

## An Analysis of the Relationship Between Measures of Expediency in Law of Iran and the Public Interest in Western Law

Received: 02/12/2020; Accepted: 07/10/2020

Mohammadreza Vijeh<sup>1</sup>  
Mohammadmahdi Valadkhani<sup>2</sup>

### Abstract

The experiences of the early years of the Islamic Revolution led to the institutionalization of the "expediency" rule with the establishment of the Expediency Discernment Council in the structure of the legal system of the Islamic Republic of Iran. On the other hand, the concept of public interest has a longer history in the legal system of western countries. Given that the ultimate goal of governing and managing public affairs is to secure the public interest, and that these interests must be exercised by relying on public authority in society, the validity of this concept as well as expediency through their evaluation criteria is of paramount importance. In this study, while explaining the metrics of these two concepts, the relationship between them has been analyzed and it has been concluded that the model of measuring expediency based on the principles of Sharia introduces pragmatism along with spirituality, unlike the method of measuring public benefit that promotes pragmatism based on materialism. Accordingly, the method of measuring expediency has a more positive complexity than the method of measuring the public interest. Of course, the positive aspects such as the preeminence of reparation for the disproportionate burden imposed on the rightful owner as a result of recognizing the issue, can be seen in the method of measuring the public interest.

**Key words:** Expediency, Public Interest, Measurability, Criterion, Spirituality, Materialism.



1. Associate Professor, Department of Public and International Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University.
2. Ph. D Student in Public Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University (Corresponding Author); Email: valadkhany@yahoo.com







## مقدمه

شریعت اسلامی با بهره‌مندی از قواعدی همچون قاعده مصلحت، دینی جامع و جاودانی به شمار می‌رود. به عبارت دیگر مصلحت، یکی از قواعد مؤثر در پویایی فقه است. این قاعده در فقه سیاسی شیعه با طرح نظریه ولایت مطلقه فقیه توسط امام خمینی، توانست به مثابه یک اصل کاربردی در سطح حکومت - با رعایت اصول اصلی شریعت - مطرح شود. فارغ از تعاریف متعددی که از مفهوم مصلحت بیان شده، مراد ما از مصلحت مبتنی بر نظریه امام خمینی در بحث ولایت فقیه، آن چیزی است که ولی فقیه حکم حکومتی را مبتنی بر آن صادر می‌کند. به عبارت دیگر وقتی یک نظام سیاسی بخواهد احکام فقهی را در قالب حکومت اجرا کند زمینه‌های تعارض فراوانی میان احکام فقهی و اقتضائات مدیریت جامعه بروز می‌کند. (منصوریان، شیبانی، ۱۳۹۵: ۱۲۸) در اینجا تصمیماتی را ولی امر در سایه قوانین شریعت و برحسب مصلحت اتخاذ می‌کند. طبیعت احکام حکومتی به گونه‌ای است که نمی‌تواند حالت ثابت و پیش ساخته داشته باشد؛ حاکم فقیه و متخصص عادل، باید با توجه به زمان و مکان و سایر شرایط، مصلحت عموم را کشف کند و بر مبنای آن احکام حکومتی را استنباط و القا نماید؛ زیرا این احکام، پیش ساخته نیست و باید در هر زمانی بنا به مصالح عمومی، آن را از کلیات منابع فقه استخراج کرد و به دست آورد. (گرچی، ۱۳۹۵: ۱۲۲) بنابراین مصلحت یک قاعده فقهی بسیار مهم در امر حکمرانی اسلامی به شمار می‌رود اما در نظام‌های حقوقی دیگر مفهوم منفعت عمومی به عنوان قاعده‌ای که نفع عام را به عنوان غایت حکمرانی به تصویر می‌کشد مطرح شده است. سه معنای رقیب در خصوص منفعت عمومی نزد متفکران مطرح است. برخی مانند بن‌تام منفعت عمومی را حاصل جمع منافع فردی و خصوصی افراد جامعه می‌دانند، برخی دیگر از نظریه پردازان همچون هابز منفعت عمومی جامعه را با منفعت





حکومت یکی گرفته و در نتیجه تشخیص مقامات ارشد را بازتاب دهنده منفعت عمومی تصور می کنند. گروهی دیگر منفعت عمومی را مسائلی می دانند که بر همه اعضای جامعه تاثیر می گذارد و به دیگر سخن منفعت عمومی منافع مشترک افراد به مثابه اعضای جامعه است. (راسخ، ۱۳۹۳: ۵۶۴-۵۵۸) با توجه به انتقاداتی که به معنای اول وارد است و تبیین آن به مجالی دیگر واگذاشته می شود، در این پژوهش منظور از منفعت عمومی برآیند مشترکی از تشخیص مقامات ارشد و منفعت حیات جمعی می باشد. میان مصلحت و منفعت عمومی تفاوت معنایی حقیقی وجود دارد این امر از تفاوت ویژگی های این دو مفهوم استنباط می شود. منفعت عمومی گستره زمانی محدود به این دنیا دارد در حالیکه در دیدگاه اسلامی گستره زمانی که مصلحت اثر خود را نشان می دهد منحصر به دنیا نیست بلکه دنیا و آخرت را شامل می شود. همچنین مصلحت برخلاف منفعت عمومی به لذتهای مادی محدود نمی گردد بلکه مصلحت کلیه نیازهای جسمی و روحی انسان را در بر می گیرد. دیگر اینکه در مفهوم مصلحت، مصلحت دین مبنای مصالح دیگر و مقدم بر آنهاست در حالیکه در منفعت عمومی، دین جایگاه فرعی دارد و تنها زمانی که در تنفیذ وجوهی از منافع که از دیدگاه آنها معتبر است، مورد توجه قرار می گیرد. (البوطی، ۱۳۸۴: ۵۲-۲۶) رابطه ای که مفهوم مصلحت و منفعت عمومی با یکدیگر دارند از جهات مختلف قابل بررسی است. یکی از این جهات، سنجه های مصلحت و منفعت عمومی است. اهمیت این سنجه ها در موضوع ضابطه مندی سنجش مصالح و منافع روشن می شود. فقدان ضوابطی در فرآیند سنجش این دو مفهوم کلیدی می تواند شبهه اعمال سلايق فردی یا جناحی را به ذهن متبادر سازد.

به عبارت دیگر ضابطه مندی سنجش مصلحت و منفعت عمومی از طریق بکار بردن سنجه هایی برای ارزیابی موضوع، از دو جهت اهمیت دارد، نخست آنکه با ضابطه مندی سنجه های سنجش موضوع، از اقدامات خودسرانه مجری جلوگیری شده و هیچ گاه بهانه حفظ خود نظام، زمینه ای برای اختلال در نظام نخواهد شد. چراکه امکان دارد مجری به انگیزه حفظ نظام، دست به اقدامی بزند که خود آن اقدام زمینه اختلال نظام را فراهم کند. جهت دیگر اینکه ضابطه مندی سنجش موضوع، موجب جلب اعتماد هرچه بیشتر مردم می





شود. اگر مردم بدانند که آنچه به عنوان مصالح و منافع عمومی تشخیص داده شده منطبق با واقعیت است و براساس موازین به دست آمده حاضر خواهند بود با نثار جان و مال با حکومت همکاری کرده و در جهت حفظ نظام از هیچ کوششی دریغ نوزند. (ملک افضلی اردکانی، ۱۳۹۵: ۶)

از این رو در بند (۱۲) سیاست های کلی نظام قانونگذاری که در مهرماه ۱۳۹۸ از سوی رهبری معظم انقلاب ابلاغ شده است بر ضابطه مندی و تعیین نصاب بالا برای ارجاع به مجمع تشخیص مصلحت نظام در موارد تعارض مصوبه مجلس با نظر شورای نگهبان تاکید شده است. سئوالات پژوهش این است که چه سنجه هایی را می توان برای مصلحت و منفعت عمومی برشمرد؟ رابطه ای میان دو مفهوم مصلحت و منفعت عمومی از حیث سنجه های آنها چگونه است؟ و در نهایت از بررسی رابطه سنجه های این دو مفهوم چه نتایج و پیشنهادهایی برای ارتقای کارآمدی آن حاصل می شود؟ این مقاله با روش تحلیلی - توصیفی ابتدا سنجه های مصلحت و منفعت عمومی را تبیین می کند و سپس رابطه میان این سنجه ها را با ترسیم نمودارهایی مورد تحلیل قرار می دهد و با مقایسه رابطه مذکور، به ارائه نتایج و پیشنهادهایی می رسد.

### ۱. سنجه های مصلحت

سنجش ضابطه مند مصلحت باید براساس سنجه های دقیق و مشخصی صورت گیرد. متفکران علم فقه و حقوق سنجه های گوناگونی را برای مصلحت پیشنهاد کرده اند که اهم آنها به شرح زیر مورد تبیین و بررسی قرار می گیرند.

یکی از نویسندگان، رعایت انصاف و خیرخواهی مردم؛ تقدیم مصلحت اهم بر مهم؛ بهره گیری از اطلاعات و تجارب؛ آینده نگری و توجه به مقتضیات زمان و مکان را مهمترین سنجه های مصلحت می داند. (ملک افضلی اردکانی، ۱۳۹۵: ۲۱-۱۱) در نقد سنجه های مذکور باید گفت که این امور بیشتر از آنکه معیار و سنجه ای برای مصلحت اهم باشند، پیش شرط هایی صحیح و لازم الاجرا برای فرد یا نهاد تشخیص دهنده مصلحت هستند. به عبارتی دیگر بدیهی است که نهاد تشخیص دهنده مصلحت باید عدل و انصاف





را رعایت کند و خیرخواه مردم باشد و با توجه به تجارب و آینده نگری و مقتضیات زمان و مکان مصلحت اهم را تشخیص دهد ولی این موارد نمی تواند سنجه هایی برای مصلحت باشد.

