

طبقه بندی: فصلنامه حکومت اسلامی شماره ۷۵،

عنوان: مفهوم‌شناسی «مصلحت» و جایگاه آن در حقوق خانواده

مؤلف: سیدحسین هاشمی

127

مفهوم‌شناسی «مصلحت» و جایگاه آن در حقوق خانواده

دریافت: ۹۳/۱۱/۲۹

تأیید: ۹۴/۴/۱۴

سیدحسین هاشمی*

چکیده

اسلام به عنوان دینی جامع، علاوه بر بیان احکام ثابت، به بیان احکام متغیر نیز پرداخته و مصالح و مفاسد مادی و معنوی متغیر را مورد توجه قرار داده است و مصالح عمومی را در راستای اهداف و مقاصد دینی دنبال می‌کند. از این رو، مصلحت در فقه شیعه از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است؛ به گونه‌ای که هم بر رفتارهای فردی آدمیان تأثیر می‌گذارد و هم نظام سیاسی و اجتماعی و خانوادگی را شکل می‌دهد. حضرت امام خمینی^۱ پس از برقراری نظام سیاسی مبتنی بر فقه شیعه، برای اولین بار به اجرایی نمودن مصلحت پرداختند که این امر موجب پاره‌ای از ابهام‌ها گردید. مسأله اساسی در این باره این است که مفهوم مصلحت چیست و تفاوت میان مصلحت و ضرورت به عنوان شاخص‌ترین موضوع در احکام ثانویه چیست؟ همچنین مصلحت در حقوق خانواده از چه جایگاهی برخوردار است، آیا مفهوم و شرایط مصلحت در مسائل حکومتی که به حاکم اسلامی واگذار شده، همان مفهوم و شرایطی است که در حقوق خانواده به ویژه در مصلحت اب و جد نسبت به مؤلی علیه مورد نظر است؟ در این تحقیق، پرسش‌های یادشده مورد بررسی قرار گرفته است.

متن:

واژگان کلیدی

مصلحت، ضرورت، اضطرار، حقوق خانواده

* مدرس حوزه، دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی و عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه مفید :
shhashemi@gmail.com

128

مقدمه

پس از تأسیس انقلاب اسلامی ایران، تفکر سازمان یافته حکومت دینی، به تدوین قانون اساسی و قوانین عادی بر اساس فقه شیعه و همسو با آن منجر شد؛ فقهی که مهمترین منابع آن، کتاب، سنت و عقل است. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که میثاق انقلاب اسلامی محسوب می شود، نهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام در شرایط خاص و با فلسفه ویژه ای به منظور کاربردی نمودن احکام حکومتی مبتنی بر مصلحت، بروز و ظهور پیدا کرد که در حال حاضر به دلیل پیچیدگی خاص نهاد خانواده و تغییر بسیاری از روابط و ضوابط عرفی حاکم بر خانواده و نیز تأکید شریعت بر حفظ و بالندگی آن، می توان نهاد مصلحت را در خدمت حقوق خانواده؛ به ویژه در جهت حمایت از حقوق زنان و کودکان قرار داد. بر اساس روایت نقل شده از معصوم(ع)، خداوند از هیچ چیز بیش از آزار زنان و کودکان، به خشم نمی آید (کلینی، ۱۳۶۷، ج ۶، ص ۵۰ [i]). (حال اگر رضایت و خشم خداوند برای ما معیار زندگی باشد، چه نهادی در جامعه اسلامی می تواند از نظر درجه اهمیت، با نهاد مقدس خانواده قابل مقایسه باشد؟

در مبحث اول این تحقیق، مفهوم مصلحت در فقه شیعه را بررسی نموده و تفاوت مصلحت با مفاهیم مشابه همچون ضرر و ضرورت را مورد بررسی قرار داده ایم و در مبحث دوم، جایگاه مصلحت در حقوق خانواده و تفاوت مفهوم و شرایط مصلحت در مسائل حکومتی با مفهوم و شرایط مصلحت در حقوق خانواده را مورد کنکاش قرار دادیم.

معنای مصلحت و رابطه آن با ضرورت

قبل از ورود به اصل بحث، لازم است تعریفی از مصلحت ارائه گردد تا مشخص شود که آیا مقصود از «مصلحت» همان «ضرورت» است یا متفاوت با آن است؟

تعریف مصلحت

درباره معنای مصلحت و تعریف آن اتفاق نظر وجود ندارد. برخی از فقهای شیعه در تعریف آن گفته اند: «مصلحت عبارت است از آنچه که با مقاصد انسان در امور

[i]. عدة من اصحابنا عن احمد بن محمد، عن علی بن الحکم، عن کلب الصیداوی، قال: قال لی ابوالحسن(ع): «إذا وعدتم الصبیان ففوا لهم فانهم یرون انکم الذین ترزقونهم ان الله عز وجل لیس یغضب لشیء کغضبه للنساء والصبیان.»

شهید «بهشتی»، در معنای مصلحت می گوید:

مصلحت، کلمه ای است کلی و دارای معنایی بسیار وسیع... به این ترتیب، حکومت مصلحت نیز انواع گوناگون پیدا می کند. عالی ترین حکومت از این نوع آن است که اساس آن مراعات مصالح مادی و معنوی، اخلاقی و دینی، برای همه افراد، همه طبقات، همه ملت ها و همه نژادها در همه نسل ها و زمان ها باشد (بهشتی، (بی تا)، ص ۳۴).

«غزالی»؛ از دانشمندان مشهور اهل سنت، در تعریف مصلحت می گوید:

مصلحت، در اصل (از نظر لغوی) عبارت است از جلب منفعت و دفع ضرر، ولی این مفهوم منظور ما نیست؛ زیرا جلب منفعت و دفع ضرر از مقاصد خلق است و مراد ما از مصلحت، تأمین مقصود و هدف شرع است و مقصود شرع نسبت به خلق، پنج امر است: حفظ دین، جان، عقل، نسل و اموال. پس آنچه در جهت حفظ این اصول پنجگانه باشد، مصلحت و آنچه موجب تفویت آنها باشد، مفسده نامیده می شود (غزالی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۷۴).

با وجود اختلاف نظر، نقطه اشتراک در تعریف مصلحت این است که در معنای آن، هم به جنبه «دنیوی» توجه شده است و هم به جنبه «دینی و اخروی» و این نکته در کلام مولای متقیان؛ حضرت علی(ع) نیز مشهود است (نهج البلاغه، خطبه ۲۱۲ [ii]) و حتی آن حضرت بر تقدّم مصالح دینی بر مصالح دنیوی، تأکید می کردند (همان، حکمت ۱۰۳ [iii]).

بنابراین، در يك تعريف نسبتاً جامع از مصلحت در امور حکومتی، می توان گفت مصلحت عبارت است از تدبیری که دولت اسلامی به منظور رعایت منافع معنوی و مادی جامعه اسلامی و در راستای اهداف شرع مقدّس، اتخاذ می کند.

رابطه مصلحت با ضرورت و ضرر

[i] «المصلحة هي ما يوافق الانسان في مقاصده لادنياه او لآخرته او لهما و حاصله تحصيل منفعة او دفع مضرة.»

[ii] «... و المصلحة في الدين و الدنيا غير المفسدة.»...

[iii] «لا يترك الناس شيئاً من امر دينهم لاستصلاح دنياهم الا فتح الله عليهم ما هو اضرّ منه.»

پرسش اساسی در این باره آن است که آیا «مصلحت» با عنوان هایی؛ مانند «ضرورت» (اضطرار) و «ضرر» مترادف است یا عنوانی مستقل و متفاوت با آنهاست؟

برای پاسخ به این پرسش، ابتدا لازم است معنای «ضرر» و «ضرورت» مشخص شود. حضرت امام

خمینی(ره) در تعریف «ضرر» می فرماید: «مفهوم ضرر نزد عرف، عبارت است از واردکردن نقصی بر مال یا جان» (امام خمینی، بی تا، ج ۳، ص ۹۲).

برخی دیگر از فقهاء در تعریف ضرر گفته اند: «ضرر، عبارت است از نقص مالی، بدنی، عقلی و یا روحی» (خوئی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۲۱۷).

بنا بر تعریف دوم، «صدمه های روحی» و «خسارت های معنوی» نیز مشمول ضرر است، ولی در این مسأله، هم در حقوق موضوعه کشورها و هم از نظر فقهی، اتفاق نظر وجود ندارد.

