

## اصل مصلحت در نظام قانونگذاری اسلامی و تطبیق آن در حقوق خانواده با رویکردی به اندیشه‌های امام خمینی (س)

طوبی شاکری گلپایگانی<sup>۱</sup>

مهديه محمدتقی زاده<sup>۲</sup>

**چکیده:** اصل مصلحت اصل زیربنایی فقه اسلامی و دربردارنده روح مشترک تمام احکام است. امام خمینی به صراحت مصلحت را مبنای صدور احکام حکومتی می‌داند تا بدانجا که جهت رعایت این اصل کلیدی در قانونگذاری، به دستور ایشان، مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۶۷ تشکیل شد. با این توصیف، تبیین این اصل و جایگاه آن به لحاظ محوریت و دخالت آن در تشریح و استنباط احکام از منابع و تقنین در نظام قانونگذاری، خاصه در ساحت خانواده ضروری است.

پژوهش حاضر بر آن است تا پس از تبیین اصل مصلحت به عنوان ابراصل حاکم بر نظام قانونگذاری اسلامی، و تأمل بر اندیشه‌های امام خمینی، جایگاه این اصل را در نظام قانونگذاری اسلامی ترسیم نموده، در نهایت به تبیین محوریت این اصل در نظام خانواده و تأکید بر تقدم مصلحت جمعی بپردازد در این پژوهش بیان شده که علی‌رغم مبانی فقه شیعه و تأکید امام خمینی بر رعایت مصالح جمعی در تقنین و لحاظ اصل مصلحت حفظ نظام، اشاره قانونگذار در مواردی به رعایت مصلحت در مباحث حقوق خانواده، در واقع لحاظ مصلحت جمعی نبوده است و صرفاً مصلحت موردی را در نظر داشته است؛ بنابراین ضروری است قانونگذار در جهت تأمین مصالح و

۱. استادیار گروه مطالعات زنان دانشگاه تربیت مدرس و مدرس حوزه E-mial:t.shakeri@modares.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری مطالعات زنان/گرایش حقوق زن در اسلام، دانشگاه تربیت مدرس  
E-mial m.mtaghizade@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۴/۱۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱/۲۳

حفظ نظام خانواده (مهم‌ترین بنیاد جامعه)، این اصل را با رعایت ضوابط یاد شده بر فروعات مسائل خانواده تطبیق نموده و به تدوین و اصلاح قوانین اقدام نماید.

**کلیدواژه‌ها:** اصل مصلحت، نظام قانونگذاری اسلامی، مصلحت جمعی، حقوق خانواده، قاعده اهم

### بیان مسئله

فقه اسلامی با گذشت زمان، تحولاتی را در خود دیده است که نشأت گرفته از گسترش حوزه روابط انسان‌ها بوده است. این تحولات در منطق فقاہت یعنی علم اصول نیز تأثیر عمیق گذاشته است.

در غالب بحث‌هایی که در پیرامون ماهیت قوانین اسلامی گفته می‌شود سخن از جاودانگی قوانین اسلام است و در عین حال سخن از این است که این جاودانگی بدین معنا نیست که اسلام با هیچ تحولی در جامعه همخوانی ندارد؛ لذا 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 عمیق دین خاتم، در این حوزه بهترین روشنگری‌ها صورت گیرد و کامل‌ترین پاسخ‌ها در رویارویی ابنای بشر با مسائل نو و بدیع دنیای مدرن در حوزه‌های مختلف، داده شود. لذا عرصه اجتهاد در فقه می‌تواند با تعیین قانونمند احکام شرعی، هم پاسخگویی جهت‌گیری قوانین خود در گذشته باشد و هم با حفظ پویایی، نیاز آینده جامعه دینی برای جلب مصالح و تعیین وظایف مکلفین در این جهت را تأمین نماید. اما باید گفت آنچه در بررسی سیستم قانونگذاری اسلامی، غالباً مورد توجه تحلیل‌گران قرار می‌گیرد نگاه معلول‌گرایانه است نه علت‌مدارانه؛ بر همین اساس عمدتاً نظر به متن چینش احکام با محوریت ترسیم تکلیف صرف دارد؛ اما نظر به بطن و بحث از علت و حکمت و غایت و مصلحت و نیز تأمل در کشف اصول حاکم بر آن و قواعد مستند بدان، مورد سهو و غفلت است. در حالی که رموز دستیابی به نقاط قوت و میزان انعطاف و شناوری قانون با بررسی اسلوب قانونگذاری بر مبنای اصول و قواعد میسور است.

این گزاره‌های سیستم دار فقهی در خرده نظام فقه و حقوق اسلامی در کنار سیستم اعتقادات و باورها، فرهنگ، آموزش و خانواده در زیست-محیط در ترابط حلقوی پدیدارند.

نگاه کلان به سیستم قانونگذاری اسلام، به دور از افراط و تفریط، جمود و التقاط، کتمان و انحراف، مطالبات دیگری نیز دارد و آن کشف ملاکات و تنظیم معادلات، دستیابی به اصول و پشتوانه‌ها و منطق جعل احکام، بصیرت در تغییر پذیری بر مبنای شرایط و مقتضیات و ... رموزی از این قبیل است که فن اجتهاد پویا و پایای شیعی در حل معضلات بر آن استوار است.

به ویژه آنکه خاستگاه فقه جمعی، توجه تام به مصالح جمعی در سایه تحقق اصول و قواعد و مقاصد شرعی دارد و بر حاکمیت اصولی ریشه‌ای چون عدالت، تسهیل، احسان، کرامت و ... تأکید می‌نماید که حاصل آن در قواعدی چون لاضرر، لاجرح نیز آشکار است، علاوه بر آنکه سایر متون در مواردی بر آن استوار هستند.

چگونگی جمع بین رعایت مصالح اجتماعی و حفظ اصول دین و کیان اسلام، از مباحث قابل توجهی است که در مبحث «مصلحت» جای گرفته و ضرورت طرح این بحث را دوچندان می‌کند. با توجه به برقراری حکومت اسلامی نیز، امام راحل راهبردهای اجرایی و آیین نامه این مسئله 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 ایشان درباره مصلحت و احکام حکومتی دیدگاه وسیعی داشت و آن را در چارچوب زمینه‌های معاملات محدود نمی‌ساخت.

از طرفی در مدنیت جدید عقوبات شرعی یعنی حدود و تعزیرات با سؤالات تازه‌ای روبرو شد که پاسخ آنها در مواردی با قاعده مصلحت ممکن بود. نظام اقتصادی جهان معاصر نیز با منفعت و سود همراه شد که در شریعت اسلامی به دلیل ربوی بودن، تحریم شده و از سوی دیگر معاملاتی پدید آمد که در گذشته نبود و حکم فقهی آنها را محققین و فقهای معاصر با توجه به مصالح زمان و قواعد عامه بیان نموده‌اند.