علیه برابطه سنجی مصلحت در حقن اراان و مشقت بموجب حقن زیر

قاعده اهم و مهم از قواعد عقلی در فقه امامیه در زمینه اجرای احکام و تراحم میان دو حکم کلی (دوران امر بین محذورین) است. براساس این قاعده اگر دو مصلحت معارض وجود داشته باشد، به گونه ای که قابل جمع نباشد و ناگزیر یکی از آن دو از دست می رود، به حکم عقل باید مصلحت اقوا انتخاب شود (تولایی، ۱۳۹۱: ۲۰۵) در تحلیل باید گفت این مطلب درست است که در تراحم دو مصلحت، عقل حکم به انجام تکلیف اهم و ترک مهم می کند، اما ملاک در این انتخاب، باید با توجه مبدا تشریح و سایر ویژگی های موضوع تعیین شود. در حقیقت این قاعده برای ارزیابی مصلحت اهم، معیاری را برای ما مشخص نمی کند و تنها مشخص می کند که میان دو مصلحت متعارض باید مصلحت اهم انتخاب شود اما اینکه مصلحت اهم چگونه باید مشخص شود رهنمودی ندارد.

برخی حقانیت، عدالت و عقلانیت را به عنوان دیگر سنجه های مصلحت ذکر کرده اند. (عمید زنجانی، ۱۳۸۴: ۳۱۶-۳۱۲) به نظر می رسد مفاهیم حقانیت و عدالت بسیار کلی است و در سنجش میان دو مصلحت متعارض، نمی تواند سنجه ای کمی و قابل اتکا باشد. به عبارت دیگر هرچند باید سعی شود که مصلحت اهم به عدالت نزدیکتر و بیشتر بر مدار حق باشد، لیکن این دو مفهوم سنجه ای عینی برای ارزیابی مصلحت اهم نیستند. در خصوص عقلانیت هم باید گفت که اصولاً سنجش مصلحت در ترازوی عقل صورت می گیرد و براین اساس عقلانیت شالوده هر مصلحت سنجی است، لیکن این مفهوم نیز نمی تواند معیاری برای سنجش مصلحت قرار گیرد.

از دیگر سنجه های پیشنهادی برای سنجش مصلحت اهم، ابتدا بر خبرویت و مشورت است. در توضیح این سنجه گفته شده که مصلحت اهم در مواردی به خوبی تشخیص داده می شود که با مشورت و براساس منطق کارشناسی از سوی افراد خیره صورت گیرد. در ضرورت مراجعه به متخصص و مشورت با دیگران در دریافت مصلحت باید گفت که مراد از مشورت عمدتاً در راستای راهیابی به علم و واقعیت و کم کردن درصد خطا در تصمیم





گیری است و زمانیکه متعلق مصلحت سنجی، عرصه مدیریت جامعه است، از آنجا که حکومت دارای شعبه های مختلفی است، از این رو فرآیند مصلحت اندیشی مقید به مشورت با خبرگان امر است (ایزدهی، ۱۳۹۳: ۱۸۴) در تحلیل این سنجه می توان گفت که این ضرورت مشورت، حیثیت طریقی داشته است. به این معنا که فرد یا نهاد ارزیابی کننده مصلحت، می بایست در ابتدای فرآیند سنجش مصلحت با خبرگان مرتبط مشورت کند، این مشورت موجب می شود مسیر تعقل روشن تر گردد لیکن خود ذات مشورت نمی تواند معیاری برای سنجش قرار گیرد.

در مقابل سنجه های فوق الذکر، سنجه های دیگری برای سنجش مصلحت به شرح زیر بیان می شود که به نظر می رسد می تواند ملاک مناسبی را برای ارزیابی مصالح متعارض ارائه نماید.

سنجه اول محوریت شریعت و مقاصد و غایات آن است. اصلی ترین ضابطه برای مصلحت این سنجه است زیرا مصلحت مورد استفاده در فقه تابع موازین شریعت بوده و در راستای تامین اهداف غایی شریعت و جامعه اسلامی و از بین رفتن مشکلات ناشی از تراحم برخی احکام و اداره مطلوب و بهینه جامعه اسلامی قرار دارد. به عبارت دیگر مصلحت اندیشی در عرصه فقه، تنها در گستره وجودی خویش قادر به حیات بوده و در غیر آن محدوده قادر به فعالیت نیست، زیرا با عنایت به اینکه مصلحت منشاء حکم شرعی بوده و در راستای تامین اهداف غایی شارع و رفع تراحم احتمالی میان احکام شریعت قرار دارد، از این روی مصلحت اندیشی فقهی در قلمرویی غیر از تامین اهداف و غایات شارع حجیت نداشته و قابلیت عرضه و ارائه ندارد. (ایزدهی، ۱۳۹۳: ۱۷۴-۱۷۳)

محوریت شریعت و غایات آن را می توان به دو سنجه اقریبت مصلحت به مقاصد کلان شریعت و اخروی، دینی و دنیوی بودن مصلحت تقسیم نمود. سنجه اقریبت مصلحت به مقاصد کلان شریعت به این معنا است که مصالح واقعی همگی در راستای مقاصد کلان شرعی هستند، لکن نمی توان نادیده گرفت که تمامی مصالح از جهت قرب به مقاصد یکسان نیستند، از این رو اقریبت مصالح به مقاصد کلان شریعت را می توان از سنجه های ترجیح قرار داد. (علیدوست، ۱۳۹۴: ۵۳۹) شهید صدر سنجش مصلحت را در راستای







غایات شریعت می داند و می نویسد: «کتاب و سنت وقتی از تشریح قانونی خبر داد و در متن قانون هدف آن را تصریح کرد، ذکر هدف صریحاً نشانه آن است که بخش خالی از قانون را که بر حسب مصلحت زمان در اقتصاد اسلامی متغیر و متحول است، چگونه می توان با قانون های برگرفته از هدف پر کرد» (صدر، ۱۳۹۹: ۲۵۶) با فرض اینکه شارع خطوط کلی و مقاصد عامه را مشخص کرده، وظیفه قانونگذار در حکومت اسلامی تحقق بخشیدن به آن خواسته های کلی است. در نگاهی دیگر امور شانزده گانه ای که در اصل سوم قانون اساسی آمده است همان خواسته های کلی شریعت در اداره جامعه است. (صرامی، ۱۳۸۰: ۲۸۲) البته در همین موضوع پیشنهاد گردیده که در حکومت اسلامی، اهداف کلی شریعت به صورت تفصیلی تر در زمینه های گوناگون سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و ... به صورتی مدون و مشخص تعیین شود. (صرامی، ۱۳۸۰: ۲۱۴) شاید به همین علت است که در بند اول سیاست های کلی قانونگذاری توجه به موازین شرع به عنوان اصلی ترین منشاء قانونگذاری در تنظیم و تصویب طرح ها و لوایح قانونی مورد تاکید قرار گرفته است.

اما سنجه اخروی، دینی و دنیوی بودن مصلحت بیان می دارد که هرگاه مصلحتی، حافظ دین و حاکمیت آن و تامین کننده ضرورت ها و حاجت های انسان باشد، بر مصلحت دینی محض یا مادی صرف مقدم خواهد بود. به عنوان مثال در تراحم میان جهاد و دفاع از مملکت اسلامی با روزه یا حج نباید بر ترجیح جهاد تردید کرد. (علیدوست، ۱۳۹۴: ۵۵۱) تقدم جامعه بر فرد را می توان سنجه دیگری برای سنجش مصلحت اهم بر شمرد. برای نیازهای جامعه که متشکل از افراد است، می بایست وجه مستقلى علاوه بر حیثیت نیازهای افراد جامعه فرض کرد. با عنایت به اینکه نظام سیاسی در بستر نیازها و مصالح جامعه شکل گرفته است لذا نیازمندی های جامعه مثل امنیت، آزادی و رفاه در اولویت سنجش مصالح باید قرار گیرند. (ایزدهی، ۱۳۹۳: ۱۸۲) در ذیل این محور می توان سنجه های اجتماعی و عمومی بودن مصلحت را قرار داد. در حقیقت از سنجه های ترجیح مصلحت، ارتباط مستقیم با اجتماع، نظام های اجتماعی و حاکمیت است. به همین دلیل مصلحت حفظ نظام نوع انسان ها و حاکمیتی که حافظ نظام است بر بسیاری از مصالح مقدم می گردد. چراکه





در سایه تامین این مصلحت مقاصد کلان شرع از تکوین و تشریح سامان می یابد. همچنین مصلحت در یک تقسیم ساده به اعتبار برخورداران از آن به شخصی و عمومی منقسم می شود. تحدید دقیق مصلحت عمومی و شخصی کار ساده ای نیست لکن می توان وصف عمومی و شخصی را نسبی دانست. به این معنا که در تزاخم مصالح، مصلحت گسترده تر یا دارای شمول بیشتر مقدم می شود. (علیدوست، ۱۳۹۴: ۵۴۱-۵۴۰) جالب آنکه فقها نه تنها مصالح نسل حاضر را در نظر می گیرند، بلکه بر این باورند که باید در حد امکان و توان، مصالح همه نسل های بعد نیز مورد توجه قرار گیرد. (امام خمینی، ۱۴۱۵: ۴۳)

نکته ای که در خصوص محور تقدم جامعه بر فرد حائز اهمیت است این است که در فقه سنتی و به تبع آن در فقه سیاسی، فرد به اعتبار فرد بودنش موضوع تکلیف دانسته و تلاش می شود احکام شرعی ناظر به زندگی فردی و اجتماعی او کشف و تبیین شود. در این دیدگاه هرچند فقه ماهیت فردی پیدا نمی کند و به زندگی جمعی انسان ها نیز توجه می شود، این توجه معطوف به فرد و زندگی وی در اجتماع است. بنابراین به هويت جمعی اجتماع و اساس سیاست و زندگی سیاسی کمتر توجه می شود و به همین دلیل قواعد فقه سیاسی بیش از آنکه ناظر به تنظیم سیاست و زندگی سیاسی باشد، به زندگی فرد در عرصه اجتماع معطوف می شود. مشکل روش شناختی پدید آمده این است که به هويت جمعی در اجتماع با همین نگرش فردگرایانه توجه می شود در حالی که هويت های جمعی سرشت جمعی و بالتبع ویژگی خاصی دارند. (میراحمدی، ۱۳۹۲: ۹۳) ضرورت شناخت این ویژگی ها برای مرجع تشخیص مصلحت، ضرورتی انکارناپذیر است. چراکه در این صورت سنجش مصلحت ممکن است دقیق و صحیح صورت نگیرد.