برخی از فقهاء بر این عقیده اند که از نظر عرف، کتاب و سنت، واژه ضرر در موارد ضربات روحی ناشی از هتک حیثیت، استعمال نمی شود (امام خمینی، بی تا، ج ۳، ص ۹۳).

در حقوق ایران، بر اساس بند ۲ از ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب سال ۱۳۳۵ و نیز بر اساس قانون مسؤلیت مدنی، مصوب ۱۳۳۹، ضرر و زیان معنوی؛ یعنی کسر حیثیت یا اعتبار اشخاص یا صدمات روحی، قابل مطالبه و جبران بود، اما در ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۷۸، این بند حذف گردید، ولی قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ جبرای خسارت معنوی را با شرایطی به رسمیت شناخته است. بر اساس ماده ۱۴ این قانون: «شاک می تواند جبران تمام ضرر و زیانهای مادی و معنوی و منافع ممکن الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند.»

همچنین در تبصره ۱ این ماده، زیان معنوی بدین گونه تعریف شده است:

زیان معنوی عبارت از صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی یا اجتماعی است. دادگاه می تواند علاوه بر صدور حکم به جبران خسارت مالی، به رفع زیان از طرق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج

حکم در جراید و امثال آن حکم نماید.

بر اساس تبصره ۲ این ماده، پرداخت خسارت معنوی، تنها نسبت به تعزیرات غیر منصوص شرعی به رسمیت شناخته شده است [i] که مبنای فقهی این اختصاص و عدم شمول آن نسبت به تعزیرات منصوص شرعی چندان مشخص نیست.

علاوه بر عرف کنونی، در تاریخ سیاسی اسلام نیز مواردی به چشم می خورد که حاکی از به رسمیت شناختن ضرر معنوی است. برای نمونه وقتی مکه فتح شد و «خالد بن ولید»، بر خلاف مأموریت پیامبر گرامی اسلام(ص) با قبيله «بنی جذیمة بن عامر» جنگید، پیامبر بلافاصله حضرت علی(ع) را برای دلجویی و جبران خسارت، به آنجا فرستاد و امیر مؤمنان برای جبران خسارت، ضررهای معنوی و روحی را نیز در نظر گرفته، به کسانی که از حملات «خالدبن ولید» ترسیده بودند، مبلغی پرداخت کرد و آنگاه که پیامبر(ص) از رفتار عادلانه امیر مؤمنان(ع) آگاه شد، ایشان را ستود (سبحانی، ۱۳۷۱، ص ۴۵۳).

اما در مورد صدق ضرر بر «منافع ممکن الحصول» و قابل مطالبه بودن آن در حقوق ایران، اتفاق نظر وجود دارد؛ اگر چه در تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ برای منافع ممکن الحصول نیز محدودیت هایی در نظر گرفته شده است. از دیدگاه فقهی نیز این نظریه قابل تأیید است؛ به ویژه در منافع ممکن الحصولی که استیفاء شده و به ناحق استفاده شده باشد (منافع مستوفاة).

برخی بر این باورند که در مقابل مفهوم «ضرر»، مفهوم «نفع» قرار دارد. به عبارت دیگر، بر «عدم النفع» هم ضرر صدق می کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۴۱۵).

«نجم الدین طوفی»؛ از علمای حنبلی، «ضرر» را در مقابل «مصلحت» و این دو را نقیض هم می داند و به همین دلیل معتقد است که اقتضای قاعده لاضرر، رعایت مصالح و مفاسد است؛ زیرا ضرر به معنای مفسده می باشد. پس هرگاه شرع، مفسده را نفی کند، لازمه اش اثبات نفع است که همان مصلحت می باشد؛ چون این دو «نقیض» یکدیگرند و واسطه ای میان آنها نیست (حکیم، بی تا، ص ۳۹۱).

«سیدمحمدتقی حکیم»، در پاسخ به این دیدگاه می گوید: «ضرر و مصلحت از قبیل

[i] تبصره ۲ ماده ۱۴: «منافع ممکن الحصول، تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف کند. همچنین مقررات مربوط به منافع ممکن الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی، شامل تعزیرات منصوص شرعی و مواردی که دیه پرداخت می گردد، نمی شود.»

132

«ضدین» است و نه متناقضین، تا نفی یکی موجب اثبات دیگری باشد. بنابراین، از طریق نفی ضرر نمی توان مصلحت را اثبات کرد» (همان، ص ۳۹۲).

در تعریف ضرورت گفته اند: «عذری است که به موجب آن، ارتکاب پاره ای از امور ممنوعه مجاز است؛ مانند کسی که گرسنه و در شرف هلاکت است که می تواند از مال غیر، بدون اجازه او به قدر سدّ جوع بردارد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۴۱۶).

بنابراین، می توان گفت «ضرورت» عبارت است از پدیدآمدن نیاز شدید در برابر شرایطی که موجب بروز خطر و ضرر بر جان، مال، ناموس و حیثیت فرد یا جامعه بشود؛ خواه ضرر مورد نظر، مادی باشد یا معنوی و خواه فعلیت داشته باشد (ضرر بالفعل) و یا امکان ایجاد آن باشد (ضرر بالقوه).

چنین تعریفی برای ضرورت، آن را به مفهوم مصلحت نزدیک می کند؛ زیرا در عدم رعایت مصلحت نیز در واقع نوعی ضرر بالقوه نهفته است که از آن به مصلحت ملزمه تعبیر می شود. در کلام برخی از فقهاء نیز واژه مصلحت به معنای ضرورت به کار رفته است (اردبیلی، ۱۳۷۴، ج ۱۲، ص ۲۳ [i]).

اما در پاره ای موارد، واژه مصلحت، متفاوت با ضرورت استعمال شده است و در واقع مصلحت در

این معنا، مرتبه ای است خفیف تر که هنوز به حدّ ضرورت نرسیده و از دست دادن آن ضرری را در پی نخواهد داشت؛ اگر چه موجب محرومیت از منفعتی خواهد شد که در تحقیق حاضر این نوع از مصلحت مورد بحث است.

از این رو، حضرت آیه الله «جوادی آملی» درباره تفاوت مصلحت و ضرورت، بر این باورند که:

به نظر می رسد بین مفهوم مصلحت و مفهوم ضرورت، رابطه عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی هر ضرورتی مصلحت است، اما هر مصلحتی لزوماً ضرورت نیست. به تعبیر دیگر، گاهی مصلحت «اولویت تعیینی» دارد و گاهی «اولویت تفضیلی». در موردی که اولویت تعیینی دارد، همان ضرورت است و در جایی که اولویت تفضیلی دارد، مصلحت بوده و

[i] و اقتضاء المصلحة له بحیث یکون ضروریا...»

133

ضرورت نیست (جوادی آملی، ۱۳۷۹، ص ۶۵).

بنابر این، تشخیص مصلحت در تعریف اول، به معنای تشخیص ضرورت است که با «احکام ثانویه» تناسب دارد و در آن، گستره اختیارات ولی امر و نهادهای مرتبط با وی، به اوضاع اضطراری و نیازهای غیر قابل اجتناب جامعه محدود خواهد بود (مصباح یزدی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۳۹)، اما بر اساس تعریف دوم، دایره اختیارات نهاد تشخیص مصلحت، گسترده تر خواهد بود؛ یعنی با وجود عدم تحقق ضرورت و صرفاً بدین جهت که اعمال چنین اختیاری پیشرفت جامعه اسلامی را در پی خواهد داشت، می توان به عمل مورد نظر فرمان داده و یا از آن نهی کرد؛ یعنی همان هدفی که به تأسیس مجمع تشخیص مصلحت انجامید؛ مثلاً برای آسایش و راحتی مردم - بدون اینکه به حد اضطرار رسیده یا موجب ضرری باشد - به تخریب ساختمان های مسکونی در مسیر خیابان کشی، اقدام گردد (همان، ص ۴۰).

بدیهی است که در این فرض، ضرورت فعلی وجود ندارد، ولی نوعاً اینگونه موارد با توجه به اینکه به اصل حفظ نظام مربوط است، در آینده به اضطرار، عسر و حرج و یا ضرر منجر می گردد و چه بسا خسارتی که در آینده وارد خواهد شد، به مراتب بیشتر باشد (ضرر بالقوه)، اما به تعبیر برخی از صاحب نظران:

حفظ نظام به حفظ مصلحت عام برمی گردد؛ چنانکه اخلاص به آن، نادیده گرفتن این مصلحت است و ربطی به عسر، حرج و اضطرار ندارد. از این رو، حفظ نظام واجب است؛ هر چند به عسر، حرج، اضطرار و ضرر منتهی نگردد. البته روشن است که عدم حفظ نظام و اخلاص به آن، در صورتی که به جریانی عام و فراگیر تبدیل شود، همة آن محذورات (عسر، حرج و...) را دارد (علی دوست، ۱۳۹۰، ص ۱۲۷).

