

فصلنامه علمی- پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ویژه‌نامه پیشگیری از جرم و حقوق، زمستان ۱۳۹۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۰۷

صص ۶۴۷ - ۶۶۷

## کارکرد تطبیقی عنوان مصلحت در نظام‌های حقوقی ایران و کامن‌لا

محمد مهدی رهبری<sup>۱</sup>، دکتر حمیدرضا علی‌کرمی<sup>۲\*</sup>

- ۱- دانشجوی دکتری تخصصی حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد اراک، دانشگاه آزاد اسلامی، اراک، ایران
- ۲- استادیار حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد اراک، دانشگاه آزاد اسلامی، اراک، ایران

### چکیده

عنوان مصلحت از اصطلاحات با سابقه، در فقه و حقوق است. این اصطلاح کارآمد، در نظام حقوقی ایران، در گرایش‌های مختلف حقوقی، کاربرد رایج و مبهمی دارد. از سوی دیگر، در نظام عرفی کامن‌لا، تقسیم‌بندی حقوق عمومی، جزا و خصوصی مشهود و کارآمد نیست، و با حقوق ایران تفاوت‌های اساسی دارد؛ اصولاً، در نظام نوشته‌ی ایران کلی‌نگری، و در نظام رویه‌ای کامن‌لا، جزئی‌نگری حاکم است. به همین خاطر، عنوان مصلحت دارای تعابیر و تفاسیر مختلفی است؛ با این ترتیب، در کامن‌لا، با تکثیر و افزایش عنوان، و در ایران با تفسیرهای متفاوت و نسبی، اصطلاح مصلحت مواجه خواهیم شد. بررسی دقیق کارکرد این ابزار، جهت درک جامع و آگاهی از آثار، جایگاه و جلوگیری از سوءاستفاده از استناد به مصلحت، اهمیت دارد. کوشش بر آن است، جهت شناسایی کارکرد حقوقی اصطلاح مصلحت، ابعاد آندر نظام‌های حقوقی فوق و تقسیم‌بندی‌های مختلف حقوقی با تمرکز بر مصلحت در حقوق نمایندگی تبیین شود.

**واژگان کلیدی:** مصلحت، مصالح، اصیل، نماینده، نظام حقوقی ایران، نظام حقوقی کامن‌لا.

## مقدمه

عنوان مصلحت، از قدیم الایام در علوم انسانی، به خصوص در فقه و علم حقوق مورد استعمال است. کاربرد این عنوان مهم، علاوه بر توجه به مدلول‌های مطلوب و آرمانی، مجرای برای عدول از قواعد و حقوق بنیادین بشر قلمداد شده است. ضروری است، جهت شناخت بیشتر، درک جامع از آن، آگاهی از آثار، جایگاه و جلوگیری از سوءاستفاده از استناد به مصلحت، با توجه به گرایش‌های حقوق و نظام حقوقی کامن‌لا تحلیل شود.

در مورد پیشینه‌ی پژوهش، در خصوص بررسی تطبیقی عنوان مصلحت با نظام حقوقی کامن‌لا، سابقه‌ای آشکار نیست. لیکن، در مورد بررسی فقهی مصلحت، پژوهش‌های زیادی در علوم فقهی و اصولی انجام شده است؛ از این‌رو، رویکرد فقهی و اصولی، خارج از بحث مقاله است، و محور بحث به حقوق کنونی ایران و نظام حقوقی کامن‌لا تمرکز دارد. به علاوه، در خصوص بررسی تطبیقی عنوان مصلحت در گرایش‌های مختلف حقوق تانکنونی پژوهش مستقلی انجام نشده است؛ بلکه، پژوهشگران حقوقی به بررسی گرایش خود، اکتفا نموده‌اند. از نوآوری‌های پژوهش حاضر، بررسی تطبیقی عنوان مصلحت، در گرایش‌های مختلف حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا است.

این سوال اساسی مطرح هست که، عنوان مصلحت در نظام حقوقی ایران چه کارکرد و جایگاهی دارد؟ به نظر می‌رسد، بر مبنای تفاوت‌های نظام حقوقی، ابزار مصلحت جایگاه یکسانی در نظام حقوقی ایران و کامن‌لا ندارد. در نظام حقوقی ایران، مصلحت در قوانین مختلف از جمله: قانون مدنی، جزا و قانون اساسی و... استعمال شده است؛ اما، کارکرد این اصطلاح در قوانین با یکدیگر، یکسان و همسان نیست. از این روی، تفاوت عملکرد مصلحت، به تفکیک گرایش‌های مختلف حقوقی ارتباط و مناسبت دارد. بنابراین، جهت شناخت دقیق کارکرد ابزار مصلحت، عنوان مصلحت در گرایش‌های: حقوق عمومی، حقوق جزا، حقوق خصوصی، بررسی خواهد شد.

از طرف دیگر، در حقوق عرفی کامن‌لا، رویه‌ی قضایی، نقش قانون برای دادگاه‌ها را ایفاء می‌نماید. به - همین دلیل، دقت قضات رسیدگی‌کننده، باعث ازدیاد و تکثیر عناوین معادل با اصطلاح مصلحت شده است. همچنین، در حقوق کامن‌لا، تقسیم‌بندی‌های فوق‌الاشعار مورد اهتمام نیست؛ و بر آن اصرار نمی‌شود و پیامد زیادی هم ندارد. (هداوند، ۱۳۹۵: ج ۱، ۱۴۴)

در ادامه، سعی شده است به مسائل فوق پاسخ مناسبی ارائه شود. ترتیب بیان مطالب به این صورت است که، ابتدا عنوان مصلحت در حقوق ایران، با توجه به تقسیم‌های مختلف حقوقی مفهوم مصلحت در حقوق عمومی، جزا و خصوصی بررسی خواهد شد. و بعد از آن، در نظام حقوقی کامن‌لا بررسی تطبیقی انجام می‌شود.

## کارکرد مصلحت در نظام حقوقی ایران

در آغاز، به بررسی لغوی مفهوم مصلحت، و سپس معنای اصطلاحی آن می‌پردازیم.

### مفهوم مصلحت در لغت

مصلحت در لغت، به معنی: «آنچه باعث خیر و صلاح و نفع و آسایش انسان باشد» تعبیر شده است. (عمید، ۱۳۸۳: ۱۰۴۳) به علاوه، در منبع دیگر، آنچه صلاح و سود شخص یا گروهی در آن باشد؛ خیراندیشی، کار نیک، آنچه صلاح شخصی باشد، در حالی که به ضرر اشخاص دیگر و جامعه تمام شود. (معین، ۱۳۸۷: ۱۰۷۸) و مترادف با: «خیر، صلاح، صلاح‌جویی، صواب دید، خیراندیشی، خیرخواهی» دانسته شده است. (خداپرستی، ۱۳۷۶: ۳۸۰)

## مفهوم مصلحت در اصطلاح

مصلحت در معنای فراگیر آن، مفهومی کلی و مطلوب است که تمامی اقشار و جوامع به آن ارجح می‌نهند. در این خصوص، نقل شده است: «یکی از اهداف و آرمان‌های فطری و غریزی انسان آن است، که همیشه درصدد است که به منافع و مصالح خود دست یابد، خواه آن مصالح و منافع، شخصی و خصوصی و یا عمومی و نوعی باشند». (مرعشی، ۱۳۷۱: ص ۱۲)

در تعریف اصطلاحی مصلحت در میان نویسندگان حقوقی، گفته شده است: «به جلب منفعت و دفع ضرر (رفع مضرت) مصلحت گویند». (انصاری؛ طاهری، ۱۳۸۸: ۱۸۶۱) در منبع دیگر، به معنی «منفعت» ذکر شده است (زراعت، ۱۳۸۸: ۲۷۱). همچنین، برخی از نویسندگان برای مصلحت دو رکن، «سودمندی و خوب بودن» را در نظر گرفته‌اند؛ از این رو، تعریف مصلحت به پسندیده و خوب یا تفسیر آن به منفعت را تعریفی تک بعدی و ناقص قلمداد نموده‌اند. (زنجانی، ۱۳۹۰: ص ۲۰۱) افزون بر آن‌ها، در تعریف مناسبتر، مصلحت به معنی: «جلب نفع و دفع ضرر به نظر اکثر؛ تأمین اهداف شارع، که عبارت است از مواظبت دین و حیات آدمی و عقل و نسل و اموال» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۲۸۱) تعبیر شده است.

به نظر می‌رسد، مفهوم مصلحت در اصطلاح، امری مطلوب هست که دارای تعاریف ذهنی و عینی مختلفی است. به این تفصیل که، در تعریف ذهنی مصلحت، هر امر مطلوب و آرمانی است که ذهن آن را پدید می‌آورد و به مطلوب بودن و سودمندی آن تردید ندارد؛ از این رو، این مفهوم ذهنی مصلحت، می‌تواند مترادف با انصاف، عدالت، اخلاق، نظم، امنیت، سلامت و امثال آن باشد، که می‌تواند منبع و مبنای استنباط و اجرای بسیاری از مسائل حقوقی باشد؛ به همین جهت، ممکن است، در استعمال از ابزار مصلحت در مفهوم ذهنی، عین اصطلاح مصلحت نوشته نشود و مفهوم مصلحت نقش نانوشته‌ی خود را ایفاء نماید. مثلاً، وکیل باید مصلحت موکل را رعایت نماید، به مفهوم ذهنی و آرمانی مصلحت اشاره دارد.

از سوی دیگر، مصلحت، در مفهوم عینی، ابزاری در جهت تأمین اغراض و ضرورت‌های، قانونگذار یا اصیل یا هر دو آن‌ها می‌باشد؛ که بر خلاف حق شکل گرفته شده، اهدافی را لازم فرض نماید، که باعث عدول از حقی مسلم و شکل گرفته شده خواهد شد. از این رو، اصولاً مفهوم عینی مصلحت، ابزاری جهت اجرای، قاعده ثانویه، خلاف قاعده، خلاف عرف و خلاف رویه استعمال می‌شود. دیگر اینکه، اغلب، در مفهوم عینی مصلحت، عین اصطلاح مصلحت، نوشته و درج می‌شود. مثالی که برای مفهوم عینی مصلحت می‌توان بیان نمود، اجازه ولی در نکاح قبل از بلوغ دختر، مشروط به رعایت مصلحت است؛ از این جهت که، به عنوان قاعده، نکاح قبل از بلوغ جایز نیست؛ رعایت مصلحت در اینجا، ابزاری جهت عدول از قاعده پیش‌بینی شده است.

نتیجه اینکه، مفهوم ذهنی مصلحت، مسلماً نقش ذهنی و آرمانی خود را در هر امری که مطلوب و سودمند باشد، بر عهده دارد؛ لیکن، هدف از مصلحت در مفهوم عینی، اجرای اغراض اعطاء کننده مصلحت (شارع یا اصیل) هست، که بر مبنای گرایش و جایگاه آن، نقش و مفاهیم متفاوتی دارد.

به این ترتیب، کلی و نسبی بودن مفهوم مصلحت، باعث بروز چالش‌هایی در تعریف اصطلاحی مصلحت به ویژه در مفهوم عینی و کاربردی آن شده است، که بررسی آن‌ها ضروری است.

## چالش‌های تعریف مفهوم مصلحت

با بررسی تعاریف موجود در مفهوم مصلحت، چالش‌هایی در تعریف مفهوم مصلحت وجود دارد، که این چالش‌ها از قرار زیر هستند:

۱. مبهم و کلی بودن، مفهوم مصلحت: مصلحت عنوان کلی و مبهمی است که نمی‌توان به صورت دقیق و فراگیری آن را تعریف نمود. در تائید این مطلب، گروهی از حقوقدانان، مصلحت را مفهومی مبهم و نامشخص تلقی نموده‌اند؛ در این راستا، اظهار داشته‌اند: «این امر که، وکیل بر اساس مصلحت موکل عمل کرده یا خیر؟ مصلحت واژه مبهم و کش‌داری است...» (نوبین، ۱۳۸۷: ۱۰۴). بنابراین، مفهوم مصلحت، مبهم و کلی است.