در احوالات شخصیه به ویژه مسائل مربوط به حقوق زن و کودک دچار شبهاتی در ارث، طلاق، حضانت و ... شدیم که مشکلاتی از نوع خلأ قانونی، ظهور موانع اجرایی در راه عمل به احکام منصوص و یا تبدل موضوعات و مفاهیم عرفی را پدید آورد که همگی موارد یادشده ضرورت به کارگیری اصل مصلحت را آشکار می‌نماید. اهمیت مصلحت در چاره اندیشی برای حل معضلات اجتماعی بشر در ابعاد گوناگونش، در نظام ولایی و حکومت دینی دوچندان است؛

زیرا حکومت اسلامی، مسئول پاسخگویی به نیازهای زمان و مکان با توجه به متغیرات و مقتضیات زمان و مکان از طریق ارجاع مشابه به ثبوتات محکم دین است (توکلی ۱۳۸۴: ۱۴).  
 فلذا تبیین اصل مصلحت و جایگاه آن به لحاظ محوریت و دخالت آن در تشریح و استنباط احکام از منابع و تقنین در نظام قانونگذاری، خاصه در ساحت خانواده، ضروری است.  
 غالب تحقیقات و مباحثی که در پیرامون موضوع مصلحت طرح شده است، یا صرفاً و صددرد در اسلوب مباحث فقهی (در قالب بحث‌های مصالح مرسله و استصلاح و ...) بوده یا بیشتر به صورت پراکنده و حاشیه‌ای از نقش مصلحت در حکومت اسلامی سخن گفته شده است و بعضاً در نهایت به ذکر برخی از نمونه‌های تاریخی آن در زمان اهل بیت (علیهم السلام) انجامیده است. وجود بحثی مستقل از اصل مصلحت به عنوان اصلی که سایه بر همه اصول و فروع فقه اسلامی دارد و کاربردی‌تر از صرف اصطلاح فقهی آن است بر ضرورت انجام این تحقیق می‌افزاید.

### تبیین جایگاه اصل مصلحت در نظام قانونگذاری اسلامی

اصول و روش شناسی فقه، هم زمان با لفظ مداری و تأکید بر قواعد دلالت، نیازمند تأمل در منطقه فراغ و حوزه عدم نص، تحلیل متون تأویل‌پذیر، رفع تعارضات ثابت و متغیر و تبیین اهداف و مقاصد شرعی است؛ این امر مستلزم طرح تئوری‌های کلان در سیاست، حقوق، اخلاق و خانواده است (شاکری گلپایگانی ۱۳۸۳: ۷).

با بیان این ضرورت، می‌توان گفت در دهه‌های اخیر تلاش عالمان اهل سنت جهت گشوده شدن باب اجتهاد<sup>۱</sup> 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

۱. حال آنکه فقه اهل سنت از آغاز تکوین علمی و استدلالی خود، با مسئله خلافت به مثابه فرعی از فروع فقه، یا بعضاً بخشی از کلام، مواجه بود اما هیچ‌گاه به طور جدی به موجه سازی نظریه سیاسی و نظریه خلافت نپرداخت؛ زیرا تا ظهور اجماع به مثابه یکی از منابع و مآخذ استنباط فروع فقهی و سازماندهی اصول فقه از سوی شافعی، راه درازی در پیش بود تا با استناد به اجماع، نظریه خلافت محملی اصولی - فقهی می‌یافت؛ اما این تقلیل‌گرایی با انسداد باب اجتهاد و طرح نظریه تقلید مجدداً اوج گرفت. فقه شیعی نیز که سالیانی متمادی را بیرون از صحنه اجتماعی طی کرده بود، به اعتزال و انزوای اجباری کشانده شد. بدین ترتیب عملیات اجتهاد، متمرکز بر نص و ظواهر شد که تأملات لفظ مدارانه مبتنی بر لفظ و قواعد دلالت را می‌طلبد (شاکری گلپایگانی ۱۳۸۳: ۸-۷).

اجتهاد و استنباط حکم ایجاب کرده است و در نهایت به نفی تحلیل غیر سیستمی از فروع فقهی در حقوق اسلامی انجامید؛ بدین ترتیب هم سویی محققان حقوق اسلامی با جریان تفکر فقهی فوق لازم است؛ زیرا به ظهور هرچه بیشتر عقلانیت سیستمی فقه کلان اسلامی می‌انجامد<sup>۱</sup>، تفکری که اینک معقول و منقول، ثابت و متغیر را با هم در افق‌های عقلانی حاصل از حاکمیت اصول عدالت، سمحه و مصلحت در عملیات اجتهاد و استنباط حکم، دخالت می‌دهد (شاکری گلپایگانی ۱۳۸۳: ۷-۸). در این شاخه 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.

### پیشینه رجوع به مصلحت

رجوع به مصلحت به عنوان یک منبع مستقل از قرآن و سنت، به تدریج بعد از پیامبر شکل گرفت و مانند بسیاری از موضوعات دیگر از لحاظ زمانی، در دامن سیاست شکل گرفت و از آنجا به فقه سرایت کرد.

خلفایی که بعد از پیامبر بر مسند تکیه زدند، هنگامی که نمی‌توانستند از کتاب و سنت حکم شرعی را به دست بیاورند به مصلحت متوسل می‌شدند. گاه در عرصه حکومت طبق آن حکم مشی می‌کردند و گاه نیز طبق آن فتوا می‌دادند. یعنی هم عمل خلیفه و هم صدور حکم حکومتی و هم فتوا با تمسک به آن انجام می‌گرفت (علیدوست ۱۳۹۰: ۵۲).

در مورد سیره اصحاب گفته شده است: «از صدر اسلام برخی صحابه با اعتماد بر مصالح مرسله و استصلاح به اجتهاد پرداختند بر همین اساس ابوبکر دستور به جمع قرآن داد و قصاص را از خالد بن ولید برداشت، عمر سه طلاق را در مجلس واحد و با یک جمله نافذ دانست و از اجرای حد

۱. شیخ الشریعه اصفهانی به دنبال روایت «علینا القاء الاصول...» می‌گوید: «وقتی این دسته از روایات، پی در پی ما را به اسلوب و منظومه معارف الهیه رهنمون می‌سازد می‌بینیم شاخه معارف دینی، صورتی هرمی دارد که در رأس آن کلمات جامعی است که فروعاتی منشعب و احکامی از آن متفرع می‌گردد. فقیهان این اصول و جوامع را گرفته و به سبب شناخت حساب شده در تفریع آن، احکام شرعی را می‌شناسند و از اینجاست که مردمی عامی مأمور رجوع به آنان هستند.»

سرقه در سال قحط و گرسنگی جلوگیری نمود و عثمان اذان دوم برای نماز جمعه قرار داد» (حکیم ۱۴۱۸: ۳۷۵).

آنچه عمل حضرت علی<sup>(ع)</sup> را از عمل برخی مدعیان مصلحت اندیش جدا می‌کرد، بی‌ضابطه‌گی و خودرأیی برخی صحابه بود که بی‌هیچ حساب و کتابی به آنچه آن‌را مصلحت و اقتضای عقل معرفی می‌کردند، تمسک جستند و آن‌را در کارهای خود سند قرار می‌دادند (نهج البلاغه خطبه ۱۸: ۷۵-۷۴).

اهل سنت به دلیل سند انگاری مصلحت در فقه با همین عنوان یا عناوینی چون استحسان، عرف، سد ذرایع و قیاس که هر یک به نوعی از اهتمام به مصلحت خبر می‌دهد، ناگزیر بودند مباحث گسترده‌تری در مقایسه با مباحث امامیه از مصلحت فقهی ارائه دهند.