خلاصه اینکه «مصلحت» به دو معنا به کار رفته است؛ در يك معنا مترادف با «ضرورت» و در

معنای دیگر، وسیع تر از آن و آنچه در این تحقیق مورد تأکید است، همین معنای دوم می باشد.

134

تفاوت مصلحت فقهی با مصلحت کلامی

پرسش از مصلحت در علم کلام، درباره احکام الهی است و اینکه آیا صدور احکام دین، مبتنی بر مصلحت است یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش کلامی دو دیدگاه در میان دانشمندان علم کلام وجود دارد. عدلیه (شیعه) بر این اعتقادند که احکام شرعی بر پایه جلب مصالح و دفع مفسد استوارند، اما اشاعره بر این عقیده اند که شأن شریعت، والاتر از آن است که با معیار مصلحت سنجیده شود؛ زیرا این امر با روح تعبد که مبنای احکام اسلامی است، منافات دارد. بنابراین، همانگونه که برخی از محققین تصریح نموده اند، مصلحتی که مبنای احکام شرعی است با مصلحتی که مبنا و معیار احکام حکومتی است، از جهاتی با هم تفاوت دارند. از جمله اینکه:

اول، مصلحتی که مبنای احکام شرعی است، از جانب خداوند تشخیص داده می شود و مطابق با واقع است، ولی مصلحتی که معیار احکام حکومتی است، از سوی حاکم جامعه تشخیص داده می شود و لزوماً مطابق با واقع نیست.

دوم، مصلحت نوع اول ثابت و تغییرناپذیر است، ولی مصلحت نوع دوم، تابع شرایط مختلف زمانی و مکانی بوده و موقت است.

سوم، در قسم اول، مصلحت فرد مکلف یا مصلحت جمع مکلفین - در احکام اجتماعی - مبنای حکم شرع است، ولی در قسم دوم، مصلحت عمومی معیار و ملاک است.

چهارم، مصلحت نوع اول معیار حکم اولی شرع است، ولی مصلحت نوع دوم معیار حکم حکومتی است که در اولی یا ثانوی و یا شق ثالث بودن آن اختلاف نظر وجود دارد (ورعی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۸).

اما بحث درباره این پرسش اساسی که آیا مصلحت از دیدگاه فقهی يك «عنوان اولی» است یا مانند عسر، حرج و ضرر، عنوانی ثانوی و یا هیچکدام، مجال دیگری را اقتضاء می کند (هاشمی، ۱۳۸۱، ص ۱۲-۸).

135

جایگاه مصلحت در حقوق خانواده

در حقوق خانواده نیز مصلحت به مفهومی که ذکر شد، کاربرد دارد که می توان دو قسم از این نوع

مصلحت اندیشی را در حقوق خانواده پی گرفت. نوع اول مصلحت اندیشی است که در محدوده حقوق خانواده به حاکم اسلامی واگذار شده است و نوع دوم از مصلحت اندیشی در این محدوده به ولی و سرپرست خانواده واگذار شده است که هر یک را در گفتاری جداگانه مورد بررسی قرار خواهیم داد.

مصلحت اندیشی حاکم اسلامی در حقوق خانواده

این نوع از مصلحت اندیشی که از سوی حاکم اسلامی صورت می گیرد، خود به دو نوع قابل تقسیم است: در نوع اول، مصلحت اندیشی به عنوان حاکم اسلامی است و در نوع دوم، مصلحت اندیشی حاکم اسلامی به عنوان جانشین ابّ و جدّ و نه به عنوان حاکم اسلامی صورت می گیرد که این دو نوع از اختیار حاکم اسلامی با هم متفاوتند.

الف) مصلحت اندیشی به عنوان حاکم شرع

این نوع از مصلحت اندیشی در حقوق خانواده که در فقه به حاکم اسلامی واگذار شده است، از نظر مفهوم و ماهیت و شرایط، تفاوتی با مصلحت اندیشی مطرح شده در سایر موارد ندارد، اما از این جهت که این نوع از مصلحت اندیشی بعضاً به عنوان اختیار قضایی در صلاحیت حاکم اسلامی قرار می گیرد و بعضاً به عنوان اختیار تقنینی، لذا می توان این بحث را در دو قسمت جداگانه پی گرفت.

1. مصلحت اندیشی حاکم اسلامی به عنوان مقام قضایی

مهمترین مصداق این نوع از اعمال ولایت از سوی حاکم اسلامی در حقوق خانواده که به عنوان اصیل و نه به نیابت از ابّ و جدّ، انجام می گیرد، اختیار طلاق قضایی است که بر اساس آن، حاکم شرع می تواند در صورت وجود مصلحت و با وجود شرایطی، از طرف زن حکم به طلاق نماید. مقصود از این نوع مصلحت، همان مصلحت خاص زن می باشد و نه مصلحت عام.

در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، نوعی از طلاق برای حاکم اسلامی به رسمیت شناخته

شده است:

در صورتی که دوام زوجیت، موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند؛ چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می شود.

نمونه دیگر از این گونه اختیارات که به حاکم اسلامی واگذار شده است، اجبار زوج به دلیل ترک نفقه است که این حکم به روایات معتبر نیز مستند می باشد. بر اساس روایت «ابوبصیر» از امام باقر (ع)، هرگاه مردی همسری اختیار کند، اما پوشاک و یا خوراک مورد نیاز وی را تأمین نکند، امام (حاکم اسلامی) حق دارد حکم به طلاق دهد» (حر عاملی، ۴۱۴، ج ۲۱، ص ۵۰۹). [i]

در این خصوص، فروض مختلفی مطرح است؛ مثلاً اینکه آیا از روی عمد و یا تقصیر نفقه را نمی

پردازد و یا از روی عجز و قصور؟ و اینکه آیا از زمان عقد عاجز و قاصر بوده و یا بعد از آن عاجز و ناتوان شده؟ و اینکه آیا زوجه هم با علم به عجز وی رضایت به عقد داده یا نسبت به فقر زوج، جهل داشته است؟ اما مهمترین بحث مرتبط با موضوع تحقیق ما این است که روایت یادشده به امام، حق و اختیار چنین طلاق را داده است - و نه تکلیف طلاق -؛ چون اگر تکلیف بود، برای اصل حکم طلاق، رجوع به امام نیاز نبود و حق فسخ نکاح به زوجه واگذار می شد؛ چنانکه شمار اندکی از فقهاء مانند «ابن ادریس» به این دیدگاه تصریح نموده اند (هدایت نیا، ۱۳۹۲، ص ۳۹۶) و ظاهراً از این جهت مصلحت اندیشی برای طلاق، به عهده حاکم اسلامی واگذار شده است که بعضاً با وجود عدم پرداخت نفقه، حتی از روی عمد و یا تقصیر - با فرض اینکه روایت شامل فرض قصور نشود -، ممکن است حاکم اسلامی به دلایلی طلاق را به نفع زوجه و یا نهاد خانواده نداند.

اما ممکن است گفته شود که این روایت و امثال آن شامل فرض قصور هم می شود؛ چنانکه برخی فقهاء با استناد به این روایات، در فرض قصور نیز حق طلاق را برای حاکم اسلامی قائلند (بحرانی، ۴۰۸ ق، ج ۲۴، ص ۷۸-۷۷). واضح است که

[i] و باسناده عن عاصم بن حمید، عن ابی بصیر - یعنی المرادی - قال: سمعت ابا جعفر (ع) یقول: «من کانت عنده امراة فلم یکسها ما یواری عورتها و یطعمها ما یقیم صلبها کان حقاً علی الامام ان یفرق بینهما.»

137

در این فرض، مصلحت اندیشی امام ممکن است به عدم حکم به طلاق منجر شود. البته بنا بر نقل صاحب جواهر، در صورتی که ناتوانی از پرداخت نفقه بعد از ازدواج و از روی قصور باشد، روایت اشهر و به نقلی، حتی قول مشهور فقهاء این است که نه خود زن حق فسخ دارد و نه حاکم اسلامی حق طلاق (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۳۰، ص ۱۰۵ [i]).