سنجه ضروری بودن مصلحت از سنجه های دیگر سنجش مصلحت است. توضیح اینکه شئون و برخوردارای های یک انسان یا جامعه انسانی به سه قسم کلی منقسم است: ۱. ضرورت ها، به گونه ای که بدون آن نمی تواند به حیات خود ادامه دهد؛ ۲. نیازهای عمومی، که تامین کننده حاجت های اوست هرچند بدون آن هم به حیات خود ادامه می دهد؛ ۳. خواست ها و عادت هایی که در راحتی و تکمیل رفاه جوامع و انسان ها تاثیر دارند. هرچند این سه عنوان کلی با داشتن برخی مصادیق قطعی، مصادیق قابل اختلاف هم





دارند (حرعاملی، ۱۳۹۸: ۲۱۱) البته در اینکه مصالح در ترتیبی که مطرح شد، باید در استنباط و اجرا مورد توجه قرار گیرد هیچ اختلافی نیست. لکن برای حل تعارض میان مصالح هم رتبه مثلاً دو مصلحت ضروری این توضیح لازم است که مصالح را از سه بعد می توان دسته بندی نمود. بعد اول با عنایت به میزان ارزش ذاتی آنها و بعد دوم از حیث میزان شمولشان و بعد سوم از نظر امکان تحقق و اینکه ضریب اطمینان کدامیک بالاتر است. پس اگر نهاد تشخیص دهنده مصلحت در شرایطی قرار گرفت که باید بین دو مصلحت هم رتبه، یکی را انتخاب کند روش حل معضل این است که مصالح مورد نظر را در دستگاه سه بعدی فوق قرار دهد و نخست با تمسک به معیار اول سعی در حل تعارض کند و در صورت برابری از معیار دوم و نهایتاً از معیار سوم استفاده کند. از منظر نخست مصالح از لحاظ ارزش ذاتی به پنج گروه حفظ دین، جان، عقل، نسل و مال به ترتیب اولویت تقسیم می شوند. البته این پنج گروه را می توان به تنهایی در سه سطح ضرورت، نیاز و بهبود وضعیت همانگونه که گذشت مدنظر قرار داد که براین اساس مصلحت حفظ دین در سطح ضرورت بالاترین مصلحت و مصلحت حفظ مال در سطح بهبود وضعیت در پایین ترین درجه قرار می گیرند. اما اگر دو مصلحت متعارض در یک رتبه و سطح باشند مثلاً هر دو مصلحت حفظ دین در سطح ضروری باشند آنگاه به بعد دوم حل تعارض که میزان شمول است مراجعه می شود که غالباً گستره شمول مصالح و تعداد افرادی که منتفع می شوند متفاوت است و در این حالت مصلحتی که از شمول بیشتری برخوردار است مقدم می شود. حال اگر در این سطح نیز دو مصلحت متعارض یکسان باشند آنگاه نوبت به سومین معیار تشخیص یعنی بررسی امکان تحقق در خارج می رسد. به این معنا که مصالح از حیث درصد احتمال وقوع در خارج با یکدیگر متفاوت هستند و براین مبنا در صورت تساوی مصالح از حیث دو معیار باید به عرف و ضریب اطمینان نتیجه مراجعه کرد و از ترجیح مصلحتی که نتیجه آن در عرف از اطمینان کمتری برخوردار است، خودداری نمود. (البوطی، ۱۳۸۴: ۱۵۹-۱۵۵)

سه سنجه میزان دوام، اتقان و بنیادین بودن مصلحت را می توان از دیگر سنجه های داوری مصالح برشمرد. تقسیم مصالح به دائم و موقت و به بنیادین (ریشه ای و متصل) و





غیر بنیادین و به متیقن و غیر متیقن قابل انکار نیست. چنان که ترجیح مصلحت دائم بر موقت و بنیادین بر غیر آن و متیقن بر ضد آن بر کسی پوشیده نیست. البته همانگونه که گذشت منظور از مصلحت دائم مصلحت درازمدت در مقایسه با مصلحت رقیب است. به عنوان مثال خرج نکردن همه منابع ملی هر چند فاقد مصلحت آنی نسبت به نسل موجود است لکن برخوردار از مصلحت دراز مدت است. بنیادین بودن مصلحت از معیارهای قطعی ترجیح به شمار می رود. به عنوان مثال پیامبر در صلح حدیبیه بر بنیان مصلحت برخی شروط کفار را پذیرفتند (سبحانی، بی تا: ۵۹۳-۵۹۰) تا به مصلحت اساسی که تقویت پایه های حکومت دینی بود برسند. امتیازات و مصالحی که حضرت از آن گذشتند در مقایسه با مصلحت بنیادین مدنظر ایشان بیشتر جنبه ترویجی داشت و اصرار بر آن ها باعث تقویت روحیه مسلمانان و مانع برخی اعتراض ها می شد لکن منافی مصلحت اساسی بود. (علیدوست، ۱۳۹۴: ۵۴۴-۵۴۲) سنجه دیگر متیقن بودن مصلحت در قبال مصلحت نامتیقن است. براین اساس مصلحت مورد اهمیت، باید قطعی و حتمی باشد، زیرا پسندیده نیست به سبب مصلحتی احتمالی، احکام ثابت شرعی کنار گذاشته شود. (حبیب نژاد، ۱۳۸۳: ۱۷) به عبارت دیگر انسان ها در مصلحت سنجی های روزمره یکی از ملاکات ترجیح را یقینی بودن مصلحت در مقابل مشکوک و محتمل بودن آن می دانند. براین بنیان نمی توان از مصلحت یقینی فعلی با استناد به مصلحت مشکوک که بر فرض تحقق اهم خواهد بود عبور کرد. (علیدوست، ۱۳۹۴: ۵۴۴) البته در مرتبه بعد از مصلحت یقینی باید گفت، مصلحت مبتنی بر ظن نیز بر مصلحت موهوم مقدم خواهد بود.

موافقت مصلحت با فطرت، طبیعت مکلفان و سهولت نسبت به مصلحت رقیب از سنجه هایی است که در تقدم یک مصلحت بر مصلحت دیگر موثر است، از آنجا که خالق طبیعت و شریعت واحد و آن خداوند حکیم است، حکیمانه نیست که حکمی بر خلاف اقتضای فطرت آدمیان تشریح شود. موافقت مصلحت با سهولت محور دیگر مورد اشاره در این بحث است. از نظر عقل پسندیده این است که قانونگذار سهولت را تا ممکن است مطمح نظر قرار داده و ضمن پرهیز از جعل تکلیف صعب، اصالت را بر آسانی قرار دهد. بدن تردید شریعت اسلام، شریعت مصلحت است از این رو هرگاه سهولت در راستای





مصلحت مکلفان قرار گیرد، بر وفق آن اعتبار شرعی سامان می یابد و الا مقتضا و حافظ مصلحت است، مورد جعل شرعی قرار می گیرد. به همین دلیل هر جا سخن از شریعت سهله و سمحه است از شریعت حنیفه که به معنای شریعت منضبط و حافظ مصالح آدمیان است نیز سخن به میان آمده است. (کلینی، بی تا: ۴۹۴؛ علیدوست، ۱۳۹۴: ۵۴۵)

سنجه آخر سنجش مصلحت اهم، همسویی مصلحت با تکوین است. توجه به رابطه اعتبار با شریعت یا همان رابطه باید و هست از بایسته های اجتهاد پویا است. بخشی از این توجه در تزامم مصالح باید به کار رود بر این بنیان در هنگام تزامم مصالح و اجرای احکام، مصلحتی باید مقدم شود که انطباق بیشتری با واقع دارد. نکته مهمی که در پایان بحث سنجه های مصلحت باید مورد توجه قرار گیرد، بحث تزامم سنجه ها است. این تزامم گریز ناپذیر است. مثلاً ممکن است که مصلحت عمومی جامعه متعارض با مصلحتی شود که اقریب بیشتری به مقاصد کلان شریعت دارد. در این موارد به نظر می رسد که نهاد تشخیص دهنده مصلحت هر چه را با ملاحظه همه جوانب و خصوصیات موضوع، مصلحت اهم تشخیص داد، به عنوان مصلحت لازم الاجرا اعلام نماید. (علیدوست، ۱۳۹۴: ۵۵۴)

## ۲. سنجه های منفعت عمومی

برای سنجش این امر که میان این همه منافع مطرح و بعضاً متعارض در سطح جامعه، منفعت عمومی که باید ملاک عمل قرار گیرد، کدام است، متفکران علم حقوق با طرح نظریه تعادل، توازن یا بالانس، سنجه هایی برای آن معین ساخته اند.