۲. خدعه آمیز بودن مفهوم مصلحت: مصلحت هر چند برای تبیین منفعت و ضرورت‌های موجود کارایی مناسب و مثبتی دارد؛ به همان نسبت، می‌تواند ابزاری برای سوء استفاده و تقلب نسبت به قانون و اجرای حقوق اصیل باشد. برخی از نویسندگان، در تائید این مطلب اظهار داشته‌اند: «آن دسته از متفکران غربی که به بررسی مصلحت عمومی پرداخته‌اند، معمولاً دچار این بحران ذهنی شده و مصلحت را مفهومی مبهم و مغشوش تلقی کرده‌اند و به این دلیل که این مفهوم مطلقاً یا غالباً مصادق خارجی ندارد، تعریف آن را دشوار و در مباحث سیاسی خدعه آمیز خوانده‌اند؛ و دست آخر سرپوش زیرکانه‌ای برای پنهان کردن صورت واقع تصمیماتی دانسته‌اند، که سیاست مداران و مقامات دولتی عملاً به قصد تأمین بیشترین منافع مادی اتخاذ کرده‌اند». پس، مصلحت می‌تواند ابزاری جهت، سوءاستفاده و تقلب نیز با عنوان آرمان‌گرایی و مثبت‌اندیشی قرار گیرد؛ از این جهت، باید در استفاده از آن دقت و احتیاط نمود.

۳. نسبی بودن مفهوم مصلحت: مصلحت مفهومی است که بنا به زمان، مکان و موضوع مورد استناد، مورد تغییر و تعدیل قرار خواهد گرفت. در تائید این مطلب، برخی از پژوهشگران، مصلحت را عبارتی پیچیده فرض نموده‌اند؛ که ممکن است با دیدگاه‌های مختلف مواجه شود؛ و اظهار شده است: «ممکن است، امری از نظر کسانی منصفانه و متکی به مصلحت باشد، ولی، انجام همان امر از نظر عده‌ای دیگر غیرمنصفانه و مغایر با مصلحت تلقی شود». (دهقان، ۱۳۹۱: ۵۷). به عنوان مثال، رعایت حجاب در یک جامعه، ارزش تلقی می‌شود و در جامعه دیگر فاقد ارزش است.

به نظر می‌رسد، در رشته‌های مختلف علم حقوق، مصلحت کاربرد متفاوتی داشته باشد. بدیهی است، مقایسه و ارزیابی مفهوم مصلحت در دیگر رویکردهای رشته‌ی حقوق، فواید و اثراتی را برای کارکرد و کارایی مناسبتر، ابزار مصلحت را به همراه دارد. بنابراین، برای شناخت بهتر مفهوم مصلحت در حقوق خصوصی، ابتدا نگاهی به کارکرد مصلحت در حقوق عمومی و حقوق کیفری خواهیم نمود؛ سپس، مفاد و مدلول مصلحت در حقوق خصوصی و حقوق نمایندگی بررسی خواهیم نمود.

### کارکرد مصلحت در حقوق عمومی

مفهوم مصلحت در حقوق عمومی، در مجموع، بر جنبه‌ی عمومی بودن آن تأکید دارد؛ و اغلب در مرحله قانونگذاری کارکرد و تأثیر دارد. توضیح اینکه، اصطلاح مصلحت در قانون اساسی، در عبارات، مصالح عمومی،<sup>۱</sup> مصالح عامه،<sup>۲</sup> مصالح مردم،<sup>۳</sup> مصالح کشور، مصلحت نظام (اصل ۱۱۲ ق.ا)، مصلحت جامعه<sup>۴</sup> و مانند

۱. آزادی در انتخاب شغل، محدود به رعایت مصالح عمومی است؛ که اصل ۲۸ ق.ا اشاره دارد: «هر کس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست برگزیند. دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون، برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید».

۲. تصرف در انفال و ثروت‌های عمومی، بر ضابطه‌ی مصالح عامه و عموم جامعه است؛ که اصل ۴۵ ق.ا مقرر دارد: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث، و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می‌شود

اینها استعمال شده است. بدین سان، اهمیت مفهوم مصلحت در حقوق عمومی بسیار زیاد هست؛ به گونه‌ای که، به زعم این گرایش، «اصل مصلحت عمومی یا منافع عمومی»، از مهمترین اصول آن قلمداد شده است. به عبارت دیگر، در مقام اهمیت آن، بیان شده است: «مهمترین اصل در حقوق عمومی که بنیاد این شاخه از حقوق را پی‌ریزی کرده و به عنوان یکی از اهداف عمده‌ی تشکیل دولت مطرح می‌شود، اصل منفعت یا مصلحت عمومی است». (عباسی، ۱۳۹۳: ۷۲)

در تعریف مصلحت عمومی، اظهار شده است: «ضرورت‌های حیاتی برای کل جامعه و تک تک اعضای آن است، که ابتکارات خصوصی چه به صورت فردی یا گروهی نمی‌تواند به آنها پاسخ دهد؛ و الزاماً باید عمومی باشد و سود آن‌ها نیز به همه‌ی مردم می‌رسد». از این رو، یکی از عناصر مفهوم مصلحت عمومی، تحصیل سود و منفعت در راستای مصلحت عموم جامعه است؛ به همان نسبت، تحصیل منفعت برای مصلحت فرد یا گروه معینی، بر خلاف مصلحت عموم جامعه است؛ حتی، مفسده نیز تلقی شده است؛ در تأیید این مطلب تصریح شده است: «سیاست‌گذاری و اداره یک جامعه بر مبنای مصالح فردی و منافع گروهی، به معنی استخدام امکانات و اموال عمومی در جهت منافع شخصی و گروهی است؛ به همین لحاظ، مفسده تلقی می‌گردد». (عمید زنجانی، ۱۳۹۰: ۲۱۶) بنابراین، در تقسیم بندی مصلحت به فردی، گروهی و عمومی، اصولاً به مصلحت فردی یا گروهی در حقوق عمومی توجه نمی‌شود؛ بلکه، به مصلحت عمومی با تمرکز بر مصالح عموم جامعه توجه می‌شود. ممکن است، پرسشی در این رابطه مطرح شود که، منظور از مصالح و منافع عمومی چیست؟ در مورد سودمندی عامه مردم، اذعان شده است: «لازم نیست، همه افراد جامعه به طور مساوی و بالفعل از آن سود ببرند؛ همین اندازه که آحاد جامعه بالقوه می‌توانند از آن بهره‌مند گردند، محترم است؛ هر چند به دلیل فقدان شرایط یا وجود موانعی، نمی‌توانند بالفعل از آن بهره‌مند گردند.

در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند». از این رو، متولی تصرف در ثروت‌های عمومی چون به نمایندگی جامعه اسلامی اقدام می‌نماید، باید مصالحه عموم را رعایت نماید.

۳. در راستای سوگند نمایندگان مجلس، گفته‌ها و نوشته‌ها و اظهار نظرهای نمایندگان مجلس (وکلائی مردم)، باید در جهت تأمین مصالح مردم باشد؛ که اظهار در اصل ۶۷ ق.ا شده است: «نمایندگان باید در نخستین جلسه مجلس به ترتیب زیر سوگند یاد کنند و متن قسم‌نامه را امضاء نمایند. "بسم‌الله‌الرحمن‌الرحیم من در برابر قرآن مجید، به خدای قادر متعال سوگند یاد می‌کنم و با تکیه بر شرف انسانی خویش تعهد می‌نمایم که پاسدار حریم اسلام و نگاهبان دستاوردهای انقلاب اسلامی ملت ایران و مبانی جمهوری اسلامی باشم، ودیعه‌ای را که ملت به ما سپرده به عنوان امینی عادل پاسداری کنم و در انجام وظایف وکالت، امانت و تقوی را رعایت نمایم و همواره به استقلال و اعتلای کشور و حفظ حقوق ملت و خدمت به مردم پایبند باشم، از قانون اساسی دفاع کنم و در گفته‌ها و نوشته‌ها و اظهارنظرها، استقلال کشور و آزادی مردم و تأمین مصالح آنها را مد نظر داشته باشم...». بنابراین، نمایندگان مجلس، به عنوان وکلای مردم، باید در رفتار و نوشتار و اظهارات نیز مصلحت مردم را رعایت و تأمین نمایند.

۴. تغییر سمت یا انفصال قاضی، به اقتضای مصلحت جامعه؛ در این رابطه، اصل ۱۶۴ ق.ا اظهار دارد: «اصل ۱۶۴ ق.ا: قاضی را نمی‌توان از مقامی که شاغل آن است بدون محاکمه و ثبوت جرم یا تخلفی که موجب انفصال است به طور موقت یا دائم منفصل کرد یا بدون رضای او محل خدمت یا سمتش را تغییر داد مگر به اقتضای مصلحت جامعه با تصمیم رییس قوه قضاییه پس از مشورت با رییس دیوان عالی کشور و دادستان کل. نقل و انتقال دوره‌ای قضات بر طبق ضوابط کلی که قانون تعیین می‌کند صورت می‌گیرد». این اصل در مقام ذکر، اصل استقلال قاضی و استقلال قوه قضاییه است؛ بدین لحاظ، علی‌الاصول قاضی را نمی‌توان از سمت قضات تغییر داد. به نظر می‌رسد، مصلحت جامعه مورد نظر در این اصل، نزدیک به مصلحت حفظ نظام و اسلام می‌باشد...

در نتیجه، منظور از مصالح عمومی، هر مولفه‌ای که از نظر عموم مردم، به صورت بالقوه، مطلوب و غیر قابل انکار باشد؛ مانند، امنیت، سلامت، کرامت، آبرو، اعتبار و مانند آن‌ها، از جمله مصالح عمومی تلقی خواهند شد.<sup>۱</sup>

آشکار است، ابزار مصلحت در حقوق عمومی، قواعد حقوق خصوصی را به چالش و تغییر کشانده است. بدین توضیح که، مصلحت در حقوق عمومی در اندیشه این هست که، یک حق شکل گرفته شده را، بر مبنای مصلحت عمومی یا مصالح ضروری تغییر دهد؛ به عنوان مثال، برای فردی حق مالکیت بر املاک خویش وجود دارد، که از نظر حقوق خصوصی، با توجه به قاعده احترام و تسلط بر اموال، محترم و غیرقابل تعرض است؛ اما، مصلحت در حقوق عمومی به دنبال این هست که، این حق مالکیت را تغییر دهد؛ به این صورت که، آن را سلب یا تحدید یا تعویض نماید. نمونه دیگر اینکه، از منظر حقوق خصوصی، اصل بر آزادی در کار و اشتغال است؛ ولی، مصلحت عمومی در راستای مصالحی، به نام امنیت، برابری افراد، نظم عمومی و ... اصل آزادی شغلی را محدود نموده است.

