

مذاق شریعت و کارکردهای آن با تأکید بر فقه جزایی امامیه^۱

عادل ساریخانی*

مسعود نیک‌پرور**

چکیده

فقیه گاه در مقام استنباط احکام به نصوص و ادله شرعی به صورت منفرد و تک‌گزاره‌ای استناد می‌نماید و گاه در اثر ممارست و انس با نصوص شرعی، روش و سیره‌ی شارع در جعل احکام و روح کلی شریعت را در می‌یابد و با این بینش مجموعه نگر، ادله شرعی را ارزیابی می‌کند. بدین سان مذاق شریعت نه تنها مبین اراده‌ی تشریحی شارع است بلکه در مقام تفسیر اراده‌ی شارع نیز دست‌مایه‌ی فقها قرار می‌گیرد. در عرصه فقه جزایی امامیه در حوزه‌های مختلف به مذاق شریعت استناد شده است؛ فقیهان نسبت به کاربست این مفهوم در زمینه موضوعات فاقد سابقه تنصیصی، شیوه تحلیل موضوع حکم، رفع تراحم احکام و تفسیر ادله شرعی مبادرت نموده‌اند. در نوشتار حاضر نیز ضمن پرداختن به مفهوم مذاق شریعت و اعتبارسنجی آن، کارکردهای آن در عرصه تشریح جزایی (جرم‌انگاری)، شیوه‌ی تفسیر موضوعات کیفری و رفع تراحماتی که ممکن است در این عرصه عارض شود تبیین شده است.

کلید واژه‌ها: مذاق شریعت، تشریح، تفسیر اراده شارع.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۲/۱۷ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۸/۱۸

* دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران.

** دانشجوی دکتری گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)

Masoudnikparvar@qom.ac.ir

۱- مقدمه

تاریخ فقهت شیعه در سیر تحولی خود شاهد نگرش‌های گوناگون بوده است. در سده‌های نخستین حیات فقه شیعه، فقها در مقام استنباط احکام تنها به نصوص شرعی به صورت تک گزاره‌ای می‌نگریسته‌اند و به سازگاری آن ادله با ملاک‌های کلی به دست آمده از سیره‌ی شارع در تشریح احکام توجهی نداشتند. به عنوان مثال این فقها به خاطر نزدیکی با عصر امامان معصوم (ع) با استناد به روایات اقدام به صدور فتوا به صورت موجز و در قالبی مانند روایات می‌نموده‌اند. در دوره‌های بعدی فقیهان با رویکردی تطبیقی به فقه اهل سنت، دست به توسعه فروع مسائل فقهی زده و به نقد و بررسی آن پرداختند. کتاب المبسوط فی الفقه الامامیه اثر شیخ طوسی با چنین رویکردی نگاشته شده است. با این حال استنباط احکام تا این مقطع مبتنی بر نگرش تک گزاره‌ای به ادله و نصوص شرعی است. در دوره‌های دیگر با شکل‌گیری و بسط دانش اصول فقه از یک طرف و با تمسک به میراث علمی گذشتگان، شاهد تحلیل‌های عمیق و موشکافانه در ادله احکام هستیم. صاحب جواهر از جمله فقهایی است که در اثر ارزشمند خود جواهرالکلام به این شیوه عمل نموده است. ایشان گذشته از تحلیل عمیق فقه، رویکرد نوینی در عرصه اجتهاد اتخاذ نموده است. صاحب جواهر از نخستین فقهایی است که مبنا و ملاک را صرفاً بر ظاهر نصوص قرار نداده است بلکه به ساز و کارهای دیگر نیز پرداخته که از کلیت نصوص و ادله به دست آورده است. ایشان به شیوه و «مذاق شارع» در جعل احکام توجه کرده و از رهگذر آن به استنباط احکام پرداخته است. فقهایی پس از صاحب جواهر نیز در آثار خود کراراً به «مذاق شریعت» استناد نموده‌اند و به این ترتیب این اصطلاح وارد حوزه فقهت شیعه گردید مع ذلک در خصوص این اصطلاح سؤالاتی مطرح است. ماهیت مذاق شریعت چیست؟ شیوه‌ی دستیابی به آن کدام است؟ آیا از چنان حجیتی برخوردار است که مستمسک فقیه در مقام اجتهاد قرار گیرد؟ کارکردهای آن در عرصه فقہات خصوصاً فقه جزایی امامیه کجاست؟ فقها در چه مواردی به آن استناد کرده‌اند؟ مقاله حاضر با اتخاذ رویکرد توصیفی- تحلیلی بحث مذاق شریعت را پیگیری می‌کند و درصدد پاسخگویی به این پرسش‌هاست.

