

## مفهوم مصلحت در رفع اثر از دستور موقت در دادرسی مدنی

✉ mr.zangiabadi68@yahoo.com

محمد رضا زنگی آبادی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

علی اکبر جهانی

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

**چکیده:** مقنن در قانون آیین دادرسی مدنی، برای حفظ حقوق خواهان، نهاد حقوقی دستور موقت را پیش‌بینی کرده و از سوی دیگر با وضع ماده ۳۲۱ همان قانون، حقوق خوانده را نیز تأمین نموده است. اما ذکر یک واژه پرمفهوم به نام «مصلحت»، در مقررۀ فوق‌الذکر، امکان شائبه و برداشت‌های متفاوت را به وجود آورده است. پژوهش حاضر که به روش توصیفی-تحلیلی تدوین گردیده است، به منظور تحلیل مفهوم مصلحت موضوع ماده ۳۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی بدو ضوابط تعیین و تحدید مصلحت را بیان داشته و سپس به این نتایج دست یافته است که اولاً حقوق ایران برخلاف مکاتب حقوقی غرب، مبتنی بر ضابطۀ مفهومی در مصلحت، افزون بر نیازهای مادی، نیازهای معنوی را نیز مطمح نظر قرار داده است. ثانیاً در مصلحت‌سنجی هرچند بهتر است به «خرد جمعی» رجوع کرد، اما از بررسی ضوابط تعیین مصلحت این‌گونه استنباط می‌شود که صرفاً و مشخصاً در مورد ماده ۳۲۱ شایسته است که بر مبنای قاعده امتنان، تشخیص مصلحت در ید قاضی (عقل فردی) باشد تا با عنایت به ضوابط کلی مصلحت و البته با در نظر گرفتن شرایط افراد بتواند رأی نزدیک‌تر به صواب را صادر نماید. لذا مشخص می‌شود که در موضوع مورد بحث، محدوده مصلحت، رعایت منفعت شخصی است که دستور موقت علیه او صادر شده است نه اعم از آن. بنابراین، پرواضح است که در صورت تفویض امر مصلحت‌سنجی به مقنن، قطعاً قضات و دادرسان محترم در عمل دچار سردرگمی شده و در مرحله انطباق مصلحت با شرایط افراد گوناگون با مشکل مواجه خواهند شد.

**واژگان کلیدی:** مصلحت، تشخیص مصلحت، قاضی، قاعده امتنان، ماده ۳۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی

**استناد:** زنگی آبادی، محمد رضا؛ ایزدی فرد، علی اکبر و جهانی، علی اکبر. (۱۴۰۵). مفهوم مصلحت در رفع

اثر از دستور موقت در دادرسی مدنی. دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۳۱ (۱۱۳)، ۷۷-۹۶.

<https://doi.org/10.22034/ilvi.2026.2064916.1408>

© نویسنندگان

ناشر: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.



## مقدمه

ماده ۳۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی ایران که ذیل مبحث دستور موقت به بیان تأمین حقوق خواننده دعوا پرداخته، اینگونه مقرر داشته است: «در صورتی که طرف دعوا تأمینی بدهد که متناسب با موضوع دستور موقت باشد، دادگاه در صورت مصلحت از دستور موقت رفع اثر خواهد نمود». در واقع سپردن تأمین از سوی طرف دستور موقت، یکی از راه‌های رفع اثر از این دستور است. نظیر آنکه دادگاه در مورد یک ملک مسکونی دستور موقتی مبنی بر منع نقل و انتقال صادر نموده و خواننده دعوی اقدام به تأمین متناسب با نظر دادگاه کند تا در صورت تأیید قاضی و در نظر گرفتن مصلحت، از دستور موقت رفع اثر شود.

این مقرر قانونی که نسبت به ماده ۷۸۳ ق.آ.د.م سابق مصوب ۱۳۱۸ گام مثبتی در شیوه تقنینی ایران برداشته است، از یک سو برای حفظ حقوق خواهان، نهاد حقوقی دستور موقت را پیش‌بینی کرده و از سوی دیگر با هدف رعایت حقوق خواننده، به تأمین حقوق طرفین دعوا و رعایت اصول دادرسی عادلانه پرداخته است. لکن ذکر مفهوم بسیطی نظیر «مصلحت» در قانون اخیر، اولاً هدف‌مندی قانون‌گذار را دچار چالش کرده و ثانیاً شائبه‌ای را نسبت به فرایند دادرسی عدالت‌محور ایجاد می‌کند؛ به نحوی که گستره مفهوم مصلحت در این ماده تبیین و مشخص نشده و به تبع آن، شائبه سوگیری و عدم رعایت انصاف از سوی قاضی مطرح می‌گردد. لذا در راستای تأمین اهداف مقنن ضمن پرداختن به ضوابط تشخیص و تحدید مصلحت، این پرسش مطرح می‌شود که آیا تفسیر قاضی از مفهوم مصلحت در ماده فوق‌الذکر با منظور مقنن در یک راستا خواهد بود؟

تا کنون در این حوزه، پژوهش مستقل و مجزایی که مصلحت موضوع ماده ۳۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی را تحلیل کند وجود نداشته اما از آنجایی که مصلحت مفهومی بسیار پرکاربرد در حوزه‌های مختلف فقهی و حقوقی به شمار می‌رود می‌توان برخی از آثار مرتبط با این مفهوم را احصا کرد که در ادامه به بیان چند مورد از این تحقیقات می‌پردازیم. یکی از جامع‌ترین آثار پژوهشی در زمینه بازشناسی مفهوم مصلحت، کتاب «فقه و مصلحت» به قلم آیت‌الله ابوالقاسم علی‌دوست (۱۳۸۸) می‌باشد که با دیدگاهی تطبیقی و با عنایت به نیازهای مستحدث، درصدد تبیین کارکردها و جایگاه مصلحت در فقه و حقوق اسلامی بوده است. همچنین ایزدپور (۱۳۸۶) در مقاله‌ای تحت عنوان «راهکارهای تشخیص مصلحت» برخی از معیارهای تعیین و تشخیص مصالح را تبیین نموده است. بیگدلی و فرج‌پور (۱۳۹۲) نیز در مقاله خود، رهیافتی نو به ضوابط تشخیص مصلحت را بیان

۱. ماده ۷۸۳ ق.آ.د.م سابق مصوب ۱۳۱۸: در صورتی که طرف تأمینی بدهد که متناسب با موضوع دستور موقت باشد دادرس از دستور موقت رفع اثر می‌نماید.

داشته‌اند که ضابطه‌ها و فرایند سیاست‌گذاری‌های راهبردی کلان را به صورت تفصیلی ذکر کرده‌اند. همچنین نیکزاد (۱۳۸۵) جایگاه مصلحت در بستر قانون‌گذاری حکومت اسلامی را در مقاله‌ای با همین عنوان بررسی کرده است.

به طور کلی مقنن با جعل مصلحت، گام‌های مؤثری به سمت دادرسی عادلانه برداشته است لکن با عدم تبیین مفهوم مصلحت در قانون، باعث برداشت‌های متفاوت در عرصه عملی برای قضات و حقوق‌دانان شده است. لذا هدف این پژوهش، تبیین شاخصه‌ها و معیارهای مصلحت‌سنجی قضایی نسبت به تأمین سپرده شده از سوی خواننده دعوی که موضوع ماده ۳۲۱ ق.آ.د.م است می‌باشد.

### ۱. مفهوم مصلحت

با عنایت به اینکه پژوهش حاضر می‌کوشد مفهوم مصلحت در متن ماده ۳۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی را تحلیل نماید لذا توجه به مبانی نظری این مفهوم در ادبیات فقهی و حقوقی بسیار اهمیت دارد. چرا که بر مبنای دیدگاه‌های متنوع که در باب مصلحت ذکر شده است می‌توان برداشت‌های مختلف و بعضاً متعارضی از مصلحت در عرصه قانون‌گذاری انجام داد. از این رو در بررسی مبانی و چهارچوب‌های نظری، ضمن بررسی لغوی و اصطلاحی مصلحت، دیدگاه‌های علما و فقهای عامه و امامیه در باب گونه‌شناسی مصالح نیز مورد ارزیابی قرار گرفته است.

مفهوم مصلحت که تا قبل از انقلاب اسلامی، به صورت تئوریک و در چهارچوب احکام ثانویه مطرح بود، بعد از انقلاب اسلامی با استفاده از سازوکار اجتهاد و فقه پویا، به دنبال ارائه راه حل مناسب، برای مسائل نوظهور، در قالب نهادی به نام «مجمع تشخیص مصلحت نظام»، خود را نشان داد. این دگرپرسی در مفهوم مصلحت، از ابداعات امام خمینی بود که حکومت را از احکام اولیه اسلام و مقدم بر احکام فرعی می‌دانست (رحیمی روشن و سوگلی‌زاده، ۱۴۰۰: ۵۷).