غزالی از جمله محققینی است که مصلحت را به طور جامع مورد بررسی قرار داده است. علاوه بر غزالی، بزرگانی چون شاطبی در *موافقات*، ابن قیم در *امانة اللفهان* و ... با تعابیر مشابه، از مصلحت سخن گفته‌اند.

در چند سال اخیر نیز اندیشمندانی چون دکتر احمد ریسونی، محمد جمال باروت، دکتر یوسف قرضاوی، دکتر طه جابر علوانی در کتاب *مقاصد الشریعه* و ... بحث مصلحت و مقاصد دین را مورد توجه قرار داده‌اند. دکتر ریسونی بحث مقاصد شرع را با نظریه مصلحت پیوند می‌زند و به نتایج قابل توجهی می‌رسد. وی علاوه بر کتاب *نظریه المقاصد عند الامام الشاطبی* در مقاله‌ای تحت عنوان *الاجتهاد بین النص والمصلحة والواقع* به تبیین نظریات خویش پرداخته است.

اما بحث از مصلحت در اصول فقه امامیه حضور چشمگیری نداشته و ندارد. امامیه به دلیل سندنانگاری مصلحت، عدالت و مفاهیم دیگر همسان و همسو در استنباط احکام شرعی و رد هر گونه استصلاح و استحسان و انحصار منابع و اسناد کشف به قرآن، سنت معصوم (علیهم السلام)، اجماع و عقل، وجهی برای لزوم پرداختن به مباحث مرتبط با مصلحت ندیده و در این باره به ضرورت و در حد لزوم، مباحثی پراکنده در لایه لای برخی فروع فقهی ارائه داده‌اند. لکن از آنجا که حضور و اعتبار مدرکات عقل عملی در فقه امامیه نمی‌تواند جدا از حضور مصلحت باشد، می‌توان مباحثی که عالمان امامیه از عقل عملی ارائه داده‌اند به حساب مصلحت گذاشت و آن مباحث را در پرونده مباحث مربوط به مصلحت قرار داد.

## تعریف اصول

دانشمندان تعاریف متعددی از اصطلاح اصول ارائه داده‌اند. بعضی آن‌را قواعد نانوشته‌ای می‌دانند که در یک جامعه معین، از سوی وجدان عمومی پذیرفته شده است (صادقی ۱۳۸۴: ۲۳).

بعضی آن‌را در مقاصد و غایات نظام و مکتب جستجو می‌کنند. در اینجا منظور از «اصل» گزاره‌هایی است که به فهم و تبیین تعدادی دیگر از گزاره‌ها و نشان دادن جهت‌گیری‌های کلان، به ما کمک می‌کند و از موضع‌گیری‌ها سخن می‌گوید و چه بسا احکام و قواعد نظام اسلامی بر پایه آنها طراحی می‌شوند نه اینکه قواعد برای دستیابی به آنها وضع می‌گردد.

به عبارت دیگر گاه شارع و قانونگذار برای رسیدن به هدفی دست به وضع قاعده می‌زند و گاه چون باور و ایده‌ای دارد، بر پایه آن قواعدی را مقرر می‌دارد (حکمت‌نیا ۱۳۸۶: ج ۲: ۲۴).

هر امر نظام مندی دارای اصولی است که شناخت آن، به آسانی شناخت گزاره‌های داخلی یک نظام نیست؛ ولی امکان شناسایی آنها در صورت تصریح و تأکید یا تکرار مصادیق و گاه از طریق تبیین مجموعه‌ای از گزاره‌های موجود در آن امکانپذیر می‌باشد. به عبارت دیگر، شناخت اصول از دو راه ممکن است:

۱. به صراحت از مفاهیم موجود در آن نظام، قابل استخراج هستند. ۲. از اصطیاد مجموعه‌ای از گزاره‌ها و از لابلای مفاهیم به عنوان قدر مشترک آنها قابل فهم و استنتاج است که با پذیرفتن آنها می‌توان مجموعه‌ای از گزاره‌های آن نظام را قاعده‌مند کرد (سبحانی ۱۳۸۲: ۱۰۸-۱۰۶).

اصل‌های موجود در قرآن نیز برخی مانند آیه «قَالَ رَبُّنَا الَّذِي أَعْطَى كُلَّ شَيْءٍ خَلْقَهُ ثُمَّ هَدَى» (طه: ۵۰) که اشاره به تناسب تکوین و تشریح دارد، به طور مستقیم قابل استخراج هستند و بنا بر توضیح علامه طباطبایی می‌توان نتیجه گرفت تمام احکام در روابط اجتماعی منشأ تکوینی دارند و برخی غیر مستقیم از مجموع آیات قابل استخراج می‌باشند. نباید توقع داشت که این اصول صریحاً در کتاب و سنت مطرح شده باشند.

همین اندازه که موارد و مصادیقی در قرآن به عنوان نمونه ذکر شده است، برای اثبات مدعا کافی است. این سبک در موارد دیگری غیر از اصول هم دیده می‌شود بدین معنا که وقتی چیزی را به قرآن نسبت می‌دهیم، به این معنا نیست که به شکل دقیق در قرآن مورد بحث واقع شده است؛ بلکه منظور این است از لابلای آیات می‌توان آن را استخراج نمود (مصباح یزدی ۱۳۸۴: ۳۳۱).

با تأمل در این اصول می‌توان به اوج حکمت در نظام هستی پی برد و تفاوت میان نگرش الهی و آموزه‌های بشری را در حوزه‌های مختلف به خصوص اخلاق دریافت. نکته قابل ملاحظه در این موضوع، نگرش موجود و حاکم بر این حوزه از مباحث می‌باشد که حوزه مباحث اخلاقی را به طور کلی منفک از مباحث فقهی نگریسته و در دو فضای کاملاً جداگانه به آن می‌پردازد. در حالی که قرآن خود در ارائه این مطالب هیچ تفکیکی بین گزاره‌های اخلاقی و فقهی نکرده و با یک سبک و سیاق به آنها پرداخته است.

### اصل مصلحت

بنابراین، چنانچه اشاره شد: 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 (شفایی ۱۳۸۳: ۳۹). شهید مطهری، این اصول را زیربنای فقه اسلامی شیعی برمی‌شمرد: «اصل عدل و اصل تبعیت احکام از مصالح و مفاسد نفس‌الامری و بالطبع، اصل حسن و قبح عقلی و اصل حجیت عقل» (مطهری بی‌تا: ج ۱: ۵۸).

لذا با توجه به مبانی و اصول، نمی‌توان تردید کرد که فقه شیعه از آغاز، پیوندی ناگسستنی با مصلحت داشته است و فقهای شیعه، احکام یا متعلقات آنها را پیر و مصالح یا مفاسد نفس‌الامری دانسته‌اند. آیات قرآن کریم<sup>۱</sup> و احادیث بی‌شماری از معصومین (علیهم‌السلام) نیز بر این اصل تأکید دارند<sup>۲</sup>؛ بنابراین مبانی عمیق، ثمره و انگیزه تشریح الهی جز رسیدن به حیات طیب، سعادت انسان‌ها و مصلحت آنها نیست (علیدوست ۱۳۹۰: ۲۹) لذا همانگونه که خداوند حکیم، فعل و عمل بدون غرض و هدف و مصلحت انجام نمی‌دهد؛ زیرا این کار با حکمت بالغه او منافات دارد،

۱. (بقره: ۶۰، ۱۷۹، ۱۵۱؛ نساء: ۱۶۵، ۵۸، ۲۸، ۳؛ مائده: ۹۱، ۶؛ اعراف: ۵۶، ۸۵؛ هود: ۸۸؛ نحل: ۹۰، ...).