۲- ماهیت لغوی و اصطلاحی مذاق شریعت

بسیاری از اختلاف‌نظرهای موجود و تشتت دیدگاه‌ها ناشی از عدم تعریف الفاظ پژوهش و یا تعریف نادرست آنها می‌باشد. در حالی که با تعریف و تبیین صحیح آنها می‌توان اختلاف دیدگاه‌ها را کاهش و یا به کلی مرتفع ساخت. بنابراین یکی از اساسی‌ترین گام‌ها در هر پژوهش، تعریف واژگان آن پژوهش می‌باشد.

مذاق مصدر میمی و یا اسمی است که از فعل «ذاق یدوق» گرفته شده و دارای معانی مانند مزه، چشیدن و آگاهی‌یافتن از چیزی است. جوهری در صحاح می‌نویسد: «ذقت الشی اذقه ذواقاً (مذاقاً و مذاقاً... ذقت ما عند فلان ای خبرته و ... امر مستذاق ای مجرب معلوم)؛ یعنی از طریق تجربه و آزمودن، حقیقت آن چیز را دریافتم (جوهری، ۱۴۱۰، ۴، ۴۷۹-۴۸۰) شاید بتوان در معنی لغوی ذوق، نوعی «آزمودن و تجربه کردن و در نتیجه دانستن» را یافت. ذوق به همین معنا به گفتمان فقهی راه یافته است (علی‌دوست، ۱۳۸۸، ۳) واژه‌ی «شریعت» نیز کناره‌آبی است که برای نوشیدن چارپایان فراهم شده است و به معنای بالابردن و شتاب در چیزی، آن چه خداوند برای بندگان مقرر کرده است مانند نماز و روزه (فراهیدی، ۱۴۱۰، ۱، ۲۵۲-۲۵۳) همچنین به معنی راه و روش آمده است (ابن اثیر، ۱۳۶۴، ۲، ۴۶۰-۴۶۱)

بنابراین در تبیین لغوی «مذاق شریعت» باید بگوییم به آگاهی از راه و روش‌های شارع اطلاق می‌شود. در واقع فقیه در باطن خود روش، دیدن و دأب شارع را درک می‌کند و می‌چشد.

ظاهراً صاحب مفتاح الکرامه برای اولین بار به این اصطلاح اشاره نموده و صاحب جواهر نیز به کرات در استدلال‌های خود به آن استناد نموده است (عندلیت همدانی، ۱۳۹۱، ۱۱۰). صاحب جواهر بر این باور است که آگاهی از بیان و رموز شریعت معرفتی است که خداوند به برخی از بندگان خود اعطا می‌کند. (نجفی، ۱۴۰۴، ۱۰، ۲۸۵) ایشان بر این عقیده است که آگاهی از زبان شریعت، توانایی کشف مذاق شارع و سازگاری یا فهم عدم انسجام دلیل با مذاق شرع را در پی دارد (همان، ۸، ۴۵۰). مرحوم کاشف الغطاء «مذاق شریعت» را اینگونه توصیف می‌کند: «مذاق شریعت عبارت است از فهم و درک تازه‌ای که مجتهد با استفاده از ذوق سلیم و درک منضبط خود در پی کند و کاو در مجموع ادله، به ذهنش راه می‌یابد؛ در چنین موردی نمی‌توان تردید در اعتبارش روا داشت؛ چراکه خود از موارد منصوص است؛ چه اینکه عقل نیز همانند ادراکات حسی بهره‌ای از لمس، چشایی، بویایی و نطق دارد؛ بهره‌ای که با حواس ظاهری قابل درک نیست، حجیتش از آن روی است که اعتبار منطوق‌ها با کنایه‌ها و رموز در صورتی که احتمال آن ضعیف نباشد از نظر متفاهم عرفی، یکسان تلقی می‌شود» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۱، ۱۸۸).