مصلحت، مأخوذ از ماده «صلح» در مقابل ماده «فسد» است؛ جوهری می‌گوید: «الصلاح ضد الفساد، تقول: صلح الشيء يصلح صلوحاً» (جوهری، ۱۹۹۰: ماده صلح). صاحب‌أقرب‌الموارد نیز می‌نویسد: «مصلحت عبارتست از آنچه به عمل مترتب و موجب صلاح می‌شود. لذا گفته می‌شود امام، مصلحت را در این دید؛ یعنی این چیزی است که موجب صلاح می‌شود (فیومی، ۱۴۰۵: ۳۴۵). مصلحت در لغت به معنای خیر و صلاح و منفعت آمده است و چون بین منفعت و مصلحت رابطه عموم و خصوص من وجه وجود دارد، لذا ترادف مصلحت با منفعت مشکل‌ساز است؛ بنابراین معانی دیگر بدون اشکال باقی می‌مانند. لکن همه این معانی به اصل واحدی بازمی‌گردد که عبارتست از «نظم و هماهنگی و اعتدال در شیء و عدم نقص و خلل در آن شیء» که در نتیجه آن شیء، صلاحیت دارد تا به هدف و غرضی که بر وجودش مترتب است برسد

که در این صورت می‌گویند آن شیء یا آن فعل، دارای مصلحت است؛ بنابراین هر چیزی که فرد و جامعه را از هدف حقیقی خود دور کند، می‌گویند آن چیز فساد و مفسده دارد (توکلی، ۱۳۸۴: ۳۳). مفهوم مصلحت از نظرگاه‌های گوناگون اقسام متفاوتی دارد که بازشناسی این تقسیمات در درک تفاوت‌های موجود در جایگاه مصلحت در استنباط احکام شرعی تأثیر دارد.

### ۱-۱. مصلح ضروری

مصلح ضروری، مصلحی است که شارع آن‌ها را معتبر دانسته و در راستای آن‌ها احکامی را تشریح نموده است؛ مانند مصلحت حفظ نفس انسان که به منظور تأمین آن، حکم قصاص را تشریح کرده است. در واقع کلیات احکام شرعی به حفظ مقاصد ضروری بر می‌گردد.

### ۲-۱. مصلح حاجات

این قسم از مصلح عمدتاً در عبادات، معاملات و جنایات جریان دارد. مثلاً در عبادات، می‌توان به مواردی اشاره کرد که شارع برای تسهیل مشقت ناشی از سفر یا بیماری رخصت‌هایی را وضع نموده است. البته در خصوص مبنا قرار گرفتن مصلح حاجات به منظور استنباط حکم شرعی، دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد؛ بعض فقها این مصلح را در تمام ابواب فقه جاری دانسته‌اند (شاطبی، ۱۹۷۰: ۲۱) و بعض دیگر این مورد را جایز ندانسته‌اند (رازی، ۱۴۱۸: ۵/۲۹۰).

### ۳-۱. مصلح شخصی و عمومی

مصلحت شخصی مربوط به افراد یا گروه‌های خاص بوده و در مقابل مصلحت عمومی یا نوعی قرار می‌گیرد. شارع در مقام تشریح احکام، مصلح کلی و نوعی را در نظر گرفته است اما مصلح شخصی عمدتاً در حوزه تبدیل حکم اولیه به ثانویه جعل گردیده است. لذا می‌توان گفت مصلح عمومی، ملاک تشریح و تقنین بوده و مصلح شخصی منشأ اثر احکام ثانویه می‌باشند (عراقی، ۱۳۸۸: ۶۹؛ نمله، ۱۴۲۰: ۳۸۹؛ حکیم، ۱۴۱۸: ۱۰).

### ۴-۱. مصلح مرسله

مصلح مرسله که در فقه عامه مطرح شده است مصلحی هستند که نه دلیلی بر اعتبار آن‌ها وجود دارد و نه دلیلی بر الغای آن‌ها که به عنوان مصلح مرسله شناخته می‌شوند. مرسله به معنای مطلقه و رها از دلیل اعتبار و عدم اعتبار است، نه به معنای رها از هر قید و بندی (ابن امیر الحاج، ۱۴۰۳: ۳/۱۵۱). علی‌رغم اعتباری که در اصل مصلحت نهفته است، این مفهوم مصادیق متفاوتی دارند که بسته به شرایط متغیر می‌باشند. از آنجا که مصلحت برای تأمین اهداف غایی شریعت وضع گردیده لذا خارج از گستره این غایات دارای حجیت نبوده و قابلیت عرضه نیز نخواهد داشت. متون شرعی در حکم مقررات ایجاد مصلحت بوده و اعتبار مصلحت، به وجود قوانین و ضوابط شریعت

بستگی دارد. در راستای قرارگیری مصلحت در طول احکام شریعت، باید برای مصلحت خصیصه‌هایی در مقام ثبوت موجود باشد که مفسده آن‌ها بیش از مصلحتشان نبوده و از سوی شرع یا عقل، ضرری نباشند و در نهایت منصرف به مصلحت غالب باشند.

## ۲. ضوابط حاکم بر تحدید و تشخیص مصلحت

در تشخیص مصلحت و تعیین محدوده آن تعابیر مختلفی وجود دارد که باید در میان این تعابیر فحص و جست‌وجو کرد تا بدانیم هدف، تأمین کدام دیدگاه است و اثر آن بر تأمین مصلحت به چه نحو است. «منفعت» و «ضرورت» دو مؤلفه مهم در این میان هستند. با طرح این سؤال به بررسی این بحث می‌رویم که آیا منظور از مصلحت در ماده ۳۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی منفعت است یا ضرورت؟

منفعت، به فایده زودگذر و شخصی که در بردارنده خیر و مصلحت هم نباشد اطلاق می‌شود. مصلحت دائر مدار حقیقت و منفعت مبتنی بر طلب سود شخصی است؛ لذا در فقه، به حیطة امور مادی، منافع، سعادت و دوراندیشی مادی اطلاق نمی‌گردد بلکه یا فقط به جنبه‌های معنوی و اخروی عنایت دارد یا علاوه بر امور مادی، آن جنبه‌ها را نیز در بر می‌گیرد (بیگدلی و فرج‌پور، ۱۳۹۲: ۸۱). تعریف مصلحت در نظرگاه اندیشمندان غربی با متفکران اسلامی تفاوت دارد. در اندیشه غربی که غالباً بر پایه اومانیسیم و اصالت انسان بنا گردیده است، مصلحت به عنوان نتیجه حکم و معیار جدایی حق از باطل است و صرفاً سود در زندگی انسان‌ها مطرح نظر است؛ لذا مطابق این دیدگاه آنچه که از مصلحت یا منفعت به ذهن تبادر می‌کند، غالباً منافع مادی و دنیوی می‌باشد.

ضرورت، حالتی است که انسان به سخت‌ترین وضعیت نیاز و درماندگی رسیده است به نحوی که جان، مال، آبرو و ناموس آن در معرض خطر باشد، حال آنکه مصلحت، اعم از جلب منفعت و دفع مفسده می‌باشد؛ فلذا میان ضرورت و مصلحت، رابطه عموم و خصوص مطلق در جریان است؛ به عبارتی، هر ضرورتی مصلحت است اما هر مصلحتی ممکن است در حد ضرورت نباشد. در واقع، مصلحت شامل ضروریات، حاجیات و تحسینیات می‌شود اما ضرورت صرفاً همان ضروریات است. به دیگر سخن، اگر مصلحت شامل اولویت تعیینی باشد، ضرورت است و اگر شامل اولویت تفضیلی باشد، صرف مصلحت خواهد بود.

### ۲-۱. مصلحت به منزله منفعت

اصولاً در آثار کلامی و حقوقی مفهوم مصلحت به مثابه منفعت تعریف می‌شود که بر این مبنا تأمین نفع در محور اهداف خمس به دست می‌آید. امام محمد غزالی در المستصفی، مصلحت را به معنی جلب منفعت و دفع مفسده ذکر کرده و بیان داشته که منظور از مصلحت، همان تأمین مطلوب و مقصود شارع می‌باشد؛ هرآنچه که در راستای صیانت از اصول پنج‌گانه (دین، نفس، نسل، عقل و مال) باشد

مصلحت و هر آنچه که مانع اصول مزبور باشد مفسده می‌باشد (غزالی، ۱/۱۳۲۴: ۵۶).

تعاریفی که از مفهوم مصلحت در آثار محققین ارائه شده عمدتاً پیرامون مفهوم منفعت بوده و از این حیث مصلحت عبارت از تأمین نفع است به نحوی که اصول پنج‌گانه تحصیل گردد. علمای اصول با دقت در حکمت احکام شرعی اظهار داشته‌اند که احکام شرعی به منظور تأمین مصالح خمس تشریح گردیده‌اند. چنانکه برای حفظ مصالح دین، جهاد واجب گردیده است؛ حال هر یک از مصالح که در نظر گرفته شده است باید به یکی از موارد پنج‌گانه تعلق داشته باشد. البته بدیهی است که یک حکم می‌تواند با متعلق خود هم‌زمان چند مصلحت را تأمین کند.

