



## دامنه اختیارات حکومت در جعل قانون از منظر فقه

پدیدآورده (ها) : فتاحی، سیدمحسن

حقوق :: مطالعات فقه و حقوق اسلامی :: پاییز و زمستان 1392 - شماره 9 (علمی-پژوهشی/ISC)

از 87 تا 108

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1062305>

دانلود شده توسط : rasa news

تاریخ دانلود : 20/03/1398

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است. بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابراین، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [فوائین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



پایگاه مجلات تخصصی نور

[www.noormags.ir](http://www.noormags.ir)

## دامنه اختیارات حکومت در جعل قانون از منظر فقه

سید محسن فتاحی\*

### چکیده

اصل این که حاکم/حکومت می تواند احکامی را متناسب با ضرورت ها و مصالح هر عصر و زمان و مکان خاص جعل کند مورد پذیرش غالب مکتب های فقهی مختلف است. سخن و اختلاف نظر در حیطه و گستردگی اختیارات حکومت است. برخی معتقدند حکومت ها تنها در حیطه احکام اولیه غیر الزامی و ضرورت ها و مصالح اجتماعی قطعی می تواند دست به تقنین این گونه از احکام و فرامین حکومتی بزند. برخی دیگر دایره آن را کمی توسعه داده و دامنه جعل را فراتر از احکام اولیه غیر الزامی ولی باز هم مشروط به وجود مصالح قطعی دانسته اند. این مقاله در صدد اثبات توسعه حداکثری این احکام است به گونه ای که در پایان، این نتیجه حاصل می گردد که احکام حکومتی اولاً - به لحاظ موضوع، هر گونه موضوع فردی و اجتماعی را زیر چتر خود می آورد، و ثانیاً - به لحاظ ماهیت حکم، علاوه بر احکام الزامی، احکام غیر الزامی را نیز در بر می گیرد، و ثالثاً - به لحاظ ملاک حکم، فراتر از مصالح ضروری، مصالح غیر ضروری و اهمی را نیز شامل می شود، و رابعاً به لحاظ درجه اعتبار احراز ملاک، احراز ملاک ظنی نیز معتبر است و احراز ملاک (مصلحت)، محدود به احراز قطعی نیست.

**کلیدواژه:** حکم حکومتی، الزامیات، منطقه الفراغ، ضرورت، مصلحت، مصالح

اهتمامی

---

\* استادیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه ادیان و مذاهب mohsen.fattahi@gmail.com

تاریخ وصول: ۹۲/۲/۱ - پذیرش نهایی: ۹۲/۶/۱۶

## ۱- طرح مسأله

حکومت اسلامی بر چه اساسی و بر پایه چه ادله شرعی، مجاز به تقنین احکام حکومتی است؟ ولی امر، مشروعیت صدور احکام حکومتی را که حقوق اموال و انفس را محدود می‌سازد از چه منبعی اخذ می‌کند؟ علاوه بر آن، این که می‌گوئیم ولی فقیه جانشین معصوم است و در عصر غیبت به جانشینی از معصوم (ع) حکومت تشکیل می‌دهد، آیا اگر حاکم، خود معصوم (ع) می‌بود، این اختیار و ولایت را می‌داشت که علی‌رغم احکام اولیه، در جان و مال مردم تصرف کند؟ این تصرفات تا کجا گسترده می‌شود؟

مشروعیت احکام حکومتی همواره یکی از دغدغه‌های حوزه فقه و فقهات در دهه‌های اخیر بوده است. این بحث هر چند به فراوانی مورد گفتگو قرار گرفته و در جنبه‌های مختلفی از آن در گونه‌های متنوعی از تألیف قلم زده شده است، لکن به خاطر نکات و ظرایف خاصی که در بطن این بحث نهفته است، موضوع، همچنان در کانون تحلیل‌های فقهی قرار دارد. آن چه که کمتر به آن پرداخته شده و هدف این مقاله را تشکیل می‌دهد گستره احکام حکومتی است. برای تبیین این موضوع، تشریح و تحلیل این سه نکته لازم خواهد بود که اولاً- احکام حکومتی فراتر از حوزه احکام غیر الزامی، الزامیات را نیز شامل می‌شود؛ و ثانیاً- ضوابطی که مصلحت به عنوان رکن حکم حکومتی را نیرو می‌بخشد، فراتر از مصالح ضروری، مصالح اهتمامی را نیز پوشش می‌دهد؛ و ثالثاً- در احراز مصلحت، فراتر از آن چه که مشهور معتقدند باید به نحو قطعی یا اطمینانی احراز شود، ظن عقلانی نیز کافی است. به عبارت دیگر، این مقاله برای کشف گستره احکام حکومتی تبیین سه مرحله طولی را در کانون اهداف خود قرار می‌دهد. نخست این که ولایت معصوم (ع) در حوزه جعل احکام حکومتی از چه ادله‌ای پیروی می‌کند؟ دوم این که بستر احکام حکومتی که بازتاب عینی ولایت معصوم (ع) است، چیست؟ سوم این که مصلحت به عنوان رکن اساسی حکم حکومتی مبتنی بر چه ضوابطی بوده، و ویژگی‌های آن ضوابط کدام است؟

پاسخ به این سه پرسش، راهنمای ما در کشف گستره احکام حکومتی خواهد بود.

قبل از ادامه بحث یادآوری این نکته لازم است که دقیقاً همان ولایتی که برای معصوم (ع) ثابت است برای فقیه مبسوط الید نیز ثابت است (ولایه الامر فی عصر الغیبه/۱۵۲-۱۵۳؛ ینایع الولایه نقل در رسائل فی ولایه الفقیه/۳۲۸-۳۲۹؛ کتاب الیبع/۴۸۹/۲ و ۴۹۶؛ التعلیق علی المکاسب/۱۴۴/۲؛ حاشیه کتاب المکاسب/۳۹۱/۲؛ النورالساطع فی الفقه النافع/۳۴۱/۱ و ۳۹۶). این نکته به عنوان پیش فرض در این مقاله اخذ شده است.

## ۲- دلایل ولایت معصوم (ع) در حوزه تشریح احکام حکومتی

مناسب‌ترین دلیل برای ولایت معصوم (ع)، آیه شریفه *اولویت* دانسته شده است (حاشیه کتاب المکاسب/۳۸۰/۲؛ الهدایه الی من له الولایه نقل در رسائل فی ولایه الفقیه/۷۸۱): «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ؛ پیامبر از خود مؤمنان به آنها نزدیکتر و سزاوارتر است» (احزاب: ۳۳).<sup>(۶)</sup>

قدر مشترک تفاهم بین اندیشمندان اسلامی آن است که این آیه اصل ولایت را برای معصوم (ع) اثبات می‌کند. فقیهان از واژه «*أولی*»، «ولایت» را فهمیده‌اند (ولایت فقیه: حکومت اسلامی/۱۰۰؛ مصباح الفقاهه/۳۸/۵)؛ روایتی نیز در برخی کتب روایی نقل شده که نشان دهنده همین برداشت به عنوان فهم عرفی مخاطبین بوده است. این روایت چنین است: «یا رسول الله ما هذه الولایه التي أنتم بها أحق منا بأنفسنا؟ فقال (ع): السمع والطاعة فيما أحببتم وكرهتم (بحار الانوار/۱۲۷/۳۷؛ مرآة العقول/۵۲/۵؛ الاقبال/۴۵۴/۱) ای رسول خدا این ولایتی که تو بدان بر ما از خود ما سزاوارتری چیست؟ فرمود: شنیدن و اطاعت کردن در آن چه می‌پسندید و در آن چه ناگوار می‌دارید».