طبق این نظریه که طلاق از سوی حاکم حق است و نه تکلیف - که البته کلام فقهاء در این باره نوعاً ابهام دارد -، حاکم اسلامی در این نوع از طلاق، موظف است تا نه فقط مصلحت زوجه، بلکه مصلحت کلی نهاد خانواده را در نظر گیرد؛ به ویژه آنکه ممکن است ترک انفاق، منجر به عسر و حرج برای زوجه نباشد؛ به این دلیل که مثلاً زوجه متمکن است و از طرفی ممکن است با وجود داشتن چند کودک، طلاق در آن زمان به نفع کل خانواده نباشد؛ اگر چه کلام فقهاء از این جهت نیز ساکت است.

در ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی هم در این باره چنین آمده است: «در صورت استتکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم، شوهر را اجبار به طلاق می نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه.»

قسمت اخیر این ماده برخلاف نظر مشهور فقهاء، دلالت دارد که حتی با فرض قصور و عجز شوهر نیز مشمول این ماده خواهد بود و از طرفی از ظاهر ماده چنین استنباط می شود که حاکم برای اجبار شوهر به طلاق، مکلف است، نه مختار، اما به قرینه ماده بعد که در مورد طلاق قضایی است، ممکن

است گفته شود که در این ماده نیز لازم بود به جای الزام حاکم، از اختیار وی سخن گفته می شد؛ زیرا در ماده ۱۱۳۰ با وجود اثبات عسر و حرج، باز هم دست کم در قسمت اول، لحن ماده اثبات اختیار برای حاکم است «دادگاه می تواند زوج را اجبار به طلاق نماید» و نه الزام؛ اگر چه در قسمت دوم ماده که مربوط به اصل طلاق است، جنبه الزام حاکم به طلاق استظهار می شود که البته منطقی هم به نظر می رسد؛ چون در فرضی است که برای دادگاه عسر و

[i] «لوتجدد عجز الزوج عن النفقة و انه هل تتسلط بذلك على الفسخ؟ و ان قال المصنف، فيه روايتان، لكن اشهرهما عملاً انه ليس لها ذلك لا بنفسها و لبالحاکم، بل في المسالك انه المشهور و هي ما روى عن امير المؤمنين (ع): «ان امرأة استعدت اليه على زوجها للاعسار، فابي ان يحبسها [وقال:] ان مع العسر يسراً» خلافاً للمحكي عن ابي علي فسلطها على الفسخ و في «كشف اللثام» و قيل: يفسخه الحاکم و هو قوي، فان لم يكن الحاکم فسخت لقوله تعالى: «فامساک بمعروف او تسريحاً بحسان» و الامساک بلانفقة ليس بمعروف. و للضرر و الحرج و صحيح ابي بصير «... و فيه منع كون الامساک بلانفقة من غير المعروف مع الاعسار و كونها ديناً عليه.»

حرج اثبات شده است؛ در حالی که فرض ماده ۱۱۲۹ اعم است از اینکه ترک انفاق موجب عسر و حرج زوج بشود یا خیر. از این رو، برخی از مؤلفین نیز در این خصوص به «جواز اجبار زوج به طلاق» (هدایت نیا، ۱۳۹۲، ص ۱۱۵) تعبیر کرده اند که شاید مقصود آنان نیز همان اختیار حاکم برای طلاق باشد و نه الزام حاکم، اما به هر صورت، الزام حاکم به طلاق مطابق ماده ۱۱۲۹، حتی در فرض عجز و قصور زوج، منطقی و پشتوانه قابل دفاعی ندارد.

البته در حقوق ایران به حدی مصلحت اندیشی درباره ترک انفاق جدی گرفته شده است که علاوه بر ضمانت اجرای مدنی شدید، برای ترک انفاق عمدی، بر اساس ماده ۶۲۴ قانون مجازات اسلامی، بخش تعزیرات، مصوب سال ۱۳۷۵ ضمانت اجرای کیفری شدیدی نیز مقرر شده است. بر اساس این ماده: «هر کس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب النفقه امتناع نماید، دادگاه او را از سه ماه و یک روز تا پنج ماه حبس، محکوم می نماید.»

2. مصلحت اندیشی حاکم اسلامی در مقام تقنین

علاوه بر اختیارات حاکم اسلامی در محدوده مسائل قضایی، در مرحله تقنین نیز حاکم اسلامی می تواند در صورت وجود مصلحت، در محدوده حقوق خانواده؛ به ویژه حقوق زنان و کودکان که از اولویت جدی برخوردارند، اقدام به وضع قوانین و مقرراتی نماید که به حکم اولی، وضع چنین مقرراتی ممکن نیست.

تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز در راستای تحقق همین هدف؛ یعنی تشخیص مصالح کلی نظام در مقام تقنین، قابل ارزیابی است.

در واقع، توجه به پیشینه تأسیس این مجمع نیز گویای همین نکته است؛ زیرا قبل از تشکیل مجمع،

مجلس شورای اسلامی قوانینی را که به مصلحت عمومی جامعه می دید تصویب می کرد، ولی شورای نگهبان طبق تکلیف قانونی خود که بر اساس اصول ۴، ۷۲ و ۹۶ قانون اساسی، به حمایت از شرع و قانون اساسی موظف است، این

قبیل مصوبات را در صورت مغایرت با شرع یا قانون اساسی، از اعتبار قانونی ساقط می نمود.

در چنین وضعیتی، حضرت امام خمینی(ع) با استفاده از اختیارات مربوط به ولایت مطلقه فقیه که از نظر فقهی شدیداً بدان معتقد بود، برای حلّ تعارض میان شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی که هر يك اعتقاد داشتند صرفاً به وظیفه قانونی خویش عمل کرده اند، در تاریخ ۱۷ / ۱۱ / ۶۷ دستور تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام که هنوز در قانون اساسی وارد نشده بود را صادر نمودند.

در این نامه هدف از تشکیل مجمع چنین بیان شده است:

...مصلحت نظام از امور مهمه ای است که گاهی غفلت از آن موجب شکست اسلام عزیز می گردد. امروز جهان اسلام، نظام جمهوری اسلامی ایران را تابلوی تمام نمای حلّ معضلات خویش می دانند. مصلحت نظام و مردم از امور مهمه ای است که مقاومت در مقابل آن ممکن است اسلام پابرهنگان زمین را در زمانهای دور و نزدیک زیر سؤال بَرَد و اسلام آمریکایی مستکبرین و متکبرین را با پشتوانه میلیاردها دلار توسط ایادی داخل و خارج آنان، پیروز گردانند... (امام خمینی، ۱۳۶۱، ج ۲۰، ص ۱۷۶).

این مجمع در بازنگری قانون اساسی - سال ۶۸ - در اصل ۱۱۰، ۱۱۱، ۱۱۲ و ۱۷۷، جایگاه قانونی ویژه ای یافت. مطابق اصول یادشده، وظایف عمده ای برای این مجمع بدین ترتیب مقرر گردیده است:

1. تشخیص مصلحت در مواردی که شورای نگهبان مصوبه مجلس شورای اسلامی را خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام، نظر شورای نگهبان را تأمین نکند؛

2. مشاوره در اموری که رهبری به آنان ارجاع می دهد؛

3. سایر وظایفی که در قانون اساسی ذکر شده است؛ مانند وظایف مقرر در اصل ۱۱۱ قانون اساسی؛

4. کمک به تصمیم گیری رهبری در حلّ معضلات نظام که از طرق عادی قابل حلّ نباشد.

واضح است که در این نوع از مصلحت اندیشی تقنینی، مصلحت عام برای جلوگیری از اختلال نظام، ملاک عمل خواهد بود و نه مصلحت خاص. البته در این نوع مصلحت اندیشی، حتی امام معصوم نیز مصلحت عمومی را ملاک عمل قرار می دهد و نه مصلحت شخصی و سلیقه فردی خود را. نمونه ای که از لزوم مصلحت اندیشی در تصمیمات امام معصوم (ع) حکایت دارد را می توان در کلام محقق «حلی» یافت. ایشان درباره «عزل قاضی» بر این عقیده اند که حتی امام معصوم (ع) نیز نمی تواند قاضی را از مقام خود عزل کند، مگر آن که مصلحتی چنین اقتضاء کند و یا شخصی لایق تر از او وجود داشته باشد (محقق حلی، ۴۰۳ اق(الف)، ج ۴، ص ۷۱ [i]).