در همین راستا، تشخیص و تمییز مصلحت، امری بسیار حساس و حیاتی است. با توجه به اینکه یک حق مسلم و انکار نشدنی، تغییر و انقلاب پیدا می‌نماید؛ از این بابت، احتمال سوء استفاده و عدم رعایت مصلحت - هر چند با عنوان مصلحت - دور از ذهن نیست. به همین جهت، مستند به اصل ۱۱۲ قانون اساسی،<sup>۱</sup> تشخیص مصالح کشور، به سبب حل اختلاف میان مجلس شورای اسلامی در راستای تصویب قانون؛ و شورای نگهبان در راستای عدم مغایرت با شرع، به نهادی قانونی با تشکیلات و تشریفات ویژه‌ای، با نام «مرجع تشخیص مصلحت نظام» واگذار شده است. در این مقام، اظهار شده است: «در رویارویی مصلحت اجتماعی به ادعای مجلس، با موازین شرعی به نظر شورای نگهبان، این «مصلحت نظام» است که به عنوان مصلحت اهم باید شناسایی گردد و به اجرا در آید. این امر، نیاز به یک مرجع قانونی دارد که قانون اساسی آن را تحت عنوان «مجمع تشخیص مصلحت نظام بیان نموده است». (هاشمی، ۱۳۸۳: ۵۴۷)

شایان ذکر است، مجمع تشخیص مصلحت نظام، بر اساس نامه‌ای از امام خمینی (ره) شکل گرفت. از این جهت، بنیانگذار نظام جمهوری اسلامی ایران، اذعان فرمودند: «آنچه در حفظ نظام جمهوری اسلامی ایران دخالت دارد که فعل یا ترک فعل آن موجب اخلال نظام می‌شود؛ و آنچه ضرورت دارد که ترک آن یا فعل آن مستلزم فساد است؛ و آنچه فعل یا ترک فعل آن مستلزم حرج است؛ پس تشخیص موضوع به وسیله وکلای مجلس شورای اسلامی، با تصریح به موقت بودن آن مادام که موضوع محقق است؛ و پس از رفع موضوع خود به خود لغو می‌شود؛ مجازند در تصویب و اجرای آن و باید تصریح شود که هر یک از متصدیان اجراء، از حدود مقرر تجاوز نمود، مجرم شناخته می‌شود و تعقیب قانونی و تعریض شرعی می‌شود». در این دستور، چند نکته مورد تأکید قرار گرفته است؛ نکته اول اینکه، قانونی که بر این مبنا تصویب می‌شود، در

۱. به این ترتیب، این مصالح عمومی اشاره شده، دارای جنبه‌ی شخصی نیز هستند، که رعایت آن توسط نمایندگان در تصرفات حقوقی لازم است.

۱. اصل ۱۱۲ ق.ا مقرر دارد: «مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند و مشاوره در اموری که رهبری به آنان ارجاع می‌دهد و سایر وظایفی که در این قانون ذکر شده است به دستور رهبری تشکیل می‌شود. اعضاء ثابت و متغیر این مجمع را مقام رهبری تعیین می‌نماید. مقررات مربوط به مجمع توسط خود اعضاء تهیه و تصویب و به تأیید مقام رهبری خواهد رسید».

راستای ضرورت بوده و باید تصریح شود که، به صورت موقتی تصویب خواهد شد؛ نکته دوم اینکه، حکمی که بر مبنای ضرورت تصویب می‌شود، باید موجب حفظ نظام باشد و دفع مفسده باشد. البته، شورای نگهبان، در نامه شماره ۴۶۲۲ مورخ ۱۳۷۲/۲/۲ اذعان داشته است: «ضرورت موضوع حکم، حضرت امام (ره) در رابطه با موازین شرع است و مجلس مجاز نیست، بر خلاف قانون اساسی مقرراتی با به عنوان ضرورت تصویب کند» (مهرپور، ۱۳۹۵: ۲۵۱).

بنابراین، موقتی بودن احکام مصلحتی از باب ضرورت بر خلاف شرع و جلب مصالح و دفع مفسد نظام، از خصوصیات این دستور هست. نکته مهمی که در مطلب اخیر وجود دارد که، «مصلحت نظام» به عنوان مصلحت اساسی و برتر در نظر گرفته شده است؛ بر این اساس، در تعارض بین مصلحت عمومی و خصوصی، می‌توان اذعان داشت، مصلحت عمومی مقدم است؛ همچنین، در تعارض میان مصالح عمومی، مصلحت نظام یا حفظ نظام ارجحیت دارد.

در این راستا، در صورت حدوث اختلاف بین شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام، به صورت مختلفی، با تکیه بر قواعد ثانویه و توجه به مصادیق منفعت عمومی حل تعارض خواهد شد. از این رو، گفته شده است: «با اتکا به عناوین و احکام ثانویه نظیر ضرورت، لاضرر، عسر و حرج، تعارض اهم و مهم و نظایر آن، احکام لازم الاجرای اولیه به طور موقت متوقف یا به طور دائم رفع می‌شود؛ یا با تشخیص مصالح عمومی، برای حفظ اصل نظام، بقای کشور، سلامت جامعه، تنظیم امور و نظایر احکام حکومتی بر سایر احکام فردی و اجتماعی، بر مبنای مصلحت اهم مقرر و لازم الاجرا می‌گردد؛ البته، برداشته شدن احکام اولیه به وسیله احکام ثانویه به عنوان، تغییر حکم و بقای موضوع نیست؛ بلکه، تبدیل موضوع است» (هاشمی، ۱۳۸۳: ۵۴۵). افزون بر آن، برخی دیگر از حقوقدانان مصادیقی برای تشخیص مصلحت عمومی با تکیه بر نفع عمومی اذعان داشته‌اند: «مصادیقی از منفعت عمومی عبارتند از، حفاظت از زندگی انسان و جامعه، پاسداری از موازین انسانی، عدالت و انصاف، اخلاق حسنه، ارزش‌های اجتماعی، احترام به حقاها و آزادی‌های اشخاص از جمله کرامت انسانی، برابری، رفع فقر و محرومیت، حمایت از نهاد خانواده، بهداشت عمومی، حفاظت از محیط زیست، آگاهی و دانش، شکل‌گیری اموال عمومی، منابع طبیعی، معابر عمومی، فعالیت‌های عمرانی عمومی و ... مفهوم منفعت عمومی قابل تفکیک از مفاهیم اخیر نبوده، نباید با آن‌ها مغایرت داشته باشد و در این امور، مصلحت و منفعت عمومی دیده می‌شود» (هاشمی، ۱۳۸۳: ۵۴۷).

نتیجه بحث مفهوم مصلحت در حقوق عمومی اینکه، در حقوق عمومی مصلحت اهمیت زیادی دارد و به صورت کلی مبنای بسیاری از قواعد حقوق عمومی را تشکیل می‌دهد؛ به همین علت، اصل مصلحت عمومی، مهمترین اصل حقوق عمومی قلمداد شده است. در حقوق عمومی، مصلحت دو کارکرد دارد؛ در کارکرد اول، مصلحت به عنوان نمایندگی استعمال شده است؛ که حاکم اسلامی به عنوان نماینده جامعه اسلامی و نمایندگان مجلس به عنوان نمایندگان مردم، مکلف به رعایت مصلحت عموم جامعه هستند.

در کارکرد دوم، مصلحت به عنوان ضرورت؛ که بر مبنای آن قواعد حقوق خصوصی به چالش و تغییر منتهی می‌شوند؛ مانند، تغییر قاعده احترام به اموال، بر مبنای ضرورت‌های عمومی، منتهی به سلب مالکیت خصوصی خواهد شد؛ همچنین، تغییر اصل آزادی شغلی، بر مبنای نظم عمومی و برابری در داشتن موقعیت شغلی، به منع داشتن بیش از یک شغل مناسب منتهی خواهد شد. مهمترین مصلحتی که در حقوق عمومی مورد تأکید هست، رعایت مصلحت حفظ نظام و حاکمیت است،<sup>۱</sup> که در حقوق خصوصی کمتر مورد توجه

۱. مصلحت حفظ نظام اسلامی، این چنین تبیین شده است: «منظور از نظام اسلامی، سازمان دین، موجودیت، استقرار حاکمیت آن است که معمولاً به بیضه اسلام تعبیر می‌شود و در تعبیری دیگری شامل ایدئولوژی و محتوای دین، سازمان‌های عهده‌دار آن، موجودیت عینی

است؛ مگر اینکه، نماینده‌ای به عنوان وظیفه‌ی حرفه‌ای (مانند وکیل دادگستری) یا مصالح عمومی اقدام به نمایندگی نماید؛ بنابراین، اگر نماینده‌ای در راستای منافع عمومی گام بردارد؛ باید مصلحت حفظ نظام و امنیت ملی را مورد لحاظ قرار دهد. به اضافه، در حقوق عمومی، مبنای عدول از قواعد حقوق خصوصی، به صورت موقتی بوده است، که این موقتی بودن، مجوزی برای دائمی بودن شده است؛ در این راستا، استفاده از درج عبارات ضرورت و موقتی بودن در اقدامات نمایندگان می‌تواند در حقوق خصوصی و نمایندگی کارکرد داشته باشد. افزون بر این‌ها، تمسک به عنوان مصلحت، محدودیت‌هایی دارد که نباید بر خلاف قانون اساسی یا مسلمات فقه شیعه باشد؛ بر این اساس، در مورد رعایت مصلحت در نمایندگی نیز، تمسک به مصلحت نباید بر خلاف قانون یا مسلمات فقه و منافع مسلم اصیل باشد.

### کارکرد مصلحت در حقوق کیفری

مفهوم مصلحت در حقوق کیفری، در مصادیق یکسانی و همسانی به کار برده نشده است. به این شرح که، مفهوم مصلحت در قوانین کیفری، در مواردی از قبیل، مصلحت برای تنبیه و اصطلاح اطفال،<sup>۲</sup> مصلحت جهت عدول از قاعده فراغ دادرس،<sup>۳</sup> مصلحت عابران،<sup>۴</sup> تشخیص حاکم شرع برای مجازات مریض بر مبنای مصلحت، عدم توجه به مصلحت دیگران در روشن کردن آتش، مصلحت حلال عقلایی در جریحه‌دار نمودن عفت و اخلاق عمومی<sup>۵</sup> و مانند اینها، استعمال شده است.

به این جهات، به صورت کلی، مصلحت در حقوق کیفری، هیچکدام از جنبه‌های شخصی، گروهی، عمومی را به عنوان مبنا و اصل تأکید نمی‌نماید؛ بلکه، مصلحت را به نحو ترکیبی، از مصلحت اجتماعی، مصلحت مجرم و مصلحت قربانی جرم در نظر دارد. در این خصوص، ادعان شده است: «منظور از مصالح کیفری، منافع و مصالحی است که با اجرا و اعمال آن، حسب مورد، منافع و مصالح فرد بزهکار یا اجتماع زیان‌دیده و یا قربانی جرم تأمین می‌گردد...؛ مصالح فردی، عموماً شخصیت و حرمت انسان از نظر مادی و

دین در جامعه و حالت استیلاء، و نفوذ معنوی و اجرایی اسلام در ظواهر جامعه است». به نظر می‌رسد، مصلحت حفظ نظام، به معنی هر عملی که به حفظ امنیت، منافع و اقتدار ملی با رعایت ارزش‌های اسلامی و حفظ محتوای اعتقادی اسلام، جاری و منتهی شود، را شامل می‌گردد.

۲. تبصره یک ماده ۸۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲ مقرر دارد: «هرگاه دادگاه مصلحت بداند می‌تواند حسب مورد از اشخاص مذکور در این بند تعهد به انجام اموری از قبیل موارد ذیل و اعلام نتیجه به دادگاه در مهلت مقرر را نیز اخذ نماید: ۱- معرفی طفل یا نوجوان به مددکار اجتماعی یا روانشناس و دیگر متخصصان و همکاری با آنان و...». از این رو، دادگاه می‌تواند مجازاتی بر مبنای مصلحت و تأثیر در طفل مورد نظر قرار دهد.

۳. تبصره سوم ماده ۸۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲ بیان دارد: «در مورد تصمیمات مورد اشاره در بندهای (الف) و (ب) این ماده، دادگاه اطفال و نوجوانان می‌تواند با توجه به تحقیقات به عمل آمده و همچنین گزارش‌های مددکاران اجتماعی از وضع طفل یا نوجوان و رفتار او، هر چند بار که مصلحت طفل یا نوجوان اقتضاء کند در تصمیم خود تجدیدنظر نماید». از این رو، بر خلاف اصل فراغ دادرس، می‌تواند دادرس با تجویز قانونگذار بر مبنای قاعده مصلحت، در تصمیمی خود تجدید نظر کند.

۴. ماده ۵۰۹ ق.م.ا. ۱۳۹۲ مقرر دارد: «هرگاه کسی در معابر یا اماکن عمومی با رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی عملی به مصلحت عابران انجام دهد و اتفاقاً موجب وقوع جنایت یا خسارت گردد، ضامن نیست». در این ماده مصلحت به معنی منفعت و سود عابران در نظر گرفته شده است، که توجه به مفهوم آرماتی و مطلوب مصلحت دارد.