۲. در روایتی از حضرت علی<sup>(ع)</sup> به امام حسن<sup>(ع)</sup> داریم: «فانه لم یأمرک الا بخس و لهم یفهبک الا عن قبیح»

(نهج‌البلاغه: نامه ۳۱) و روایت امام صادق<sup>(ع)</sup> که می‌فرمایند «و کل شیء یكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فهذا كله حلال بیعه و شراؤه و امساكه و استعماله و هبته و عاریته. و أما وجوه الحرام من البیع و الشراء فكل امر یكون فيه الفساد مما هو منهی عنه من جهة اكله و... أو شیء یكون فيه وجه من وجوه الفساد نظیر البیع بالربا» (ابن شعبه ۱۴۰۴: ۳۳۳).



همچنان محال است که احکام الهی - چه تکلیفی و چه وضعی - بدون غرض یعنی جلب مصلحت و دفع مفسده باشد (وکیل زاده ۱۳۸۱: 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: ۹۲)؛ برخی مصلحت را منحصر در موارد پنج گانه دانسته‌اند: «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 مفسده و دفع آن مصلحت است» (غزالی ۱۴۱۷: ۱۷۴).

به بیانی دیگر، مصلحت حقیقتی است که بر فعل مشروع مترتب می‌شود که با انجام آن فعل و در نتیجه اتصاف به آن حقیقت، کمال یا وصول به هدف حاصل می‌شود (توکلی ۱۳۸۴: ۹۱). برای مصلحت تقسیمات مختلفی نموده‌اند از آن جمله تقسیم بندی مشهور مصالح به ضروریات، حاجیات و تحسینات، تقسیم مصلحت به شخصی و نوعی، ... (شاکری گلپایگانی ۱۳۹۱) شهید اول در *القواعد و الفوائد*، مصالح را به سه گونه تقسیم می‌کند: «مصالح ضروری همچون هزینه آدمی برای خودش، مصالح حاجی مثل هزینه زوجه‌اش و مصالح تکمیلی مانند هزینه خویشاوندش؛ زیرا فراهم کردن هزینه آنان تتمیم مکارم اخلاق به حساب می‌آید.» (شهید اول ۱۴۰۰ ج ۲: ۱۳۸).

شهید اول در همین کتاب *القواعد و الفوائد* طرحی نسبتاً جامع درباره مسائل مرتبط با مصلحت بیان کرد. با فاصلهٔ چهل سال بعد از شهید اول فاضل مقداد، صریح‌ترین فقیه شیعی در زمان خود، مصلحت را به عنوان عنصر حکم ساز معرفی کرده و در قاعده دوم کتاب *نضد القواعد الفقیه* می‌نویسد: «از آنجا که در علم کلام ثابت شده است افعال خدا جهت‌دار و دارای هدف مشخص می‌باشد، ناگزیر باید گفت هدف خداوند از شریعت آن بوده است که مصالح بندگانش تأمین گردد.» (فاضل مقداد ۱۴۰۳: ۷).

بعد از شهید اول و به تبع ایشان فاضل مقداد، هر چند حضور مصلحت در فقه امامیه به حیات خود ادامه داد لکن از آن بحثی درخور ذکر از سوی عالمان این گروه به منصفه ظهور نرسید؛ گرچه در میان قدما و چه در میان متأخرین، معلل بودن شریعت به مصالح امری مورد قبول بود. بزرگان چون سید مرتضی، شهید اول و ثانی، شیخ انصاری، آخوند خراسانی و... بر تبعیت احکام از مصالح در آثار خویش تأکید نموده‌اند (وکیل زاده ۱۳۸۱: ۱۱۱).

نهایت آنکه در افق معنایی تأملات 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 اصولیون و فقیهان اسلامی است (شاکری گلپایگانی ۱۳۸۵: ۱۶۷).

استاد مطهری در کتاب *اسلام و مقتضیات زمان* در مورد تبعیت احکام از مصالح و مفاسد می نویسد: «قوانین اسلامی، به اصطلاح امروز در عین اینکه آسمانی است، زمینی است یعنی بر اساس مصالح و مفاسد موجود در زندگی بشر است...» (مطهری ۱۳۷۷ ج ۲: ۲۷).

شیخ محمد عبده در بیان جواز یا عدم جواز تعدد زوجات در عصر حاضر می گوید:

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، مفاسدی 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 می شود تا حکام بتوانند از این عمل منع نمایند.

بر این بنیان، بر عالمان دینی است که در این مسأله 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 مفسده ای 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 بی تاج ۴: ۳۵۰ - ۳۴۹).

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 الشرایط انشا می شود؛ تقدیم اهم بر مهم و مهم بر غیر مهم از جهت ملاک و مصلحت در تراجم احکام؛ حضور اعتقادات عقل پسند در برخی فتاوا؛ حضور قواعدی چون «لاضرر»، «لاضرر» در سرتاسر ابواب فقه و دهها نمونه دیگر در فقه امامیه، حکایت از حضور جدی اصل «مصلحت» در قانونگذاری اسلامی منفک از ضرورت به کارگیری آن در نظام قضا و اجرا را دارد (علیدوست ۱۳۹۰: ۳۵)؛ لذا لنگرودی بیان می دارد: «اساس قانونگذاری در حقوق اسلام، رعایت

مصلح و مفسد است؛ این ادعا، اعتقاد بسیاری از علما و همه فرقه‌های اسلامی است» (جعفری لنگرودی ۱۳۷۶ ج ۵: ۳۴۲).

توجه به دامنه وسیع استناد به مصلحت در فعالیت‌های استنباطی و قاعده‌مند نشدن این بنای مهم اجتهادی، هم منظور از نوظهوری قاعده مصلحت و هم اهمیت پرداختن به آن را نشان می‌دهد. به هر طریق، دکتر فتحی درینی سر استمرار دین اسلام و تشریح آن را رعایت مصلح مردم در همه زمان‌ها و مکان‌ها می‌داند.<sup>۱</sup>

در اندیشه و فرهنگ اسلامی، از چشم انداز مقاصد شریعت و با رویکرد فقهی به مفهوم مصلحت پرداخته شده است، به این معنا که فقها به جستجوی مصلحت انسان و اجتماع در چارچوب داده‌های وحیانی بر محور نصوص و شریعت روی آورده‌اند. در این معنا، فقه، تئوری اداره جامعه با عنایت به اصول وضع شده از سوی شارع است (افتخاری ۱۳۸۴: ۱۴).

چنین دیدگاهی در مورد شریعت و رسالت فقه در تعامل با الزامات زندگی، به زایش مفهوم مصلحت به عنوان ابزاری برای انعطاف پذیر ساختن شریعت در برابر نیازهای فزاینده منجر می‌شود. این نوع نگرش به مصلحت بر محوریت شریعت و عقلانیت شرعی، با نگرش بر محور عقل مستقل بشری، از اساس متفاوت است.