نظریه توازن در حقیقت به دنبال ارزیابی مزایا یا منافع اجرای یک تصمیم است که در صورتی که منافع عمل بیشتر از هزینه های اجتماعی و اقتصادی نسبت به تصمیم رقیب باشد، منفعت عمومی به درستی سنجیده شده است. به عبارت دیگر این نظریه زاینده تلاش جهت حل تعارضات مختلف در قالب یک نظام حقوقی است. در حقیقت توازن متداول ترین شیوه در مدیریت و حل اختلافات ایجاد شده میان دو قاعده حقوقی و نیز یک ماده قانونی با منافع عمومی و یا تعارض میان منافع خصوصی با منافع عمومی است. (گرگی،

۱۳۹۵: ۵۰۰)





اندیشمندان حقوق غرب معتقدند که نظریه توازن یک رویکرد ساختاری برای متعادل کردن تعارضات مطرح در حوزه منفعت عمومی ایجاد می کند و مظهر معیارهای اساسی عقلانیت و ابزاری منطقی و بسیار قدرتمند است. ( Klatt, Meister, 2012:708 ) به عبارت دیگر گسترش ادبیات نظریه توازن به قدری سریع بوده که از آن به عنوان دستور زبان مشترک برای نظام های حقوقی یاد می شود. آنچه آن که یکی از حقوقدانان غربی از آن به عنوان قانون اساسی عمومی نام می برد. (Law, 2005:652) همگرایی با این نظریه تا به آن جا پیش رفته برخی از متفکران حقوق غرب آن را نشانگر پایان تاریخ حقوقی قوانین اساسی می دانند. (Eliya, Porat, 2010:263)

امروزه به نحو گسترده ای ادعا می شود که حق ها، مطلق نبوده و منافع افراد در تعارض با یکدیگر و یا در رقابت دائمی با منافع جامعه قرار داشته (Van Gerven, 1999:38) و از این رو، ادبیات توازن، به آن دسته از تئوری هایی اشاره دارد که به دنبال شناسایی، ارزش گذاری و مقایسه منافع متعارض هستند. (Aleinikoff, 1987:943) قاضی فرانکفورتر در منازعه مشهورش با قاضی بلک (قضات دیوان عالی آمریکا) در خصوص اصلاحیه اول قانون اساسی آمریکا پیرامون آزادی سخنرانی مطرح نموده است، آنجا که به نحو آتشینی ایده توازن را مورد حمایت قرار داده و اظهار می دارد: «مطالبات مربوط به سخنرانی آزادانه در یک جامعه دموکراتیک همانند منافع مربوط به امنیت ملی و نظم عمومی، از طریق سنجش منصفانه و آگاهانه منافع متعارض، بهتر و بیشتر برآورده می شوند تا از طریق اعلام اصول جزمی بسیار نامتعطف برای حل مسائل غیر اقلیدسی. (Dennis, 2009:470) در سیاق اروپا، رابرت الکسی، مشهورترین مدافع مدل نظریه توازن است. (Myerson, 2007, 807) الکسی بر این مدعا است که هم حقوق فردی و هم منافع جمعی می توانند موضوع اصولی باشند که آن اصول، «الزامات به حداکثرسانی» هستند. (Alexy, 2002:50-65) اصول مذکور، مبین آن هستند که منافع مورد حمایت بایستی با توجه به امکانات قانونی و عملی تا بیشترین حد امکان تأمین و تضمین گردند. بر طبق نظر الکسی، هنگامی که دو اصل در تعارض با یکدیگر قرار می گیرند، تحقق یکی با هزینه کردن دیگری امکان پذیر





خواهد بود، لذا ضروری است تا میان اصول متعارض ، تعادل برقرار گردد. (راسخ، بیات کمیته، ۱۳۹۱: ۴۱۲-۴۱۱) وی بیان می دارد که در این شرایط ما ملزم هستیم تصمیم بگیریم که کدام یک از اصول با توجه به واقعیات موجود، از وزن و اهمیت بیشتری برخوردارند. (بیات کمیته، بالوی، ۱۳۹۳: ۲۷)

نظریه توازن الزامات هر تصمیم و اقدام مبتنی بر ارزیابی معقولانه و هوشمندانه اهداف، را ارزیابی می کند. به عبارت دیگر هرگونه اقدام انجام شده باید متناسب با هدف آن باشد. (گرچی، ۱۳۹۵: ۵۰۲) در حقیقت نظریه توازن به ارتباط میان اهداف عمل عمومی و ابزار مورد استفاده برای دستیابی به آن اهداف مربوط است. (Thomas, 2000: 77) البته در مدل توازن تنها آن دسته از اهداف سیاست عمومی که منفعت واقعی تمام اعضاء جامعه را در بر داشته و به قدر کافی الزام آور و مجاب کننده اند می توانند کفه ترازوی توازن را به نفع منافع عمومی سنگین تر کنند. (Gardbaum, 2007: 825) بنابراین در سنجش اینکه یک در یک اقدام، منفعت عمومی جامعه نهفته است، مرجع نظارتی خود را با این پرسش مواجه می یابد که آیا اقدام بهتری می توانست اتخاذ شود تا هدف مشابهی حاصل نماید، بنابراین مرجع مذکور نیازمند آن است که از اهداف اعمال عمومی آگاه شود. چه اینکه اگر این مرجع نداند که چه اهدافی در پس یک اقدام عمومی نهفته است و یا این که آن اهداف مبهم و نامفهوم باشند، آن گاه قادر به ارزیابی توازن اقدام مورد نظر نخواهد بود. براین اساس شایسته است که اهداف مورد نظر در قوانین و مقررات به صورت صریح و روشن بیان شوند. (مرادی برلیان، ۱۳۹۲: ۴۱) البته در عمل چنین شفافیتی در بیان اهداف کمتر دیده می شود در برخی موارد اهداف بیان شده بسیار کلی و انتزاعی هستند یا قانونگذار اهداف خود را در حاله ای از ابهام مطرح کرده است یا اهداف زیادی را برای موضوع در نظر گرفته است در همه این موارد اندازه گیری مناسب بودن ابزار انتخابی برای نهاد تشخیص دهنده منفعت عمومی بسیار دشوار خواهد بود. (Bickel, 1962: 62) اما نکته ای که باید مطمح نظر قرار گیرد آن است که اهداف عمومی را می توان در دو سطح مجزا در نظر گرفت؛ یک سطح مربوط به اهداف جزئی تری که عموماً توسط قانونگذار مشخص می گردد (مرادی برلیان، ۱۳۹۲: ۴۱) و سطح دیگر مربوط به اهداف کلی تر است که مشخص





کننده ساختار اصلی یک نظام حقوقی است که در قانون اساسی مقرر می شود. حال پس از شناسایی دقیق اهداف اقدام عمومی، سنجش اینکه کدام امر از وزن و اهمیت بیشتری برخوردار است تا به عنوان منفعت عمومی شناسایی شود، در نظریه توازن از طریق سنجه های سه گانه ضرورت، مناسبت یا شایستگی<sup>۱</sup> و تناسب<sup>۲</sup> صورت می گیرد.

ضرورت به عنوان اولین سنجه به دنبال این امر است که آیا منفعت مورد بحث تا چه میزان نسبت به منفعت رقیب از ضرورت بیشتری برخوردار است و کدام منفعت بیشتر به نیاز مبرم جامعه نزدیک تر می باشد. (بیات کمیتکی، بالوی، ۱۳۹۶: ۳۳۰) در حقیقت سنجه ضرورت به دنبال بیان این نکته است که هیچ وسیله متعادل دیگری برای بدست آوردن هدف مورد نظر قابل پیگیری نباشد، یعنی اقدام جایگزین دیگری که شامل محدودیت های کمتری است وجود نداشته باشد. (مرادی برلیان، ۱۳۹۲: ۸۲) به عبارت دیگر مداخله در اعمال یک حق در صورتی موجه بوده که هدفی مشروع را دنبال نموده و جهت نیل به آن هدف در یک جامعه دموکراتیک ضروری و گریزناپذیر قلمداد شود. (بالوی، بیات کمیتکی، ۱۳۹۶: ۲۴۲)

برای تشریح دو سنجه دیگر این توضیح لازم است که هر نظام حقوقی، برای نیل به اهداف مشروع مندرج در قانون اساسی تلاش می کند و براین اساس هر عملی که با این اهداف مناسبت و تناسب بیشتری داشته باشد، منفعت عمومی جامعه در آن نهفته است. به عبارت دیگر مراجع و سازمان های اجرایی و اداری به منظور تحقق دو هدف دولت شکل می گیرند. نخست انجام خدمات عمومی و دوم حفظ نظم عمومی که مبنای هر دو منفعت عمومی است (گرچی، ۱۳۹۵: ۵۰۱) منظور از انجام خدمات عمومی فعالیت های عام المنفعه ای است که تنها هدف آن نفع عمومی است و توسط قانونگذار یا دولت و به موجب قوانین یا مقررات تصویب و تصمیم به انجام آن گرفته شده شود. هرچند نفع عمومی به طور آزادانه توسط قوه قانونگذاری یا قوه مجریه مورد تعریف و یا شناسایی قرار می گیرد، اما



1 The Necessity Test  
2 The Suitability Test  
3 The Proportionality Test





مشروعیت برخی از خدمات عمومی از اصول قانون اساسی که بیانگر هدف نفع عمومی است سرچشمه می گیرد، به عنوان نمونه اصول سوم، بیست و یکم، بیست و هشتم تاسی و یکم، سی و چهارم، سی و پنجم و چهل و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مربوط به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است که اجرا و تحقق آنها بستگی به ایجاد خدمات عمومی دارد. (عباسی، ۱۳۸۹: ۱۵۳-۱۵۲).

کاربرد نظریه توازن در زمینه حفظ نظم عمومی نیز مطرح است. بویژه در شرایط بحرانی که دولت اختیار ایجاد برخی محدودیت ها را دارد، اهمیت بیشتری پیدا می کند. این محدودیت ها می تواند برخی حقوق بنیادین و آزادی های ملت را تحت تاثیر قرار بدهد. (گرجی، ۱۳۹۵: ۵۰۴) در اینجا اقدام دولت باید براساس سنجه های مطرح در نظریه توازن سنجیده شود تا از حیث منفعت عمومی جامعه مورد تایید یا نقض قرار گیرد.

با توجه به مطالب فوق، دومین سنجه سنجش منفعت عمومی در نظریه توازن، سنجه تناسب است. سنجش منفعت عمومی جامعه براساس سنجه تناسب، به این معناست که منفعت عمومی لازم الاجرا دانسته می شود که میان اثرات و نتایج حاصل از اقدامات اتخاذ شده و اهمیت هدف مورد نظر، تناسب وجود داشته باشد.