۵. تبصره ۱ ماده ۶۴۰ ق.م.ا. مقرر دارد: «مفاد این ماده شامل اشیائی نخواهد بود که با رعایت موازین شرعی و برای مقاصد علمی یا هر مصلحت حلال عقلانی دیگر تهیه یا خرید و فروش و مورد استفاده متعارف علمی قرار می‌گیرد».

معنوی است که به عنوان یک فرد از اجتماع عظیم انسان‌ها از حقوقی مانند، آزادی داشتن حق عقیده، حق دارا شدن اموال، مسکن، شغل دلخواه و سایر مصالحی که مطابق قانون شخص حق دارد آن‌ها را کسب نماید، برخوردار است...؛ باید دانست، مصالح اجتماعی، نیز در برگزیده مفاهیمی چون نظم عمومی، امنیت اجتماعی، عدالت و اخلاق عمومی و سایر مصالحی که توسط قانون حیطة آن معلوم شده؛ و برای ناقضان آن ضمانت اجرای کیفری در نظر گرفته شده است». (برهانی، ۱۳۸۷: ۵۶)

مصلحت در حقوق کیفری، از مکاتب و مصالح عالییه (اخلاق، آزادی، کرامت انسانی، عدالت) که در حقوق کیفری وجود دارد، تاثیر و نفوذ گرفته است. بر این اساس، در مورد جایگاه مصلحت در حقوق کیفری، برخی از پژوهشگران بر پایه مکاتب حقوق کیفری، مصلحت را در سه نظریه بررسی نموده‌اند:

در نظر اول، مصلحت در تقابل با مشکلات اجرای عدالت قرار می‌گیرد؛ در مواردی اجرای عدالت و تحقق آن (که به نظر برخی هدف حقوق و به نظر برخی دیگر مبنای حقوق است) باعث بروز مشکلاتی در جامعه می‌گردد. حال برای روبرو نشدن با این مشکلات و آثار منفی اجرای عدالت، تحقق عدالت را متوقف می‌کنیم. به عبارت دیگر اجرای عدالت به دلیل مفاسده‌ای که در پی دارد متوقف می‌شود. مانند، معاذیر قانونی، اعاده دادرسی، مرور زمان، مفروض بودن عنصر معنوی در جرائم مادی صرف و غیره. (مقدم، ۱۳۸۸: ۲۵)

در نظر دوم، مصلحت در تأمین منافع و سود جامعه در اجرای مجازات؛ منظور از مصلحت در این بخش، آثار و نتایج بعدی است که از اجرای مجازات‌ها قابل تصور است. در حالی که، عدالت ناظر به گذشته است و مجازات کردن فرد به دلیل خطای گذشته او می‌باشد. همچنین، گاهی برای صرفه‌جویی در هزینه‌ها و جلوگیری از صرف منابع دست از اجرای عدالت می‌کشیم، در اینجا، دیگر اجرای عدالت مشکل‌آفرین نبوده و آثار منفی و تبعاتی به دنبال ندارد؛ بلکه، برای تأمین منافع بیشتر از تحقق عدالت جلوگیری می‌کنیم. در مواردی چون آزادی مشروط و یا تعلیق اجرای مجازات این مصداق از مصلحت مشاهده می‌شود.

در نظر سوم، مصلحت را راستای تغییرات ساختاری جامعه؛ بدین توضیح که، تغییرات همه جانبه جامعه انسانی اعم از سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و به ویژه صنعتی که به وجود آورنده نیازهای جدیدی هستند. در مواردی، اهمیت این نیازها و تغییرات ایجاد کننده آن‌ها به حدی است که عدم پاسخگویی یا پاسخگویی نامناسب، می‌تواند مشکلات بسیاری را برای فرد یا اجتماع رقم زند. مانند، قوانین راهنمایی و رانندگی، نظارت دولت بر تولید، فروش و پخش مواد غذایی، در راستای رعایت مصلحت در تغییرات ساختاری جامعه تبیین شده‌اند. (مقدم، ۱۳۸۸: ۲۷)

مصلحت در حقوق کیفری، در دو مرحله قانونگذاری و اجرای مجازات، بررسی می‌شود. در این راستا، ممکن است، در اجرای مجازات، با توجه به کلی بودن مفهوم مصلحت، از آن سوءاستفاده و اعمال غرض‌های منفی، همچون قدرت‌طلبی، اعمال بغض و کینه، حسادت و جانبداری توسط قاضی کیفری به کار رود. به همین خاطر، برخی از پژوهشگران در توصیف این حالت‌ها و مشکلات، اذعان داشته‌اند: «ممکن است، قاضی در تبیین تصمیم‌های قضائی خود یا قانونگذار در وضع قوانین، موضوعی را تحقیقاً به عنوان مصلحت برگزیند؛ طبعاً ما نمی‌توانیم، این مراجع را به حال خود رها کرده و زوایای موضوع را تبیین ننموده و معیاری برای تشخیص مصلحت بودن موضوع به دست ندهیم؛ چرا که، بدون شک، تبیین مفهوم‌های حقوقی از وظایف عالم حقوق است؛ در غیر این صورت، ممکن است نوعی هرج و مرج، و هوی و هوس جامعه را تهدید کند و مراجع اعمال کننده مصلحت، بدون هیچ ضابطه‌ای موضوعی به عنوان مصلحت انتخاب کنند؛ به ویژه اینکه، در خصوص مسائل کیفری، در جایی دست قاضی یا قانونگذار برای استنباط و اعمال نظر خویش باز است، باید دید کارشناسی و ضابطه نگر را تقویت نمود». (برهانی، ۱۳۸۷: ۵۸) جهت حل این مشکلات، عناصر کلی و جزئی برای مصلحت در نظر گرفته شده است.

عناصر کلی مصلحت کیفری، را نظم عمومی، عدالت، اخلاق تشریح نموده‌اند. در مورد نظم عمومی، این چنین گفته شده است: «بشر با احترام گذاردن به یکدیگر، از همان آغاز زندگی پذیرفته است که برای زندگی در اجتماع مجبور است، تابع نظم و یک سلسله مقررات و قواعد بشود، که هم محدودکننده و هم سلب‌کننده می‌باشد... بر این اساس، قاضی یا حقوقدان در رجوع به مبانی برای مصلحت باید به دنبال آن مصلحتی باشد، که برای جامعه یا فرد مضر نباشد؛ و در بردارنده «نظم» باشد، به طوری که از اعمال آن مصلحت، نظم عمومی آسیب نبیند». از سوی دیگر، در مورد جنبه عدالت اذعان شده است: «بدون شک، قاضی یا حقوقدان یا قانونگذار هنگام توجه به موضوع مصلحت‌آمیز، به صبغه‌ی عادلانه بودن آن نیز توجه و عنایت می‌کند؛ بی‌شک، حقوق خالی از عدالت، حقوق نیست». از جنبه اخلاقی نیز اظهار نموده‌اند: «قاضی کیفری در رجوع به مبانی، قطعاً الزام به رعایت اخلاق دارد، حکم بدون در نظر گرفتن اخلاق غیرقابل اجراست و در صورت اجرا نتایج وخیم اجتماعی و فرهنگی خواهد داشت؛ این است، که قاضی بایستی برای یافتن مصلحت کوشش کند که اصول اخلاق حسنه در آن رعایت شده باشد. (برهانی، ۱۳۸۷: ۶۲)

عناصر جزئی مصلحت کیفری را، در چند مورد شناسایی می‌تواند شود. مورد اول اینکه، تناسب و فایده مجازات با شخصیت مجرم و جرم ارتكابی؛ به گونه‌ای که، در صورت صور مختلف مجازات، ترتیب اتخاذ شود، که بیشترین تناسب و تأثیر را بر مجرم و اجتماع داشته باشد. به موجب «اصل بیشترین فایده برای بیشترین افراد»، هم افراد و هم دولت و قانونگذاران، باید در چارچوب تامین بیشترین لذت برای بیشترین افراد گام بر دارند. به اضافه، در مورد مبانی سودمندی بیان شده است، اولاً، اصل سودمندی مبنی بر لذت‌گرایی است، ثانیاً، ارزش هر عملی بسته به نتایج است، که در پی دارد. نظریه سود، معتقد است هیچ چیز فی نفسه ارزش ندارد، بلکه باید دید چه آثار و نتایجی را بر آن مترتب است. (چاچمکی، یوسفی ساداتی، ۱۳۹۰: ۲۹۶) مورد دوم اینکه، جرم ارتكابی، خاصیت جلوگیری کننده از تکرار جرم به وسیله مجرم داشته باشد؛ به شیوه‌ای که، پس از اجرای حکم، مجرم مجدداً برای ارتكاب همان جرم یا جرایم مشابه اشتیاق پیدا نکند؛ یا لاقلاً جرم ارتكابی بعدی با جرم قبلی هم ریشه نباشد. مورد سوم اینکه، خاصیت اصلاح، بازپروری و اجتماعی کردن مجرم؛ به طریقی که مجرم به اجتماع بازگردد؛ و حالات ضد اجتماعی مجرم شناخته شود؛ و نحوه رفتار با مجرم در حکم ذکر؛ و از سوی متولیان اجرای حکم خواسته شود. (برهانی، ۱۳۸۷: ۶۸)

نتیجه بحث در مورد مفهوم مصلحت در حقوق کیفری اینکه، در حقوق کیفری اغلب مصلحت به عنوان نظم عمومی و عاملی جهت جایگزین نمودن اجرای مجازات به بیشترین سود برای بیشترین افراد کارکرد دارد. به گونه‌ای که، مصالح مختلفی در حقوق کیفری تعیین‌کننده مجازات خواهند بود و برای تعیین آن به نفع (مصلحت) جامعه و شخصیت مجرم اخیراً توجه بیشتری شده است؛ به ویژه آنکه، اگر مجرم طفل باشد، مصلحت در مجازات نکردن و تربیت وی خواهد بود.

به صورت کلی، در حقوق کیفری مفهوم مصلحت نوشته شده، عنصری جهت اعمال حق بر مجازات نشدن<sup>۱</sup> یا اجرای مجازات متناسب یا اجرای حداقلی مجازات (حداقل‌گرایی) استفاده می‌شود، که این امر می‌تواند همراه با مجازات نکردن و اقدامات جایگزین مجازات باشد؛ دیگر اینکه، عنصر شماری رعایت مصلحت در حقوق کیفری، در رعایت مصلحت نمایندگان، دارای فایده و اثر است. به اضافه، راهکارهایی که در حقوق کیفری برای رعایت مصلحت طفل کاربرد دارد، در مورد رعایت مصلحت توسط ولی قابل توجه و تطبیق می‌باشد. همچنین، اثرات سویی که از اختیارات وسیع در استفاده از مفهوم مصلحت در حقوق جزا وجود دارد؛ به همان ترتیب، قابل سرایت به حقوق خصوصی و حقوق نمایندگان خواهد بود.

۱. The right unaccomplishment; Lack of accomplishment ;The state of being unaccomplished.

## کارکرد مصلحت در حقوق خصوصی

مفهوم مصلحت در حقوق خصوصی، اصولاً به حمایت از «حق شخصی»<sup>۲</sup> می‌پردازد؛ به این ترتیب، در تعارض میان، حق خصوصی و مصلحت، حمایت از حقوق مدنی<sup>۳</sup> یا فردی، از اهداف این گرایش است. به تعبیر دیگر، مفهوم مصلحت در حقوق خصوصی، جنبه‌های شخصی حق را در اولویت قرار می‌دهد؛ از این بابت، جنبه‌های عمومی حق و مصلحت عمومی، هنوز قدرت مقابله با جنبه‌های شخصی را در گرایش حقوق خصوصی را نیافته‌اند.

