۱-۱۶۲ با تصرف

موضع گیری ائمه علیهم السلام با توجه به مقتضیات زمان و مکان در همین راستا مورد توجه است از جمله آن می توان به سکوت ۲۵ ساله حضرت امیرالمومنین علی (ع) اشاره کرد. او با درک موقعیت زمانی خویش سکوت را برگزید تا اساس دین حفظ شود. درست است که امامان شیعه در اصول و خطوط کلی از قبیل لزوم مبارزه با طاغوت، استقامت و صلابت و واقع بینی و بهره گیری از امکانات و حفظ اهداف و اصول ارزشها، مراعات اولویت ها و رعایت الاهم فالاهم و ... با یکدیگر اختلاف و تفاوتی نداشته اند اما در شیوه برخورد با قدرت ها و اتخاذ سیاست و روش مبارزه همواره از اصل زمان و مکان سود می جسته اند و بدان پایبند بوده اند:

وقتی اوضاع زمان آن گونه است که شناخت حق از باطل دشوار و صعب می گردد و اصلی ترین وظیفه رهبر دینی نشان دادن صراط مستقیم و مبارزه با انحراف ها و تحریف هاست. اگر امام حسین (ع) در زمان امام صادق (ع) و یا امام رضا (ع) می بود بی تردید همان گونه عمل می کرد که آن دو بزرگوار عمل می کردند ...^۱ شاید سخن و فرمایش رسول اکرم (ص) که فرمود: «انبای هذان امامان قیاماً او قعوداً»^۲ دو فرزند من حسن و حسین (ع) پیشوایان امت اند چه قیام کنند، چه نکنند اشاره ای به همین اصل اساسی باشد

در آغازین روزهای انحراف مسیر خلافت یکی از نزدیکان حضرت امیر(ع)، اشعاری در حمایت آن حضرت با این مضمون سرود:

«من هرگز فکر نمی کردم که رهبری امت را از خاندان هاشم و از امام ابوالحسن سلب کنند. آیا علی نخستین کسی نیست که بر قبله شما نماز گذارد؟ آیا او داناترین شما به قرآن و سنت پیامبر نیست؟ آیا او نزدیکترین فرد به پیامبر نبود؟ آیا او کسی نیست که جبرئیل او را در تجهیز پیامبر یاری کرد؟

هنگامی که امام (ع) از اشعار او آگاه شد قاصدی را فرستاد تا او را از خواندن اشعار باز دارد و فرمود: «سلامته الدین احب الینا من غیره» سلامت دین در نزد ما بهتر از هر چیز دیگری است^۳

حضرت امیر (ع) بعدها در باب سکوت خود جهت حفظ اصل دین این چنین بیان می فرماید:

۱ مطهری نهضت های صدساله اخیر ص ۱۸۲ به نقل از فصل نامه حوزه شماره ۵۶ و ۵۷

۲ علامه مجلسی بحارالانوار

۳ ابن ابی الحدید ج ۶ ص ۹۱ به نقل از صابریان، مقاله نقش زمان و مکان