واضح است که در این نوع از مصلحت که هدف از آن حفظ نظام است، باید مصلحت کل جامعه اسلامی، بلکه مصلحت و نفع نظام نوع انسانی مورد توجه قرار گیرد؛ زیرا به تعبیر برخی از صاحب نظران، «مراد از نظام، تنها ساختار حاکم در جوامع اسلامی نیست. از این رو، مضاف الیه نظام، نوع انسانی است (نظام نوع انسانی) نه «اسلامی» یا «جامعه اسلامی» و امثال آن» (علیدوست، ۱۳۹۰، ص ۱۲۶-۱۲۵).

(ب) مصلحت اندیشی به عنوان جانشین ابّ و جدّ

در مواردی حاکم اسلامی به عنوان ولیّ و سرپرست مولیّ علیه عمل می کند که در این قسم از اعمال ولایت نیز لازم است در محدوده مصلحت و غیبه مولیّ علیه تصمیم گیری کند و در این موارد، حتی امام معصوم نیز تابع مصلحت و غیبه مولیّ علیه است، چه رسد به حاکم اسلامی در عصر غیبت؛ مانند عدم جواز عفو در قصاص توسط امام معصوم (ع) در مواردی که امام برای کسی که فاقد ولیّ است، ولیّ محسوب می شود (فاضل آبی، ۴۱۷ اق، ج ۲، ص ۶۷۲؛ مفید، ۴۱۷ اق، ص ۷۴۳؛ ابن فهد حلی، ۴۱۳ اق، ج ۵، ص ۳۶۷).

البته در این بخش از اعمال ولایت که به نیابت از ابّ و جدّ صورت می گیرد، حاکم اسلامی احیاناً با محدودیت هایی بیش از محدودیت ابّ و جدّ مواجه است. به عنوان مثال، همانگونه که برخی از فقهاء تصریح نموده اند، حاکم اسلامی در

[i]. «هل يجوز أن يعزل اقتراحاً؟ الوجه: لا، لأنّ ولايته استقرت شرعاً فلا تزول تشهياً؛ أمّا لو رأى الإمام أو النائب عزله لوجه من وجوه المصالح، أو لوجود من هو أتم منه نظراً، فانه جائز مراعاة للمصلحة.»

صورت فقدان ابّ و جدّ، حق تزویج صغیر را ندارد، مگر اینکه در ترک آن به حدی مفسده وجود داشته باشد که از باب حسبه، دخالت در چنین تزویجی لازم باشد؛ آن هم در حد رفع ضرورت؛ با این بیان که مثلاً اگر این ضرورت و مفسده با نکاح موقت برای مدت کوتاهی دفع می شود، نمی توان بیش از آن اقدام نمود (سیستانی، ۴۱۶ اق، ج ۳، ص ۲۷ [i]). (با توجه به معنایی که از مصلحت مورد نظر در این تحقیق در مبحث اول ارائه شد، به نظر می رسد این نوع از اعمال ولایت بیشتر به ضرر

مقید است تا مصلحت؛ یعنی دخالت در چنین تزویجی، مقید به ضرر و مفسده است و صرف عدم النفع نمی تواند مجوزی برای دخالت حاکم اسلامی در تزویج صغیر باشد.

نمونه دیگر برای محدودیت اعمال این نوع ولایت برای حاکم اسلامی این است که بر اساس اعتقاد برخی از فقهاء، با وجود اینکه ابّ و جدّ می توانند صغیره را به عقد شخص فقیری که سایر شرایط؛ از جمله ایمان را دارد در آورند، اما اگر حاکم اسلامی جانشین ابّ و جدّ شود، چنین اختیاری ندارد و فقط می تواند صغیره را به عقد کسی در آورد که کفو او باشد (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۳۰، ص ۱۰۵ [ii]).

مصلحت اندیشی ولیّ در خصوص مولیّ علیه

الف) معیار مصلحت اندیشی؛ عدم مفسده یا وجود مصلحت؟

این نوع از مصلحت اندیشی در حقوق خانواده که به ولیّ و سرپرست خانواده؛ مانند پدر و جد پدری و یا وصی و سرپرست کودک در فرض فقدان ابّ و جدّ و اگذار شده است، باید تصمیمات مربوط به مولیّ علیه و کودک تابع مصلحت اندیشی به مفهوم متناسب با وضعیت آنان باشد. مصلحت در حقوق خانواده؛ به ویژه مصلحت مورد نظر در حقوق مربوط به مولیّ علیه مانند کودک، همان رعایت بهترین منافع است که امروزه در حقوق کودک از آن به منافع عالیّه کودک [iii] تعبیر می شود و نه صرف عدم ضرر یا جلوگیری از کاری که منجر به ضرر می شود. از این رو، برخی از فقهاء صرف عدم

[i] « لا ولاية للحاكم الشرعي في تزويج الصغير ذكراً كان أو أنثى، مع فقد الأب والجد، نعم إذا دعت الضرورة إلى تزويجه بحيث ترتبت على تركه مفسدة يلزم التحرز عنها كانت له الولاية عليه من باب الحسبة فبراعي حدودها، فلو اقتضت الضرورة تزويجه، ولو بالعقد المنقطع لفترة قصيرة لم يتجاوزها إلى مدة أطول فضلاً عن العقد الدائم، وهكذا الحال في سائر الخصوصيات، هذا مع فقد الوصي للأب أو الجد وإلا فلا يترك الاحتياط بتوافقه مع الحاكم كما تقدم.»

[ii] « وفي المحكى عن تذكرته انه اعتبر فيها اليسار، و جوز للولى ان يزوجه بالفقير، و لو كان الذى يزوجه السلطان لم يكن له ان يزوجه الا بكفو.»

[iii]. Best Interests of the Child.

مفسده را کافی ندانسته، بلکه وجود مصلحت را در حقوق خانواده، اصل دانسته و حتی بالاتر از این، بعضی از فقهاء در صورت دوران امر بین دو مصلحت، بر این عقیده اند که باید به مصلحت اقوی برای کودک عمل نمود که این همان اصل رعایت منافع عالیّه است که در حقوق بشر امروزی بدان پرداخته اند. مرحوم «صاحب عروه» درباره لزوم رعایت مصالح عالیّه برای کودک در امر ازدواج می گوید:

برای حکم به صحت و نفوذ تزویج از سوی ابّ و جدّ، عدم مفسده شرط است و در صورتی که مفسده ای باشد عقد، فضولی محسوب می شود؛ مانند عقد یک فرد بیگانه [و در نتیجه متوقف بر اجازه کودک بعد از بلوغ خواهد بود] و احتمال دارد که حتی با اجازه هم عقد صحیح نباشد، بلکه احوط این است که مراعات مصلحت، شرط است، بلکه در فرضی که دو خواستگار برای کودک وجود داشته باشد و یکی از دیگری به جهاتی مانند شرف خانوادگی و یا مهر بیشتر، اصلح باشد و در عین حال، ولی کودک، تنها به خاطر تمایل شخصی، غیر اصلح را برگزیند، مشکل است بتوان حکم به صحت چنین عقدی داد (طباطبایی یزدی، ۴۲۰، ج ۵، ص ۶۱۷ [i]).

در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی هم ازدواج زیر سن قانونی به رعایت مصلحت، مقید شده است. بر اساس این ماده: «عقد نکاح دختر، قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر، قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی، به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح.»

البته در این ماده علاوه بر اذن ولی، این دادگاه است که - به نمایندگی از حاکم اسلامی - باید مصلحت را تشخیص دهد.

اما در مقابل، دیدگاه مشهور فقهاء بر این است که در تزویج کودک، صرف عدم وجود مفسده کافی است و نیازی به وجود مصلحت نیست. در توجیه این دیدگاه، برخی از فقهاء مانند مرحوم «سیدمحمسن حکیم» بر این عقیده اند که ولایت ابّ و جدّ با ولایت حاکم اسلامی از این جهت متفاوت است که ولایت ابّ و جدّ مشروط به عدم مفسده است، اما ولایت حاکم اسلامی مشروط به وجود مصلحت (حکیم، ۴۰۴، ج ۱، ق).

[i] «مسألة: يشترط في صحة تزويج الأب و الجد و نفوذه عدم المفسدة و الا يكون العقد فضولياً كالأجنبي و يحتمل عدم الصحة بالإجازة أيضاً، بل الأحوط مراعاة المصلحة، بل يشكل الصحة إذا كان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الآخر بحسب الشرف أو من أجل كثرة المهر أو قلته بالنسبة إلى الصغير فاختار الأب غير الأصلح لتشهيه نفسه.»