به صورت مقایسه‌ای بر مفهوم مصلحت در حقوق خصوصی و عمومی، می‌توان ادعان داشت، غایت اصلی در حقوق عمومی، تأمین مصلحت یا منفعت عمومی است؛ لیکن، در حقوق خصوصی هدف حفظ ثروت و رعایت مصالح شخصی است. در این رابطه، برخی از پژوهشگران به صورت مبنایی تفاوت حقوق خصوصی و عمومی را در عنصر مصلحت دانسته‌اند و اینگونه می‌نویسند: «حقوق عمومی همواره در پی تأمین مصلحت عمومی است؛ در حالی که، حقوق خصوصی در راستای مصلحت افراد حرکت می‌کند و تأمین مصالح فردی را سرلوحه قرار می‌دهد؛ با این حال، منتقدان ایراداتی بر این معیار وارد دانسته‌اند، از نظر این دسته از منتقدان، تشخیص مصلحت عمومی و خصوصی از یکدیگر اغلب دشوار است و چندان آسان نمی‌تواند باشد؛ بر این اساس، نمی‌توان تصور روشنی از تمامی مصادیق مصلحت عمومی و خصوصی داشت... علت این امر آن است که، اولاً، هر قاعده حقوقی کم و بیش نفع عمومی را مورد توجه قرار می‌دهد و در این بین قواعد حقوق خصوصی، مانند قواعد مربوط به مالکیت و قواعد حاکم بر ارث، در نهایت منافع جمعی را محقق می‌سازد؛ زیرا، در دسته نخست از این قواعد تحدید حدود، مالکیت اشخاص، نظم اقتصادی جامعه را سبب می‌شود؛ و در دسته دوم، قواعد تعیین درست سهم الارث هر یک از طبقات ارث مانع اختلافات و دعاوی مخل نظم و آرامش عمومی می‌گردد. ثانیاً، تحقق هر یک از مصالح عمومی و خصوصی در بسیاری از موارد در گرو تحقق دیگری است و در حقیقت حمایت از مصالح خصوصی، تأمین مصالح عمومی را به دنبال دارد و بالعکس.» (پروین، ۱۳۹۰: ۳۹) به نظر می‌رسد، هر چند به صورت کلی می‌توان ادعان داشت که تمامی قواعد و اصول حقوقی در راستای نظم جامعه، مصلحت عمومی را به دنبال دارند؛ لیکن، حقوق، علم اصل و استثناست، (ساکت، ۱۳۸۷، ۲۱۹) نمی‌توان به صورت کلی یک اصل بدون استثناء، در نظر گرفت و هر اصلی در حقوق، خلاف اصل‌هایی را به دنبال دارد؛ پس، به صورت کلی، در حقوق عمومی، مفهوم مصلحت، اصولاً بر منبع مصلحت عموم جامعه استوار است؛ در مقابل، در حقوق خصوصی، اصولاً مصلحت بر مبنای مصالح شخص یا اشخاص تعیین می‌شود.

ممکن است این سوال به ذهن خطور نماید، منظور از جنبه‌های شخصی حق چیست؟ در پاسخ باید دو بُعد را بیان داشت؛ از یک بُعد، منظور از حقوق شخصی، از حیث تقسیم‌بندی و منابع، آن است؛ که حق شخصی در مقابل حق مشترک و یا حق عمومی، ترجیح دارد؛ از بُعد دیگر، از حیث منافع دارنده حق شخصی و ضابطه‌های حق فردی ارزیابی می‌شود؛ بر این اساس، در تقابل جنبه‌های فردی و عمومی حق، عناصر و منافع فردی آن، مانند، حق مالی دارنده حق، حق غیر مالی صاحب آن، شخصیت و آزادی صاحب حق، دارایی فردی و مالکیت شخصی و ... از اهمیت اساسی برخوردار هستند. در خصوص بُعد اخیر، ادعان شده است: «حقوق خصوصی، به فرد پیوند می‌گیرد و دارنده آن می‌تواند از آن چشم‌پوشد و گذشت نماید، سازش کند یا آن را پس بگیرد و اسقاط کند...» (ساکت، ۱۳۸۷، ۷۰) همچنین، حقوق خصوصی یا مدنی،

۲. Personal rights.

۳. Civil rights.

حقوقی است که به هر فردی از کشور یا جامعه یا به تعبیر دیگری، به همه ساکنان آن بستگی دارد و به سازمان یا اراده دولت وابسته نیست؛ حقوق مالکیت، زناشویی، آزادی، دادوستد، برخورداری از حمایت قانون، دادخواهی کردن (با مراجعه به مراجع قضائی) در شمار حقوق خصوصی است.<sup>۱</sup> (ساکت، ۱۳۸۷، ۷۰) این سوال نیز وجود دارد، که از میان حقوق شخصی، کدام جنبه ارجحیت دارد؟

حق مالی، از مهمترین حقوق شخص محسوب می‌شود؛ خصوصاً در اشخاص حقوقی که وجود حقوق مالی، مقوم شخصیت آن است. (باریکلو، ۱۳۹۰: ۱۰۳) به دیگر سخن، حفظ ثروت و رعایت حقوق مالی از اغراض مهم، در حقوق شخصی است. البته، در امور خانوادگی و نمایندگی که از زیر مجموعه‌های حقوق خصوصی هستند، ممکن است اهداف مالی در درجه دوم اهمیت باشند؛ و جنبه‌های دیگر حق شخصی مانند، جنبه عاطفی و معنوی ارجحیت پیدا نماید. در این راستا، در حقوق مالی، اصولی مانند اصل حاکمیت اراده، اصل مشروعیت حق، اصل حرمت حق و حمایت قانونی از آن، از حق شخصی حمایت شدیدی می‌نمایند. (باریکلو، ۱۳۹۰: ۱۰۸)

بدینگونه، اصل حاکمیت و آزادی اراده، حمایت از حق شخصی را مبنای خود قرار داده؛ و به صورت استثنایی، به جنبه‌های مصلحت شخصی (حمایت از فرد) یا مصلحت عمومی نیز توجه دارد. توضیح بیشتر صورت استثنائی اینکه، در مواردی مصلحت شخصی، فرد ایجاب می‌نماید، قانونگذار در قلمرو اصل حاکمیت اراده دخالت نماید؛ و در موارد محدودی آن اصل را، به خاطر رعایت مصالح شخصی؛ از قبیل، حفظ ثروت و تحصیل مال از طریق مشروع؛ از طریق نهادهای حقوقی، مانند نفی معامله غرری و نفی ربا در معاملات، تغییر دهد؛ در نتیجه، برخلاف اصل حاکمیت اراده، بی اعتبار توافق را، بر مبنای مصلحت شخصی در راستای حمایت از فرد اعلام دارد.<sup>۱</sup>

افزون بر آن، مصلحت عمومی در قالب نظم عمومی،<sup>۱</sup> در حقوق خصوصی دخالت نموده است و از طریق نظم عمومی و اخلاق حسنه، مصالح عمومی در نظر گرفته، که به صورت استثنایی، مهم مورد نظر است. در تأیید این مطلب، اذعان شده است: «در قلمرو قراردادهای، قوانین امری و نظم عمومی استثنائی هستند و اصولاً اراده افراد حاکم و نافذ هستند». بنابراین، این مصلحت هست که باعث وجود قوانینی امری و نظم عمومی شده؛ و قوانینی را برای نظم و مصلحت جامعه به وجود آورده است، که خلاف اصول مسلم حقوق خصوصی، ضابطه اندیشی می‌نماید.

بر این اساس، مصلحت، به عنوان مبنای، در جهت عدول از حق شخصی، در قالب نظم عمومی (سیاسی و اقتصادی) کارکرد خود را بروز داده است؛ به این صورت که، نظم عمومی سیاسی، که همان نظم عمومی سنتی است، هدفش حمایت از دولت، فرد و جامعه است و مانع از آن است که افراد بتوانند با قراردادهای خود به ارکان اجتماع آسیب بزنند؛ از طرف دیگر، نظم عمومی اقتصادی، به مفهوم جدید دارای دو هدف است، یکی حمایت از طبقات ضعیف جامعه (نظم عمومی حمایتی) و دیگر، ارشاد و رهبری در امور اقتصادی (نظم عمومی ارشادی)، در نتیجه، نظم عمومی، در قالب نظم عمومی سیاسی، اقتصادی و حمایتی، به مصالح

۱. به عنوان نمونه، در ماده ۴۰۱ ق.م.ا.ع. شده است: «اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد هم شرط خیار و هم بیع باطل است»؛ این تفکر، در راستای حمایت از مصلحت شخصی فرد در نظر گرفته شده است؛ به این صورت که، شخص حق دارد برای خود خیار شرط و مدت تعیین نماید؛ لیکن، مصلحت شخصی وی ایجاب می‌نماید، مدت آن معلوم و مشخص باشد؛ تا از ورود ضرر و خطر به وی جلوگیری شود. در نتیجه، مصلحت شخصی، در اندیشه حمایت از حق فردی است.

اجتماعی مورد نظر (حمایت از طبقات فرد، خانواده، دولت، افراد ضعیف، رهبری اقتصاد ملی، تثبیت قیمت‌ها و...) در قالب نفوذ بر روابط خصوصی نایل می‌شود.

در مورد مفهوم مصلحت در حقوق نمایندگی، به صورت تحلیلی مطلبی صراحتاً اظهار نشده است. با این حال، برخی از نویسندگان، در رابطه اذعان داشته‌اند: «مصلحت درجه بالاتری از متعارف است؛ و وکیل، نه تنها باید مثل یک انسان متعارف عمل کند؛ بلکه، باید مصلحت خاص موکلش را نیز رعایت نماید. (ره پیک، ۱۳۸۷: ۹۷)

به نظر می‌رسد، مفهوم مصلحت در حقوق نمایندگی، اصولاً به حمایت از منافع اصیل اختصاص دارد؛ از این رو، نماینده باید حقوق شخصی، اصیل را رعایت نماید؛ توضیح بیشتر اینکه، نماینده باید امور مالی، به صورت معیاری حداقلی، حقوق مسلم اصیل را رعایت نماید؛ و به صورت معیاری متعارف، کوشش در جهت تحصیل بیشترین سود و منافع انجام دهد؛ از سوی دیگر، نماینده باید در امور غیر مالی، مانند فردی متعارف و دلسوز، منافع و حقوق غیر مالی، منوب عنه را رعایت نماید. بنابراین، مفهوم مصلحت در حقوق نمایندگی، دفاع از حقوق مالی و یا غیر مالی، از منظر حقوق شخصی اصیل است.

در تائید نظر فوق، که نماینده منافع اصیل را باید رعایت نماید؛ استدلال می‌شود که، اذن ابراز شده از جانب اصیل، مشروط به رعایت مصلحت برای صرفاً خود اصیل است؛ در این خصوص اذعان گردیده است، بر حسب قاعده «استئمان» اذن رکن و شرط امانت است، ولی کافی نیست؛ یعنی مالک یا شارع، وقتی به شخصی اذن می‌دهد که در مال دیگری تصرف کند، زمانی آن شخص مسئولیت ندارد که تصرف وی برای مصلحت مالک باشد؛ مثلاً، کسی که مالی را پیدا می‌کند و صاحب آن مال، مجهول باشد، می‌تواند آن مال را به تملک خودش در آورد یا از سوی مالک، صدقه بدهد یا آن را برای مالکش نگهداری کند؛ تصرف در حالت سوم، به مصلحت مالک است؛ بنابراین، اگر مال نزد متصرف، تلف شود ضمانت و مسئولیتی ندارد؛ اما، تملک یا صدقه دادن مال به مصلحت مالک نیست؛ و اگر مال نزد متصرف، تلف شود ضامن آن است؛ هر چند اذن در تصرف داشته باشد. همچنین، صرفاً باید به مصلحت مالک باشد؛ بنابراین، اگر برای مصلحت مالک و متصرف باشد، باز هم اذن، رافع ضمانت نیست؛ مثلاً مستأجر برای مصلحت خود (نفع بردن مال) و مصلحت مالک (گرفتن اجاره بها)، عین مستاجر را به تصرف خود در می‌آورد؛ اگر مال نزد وی تلف شود، ضامن است. به همین جهت است، که در موارد زیادی به رغم اینکه، اذن مالک یا شارع برای متصرف وجود دارد؛ اما باز هم فقها حکم به ضمان داده‌اند؛ مانند مالی که خریدار قبل از خریدن آن را بر می‌دارد تا آزمایش کند (مأخوذ بالسوم) و مال نزد او تلف می‌شود، یا مالی که با عقد فاسد در تصرف خریدار قرار می‌گیرد، زیرا این تصرفات برای نفع و مصلحت متصرف است؛ مثلاً در حالت اول، مال را بر می‌دارد تا آزمایش کند و مغبون نشود؛ و در حالت دوم مال را بر می‌دارد تا عوض مالش باشد». (زراعت، ۱۳۸۸، ۱۳۸) در نتیجه، در ارتباط با رعایت مصلحت بین اصیل و نماینده چند حالت متصور است:

اول اینکه، نماینده صرفاً و کاملاً به مصلحت و منفعت اصیل عمل نماید.