بعضی از فقها نیز همانند اصولیون ضابطه مصلحت به مثابه منفعت را در تعریف خود جای داده‌اند؛ نظیر صاحب قوانین‌الاصول که مصلحت را شامل منافی می‌داند که شارع مقدس برای بندگانش لحاظ کرده و عبارتند از: حفظ دین، جان، عقل، نسل و مال؛ لذا منفعت نیز شامل لذت بردن یا ابزار آن و برطرف نمودن آلام یا وسیله برطرف کردن آلام است. (قمی، ۲/۱۳۰۳: ۸۵).

پژوهشگران نیز در بررسی مصلحت به مثابه منفعت، عمدتاً دو دیدگاه را مطرح کرده‌اند؛ یک دیدگاه که ناظر به منفعت عمومی است و اساس زندگی جمعی تلقی شده و انسان را از مرحله فردی-گروهی به مرحله پیشرفته‌تر جمعی - مدنی ارتقا می‌دهد و دیدگاه دوم که ناظر به منفعت خصوصی بوده و بر اساس زندگی فردی - خصوصی می‌باشد (منصوریان و شبیانی، ۱۳۹۵: ۱۱۸).

در نگاه نخست می‌بینیم مصلحتی که در مباحث کلامی جریان دارد با مصلحت مورد نظر ما در این بحث مشترک لفظی می‌باشد از این حیث که احکام از مصالح و مفاسد نفس‌الامری واقعی تبعیت می‌کنند درحالی‌که مفهوم مصلحت مورد نظر ما مصلحت عرفی و مصطلح است که به نوعی تعارض میان مصلحت‌ها را حل می‌نماید. صاحب کتاب محاضرات فی اصول‌الفقه، ترادف میان مصلحت و منفعت را این گونه تشریح می‌کند که مصلحت از سنخ منفعت نبوده و مفسده نیز از سنخ مضرت نمی‌باشد؛ لذا می‌بینیم که در بسیاری از احکام واجب شرعی مضرت مالی یا جسمی وجود دارد مانند خمس و زکات و جهاد و در برخی از احکام حرام شرعی نیز منفعت مالی یا جسمی وجود دارد مانند منفعتی که در شراب یا ربا می‌باشد. (خویی، ۴/۱۴۱۹: ۴۰۴).

در نظرگاه کسانی که مصلحت را با منفعت مترادف می‌دانند لفظ مصلحت بیشتر از ناظر به منظومه فکری فقهای عامه است و زمانی که مفهوم مصلحت در فقه سیاسی که بنیان‌تقنینی ایران است مطرح می‌شود، ناظر به مفهوم منفعت نیست. در دیدگاه کلام شیعی، احکام الهی مبتنی بر مصالح و مفاسد واقعی بوده و دلیل، پیرامون حکمت الهی تعریف می‌گردد حال آنکه نظر ما در اصطلاح متعارف مصلحت، نوعی قاعده است که کاربرد آن حل تعارض مصالح می‌باشد.

از سوی دیگر، مصالح پنج‌گانه که در این دیدگاه احصاء گردیده است حصری نبوده و از نوع استقرایی می‌باشند و باید اذعان داشت که استقرا مبنای مناسبی برای ارزیابی مصالح نیست. به ویژه آنکه هدف از طرح چنین بحثی، ارائه یک ضابطه جامع برای حل تعارض در مصالح است؛ از این رو یک ضابطه زمانی می‌تواند جامع باشد که ترتیب اهمیت مصلحت و مفسده واقعی را نشان دهد. مضافاً ترتیب مصالح و احکام ثانویه نیز در این عرصه مشخص نمی‌باشد لذا به نظر می‌رسد این ملاک ضابطه خاص و دقیقی را بیان نکرده و نیازمند مذاقه بیشتر می‌باشد.

تردیدی نیست که احکام دائر مدار صیانت از این منافع عالی‌ه هستند، اما نمی‌توان بسیاری از احکام را مستقیماً به عنوان علت تامه حفظ مصالح مزبور دانست؛ زیرا عقل انسان توان درک ملاکات و مناطات احکام را ندارد و علاوه بر عدم ترتیب این مصالح، باید گفت که در این ضابطه جایگاه مسائلی نظیر حکم حکومتی، احکام ثانویه و... مشخص نیست. بدیهی است که در احکام شارع مصالحی نهفته است اما سؤال این است که در هنگامه تعارض مصالح چه باید کرد؟ و چه ضابطه‌ای را باید ارائه کرد؟ بنابراین، به نظر می‌رسد این ملاک که طراح اصلی آن مرحوم غزالی است قابل اتکا نبوده و در عمل ضابطه‌ای را بیان نمی‌کند.

## ۲-۲. مصلحت به منزله ضرورت

پس از آنکه متعلق مصلحت را دانستیم باید مشخص شود که این مصلحت از چه نوعی است؟ ضروریات، حاجیات یا تحسینیات؟ در ضروریات، متعلق مصلحت بدون تأمین آن، محقق نمی‌شود و یا به طور کلی این مصلحت فوت می‌شود. اما در حاجیات، وضع مصلحت برای برطرف کردن تنگناها بوده تا مردم برای رسیدن به وضعیت مطلوب با عسرو حرج روبرو نشوند. (زحیلی، ۱۴۲۶: ۸۲؛ حلی، ۴/۱۴۲۵: ۹۵). مصالح تحسینی نیز هر آن چیزی است که پس از ضروریات و حاجیات بیان شود و چنانچه فردی این مصالح را ترک کند دچار تنگنا نمی‌شود اما وجود این مصالح موجب بهبودی بوده و تشریح آن‌ها در مقایسه با ضروریات و تحسینیات، به عنوان اخلاقیات است و چنانچه جعل نشوند تضییقی برای مکلف در بر نخواهد داشت. مثلاً در رتبه‌بندی مشاغل و حرف می‌توان از این تقسیم‌بندی بهره برد که چه مشاغلی ضروریات جامعه را تأمین می‌کند و چه مشاغلی احتیاجات را بر طرف کرده و چه مشاغلی سبب می‌شود افراد زندگی بهتری داشته باشند؟ بدیهی است که ترتیب ارزشی این مشاغل هم، به همین گونه است؛ لذا از این رو کار یک کارگر با کار یک مهندس حاذق دارای ارزش یکسان است. (البوطی، ۱۳۸۴: ۱۰۴؛ رهبر، ۱۳۸۲: ۱۴۹).

چنانکه پیشتر بیان شد، رابطه مصلحت و ضرورت عام و خاص مطلق است نه انطباق؛ بنابراین هر ضرورتی را می‌توان مصلحت دانست اما هر مصلحتی را نمی‌توان ضرورت دانست. در برخی

موارد اولویت مصلحت تعیینی است و در برخی دیگر تفضیلی (جوادی آملی، ۱۳۹۸: ۴۶۶؛ نیکزاد، ۱۳۸۵: ۱۳۳) اما ضرورت فقط در اولویت تعیینی قرار می‌گیرد. لکن نمی‌توان گفت که حتماً ضرورت به مصلحت منجر می‌شود.

اگر بخواهیم مفهوم مصلحت را به معنای ضرورت معلق نماییم، در واقع دور لازم می‌آید. به تعبیر دیگر، اگر سؤال شود که مصلحت چیست؟ و بگوییم مصلحت آن چیزی است که ضرورت دارد، سؤال بعد مطرح می‌شود که چه چیزی ضرورت دارد؟ و این وجود دور است. مشکل اینجاست که قائلین، یک معنا را به معنای دیگر که ابهام بیشتری دارد، احاله نموده‌اند. لذا می‌توان گفت ضرورت، امری مشکک است؛ یعنی بعضی ضرورت‌ها به خاطر ضرورت مهم‌تر مشمول مصالح نمی‌شوند.

هرچند که بیان مفهوم ضرورت در ردیف ضوابط مصلحت تأثیرات مهمی هم دارد، لکن این ضابطه اساساً نوعی انتقال لفظ است؛ بدین نحو که مفهوم ضرورت به مراتب واضح‌تر از مصلحت است. از این رو، هم اصل چگونگی ضرورت و مصلحت مبهم است و هم باید گفت که عملاً در نفس مفهوم ضرورت ضابطه‌ای حاصل نمی‌گردد.

### ۲-۳. مصلحت به منزله گستره تأثیر کمی

این دیدگاه بر این مبنا استوار شده است که یک حکم یا یک تصمیم، مصلحت مد نظر چند نفر را تأمین می‌کند و تأثیر کمی آن شامل چه افرادی می‌شود؟ در نظرگاهی که مصلحت همان منفعت است، بیشتر مصالح عمومی در نظر گرفته می‌شود و مصالح فردی در مرحله بعد قرار می‌گیرد. از این رو عنصر مصلحت در حقوق عمومی و حتی حقوق بین‌الملل کاربرد و جایگاه بیشتری دارد. لذا نباید سطح مصالح عمومی را به حد مصالح فردی کاهش داد و از سوی دیگر نباید مصالح عمومی را به نوعی تعدیل مصالح فردی دانست (فرساد، ۱۳۸۸: ۵؛ معینی علمداری، ۱۳۷۸: ۱۶۳).