ملاحظه می‌کنید که مخاطبین، از پیامبر اکرم (ص) نمی‌پرسند که این «*اولویت*» چیست؟ بلکه می‌پرسند: «*ما هذه الولایه؟*».

علامه مجلسی، همین برداشت از معنای اولویت را به تمامی مفسرین نسبت داده

و می‌گوید: «لا خلاف بین المفسرین فی انّ قوله تعالی (النّبیّ اُولیّ بالمؤمنین من انفسهم) المراد به انه اولی بتدبیرهم و القیام بامرهم حیث وجبت طاعته علیهم و نحن نعلم انه لا یكون اولی بتدبیر الخلق و امرهم و نهیهم من کلّ احد الا من كان اماماً لهم مفترض الطاعة علیهم (بحار الانوار/۳۷/۲۴۵)؛ مفسرین درباره این که منظور کلام خداوند متعال (النّبیّ اُولیّ بالمؤمنین من انفسهم)، اولویت در تدبیر و رهبری مردم است اختلافی ندارند، زیرا اطاعت کردن مردم از ایشان بر آنها واجب گشته است و بدیهی است که کسی نسبت به تدبیر مردم و امر و نهی آنان مقدم نیست مگر کسی که امام آنان بوده و اطاعتش بر آنان واجب باشد».

به اعتقاد ما شأن نزول آیه شریفه<sup>۱</sup>، موارد استنادی روایات به این آیه - آن طور که ملاحظه شد، اطلاق لفظی آیه، ماهیت ولایت و سرپرستی (که از امور عقلایی است)، و مستبعد بودن نگاه تبعدی شریعت به مقوله ولایت، همگی، این تصویر ذهنی را ایجاد می‌کند که سپرده شدن سرپرستی امت به معصوم (ع) به این منظور است که او (علاوه بر اعمال ولایت به شیوه تطبیق مصداقی در محدوده احکام ثابت شریعت) بتواند در حوزه حقوق فردی یا اجتماعی که مصلحت فرد یا جامعه اقتضا می‌کند، احکام حکومتی محدودیت ساز - با خصوصیات که پس از این گفته خواهد شد - نیز صادر نماید.

### ۳- بستر احکام حکومتی

منظور ما از بستر احکام حکومتی، افعالی است که موضوع حکم حکومتی قرار می‌گیرند؛ به عنوان مثال، واردات کالای الکترونیکی فی نفسه مشروع و مجاز است و منع شرعی ندارد، بر خلاف خرید و فروش مشروبات الکلی. معنای این کلام آن است

۱- از پیامبر اکرم (ص) نقل شده است که وقتی حضرت خواستند عازم غزوه تبوک شوند فرمان دادند همه مسلمانان گرد هم آیند. برخی تعلل کرده گفتند ما باید از اولیای خود اجازه بگیریم تا اگر موافقت کردند با بقیه همراه شویم. در این هنگام بود که این آیه نازل شد. (ر.ک: تفسیر مجمع البیان/۲۰/۲۱).

که حکم اولیه واردات کالای الکترونیکی، اباحه (جواز) است. همچنین فعل «واردات» که موضوع حکم اولی جواز یا اباحه است می تواند موضوع حکم حکومتی ممنوعیت قرار گیرد. یعنی حکومت در شرایط خاصی تصمیم می گیرد که واردات کالاهای الکترونیکی را ممنوع سازد.

درباره این که حکم حکومتی به کدامین قلمرو از افعال بشری می تواند گام نهد، دو دیدگاه عمده مطرح گشته است: یک دیدگاه معتقد است که حکم حکومتی فقط در منطقه ای که شارع مقدس حکم شرعی جعل نکرده است، صلاحیت صدور دارد؛ یعنی در منطقه مباحات<sup>۱</sup>. بر اساس این دیدگاه، اباحه، با عدم الحکم مساوق است نه با حکم به تساوی طرفین فعل و ترک. سخن حضرت علی (ع) در نهج البلاغه نیز مؤید این امر است. حضرت می فرمایند: خداوند در مواردی سکوت را بر بیان حکم ترجیح داده است: «ان الله ... سکت لکم عن اشیاء و لم یدعها نسیانا، فلا تتکلفوها» (نهج البلاغه/کلمات قصار/ش ۱۰۵)؛ همانا خداوند اموری را مسکوت گذارده، نه از روی فراموشی، پس خود را در آن موارد به رنج و زحمت دچار نسازید.

۱- برخی، مباحات را در این بحث به معنای مباحات به معنای اعم گرفته اند که شامل سه گروه مکروهات، مستحبات، و مباح مساوی طرفین (مباح به معنای اخص) می شود. (ر.ک: علی اکبریان، «جایگاه حکم ولایی در تشریح اسلامی» ۶۶؛ تسخیری، «العمل الحکومی و دوره فی تحقیق مسؤولیات الدوله الاسلامیه» ۶۶؛ مددی، «تحول در فقه، نسخه شناسی و اصول فقه حکومتی» ۱۲۶). این نظر، با دیدگاه اول مطابقت ندارد زیرا کلام آنان ظهور قوی در این دارد که اختیار قانون گذاری ولی امر در مواردی است که شارع حکمی ندارد نه اینکه حکم الزامی ندارد. (ر.ک: اقتصادنا/۶۸۵ و ۶۹۰).

از جهت عقلی نیز محدوده منطقه الفراغ با مباحات به معنای اخص تناسب دارد زیرا علت این که طرفداران این دیدگاه، الزامیات را خارج کرده اند، این است که الزامیات، احکام شریعت هستند، احکامی که توسط شارع جعل شده اند لذا ولی امر نمی تواند با احکام خود، آنها را نقض کند. خوب این نکته در مستحبات و مکروهات نیز وجود دارد و همان طور که الزامیات، از احکام ثابت دینند، مستحبات و مکروهات نیز از احکام ثابتند. نکته دیگری که باید یادآور شویم این است که وضع احکام حکومتی، اختصاصی به جعل احکام الزامی ندارد بلکه ولی امر می تواند احکام کراهتی و استجابی نیز صادر کند زیرا هدف واحدی بر همه این موارد سایه افکنده است و تفکیک بین احکام ولایی الزامی و استجابی یا کراهتی منطقی به نظر نمی رسد.

دیدگاه دوم معتقد است که اطلاق ادله ولایت فقیه اقتضا می کند که الزامیات نیز صلاحیت مشمول شدن تحت حکم حکومتی را دارا باشند (منبع قانونگذاری از دیدگاه اسلام/۱۴۳-۱۶۷؛ تسخیری/پیشین/۶۵، ۷۰-۷۳؛ مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، «گفتگو با محمد مهدی آصفی»/۶۳؛ اسلام و مقتضیات زمان/۳۰/۲). در این راستا است که امام خمینی (ره) می فرماید: «حکومت می تواند هر امری را چه عبادی و یا غیر عبادی که جریان آن مخالف مصالح اسلام است، از آن، مادام که چنین است، جلوگیری کند» (صحیفه نور/۲۰/۱۷۰-۱۷۱).