سنجه تناسب متشکل از سه عنصر کارایی، لزوم و تعادل است. عنصر کارایی یعنی ابزاری که جهت دستیابی به هدف و یا ایجاد محدودیت به کار برده می شود باید کارایی لازم جهت دستیابی به هدفی که ایجاد محدودیت را دنبال می کند داشته باشد. اگر با کمک یک تدبیر دستیابی به موفقیت امکان پذیر است، پس این تدبیر برای رسیدن به هدف متناسب است. عنصر لزوم می گوید که برای دستیابی به هدفی که مدنظر ایجاد محدودیت است از منظر حقوق بنیادین ملایم ترین ابزار باید انتخاب شود. به عبارت دیگر اگر برای دستیابی به اهدافی که اعمال محدودیت برای آن صورت می گیرد، ابزارهای گوناگونی وجود دارد باید ملایم ترین ابزار که در عین حال کارایی لازم را داشته باشد، انتخاب کرد. (Poto, 2007: 866) به عبارت دیگر نهاد تصمیم گیر برای دستیابی به نتایج معین طیف وسیعی از ابزار و امکانات را در اختیار دارد و از طیف گسترده، باید مناسب ترین و مقرون به صرفه ترین را انتخاب کند که کمترین آسیب را به حقوق اساسی وارد





سازد. (Turner, 2006:37) این عنصر در ادبیات حقوقی به عنوان "کمترین مزاحم" نیز تعریف شده است به این معنا که ابزار انتخابی باید کمترین مزاحمت را برای حقوق و آزادی‌ها ایجاد کند. (Gerards, 2003:482) و نهایتاً عنصر تعادل بیان می‌دارد که میان ابزار و هدف باید تعادل برقرار باشد. یعنی زمانی که هدف دولت محدود کردن یکی از حق‌ها است ابزاری که از آن بهره می‌برد نباید با محدودیت ایجاد شده و هدفی که این محدودیت را دنبال می‌کند، نامتعادل باشد. (گرچی، ۱۳۹۵: ۵۰۵) به عبارت دیگر برای آن که انجام اقدام توجیه پذیر باشد منفعت حاصله از آن، باید به طور کلی بیشتر از صدمه ای باشد که به افراد مرتبط با آن اقدام وارد می‌شود. یعنی مقام عمومی نباید اقدامی را که در بردارنده آسیبی فراتر از حدود مرتبط با هدف مورد نظر است بر افراد تحمیل نماید. (Poto, 2007:866) بنابراین به صورت خلاصه در سنجه تناسب سه مولفه مهم وجود دارد. اول اقدامات اتخاذ شده باید با دقت طراحی شود تا خودسرانه، ناعادلانه یا مبتنی بر ملاحظات غیر منطقی نباشد. دوم حقوق و آزادی‌ها را در کمترین حد ممکن تضعیف نمایند و سوم بین تاثیر اقدامات محدود کننده حقوق و آزادی‌ها با هدف تناسب وجود داشته باشد. (Sweet, Mathews, 2008, 115)

در یک پرونده<sup>۱</sup> یک افسر که با سازمان اطلاعات سابقه همکاری داشت، بازنشسته شد. بلافاصله گذرنامه وی ضبط و از مسافرت خارجی محروم گردید. توجیه دولت با تمسک به مفهوم منفعت عمومی در ضرورت محافظت از امنیت ملی و جلوگیری از انتقال اطلاعات محرمانه بود. با شکایت از این تصمیم، مرجع قضایی دریافت که ممنوعیت سفر به سختی می‌تواند یک وسیله موثر برای رسیدن به هدف که جلوگیری از انتقال اطلاعات قلمداد شود. زیرا این افسر می‌تواند با راههای دیگری این اطلاعات را منتقل کند و نیازی به حضور در خارج از کشور نداشته باشد. بنابراین این تصمیم باطل گردید زیرا کارایی لازم را برای دستیابی به هدف نداشت. (Gerards, 2003:471)

1 Least intrusive means

2 Soltsyak v. Russia (February 10, 2011, appl. no. 466/05, available at <http://www.echr.coe.int/eng>).





بر این مبنا، بایستی میان شیوه های مورد استفاده و هدف کلی که بنا است با محروم ساختن افراد از حقوقشان، محقق گردد، «ارتباط تناسبی معقولی» وجود داشته باشد. در این زمینه شرایط جبران خسارت بر اساس قانون مربوطه، موضوعی است که بایستی به هنگام ارزیابی اینکه آیا اقدامات مورد بحث، توازن منصفانه مورد نیاز را برقرار ساخته یا اینکه «بار نامتناسبی» را بر دارنده حق تحمیل نموده اند، در نظر گرفته شوند. به عنوان نمونه در یک پرونده دادگاه، مشخص نموده که تصاحب یک مال، بدون پرداخت مبلغی متعارف، معادل ارزش پولی آن، به طور کلی، مداخله ای نامتناسب در اعمال حق مالکیت فرد بوده و عدم پرداخت غرامت به موجب تنها «در شرایط بسیار خاص و استثنائی» می تواند موجه قلمداد شود. در پرونده حاضر، پرداخت هیچ گونه غرامتی به شکات، پیش بینی نگردیده است. به علاوه دولت هیچ دلیل عینی و منطقی ارائه ننموده که عدم پرداخت غرامت به شکات را توجیه نماید، لذا، دادگاه در نهایت اعلام نمود که عدم پرداخت هیچ گونه غرامت متناسبی به شکات، تأمین منفعت عمومی جامعه را مختل ساخته و در نتیجه مداخله مزبور ناموجه بوده است. (بالوی، بیات کمیتکی، ۱۳۹۶: ۲۴۹)

سومین سنجه مطرح معیار شایستگی یا مناسبت است به این معنا که آیا اقدام صورت گرفته شایسته حصول به هدف مورد نظر است؟، به عبارت دیگر اقدامات اتخاذ شده بایستی به نحو دقیق طوری طراحی شده باشد که هدف مورد نظر را محقق نماید. بر این اساس اگر اقدام انجام شده با محتوای هدف مشروع سازگاری نداشته باشد، اقدام مذکور مناسبتی با منفعت عمومی جامعه ندارد. مناسب بودن اقدام اتخاذی باید بر طبق استانداردهای عینی تعیین شود نه معیارهای ذهنی مجری. در نتیجه می توان گفت که اقدامی که هدف قانون را برآورده نمی کند یا مغایر آن است، نامناسب قلمداد می گردد. (P.Singh,2001:163)





بدین ترتیب می توان نتیجه گرفت که نظریه توازن به همراه آزمون های سه گانه آن، استعاره نیرومندی است که شیوه صحیح تصمیم گیری به عنوان یک کل را به تصویر می کشد. با این همه استعار مذکور براین امر دلالت نمی کند که برای تعیین وزن نسبی منافع متعارض می توان منافع مزبور را به یک متر اندازه گیری واحد فروکاسته و بایکدیگر مقایسه کرد بلکه نظریه توازن این امر را منعکس می کند که می توان یک قضاوت هنجاری درباره منافع متعارض انجام داد. (Evans, 2007: 4) مطابق این روش ملاحظات به نفع یک رفتار را در یک کفه ترازو و ملاحظات ضد آن را در کفه دیگر قرار داده و با مقایسه بین آن ها، قوی ترین ملاحظات مورد تصمیم گیری واقع می شوند. (بیات کمتیکی، بالوی، ۱۳۹۳: ۳۲) بر مبنای این رویکرد ابتدا باید وزن و اهمیت متعارف هر یک از دلایل تعیین شود و سپس تعارض به نفع دلیل قوی تر حل گردد. (بالوی، بیات کمتیکی، ۱۳۹۶: ۲۵۲)

در پرونده زیر که مربوط به دوران معاصر حقوق آلمان است، سنجه های سنجش منفعت عمومی، به صورت عینی به کار گرفته می شود. در پرونده Lebach، دو منفعت متعارض، آزادی گزارش اخبار رسانه ای در خصوص جرم سرقتی که به قتل چهار نفر انجامید و حیثیت مرتکب آن است. در جایی که دو منفعت مورد حمایت قانون اساسی در تعارض با یکدیگر قرار می گیرند بسیار مهم است که در پرتو شرایط پرونده تعیین شود که کدام یک بر دیگری برتری دارد و این که آیا تجاوز به سایر منافع نسبت به هدف مورد نظر ضروری، متناسب و شایسته بوده است. دادگاه نتیجه گرفت که در این پرونده حق شرافت شخصی عامل جرم باید نسبت به پخش گزارش جرم در رسانه ها برتری داشته باشد. چراکه منافع دریافت اطلاعات به طور مطلق مطلوب نیست و آثار منفی پخش گزارش اخبار از عامل جرم، می بایستی متناسب با نیاز عموم به دریافت اطلاعات و همچنین جدیت جرم باشد. جهت حمایت از عامل جرم در برابر تجاوزات ناخواسته به زندگی شخص اش و جهت تسهیل بازگشت مجدد او به جامعه، توازن میان حق عموم به دریافت اطلاعات و حق مصونیت حیثیت عامل جرم، ضروری است. (مرادی برلیان، ۱۳۹۲:





در این بخش نشان داده شد که اقدام مبتنی بر منفعت عمومی حکومت، باید براساس نظریه توازن در آزمون های ضرورت، مناسبت و تناسب شرکت داده شود تا عیار نفع عمومی بودن اقدام مذکور ارزیابی گردد.

### ۳. تحلیل رابطه مصلحت با منفعت عمومی از حیث سنجه های آنها

برای کشف ارتباط میان سنجه های مصلحت و منفعت عمومی، سنجه ها را بر حسب میزان ارتباط به سه بخش سنجه های منطبق با هم، سنجه های دارای ارتباط و سنجه های بدون ارتباط تقسیم می شود.