دوم اینکه، نماینده، به مصلحت شخص ثالث و اصیل معامله نماید.

سوم اینکه، نماینده به مصلحت اصیل و خود عمل نماید.

در حالات فوق، منظور از مصلحت این است که نماینده، صرفاً به مصلحت اصیل اقدام نمایند؛ در غیر این صورت، ضامن است.

با این وجود، در مواردی که ممکن است، نماینده به نمایندگی، از لحاظ و موضع حقوق عمومی و یا شغل حرفه‌ای، اشتغال داشته باشد؛ به این خاطر، رعایت مصالح مورد نظر در حقوق عمومی یا صنف حرفه‌ای، را باید در مفهوم مصلحت در نمایندگی آن‌ها، دخیل دانست. در تائید این مطلب بیان شده است:

«وکلاء، علاوه بر نماینده بودن موکلین خود، افسران (ناظران) دادگاه هستند؛ به همین خاطر، این موضوعی است که خودشان می‌توانند بر دادگاه نظارت داشته باشند؛ و وظیفه در دسترسی به عدالت، قدرت، بی‌طرفی، یکسان‌سازی دادخواهی دارند». (Dobrah, ۱۹۸۷: ۳۹). بنابراین، این مصالح عالی و ذهنی، از قبیل عدالت، امنیت، دفاع از میهن، دفاع از حاکمیت، دفاع از استبداد، مقابله با فساد، مقابله با بی‌نظمی، از جمله مصالح عالی و ساخته و پرداخته ذهن. عالم اعتبار هستند که، مورد تأکید حقوق عمومی است؛ و امروزه در حقوق نمایندگی اهمیت یافته‌اند و دخالت دارند. در تائید آن، اذعان شده است: «اگرچه وکلاء، برای موکلین خود خدمات انجام می‌دهند، اغلب حقوق عمومی نمایندگی، به نکاتی توجه دارد که رابطه وکیل و موکل را ارزیابی می‌نماید...». (Dobrah, ۱۹۸۷: ۳۲)

به عنوان مثال، زمانی که یک وکیل دادگستری به عنوان مدافع وکیل دادگستری فعالیت دارد، باید علاوه بر منافع شخصی اصیل، در اجرای عدالت به عنوان مصالح عمومی نیز کوشا باشد؛ زیرا، به عنوان یک شخص حرفه‌ای فعالیت می‌نماید؛ افزون بر آن، از وظایف درون سازمانی وی رعایت قسم نامه‌ای است<sup>۱</sup> که مکلف به اجرای عدالت شده است؛ افزون بر آن، کانون وکلای دادگستری، نهادی مرکب از ظرفیت‌های حقوق خصوصی و عمومی است، که رعایت مصالح و منافع عمومی مورد لحاظ و تأکید آن صنف می‌باشد؛ بر این اساس، وکیل باید به عنوان یک زیرمجموعه کانون وکلای دادگستری، به مصالح و منافع عمومی نیز توجه داشته باشد.

در نتیجه، مفهوم مصلحت در حقوق نمایندگی عبارت است از اینکه، نماینده صرفاً باید مصلحت خاص (خصوصی) اصیل را رعایت و مراقبت نماید؛ از این رو، اگر مصلحت شخص ثالث، متصرف یا شخصی خود را - به صورت مستقل یا همراه با مصلحت اصیل - در نظر بگیرد؛ از مصلحت خاص اصیل خارج شده است و مسئول تلقی می‌گردد. با این وجود، در نظم کنونی حقوق نمایندگی، برخی از نماینده‌ها که در موضع حقوق عمومی و مشاغل حرفه‌ای مانند، وکلای دادگستری و مشاوران حقوقی، فعالیت دارند، باید به مصالح عمومی (عام) و عادلانه، مانند، عدالتخواهی، رعایت بی‌طرفی، احترام به قوانین، دفاع از حاکمیت ملی، یکسان‌سازی دادرسی و مانند این موارد که مورد تأکید عموم جامعه یا صنف خاص است، را رعایت نمایند.

### کارکرد مصلحت در نظام حقوقی کامن‌لا

همانطور ذکر شد، مصلحت در نظام حقوقی ایران، عنوانی کلی، آرمانی و چالش برانگیز است؛ به همین خاطر، تطبیق این مفهوم با حقوق کامن‌لا<sup>۱</sup> به صورت دقیق و مشخص پیش‌بینی نشده است. شاید به این

۱. Officer of court: A person is charged with upholding the law and administering the judicial system, typically, refers to a judge, clerk, bailiff, sheriff, or the like, but the term also applies to a lawyer, who is obliged to obey court rules and who owes a duty of candor to court. Bryan A. Garner (۲۰۰۶), (Black's law dictionary, united states of America: Thomson/west, Third edition, p ۵۰۹.

۱. عین متن قسم نامه وکلای دادگستری، به این شرح است: «در این موقع که می‌خواهم به شغل شریف و کالت نائل شوم، به خداوند قادر متعال قسم یاد می‌کنم که همیشه قوانین و نظامات را محترم شمرده، و جز عدالت و احقاق حق منظوری نداشته، و بر خلاف شرافت قضاوت و وکالت اقدام و اظهاری ننمایم. و نسبت به اشخاص و مقامات قضائی و اداری و همکاران و اصحاب دعوی و سایر اشخاص، رعایت احترام را نموده، و از اعمال نظریات سیاسی و خصوصی و کینه توزی و انتقام جویی احتراز نموده و در امور شخصی و کارهایی که از طرف اشخاص انجام می‌دهم راستی و درستی را رویه خود قرار داده و مدافع از حق باشم. و شرافت من وثیقه این قسم است که یاد کرده و ذیل قسم نامه را امضاء می‌نمایم.»

۱. Common law.

علت باشد که، در حقوق کامن‌لا، ویژگی‌هایی وجود دارد، که با نظام حقوقی ایران متفاوت می‌باشد؛ به همین روی، انطباق این مفهوم کلی، با تعدد مفاهیم مواجه خواهد شد. شایان ذکر است، این یکی از مشکلات حقوق تطبیقی و ترجمه اصطلاحات حقوقی است، که برخی از نویسندگان اظهار داشته‌اند: «در برخی اصطلاحات زبان اصلی، ترجمه معادل ندارند...؛ و در هر کشوری کلمات، اصطلاحات، مفاهیم و نهادهای حقوقی در فضای آن کشور شکل و معنی یافته‌اند». (شیروی، ۱۳۹۳: ص ۸۷) بنابراین، باید برای شناسایی بهتر مفهوم مصلحت در کامن‌لا، با ویژگی‌های قواعد آن نظام بیشتر آشنا شویم.

ویژگی قواعد و مفاهیم اساسی، در نظام حقوقی کامن‌لا، در مقایسه با نظام حقوقی ایران از قرار ذیل است:

اول. اغلب قواعد و مفاهیم حقوقی کامن‌لا، در راستای موارد جزئی و پرونده‌های خاص قضائی در حقوق تشکیل، ترویج، تفسیر، ترقی پیدا نموده‌اند. بنابراین، اصولاً عناوین و مفاهیم کلی، در حقوق کامن‌لا جایگاهی و موقعیت برتری ندارند.

دوم. در کلیه نظام‌های حقوقی برای رسیدن به حکم (نتیجه) یک موضوع مشخص، از منطق حقوقی استفاده می‌نمایند. در این راستا، منطق حقوقی در نظام کامن‌لا، اغلب بر اساس قیاس و تطبیق می‌باشد؛ بدین صورت که، از یک قضیه جزئی (حسن شیشه منزل حسین را شکست و به تعویض شیشه محکوم شد) و به قضیه جزئی مشابه (احمد با ماشین به دیوار خانه تقی زد و آن را خراب کرد) یک نتیجه (احمد باید دیوار خانه را بازسازی کند) تشکیل و وضع می‌شود. (شیروی، ۱۳۹۳: ۱۱۶) در حالی که در نظام حقوقی ایران یا نظام‌هایی که حقوق نوشته دارند، قاضی یک مورد جزئی را در قالب پرونده به، حکم قانونی کلی، تطبیق می‌دهد؛ مانند اینکه، در یک پرونده و موضوع خاص (نماینده‌ای که کمتر از قیمت رایج معامله نماید) را با یک قاعده کلی (رعایت مصلحت اصیل توسط نماینده) تطبیق می‌دهد.

سوم. در حقوق کامن‌لا، در راستای منبع‌سازی رویه قضائی، با افزایش غیرقابل شمارش، قواعد و مفاهیم حقوقی مواجهه خواهیم شد. در مقابل، در نظام حقوقی ایران و نظام‌های نوشته، اکثراً قاعده و مفاهیم حقوقی را قانونگذار پدید می‌آورد و قواعد حقوقی قابل شمارش هستند. در این راستا، برخی از حقوقدانان اظهار داشته‌اند:

«در پاره‌ای از موضوعات، در کشورهای رومی- ژرمنی<sup>۱</sup> به علت تمایل به تقلیل حقوق به اصولی چند، شاید بیش از حد به قاضی آزادی تشخیص و ارزیابی داده‌ایم؛ زیرا، تصور کرده‌ایم که کار علمای حقوقی و قانونگذار نمی‌تواند به بررسی وقایع و امور موضوعی تنزل پیدا کند. بدین سان، حقوق ما<sup>۲</sup> از نظر یک انگلیسی از چهار چوب‌هایی درست شده است که در داخل آنها، تغییر محتوای قواعد حقوقی، به نحوی که چندان موافق امنیت روابط حقوقی نیست، آسان است. حقوق انگلیس این احساس را در ما ایجاد می‌کند، که ما آن را پر از تعاریف و راه‌حل‌های جزئی می‌یابیم؛ لیکن، به نظر ما بهتر است، آنها را به تصمیم قاضی در هر مورد خاص واگذار کنیم، نه آنکه قاضی را مقید کنیم، که آنها را از طریق اجرای «قاعده سابقه»<sup>۳</sup> به دست آورد». (صفائی، ۱۳۹۵: ۲۰۱)

بنابراین، تعاریف و راه‌حل‌های جزئی در حقوق کامن‌لا بسیار زیاد است؛ زیرا، قاضی از وقایع موضوعی خاص پرونده، استنباط خاصی می‌تواند داشته باشد. در حالی که، در حقوق ایران، این راه‌حل‌ها محدود و به

۲. Civil law.

۱. Romano – Germanic legal system.

۲. منظور از حقوق "ما" در این نقل قول، نظام حقوقی فرانسه یا نظام‌های رومی – ژرمنی می‌باشد.

۳. Stare decisis.

صورت غالباً کلی می‌باشد؛ مانند مفهوم و اصل رعایت مصلحت، که یک مفهوم و اصل کلی است؛ و در حقوق کامن‌لا، در خصوص آن با راه‌حل‌های جزئی و متعدد رو به رو خواهیم شد.