در این حوزه، غالباً روابط عقلایی و عرفی حاکم هستند و رهبر نظام اسلامی موظف است برای حفظ جامعه مسلمانان، در تشخیص مصلحت، نهایت دقت را داشته باشد. البته باید در این خصوص میان مصلحت عمومی و خصوصی قائل به تفاوت بود. لذا مصلحت عمومی را نباید به مصالح فردی تقلیل داد. اصل بر این است که نفع عمومی محور اصلی مصلحت است که البته در این دیدگاه عمومیت یک امر کمی پنداشته شده است؛ بدین نحو که در مواقع تعارض، عملی تقدم دارد که افراد بیشتری از آن سود ببرند. بنابراین دیدگاه، این موضوع بدیهی است که نمی‌توان مصلحت و منفعت را در یک معنا و مترادف با یکدیگر دانست.

قائلین به دیدگاه فوق‌الذکر، در هنگام تعارض مصالح، آنچه که خیر عام‌تری دارد را به عنوان مرجح دانسته‌اند و عمومیت را یک امر کاملاً کمی دانسته‌اند. به عبارت دیگر، هنگام تعارض دو

عمل، آن چیزی مقدم است که افراد بیشتری از آن نفع ببرند.

به عقیده برخی پژوهشگران، «امروزه تضمین حق‌های فردی به عنوان یکی از مصادیق مصلحت عمومی شناخته می‌شود ولی از آنجا که انطباق کامل مصالح فردی با مصالح عمومی امکان‌پذیر نیست، همچنان عمده‌ترین عامل محدودکننده حق‌های فردی مصلحت عمومی است» (شیدائیان و اسحاقی، ۱۳۹۹: ۱۰۸). بنابراین از این حیث، ضابطه مزبور قابل استناد است. لکن هنوز ابهاماتی وجود دارد؛ نخست آنکه یکسان دانستن مصلحت و منفعت شروع بحث است و درک ضابطه‌مند خیر عامه و منافع اکثر مردم امر مشکلی است؛ چراکه مفهوم اکثریت ابهام دارد و در ثانی کشف منفعت مزبور احتمالاً ممکن نیست؛ مثلاً نمی‌توان برای هر مصداقی از مصلحت عمومی یک نظرسنجی گذاشت و تقویض امر تشخیص مصالح عمومی به حاکمیت، تازه اول راه است. چراکه این موضع هم دارای ملاک نبوده و به صورت ظن، باقی خواهد ماند.

هرچند امکان دارد که بتوان نظر عامه مردم را در خصوص یک مصلحت تحصیل نمود اما شاید در واقع نظر آن اکثریت صحیح نبوده و مصلحت، چیز دیگری باشد؛ بنابراین کشف نظر اکثریت مردم مشکل است و نظر اکثر نیز لزوماً نشان‌دهنده مصلحت عامه نیست. از سوی دیگر ارجاع تشخیص عمومی بودن یک منفعت به یک شخص نیز مناقشه‌برانگیز بوده و این امر ما را گرفتار دور و تسلسل ضوابط می‌کند.

#### ۲-۴. عقلانی بودن ذات مصلحت

مصلحت باید فی‌ذاته معقول باشد؛ به نحوی که وقتی مصالح را بر عقل سلیم عرضه نماییم، قوه تعقل، آن را بپذیرد. فقهای امامیه با وجود اختلافی که در پذیرش برخی عناصر همچون اجماع به عنوان سند و دلیل استنباط و تفاوت دیدگاهی که در تفسیر عقل دارند، در عدم پذیرش مصلحت و مفاهیمی شبیه آن به عنوان منبع و سند کشف و استنباط حکم اتفاق نظر دارند. جست‌وجو در آثار فقهای شیعه ثابت می‌کند که صرف مصلحت هیچ‌گاه در استنباط ایشان کاربرد استقلالی نداشته است و آن گونه که قرآن، سنت معصوم (ع)، اجماع و عقل به عنوان مدارک و ادله اجتهاد به شمار می‌روند، به حساب نمی‌آید. اگر در متن و نگاهشده‌ای از این گروه این کارایی برای این عنوان یا مشابه آن ذکر گردیده، به عنوان مؤید و مقرر حکم بوده است یا تسامحی در تعبیر بیش نیست و دلیل اصلی حکم امر دیگری خواهد بود. وگرنه باور قطعی همه فقیهان امامیه در پذیرش عقل عملی به عنوان یکی از اسناد معتبر کشف، اتفاق نظر دارند و این در حالی است که مبنای درک و عقل داوری آن، سنجش ملاکات و مصلحت‌هاست و این وجود مصلحت یا مفسده در انجام عمل است که پایه و اساس برای درک عقل از حسن فعل یا قبیح آن می‌گردد و به دلیل ملازمه بین درک عقل و حکم شرع،

حکم شرعی ثابت می‌شود (بیگدلی و فرج پور، ۱۳۹۲: ۸۸).

ایراد اساسی که به این ضابطه وارد است، اختلاف در بحث حجیت عقل در مسائل شرعی است. ضابطه مذکور از این جهت قابل ایراد است که حکم عقل مبهم است هر چند قطعی باشد. به نظر صاحب مصباح الاصول، فهم احکام عقلی قطعی برای ما کار آسانی نیست. (نقل از علیدوست، ۱۳۸۸: ۴۰۴). لذا نمی‌توان چیزی را با یقین کامل به عقل نسبت داد. بنابراین، مهم‌ترین ایراد به ضابطه عقلانی بودن مصلحت، همان کشف حکم عقل است.

علی‌رغم وضوح اولیه، تدقیق فلسفی و سیری در تاریخ بحث حکم عقل در فلسفه غرب، اسلام و مخصوصاً اصول فقه روشن می‌سازد که حکم قطعی عقل در کمال ابهام است و نمی‌توان چیزی را یقیناً به عقل نسبت داد. به عبارتی با توجه به اختلاف در مصادیق، هر چند کبرای این مسئله صحیح است و حکم عقل و نقل رد واقع امر یکی هستند. اما در مقام اثبات نمی‌توان این تلازم را نشان داد (پارساپور و نوربخش، ۱۳۹۴: ۱۹).

بنابراین ضابطه عقلانی بودن ذات مصلحت را نمی‌توان در این بحث، کارآمد دانست. زیرا چنین ضابطه‌ای ما را به علم رهنمون نمی‌کند و در عمل قابلیت اعمال ندارد؛ مثل اینکه بگوییم مصلحت بایستی خوب باشد که این موضوع امری کاملاً بدیهی است. همچنین باید اذعان داشت که ضابطه عقلایی بودن مصلحت ابهام زیادی دارد و در عمل نیز با ضابطه منفعت عامه تعارض ایجاد می‌کند.

## ۲-۵. رعایت قاعده اهم و مهم

شکی نیست که قاعده اهم و مهم یا قانون اهمیت یک اصل عقلی است که در مقام تراحم میان دو حکم کاربرد دارد و به قول علامه مظفر عقلاً باید جانب احتیاط را مراعات کرده و اهم را بر مهم مقدم نماییم (مظفر، ۲/۱۴۲۳: ۲۱۸). مرحوم امام نیز در خصوص صدور حکم حکومتی، توجه ویژه‌ای به این قاعده داشته است و حفظ مصالح نظام را بر سایر مصالح مقدم می‌دارد و اینگونه تأکید می‌نماید که «در اسلام، مصلحت نظام از مسائلی است که مقدم بر هر چیز است و همه باید تابع آن باشیم...» (خمینی، ۲/۱۳۶۵: ۱۱۲).

اما سؤال اینجاست که کاربرد این قاعده در عرصه اجتماعی چگونه است؟ آیا در اجتماع نیز عقل فردی می‌تواند تصمیم‌گیرنده باشد؟ پاسخ به این سؤال بستگی به تبیین این موضوع دارد که در جامعه ما اصالت با عقل فردی است یا جمعی؟ که در صورت نخست باید آن فرد را مبنا قرار داد و در صورت دیگر باید برای تشخیص قاعده اهم و مهم، یک خرد جمعی بیان شود.

از آنجا که برخی قاعده اهم و مهم و معیار عقلی و شرعی آن را به درستی درک نکرده‌اند، لذا تقدم مصلحت نظام اسلامی بر بعضی احکام شرعی را نوعی فدا کردن شریعت به پای مصلحت

بیان می‌کنند. اما در واقع تقدم احکام حکومتی بر یک حکم اولیه در هنگامه تراحم، به معنی منسوخ شدن حکم شرعی نمی‌باشد بلکه به معنای عدم اجرای آن به صورت موقتی است.