#### ۳-۱. سنجه های منطبق با هم

از سنجه های مصلحت، ترجیح مصالح ضروری بر نیازهای عمومی و نیازهای عمومی بر عادات و خواست های تحسینی است و از سنجه های منفعت عمومی ضرورت است به این معنا که نسبت به منفعت مورد مقایسه، کدام یک از ضرورت بیشتری برخوردار هستند. با توجه به جوهر این سنجه که میزان ضروری بودن اقدام است، این دو سنجه در مصلحت و منفعت عمومی مفهومی یکسانی دارند و می توان گفت ارتباط مطابقی میان آن ها برقرار است.



نمودار ۱: رابطه مصلحت و منفعت عمومی از حیث سنجه ضروری بودن

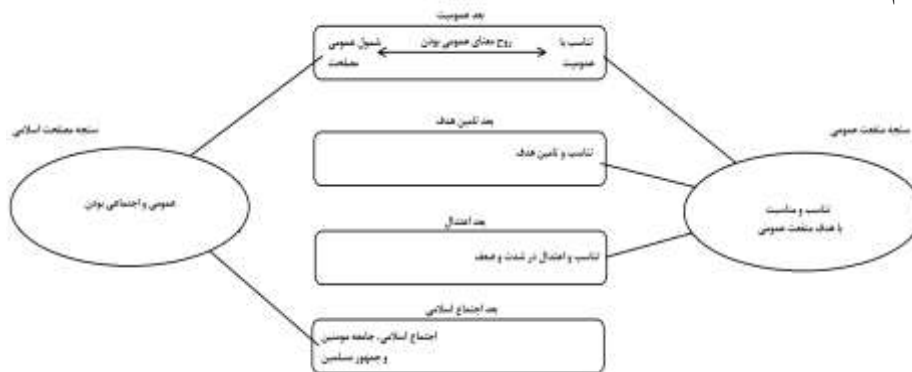




### ۲-۳. سنجه های دارای ارتباط

سنجه های اجتماعی بودن و عمومی بودن از سنجه های مصلحت است و با توجه به وصف عمومی در مفهوم منفعت عمومی و ارتباط وثیقی که میان منفعت عمومی و اجتماع برقرار است، براین مبنا سنجه های تناسب و مناسبت در مفهوم منفعت عمومی با سنجه های اجتماعی بودن و عمومی بودن ارتباط پیدا می کنند. به عبارت دیگر در سنجه های تناسب و مناسبت همانگونه که گذشت تناسب و همراهی اقدام با هدف مشروع، تعیین کننده منفعت عمومی بودن یک اقدام است. پس اگر اقدامی ارتباط بیشتری با اجتماع داشته باشد و یا مشمولین یک اقدام شمول بیشتری داشته باشند، به صورت منطقی می توان نتیجه گرفت که این اقدام تناسب و مناسبت بیشتری با هدف مشروع دارد.

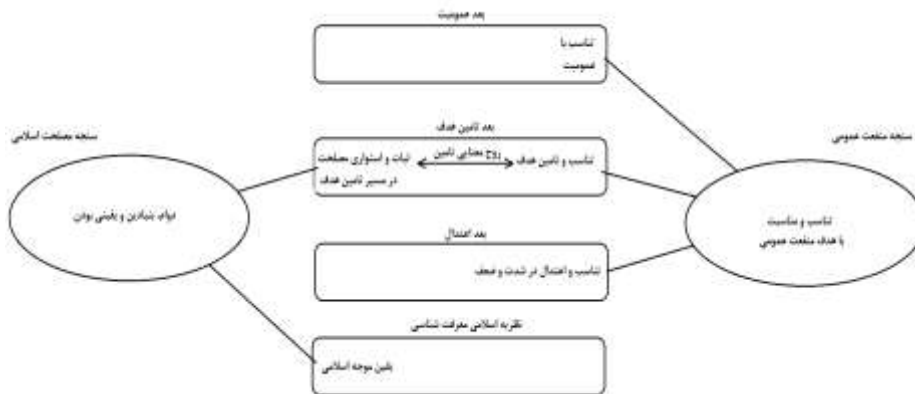
به عبارت دیگر انسان ها به دلیل ویژگی های زیستی، روانی و عقلانی متمایزشان تامین برخی نیازهای ضروری جسمی و روحی خویش را در گرو همزیستی با سایر انسان ها و زندگی در جمع می بینند. این واقعیت که انسان ها در طول تاریخ زندگی خود به گونه ای تحول و تطور یافته اند که رشد پاره ای از ویژگی های ایشان مانند ذهن و زبان و رفع بیشتر نیازهای آنان اعم از مادی، روانی و عقلی بدون زیستن با یکدیگر ممکن نیست، موجب می شود تا بتوانیم به نحوی عقلانی ارتباط مفهوم منفعت عمومی با اجتماع و عموم را استدلال کنیم. (بالوی، بیات کمیتکی، ۱۳۹۶: ۲۵۴)



نمودار ۲: رابطه مصلحت و منفعت عمومی از حیث سنجه عمومی و اجتماعی بودن



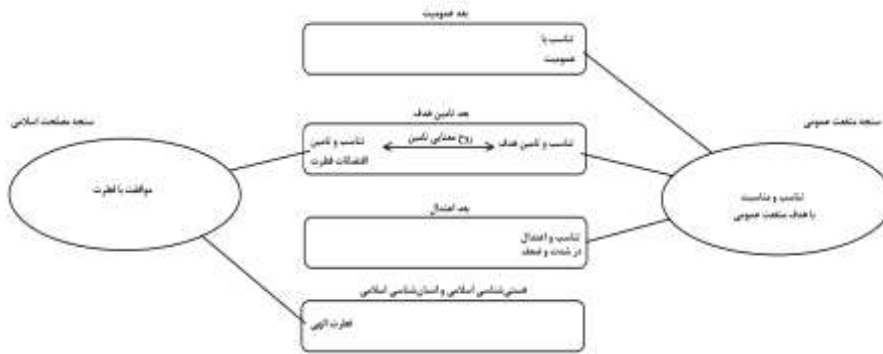
به همین ترتیب ارتباط سنجہ های دوام، بنیادین و یقینی بودن مصلحت با سنجہ های تناسب و مناسبت منفعت عمومی کشف نمود. به این معنا که هرچه اقدامی بنیادین تر بوده و دوام و اتقان بیشتری داشته باشد، می توان نتیجه گرفت که با هدف مشروع مورد نظر ارتباط محکم تری برقرار می کند و در نتیجه از تناسب و مناسبت بیشتری با هدف مقرر برخوردار است.



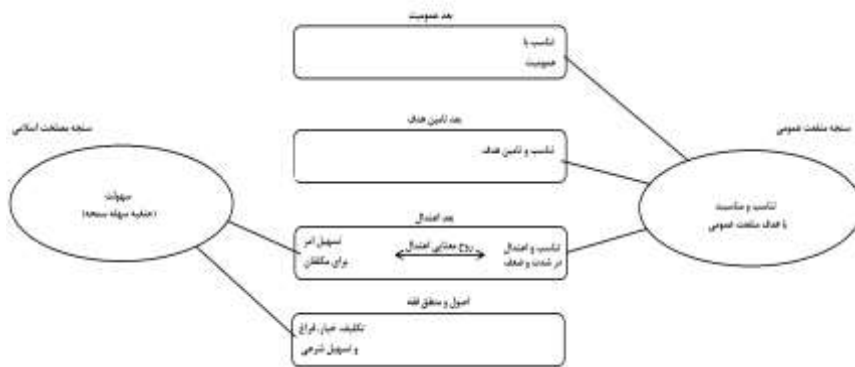
نمودار ۳: رابطه مصلحت و منفعت عمومی از حیث سنجہ دوام، بنیادین و یقینی بودن

اما در خصوص سنجہ دیگر مصلحت با عنوان موافقت با فطرت، طبیعت مکلفان و سهولت با سنجہ های منفعت عمومی نمی توان با قوتی که برای موارد فوق استدلال شده، آن را با یکدیگر دارای رابطه کاملی دانست. به دلیل اینکه این موارد را از جهتی می توان دارای سبقه دینی دانست و همان اقتضای تشریح بر وفق فطرت و طبیعت مکلفان است که با توجه به جنبه مادی داشتن منفعت عمومی، ارتباط کاملی با سنجہ های این مفهوم پیدا نمی کند لیکن از جهت دیگر موافقت اقدامی با فطرت و طبیعت افراد می تواند در راستای هدف مشروع دیده شود و از این جهت با سنجہ های تناسب و مناسبت مرتبط می شود.





نمودار ۴: رابطه مصلحت و منفعت عمومی از حیث سنجه موافقت با فطرت و طبیعت مکلفان  
 اما در خصوص سنجه سهولت می توان به نحو آشکارتری آن را دارای رابطه با سنجه تناسب در مفهوم منفعت عمومی دانست. زیرا همانطور که گذشت یکی از اصول سنجه تناسب لزوم بود به این معنا که برای رسیدن به هدف باید ملایم ترین نوع ابزار انتخاب شود که از این جهت به نظر می رسد که سنجه سهولت با تناسب ارتباط کامل تری برقرار می کند.