بدین ترتیب بر مبنای تفسیر مصلحتی، بسیاری از تعارضات بین مصلحت/نص قابل حل است. لازم به ذکر است عدم پذیرش مصلحت به عنوان سند کشف در اجتهاد شیعه به معنای کم‌رنگ ماندن حضور این عنصر در اجتهاد ایشان نیست. چنانچه ذکر شد فقیهان امامیه در پذیرش «عقل عملی» به عنوان یکی از اسناد معتبر کشف حکم شرعی، اتفاق نظر دارند. این در حالی است که مبنای درک عقل و داوری آن، سنجش ملاک‌ها و مصلحت‌ها است و این وجود مصلحت یا مفسده در انجام عمل است که پایه و اساس برای درک عقل به حسن فعل یا قبح آن می‌گردد و به

۱. «سر استمراریة صلاحیة الاسلام دیناً و تشریفاً لكل زمان و مکان و دیمومة توجیهاته و نجاة اسالیبه فی معالجة النفس الانسانیة؛ سر ذلك ان اصول العامه و فروعها المقطوع بها، تتعلق بالمصالح الانسانیة الثابتة من مطالب الفطرة و حاجاتها الدائمة» (درینی ۱۴۰۸ ج ۲: ۴۶۶-۴۶۵).

«شریعت اسلامی برای حفظ مصلح اجتماعی و صیانت نظامی که اساس جامعه است و ... بعضی از افعال را جرم تلقی می‌کند و بر آن کیفر قرار می‌دهد» (عواده ۱۳۷۲ ج ۱: ۷۷).

دلیل ملازمه بین درک عقل و حکم شرعی، حکم شرعی ثابت می‌شود.<sup>۱</sup> البته این مصالح و مفاسد باید عام و مورد تطابق آرای همه عقلا باشد تا مشمول قاعده ملازمه گردد.

به جز منابع چهارگانه، سایر عناصر، کاربرد آلی در امر استنباط دارند. اما با توجه به شدت ارتباط مفهوم مصلحت با کارکرد عقل می‌توان نتیجه گرفت مصلحت به واسطه و در قالب درک عقل عملی، کاربرد استقلالی در اجتهاد می‌یابد. عقل، ابزار درک مصلحت است و مصلحت به وفور در تفسیر و توسیع یا تضییق نصوص شرعی یا موضوع‌سازی و موضوع‌زدایی برای احکام (که کارکرد ابزاری است) به کار می‌رود.

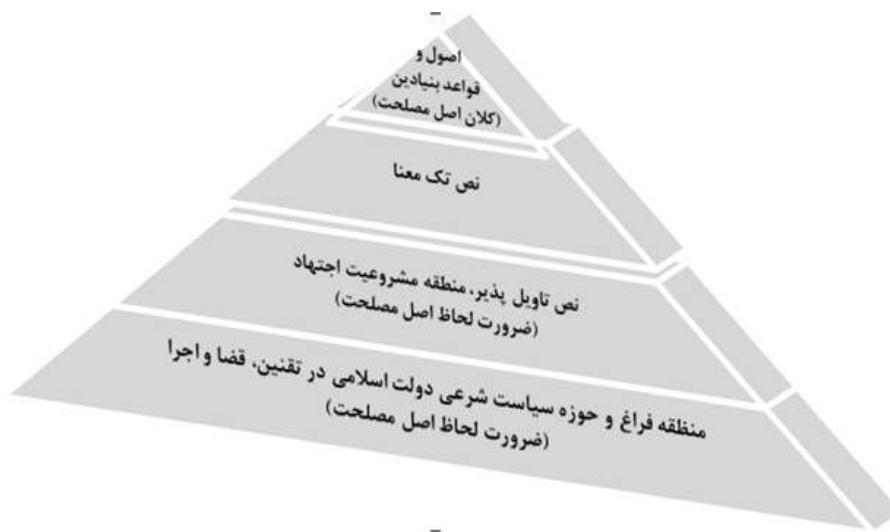
با این توصیف، اگر فقه اسلامی را به مثابه هرمی ترسیم کنیم و این هرم را از رأس تا قاعده به مناطق و لایه‌هایی تقسیم نماییم، بر رأس این هرم «مصلحت» به عنوان ابراصلی به غایت، پیچیده و تأویل‌پذیر واقع شده که اصول دیگری همچون سمحه، عدالت، احسان، اباحه و آزادی، حرمت حریم خصوصی، کرامت و حرمت انسان، خوانش‌هایی تأویلی از این اصل بنیادین و کلان هستند و با ظهور حضوری سریانی در تمامی هرم تا قاعده، مناطق دیگر را تحدید عقلانی می‌کنند و هویتی منطقی می‌بخشند؛ بنابراین میزان اعتبار و مشروعیت احکام فقهی، وابسته به میزان حضور و سریان مصلحت و اصول و قواعد متفرع بر آن در بطن این احکام است. لایه بعد از رأس هرم، منطقه محدود نص تأویل‌ناپذیر است که حوزه تشریح رئوس ثابتات احکام در وجه کلان و هویتی مثالی، متعالی و الهامی از تشریح مبتنی بر آن اصول و قواعد است. لایه بعد از نص، منطقه متن تأویل‌پذیر و به تبع، احکام اختلافی و اجتهادی مبتنی بر آن اصول و قواعد کلی و مسلم. ملهم از آن، تشریح ثابتات و کلان یعنی نص مثالی و تأویل‌ناپذیر در کلیات احکام است. قاعده هرم، منطقه فراغ و حوزه سیلان وقایع و نوازل است که وجه مشترک آن با منطقه متن تأویل‌پذیر که آنها را به مثابه

۱. استاد مطهری می‌فرماید: «مقررات اسلام بر اساس یک مجهولات و مرموزات خارج از حیطه اندیشه و فکر و عقل نیست، بر اساس یک سلسله مصالح و مفاسد در زندگی بشر است. قاعده «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع» می‌خواهد بگوید اسلام یک دین منطقی است... پیش‌بینی‌هایی در سیستم قانونگذاری اسلامی شده است که همان پیش‌بینی‌ها، یک تحرک دینامیسمی در قوانین اسلامی به وجود آورده است. کشف دینامیسم در قوانین اسلامی به شکلی که این کشف از خود اسلام انجام شود از مهم‌ترین وظایف ماست و بهترین راه حل مشکل است» (مطهری ۱۳۸۰: ۵۱).

حوزه و منطقه واحدی، تعیین می‌بخشد، مشروعیت اجتهاد و استنباطات مبتنی بر آن اصول کلان و ملهم از نص، در این دو حوزه است.

اما وجه افتراق منطقه فراغ و نوازل از منطقه متن تأویل پذیر و اختلافی، خالی بودن قاعده هرم و حوزه حوادث و نوازل از نص و متن متاب و سنت و سیره است که علاوه بر سریان سازوکارهای استنباطات فقهی و اجتهادی، رد سیاست شرعی مبتنی بر مصالح عالم، پرکننده این منطقه و وقایع و نوازل از احکام و سیاست مبتنی بر آن سازوکارها است. اصولیان اسلامی اعم از شیعه و سنی (البته با تأویلات مختلف و مبانی متفاوت چنانچه ذکر شد)، تمام هویت فقه اسلامی و مشروعیت استنباطات اجتهادی را بر این اصل استوار می‌دانند.