بنابراین همانگونه که فقهای امامیه از دلایل روشن، حکمی را استنتاج می‌کنند گاه علی‌رغم فقدان دلیلی واضح از رهگذر تجمیع شواهد، قرائن و با اشراف نسبت به مجموعه ادله، روش و سلیقه‌ی شارع را در آن مورد کشف و حکم شرعی را بیان می‌کنند و همواره رجوع شتابزده به اصول عملیه را روا نمی‌دانند.

۳- دستیابی به مذاق شارع

بدیهی است که با توجه به وسعت دامنه شریعت و خصوصاً مدون نبودن احکام فقهی و بیان آن در قالب محاورات، سؤال و جواب‌ها و در هم تنیدگی آنها با هم، دستیابی به مذاق شارع منوط به ممارست در استنباط، اشراف بر احکام و بینش نظام‌مند نسبت به شریعت است. ولی می‌توان از مصادیقی که فقها به عنوان مذاق شریعت به آن استناد نموده‌اند مواردی را استنتاج نمود:

۳-۱- دستیابی به مذاق شریعت با تمسک به اوصاف شارع

در برخی کاربردهای مذاق شریعت ملاحظه می‌شود که بر مبنای اوصاف شارع استدلال شده است. در واقع برخی ممیزات و اوصاف از راه عقل یا روایات برای شارع به اثبات رسیده است و تشخیص این ویژگی‌ها می‌تواند تأثیر به‌سزایی در کشف مذاق شریعت داشته باشد.

به عنوان نمونه یکی از فقهای معاصر در خصوص این قول که توبه‌ی مرتد مطلقاً پذیرفته نمی‌شود به مذاق شارع استناد و آن را امری بعید عنوان نموده است^۱ (یزدی، ۱۴۱۵، ۴، ۱۶۶). به عبارت دیگر اگرچه ارتداد از موجبات کفر، حبط اعمال و عقوبت اخروی است^۲ و به زعم مشهور فقهای امامیه، مرتد فطری در صورت احراز ارتدادش کشته می‌شود و توبه او پذیرفته نمی‌گردد (نجفی، همان، ۴۱، ۶۰۵) مع ذلک از اوصاف شارع، رحمانیت (بخشنده‌گی) و توایبیت (توبه‌پذیری) اوست^۳ و این اوصاف با عدم پذیرش مطلق توبه مرتد منافات دارد. در این خصوص بعضی از فقها نیز حکم به قتل مرتد را منحصر به تکرار ارتداد دانسته‌اند (حلی، ۱۴۰۸، ۴، ۱۷۱).

به دیگر سخن در صورتی که مرتد پس از توبه، مجدداً به ارتداد باز گردد و این امر تکرار گردد، دیگر

۱- «... هو کافر فلا تقبل توبته مطلقاً لانه محکوم بالکفر شرعاً و إن تاب مع أنه خلاف الظاهر و بعید عن مذاق الاسلام...؛ او (مرتد) کافر تلقی و توبه اش مطلقاً پذیرفته نمی‌شود زیرا شرعاً محکوم به کفر است اگرچه توبه کند ولی این قول خلاف ظاهر و از مذاق دین اسلام بعید به نظر می‌رسد...»

۲- «...ومن یرتد منکم عن دینه فیمت و هو کافر فاولئک حبطت اعمالهم فی الدنیا و الاخره و اولئک اصحاب النار هم فیها خالدون» (سوره بقره، آیه ۲۱۷)

۳- در قرآن کریم، از اوصاف خداوند، صفت «رحمان»، پنجاه و شش مرتبه و دیگر مشتقات مصدر «رحم» به مراتب افزون‌تر از آن و صفت «تواب» نیز یازده مرتبه مورد اشاره قرار گرفته است. من جمله آیه ۵۳ سوره زمر: «قل یا عباد الذین اسرفوا علی انفسهم لاتقنطوا من رحمۃ الله...». من جمله آیات ۱۵۹ و ۱۶۰ سوره بقره: «إن الذین یکتومون ما أنزلنا...اولئک یلعنهم الله و یلعنهم اللعنون الا الذین تابوا و اصلحوا و بینوا فاولئک اتوب علیهم و أنا التواب الرحیم».