نمودار ۵: رابطه مصلحت و منفعت عمومی از حیث سنجه سهولت

### ۳-۳. سنجه های بدون ارتباط

از سنجه های مصلحت اخروی و دینی و دنیوی بودن مصلحت و اقریبیت مصلحت به مقاصد کلان شریعت است و با توجه به این که مسائل مرتبط با منفعت عمومی دارای جنبه مادی بوده و اخروی و دینی بودن در آن مطرح نیست و به همین ترتیب در منفعت عمومی

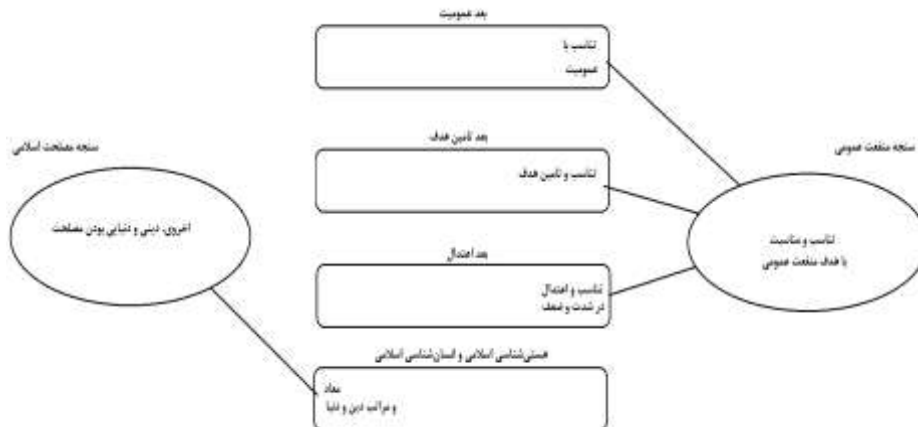




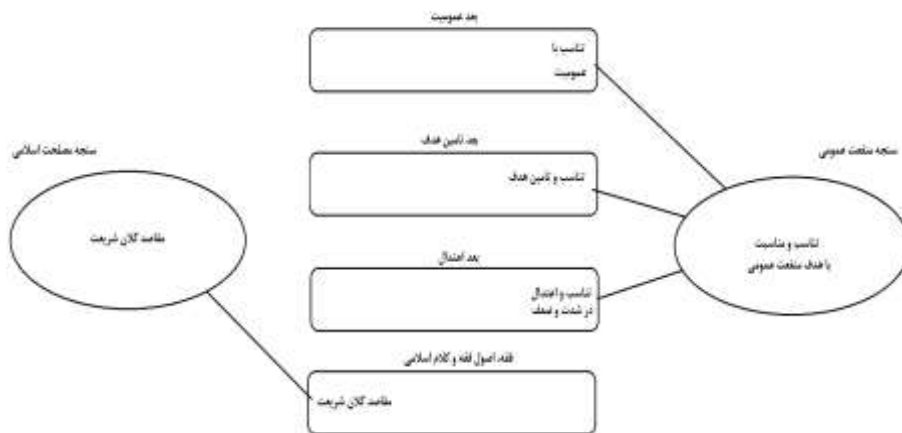
مقاصد کلان شریعت مورد اتکا نبوده، می توان نتیجه گرفت که میان این سنجه ها با سنجه های منفعت عمومی ارتباطی متصور نیست.



تحلیل بر رابطه سنجه های منفعت در حقوق ایران و منشأ عمومی در حقوق غرب



نمودار ۶: رابطه مصلحت و منفعت عمومی از حیث سنجه اخروی و دینی بودن



نمودار ۷: رابطه مصلحت و منفعت عمومی از حیث سنجه اقریبت به مقاصد کلان شریعت

به طور کلی از مقایسه سنجه های مصلحت و منفعت عمومی، چند نتیجه زیر حاصل می

شود:





الف) روش سنجش منفعت عمومی از پیچیدگی مثبت کمتری نسبت به روش سنجش مصلحت برخوردار است. از منظر نظریه پیچیدگی سامانه، منظور از "پیچیدگی مثبت"، آن بخشی از محتوای سازوکاربخش به سامانه است که اجازه رفتارهای متنوع، تطبیق‌پذیر، پیچیده، تکامل‌یابنده و سازگار با شرایط مختلف محیطی و عملکردی را به سامانه می‌دهد. به دیگر سخن، هر چه محتوای موتور درونی پیچیدگی یک سامانه، ساده‌تر باشد، از عهده وظایف ساده‌تری بر می‌آید و هر چه محتوای درونی پیچیدگی یک سامانه، از پیچیدگی مثبت بیشتری برخوردار باشد، با سامانه‌ای قوی‌تر، غنی‌تر و پیچیده‌تر و پیشرفته‌تر روبرو هستیم. طبق این نظریه، روند عمومی ایجاد و تکامل و ظهور و بروز سامانه‌ها در جهان هستی و آفرینش، روندی رو به پیچیدگی را نشان می‌دهد. مثلاً مغز انسان، بسیار پیچیده‌تر از سازوکارهای حیات باکتریایی است و از این رو، مغز انسان را می‌توان بسیار کارآمدتر از سازوکارهای حکمرانی حاکم بر بدن یک باکتری یافت. از این رو بدن انسان از عهده پردازش‌ها و رفتارهایی بر می‌آید که سازوکار حاکمیتی باکتری، قادر به اجرای آن نیست. مثلاً بدن انسان می‌تواند میلیاردها سلول را مدیریت، تغذیه، تنظیم و هماهنگ‌سازی برای ادامه مسیر زندگی و حیاتمندی، اداره کند و مدیریت کند. ولی بدن باکتری، تنها و تنها، از یک تک سلول تشکیل شده است. برای اداره جامعه‌ای پیچیده در شرایط پیچیده و برای بروز رفتارهای متناسب با پیچیدگی‌های درونی مسائل، بایستی سامانه‌های حکمرانی، تصمیم‌سازی، تصمیم‌گیری داشت که به اندازه کافی از پیچیدگی مثبت و غنای سازوکارهای درونی برخوردار باشد. اما در مقابل روش سنجش منفعت عمومی یک سامانه "ساده"، "باز"، "عصری" و صرفاً بنا شده بر روی بخشی از واقعیت‌های موجود اجتماع است.

ب) در سازوکار سنجش منفعت عمومی، تکیه خوبی به موضوع "جبران و اعاده" شده است که به نظر می‌رسد در سامانه مصلحت اسلامی، نیاز به پررنگ‌تر سازی آن (متناسب با اقتضات زمان و مکان) باشد. البته درست است که در صورت تراحم بین دو مصلحت، خسارتی که به واسطه منافعی که از ناحیه مصلحت مهم عاید خسارت دیده می‌شود جبران می‌شود اما مواردی نیز هست که مصلحت مهم برای زیان دیده مفید نیست و به میزان





مصلحت مهم فوت شده، فوایدی از طریق مصلحت اهم نصیب زیان دیده نمی گردد. (عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۲۳۴) در چنین مواردی اگر جبران ضرر توسط حکومت اسلامی ممکن باشد، این کار باید صورت گیرد. بنابراین اگر لازم شود بنا به مصلحتی، یک حکم شرعی موقتا یا به صورت طولانی مدت تعطیل شود، می توان از سامانه مصلحت اسلامی این انتظار را داشت که در صورتیکه اجرای یک امر مصلحتی، موجب تحمیل بار نامتناسبی بر صاحب حق گردید اعمال نوعی سازوکارهای تضمین "اعاده حقوق شرعی و خصوصی و عمومی" و "جبران خسارتهای شرعی و خصوصی و عمومی" دیده شود. مثلا اگر بنا به مصلحت، لازم می شود که بخشی از تسلط افراد بر ما یملک خویش محدود شود، می توان جبرانی برای آن در قالب قانون گذاری دیده شود یا اگر لازم می شود که در حکمی بر خلاف نظر مشهور علماء به دلیل مصلحت عمل شود، مکانیزمی برای جبران تبعات و اثرات ناسازگاری های احتمالی اجتماعی میان آن حکم استثناء و مابقی احکام اجتماعی دیده شود. لاقلا امر، الزام سازوکارهای قانونی به بازبینی منظم قانون برای اطمینان حاصل کردن از برقرار بودن پنجره زمانی الزام مصلحتی و بقای زمانی آن ترجیح است.

ج) در مجموع می توان حکمرانی اسلامی را از منظر سنجش مصلحت، یک حکمرانی "معناگرا-عملگرا و اصولی" دانست. ولی در سمت مقابل، حکمرانی مادی را از منظر تشخیص منافع عامه، یک حکمرانی صرفا "عملگرا و عصری و نسلی" به حساب آورد. حکمرانی اسلامی بایستی به دلیل رویکرد معناگرا و اصولی خود، سعی کند که تضادهای عملگرایی را در درون خود (با تکیه بر پیچیدگی مثبت سایبرنتیکی و غنای سازوکارها) حل کند. روش غربی (هم در علم مدرن و هم در حکمرانی آن) روشی تجربی، دارای تکیه بر مصادیق، متعین، در بسیاری از موارد جزءنگر، مادی گرا و حریصانه است. اما روش شرقی (هم در علم دوران اسلامی و هم در حکمرانی جدید و قدیم آن) تکیه بر عقلانیت (اعم از عرفی، شرعی، بشری، الهی، جزئی، کلی، تجربی، تحلیلی و ...) و تکیه توأمان بر صحت و تمامیت معنایی و یکپارچگی سامانه در حل تعارضات است. این مهم در سیره حکمرانی امام خمینی در دهه ۶۰ و جانشین ایشان مشاهده می شود که تاکید دارند





که اسلام بن بست ندارد و نایستی کاری کرد که جهانیان تصور کنند اسلام در اداره جوامع پیچیده امروزی، ناتوان است.