### هرم قانونگذاری اسلامی و جایگاه کلان اصل مصلحت



### مصلحت در اندیشه امام خمینی

در فقه شیعه «مصلحت»، از مهم‌ترین ویژگی‌های تصمیم‌گیری رهبری مشروع حکومت اسلامی است، بنابراین رهبران حکومت همواره باید در همه قانونگذاری‌ها، چگونگی اجرای قوانین، بخشنامه‌ها و دستور العمل‌ها و... مصلحت جامعه اسلامی را مد نظر خود ساخته و از قلمرو آن پا

فرا تر نهند. امام خمینی در مورد رابطه ولایت فقیه و مصلحت طرحی نو در انداخت و از منظر امام خمینی مصلحت به معنای منافی است که به جامعه اسلامی برمی گردد و گستره وسیعی دارد به گونه ای که منافع دنیوی و اخروی و فرهنگی و اقتصادی را در بر می گیرد. در تاریخ فقه شیعه ایشان نخستین فقیهی است که موفق به تشکیل دولت شد و آرای سیاسی امام در لزوم تأسیس حکومت اسلامی در عصر غیبت، او را به عنوان برجسته ترین نیروی مذهبی نهضت اسلامی شیعه شاخص ساخته است.

ایشان مصلحت دین و مردم را به هم پیوند می زند به گونه ای که تأکید بر ولایت به نفعی مردم و تأکید بر مردم به نفعی ولایت نمی انجامد. امام با تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام در کنار نهاد شورای نگهبان بلکه فرا تر از شورای نگهبان نشان دادند که مصلحت لزوماً از نصوص و احکام اولیه و چارچوب احکام فرعی شرعی قابل استنتاج نیست بلکه گاه ممکن است مصلحت گذرا از احکام فرعی شرعی باشد و به عبارت دیگر برای «عقل» در کنار «نقل» جایگاه ویژه ای قائل شده و آن را منبع و مرجع تشخیص مصلحت قرار داد.

از دیدگاه امام خمینی نیز امام و سرپرست مسلمانان می تواند کاری را که به صلاح مسلمانان است انجام دهد؛ مانند ثابت نگهداشتن قیمت ها، محدود کردن تجارت یا غیر آن.<sup>۱</sup> ایشان در جای دیگری با اشاره به اهمیت مصلحت نظام، به کار گزاران حکومت هشدار می دهد:

مصلحت نظام، از امور مهمه ای است که گاهی غفلت از آن، موجب شکست اسلام عزیز می شود... مصلحت نظام و مردم، از امور مهمه ای است که مقاومت در مقابل آن ممکن است اسلام پابرهنگان زمین را در زمان های دور و نزدیک، زیر سؤال برد و اسلام آمریکایی مستکبرین و متکبرین را با پشتوانه میلیاردها دلار توسط ایادی داخل و خارج آنان پیروز گرداند (امام خمینی ۱۳۸۵ ج ۲۰: ۴۶۵-۴۶۴). در اسلام مصلحت نظام از مسائلی است که مقدم بر هر چیز است، و همه باید تابع آن باشیم (امام خمینی ۱۳۸۵ ج ۲۱: ۳۳۵).

۱. «الامام - علیه السلام - و الی المسلمین ان یعمل ما هو صلاح المسلمین؛ من تثبیت سعر أو صنعة أو حصر تجارة او غیرها؛ ممّا هو دخیل فی النظام و صلاح للجامعة» (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۱ و ۲: ۹۹۲).

### تقدیم قاعده اهم بر مهم

به دلیل مواجهه روزافزون مکلفین با موضوعات نوپدید و وجود قابلیت‌های کارآمدسازی و پویایی فقه (تبع رخص شرعی، حکم حکومتی و ولایی و ...) تأثیر قانونمند مصلحت بر احکام ثانویه و حکم حکومتی، حیل‌های شرعی و منطقه‌الفراغها، رخص شرعی، بیش از پیش آشکار می‌گردد. همچنین پرداختن به فروع اصل همچون اصل مصلحت حفظ نظام<sup>۱</sup>، تقدیم مصلحت اهم بر مهم ... از مهم‌ترین مباحث مبنایی در شناخت جایگاه و ماهیت اصل مصلحت در نظام قانونگذاری اسلامی است.

پیش‌داشتن اهم بر مهم: شاید مهم‌ترین و اساسی‌ترین مرحله در سنجش مصلحت‌ها، شناخت و رعایت این قاعده باشد، عالمان اصولی، در باب (تزامم) از این معیار بحث کرده‌اند (مظفر ۱۳۶۸ ج ۳: ۲۱۴). امام خمینی، در صدور احکام حکومتی به این قاعده اهمیت ویژه‌ای می‌دهد. گاه با آنکه عمل به مصلحت اهم، برای او همانند (نوشیدن جام زهر آلود) بود (امام خمینی ۱۳۸۵ ج ۲۱: ۹۳).

### اصل مصلحت در حقوق خانواده

با این بیان و در تطبیق مصالح با یکدیگر، بلاشک حفظ مصلحت جمعی و تقدم آن بر منافع فردی اولویت یافته و یکی از اصول حاکم بر سیستم قانونگذاری اسلام را تشکیل می‌دهد. در دین مبین اسلام روابط جمعی انسانها و جنبه‌های جمعی زندگی آنها از ابعاد مختلف مورد توجه است و این توجه به نظام جمعی هم در تفکر سیاسی - بین‌الملل اسلام حاکم است، که پیروان ادیان را به مسئله‌ای مشترک و یکسان دعوت کرده تا همه به یک کلمه واحد برسند «قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا»

۱. امام خمینی در بخشی از پیام خود به (مجمع تشخیص مصلحت نظام) یادآور می‌شود:

«تذکری پدرا نه به اعضای عزیز شورای نگهبان می‌دهم که خودشان قبل از این گیرها، مصلحت نظام را در نظر بگیرند، چرا که یکی از مسائل بسیار مهم در دنیای پر آشوب کنونی، نقش زمان و مکان در اجتهاد و نوع تصمیم‌گیری‌ها است. حکومت فلسفه عملی برخورد با شرک و کفر و معضلات داخلی و خارجی را تعیین می‌کند. و این بحث‌های طلبگی مدارس، که در چارچوب تئوریهاست، نه تنها قابل حل نیست، که ما را به بن‌بست‌هایی می‌کشاند که منجر به نقض ظاهری قانون اساسی می‌گردد. شما در عین اینکه باید تمام توان خودتان را بگذارید که خلاف شرعی صورت نگیرد - و خدا آن روز را نیاورد- باید تمام سعی خودتان را بنمایید که خدای ناکرده اسلام در پیچ و خمهای اقتصادی، نظامی، اجتماعی و سیاسی، متهم به عدم قدرت اداره جهان نگردد» (امام خمینی ۱۳۸۵ ج ۲۱: ۲۱۸).

إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَعْبُدَ إِلَّا اللَّهَ وَلَا نُشْرِكَ بِهِ شَيْئًا وَلَا يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضًا أَرْبَابًا...» (آل عمران: ۶۴) و هم در بین امت اسلام حاکم است « وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا » (آل عمران: ۱۰۳)، لذا لحاظ مصلحت جمعی و اجتماع، نوعی نگرش عالی و فراتر از مصالح فردی است که اسلام به آن توجه ویژه داشته است. « كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَّكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ » (بقره: ۲۱۶).