خلاصه دیدگاه اول این است که در تشریح، منطقه ای وجود دارد که منطقه الفراغ نامیده می شود.<sup>۱</sup> ویژگی این حوزه این است که شارع مقدس از تشریح احکام در این حوزه خودداری کرده است. این خصوصیت موجب می گردد دست دولت برای تشریح احکام حکومتی در منطقه الفراغ باز باشد. خالی بودن این حوزه از حکم، در حقیقت فرصت و سیاستی است برای این که دولت اسلامی بتواند بر اساس نیازهای روز و نوبه نو، با تقنین احکام لازم، حیات اجتماعی را سامان بخشد. بنابراین، دولت اسلامی علاوه بر این که وظیفه تطبیق و اجرای احکام ثابت را دارد، همچنین، مطابق با شرایط خاص زمانی و مکانی، احکام متغیری را که همان احکام حکومتی هستند وضع می کند. یکی از ادله مشروعیت این تقنین را آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا اطیعوا الله و اطیعوا الرسول و اولی الامر منکم» (نساء/۶۹) دانسته معتقدند این آیه، صلاحیت ولی امر برای قانون گذاری در محدوده مباهات شرعی را اثبات می کند. بنابراین، در هر عملی که نص تشریحی دال بر حرمت یا وجوب وارد نشده باشد، برای ولی امر جایز است که از آن، منع، یا به آن، امر کند. بر خلاف الزامات اولیه که ولی امر، حق دخالت و تغییر آنها را ندارد زیرا اطاعت از ولی امر تنها در حیطه ای که با اطاعت

۱- تعبیر منطقه الفراغ به شهید محمد باقر صدر نسبت داده شده است اما برخی معتقدند مفاد و مضمون منطقه الفراغ از ابداعات مرحوم شهید صدر نیست بلکه قبل از ایشان در اهل سنت مورد نزاع بوده است. از جمله روح المعانی (روح المعانی/۶۶/۳) به این نزاعها اشاره کرده است (ر.ک: تسخیری، «العمل الحکومی و دوره فی تحقیق مسؤولیات الدوله الاسلامیه»/۶۶).

خداوند و احکام عام او تعارض نداشته باشد موجه است (اقتصادنا/۶۹۱-۶۸۵؛ تفسیر المیزان/۱۹۴/۴؛ طباطبایی، «ولایت و زعامت»/۸۴و۸۳؛ ولایه الامر فی عصر الغیبه/۱۵۲-۱۵۳، ۱۲۹-۱۳۲، ۲۶۹؛ التشریح الجنائی الاسلامی/۴۳/۱ و ۲۳۲-۲۳۳). بحث قلمرو منطقه الفراغ و مشروط بودن یا نبودن آن به عدم خروج از احکام ثابت شریعت همواره یکی از مباحث پرگفتگوی مسئولان نظام بوده است.

در قوانین کشورهای اسلامی نیز می‌توان رد پای دیدگاه منطقه الفراغ را یافت. برای مثال، در کشور کنیا، از طرفی بند ۱ اصل ۲۲ و اصل ۱۷۹ قانون اساسی، دین را از هر گونه مداخله مقررات موضوعه مصون قرار داده (و لذا کمیسیون راجع به حقوق ازدواج و طلاق، مقرر داشته است: «هیچ شخصی نباید به وسیله قانون به انجام عملی ملزم شود که در دین و سنن قبیله‌ای او ممنوع است»)، و در عین حال، مطابق مفاد منطقه الفراغ، مقرر داشته است: «ممکن است قانون اعمالی را که در دین یا عرف اجازه می‌دهد، محدود یا ممنوع سازد» (تحولات حقوقی جهان اسلام/۲۷۳).

در نقد این دیدگاه، برخی فقیهان بر این اندیشه‌اند که آیات (مانده/۶؛ انعام/۳۸؛ نحل/۸۹) و روایات<sup>۱</sup> بر این نکته دلالت دارند که دین الهی در همان عصر اولیه اسلام، کامل گشته است و شارع مقدس منطقه‌ای از افعال و ذوات را خالی از حکم نگذاشته تا ولی امر به مقتضای مصالح زمان و مکان، آن را با احکام تشریحی ثانوی - آن گونه که شهید صدر معتقد است - پُر کند؛ بلکه همه افعال آدمی، یک حکم اولی دارد که از کتاب یا سنت قابل استنباط است و چنان چه فعلی، از موارد مشکوکی باشد که نصی در آن نرسیده است، موضوع اجرای یکی از اصول عملیه (برائت، اشتغال، تخییر، و استصحاب) خواهد بود (دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه/۵۹/۲-۶۲ و ۷۴؛ انوار الفقاهه،

۱- امیرالمؤمنین(ع): «ان الله سکت عن اشياء لا لتغافل ولا لتنسیان فلا تتکلفوها» (ر.ک: نهج البلاغه، کلمات قصار، ش ۱۰۵)؛ و یا امام رضا(ع) در روایتی می‌فرماید: «و ما ترک شیئاً یحتاج الیه الامه الا بینه فمن زعم ان الله عزوجل لم یکمل دینه فقد رد کتاب الله و من رد کتاب الله فهو کافر» (ر.ک: اصول الکافی/۱۹۸/۱؛ همان، کتاب فضل العلم، احادیث باب الرد الی الکتاب و السنه).



کتاب البیع/۵۵۳؛ بحث فقهیه هامه/۵۱۵؛ مکارم شیرازی، «مصلح مرسله چیست؟»/۷۴/۹۹. برخی نیز تأکید می‌ورزند که منطقه الفراغ به معنای یاد شده، در ولایت فقیه متصور نیست بلکه این معنا مساوق سرپرستی نکردن جامعه است. منشأ پیدایش تلقی‌ای به نام منطقه الفراغ، خلط میان حکم ولایت اجتماعی با حکم فردی است؛ منطقه الفراغ، در فقه فردی متصور است؛ ولی در سرپرستی اجتماعی، منطقه الفراغ معنا ندارد زیرا معنایش حق تشریح دادن به فردی غیر از معصومین (ع) است (اصول فقه حکومتی/۲۱۹ به بعد).

دیدگاه دوم، یعنی دیدگاهی که الزامیات را نیز در حوزه و در قلمرو احکام حکومتی می‌داند، معتقد است ادله ولایت به اندازه کافی از توان اثبات صلاحیت ورود حکومت به وادی احکام الزامی برخوردار است. اطلاق ادله ولایت، اقتضا می‌کند که ولی‌آمر بتواند به واسطه ضرورت یا مصلحت، واجبی را ممنوع سازد و یا حرامی را جایز شمارد. نمونه عملی این دیدگاه را می‌توان در قطع رابطه با عربستان (حدیث بیداری/۱۶۰-۱۶۵) به دنبال قتل حاجیان ایرانی در مکه مکرمه<sup>۲</sup> مشاهده کرد. عدم امکان سفر حج که از واجبات شریعت است، یکی از تبعات این قطع رابطه بود. امام خمینی (ره) در نامه ۶۶/۱۰/۱۶ به صراحت اعلام کردند که ولی فقیه می‌تواند هر امری را چه عبادی یا غیرعبادی که جریان آن مخالف مصالح اسلام است مانع شود (دیدگاه های جدید در مسائل حقوقی/۵۹؛ صحیفه نور/۱۷۱/۲۰).