توبه او پذیرفته نمی‌شود.^۱ همچنین فقها در اثر انس با ادله و کنکاش در روایات، مذاق کلی شریعت در حقوق الله را مبنی بر مسامحه و آسان‌گیری شارع در این خصوص یافته، دلیل و مستند برخی از فتاوی را همین مذاق کلی شارع معرفی کرده‌اند. به عنوان مثال شیخ طوسی در کتاب جراح می‌نویسد: «کسی که دزدی کرده و حکم شده است که دست راست او بریده شود اگر به او گفته شود: برای بریدن، دست راست را بیرون بیاور و او دست چپ خود را بیرون بیاورد و دست چپش را ببرند، دیگر بر او چیزی نیست و حکم بریدن دست راست از او برداشته می‌شود. این فتوا میان فقها متفق الیه است زیرا بریدن دست، از حقوق الله به شمار می‌آید و مبنای شارع در اینگونه حقوق بر آسان‌گیری و تخفیف است (طوسی، ۱۳۸۷، ۷، ۱۰۱).

۲-۳- دستیابی به مذاق شریعت از طریق آثار حکم

گاه فقیه در بیان حکم به مذاق شارع متمسک می‌شود به گونه‌ای که اگر این حکم پذیرفته نشود آثار و نتایج زیانباری به همراه خواهد داشت. به عنوان نمونه در باب احکام صابان در میان فقها اختلاف نظر وجود دارد که آیا خون آنها هدر است یا اینکه محترم شمرده می‌شود. منشأ اختلاف، به این باز می‌گردد که آیا به آنها اهل کتاب گفته می‌شود یا خیر، زیرا آیات قرآن بر این دلالت دارند که جزیه گرفتن از کسانی درست است که اهل کتاب به شمار می‌آیند.^۲ برخی در اینجا به استصحاب عدمی تمسک کرده‌اند و صابان را از زمره کسانی که اهل کتاب شمرده می‌شوند، ندانسته‌اند (خامنه‌ای، ۱۴۱۷، ۲۸) یکی از استدلال‌هایی که برای این استصحاب شده، این است که درباره دسته نخستین صابئین یقین وجود دارد که دارای کتاب نبوده‌اند و همین یقین درباره دسته‌های پسین آنها نیز جاری می‌شود. آیت‌الله خامنه‌ای در خصوص توسل به اصل استصحاب جهت مترتب‌نمودن احکام کفر بر صابئین و مآلاً جواز قتل آنها، معتقد است که استصحاب در مسائل خطیره جریان نمی‌یابد. به این معنی که امکان صدور چنین حکم حساسی (قتل) به صرف اعمال اصل استصحاب وجود ندارد زیرا این امر خلاف مذاق شارع خصوصاً مسائل مربوط به دماء

۱- آیه ۹۰ سوره آل عمران؛ «ان الذین کفروا بعد ایمانهم ثم ازدادوا کفراً لن تقبل توبتهم و اولئک هم الضالون» نیز به همین مضمون اشاره دارد.

۲- «قاتلوا الذین لا یؤمنون بالله و لا بالیوم الآخر و لایحرمون ما حرم الله و رسوله ولا یدینون دین الحق من الذین اوتوا الکتاب حتی یعطوا الجزیه عن ید و هم صاغرون؛ با کسانی از اهل کتاب که نه به خدا، و نه به روز جزا ایمان دارند و نه آنچه را خدا و رسولش تحریم کرده، حرام می‌شمارند و نه آیین حق را می‌پذیرند، پیکار کنید تا زمانی که با خضوع و تسلیم، جزیه را به دست خود بپردازند» (توبه، ۲۹).

است و چنین چیزی را در دیگر ادیان الهی سراغ نمی‌توان گرفت چه رسد به دین اسلام که برای کرامت انسانی ارزش قائل است و حرمت خون را از بالاترین چیزها می‌داند. بنابراین نمی‌توان گفت با تکیه بر چنین استصحاب‌هایی، ریختن خون انسان‌ها را روا بداند (همان).