چهارم، در حقوق کامن‌لا، قانون به عنوان منبع دوم، ثانوی و تکمیلی نظام حقوقی، فرض شده است؛ و رویه قضائی منبع اصلی حقوق کامن‌لا است؛ و قاضی باید با توجه به سابقه قضائی در آرای مشابه تصمیم‌گیری نماید. در این رابطه، برخی از حقوقدانان، اذعان داشته‌اند:

«حقوق کامن‌لا، اصولاً ساخته‌ی آرای قضائی است، عنصر عمده در سیستم کامن‌لا، اصل پیروی از رویه قضائی<sup>۱</sup> است، امروزه، از قانون ساخته و پرداخته دست قضات صحبت می‌شود. قضات در زمان تصمیم‌گیری در مورد یک پرونده، باید به حقوق عرفی ماقبل بر مبنای تصمیم‌گیری پرونده‌های مشابه، اتخاذ شده تصمیم‌گیری نمایند؛ نظریه پیروی از سابقه قضائی به سلسله مراتب دادگاه‌ها برای اعمال آن بستگی دارد؛ دادگاه‌ها ملزم هستند که از تصمیمات قضائی دادگاه‌های بالاتر و معمولاً تصمیمات قبلی خودشان پیروی نمایند». (مهرا، ۱۳۸۵: ۹۷)

در مقابل، در نظام‌های حقوق نوشته و نظام حقوقی ایران، اصولاً بر اساس قانون و اصل تبعیت قاضی از قانون (اصل حاکمیت قانون) شکل گرفته است؛ در این راستا، اذعان شده است: «آرای قضائی در کشورهای حقوق نوشته، عادتاً جز نقش ثانوی و فرعی نقشی ایفا نمی‌کنند؛ کد ژوستنتین<sup>۲</sup> اعلام می‌دارد: «حکم دادگاه، باید مبتنی بر قانون باشد، نه وقایع دعوی». (صفائی، ۱۳۹۵: ۲۱۷) به اضافه، در نظام حقوقی ایران، حکم دادگاه بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی<sup>۳</sup> و سایر قوانین عادی، بر اساس قانون، فتاوی معتبر و اصول حقوقی مبتنی می‌باشد؛ علی‌الاصول حکم دادگاه دیگر، برای دادگاه دیگر الزامی ایجاد نمی‌نماید، حتی نظریه‌های مشورتی، جنبه ارشادی و غیر الزامی دارند و استناد به نظریه‌های مشورتی برای قاضی تخلف از اصل حاکمیت قانون به شمار می‌رود و در آرای دادگاه انتظامی قضات، تخلف انتظامی محسوب شده است.

پنجم، کامن‌لا، بر اساس عرف شناخته شده توسط قضات، شکل گرفته است؛ و مفاهیم حقوقی توسط قضات تعبیر و تفسیر می‌گردد؛ در مقابل، در نظام حقوقی رومی - ژرمنی بر اساس مکاتب فلسفی و منطقی و نظریه حقوقدانان مفاهیم حقوقی واجد وصف فلسفی و فکری شدند. همچنین، مفهوم مصلحت در نظام حقوقی ایران از نظریه‌های فقهی و فلسفی سرچشمه گرفته است؛ در حالی که، در کامن‌لا، از پرونده‌های قضائی و منطق قضائی یا به تعبیری «وجدان قاضی» که در نظر شخصی قضات کامن‌لا بوده است، شکل و رونق گرفته است. (عرفانی، ۱۳۹۱: ۲۴)

بنابراین، در نظام کامن‌لا، در تطبیق یک مفهوم یا اصل کلی نوشته شده، اغلب با جزئیات همسان مواجهه خواهیم شد. بنابراین، در تطبیق عنوان مصلحت با نظام حقوقی کامن‌لا، با افزایش اصول یا عناوین مختلفی مصادف خواهیم شد. پس، در حقوق کامن‌لا، به خاطر ویژگی‌های آن نظام حقوقی، مفهوم مصلحت به مثابه حقوق ایران، به صورت معادل دقیق و قابل تطبیق مشهود نیست. با این وجود، برای حل این مشکل که نماینده‌های حقوقی از اختیارات خود سوءاستفاده نمایند و مصلحت اصیل را رعایت نمایند؛ ضوابط و

۱. Case law and judicial precedent.

۲. Corpus juris civilis of justinian.

۳. اصل ۱۶۷ ق. ۱ مقرر می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

تکالیف مختلفی پیش‌بینی شده است. در تائید این مطلب، اذعان گردید: «در کامن‌لا و به طور کلی در حقوق اروپایی اجرای دستورات اصیل، احتیاط و مراقبت و به کار بردن مهارت و رعایت و حُسن‌نیت از وظایف نماینده شمرده شده است». (عبدی پور، ۱۳۸۷: ۶۹)

مفهوم مصلحت، در نظام کامن‌لا، ذیل بحث «رابطه‌ی امانی»<sup>۱</sup> قابل تطبیق و طرح هست. به این شرح که، رویه قضائی و مقررات قانونی، به ندرت تعریفی از رابطه‌ی امانی ارائه می‌دهند. مقرراتی،<sup>۲</sup> مانند شرح حقوق آمریکا<sup>۳</sup> و قوانین متحدالشکل و موضوعه از قبیل مجموعه قوانین متحدالشکلتراست،<sup>۴</sup> تعاریفی از نمونه‌های خاص رابطه‌ی امانی برای متون قانونی اظهار داشته است. در این راستا، در مقررات تراست، دستورالعمل‌ها و استانداردهایی برای سرمایه‌گذاری در دارایی‌های سپرده شده تعریف شده است. برخلاف منافع شخصی که فرد در معامله انتظار دارد، در سایر قسمت‌های حقوق خصوصی، اگر فرد ترغیب به آن نشود، رابطه‌ی امانی به طور معمول به وسیله اعتماد قوی بین فردی بین ذی نفع و امین مشخص شده اند؛ این رابطه، بر اساس اعتماد و اطمینان خاطر معقول بین یک فرد به دیگری شکل می‌گیرد. (Charles Laing, ۲۰۱۳: ۱۴)

با نگرشی بر روند تاریخی روابط امانی، مردم براساس قدرت و ثروت به برخی اشخاص، اعتماد می‌نمودند؛ ولی، معمولاً، این افراد به نفع خود مال را تصاحب یا از اختیارات سوءاستفاده می‌نمودند؛ به دیگر سخن، نمایندگان از میان منافع خود، اصیل و جامعه، منفعت خویش را بر مبنای جلب منفعت شخصی و حرص به کسب پول و دارایی بیشتر و... انتخاب می‌نمودند. (Frankle, ۲۰۱۱: ۹۸)

فشرده سخن اینکه، «وظایف امانتی»<sup>۱</sup> به عناوین مختلفی، تقسیم شده است؛ در این راستا، مفاهیم مختلفی از قبیل، تعهد به وفاداری،<sup>۲</sup> تعهد به مراقبت و مهارت،<sup>۳</sup> تعهد به حسن نیت،<sup>۴</sup> تعهد به تحصیل منفعت برای اصیل و نداشتن تعارض منفعت<sup>۵</sup> برای خود یا دیگری، زیر عنوان وظایف امانی و وظایف ضمنی نمایندگی در نظر گرفته شده‌اند. (Bowstead, ۱۹۹۶: ۴۵ and Reynolds)

یکی از تعهدات مهم، رابطه امانی، تعهد به وفاداری است. امانی بودن رابطه‌ی نمایندگی، این تعهد را بر نماینده تحمیل می‌کند که وی نسبت به اصیل وفادار باشد و منافع و مصالح او را بر هر چیزی مقدم دارد. در این راستا، در جایی که نماینده در موقعیتی قرار گیرد که منفعت شخصی‌اش بر اجرای وظیفه‌ی نماینده در برابر اصیل، تأثیر بگذارد، مکلف است اوضاع و احوال اساسی را به‌طور کامل به اطلاع اصیل برساند؛ تا اصیل بتواند با آگاهی کامل، به نماینده دستور دهد. اگر نماینده به این وظیفه خود عمل نکند، اصیل می‌تواند عمل حقوقی وی را غیر قانونی بداند و آن را تنفیذ نکند و خسارات خود را درخواست کند. (Gold, & Miller, ۲۰۱۶: ۳۲۶)

۱. Fiduciary relation.

۲. See ,e.g., Investment Company Act of ۱۹۴۰, ۱۵ U.S.C. and Employee Retirement Income Security Act of ۱۹۷۴.

۳. ALL.

۴. Trust.

۱. Fiduciary duty.

۲. Duty of loyalty.

۳. Duty of care and skill.

۴. Bona fide.

۵. Conflict of interest.

## نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد، مفهوم مصلحت در اصطلاح، کارکردی مطلوب دارد، که ابعاد ذهنی و عینی مختلفی را داراست. به این تفصیل که، در تعریف ذهنی مصلحت، هر امر مطلوب و آرمانی است که ذهن آن را پدید می‌آورد و به مطلوب بودن و سودمندی آن تردید ندارد؛ از این رو، این مفهوم ذهنی مصلحت، می‌تواند مترادف با انصاف، عدالت، اخلاق، نظم، امنیت، سلامت و امثال آن باشد، که می‌تواند منبع و مبنای استنباط و اجرای بسیاری از مسائل حقوقی باشد؛ به همین جهت، ممکن است، در استعمال از ابزار مصلحت در مفهوم ذهنی، عین اصطلاح مصلحت نوشته نشود و مفهوم مصلحت نقش نانوشته‌ی خود را ایفاء نماید. مثلاً، وکیل باید مصلحت موکل را رعایت نماید، به مفهوم ذهنی و مطلوب مصلحت اشاره دارد.

از سوی دیگر، مصلحت، در مفهوم عینی، ابزاری در جهت تأمین اغراض و ضرورت‌های، قانونگذار یا اصیل یا هر دو آنها می‌باشد؛ که بر خلاف حق شکل گرفته شده، اهدافی را لازم فرض نماید، که باعث عدول از حقی مسلم و شکل گرفته شده خواهد شد. از این رو، اصولاً مفهوم عینی مصلحت، ابزاری جهت اجرای قاعده ثانویه، خلاف قاعده، خلاف عرف و خلاف رویه استعمال می‌شود. دیگر اینکه، اغلب، در مفهوم عینی مصلحت، عین اصطلاح مصلحت، نوشته و درج می‌شود. مثالی که برای مفهوم عینی مصلحت می‌توان بیان نمود، اجازه ولی در نکاح قبل از بلوغ دختر، مشروط به رعایت مصلحت است؛ از این جهت که، به عنوان قاعده، نکاح قبل از بلوغ جایز نیست؛ رعایت مصلحت در اینجا، ابزاری جهت عدول از قاعده پیش‌بینی شده است. بنابراین، مفهوم ذهنی مصلحت، مسلماً نقش ذهنی و آرمانی خود را در امری که مطلوب و سودمند باشد، بر عهده دارد؛ لیکن، هدف از مصلحت در مفهوم عینی، اجرای اغراض اعطاء‌کننده مصلحت (شارع یا اصیل) هست، که بر مبنای گرایش و جایگاه آن، نقش و مفاهیم متفاوتی دارد.

فشرده عنوان مصلحت در حقوق عمومی اینکه، در حقوق عمومی مصلحت اهمیت زیادی دارد و به صورت کلی مبنای بسیاری از قواعد حقوق عمومی را تشکیل می‌دهد؛ به همین علت، اصل مصلحت عمومی، مهمترین اصل حقوق عمومی قلمداد شده است. در حقوق عمومی، مصلحت دو کارکرد دارد؛ در کارکرد اول، مصلحت به عنوان نمایندگی استعمال شده است؛ که حاکم اسلامی به عنوان نماینده جامعه اسلامی و نمایندگان مجلس به عنوان نمایندگان مردم، مکلف به رعایت مصلحت عموم جامعه هستند. در کارکرد دوم، مصلحت به عنوان ضرورت؛ که بر مبنای آن قواعد حقوق خصوصی به چالش و تغییر منتهی می‌شوند؛ مانند، تغییر قاعده احترام به اموال، بر مبنای ضرورت‌های عمومی، منتهی به سلب مالکیت خصوصی خواهد شد؛ همچنین، تغییر اصل آزادی شغلی، بر مبنای نظم عمومی و برابری در داشتن موقعیت شغلی، به منع داشتن بیش از یک شغل مناسب منتهی خواهد شد. مهمترین مصلحتی که در حقوق عمومی مورد تأکید هست، رعایت مصلحت حفظ نظام و حاکمیت است، که در حقوق خصوصی کمتر مورد توجه است؛ مگر اینکه، نماینده‌ای به عنوان وظیفه‌ی حرفه‌ای (مانند وکیل دادگستری) یا مصالح عمومی اقدام به نمایندگی نماید؛ بنابراین، اگر نماینده‌ای در راستای منافع عمومی‌گام بردارد؛ باید مصلحت حفظ نظام و امنیت ملی را مورد لحاظ قرار دهد. به اضافه، در حقوق عمومی، مبنای عدول از قواعد حقوق خصوصی، به صورت موقتی بوده است، که این موقتی بودن، مجوزی برای دائمی بودن شده است؛ در این راستا، استفاده از درج عبارات ضرورت و موقتی بودن در اقدامات نمایندگان می‌تواند در حقوق خصوصی و نمایندگی کارکرد داشته باشد. افزون بر این‌ها، تمسک به عنوان مصلحت، محدودیت‌هایی دارد که نباید بر خلاف قانون اساسی یا مسلمات فقه شیعه باشد؛ بر این اساس، در مورد رعایت مصلحت در نمایندگی نیز، تمسک به مصلحت نباید بر خلاف قانون یا مسلمات فقه و منافع مسلم اصیل باشد.