در مورد مشروعیت دخالت حکومت در حوزه الزامیات، مثال‌های تاریخی نیز

۱- وقتی این دیدگاه، الزامیات را نیز مشمول صلاحیت صدور احکام ولایی می‌داند، به طریق اولی، مستحبات نیز مشمول صلاحیت خواهد بود (ر.ک: اسلام و مقتضیات زمان/۳۰/۲). برخی از شاگردان حضرت امام به این شمول تصریح کرده می‌گویند: "دوم - در مواردی که اسلام در آن مورد، حکم الزامی (وجوب یا حرمت) وجود ندارد و از اموری است که در شرع مباح است یا اولویت دارد ولی مصالح جامعه اقتضا می‌کند که آن امر مباح، ممنوع شود یا لازم و مورد عمل قرار گیرد، ... (ر.ک: سید حسن طاهری خرم آبادی، «امام و مسائل نظام حکومتی»/۱۴۵/۱).

۲- ۶ ذیحجه، ۱۴۰۷ هجری قمری.

می‌توان بیان کرد که از آن جمله، صلح حدیبیه است. یکی از بندهای این پیمان، ممنوعیت حج بود با اینکه حج، یک تکلیف الزامی و واجب بود. مصلحت عامه مسلمین در آن زمان اقتضا می‌کرد که این پیمان بسته شود (نقش زمان و مکان در اجتهاد: مجموعه مصاحبه‌ها/۳۰۸/۱۴/گفتگو با سید مصطفی محقق داماد). احوال شخصیه، مثال دیگری از این گونه موارد الزامی است. ادیان و مکتب‌ها معمولاً دارای قواعد و قوانین الزامی متعددی در زمینه احوال شخصیه هستند. هرگاه اقوام متعددی با ادیان مختلفی گرد هم آیند حکومت برآمده از این اقوام برای این که بتواند عرصه‌های مختلف اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، و قضایی را به نحو مطلوبی مدیریت کند، ناچار از ایجاد وحدت رویه و تدوین قوانینی است که بتواند آنها را در مورد همه اقوام به شکل یکسانی به اجرا در آورد. حساسیتی که ادیان در مورد احوال شخصیه خود دارند مشکلاتی را برای این گونه حکومت‌ها ایجاد می‌کند. بنابراین، حکومت‌ها نیز به طور عقلایی برای رفع مشکلات جامعه خویش، مجبور به دخالت در حوزه احوال شخصیه و تدوین قوانینی هستند که عملاً با قوانین و قواعد الزامی ادیان در تعارض قرار می‌گیرد. حال اگر در چنین جوامعی، حکومت اسلامی استقرار یافته باشد، حاکم اسلامی ناچار خواهد بود برای ایجاد وحدت رویه، از برخی الزامات قانونی شریعت دست بردارد تا نفع کل جامعه را در ابعاد مختلف تأمین سازد.<sup>۱</sup>

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

۱- ما برای نمونه، به دو مورد کنیا و هند برای شفاف‌سازی کبرای کلی این موضوع اشاره می‌کنیم:  
الف - در کنیا، کمیسیون راجع به حقوق ارث، در سال ۱۹۶۸ اعلام کرد زمان آن فرا رسیده است که قانون قابل اعمال بر کلیه ساکنان کنیا، بدون توجه به قوانین مذهبی یا عرفی که سابقاً حاکم بود، تا حد امکان، متحدالشکل گردد. این قانون باید وحدت ملی و توسعه اقتصادی را تقویت و تشویق نماید. این موضوع مورد مخالفت جامعه مسلمانان واقع شد. آنان استدلال می‌کردند که قوانین اسلامی در مورد ارث از جانب خداوند وحی شده و نسخ و الغای آن، تعدی به حق اساسی مسلمانان در اظهار، تبلیغ، تعلیم، و عمل کردن یا مراعات دینشان است. در مقابل، کمیسیون اصرار داشت که قوانین ارث، اگر چه در مورد مسلمانان و دیگران عمیقاً با دین پیوند خورده است، اما از مسائل شایسته قانونگذاری حکومتی است (ر.ک: تحولات حقوقی جهان اسلام/۲۷۸).

این دیدگاه، هم از جهت اطلاق آیات، هم از جهت درک عقلایی، و هم از جهت تناسب حکم و موضوع، منطقی‌تر از دیدگاه اول به نظر می‌رسد.

#### ۴- رکن اصلی حکم حکومتی (مصلحت و ضوابط آن)

رای مشهور این است که حکم حکومتی، مبتنی بر وجود مصلحت است. این نکته تقریباً مورد اتفاق فقها، حقوق‌دانان، و صاحب‌نظران شیعه و اهل سنت است (کتاب البیع/۲/۴۶۱، ۴۶۷، ۴۷۲، ۴۸۳، ۴۸۹، ۴۹۷، ۵۲۶، ۵۳۴، ۵۳۸، ۵۳۹؛ التشریح الجنائی الاسلامی/۲۵۲/۱؛ منابع قانونگذاری در حکومت اسلامی/۲۴۴). بنابراین در موارد فقدان مصلحت، حکم حکومتی مشروعیت ندارد. حکم حکومتی، ظهور خارجی حاکمیت است. حاکمیت، مدیریت و سرپرستی جنبه‌های مختلف روابط اجتماعی است، و مصلحت، رکن ارتكازی سرپرستی است؛ و به تعبیری می‌توان گفت مشروعیت حاکمیت، وابسته به رعایت مصلحت‌ها است. مصلحت، لازمه لاینفک سرپرستی است. اگر ما از حاکمیت به ولایت تعبیر کنیم، می‌توان گفت که ولایت یعنی مدیریت مصلحت‌ها. بنابراین، ولایت حکومت تا جایی مشروعیت دارد که تصمیماتش در جهت مصلحت مردم اتخاذ شود.

ب- در کشور هند نیز همیشه تدوین این گونه قوانین با دشواری مواجه بوده است. در بین مسلمانان، تنها گروه اندکی، از قانون متحدالشکل احوال شخصیه که همه اقوام و ادیان را در بر گیرد استقبال می‌کنند. اکثریت آنان به شدت با این روند مخالف هستند. این مخالفت از دو جنبه متفاوت ولی مرتبط به هم ناشی می‌شود. اول از جنبه دینی و دوم از جنبه سیاسی- اجتماعی. پشتوانه فکری اعتراض دینی این است که حقوق اسلامی، مبتنی بر وحی الهی است و بخش عمده‌ای از دین اسلام را تشکیل می‌دهد و التزام به این حقوق از جانب مسلمانان، فرض و واجب است. اعتراض سیاسی- اجتماعی نیز از این توجیه یاری می‌گیرد که ترک قانون احوال شخصیه آنان منجر به از دست رفتن هویت آنان می‌گردد، علاوه بر این که ویژگی تمایز میان گروه‌های جامعه از میان خواهد رفت؛ و این دقیقاً نکته‌ای است که گروه‌های دیگر، بیشترین تمایل را بدان ابراز می‌کنند و هندوستانی را می‌جویند که در آن، علایق فرقه‌ای و دینی، کاملاً در وحدت ملی محو شود و تفاوت‌های مذهبی، تنها به اعتقاد قلبی و عبادت فردی منحصر گردد (همان/ ۲۹۱، ۲۹۰).