برخی محققین معتقدند، این حق را [تقدم مصلحت نظام بر احکام شرعی]، هم عقل و هم شرع به حاکم اسلامی داده است. پیامبر اسلام (ص) و علی (ع) بارها از این حق استفاده کرده‌اند. بنابراین، پیش داشتن حکم حکومتی بر حکم اولیه، در پاره‌ای از موارد نه تشریح است و نه فوق فقه و شریعت بلکه عمل کردن و نه قربانی کردن شرع به پای مصلحت، بلکه رعایت منطقی سنجش مصلحت‌هاست که در خود شریعت پیش‌بینی شده است (مزینانی، ۱۳۸۷: ۹).

قاعده‌ای که در تطبیق قانون اهم و مهم به صورت یکی از ضوابط تشخیص مصلحت باید مورد توجه قرار گیرد، این است که این قانون را باید هم برای اهداف و خواسته‌های کلی شارع، مدنظر قرار داد و هم برای رعایت احکام شرعی و دستورات شارع. اما در مقایسه این دو سنخ با هم یعنی اهداف و اصول کلی و احکام شرعی، ممکن است ابتدا به نظر آید که اهداف و مقاصد عامه شرع، همواره بر احکام شرعی مقدم است؛ ولی به نظر می‌رسد هدف و مقصد کلی بودن در مطلوب‌های شرعی فقط یک قرینه و معیار است که می‌تواند ترجیح آن را بر حکم شرعی در مقام تراحم با آن رقم زند؛ اما می‌توان تصور کرد که برخی از احکام معین شرعی چنان اهمیتی دارند که ممکن است برخی از اهداف را تحت الشعاع خود قرار دهند (علیدوست، ۱۳۸۸: ۴۴۵؛ صرامی، ۱۳۸۳: ۹۸).

به عقیده برخی پژوهشگران، در موضوع تشخیص اهم و مهم «مشکل از جایی آغاز می‌شود که در مقایسه امور، اهم‌ها را بتوان تشخیص داد. فقها برای اموری که علم فقه به آنها ناظر است مواردی را برشمردند اما عدم حصر عقلی این امور و موارد استثنای فراوانی که به آنها وارد شده این ترتیب را از کلیت و ضابطه دقیق بودن ساقط نموده است. همچنین تشخیص مصداق اهم و مهم معمولاً وابسته به شرایط بیرونی و مؤلفه‌های دخیل در موضوع است که مرتب‌سازی آن تقریباً غیرممکن است. به این ترتیب نمی‌توان ضابطه دقیقی برای تشخیص اهم ارائه کرد» (مه‌دوی پور و عبدالحسین، ۱۴۰۱: ۴۲۱؛ مهموری، ۱۳۸۰: ۱۰۴).

معیار تشخیص اهمیت (در بحث اهم و مهم) نظر قانون‌گذار است؛ بنابراین با کاوش در ادله و متون شرعی و مستندات قانونی و با توجه به ملاکات احکام باید کوشید به میزان اهمیت هر یک از احکام پی‌برد (قافی و شریعتی، ۱۳۹۲/۳: ۱۵۰).

در نگاه نخست شاید بگوییم که مقاصد عمومی شریعت، همیشه بر احکام شرعی تقدم دارند لکن به نظر می‌رسد کلی بودن در احکام شرعی صرفاً قرینه‌ای است برای ترجیح در مقام تراحم و باید اذعان داشت که رعایت قاعده اهم و مهم یکی از بهترین معیارهای مصلحت‌سنجی است؛

چراکه تعارضات احتمالی را به خوبی حل می‌کند اما به هر حال نقدهایی بر این ضابطه وارد می‌باشد. اولاً اینکه در تقدم اهم بر مهم، اهم همان ارجح بودن است. لذا اصل قاعده، حمل اولی است و هر حمل اولی ضرورتاً صحیح بوده اما لزوماً نباید معرفت‌زا هم باشد. اما به دلیل آنکه این امور دارای حصر عقلی نبوده و استثنائات زیادی دارند؛ مانند ابهام در مواردی نظیر حفظ جان، تقیه، تقدم جان یا ناموس و ... . لذا کلیت این ترتیب از بین می‌برد و نهایتاً نمی‌توان به عنوان یک ضابطه بدان اتکا کرد. مثلاً فقها در مواقعی که یکی از احکام مهم اسلام به مخاطره افتد، به هیچ وجه تقیه کردن را جایز نمی‌دانند. (شریعتمدار جزایری، ۱۳۹۰: ۱۴۳).

ثانیاً مشخص نمودن مصادیق اهم و مهم بستگی به شرایط خارجی دارد که در این صورت احصای آن‌ها عملاً امکان‌پذیر نیست. با این حال، علی‌رغم انتقادهایی که به قاعده اهم و مهم وارد شد، اما این قاعده می‌تواند در تشخیص مصالح و مفاسد بسیار اثرگذار باشد.

## ۲-۶. رجوع به اهل خبره

اصولاً ضابطه اصلی تعیین و تشخیص مصالح، ارجاع آن‌ها به کارشناس خبره است که البته لازمه آن داشتن حداکثر توانایی علمی و تخصصی است که در عرصه‌های مختلف دینی، اجتماعی، سیاسی، فرهنگی و ... نمود پیدا می‌کند. بدیهی است که هر سیستم مدیریتی در جامعه برای تشخیص مصلحت‌های خود، از همه امکانات کارشناسی و خبرگانی خود استفاده می‌کند.

مصلحت جامعه از روی دانش‌های بشری به سمت و سوی اهداف از پیش تعیین شده اسلامی نائل می‌شود و با توجه به احکام شرعی و طی قانون اهم و مهم صیقل می‌خورد و در جایگاه مهم‌ترین عنصر احکام حکومتی که ابزار اداره جامعه است، در جهت تحقق و عمل قرار می‌گیرد (صرامی، ۱۳۸۳: ۹۳-۹۸).

امام خمینی (ره) نیز در راهبری انقلاب اسلامی به ضرورت سپردن امور به دست خبرگان و متخصصان اهل فن توجه ویژه‌ای داشته‌اند (خمینی، ۱۴۱۰: ۴۹۸). از سوی دیگر برخی گفته‌اند که رجوع به اهل خبره، ناظر به اصالة الاحتیاط است. لذا با ارجاع یک امر تخصصی به متخصص آن موضوع، جانب احتیاط را مراعات کرده و با قدرت و اطمینان بیشتری در مسیر استصلاح گام برمی‌داریم (حسینی، ۱۳۸۲: ۵۶).

رجوع به اهل خبره و بهره‌گیری از علم بشر یکی از مستندهای کارآمد در جهت تشخیص مصلحت است که به عنوان یک ابزار، منافع و مصالح جامعه را شناسایی و ارزیابی می‌کند لکن در این مسیر توجه به چند نکته ضرورت دارد:

اولاً ارجاع تشخیص مصلحت به اهل خبره، عملاً به معنای واگذاری امر به کارشناسان است و

می‌توان گفت متخصصان یک علم تقریباً در هیچ موضوعی اجماع قطعی ندارند و معمولاً در همه مسائل اختلاف دیدگاه در سطوح مختلف وجود دارد. به عنوان مثال در راهبردهای سیاست خارجی که تشخیص مصالح آن با حاکم نظام اسلامی است، رهبری نظام، بررسی این راهبردها را بر عهده نخبگان و متخصصان حوزه سیاست قرار داده است تا با رعایت همه جوانب موضوعات را بررسی نمایند. لکن در همین سطح عالیه هم اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد.

ثانیاً متخصصان عموماً جزئی‌نگر هستند؛ حال آنکه تشخیص مصلحت و تعیین ضوابط آن نیاز به یک دید کلی‌نگر دارد چرا که مصلحت امری کلی است و دیدگاه‌های خبرگان با ضابطه تشخیص مصالح ممکن است متفاوت باشد. بنابراین، هر چند حاکم اسلامی باید از دیدگاه‌های کارشناسان مطلع باشد، لکن ضابطه تشخیص مصالح و دانستن اهم و مهم مقوله دیگری است. مضافاً ارجاع شناخت ضابطه مصلحت به اهل خبره، ضابطه نیست، بلکه احاله به امر دیگری است.

ثالثاً ممکن است برخی ایراد کنند که رجوع به اهل خبره یا کارشناس در امر مصلحت باعث عرفی شدن فقه می‌شود اما باید گفت که چنین کاری علاوه بر پذیرش عقلایی، در سیره معصومین نیز جاری بوده و عدم ردع از چنین سیره‌ای در شرع یافت نشده است. از سوی دیگر، مشهود است که حاکم اسلامی مصلحت‌سنجی در همه امور را با عنایت به اصول قطعی دین و عناوین اولیه و ثانویه احکام شرعی انجام می‌دهد و در تشخیص موضوعات از عرف و بنای عقلانی نیز کمک می‌گیرد. برخی پژوهشگران معتقدند «نباید میان مصلحت‌سنجی ولی فقیه و عرف‌گرایی (عرف‌زدگی) خلط شود و هر دو در یک راستا و به یک مفهوم تلقی گردند، زیرا سنجش مصالح اجتماعی از سوی حاکم اسلامی، مرتبه‌ای بالاتر از عرف و تحسین و تقبیح عرفی است و حاکم تنها در برخی موارد، از عرف و کارشناسی آن در موارد تخصصی، استفاده ابزاری می‌کند تا بدین وسیله موضوعات را به خوبی بشناسد و از افتادن به اشتباهات در امان بماند» (ایزدپور، ۱۳۸۶: ۶۳).