صاحب جواهر نیز در بحث جواز دفع کسی که از مقابل نمازگزار عبور می‌کند در صورتی که منتهی به ضرب یا جرح و تلف مال گردد از انواع اذیت‌های زشت و دفع و سنگ‌پرانی و رفتارهای برخی مسلمانان سخن می‌راند که ظاهراً ایشان در زمان خود مشاهده کرده است و می‌گوید: «شاید آنچه اکنون از بعض عوام شیعه می‌بینیم از دیگران گرفته شده باشد» (نجفی، همان، ۸، ۴۰۵). این امر و دوری از مذاق شریعت سبب شده است تا ایشان امر به «درأ» در اخبار را بر وضع ستره حمل کند (همان) به عبارت دیگر جهت اجتناب از آثار ناپسند (اتلاف اموال و انفس)، جواز دفع را محدود به جایی نموده است که نمازگزار در مقابل خود ستره‌ای قرار داده باشد.

۳-۳- دستیابی به مذاق شریعت از طریق مجموعه احکام

مذاق شریعت گاه منبعث از رویکرد نظام واره ای است که فقیه به مجموعه شریعت اعم از احکام، اخلاقیات، انسان شناسی و ... دارد به عنوان نمونه روایاتی وجود دارد که زناکار باید به همان گونه که دستگیر شده تازیانه بخورد؛ یعنی اگر برهنه او را دستگیر کرده اند باید بر بدن برهنه او تازیانه بزنند.^۱ این بابویه، روایت را مطلق و حکم را بر زن و مرد یکسان می‌داند (ابن بابویه، ۱۴۱۵، ۴۲۸) اما مشهور فقهای امامیه این اطلاق را نمی‌پذیرند. برخی معتقدند که «زن از روی پوشش و لباسی که بر تن دارد تازیانه می‌خورد زیرا ما از مذاق شریعت، شدت رعایت در پوشش زن را به دست می‌آوریم و همین اهتمام سبب شده است که شرع، نشستن زن را برای تازیانه خوردن معتبر بداند» (مؤمن قمی، ۱۴۲۲، ۲، ۲۷۵).

۱- من جمله روایت دعائم الاسلام از امیرالمومنین(ع) که بر این مضمون دلالت دارد: «أَنَّهُ سَأَلَ عَنِ الْمُرُورِ بَيْنَ يَدَيْ الْمُصَلِّي فَقَالَ: لَا يَقْطَعُ الصَّلَاةَ شَيْءٌ وَلَا تَدْعُ مِنْ يَمْرٍ بَيْنَ يَدَيْكَ وَلَا قَائِلَتَهُ: أَزْ حَضْرَتِ عَلِيٍّ (ع) دَرْخُصُوصِ عُبُورِ كُنْتَهُ دَرِ مَقَابِلِ نَمَازْكَزَارِ سَوَّالِ شُدْ. فَرَمُودَنْدُ:

چیزی نماز را قطع نمی‌کند. کسی را که در برابر عبور می‌کند رها مکن حتی اگر با او بجنگی» (مجلسی، ۱۴۱۰، ۱۸، ۱۱۶)

۲- عن ابی جعفر(ع) انه قال: «... یضرب الزانی علی الحال التی وجد علیها ان وجد عرباناً ضرب عرباناً و ان وجد و علیہ ثیابه ضرب و علیہ ثیابه؛... بر زانی همانگونه که یافت شده است تازیانه زده می‌شود. اگر عربان یافت شود در همان حالت و اگر پوشیده یافت شود در همان حالت تازیانه زده می‌شود» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۸، ۹۳).

همچنین یکی از مجازات‌های بزه «قیادت» این است که سر مرتکب (قواد) را تراشیده و در شهر می‌گردانند سپس او را تبعید می‌کنند. حال سؤال این است که آیا در این حکم، فرقی میان زن و مرد نیست؟ برخی از فقها از مذاق شریعت بدست آورده‌اند که چنین مجازاتی در خصوص زن قواد شایسته نیست. زیرا اهتمام شارع در زنان این است که پوشیده باشند و تا می‌توانند خودشان را در معرض رویت دیگران قرار ندهند. در حالی که تراشیدن سر زن و گرداندن او در شهر و سپس تبعید به شهر دیگر، با این هدف شارع در تعارض است و شاعری که بر برهنه‌کردن مرد جهت تازیانه زدن، حکم می‌کند، برای زن چنین حکمی ندارد و به این گونه رفتار با زنان راضی نمی‌باشد (گلیایگانی، ۲، ۱۴۱۲، ۱۰۵).