#### ۴-۱- تعریف مصلحت

مراد ما از مصلحت، همان معنایی است که عرف از آن می‌فهمد: منفعت. این واژه، معنای اصطلاحی فقهی نیافته است. با این حال، رمضان البوطی در ضوابط المصلحه، سعی دارد با توجه به آنچه در کلمات فقیهان آمده است تعریفی ارائه کند. او می‌گوید: «مصلحت، منفعتی است که شارع [در جعل احکام شریعت] برای حفظ دین، جان، عقل، نسل، و حال بندگانش قصد کرده است» (ضوابط المصلحه فی الشریعه الاسلامیه/۲۷).

مصلحت در واژه نامه‌های عربی و فارسی نیز به معنای خیر، نیکی، ضد فساد (المصباح المنیر/ذیل «صلح»)، عملی که نفعی عاید انسان می‌کند (اقراب الموارد/ذیل «صلح»)، و آن چه موجب آسایش و سود است (لغتنامه دهخدا/ذیل «مصلحت») آمده است.

#### ۴-۲- ضوابط مصلحت

در منابع و کتاب‌های فقهی امامیه، بحث مستقلی تحت عنوان ضوابط مصلحت مطرح نشده است (اصول فقه حکومتی/۱۳۸، گفتگو با سیف الله صرامی). ضوابط مصلحت عمدتاً در فقه اهل سنت و در بحث مصالح مرسله مورد توجه قرار گرفته، و فقهای متأخر اهل سنت به آن پرداخته‌اند. مهمترین کتابی که به نحو جامعی به طرح مصلحت و ضوابط مصلحت از دیدگاه اهل سنت اقدام کرده، کتاب ضوابط المصلحه از نویسنده معاصر، رمضان البوطی است. اهل سنت نیز این ضوابط را نه از متن دین بلکه از تعمق در روش عقلایی خردمندان در تشخیص مصالح خود استخراج و منضبط کرده‌اند. این موضوع را شاید بتوان به فن «منطق» تشبیه کرد که شیوه تفکر صحیح را می‌آموزد؛ شیوه‌ای که هر عاقلی به نحو ارتکازی از آن سود می‌جوید و آن را به کار می‌بندد ولی ارسطو ضوابط تفکر صحیح را استخراج و ضابطه‌مند کرد. برخی فقیهان امامیه نیز از ارائه ضوابط خاصی برای تشخیص مصلحت اکراه داشته و پرسشگر را به همان ضوابط عقلایی مرتکز و غیرمنضبط ارجاع می‌دهند (همان/۲۱۴-۲۰۹، گفتگو با محمد مؤمن قمی). در

مقابل، برخی معتقدند این ضوابط باید از درون اسلام و بر اساس منابع دینی استخراج و استنباط شود (همان/۲۸۴، گفتگو با سیدمحمد مهدی میرباقری). از آنجا که حکم حاکم، ماهیتی عقلایی دارد و احکام عقلایی بر اساس مصلحت است و مصالح نیز به نوبه خود بر اساس ضوابط عقلایی است، این دیدگاه که برای مصلحت، ضوابط درون دینی در نظر می-گیرد، قابل پذیرش نیست. اصل ضوابط مصلحت، ضوابطی عقلایی است و بشر، «ملاک مصلحت و مفسده را دیدگاه شرع قرار نمی‌دهد» (احکام حکومتی و مصلحت/۹۹) هرچند که از جهت محتوا، این ضوابط می‌تواند دینی یا غیردینی باشد. به عنوان مثال، یکی از ضوابط مصلحت، رعایت قانون تزامم است، یعنی به هنگام تزامم دو مصلحت، مصلحت مهم‌تر بر مصلحت دارای اهمیت کمتر مقدم داشته می‌شود. این ضابطه، ضابطه‌ای عقلایی است فارغ از باورهای جامعه‌ای که این ضابطه در آن اجرا خواهد شد. البته در مقام این که کدام مصلحت مهم‌تر است، باورها دخالت می‌کنند: در جامعه لائیک، مصلحت آزادی و حقوق فردی، مهم‌تر از حفظ نسل است؛ بنابراین، حقوق همجنس‌بازان، بر مصلحت حفظ نسل، مقدم داشته می‌شود، حال آن که در جامعه دینی، نه تنها امر، برعکس است بلکه چهارچوب‌های اعتقادی، در اصل مشروعیت یک مصلحت خاص نیز دخالت می‌کنند.

درباره این که چه اموری را می‌توان ضابطه مصلحت تلقی کرد، آرای متشکلی وجود دارد. این آراء در پاسخ به این پرسش‌ها ابراز می‌شود که: آیا مصلحتی که مبنای این نوع از احکام حکومتی است، لزوماً باید مصلحتی باشد که به حد ضرورت رسیده باشد یا مصلحتی که در حد ضرورت نیست هم می‌تواند مبنای اصدار حکم قرار گیرد؟ دیگر این که آیا مصلحتی که مبنای اصدار حکم قرار می‌گیرد لزوماً باید به‌طور یقینی و اطمینان عرفی احراز شده باشد یا مصلحت مظنون نیز معتبر است؟ این دو پرسش را در ادامه بحث مطالعه خواهیم کرد. لازم به یادآوری است که ما از میان حداقل هفت ضابطه از ضوابط مصلحت، تنها به دو مورد که ارتباط بیشتری با موضوع بحث ما دارند اشاره خواهیم کرد.

#### ۴-۲-۱- ضابطه نخست: مرتبه ضرورت

بی شک عقلا در عمل خود هرگاه مصلحتی به حد ضرورت رسیده باشد، بر طبق آن گام بر می دارند و بر اساس آن تصمیم می گیرند. این مقدار و این رتبه از ضرورت، حداقل لازم و قدر متیقن از مصلحت‌هایی است که مبنای احکام حکومتی قرار می گیرد. سخن در این است که آیا مصلحتی که به آن حد از ضرورت نرسیده باشد نیز می تواند مبنای صدور حکم حکومتی قرار گیرد؟ طبیعتاً حکم حکومتی، آزادی‌های مشروع فردی را محدود می سازد. ما با چه توجیهی می توانیم حکم حکومتی مبتنی بر مصالح کمتر ضروری را مقید آزادی‌های مشروع قرار دهیم؟

قبل از ادامه بحث، اشاره به دو نکته را شایسته می دانیم:

یک - منظور ما از «مصلح کمتر ضروری»، تنها آن مواردی نیست که عدم رعایت آنها موجب حرج بر امت می شود تا با/دله نعی حرج، حجیت و مشروعیت آنها را ثابت کنیم؛ بلکه علاوه بر آن، مصالحی که موجب مشقت و حرج هم نیستند اما مورد اهتمام عقلا در اداره امور اجتماعی شان است نیز مورد توجه است. این مصالح را ما مصالح/اهتمامی نام می نهیم. مصالح اهتمامی، اخص از مصالح تحسینی است که اهل سنت نام گذاری کرده اند. مصالح تحسینی می تواند مورد اهتمام نباشد ولی چون رعایتش نیکو است، ملحوظ می گردد.