در نهایت می‌توان گفت که بهره‌گیری از نظرات کارشناسان و خبرگان، به عنوان یک ابزار محسوب می‌شود. لذا پیروی از خبره و کارشناس در همه امور بر حاکم اسلامی واجب نمی‌باشد و در نتیجه رجوع به اهل خبره را باید صرفاً وسیله‌ای در تشخیص مصلحت‌ها دانست.

## ۲-۷. ماهیت اجتماعی احکام

سنجش مصالح توسط حاکم یا قاضی صرفاً در بستر مسائل اجتماعی است لذا در عرصه عبادیات راهی ندارد مگر در جایی که یک حکم عبادی با حکمی مهم‌تر تراحم داشته باشد (صابری، ۱۳۸۴: ۳۳؛ مزینانی، ۱۳۸۷: ۵؛ افتخاری، ۱۳۹۰: ۵۴-۱۱۲).

این موضوع در دیدگاه‌های فقهای عامه و امامیه به چشم می‌خورد؛ امام خمینی (ره) می‌فرماید:

«ضروری است که راهی برای فهم ملاکات احکام تبعیدی برای عقول ما وجود ندارد» (خمینی، ۱۴۱۰: ۵۱۲؛ محمصانی، ۱۳۸۶: ۱۶۵).

اجتماعی بودن بستر مصالح مانع از ظهور اصل مصلحت در امور فردی نیست؛ لذا اولاً این انفکاک ابهام دارد و ثانیاً چنانچه مقصود این باشد که هر زمان مصلحت‌های جمعی با مصلحت فردی تعارض داشته باشد بدیهی است که مصلحت عمومی تقدم دارد. اما چنانچه مقصود این است که فقیه جامع شرایط اجازه ندارد در حوزه شخصی افراد به تشخیص مصلحت پردازد، بحثی است متفاوت. برخی پژوهشگران معتقدند در ترکیب تقدیم مصلحت عام بر خاص، عام از نوع استغراقی و بدلی است، لذا در مصلحت عمومی مصلحت شخصی نادیده گرفته نمی‌شود اما به نحو علی‌البدل و نه یک فرد خاص و مصداق معین (صابری، ۱۳۹۰: ۲۵۰).

نگاه اومانستی و غرب‌گرایانه اینگونه القا کرده است که میان حیات جمعی و فردی افراد تفکیک قائل شویم، اما عرصه دین فارغ از این چنین نگاه‌های مادی‌گرایانه است. چنانکه در نظرات فقهای عامه و امامیه مبرهن بود که صرفاً وجوه عبادی و غیرعبادی از یکدیگر تفکیک شده‌اند. البته شایان ذکر است که انفکاک در حوزه عبادات نیز صحیح به نظر نمی‌رسد چرا که خود عبادات نیز دارای وجوه فردی و جمعی هستند؛ بنابراین به نظر می‌رسد اصل تفکیک نیز در این مطلب دارای ابهام است.

### ۳. نظریه مختار

پس از بیان نقدها و نظرات فوق‌الذکر در خصوص ضوابط و معیارهای گوناگون تشخیص مصلحت، به نظر می‌رسد مصلحت، مفهومی سیال بوده و به اقتضای قرار گرفتن در بستر زمان‌ها و مکان‌ها قابل تغییر می‌باشد. لذا از آنجایی که مصالح جامعه مدام در حال تغییر و تغیر هستند، نمی‌توان صفت دائمی بودن را بر آن‌ها بار نمود. هرچند نگارندگان این پژوهش در فرایند بازتعریف ضوابط حاکم بر تحدید و تشخیص مصلحت، نقدهایی را بر هر کدام از ضوابط مذکور وارد نموده‌اند لکن این بیان نقد، به معنای ردع و خدشه به همه ضوابط نبوده و باید اذعان داشت که برخی از معیارهای مذکور علی‌رغم ایرادات علمی و نظری وارده به آن‌ها، می‌توانند به عنوان سازوبرگ تشخیص مصلحت کاربرد داشته باشند. از این رو نگارندگان به عنوان نظریه مختار بیان می‌دارند که در تحلیل مفهوم مصلحت موضوع ماده ۳۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی دو ضابطه نسبت به سایر ضوابط، مؤثرتر هستند. نخست قاعده اهم و مهم و دوم رجوع به اهل خبره؛ که علی‌رغم نقدهای مذکور، می‌توانند نسبت به سایر ضوابط در ارتباط با تشخیص مصلحت توسط قاضی کارآمدی بیشتری داشته باشند. به طور کلی در رابطه با تشخیص مصلحت، دو نظریه می‌توان ارائه کرد:

نخست «نظریه حداقلی» که با محوریت تفسیر مضیق، تعیین، تحدید و تشخیص مصلحت را

منحصراً در حدود اختیارات مقنن می‌داند و دیگری «نظریه حداکثری» - که نظریه مختار ما بوده - و با رویکردی توسعه‌گرایانه در تفاسیر قانونی، تشخیص مصلحت را از جمله اختیارات قاضی در کنار مقنن می‌داند. حال ممکن است این سؤال مطرح شود که مبنای نظری رویکرد شما (نظریه حداکثری) در این مبحث چیست؟ به نظر می‌رسد بتوان «قاعده امتنان» را شالوده و زیربنای این نظریه دانست. چرا که قاعده امتنان همواره در راستای توسعه‌گرایی نظری بوده و موجب تفسیر موسع در قانون‌گذاری عرفی می‌شود. در دیدگاه عمومی، امتنان، همه احکام شرعی را شامل می‌شود؛ چرا که تمام احکام الهی به نوعی، لطف خداوند است برای حصول مصالح واقعی احکام اما امتنان در اصطلاح فقها، جعل یا رفع یک حکم خاص است به نحوی که با جعل یا رفع احکام، ایسار و سهولت برای مکلفان ایجاد گردد. البته منظور ما از امتنان در معنای مصطلح خاص در این پژوهش، امتنان دنیوی است که فقهای عظامی نظیر حرعاملی (۱۴۱۰: ۱۴) و شیخ طبرسی (۱۴۰۸: ۱۸۰) در آثار خود بیان داشته‌اند.

اصطلاح احکام امتنانی در نظرات فقها سبب شده است برخی، آن را قاعده امتنان بنامند (موسوی قزوینی، ۱۴۲۲: ۱۲۵) و برخی نیز آن را به عنوان تکمله قاعده طهارت مطرح نموده‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۴۸۵). با این حال، مقوله امتنان را می‌توان زیربنای بسیاری از قواعد فقهی نظیر قاعده مصلحت و یا قاعده نفی عسر و حرج دانست. به عقیده برخی پژوهشگران، «قاعده مصلحت مانند برخی قواعد دیگر همچون قاعده «نفی حرج»، در حالت تراحم، بر ادله احکام اولیه تفوق دارد» (پیرحیاتی، ۱۳۹۴: ۱۳۱). بنابراین، بهره‌گیری از قاعده اهم و مهم یا رجوع به اهل خبره در بحث ما به منظور توسعه دادن به اختیارات قاضی و تسهیل امور در فرایند دادرسی، برگرفته از قاعده امتنان است؛ لذا اساس مصلحت‌سنجی نیز توسعه امور بر پایه قاعده امتنان می‌باشد.

استفاده از قاعده اهم و مهم که رعایت آن یکی از بهترین معیارهای مصلحت‌سنجی است در مقام حل تعارضات، خصوصاً در مواردی که دادرس در سنجش وضعیت افراد در پرونده‌های مختلف و یا در تعارض میان قانون و علم قاضی دچار سردرگمی می‌شود، می‌تواند کمک شایانی به وی نماید. به عنوان مثال، مقرر قانونی مورد بحث در این مقاله (ماده ۳۲۱ ق.آ.د.م) در مورد دستور موقت ملاقات طفل نیز جریان دارد به این نحو که مثلاً پدر، دستور موقتی مبنی بر منع ملاقات مادر با فرزند به دلیل اعتیاد مادر را از دادگاه خانواده اخذ نموده است. حال مادر برای رفع اثر از این دستور موقت باید وفق ماده ۳۲۱ ق.آ.د.م تأمین مناسبی به دادگاه ارائه نماید. اما مادر برای اعمال این حق قانونی امکان قرار دادن تأمین مناسب را ندارد؛ مثلاً فرضی را در نظر بگیرید که زن هیچ دارایی، حقوق و مایملکی ندارد که بتواند از محل آن اقدام به سپردن تأمین مناسب نماید. لکن برای متقاعد کردن دادگاه مدارکی را ارائه می‌کند که نشان می‌دهد خطری کودک را تهدید نمی‌کند و مصلحت طفل در ملاقات

با مادر تأمین شده است. حال بسته به شرایط مختلف، این مدارک می‌توانند شامل موارد زیر باشند:

تغییر شرایط: چنانچه شرایطی که منجر به صدور دستور موقت شده، تغییر کرده باشد؛ مثلاً مادر اعتیاد را ترک کرده و مدارک مربوط به ترک اعتیاد را ارائه می‌نماید.