اما بلافاصله در مقام پاسخ به این پرسش که پس چرا در مسائل مالی، ولی موظف به رعایت مصلحت مولی علیه است، - ولی در خصوص تزویج صغیر، تنها عدم مفسده کافی است؟ -، اضافه می کند که گویا ولایت بر نکاح با ولایت بر مال متفاوت است؛ چرا که دیدگاه مشهور، بلکه ادعای اجماع بر این است که در مسائل مالی مربوط به صغیر، وجود مصلحت لازم است و فرق میان این دو در این است که در ولایت ابّ بر مال، اطلاقی وجود ندارد تا شامل صرف عدم وجود مفسده هم بشود؛ به خلاف تزویج که چنین اطلاقی وجود دارد. بنابراین، آنچه دلالت بر شرط مذکور - عدم وجود مفسده - دارد، همان دلیل نفی ضرر است و اطلاق ادلة ولایت چنین اقتضاء می کند که برای صحت عقد نکاح، صرفاً به عدم مفسده اکتفاء شود؛ اگر چه مصلحتی موجود نباشد و برای مقید نمودن اطلاق این ادله،

باید به قدر متیقن یادشده اکتفاء نمود (همان [ii]).

مرحوم «شهید ثانی» ضمن اینکه دیدگاه اکتفاء به عدم مفسده را به مشهور نسبت می دهد، بر لزوم وجود مصلحت، چنین استدلال می کند که در آیه شریفه آمده است «لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» (انعام (۶): ۱۵۲) و کلمه احسن در آیه چیزی است که بر پایه مصلحت باشد و نه صرف عدم وجود مفسده و این آیه؛ اگر چه مربوط به اب نیست، ولی از آنجا که می تواند مربوط به جد باشد، به دلیل عدم قول به فصل، شامل پدر هم می شود؛ زیرا کسی میان اب و جد از جهت اینکه صرف عدم مفسده کافی است یا مصلحت نیز شرط است، تفاوتی قائل نشده است. پس حال که شرط وجود مصلحت در اموال اثبات شد، به سایر موارد نیز قابل تسری است. استدلال دیگر ایشان بر این پایه استوار است که اصل، چنین ایجاب می کند؛ بدین معنا که هرگاه ادله ولایت اطلاق نداشته باشد، باید به قدر متیقن اکتفاء نمود و قدر متیقن در ولایت بر تصرف این است که مبتنی بر مصلحت باشد و در مواردی که برای ادله ولایت، اطلاق - اختیار گسترده تری - اثبات نشود، به اصل عدم ثبوت ولایت یا اصل عدم نفوذ تصرف رجوع می شود (روحانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۱، ص ۱۴۴-۱۴۳ [iii]). (البته برخی از فقهای معاصر بر این استدلال، ایراداتی وارد نموده اند که

[i] «يظهر من المسالك الاتفاق عليه، حيث جعل الفارق بين ولاية الأب و ولاية الحاكم الاجتزاء بعدم المفسدة في الأولى، واعتبار المصلحة في الثانية.»

[ii] «فكان ولاية الأب في النكاح غير ولايته في المال، فإن المشهور بين القدماء، المدعى عليه الاجماع، والمصرح به في كلام جماعة من المتأخرين: اعتبار المصلحة فيها. والفارق بين المقامين هو عدم وضوح الاطلاق في ولاية الأب في المال، بخلاف المقام. وعلى هذا فالذي يدل على اعتبار الشرط المذكور هنا دليل نفي الضرر. ويقتضي الاجتزاء به في صحة العقد وإن لم يكن مصلحة إطلاق أدلة الولاية، المقتصر في تقييده على ما ذكر.»

[iii] «وهل يعتبر وجود المصلحة؟ ظاهر المسالك أن المشهور بين الأصحاب عدم اعتباره، واستدل للاعتبار بالآية الشريفة المتقدمة، بدعوى أن الأحسن ما فيه المصلحة، وهي وإن لم تشمل الأب ولكنها تشمل الجد وتثبت في الأب لعدم القول بالفصل، ثم إنه إذا ثبت ذلك في الأموال، يتعدى عنها إلى المقام. وبالأصل، فإنه إذا لم يكن لأدلة الولاية اطلاق لا بد من الاقتصار على المتيقن، وهو الولاية على التصرف الذي فيه المصلحة، والرجوع في غير ذلك إلى أصالة عدم ثبوت الولاية، أو عدم نفوذ التصرف.»

چندان موجه به نظر نمی رسد (همان [i]) (و شاید به همین دلیل باشد که مرحوم «خوئی» با وجود اینکه ایرادات مشابهی را بر این نظریه وارد نموده، اما در نهایت قول به لزوم وجود مصلحت را موافق احتیاط دانسته است (خوئی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۲۸۳ [ii]).

بنابر این، به نظر می رسد که صرف اکتفاء به عدم مفسده در نکاح صغیر، حتی بنا بر نظر مشهور، یک استثناست و در سایر موارد، در اعمال ولایت اب نیز باید مصلحت موجود باشد و صرف عدم

وجود مفسده كافي نيست و كلام فقهاء مملو از قيد «مراعات مصلحت» است و كمتر به عدم مفسده تعبير شده است، بلكه بر اساس ديده مختار، بايد مراعات مصلحت به نحو احسن - و نه حسن - شود؛ چنانكه شيخ «انصاري» در خصوص تصرفات مالي ولي در امور مولي عليه، بر اين عقیده است كه بر اساس آية شريفه «لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»، اگر امر دابر باشد بين دو تصميم كه يكي داراي مصلحت و ديگري اصلح باشد، لازم است كه ولي، تصميم اصلح را انتخاب كند (انصاري، ۱۴۲۰ ق، ج ۳، ص ۵۷۹)، اما به نظر مي رسد اين تفسير يك منشاء عقلايي داشته و اختصاصي به امور مالي ندارد.

ب) ضمانت اجرائي تخلف از شرط مصلحت

البته ضمانت اجرائي عدم مراعات مصلحت در حقوق خانواده در برخي موارد؛ مانند عدم رعايت مصلحت در تزويج كودك، ثبوت خييار براي مولي عليه خواهد بود و به اعتقاد برخي از فقهاء هم بطلان نكاح (نراقي، ۱۴۱۹ ق، ج ۱۶، ص ۱۶۹)، اما اگر مصلحت مراعات شده باشد، بر اساس ديده برخي از فقهاء، مولي عليه بعد از بلوغ، حق فسخ ندارد، اما بر اساس ديده ديگر، حتي در فرض مراعات مصلحت نيز، مولي عليه بعد از بلوغ و رشد، حق فسخ دارد (طباطبائي يزدي، ۱۴۲۰ ق، ص ۶۱۸-۶۱۷؛ سيستاني، ۱۴۱۶ ق، ص ۲۶ [iii]).

در برخي موارد؛ مانند تنبيه كودكان توسط اولياء، ضمانت اجرائي تخلف از شرط مصلحت، پرداخت ديه و يا خسارت از سوي اولياءست و حتي در مواردی كه منجر به

[i] «ولكن يرد على الأول أو لاً: أنه لا يصدق اليتيم على من له الجد. وثانياً: إن المراد بأحسن الحسن، والفعل الذي لا مفسدة فيه حسن. وثالثاً: إن الآية منصرفة إلى الأجانب، والخطاب فيها لا يشمل الجد. ورابعاً: إن عدم الفصل غير محرز. وخامساً: أنه لو ثبت ذلك في التصرف في المال لا وجه للتعدي إلى المقام، مع أن الأكثر على الفصل. ويرد على الثاني: إن مقتضى الاطلاق عدم الاعتبار أضف إليه بناء العقلاء فإن بنائهم على ثبوت الولاية مع عدم المفسدة، ولم يردع الشارع الأقدس عنه.»

[ii] «نسب القول باعتبارها في الولاية على مال الطفل إلى المشهور من الأصحاب واستدلوا عليه بقوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ». وذكر الشيخ ۱ أنها وإن لم تكن تشمل الأب باعتبار أنه مع وجوده لا يكون ابنه يتيماً، إلا أنها تشمل الجد وحينئذ فيثبت الحكم للأب بالقطع بعدم الفصل. إلا أننا لم نرتض هذا القول به فلا نقول به في النكاح وذلك لاطلاقات الأدلة الواردة في المقام السالمة عن المقيد حيث لم يرد في شيء من النصوص اعتبار وجود المصلحة في انكاح الأب أو الجد. نعم الاحتياط في محله، حتى وإن كان الظاهر عدم الاعتبار.»