دو - یکی از نکات مورد توجه ما در این بند، بررسی امکان توسعه مصلحت به مصالح اهتمامی، در منطقه الزامیات است. یعنی می خواهیم ببینیم آیا در مورد الزامیات که حکم الزامی شرعی وجود دارد می توان آن گونه مصالح را مبنای تصمیم گیری قرار

۱- اهل سنت مصالح را بر اساس اهمیت آنها به سه دسته تقسیم می کنند:

الف: ضروریات: مصالحی که حفظ مقاصد پنجگانه شارع (حفظ دین، جان، عقل، نسل، و مال) به آنها بستگی دارد.

ب: حاجیات: مصالحی که برای حفظ مقاصد یاد شده ضرورت ندارند ولی عدم رعایت آنها نیز موجب مشقت و سختی است.

ج: تحسینیات (ترتیبیات): مصالحی که تحصیل آن نیکو است ولی حفظ اصل مقاصد پنجگانه به آن وابسته نیست.

داد یا خیر؟ بدیهی است در منطقه الفراغ، همان طور که قبلاً نیز گذشت، جعل احکام حکومتی بلاشکال است زیرا به عنوان مثال چنان چه ممنوعیت صادرات اموال عمومی و یا انفال (که در اختیار یا مالکیت دولت است) به مصلحت امت اسلامی باشد، بی تردید حاکم اسلامی می تواند دستور منع صدور صادر کند. یا به عنوان مثال، قوانین شهرسازی در کشورهای مختلف، ضوابطی را الزام می کند و اراده شهروندان را مثلاً در تعیین نوع ظاهر بنای خود محدود می سازد. مسلماً رعایت ضوابط زیبایی بنا در منازل شهری، امری نیست که ضرورت اقتضا کند ضوابط خاصی برای آن وضع گردد و یا از اموری نیست که موجب حرج اجتماعی گردد؛ با این حال چون مورد اهتمام عقلا است، حکومت دخالت کرده و اراده شهروندان را به سوی رعایت قوانین شهرسازی هدایت می کند.

سه دلیل را می توان برای اثبات مشروعیت مصالح اهتمامی، مطرح کرد:

**یک- روایت:** در صحیحۀ هشام الکندی، امام صادق (ع) شیعیان خود را به انجام اموری فرمان می دهند که در حوزه مصالح غیر ضروری و غیر حرجی قرار دارند. در این روایت آمده است: «إياكم أن تعملوا عملاً نُعيرُ به ... صلُّوا في عَشَائِرِهِمْ وَغُودُوا مَرْضَاهُمْ وَاشْهَدُوا جَنَائِزَهُمْ؛ (وسائل الشیعه/ ۲۱۹/۱۶ ح ۲۱۴۰۳): شما را از عملی که موجب عار ما شود برحذر می دارم ... در میان آنان [اهل سنت] نماز بگزارید و به عیادت مریضانشان بروید و در تشییع جنازه آنان شرکت کنید.

این صحیحۀ دلالت می کند که مراد به اهل سنت مشتمل بر مصلحت نوعیه و اتحاد کلمۀ مسلمین است؛ و روشن است که مصلحت مراد به آنان، مصلحتی ضروری یا حرجی نیست لکن مصلحتی است که در حُسن نظام امت، تأثیر گذار است.

**دو- ولایت:** یکی از صاحب نظران، تعمیم مصالح به مصالح اهتمامی را مقتضای طبیعت و ماهیت ولایت دانسته است. ایشان معتقد است وقتی ولایت امت برای فردی جعل شد، هر گاه چنین شخصی، تحقق موضوعی مانند توسعه معابر را به مصلحت دید، اختیار دارد که در املاک مردم تصرف کند و لازم نیست این مصلحت،

یک مصلحت ضروری و از روی اضطرار باشد بلکه کافی است در جهت رفاه حال مردم باشد (کلمات سدیدہ/۱۷). زیرا مصالح اہتمامی، در حُسن ساماندهی و نظام بخشی امت اسلامی - که از مطلوبات شرع است - نقش نیکو داشته و عدم رعایت آنها چہرہ‌ای نہ چندان خوش از اسلام و نظام اسلامی را بہ جهان ارائه خواهد داد.

**سہ - عقل:** اہمیت مصالح اجتماعی اقتضا می کند کہ نہ تنها مصالح ضروری، بلکہ مصلحت‌های کم تر از حد ضرورت نیز بر مصالح فردی مقدم داشته شوند. این مصالح، ہرچند موجب محدودیت آزادی‌های فردی در زمینہ‌های مختلف می گردد ولی منطق عقلانی و عقلانی، بہ کارگیری آنها را تأیید می کند.

یکی از صاحب نظران می گوید:

«از آنجا کہ ما دلیل عمدہ مشروعیت مصلحت اندیشی و پایہ گذاری قوانین عمومی جامعہ بر آن را، همان ادلہ مشروعیت حکومت و تشکیل حکومت در اسلام قلمداد می کنیم، در این صورت، هیچ دلیلی وجود ندارد کہ مرتبہ‌ای از مراتب مصلحت را از دایرہ این مشروعیت بیرون کنیم... همین کہ اصل حکومت را بہ ویژہ برای پر کردن خلأهای قانونی، در زمینہ‌های متغیر نیازهای آدمی، اثبات کنیم، لازمہ عرفی و عقلی آن این است کہ زمام تشخیص مصالح عمومی جامعہ را بہ دست آن داده‌ایم. در این راستا دلیلی وجود ندارد کہ بگوییم فقط مصالح ضروری و حاجی جامعہ را تأمین کنیم و مصالح تزئینی را بہ حال خود رها کنیم» (ہمان/۲۱۷).

در تأیید این سخن اضافه می کنیم کہ: این طور نیست کہ تمامی فعالیت‌های حکومت برای ساماندهی مسائل اجتماعی، بر مرز ضرورت حرکت کند. چہ بسا طرح‌های اجتماعی کہ ضرورت بالفعلی آنها را ہمراہی نمی کند ولی در عین حال، نادیدہ گرفتن آنها نیز - ہرچند کہ موجب عدم تحفظ بر احکام اولیہ در حوزہ حقوق فردی می گردد - خردمندانه نیست. بہ عنوان مثال، در شرایطی کہ هیچ دشمنی مرزهای کشور را تهدید نمی کند و شرایط بہ گونه‌ای است کہ بہ ثبات این شرایط برای چندین سال اطمینان وجود دارد، دلیلی برای الزام افراد بہ خدمت نظام وظیفہ وجود ندارد.



همان‌طور که گفته شد، شاید بسیاری از طرح‌های شهرسازی که با حق مالکیت افراد در تراجم واقع می‌شود، هیچ ضرورتی در اجرای آنها وجود نداشته باشد ولی در عین حال رفع ید از آنها نیز عقلانی نیست. لازمه حرکت بر مرز ضرورت، واگذاری میدان‌های قیمت‌گذاری کالاها، طرح‌های اجتماعی بیمه، ورود و خروج ارز و کالا، اعتیاد، معامله اسلحه و بسیاری مانند آن به دایره تنگ احکام اولیه حقوق فردی است. بر اساس این دیدگاه، روش حکومت‌داری شرعی، این خواهد بود که حکومت به طور مداوم، شرایط ضرورت را رصد کند و در لحظه‌ای که ضرورت در حوزه‌ای محقق می‌گردد، موتور احکام حکومتی را به کار اندازد. آیا با این روش می‌توان یک نظام صحیح، قویم و شایسته را در کشور مدیریت کرد؟! آیا می‌توان پذیرفت که اسلام در حکومت‌داری که باید از اقتدار کامل برخوردار باشد، دست به عصا راه رود و در مقابل، احکام اولیه فردی را در برج عاج نشاند. به نظر می‌رسد، حکومت بر پایه اقتدار و صلابت، نمی‌تواند تنها در محدوده ضرورت حرکت کند بلکه بخش مصالح اهتمامی اجتماع را نیز باید پوشش دهد و در آن حوزه‌ها نیز به وضع قانون بپردازد.