۳-۴- دستیابی به مذاق شریعت از طریق قیاس اولویت

یکی از طرقی که از آن مذاق شارع استنباط می‌شود، قیاس اولویت است. به عنوان مثال یکی از فقهای معاصر در خصوص نگاه بدون ریبه به زن نامحرم ابتدا با کنکاش در ادله لفظی، قول به جواز را می‌پذیرد ولی از رهگذر ادله دیگر چنین استنتاج می‌کند که «وقتی شارع به چیزهایی که پایین تر از نگاه است، سخت گرفته، نمی‌تواند درباره نگاه، حکم به جواز دهد» (موسوی خویی، ۱۴۱۸، ۱۲، ۸۲) همچنین در اثبات شرط رجولیت در مرجع تقلید به همین روش استدلال نموده است و می‌گوید: «... از مذاق شارع به دست می‌آوریم که وظیفه زنان حجاب و پوشش و تصدّی امور خانه و عدم مداخله در اموری است که منافی با آن باشد و روشن است که تصدّی به إفتا به حسب عادت خود را در معرض رجوع و سؤال قرار دادن است، زیرا اینها اقتضای ریاست مسلمین است. حال آنکه شارع به اینکه زن، خود را در معرض این امور قرار دهد، راضی نیست» (همان، ۱، ۱۸۷).

لازم به ذکر است که دستیابی به مذاق شارع منحصر به طرق یاد شده نمی‌گردد بلکه فقیه در اثر ممارست مستمر و انس با مجموعه احکام شریعت و زوایای پیدا و پنهان آن، به آن دست یافته است و چه بسا نتوان درباره روشی که او را به این مذاق رسانده است توضیح روشنی ارائه نمود. همچون مفاهیم عشق، محبت و دوستی که انسان به نحو عیان در باطن خود آن را درمی‌یابد اما نمی‌تواند بیان روشنی از آن ارائه نماید. یکی از فقهای معاصر در زمینه دستیابی به مذاق شریعت می‌نویسد: «پوشیده نماند که درک مذاق شارع یا روح شریعت یا ... فقط برای کسی میسر است که در دانش و پرهیزگاری به مقامی

عظیم و درجه ای متعالی رسیده باشد ... در حالی که اهالی این مقامات هرگز به چنین مقاماتی اقرار نمی‌کنند» (علوی، بی‌تا، ۱، ۴۲۷).

۴- حجیت مذاق شریعت

پس از روشن شدن مفهوم مذاق شریعت و چگونگی استنباط آن، نوبت به اعتبار سنجی آن می‌رسد. آنچه از کلام فقها استفاده می‌شود این است که گاه از یقینی بودن مذاق شریعت یا نزدیک بودن آن به یقین سخن می‌گویند (نجفی، همان، ۲۶، ۱۲۶؛ همان، ۱، ۱۵۹) بنابراین اگر معتقد باشیم فقیهی به نحو قطع و یقین به مذاق شارع دست یافته باشد از حجیت برخوردار است و ادله و جوب متابعت علم، آن را در برمی‌گیرد. زیرا حجیت علم، ذاتی است و نیاز به جعل از ناحیه شارع ندارد (مظفر، ۱۳۸۸، ۲، ۴۰). به نحوی که می‌تواند مستند اجتهاد وی قرار گرفته و ادله دیگر را نیز تحت شعاع قرار دهد (خویی، همان، ۱۵۹). توضیح اینکه اگرچه ممکن است گفته شود روش‌هایی که پیش از این برای رسیدن به مذاق شریعت بیان شد، همگی ظنی هستند و ادله ظنی نمی‌تواند نتیجه یقینی به همراه داشته باشد مع ذلک دریافت مذاق شریعت منحصر به روش‌های یاد شده نمی‌باشد بلکه بیش از همه، محصول ممارست و انسی است که فقیه با مجموعه فقه و لسان ادله یافته است و چه بسا در عین یقینی بودن امکان مفاهمه و بیان علمی آن وجود نداشته باشد. اما ممکن است معتقد باشیم مذاقی که مستمسک فقها قرار گرفته است همواره ویژگی قطعیت ندارد بلکه همچون دیگر مدرکات انسانی ذو درجات است و لاجرم با مذاق ظنی نیز مواجه خواهیم شد. حال سخن این است که آیا چنین ظنی از ظنون معتبر شمره می‌شود؟ و دلیل بر این اعتبار وجود دارد؟ و یا اینکه باید به اصل ممنوعیت عمل به ظن مگر مواردی که قطعاً خارج شده است عمل نمود. برخی فقها همچون محقق قمی که از باب انسداد باب علمی قائل به حجیت مطلق ظنون هستند مگر ظنونی که استثناء شده اند همانند قیاس و استحسان، طبیعتاً در حجیت ظن ناشی از مذاق شریعت تردید نمی‌کنند (میرزای قمی، ۱۳۰۳ق، ۲۷۸) در واقع پیروان مسلک انسداد، جهت اثبات مدعای خود به چهار مقدمه استناد می‌کنند: ۱- در عصر غیبت، باب علم و یقین به احکام بر ما بسته است. ۲- مهمل گذاردن احکام معلوم بالاجمال از نظر امتثال جایز نیست. ۳- امتثال احکام به طریق احتیاط از آن رو که مستلزم عسر و حرج است واجب نیست. ۴- از آنجا که ترجیح مرجوح بر راجح عقلاً قبیح است و از طرفی امتثال احکام مشکوک و