گواهی عدم سوء پیشینه: اگر عدم سوء پیشینه یکی از والدین (مثلاً اعتیاد) دلیل ممانعت از ملاقات بوده، گواهی عدم سوء پیشینه جدید ارائه می‌شود.

گواهی مشاوره: در صورتی که مشاوره روان‌شناسی کودک و خانواده انجام شده و نظر مشاور این است که ملاقات با والد دیگر مشکلی ندارد، گواهی مشاوره ارائه شود.

شهادت شهود: شهادت افرادی که از شرایط مطلع هستند و می‌توانند تأیید کنند که دیگر خطری کودک را تهدید نمی‌کند.

بنابراین در مثال فوق، تعارض میان نص قانون که تصریح به گرفتن تأمین دارد و علم قاضی که باید به شرایط و اوضاع فرد نظر داشته باشد سبب سردرگمی دادرس می‌شود؛ از این رو قاعده رعایت اهم و مهم اثر خود را نشان داده و به کمک قاضی می‌آید. لذا شایسته است که قاضی ضمن حصول اطمینان از وضعیت بهبود یافتن مادر، میان اخذ تأمین بر اساس ماده ۳۲۱ و رعایت مصلحت طفل، حالت اخیر را برگزیند.

در مورد ضابطه رجوع به اهل خیره نیز می‌توان همین مثال را مجری دانست؛ به فرض حالت فوق که مثلاً مادر هیچ‌گونه امکانی برای سپردن تأمین ندارد و از سویی قاضی هم با یافتن اماراتی به عدم اعتیاد زن پی برده است، در چنین موقعیتی دادرس می‌تواند برای حصول اطمینان و اقناع خود، بررسی امر اعتیاد یا عدم آن را به کارشناس خیره (پزشکی قانونی یا روان‌پزشک معتمد) ارجاع دهد و پس از وصول گزارش این مرجع، رأی به رفع دستور موقت داده و در نتیجه اجازه ملاقات طفل با مادرش را صادر نماید بی‌آنکه مادر در عسر و حرج تأمین بوده باشد و یا وضعیت طفل در خطر افتاده باشد.

البته ذکر این نکته بسیار مهم است که اجرای ماده ۳۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی در همه پرونده‌ها یکسان نیست؛ چرا که این امر در برخی موارد معذوریت‌های قانونی ایجاد می‌کند و در واقع سپردن تأمین در صورتی موجب رفع اثر از دستور موقت می‌شود که با موضوع متنازع فیه متناسب باشد. فلذا، ملاک و معیار سنجش این تناسب، موضوع دستور موقت است و گاهی ممکن است تأمین متناسبی با موضوع دستور موقت موجود نباشد. به عنوان مثال، در پرونده‌ای که قاضی به علت احتمال ریزش دیوار مجاور، دستور موقتی مبنی بر ممانعت از گودبرداری صادر نموده است، نباید انتظار داشت که طرف مقابل تأمین لازم را سپرده و از دستور موقت رفع اثر نماید زیرا حفظ جان ساکنین دیوار مجاور و خطرات ناشی از ریزش آن ایجاب می‌کند تا عملیات گودبرداری کماکان متوقف بماند.

در مثال دیگری می‌توان به ماده ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمان‌ها<sup>۱</sup> اشاره نمود که ممکن است دادگاه با صدور دستور موقت، به خواهان اجازه دهد که علی‌رغم نپرداختن سهم بدهی خود، بتواند از آب، برق، گاز و سایر خدمات مشترک در آپارتمان استفاده کند. در این حالت نمی‌توان پذیرفت که مدیر یا هیئت مدیران ساختمان با سپردن تأمین حتی متناسب، از این دستور موقت رفع اثر نمایند؛ چرا که استفاده از گاز در فصل زمستان و یا استفاده از آب در کل ایام سال امری حیاتی است و این حق را نمی‌توان به راحتی از کسی سلب نمود و بعید است قاضی بتواند در چنین موردی یا موارد مشابه آن دستور موقت را بی‌اثر نماید.

بنابراین می‌توان گفت به منظور حفظ عدالت در دادرسی، قضات در تفسیر تمام واژگان قانونی که تعریف مشخصی برای آن‌ها ذکر نشده، ناگزیر از مصلحت‌گرایی هستند. به طور کلی توسعه دادن در اختیارات قضات و دادرسان، در فرایند امر دادرسی، موجب سیاست خاصی شده است که از آن به عنوان مصلحت‌گرایی یاد می‌کنیم. در حوزه مصلحت‌گرایی، تصمیمات قاضی، یک امر اجتهادی بوده و بر اساس آن، قاضی مؤثرترین تدبیر را کشف و اتخاذ می‌نماید و هرگاه قاضی در چهارچوب قانون، مصلحت را بسنجد، لازم است حکم موضوع را منطبق با آنچه سودمند است صادر نماید؛ نه کمتر از آنچه ضروری است و نه بیش از آنچه استحقاق دارد.

### نتیجه

برای تشخیص و تعیین مفهوم و مصداق مصلحت، ضرورت دارد ضوابط تعیین و تحدید آن را به خوبی بشناسیم تا ابهامات تعدی حول محور مصلحت را از رویکردهای مختلف بزدااییم. با توجه به مجموع ضوابط بیان شده در این پژوهش، می‌توان درک واقعی از قضیه داشت و سپس در کنار سایر اصول و قواعد فقهی و عمومات کتاب و سنت، مصالح و مفاسد را استنباط و استخراج کرد. به نظر فقهای امامیه، مصلحت، راهبردی برای رفع تعارض و برون رفت از اضطرار است. این سنخ از مصلحت‌سنجی ارتباط عمیقی با نظام‌سازی دارد و طبقه‌بندی اولویت‌ها و مصادیق آن را تعیین می‌کند. می‌توان گفت حقوق ایران مبتنی بر ضابطه مفهومی در مصلحت، افزون بر نیازهای مادی، نیازهای معنوی را نیز مورد نظر دارد و به مقاصد اخلاقی و انسانی نیز توجه ویژه‌ای دارد در حالیکه پرداختن به مسئله مصلحت در حقوق بسیاری از کشورها از جمله مکاتب حقوقی غربی بیشتر بر پایه اصالت انسان قرار داشته و منافع مادی را شامل می‌شود. لذا این انعطاف‌پذیری در عرصه قانون‌گذاری ایران

۱. ماده ۱۰ مکرر قانون تملک آپارتمان‌ها: «... هرگاه مالک یا استفاده‌کننده ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اظهارنامه سهم بدهی خود را نپردازد مدیر یا هیأت مدیران می‌توانند به تشخیص خود و با توجه به امکانات از دادن خدمات مشترک از قبیل شوفاژ، تهویه مطبوع، آب گرم، برق، گاز و غیره به او خودداری کنند...».

سبب گردیده علی‌رغم فقدان تعریف مشخص از مفهوم مصلحت در ماده ۳۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی، دست قاضی در تعیین مصادیق مصلحت باز باشد تا ضمن رعایت اصل عدالت و انصاف، آنچه را که به صلاح طرفین دادرسی هست در نظر داشته باشد و بر اساس آن تصمیم‌گیری نماید. به نظر می‌رسد از آنجا که مجموع ضوابط تشخیص مصلحت از نوع استقرایی بوده و با اضافه یا حذف شدن آن‌ها ممکن است سیستم مصلحت‌سنجی خدشه‌دار شود، ضرورت دارد برای رجوع به ضوابط، یک چهارچوب نظام‌مند یا فرایند غیراستقرایی تهیه و تدوین شود. به دیگر سخن، پیشنهاد این پژوهش بازطراحی فرایندی برای تشخیص مصلحت است و مراحل را شامل می‌شود که با گذر از آن‌ها، مصلحت حاصل می‌شود.