در اینجا لازم است دو نکته را در تکمیل بیان فوق یادآور شویم:

یک - دیدگاه مورد اشاره اعتقاد ندارد که هر مصلحتی که صفت اهتمامی بودن را به دنبال می‌کشد، شایسته جعل احکام حکومتی است زیرا در این صورت شاید احکام اولیه فردی اصلاً جایگاه خود را از دست بدهد و یا به حداقل ممکن تنزل یابد. مراد از مصلحت اهتمامی، آن مصلحتی است که عقلای متشرعه، عدم توجه به آن را نکوهش می‌کنند.

دو - ما فراتر از آن چه در این مبحث مطرح شد چه بسا بتوانیم ادعا کنیم که حتی موارد مصلحت‌های غیر عام و غیر ضروری و غیر اهتمامی، ولی واجد مطلوبیت

محدوده اختیارات حکومت در جعل قانون از منظر فقه \_\_\_\_\_ ۱۰۳

عقلانی نیز مشمول حکم حکومتی قرار می‌گیرند. به عنوان نمونه، در بشاگرد<sup>۱</sup>، افرادی هستند که اجدادشان غلام و کنیز بوده‌اند و خودشان هم اعتراف دارند که کسی آنها را آزاد نکرده است (علی اکبریان، «مقایسه قاعده عدالت با قاعده لاضرر»/۲۲۹، گفتگو با محمدتقی شهیدی). عتق این افراد، نه در حد ضرورت است، نه در حد مصلحت عامه، و نه مصلحت عام اهتمامی؛ و آزاد نکردن اینها نیز موجب عسر و حرج نمی‌شود، ولی از آنجا که عتق آنان فی‌نفسه مطلوب است، حاکم اسلامی می‌تواند آنها را بر اساس ادله ولایت فقیه آزاد سازد.<sup>۲</sup>

#### ۴-۲-۲- ضابطه دوم: میزان احراز مصلحت

دو نظریه در این ضابطه قابل طرح است. یکی این که معتقد شویم مصلحتی که مبنای حکم حکومتی قرار می‌گیرد باید به نحو قطعی یا اطمینان عرفی احراز شده باشد (اصول فقه حکومتی/۱۷۱ و ۱۷۲، گفتگو با محمدهادی معرفت)؛ دیگر این که معتقد شویم به مصلحت ظنی نیز می‌توان عمل کرد (تسخیری، «العمل الحکومی و دوره فی تحقیق مسؤولیات الدوله الاسلامیه»/۶۰؛ مرعشی، «مصلحت و پایه های فقهی آن»/۳۳).

اگر ما به این نکته توجه کنیم که مصلحت‌های مورد بحث ما، مصلحت‌های ثانوی و بالعرض هستند نه مصلحت‌های موجود در متعلق احکام کلی، رأی دوم قابل تصدیق خواهد بود زیرا رعایت مصلحت ثانوی، یک هنجار فطری بشر است خواه

۱- بشاگرد نام بخشی در شهرستان بندر جاسک استان هرمزگان در جنوب ایران است. این بخش دارای ۴ دهستان است و مرکز آن روستای گوهران (آنکهران) می‌باشد.

۲- البته راه‌های دیگری نیز برای آزادی آنها بر اساس فقه موجود وجود دارد: اینها را می‌توان مصداقی از انفال دانست؛ مصداقی از مال بلاوارث؛ و با تنقیح مناط (اگر عرفی باشد)، مصداقی از "خَرِبَةٌ بَادٌ أَهْلُهَا". بنابراین، حاکم شرع که امام جامعه است می‌تواند به عنوان مرجع ذی صلاح آنان را آزاد سازد. اگر تنقیح مناط را هم نپذیریم، راه اعراض گشوده است: اینها اموالی هستند که صاحبانشان از آنها اعراض کرده‌اند لذا اشخاص ثالث می‌توانند با قصد تملک، آنان را مالک شوند. بنابراین، حاکم شرع باید قبل از هر شخص دیگری، ابتدا قصد تملک کرده سپس آنان را آزاد سازد. راه دیگری که عقلانی تر ولی نیازمند بحث فقهی است این است که بگوییم فرق است بین مالکیت اشیاء و مالکیت برده. در مالکیت برده، نفس منسوخ شدن برده‌داری، موجب عتق قهری برده می‌شود.

مصلحت قطعی باشد و خواه مصلحت ظنی؛ و این هنجار به اندازه‌ای در انسان راسخ است که مانع از انعقاد اطلاق ادله نهی کننده از ظن - صرف نظر از این که اصلاً موضوع این ادله، اعتقاد است نه احکام فرعی کلی (کفایه الاصول/۲۹۵) - می‌گردد (بحوث فی علم الاصول/۲۲/۶).

توجه به این ضابطه، در موضوعاتی مانند میراث فرهنگی (که از اهمیت بالای فرهنگی و اقتصادی برخوردار است و در حفظ هویت دینی امت اسلامی نقش مهمی را ایفا می‌کند) می‌تواند تردیدهایی را که در اذهان اندیشمندان جامعه دینی به چشم می‌خورد برطرف سازد. اقناع افکار بخش وسیعی از خردمندان و اندیشمندان حوزه دین در مورد مصلحت قطعی وضع قوانین الزامی در مورد حفظ پاسداری از میراث فرهنگی مادی - خصوصاً در بخش عام آن نه در بخش مربوط به تمدن اسلامی - کاری صعب و دشوار است؛ ولی شاید بتوان آنان را به مضمون بودن مصلحت جعل چنین قوانینی به اذعان واداشت. در این صورت، با توجه به حجیت مصالح مضمون برای جعل احکام حکومتی، وضع قوانین یاد شده، توجیه پذیر می‌گردد.

## نتیجه

بر اساس آن چه گذشت روشن می‌گردد که حکومت اسلامی در تقنین احکام حکومتی اولاً - می‌تواند با فرا رفتن از محدوده مباحات شرعی، در حوزه الزامیات نیز به تقنین دست زند. ثانیاً - مصالحی که الزاماً به عنوان مصحح جعل احکام حکومتی است مصالح ضروری نیست بلکه در سایر مصالح غیر ضروری، استحساناتی و اهمیاتی نیز جعل احکام حکومتی مشروعیت تام دارد. ثالثاً - به لحاظ اجرایی و مقام احراز مصلحت، احراز مصلحت متوقف بر حالت قطع و اطمینان عقلانی نیست بلکه مصالح مضمون نیز در گستره مصلحت های معتبر جهت تقنین احکام حکومتی قرار دارد. بدین ترتیب می‌توان اذعان کرد که احکام حکومتی دامنه ای فراتر از آن چه مورد اعتقاد مشهور است را داراست. دامنه ای که نه تنها مصالح اجتماعی را در پوشش می‌دهد

بلکه به قلمرو مصالح فردی نیز نفوذ می کند.