[iii] «إذا زوج الأب أو الجد للأب الصغير أو الصغيرة مع مراعاة ما تقدم فهو وإن كان صحيحاً ولكن يحتمل معه ثبوت الخيار للمعقود عليه بعد البلوغ والرشد، فلو فسخ فلا يترك الاحتياط بتجديد العقد أو الطلاق.»

عمل حرامی شود، می تواند مشمول حکم کلی تعزیر گردد.

ج) مصادیق کاربرد مصلحت

نمونه ای از مصادیق کاربرد مصلحت در حقوق خانواده که به ولی و سرپرست واگذار شده است، عبارتند از مصلحت اندیشی اولیاء در امر تربیت کودک که این نوع از مصلحت، اصولاً در مورد حق تنبیه کودک کاربرد دارد و تنبیه کودک از سوی ولی و سرپرست باید بر اساس مصلحت آنان باشد و در غیر این صورت، موجب ضمان خواهد بود. در حقوق کیفری ایران نیز تنبیه کودکان از سوی اولیاء و سرپرستان باید بر اساس مصلحت باشد [i]. البته تنبیه بدنی کودک از نگاه اسلام بسیار محدود است؛ زیرا باید به گونه ای باشد که موجب دیه نشود؛ یعنی به اندازه ای خفیف باشد که حتی باعث سرخی بدن نشود؛ زیرا در این فرض نیز از نظر فقهی و حقوقی [ii] مستوجب دیه خواهد بود و واضح است عملی که مستوجب دیه باشد، از اساس حرام است.

مصلحت اندیشی اولیاء و سرپرستان در امر ازدواج کودک و یا اداره اموال یتیم و یا حضانت کودک از دیگر مواردی است که به عنوان یک تحقیق مستقل، قابل بررسی هستند.

نقش کارشناس در تشخیص مصلحت و شرایط لازم

الف) نقش کارشناس در تشخیص مصلحت

نکته مهم اینکه تشخیص مصلحت یک امر موضوعی است و دیدگاه کارشناسی در این خصوص بسیار مهم است. از این رو، مصلحت در مقام تشخیص مورد و موضوع در حقوق خانواده ممکن است، حتی از سوی فقیه به اشتباه تشخیص داده شود؛ در حالی که اصولاً فقیه نمی تواند در مرحله تشخیص موضوع وارد شود، مگر در مواردی که تشخیص مصلحت به او واگذار شده باشد. از این رو، مطابق بند ۱ از اصل ۱۱۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، رهبری برای تعیین سیاست های کلی نظام، موظف به مشورت با مجمع است، اما مطابق بند ۸ از این اصل، برای حل معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیست، رهبری نه تنها موظف به مشورت، بلکه به تعبیر متن قانون

[i]. ماده ۴۹ قانون مدنی ایران: «اطفال در صورت ارتکاب جرم، مبری از مسؤلیت کیفری هستند و تربیت آنان با نظر دادگاه به عهده سرپرست اطفال و عندالافتضاء کانون اصلاح و تربیت اطفال می باشد.

تبصرة ۱. منظور از طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد.

تبصرة ۲. هرگاه برای تربیت اطفال بزهار تنبیه بدنی آنان ضرورت پیدا کند، تنبیه بایستی به میزان و مصلحت باشد.»

[ii]. ماده ۴۸۴: «دیه ضربتی که در اثر آن رنگ پوست متغیر گردد به قرار زیر است:

الف) سیاه شدن صورت بدون جراحت و شکستگی، شش دینار.

ب) کبودشدن صورت، سه دینار.

(ج) سرخ شدن صورت، يك دينار و نیم.

(د) در سایر اعضای بدن در صورت سیاه شدن، سه دينار و در صورت کبودشدن، يك دينار و نیم و در صورت سرخ شدن، سه ربع دينار است.

تبصرة ۱: فرقی در حکم مذکور بین زن و مرد و کوچک و بزرگ نیست و همچنین فرقی میان تغییر رنگ تمام صورت یا قسمتی از آن و نیز فرقی بین آنکه اثر جنایت مدتی بماند یا زایل گردد نمی‌باشد.»

146

اساسی، رهبری باید «از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام» به حل معضل پردازد و رأساً نمی‌تواند اقدام به حل معضل نماید. این موضوع نشانگر اهمیت نقش تعیین کننده نظر کارشناسی در موضوعات و مسائل مهم مربوط به اداره کشور است.

برخی از صاحب نظران در این خصوص به تفصیل، به نقش کارشناس در تشخیص مصالح حکومتی پرداخته و بر این باورند که شارع مقدس در تعیین متولی تشخیص مصالح در صدور احکام سلطانی و حکومتی، تعبد خاصی ندارد و یا حداقل دلیلی بر تعبد موجود نیست. از این رو، اگر مثلاً اقتضای عقل و بنای عقلا بر عدم واگذاری تشخیص مصالح به حاکم است یا واگذاردن این کار به وی با شرایط ویژه است، همان را باید از قانونگذار اسلام سراغ گرفت و به وی نسبت داد (علیدوست، ۱۳۹۰، ص ۵۶۶).

این نویسنده سپس می‌افزاید از نظر عقل، هر حاکمی هر چند از عقل، تفکری باز و اندیشه ای استثنایی برخوردار باشد، نمی‌تواند تمامی مصالح و مفاسد و ضرورتها را بدون کمک گرفتن از دیگران تشخیص دهد، اما سخن در این است که بهره گیری از کارشناس، باید در حد موضوعیت داشتن نظر کارشناس و در نتیجه مسؤول بودن وی انجام گیرد و خود حاکم جز در حد یک کارشناس و ناظر بر حسن اجراء نقش دیگری نداشته باشد و یا نظر کارشناس برای حصول اطمینان برای حاکم، بدون اینکه کارشناس مورد نظر مسؤولیت داشته باشد طریقت دارد و آنچه موضوع اعتبار است، نظر حاکم می‌باشد؟ در پاسخ به این پرسش می‌افزاید این دو گزینه در طول تاریخ در میان خردمندان و نظامهای مایه گرفته از اندیشه و خرد، حاکم بوده و از نظر عقل و عقلا نمی‌توان یکی از این دو گزینه را به برتری مطلق بر دیگری، وصف کرد، بلکه تابع اقتضائات زمان، مکان و اهدافی است که قانونگذار و صاحب نظام تشریح دارد (همان، ص ۵۶۷-۵۶۶).

بنابراین، به عنوان مثال، اگر ازدواج مبتنی بر مصلحت کودک را صحیح بدانیم، التذاذ جنسی، حتی کمتر از دخول، ممکن است از نظر کارشناسی از مصادیق مفسده انگیز باشد؛ اگرچه فتوا بر وفق آن بسیار است؛ زیرا چنین رفتارهایی با کودک، موجب

147

انحراف اخلاقی وی خواهد شد و در این فرض از مصادیق مفسده خواهد بود، مگر اینکه ازدواج ولی را جایز بدانیم، بدون اینکه هیچ آثار عملی بر آن مترتب باشد، وگرنه مصلحت کودک در ازدواج مراعات نشده است.

فضای صدر اسلام برای به رسمیت شناختن حق ولی دختر برای نفی اختیار حداکثری اولیای کودک در تزویج آنان بود؛ به این معنا که در فضای آن زمان، دختران کاملاً بی اختیار بودند و پدر برای تزویج دختر و حتی پسر اختیار مطلق داشت. اسلام در چنین شرایطی، حداکثر تأثیر تزویج را با شرط مصلحت، موقوف بر اجازه کودک، بعد از بلوغ دانسته که این موضوع ممکن است بر اساس فضای آن زمان قابل دفاع باشد، اما در حال حاضر، به نظر می رسد مصالح عالیّه کودک برای تزویج، به راحتی قابل تأمین نیست و نمی توان برای پذیرش آثار تزویج، بیش از صرف عقد ازدواجی که البته موقوف به اجازه کودک بعد از بلوغ است، فراتر رفت.