در این مجال به مهم‌ترین آنها اشاره خواهد شد: وضع مالیات شرعی برای گردش ثروت، زکات اسب، برنج و دیگر حبوبات و امکان افزایش مقدار زکات، محدودیت در شهادت و ارث زن، شرایط سخت در شهادت برخی جرایم سنگین، عده برای زن مطلقه، اباحه فروش خون و مجسمه سازی و ...

در خصوص به کارگیری اصل مزبور در نظام خانواده باید گفت: با عنایت به جایگاه خانواده به عنوان طبیعی‌ترین واحد تولید مثل و فراگیرترین واحد اجتماعی؛ مهم‌ترین سند دین‌شناسی، قرآن کریم، اصل ورود خیرات و برکات را بر این کانون بی بدیل، رعایت مصالح عام نسبت به مصالح فرد می‌شمارد تا در پرتو آن تحکیم بنیان خانواده محقق شود. لذا صریحاً می‌فرماید: « فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا » (نساء: ۱۹) و اگر آنها را خوش ندارید بدانید چه بسا چیزی را خوش نمی‌دارید و خدا در آن مصلحت فراوان قرار می‌دهد. اشاره به اینکه تأمل و توجه به راهکارهای اصولی در بعضی ناخوشایندی‌ها در زندگی مشترک، موجب سرازیر شدن خیرات و عنایات پروردگار است که لازمه آن چشم پوشی زن و مرد از منافع و مصالح شخصی است «وَمَنْ يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ» (حشر: ۹) لذا کارگردان هستی که خود مظهر عدل و رحمت و حکمت است، از خلیفه خود می‌خواهد که این وظیفه را به شکلی صحیح در زندگی خود پیاده کند.

با این شیوه و مغفول ماندن خودسری‌ها و هوسرانی‌های شخصی، مصلحت خانواده و حفظ تحکیم بنیان آن را بر مصالح خود ترجیح داده و به آنچه مقصد شریعت است رهنمون خواهد شد. اصولی همچون اصل معروف، اصل امنیت و محبت و مودت، اصل تراضی و مشورت، اصل کرامت و قواعد لاضرر، لاجرح، ولایت حاکم بر ممتنع و تسهیل ... همگی از جمله اصول و قواعد



منتج و یا در همپوشانی با اصل کلان مصلحت در نظام خانواده است که چراغ روشنگر و راهگشای اعضای خانواده در چشم پوشی از مصالح شخصی در موازنه با مصالح جمع خانواده‌اند. اما در خصوص حقوق خانواده، این بحث مغفول‌عنه قانونگذار بوده است؛ لذا ضروری است با توجه به مصالح خانواده، این کلان اصل را با رعایت ضوابط یاد شده بر فروع مسائل خانواده تطبیق نموده و به تدوین و اصلاح قوانین اقدام نماید؛ اشاره قانونگذار در مواردی به رعایت مصلحت، در واقع لحاظ مصلحت جمعی نبوده است و صرفاً مصلحت موردی را در نظر داشته است، به عنوان مثال:

در بحث محدود شدن اختیار ولی قهری در ازدواج فرزند نابالغ، در حال حاضر، با توجه به ماده ۱۱۸۰ ق.م: «طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می‌باشد...»، ولایت پدر و جد پدری بر فرزند، تا کبیر و رشید شدن او ادامه خواهد داشت. طبق ماده ۱۱۹۳ ق.م: «همین که طفل کبیر و رشید شد، از تحت ولایت خارج می‌شود».

بر اساس ماده ۱۲۱۰ تبصره ۱ ق.م «سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال قمری است. ظاهراً مقصود از «کبیر شدن» طفل، رسیدن او به سن بلوغ است. به موجب ماده ۱۱۹۳ ق.م، برای خروج از تحت ولایت، علاوه بر کبیر شدن، رشد نیز لازم است. با توجه به این مقررات، می‌توان گفت که هرگاه فرزند پسر به پانزده سالگی و فرزند دختر به نه سالگی برسند، از تحت ولایت خارج می‌شوند و در امور غیر مالی، می‌توانند به طور مستقل تصمیم بگیرند. با وجود این، در مورد دختران باکره، اگرچه به سن بلوغ رسیده باشند، ازدواج آنان، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری است (ماده ۱۰۴۳ ق.م) (هدایت نیا ۱۳۸۶ ج ۳: ۶۷)؛ البته نفوذ تصمیمات ولی در مورد ازدواج صغیر و صغیره، مشروط به آن است که ازدواج برای آنها مفسده- ای نداشته باشد. حتی برخی گفته‌اند که صرف «عدم مفسده» کفایت نمی‌کند بلکه باید «مصلحت» نیز وجود داشته باشد (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۲ و ۱: ۴۰۲ م ۱۹).

قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه امامیه، رعایت مصلحت مولی علیه را در تمام اصلاحیه‌های ماده ۱۰۴۱، لحاظ کرده است. سال ۱۳۷۹، در مجلس شورای اسلامی تلاشی برای تغییر ماده ۱۰۴۱ صورت گرفت؛ اما در شورای نگهبان خلاف شرع تشخیص داده شد و به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع شد.

در واقع علت مخالفت با مجلس، لزوم اجازه دادگاه برای ازدواج پیش از سن مقرر در قانون بود. الزام به تحصیل اجازه دادگاه، برای پیشگیری از سوء استفاده احتمالی ولی بوده است (هدایت نیا ۱۳۸۶ ج ۳: ۶۸). در مقدمه توجیهی مصوبه مجلس که در متن ارجاع شده به مجمع تشخیص مصلحت نظام مشاهده می‌شود، چنین آمده است: «با توجه به وضعیت بعضی اولیا و کثرت اولاد ممکن است که بچه‌هایشان را به افرادی بفروشند که واقعاً موجب تضییع حق مولی‌علیه شود. در این طرح، تصریح شده است که این مصلحت را دادگاه تشخیص بدهد که اگر ولی خواست این بی‌احتیاطی را کند یا رعایت مصلحت مولی‌علیه خود را نکند، دادگاه حداقل این رعایت را در مقوله این فرد انجام دهد، لذا بر نظریه خویش مصر هستند» (مؤذنیان ۱۳۸۰: ۲۵۶).

با این توصیف باید گفت: قانونگذار صرفاً مصلحت موردی را در نظر داشته است و همچنین در موارد دیگر (نکاح زود هنگام دختر و پسر)، ماده ۱۰۴۱ ق.م: رعایت مصلحت طفل را همراه با اذن ولی قرار داده است، ماده ۱۱۶۹ ق.م: رعایت مصلحت طفل را در بحث حضانت او لحاظ نموده است، در لایحه آیین دادرسی کیفری آمده است: کودک شیرخوار را از مادری که محکوم به حبس یا تبعید شده است نباید جدا کرد، مگر اینکه مصلحت طفل اقتضا کند و ...

مجمع تشخیص مصلحت نظام پس از اصلاحاتی در عنوان و متن ماده مزبور، در تاریخ ۱۳۸۱/۴/۱ ماده واحده زیر را تصویب کرد: «ماده (۱۰۴۱) قانون مدنی موضوع ماده (۲۴) قانون اصلاح موادی از قانون مدنی و تبصره آن مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ به شرح ذیل اصلاح می‌شود: عقد نکاح دختر پیش از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر پیش از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط به اذن ولی است، به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح». همان‌طور که دیده می‌شود، مخالفت شورای نگهبان، به دلیل مغایرت مصوبه مجلس با احکام اولیه شرع بوده است؛ اما مجمع تشخیص مصلحت نظام این ماده را به علت تشخیص ضرورت و مصلحت تصویب کرده است.