## منابع

- قرآن کریم.
- نهج البلاغه.
- اسلامی، رضا، **اصول فقه حکومتی**، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۷.
- اصفهانی، محمد حسین، **حاشیه کتاب المکاسب**، تحقیق: عباس محمد آل سیاح قطیفی، قم، عباس محمد آل سیاح قطیفی، ۱۴۱۸ق.
- اندرسون، نورمن، **تحولات حقوقی جهان اسلام "Law Reform in the moslim World"**، ترجمه فخرالدین اصغری و دیگران، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۶.
- انصاری، حمید، **حدیث بیداری**، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۴.
- بوطی، محمد سعید رمضان، **ضوابط المصلحه فی الشریعه الاسلامیه**، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۱۲ق.
- تسخیری، محمد علی، **العمل الحکومی و دوره فی تحقیق مسؤولیات الدوله الاسلامیه**، مجموعه آثار (۷): امام خمینی و حکومت اسلامی (احکام حکومتی و مصلحت)، کنگره امام خمینی و اندیشه حکومت اسلامی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸.
- حائری، سید کاظم، **ولایه الامر فی عصر الغیبه**، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۴ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه (۳۰جلدی)**، تصحیح و تحقیق محمدرضا حسینی جلالی، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۶ق.
- خراسانی، محمد کاظم، **کفایه الاصول**، قم، آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ق.
- خمینی، سید روح الله (امام)، **صحیفه نور** (مجموعه رهنمودهای امام خمینی)، گردآورنده: مرکز مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱-۱۳۶۹.
- \_\_\_\_\_، **کتاب البیع**، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.
- \_\_\_\_\_، **ولایت فقیه: حکومت اسلامی**، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۷ش.
- خوئی، سید ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه** (به قلم توحیدی، محمد علی)، قم، مکتبه الداوری، ۱۳۷۷.

۱۰۶ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۵ - شماره ۹ - پاییز و زمستان ۹۲

- خوری شرتونی، سعید، **أقرب الموارد فی فصح العربیه و الشوارد**، قم، مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۳ق.
- دهخدا، علی اکبر، **لغتنامه**، تهران، دانشگاه تهران، مؤسسه لغتنامه دهخدا، ۱۳۷۳.
- رحمان ستایش، محمد کاظم؛ و مهریزی، مهدی، **رسائل فی ولایه الفقیه**، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۶ق.
- سید بن طاوس، **الإقبال بالأعمال الحسنه فیما یعمل مره فی السنه** (چاپ قدیم)، تهران، دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۹ق.
- صدر، سید محمد باقر، **اقتصادنا**، قم، بوستان کتاب، ۱۴۲۵ق.
- \_\_\_\_\_، **بحوث فی علم الاصول** (به قلم سید محمود هاشمی)، قم، المجمع العلمی و الثقافی للشهید الصدر، ۱۴۰۵ق.
- صرامی، سیف الله، **منابع قانونگذاری در حکومت اسلامی**، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۲.
- \_\_\_\_\_، **احکام حکومتی و مصلحت**، تهران، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مرکز تحقیقات استراتژیک، ۱۳۸۰.
- طاهری خرم آبادی، سید حسن، **امام و مسائل نظام حکومتی**، اندیشه‌های امام خمینی (مجموعه مقالات هشتمین کنفرانس اندیشه اسلامی)، تهران، سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۸.
- طباطبایی، سید محمد حسین، **تفسیر المیزان**، قم، انتشارات جامعه مدرسین، بی تا،
- \_\_\_\_\_، **ولایت و زعامت**، مرجعیت و روحانیت [مجموعه مقالات]، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۴۲ش.
- طبرسی، فضل بن حسن، **تفسیر مجمع البیان فی تفسیر القرآن** (ترجمه)، تهران، انتشارات فراهانی، ۱۳۶۰ش.
- علی اکبریان، حسنعلی، **مقایسه قاعده عدالت با قاعده لاضرر**، گفتگو با محمد تقی شهیدی، مجله فقه (کاوشی نو در فقه اسلامی)، ش ۵۶، (سال پانزدهم، شماره ۲)، ۱۳۸۷.
- علی اکبریان، حسنعلی، **جایگاه حکم ولایی در تشریح اسلامی**، مجله حکومت اسلامی، ش ۲۴، سال ۱۳۸۱.
- عوده، عبدالقادر، **التشریح الجنائی الاسلامی**، قاهره، مکتبه دارالتراث، بی تا.
- فیومی، احمد بن محمد، **المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر**، بیروت، المکتبه العلمیه، بی تا.
- کاشف الغطاء، علی، **النور الساطع فی الفقه النافع**، [نجف]، الآداب، ۱۳۸۱ق.

محدوده اختیارات حکومت در جعل قانون از منظر فقه \_\_\_\_\_ ۱۰۷

- کلینی، محمد بن یعقوب، **اصول الکافی**، تصحیح و تعلیق: علی اکبر غفاری، الثالثه، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ش.

- لاری، سید عبدالحسین، **التعلیقہ علی المکاسب**، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۸ق.

- مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، **مصاحبه های علمی**، مجموعه آثار کنگره امام خمینی و اندیشه حکومت اسلامی (ج ۱۰)، گفتگو با محمد مهدی آصفی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸.

- مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، **نقش زمان و مکان در اجتهاد: مجموعه مصاحبه ها**، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی (ج ۱۴)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۴.

- مؤمن قمی، محمد، **کلمات سدیده**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.

- مجلسی، محمد باقر (علامه مجلسی)، **بحار الانوار الجامعه لدرر أخبار الأئمه الاطهار (ع)**، تصحیح: سید حسن موسوی خراسان، سید ابراهیم میانجی، محمد باقر بهودی، بیروت، دار إحياء التراث العربی، الثالثه، ۱۴۰۳ق.

- \_\_\_\_\_، **مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول**، تحقیق و تصحیح سید هاشم رسولی، تهران، دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۴ق.

- مددی، سید احمد، **تحول در فقه، نسخه شناسی و اصول فقه حکومتی**، مجله فقه (کاوشی نو در فقه اسلامی)، ش ۵۸، سال ۱۳۸۷.

- مرعشی شوشتری، سید حسن، **مصلحت و پایه های فقهی آن**، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، ش ۶، زمستان ۱۳۷۱.

- مطهری، مرتضی، **اسلام و مقتضیات زمان**، قم، صدرا، ۱۳۷۰.

- مکارم شیرازی، ناصر، **أنوار الفقاهه (کتاب البیع)**، قم، انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۵ ه.ق.

- \_\_\_\_\_، **بحوث فقهیه هامه**، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۲ق

- \_\_\_\_\_، **مصالح مرسله چیست؟**، مجله نور علم، شماره ۱۱۵ اردیبهشت ۱۳۶۵.

- منتظری، حسینعلی، **دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه**، قم، نشر تفکر، ۱۴۱۵ق.

- مهرپور، حسین، **دیدگاه های جدید در مسائل حقوقی**، تهران، اطلاعات، ۱۳۷۲ش.

- هاشمی، سید محمود، **منبع قانونگذاری از دیدگاه اسلام**، حکومت در اسلام (مقالات سومین کنفرانس اندیشه اسلامی)، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۷.