در نهایت آنچه از این پژوهش دریافت شد این است که هرچند در امور مصلحت‌سنجی و تشخیص مصالح، شایسته است که به «خرد جمعی» رجوع کرد اما از بررسی ضوابط تعیین مصلحت اینگونه برمی‌آید که مشخصاً در بحث از مفهوم مصلحت موضوع ماده ۳۲۱ قانون آیین دادرسی بهتر است این مصلحت‌سنجی بر مبنای «قاعده امتنان» در اختیار شخص قاضی باشد (عقل فردی) تا با عنایت به ضوابط کلی مصلحت نظیر قاعده اهم و مهم و با استناد به اصل رجوع به اهل خبره و البته با در نظر گرفتن شرایط افراد که فرد به فرد متغیر بوده و تقریباً هیچ کدام یکسان نیستند، بتواند رأی نزدیک‌تر به صواب را صادر نماید. چرا که اولاً قاعده امتنان، قاعده‌ای است که مقتضای آن فراهم آوردن بستری برای تفاسیر موسع است و می‌توان گفت زیربنای تقنین ماده ۳۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی و به طور کلی مبنای مصلحت‌سنجی نیز بر اساس قاعده امتنان پایه‌ریزی گردیده است. ثانیاً با تفویض این امر به مقنن در جهت تبیین مفهوم یا تعیین مصداق برای مصلحت موضوع این ماده، قطعاً قضات و دادرسان محترم در عمل دچار سردرگمی شده و در مرحله انطباق مصلحت با افراد مختلف با مشکل مواجه خواهند شد.

با بررسی نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه به شماره ۷/۱۹۳۸ مورخ ۱۳۸۴/۲/۲۴ نیز مشخص می‌شود که نقش دادگاه و شخص قاضی در تشخیص «نوع تأمین متناسب» نیز مؤثر و پررنگ است، چرا که در این نظریه مقرر گشته «منظور از تأمین مقرر در ماده ۳۲۱ ق.آ.د.م آن‌چنان تأمینی است که به نظر دادگاه، متناسب برای جبران خسارات وارده به طرف مقابل باشد که دستور موقت به نفع وی صادر شده است و این تأمین اعم است از وجه نقد و یا وثیقه ملکی و چنانچه وثیقه ملکی باشد دادگاه باید مراتب بازداشت نمودن ملک را در قبال وجه مورد نظر به اداره ثبت محل اعلام نماید....» بنابراین در عرصه رویکرد عملی نسبت به ماده ۳۲۱ ق.آ.د.م نیز نقش قاضی و عقل فردی، اثرگذار و فعال دانسته شده است.

## منابع

## فارسی

- افتخاری، اصغر. (۱۳۹۰). مصلحت (مجموعه مفاهیم بنیادین علوم انسانی اسلامی). تهران: دانشگاه امام صادق(ع).
- ایزدپور، محمدرضا. (۱۳۸۶). راهکارهای تشخیص مصلحت. فصلنامه حکومت اسلامی، شماره ۴۳.
- بیگدلی، عطالله و فرج پور، علی‌اصغر. (۱۳۹۲). رهیافتی نوبه ضوابط تشخیص مصلحت؛ از ضابطه تا فرایند. سیاست‌های راهبردی کلان، سال ۱، شماره ۲.
- پارسا پور، محمّد باقر و نوربخش، سوسن. (۱۳۹۴). معیارهای ارزیابی مصلحت کودک در فقه امامیه، حقوق ایران و کنوانسیون حقوق کودک. فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۲، شماره ۳.
- پیرحیاتی، حمیده. (۱۳۹۴). جایگاه قاعده مصلحت در حقوق کیفری ایران. فصلنامه قضاوت، دوره ۱۵، شماره ۸۱.
- توکلی، اسدالله. (۱۳۸۴). مصلحت در فقه شیعه و سنی. تهران: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
- جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۹۸). ولایت فقیه؛ ولایت عدالت و فقاہت. تنظیم: محمد محرابی، چاپ بیستم، قم: ناشر: مرکز نشر اسراء.
- حسینی، سیداحمد. (۱۳۸۲). احتیاط‌های ناروا؛ ریشه‌ها و عوامل. مجله کاوشی نو در فقه اسلامی. شماره ۳۶.
- خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۶۵). صحیفه نور. انتشارات مرکز مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی.
- رحیمی روشن، حسن و سوگلی زاده، ترلان. (۱۴۰۰). بررسی تحول مفهوم مصلحت در فقه سیاسی معاصر شیعه با تأکید بر امام خمینی (ره). پژوهشنامه متین. سال ۲۳، شماره ۹۱.
- رهبر، مهدی، (۱۳۸۲). مقایسه جایگاه مصلحت در فقه امامیه و اهل سنت. مجله پژوهشی دانشگاه امام صادق(ع). شماره ۱۷.
- شریعتمداری جزایری، سید نورالدین. (۱۳۹۰). تقیه، فصلنامه شیعه‌شناسی. شماره ۸.
- شیدائیان، مهدی و اسحاقی، سیدجعفر. (۱۳۹۹). جلوه‌های مصلحت عمومی در آیین دادرسی کیفری و چالش آن با حقوق فردی»، دوفصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی. شماره ۸۵.
- صرامی، سیف‌الله. (۱۳۸۳). درآمدی بر جایگاه مصلحت در فقه. مجله قیاسات، شماره ۳۲.
- صابری، حسین. (۱۳۹۰). فقه و مصالح عرفی، تهران: مؤسسه بوستان کتاب.
- علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۸۸). فقه و مصلحت. تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- فرساد، فاروق. (۱۳۸۸). ضوابط تشخیص مصلحت در شریعت. مجموعه مقالات، دفتر اول، نشر عابد.
- قافی، حسین و شریعتی، سعید. (۱۳۹۲). اصول فقه کاربردی. تهران: سمت.
- محمصانی، صبحی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام. مترجم: اسماعیل گلستانی، تهران: امیرکبیر
- مزینانی، محمدصادق. (۱۳۸۷). مصلحت نظام از دیدگاه امام خمینی (ره). تهران: باشگاه اندیشه جوان.
- معینی، جهانگیر. (۱۳۷۸). رابطه مصلحت عمومی و آزادی فردی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران. شماره ۴۴.
- منصوریان، ناصرعلی و شیبانی، عادل. (۱۳۹۵). مفهوم منفعت عمومی و جایگاه آن در قانونگذاری ایران. دوفصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۵.

- مهدوی پور، اعظم و عبدالحسین قمی، زهرا. (۱۴۰۱). تحلیل مصلحت در ماده ۴۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) (با رویکرد حداقلی به نظام دادرسی کیفری رسمی). پژوهش‌های حقوقی، دوره ۲۱، شماره ۵۲.
- مهموری، محمدحسین. (۱۳۸۰). حفظ نظام. مجله حکومت اسلامی، شماره ۲۰.
- نیکزاد، عباس. (۱۳۸۵). جایگاه مصلحت در بستر قانونگذاری حکومت اسلامی. مجله کتاب زنان. شماره ۳۳.

### عربی

- ابن‌امیر الحاج، محمد بن محمد. (۱۴۰۳). التقرير و التحرير. بیروت: دار الکتب العلمیة.
- بوطی، محمد سعید رمضان. (۱۳۸۴). ضوابط المصلحه فی شریعه الاسلامی، تهران: گام نو.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۹۹۰م). الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربیة. تحقیق احمد عبدالغفور عطار. بیروت: دارالعلم للملایین.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۰). وسائل الشیعة فی تحصیل مسائل الشریعة. قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت لاحیاء التراث.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح. (۱۴۱۷). العناوین الفقهیة. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- حکیم، محمدتقی. (۱۴۱۸). الأصول العامة فی الفقه المقارن. قم: مجمع جهانی اهل بیت (ع).
- حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۵). نهایه الوصول الی علم الاصول. قم: مؤسسه الامام الصادق (ع).
- خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۱۰). کتاب البیع. قم: انتشارات اسماعیلیان.
- خویی، ابوالقاسم. (۱۴۱۹). محاضرات فی اصول الفقه. تقریر محمد اسحاق فیاض، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- رازی، فخرالدین محمد بن عمر (۱۴۱۸). المحصول فی علم الاصول. ریاض: جامعه الامام محمد بن سعود الاسلامیة.
- زحیلی، وهبه. (۱۴۲۶). نظر الضرورة الشرعیة مقارنة مع القانون الوضعی. دمشق: دارالفکر.
- شاطبی، ابواسحاق ابراهیم. (۱۹۷۰م). الموافقات فی اصول الاحکام. قاهره: مطبعة محمدعلی صبیح.
- عراقی، ضیاء‌الدین. (۱۳۸۸). الاجتهاد و التقليد، قم: نوید اسلام.
- غزالی، ابوحامد محمد بن محمد. (۱۳۲۴ق). المستصفی من علم الاصول. قاهره: مطبعة الامیریة.
- فیومی، محمد بن احمد. (۱۴۰۵). المصباح المنیر. قم: دارالهجرة.
- قمی، میرزا. (۱۴۰۳). قوانین الاصول. قم: چاپخانه حاج ابراهیم.
- مظفر، محمدرضا. (۱۴۲۳ق). اصول الفقه. تحقیق رحمة‌الله رحمتی اراکی، قم: مؤسسه النشرالاسلامی.
- موسوی قزوینی، سید علی. (۱۴۲۲). تعلیقه علی معالم الاصول. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- نمله، عبدالکریم. (۱۴۲۰). الجامع لمسائل اصول الفقه. ریاض: مكتبة الرشد.
- نوری طبرسی، میرزا حسین. (۱۴۰۸). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت (ع).