در عین حال مواردی وجود دارد که قانونگذار این مهم را با هدف قانونگذاری اسلامی لحاظ ننموده است؛ یکی از آن موارد، به عنوان مثال: بحث داوری در ماده ۲۷ قانون حمایت از خانواده مصوب سال ۱۳۹۲ است که بنابر آیه ۳۵ سوره نساء، موضوع داوری در قرآن در کلیه اختلافات خانوادگی است حال آنکه قانونگذار موضوع داوری را صرفاً در بحث طلاق لازم دانسته است،

داوری در قرآن یک تدبیر پیشگیرانه است و با بروز نشانه‌های اختلاف شکل می‌گیرد اما داوری در قانون در هنگام تصمیم زوجین بر طلاق است به جز طلاق توافقی... (هدایت نیا ۱۳۸۸ ج ۳: ۲۳۳).

### نتایج پژوهش

۱. اصل مصلحت، ابر اصل حاکم بر فقه اسلامی و ساری در ساختار هرمی فقه و نظام قانونگذاری از رأس تا قاعده است که تأمل در این اصل، ماهیت متمایز نظام قانونگذاری و به دنبال آن تقنین را در ابعاد مختلف حیات انسانی آشکار می‌نماید.

۲. توسل به احکام ثانویه با لحاظ ضرورت مبتنی بر مصلحت، اصدار حکم حکومی از ناحیه ولی فقیه با لحاظ مصالح عام، به کارگیری تتبع رخص شرعی، بهره‌گیری از حیل سازگار با روح شریعت، اعمال قاعده اهم بر مهم و دیگر ظرفیت‌های نوین کارآمد نمودن فقه اسلامی، محمل‌های به کارگیری اصل مصلحت در نظام قانونگذاری اسلامی است.

۳. ملحوظ داشتن اصل مصلحت، مقدم داشتن مصلحت جمعی بر حقوق افراد در خانواده از سازوکارهای جدی قانونگذاری اسلامی در تحکیم بنیادهای خانواده و سازماندهی روابط اعضا، مبتنی بر حدود و ارزش‌های اسلامی است.

### پیشنهادات پژوهش:

۱. گذر از مطالعات نظری صرف و تبیین تأثیر ابر اصل مصلحت بر شیوه‌های تقنین در نظام قانونگذاری اسلامی
۲. ترسیم شاکله سیستمی فقه اسلام با رویکرد به اصل مصلحت؛
۳. تبیین محوریت اصل مصلحت در نظام خانواده با تأکید بر تقدم مصلحت جمعی؛
۴. اصلاح و بازنگری حقوق خانواده با لحاظ اصل مصلحت.

### منابع

- نهج البلاغه
- ابن شعبه، حسن بن علی. (۱۴۰۴) *تحف العقول من آل الرسول صلی الله علیه و سلم*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- افتخاری، اصغر. (۱۳۸۴) *مصلحت و سیاست: رویکردی اسلامی*، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق.

- امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۸۵) *صحیفه امام*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ چهارم.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۲۱ق) *تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- توکلی، اسدالله. (۱۳۸۴) *مصلحت در فقه شیعه وسنی*، قم: مرکز انتشارات مؤسسه آموزش و پژوهش امام خمینی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۶) *دانشنامه حقوق اسلامی*، تهران: امیرکبیر.
- حکمت‌نیا، محمود. (۱۳۸۶) *فلسفه حقوق خانواده*، تهران: شورای فرهنگی - اجتماعی زنان، چاپ اول.
- حکیم، سید محمدتقی. (۱۴۱۸ق) *اصول العامه للفقهاء المقارن*، قم: مجمع العالمی الاهل البیت<sup>(ع)</sup>، چاپ دوم.
- درینی، محمدفتحی. (۱۴۰۸ق) *دراسات و بحوث فی الفکر الاسلامی المعاصر*، بیروت: دار قتیبه للطباعة و النشر و التوزیع.
- رشیدرضا، محمد. (بی تا) *تفسیر المنار (تقریرات درس محمد عبده)*، تعلیق و تصحیح سمیر مصطفی رباب، بیروت: دارالمعرفه.
- سبحانی، محمدتقی. (۱۳۸۲) *الگوی جامعه شخصیت زن مسلمان*، قم: دفتر مطالعات و تحقیقات زنان.
- شاکری گلپایگانی، طوبی. (تابستان و پاییز ۱۳۸۳) «معناشناسی ثابت/متغیر، نص/رأی در سیاست شرعی»، *مجله فقه و حقوق خانواده (نمای صادق سابق)*، شماره ۳۴ و ۳۵.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۱) *جزوه درسی فلسفه حقوق اسلامی*، ترم یک دکتری مطالعات زنان، دانشگاه تربیت مدرس.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۵) *سیاست جنایی اسلامی*، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
- شفایی، عبدالله. (۱۳۸۳) *فقه و زندگی، کاوشی نو در فقه اسلامی*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه.
- شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۰۰ق) *القواعد و الفوائد*، قم: کتابفروشی مفید، چاپ اول.
- صادقی، محسن. (۱۳۸۴) *اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه*، تهران: نشر میزان.
- علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۰) *فقه و مصلحت*، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- عوده، عبدالقادر. (۱۳۷۲) *التشریح الجنائی الاسلامی*، با ترجمه: قربان نیا و سایرین: تهران: نشر جهاد دانشگاهی شهید بهشتی.
- غزالی، محمدبن محمدبن محمد. (۱۴۱۷ق) *المستصفی فی علم الاصول*، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- فاضل مقداد، جمال الدین مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۳ق) *نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الامامیه*، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- قمی، میرزا ابوالقاسم. (۱۳۷۸) *قوانین الاصول*، با شرح علی قزوینی، تهران: علمیه اسلامیه.
- مصباح یزدی، محمدتقی. (۱۳۸۴) *نقد و بررسی مکاتب اخلاقی*، تحقیق و نگارش احمد حسین شریفی، قم: مرکز انتشارات آموزشی و پژوهشی امام خمینی، چاپ اول.
- مطهری، مرتضی. (بی تا) *مجموعه آثار*، قم: انتشارات صدرا.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۷۷) *اسلام و مقتضیات زمان*، تهران: صدرا.

- ..... (۱۳۸۰) *پانزده گفتار*، تهران: صدرا.
- مظفر، محمدرضا. (۱۳۶۸) *اصول الفقه*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم.
- مؤذنیان، محمدرضا. (۱۳۸۰) *مجموعه نظرات شورای نگهبان درباره مصوبات مجلس شورای اسلامی*، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان.
- وکیل زاده، رحیم. (۱۳۸۱) *مصلحت و جایگاه آن در حقوق اسلام*، تبریز: دانشگاه تبریز.
- هدایت نیا، فرح الله. (۱۳۸۶) *فلسفه حقوق خانواده*، تهران: روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان.
- ..... (۱۳۸۸) *فلسفه حقوق خانواده*، تهران: شورای فرهنگی - اجتماعی زنان.