(ب) شرایط لازم برای کارشناس در تشخیص مصلحت

اما در این خصوص که برای کارشناسانی که در تشخیص مصلحت دخالت دارند، چه شرایطی لازم است، مباحث قابل تأملی مطرح شده است. برخی از صاحب نظران در پاسخ به این پرسش چنین نگاهشده اند که:

در فرض اول - موضوعیت داشتن نظر کارشناس همراه با مسؤلیت و اختیار - آنچه در کارشناس میزان است، تخصص در کار خویش و وثاقت است، مگر اینکه دلیلی از ناحیه شارع مقدس در موردی خاص بر خلاف آن وجود داشته باشد. این اندیشه از بنای خردمندان مایه می گیرد و مورد امضای شارع نیز واقع شده است. در فرض دوم - طریقی بودن نظر کارشناس - وصف خاصی در کارشناس لازم نیست، آنچه معیار است، اطمینان و قرار یا قطعی است که حاکم شرع در تشخیص مصالح باید پیدا کند. بر این بنیان از گفته هر کارشناسی که حاکم شرع به این سنجه برسد، کافی است؛ البته روشن است که وثوق، تعدد و مؤلفه هایی از این قبیل در خصوص سنجه مزبور تأثیر

بسزایی دارد (همان، ص ۵۷۴-۵۷۳).

اما به نظر می رسد حتی در فرض دوم نیز که نظر کارشناس، طریقت دارد باز هم شرایط اولیه مانند وثاقت و تخصص لازم است؛ به ویژه اینکه اگر تخصص نداشته باشد، اساساً بر وی کارشناس صدق نمی کند و چگونه حاکم اسلامی می تواند در یک موضوعی که جنبه کارشناسی و نه عمومی دارد، از طریق غیر کارشناس فن، به قطع برسد؟!

نتیجه گیری

در يك تعريف نسبتاً جامع از مصلحت در امور حكومتي، مي توان گفت مصلحت عبارت است از تدبيري كه دولت اسلامي به منظور رعايت منافع معنوي و مادي جامعه اسلامي و در راستاي اهداف شرع مقدس، اتخاذ مي كند، اما «ضرورت» عبارت است از پديدآمدن نياز شديد در برابر شرآيطي كه

موجب بروز خطر و ضرر بر جان، مال، ناموس و حیثیت فرد یا جامعه باشد؛ خواه ضرر مورد نظر، مادی باشد یا معنوی و خواه فعلیت داشته باشد (ضرر بالفعل) و یا امکان ایجاد آن باشد (ضرر بالقوه)، اما در پاره ای موارد، واژه مصلحت، متفاوت با ضرورت استعمال شده است و در واقع مصلحت در این معنا، مرتبه ای است خفیف تر که هنوز به حد ضرورت نرسیده، از دست دادن آن ضرری را در پی نخواهد داشت؛ اگر چه موجب محرومیت از منفعتی خواهد شد. از این رو، درباره تفاوت مصلحت و ضرورت، می توان گفت که هر ضرورتی مصلحت است، اما هر مصلحتی لزوماً ضرورت نیست.

در حقوق خانواده، مصلحت اندیشی که از سوی حاکم اسلامی صورت می گیرد، خود به دو نوع قابل تقسیم است؛ در نوع اول، مصلحت اندیشی، به عنوان حاکم اسلامی است که در این نوع، تفاوتی با مصلحت اندیشی در سایر موارد ندارد، اما در نوع دوم، مصلحت اندیشی حاکم اسلامی به عنوان جانشین اب و جد و نه به عنوان حاکم اسلامی صورت می گیرد که این نوع از اختیار حاکم اسلامی در مواردی با محدودیت همراه است. به عنوان نمونه حاکم اسلامی در صورت فقدان اب و جد،

149

حق تزویج صغیر را ندارد، مگر اینکه در ترک آن به حدی مفسده وجود داشته باشد که از باب حسبه، دخالت در چنین تزویجی لازم باشد. البته مصلحت اندیشی در مواردی نیز به غیر حاکم اسلامی واگذار شده است؛ مانند ولایت اب و جد که تابع مصلحت مولی علیه می باشد. بر فرض اکتفاء به عدم مفسده در نکاح صغیر، می توان این مورد را یک استثناء دانست و در سایر موارد در اعمال ولایت اب و جد نیز باید مصلحت موجود باشد.

از مجموع مباحث مطرح شده در این تحقیق می توان دریافت که حمایت از نهاد خانواده؛ به ویژه حمایت از زنان و کودکان از دیدگاه آموزه های دینی، از مهمترین اولویت های زندگی اجتماعی است و حکومت دینی موظف است با توجه به این اولویت، در سیاست حمایتی تقنینی، قضایی و اجرایی، نهاد مصلحت را به نحو احسن به کار گیرد.

150

منابع و مأخذ

1. قرآن کریم.
2. نهج البلاغه.
3. ابن فهد حلی، جمال الدین احمد، المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، قم: مؤسسه

النشر الاسلامی، ۴۱۳ق.

4. اردبیلی، ملاحمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، ج ۱۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۴۱۷ق.
5. امام خمینی، سیدروح الله، تهذیب الاصول، تقریر جعفر سبحانی، ج ۳، قم: دارالفکر، بی تا.
6. ----- ، صحیفه نور، ج ۲۰، تهران: انتشارات سهامی چاپخانه وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱.
7. انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، ج ۳، قم: کنگره شیخ انصاری، چ ۲، ۴۲۰ق.
8. بحرانی، یوسف، الحقائق الناظرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۴، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۴۰۸ق.
9. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چ ۸، ۱۳۷۶.
10. جوادی آملی، عبدالله، ولایت فقیه، قم: نشر اسراء، چ ۲، ۱۳۷۹.
11. حر عاملی، محمدبن الحسن، وسائل الشیعة، ج ۲۱، قم: مؤسسه آل البيت: لإحياء التراث، چ ۲، ۴۱۴ق.
12. حسینی بهشتی، سیدمحمد، حکومت در اسلام، بی جا: بی نا، بی تا.
13. حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروة، ج ۱، قم: منشورات مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۴۰۴ق.
14. حکیم، سیدمحمدتقی، الاصول العامة للفقہ المقارن، قم: مؤسسه آل البيت:، چ ۲، بی تا.
15. خوئی، سیدابوالقاسم، کتاب النکاح، ج ۲، نجف اشرف: دارالعلم، ۴۰۴ق.
16. ----- ، مصباح الاصول، تقریر سیدمحمد سرور واعظ، ج ۲، قم: مکتبه الداوری، ۴۰۹ق.
17. روحانی، سیدمحمدصادق، فقه الصادق، ج ۷، قم: مؤسسه دارالکتب، چ ۳، ۴۱۴ق.
18. سبحانی، جعفر، الملازمة بین حکمی العقل و الشرع عند الشیخ الانصاری، قم: کنگره بزرگداشت دویستمین سالگرد میلاد شیخ اعظم انصاری، پاییز ۱۳۷۳.
19. ----- ، فرازهایی از تاریخ پیامبر اسلام، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۷۱.
20. سیستانی، سیدعلی، منهاج الصالحین، قم: ستاره، ۴۱۶ق.
21. طباطبایی یزدی، سیدکاظم، عروة الوثقی، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۴۲۰ق.

22. علی‌دوست، ابوالقاسم، فقه و مصلحت، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه، چ ۲، ۱۳۹۰.
23. غزالی، محمد ابوحامد، المستصفی، بیروت: دارالکتب الاسلامیة، ۱۴۱۳ق.
24. فاضل آبی، زین الدین، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چ ۳، ۱۴۱۷ق.
25. کلینی، محمدبن یعقوب، الکافی، ج ۶، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چ ۳، ۱۳۶۷.
26. محقق حلّی، جعفر، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، بیروت: دارالاضواء، چ ۲، ۱۴۰۳ق(الف).
27. ----- ، معارج الاصول، قم: مؤسسه آل البيت:، ۱۴۰۳ق(ب).
28. مصباح یزدی، محمدتقی، پرسش ها و پاسخ ها، ج ۲، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی(ره)، ۱۳۷۷.
29. مطهری (شهید)، مرتضی، عدل الهی، تهران: انتشارات صدرا، چ ۲، ۱۳۶۱.
30. مفید، محمدبن نعمان، المقنعة، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ ۴، ۱۴۱۷ق.
31. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۰، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چ ۲، ۱۳۶۶.
32. نراقی، احمد، مستند الشیعه، ج ۱۶، قم: مؤسسه آل البيت:، ۱۴۱۹ق.
33. هاشمی، سیدحسین، مبانی فقهی و حقوقی مجمع تشخیص مصلحت نظام، قم: مرکز مطالعات و پژوهشهای حوزه علمیه قم، ۱۳۸۱.
34. هدایت نیا، فرج الله، عناوین ثانویه و حقوق خانواده، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه، ۱۳۹۲.
35. ورعی، سیدجواد، اصل در روابط خارجی دولت اسلامی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۰.