### نتیجه گیری

در این مقاله، سنجه های مصلحت شامل محوریت شریعت و مقاصد و غایات آن، اخروی، دینی و دنیوی بودن، تقدم جامعه بر فرد، ضروری بودن، میزان دوام، اتقان و بنیادین بودن، موافقت مصلحت با فطرت، طبیعت مکلفان و سهولت؛ همسویی با تکوین و سنجه های سنجش منفعت عمومی شامل ضرورت، تناسب و شایستگی و مناسبت تبیین گردید و ارتباط آن ها با یکدیگر مورد بررسی قرار گرفت. براین مبنا ارتباط میان سنجه های مذکور در سه نوع سنجه منطبق با هم، دارای ارتباط کامل و بدون ارتباط با یکدیگر تقسیم بندی شد. از تحلیل ارتباط میان این سنجه ها موارد زیر را به صورت نتیجه تحقیق می توان برشمرد:

۱. برای سنجه های مصلحت و هم سنجه های منفعت عمومی نمی توان بار ارزشی یکسانی را تعریف نمود و براین اساس در هر موضوعی و با توجه به جمیع خصوصیات و ویژگی های امر باید ارزیابی مستقلی صورت گیرد.
۲. استفاده ای که از سنجه های تناسب و شایستگی در ارتباط با سنجش مصلحت می تواند کرد این است که آیا هدف قانونگذار از آن درجه از اهمیت برخوردار است که مصوبه مجلس که مغایر شرع یا قانون اساسی تشخیص داده شده به صورت موقت اجرا گردد. در این جا بیان هدف قانونگذار به صورت روشن و سپس ارزیابی میزان مشروعیت آن بسیار مهم است زیرا مبنای این سنجش به شمار می رود.
۳. روش جبران و اعاده خسارت بار نامتناسبی که در نتیجه اعمال تشخیص موضوع وارد شد، در مفهوم منفعت عمومی تکامل یافته تر است و در مجموع به نظر می رسد که این نگاه در سنجش مصلحت می تواند مورد استفاده قرار گیرد.
۴. نکته مهم در بحث سنجش مصلحت چارچوب مضاعف آن مبتنی بر معناگرایی در عین عملگرا بودن که بر اصول مقرر در شریعت نیز نظر دارد و این مدل، توانایی شگفت





آوری به آن در حل تعارضات داخلی می دهد ولی در نگاه منفعت عمومی، عملگرا بودن مبتنی بر نگاه مادی می تواند جامعه را به سوی سوق دهد که سعادت اخروی و امور اخلاقی در آن تضعیف شوند.

۵. با توجه به سنجه های ذکر شده در مقاله، روش سنجش منفعت عمومی از پیچیدگی مثبت کمتری نسبت به روش سنجش مصلحت برخوردار است. این امر موجب می شود سنجش مصلحت با نگاهی جامع تر و انعطاف پذیرتر با توجه به اقتضائات یک جامعه پویا صورت گیرد.

### منابع

- ۱) ابن منظور، ۱۴۰۸ق، لسان العرب، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
- ۲) ایزدهی، سید سجاد، ۱۳۹۲ش، ضوابط مصلحت در فقه شیعه، فصلنامه سیاست متعالیه، ش ۱.
- ۳) -----، ۱۳۹۳ش، مصلحت در فقه سیاسی شیعه، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ۴) بالوی، مهدی، بیات کمیتکی، مهناز، ۱۳۹۶ش، دولت حق بنیاد، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- ۵) البوطی، محمدسعیدرمضان، ۱۳۸۴ش، مصلحت و شریعت، مبانی، ضوابط و جایگاه مصلحت در اسلام، ترجمه اصغر افتخاری، تهران، گام نو.
- ۶) بیات کمیتکی، مهناز، بالوی، مهدی، ۱۳۹۶ش، روش حل تعارض حقوق فردی و منافع جمعی در رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۷۷.
- ۷) تولایی، علی، ۱۳۹۱ش، نگرشی تاریخی بر جایگاه مصلحت در فقه امامیه، قم، بوستان کتاب.
- ۸) حاج زاده، هادی، ۱۳۹۳ش، مفهوم منفعت عمومی، گزارش پژوهشی پژوهشگاه شورای نگهبان.





- ۹) حبیب نژاد، سید احمد، ۱۳۸۳ش، تشخیص مصلحت در آینه فقه و حقوق، قم، مرکز پژوهش های اسلامی صدا و سیما.
- ۱۰) حرعاملی، محمد بن حسن، ۱۳۹۸ق، وسائل الشیعه، تهران، مکتب الاسلامیه.
- ۱۱) حکیم، محمد تقی، ۱۹۷۹م، الاصول العامه للفقہ المقارن، قم، موسسه آل البیت.
- ۱۲) جباری، جواد، شیبانی، عادل، ۱۳۹۵ش، اندیشه منفعت عمومی در نظام حقوقی ایران، مجموعه مقالات همایش همایش نقش و جایگاه منفعت عمومی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری، تهران، انتشارات فکر سازان.
- ۱۳) الجوهری، اسماعیل بن حماد، ۱۴۰۴ق، صحاح اللغه، بیروت، دارالعلم.
- ۱۴) (امام) خمینی، روح الله، ۱۴۱۵ق، البیع، تهران، موسسه نشر اسلامی.
- ۱۵) راسخ، محمد، ۱۳۹۳ش، مفهوم مصلحت عمومی؛ حق و مصلحت، تهران، نشر نی.
- ۱۶) راسخ، محمد، بیات کمیتکی، مهناز، ۱۳۹۱ش، مصلحت در ترازوی عدالت، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۸.
- ۱۷) رحمت الهی، حسین، پناهی بروجردی، زهرا، ۱۳۹۰ش، بررسی تطبیقی مصلحت در مکاتب فردگرا و جمع گرای غربی و فقه امامیه، فصلنامه حقوق اسلامی، ش ۲۸.
- ۱۸) دهخدا، علی اکبر، ۱۳۷۷ش، لغتنامه، تهران، دانشگاه تهران.
- ۱۹) دهقان چاچکامی، حمید، ۱۳۹۰ش، جایگاه مصلحت در قانونگذاری کیفری ایران، قم، بوستان کتاب.
- ۲۰) سبحانی، جعفر، بی تا، فروغ ابدیت، قم، مرکز انتشارات دارالتبلیغ اسلامی.
- ۲۱) صرامی، سیف الله، ۱۳۸۰ش، احکام حکومتی و مصلحت، تهران، مرکز تحقیقات استراتژیک.
- ۲۲) صدر، سید محمدباقر، ۱۳۹۹ق، اقتصادنا، بیروت، دارالتعارف المطبوعات.
- ۲۳) فیاض، محمد اسحاق، ۱۴۱۰ق، محاضرات فی اصول الفقه، تقریرات درس آیت الله خوئی، قم، انتشارات دارالهادی.
- ۲۴) عباسی، بیژن، ۱۳۸۹ش، حقوق اداری، تهران، دادگستر.
- ۲۵) علیدوست، ابوالقاسم، ۱۳۹۴ش، فقه و مصلحت، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.





۲۶) عمید زنجانی، عباسعلی، ۱۳۸۶ش، قواعد فقه بخش حقوق عمومی، تهران، انتشارات سمت.

۲۷) -----، ۱۳۸۴ش، قواعد فقه سیاسی (مصلحت)، تهران، امیرکبیر.

۲۸) کلینی، محمد بن یعقوب، بی تا، الکافی، ترجمه و شرح حاج سید جواد مصطفوی، تهران، علمیه اسلامیة.

۲۹) گرجی ازندریانی، علی اکبر، ۱۳۹۵ش، حقوقی سازی سیاست، تهران، خرسندی.

۳۰) مرادی برلیان، مهدی، ۱۳۹۲ش، اصل تناسب در نظام حقوقی اتحادیه اروپایی با نگاهی به آرای دیوان عدالت اداری، تهران، خرسندی.

۳۱) ملک افضلی اردکانی، محسن، ۱۳۹۵ش، سنجه های تشخیص مصلحت نظام از منظر فقه سیاسی اسلام، دو فصلنامه مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ش ۳۳.

۳۲) میراحمدی، منصور، ۱۳۹۳ش، ملاحظاتی بر چالش های فقه سیاسی، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

۳۳) منصوریان، ناصرعلی، شیبانی، عادل، ۱۳۹۵ش، مفهوم منفعت عمومی و جایگاه آن در قانونگذاری ایران، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، ش ۷۵ و ۷۶.

34) Aleinikoff, T. A.,(1987) "Constitutional Law in the Age of Balancing", Yale Law Journal, Vol. 96.

35) Alec Stone Sweet, Jud Mathews,(2008) Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, Yale University,p115.

36) Alexy, R.,(2002) A Theory of Constitutional Rights, Oxford: Oxford University Press.

37) Bickel, Alexander,(1962).The Least Dangerous Branch: The Supreme Court At The Bar Of Politics ,62-63 and 214-215.

38) Cf. Ian Turner, (2006) Judicial Review, Irrationality and the Review of Merits, 15 NOTTINGHAM L.J. 37, 40.

39) Cohen-Eliya , Iddo Porat,(2010) American balancing and German proportionality: The historical origins international Journal of Constitutional Law, Volume 8, Issue 2,p263.

40) Dennis v.United States, (2009) Noted in Tsakyrakis, No 341 U.S.494,524-25. p.470.

41) Evans, S. and Stone A., (2007) "Balancing and Proportionality: A Distinctive Ethic"Draft for discussion at the VII World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, 11-15 June 2007.

42) Gardbaum, s .(2007), Limiting Constitutional Rights, UCLA Law Review,Vol 54.



- 43) Gerards ,Janneke,(2013) How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights, International Journal of Constitutional Law, Volume 11, Issue 2, Pages 466–490.
- 44) Klatt Matthias , Meister Moritz, (2012) Proportionality—a benefit to human rights? Remarks on the I·CON controversy, International Journal of Constitutional Law, Volume 10, Issue 3, Pages 687–708.
- 45) Law, D.,(2005) "Generic Constitutional Law", Minnesota Law Review, Vol.89.
- 46) Meyerson, D.,(2007) "Why Courts Should Not Balance Rights against the Public Interest", Melbourne University Law Review, Vol. 31.
- 47) P.singh, M.,(2001)German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer.
- 48) Poto,M, (2007)The Principe of Proportionality in Comparative Perspective, German Law Journal,Vol 8, No 9.
- 49) Rivers, J.,(2006) "Proportionality and Variable Intensity of Review", Cambridge Law Journal, Vol. 65 (pp 174 180).
- 50) Soltsyak v. Russia (2011), appl. no. 466/05, available at <http://www.echr.coe.int/eng>.
- 51) The Former King of Greec and Others v. Greec,(2000) Judgment of 23 Series A.
- 52) Thomas,R. ,(2000) Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law, Oxford, Hars Publishing.
- 53) Van Gerven, W.,(1999) "The Effect of Proportionality on the Actions of Member State of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe", Principle of Proportionality in the Laws of Europe, (ed.) Evelyn Ellis, Oxford: Hart Publishing.