مفهوم مصلحت در حقوق خصوصی، اصولاً به حمایت از «حق شخصی» می‌پردازد؛ به این ترتیب، در تعارض میان، حق خصوصی و مصلحت، حمایت از حقوق مدنی یا فردی، از اهداف این گرایش است. به تعبیر دیگر، مفهوم مصلحت در حقوق خصوصی، جنبه‌های شخصی حق را در اولویت قرار می‌دهد؛ از این بابت، جنبه‌های عمومی حق و مصلحت عمومی، هنوز قدرت مقابله با جنبه‌های شخصی را در گرایش حقوق خصوصی را نیافته‌اند.

به صورت مقایسه‌ای بر مفهوم مصلحت در حقوق خصوصی و عمومی، می‌توان اذعان داشت، غایت اصلی در حقوق عمومی، تأمین مصلحت یا منفعت عمومی است؛ لیکن، در حقوق خصوصی هدف حفظ ثروت و رعایت مصالح شخصی است. در این رابطه، برخی از پژوهشگران به صورت مبنایی تفاوت حقوق خصوصی و عمومی را در عنصر مصلحت دانسته‌اند و اینگونه می‌نویسند: «حقوق عمومی همواره در پی تأمین مصلحت عمومی است؛ در حالی که، حقوق خصوصی در راستای مصلحت افراد حرکت می‌کند و تأمین مصالح فردی را سر لوجه قرار می‌دهد؛ با این حال، منتقدان ایراداتی بر این معیار وارد دانسته‌اند، از نظر این دسته از منتقدان، تشخیص مصلحت عمومی و خصوصی از یکدیگر اغلب دشوار است و چندان آسان نمی‌تواند باشد؛ بر این اساس، نمی‌توان تصور روشنی از تمامی مصادیق مصلحت عمومی و خصوصی داشت... علت این امر آن است که، اولاً، هر قاعده حقوقی کم و بیش نفع عمومی را مورد توجه قرار می‌دهد و در این بین قواعد حقوق خصوصی، مانند قواعد مربوط به مالکیت و قواعد حاکم بر ارث، در نهایت منافع جمعی را محقق می‌سازد؛ زیرا، در دسته نخست از این قواعد تحدید حدود، مالکیت اشخاص، نظم اقتصادی جامعه را سبب می‌شود؛ و در دسته دوم، قواعد تعیین درست سهم الارث هر یک از طبقات ارث مانع اختلافات و دعاوی مخل نظم و آرامش عمومی می‌گردد. ثانیاً، تحقق هر یک از مصالح عمومی و خصوصی در بسیاری از موارد در گرو تحقق دیگری است و در حقیقت حمایت از مصالح خصوصی، تأمین مصالح عمومی را به دنبال دارد و بالعکس». به نظر می‌رسد، هر چند به صورت کلی می‌توان اذعان داشت که تمامی قواعد و اصول حقوقی در راستای نظم جامعه، مصلحت عمومی را به دنبال دارند؛ لیکن، حقوق، علم اصل و استثناست، نمی‌توان به صورت کلی یک اصل بدون استثناء، در نظر گرفت و هر اصلی در حقوق، خلاف اصل‌هایی را به دنبال دارد؛ پس، به صورت کلی، در حقوق عمومی، مفهوم مصلحت، اصولاً بر منبع مصلحت عموم جامعه استوار است؛ در مقابل، در حقوق خصوصی، اصولاً مصلحت بر مبنای مصالح شخص یا اشخاص تعیین می‌شود. در حقوق خصوصی، در بحث نمایندگان، بسیار کاربرد دارد.

تحلیل مصلحت در حقوق نمایندگی عبارت است از اینکه، نماینده صرفاً باید مصلحت خاص (خصوصی) اصیل را رعایت و مراقبت نماید؛ از این رو، اگر مصلحت شخص ثالث، متصرف یا شخصی خود را- به صورت مستقل یا همراه با مصلحت اصیل- در نظر بگیرد؛ از مصلحت خاص اصیل خارج شده است و مسئول تلقی می‌گردد. با این وجود، در نظم کنونی حقوق نمایندگی، برخی از نماینده‌ها که در موضع حقوق عمومی و مشاغل حرفه‌ای مانند، وکلای دادگستری و مشاوران حقوقی، فعالیت دارند، باید به مصالح عمومی (عام) و عادلانه، مانند، عدالت خواهی، رعایت بی‌طرفی، احترام به قوانین، دفاع از حاکمیت ملی، یکسان سازی دادرسی و مانند این موارد که مورد تأکید عموم جامعه یا صنف خاص است، را رعایت نمایند.

در حقوق کامن‌لا، به خاطر ویژگی‌های آن نظام حقوقی، مفهوم مصلحت به مثابه حقوق ایران، به صورت معادل دقیق و قابل تطبیق مشهود به نظر نمی‌رسد. با این وجود، برای حل این مشکل که نماینده‌های حقوقی از اختیارات خود سوءاستفاده نمایند و مصلحت اصیل را رعایت نمایند؛ ضوابط خاصی پیش‌بینی شده است. مفهوم مصلحت، در نظام کامن‌لا، در ذیل عنوان «وظیفه رعایت امانت» به عناوین مختلفی، تقسیم شده است؛ در این راستا، مفاهیم مختلفی از قبیل، تعهد به وفاداری، تعهد به مراقبت و مهارت، تعهد به

حسن نیت، تعهد به تحصیل منفعت برای اصیل و نداشتن تعارض منفعت برای خود یا دیگری، زیر عنوان وظایف امانی در نظر گرفته شده‌اند؛ که می‌توان با اندکی مسامحه، معادل با مفهوم مصلحت در نظام حقوقی ایران باشد.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

#### -کتاب‌های فارسی

۱. انصاری، مسعود؛ طاهری، محمد علی. (۱۳۸۸). دانشنامه حقوق خصوصی. تهران: جنگل.
۲. باریکلو، علیرضا. (۱۳۹۰). اموال و حقوق مالی. تهران: سمت، چاپ اول.
۳. برهانی، تقی. (۱۳۸۷). مفهوم و مبانی مصلحت در قوانین کیفری. قم: دانشکده اصول دین، چاپ اول.
۴. پروین، خیرالله. (۱۳۹۰). مبانی حقوق عمومی. تهران: انتشارات سمت.
۵. خدایپرستی، فرج‌الله. (۱۳۷۶). فرهنگ جامع واژگان مترادف و متضاد زبان فارسی، شیراز: دانشنامه فارس.
۶. دهقان چاچمکی، حمید؛ یوسفی ساداتی، جواد. (۱۳۹۰). جایگاه مصلحت در قانونگذاری کیفری ایران. قم: موسسه بوستان کتاب، چاپ اول.
۷. دهقان، رمضان. (۱۳۹۱). تأثیر انصاف در حقوق خصوصی. تهران: فکر سازان.
۸. ره پیک، حسن. (۱۳۸۷). حقوق مدنی؛ عقود معین ۲. تهران: خرسندی.
۹. زراعت، عباس و عبد الزهره عناد غزالی، عبد الامیر. (۱۳۸۸). فرهنگ لغات حقوقی. چاپ دوم، تهران: خط سوم.
۱۰. زراعت، عباس. (۱۳۸۸). قواعد فقه مدنی. تهران: جنگل، چاپ اول.
۱۱. ساکت، محمد حسین. (۱۳۸۷). حقوق شناسی؛ دیباچه ای بر دانش حقوق. تهران: نشر ثالث، چاپ اول.
۱۲. شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۳). حقوقی تطبیقی. تهران: سمت، چاپ یازدهم، ویراست دوم.
۱۳. صفائی، سید حسین. (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها. جلد دوم، تهران: میزان، چاپ ششم.
۱۴. صفائی، سید حسین. (۱۳۹۵). در آمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر. تهران: میزان.
۱۵. عباسی، بیژن. (۱۳۹۳). مبانی حقوق عمومی. تهران: نشر دادگستر.
۱۶. عبدی پور، ابراهیم. (۱۳۸۷). قواعد اختصاصی انعقاد عقد توسط نماینده. قم: مجله حقوق اسلامی، صص ۴۵ - ۶۹.
۱۷. عرفانی، محمود. (۱۳۹۱). حقوق تطبیقی نظام‌های حقوقی معاصر. تهران: جنگل.
۱۸. عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۹۰). قواعد فقه؛ بخش حقوق عمومی، تهران: سمت، چاپ سوم.
۱۹. عمید، حسن. (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی. تهران: انتشارات امیر کبیر.
۲۰. مرعشی، سید محمد. (۱۳۷۱). مصلحت و پایه‌های فقهی آن. مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶، صص ۱۲ - ۳۰.
۲۱. معین، محمد. (۱۳۸۷). فرهنگ فارسی معین. تهران: انتشارات فرهنگ نما با همکاری انتشارات آراد.
۲۲. مقدم، علی اصغر. (۱۳۸۸). جایگاه مصلحت در حقوق کیفری. تهران: دانشگاه علامه طباطبائی.

۲۳. مهر پور، حسین. (۱۳۹۵). مختصر قانون اساسی. تهران: دادگستر، چاپ هفتم.
۲۴. مهرا، نسرین. (۱۳۸۵). نظام حقوقی انگلستان. تهران: میزان، چاپ دوم.
۲۵. نوین، پرویز. (۱۳۸۷). حقوق مدنی (۷ عقود معین (۲). تهران: گنج دانش.
۲۶. هاشمی، سید محمد. (۱۳۸۳). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. ج ۲، تهران: میزان، چاپ هشتم.
۲۷. هداوند، مهدی. (۱۳۹۵). حقوق اداری تطبیقی. ج اول، تهران: سمت، چاپ پنجم.

#### ب) منابع لاتین

۲۸. A. DeMott (۲۰۱۵), "Defining agency and its scope Forthcoming in Comparative Contract Law: A Tale of Two Legal Systems," Martin Hogg & Larry A. DiMatteo eds., Oxford Univ.
۲۹. Bowstead and Reynolds (۲۰۰۳). (The law of Agency. London: Sweet & Maxwell, ۱۶<sup>th</sup>/ed.
۳۰. Bryan A. Garner. (۲۰۰۶). (Blacks law dictionary. united states of America: Thomson/west, Third edition
۳۱. Charles Laing, Stephen. (۲۰۱۳). Two forms of the fiduciary relationship. New Zealand: University of Otago.
۳۲. Dale, Baze (۲۰۰۹), (common law of agency ,published by b & b publishing
۳۳. Dobrah, A demott. (۱۹۸۷). (The lawyer as agent, usa :california: Recorder Sunset Press.
۳۴. Frankel, tamar (۲۰۱۱). (Fiduciary law ,London: oxford.
۳۵. Miller, paul;Gold, Andrew. (۲۰۱۶). (Contract ,Status, and Fiduciary Law . London: oxford press.
۳۶. The American Law Institute's (۱۹۵۸), (Restatement second of the Agency Law ,usa: ali-pub.
۳۷. Zweigert and Hien Kotz (۱۹۸۷), (An Introduction to Comparative Law , england: Oxford.