موهوم، مرجوح است و امتثال مذنوبات، راجح قهراً واجب است که به احکام مذنون عمل شود (ظلهیری، ۱۳۷۳، ۶۲).

اما سخن این است که بر مبنای نظر مشهور مبنی بر افتتاح باب علمی آیا می توان ظن ناشی از مذاق شریعت را معتبر دانست؟ برخی از فقها معتقدند حجیت ظن ناشی از مذاق شریعت را باید در ادله حجیت علم عادی جستجو کرد. مرحوم کاشف الغطاء در این زمینه می گوید: «... و حجیت آن (مذاق شریعت) از آن روی است که اعتبار منطوق ها با کنایه ها و رموز- در صورتی که احتمال آن ضعیف نباشد- از نظر متفاهم عرفی یکسان است» (کاشف الغطاء نجفی، همان، ۱۸۸) به عبارت دیگر در روش و سیره ی عقلاء همانگونه که قطع ناشی از یک دلیل مستقیم، حجت است اطمینانی که ریشه در تجمیع قرائن و شواهد دارد نیز معتبر شمرده می شود زیرا در نگاه عرف احتمال خلاف آن منتفی است و یا در حدی است که به آن اعتنا نمی شود.

برخی از محققین معاصر عقیده دارند تمسک به مذاق شریعت، نوعی استدلال شخصی و غیرقابل انتقال است که اگرچه برای شخص استدلال کننده ممکن است اطمینان آور باشد ولی به دلیل شخصی بودن و در نتیجه بیان ناپذیر بودن، امکان مفاهمه براساس آن بسیار کم است و به عنوان استدلال قابل عرضه به دیگران نیست (علیدوست، ۱۳۸۸، ۳۲).

۵- کارکردهای مذاق شریعت در فقه جزایی امامیه

با مراجعه به نوشته های فقهی، کاربردهای گوناگونی برای مذاق شریعت به دست می آید. این کاربردها را می توان به صورت ذیل خلاصه کرد.

۵-۱- مذاق شریعت به عنوان منبع حکم

در فقه جزایی، مجازات ها به چهار قسم حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تقسیم شده اند. باتوجه به اینکه مذاق شریعت به عنوان یک منبع استنباط فرعی در طول سایر منابع تلقی می شود، اصولاً در مجازات های حدی که موقوف به تنصیص شارع است جریان نخواهد یافت. به عبارت دیگر مجازات حدی، مجازاتی است که نصی اعم از قرآن یا سنت در خصوص آن وارد شده باشد. در غیر این صورت موضوعاً از حیطة حدود خارج است. در تعریف حد آمده است؛ «هر آنچه مجازات مقدّری برای آن وجود دارد حد و در غیر این صورت تعزیر نامیده می شود (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۴، ۱۴۷) با این وصف، استناد به مذاق شریعت به

عنوان منبع استنباط حکم صرفاً در عرصه سایر مجازات‌ها میسور است. پرواضح است که ممنوعیت این استناد صرفاً در مقام تجریم (جرمانگاری) و نه در مقام قضا (رسیدگی) است. به عنوان مثال اگرچه در خصوص ممنوعیت رسیدگی غیابی به جرایم مستوجب حد، نصی وارد نشده است مع ذلک در این خصوص به مذاق شارع بر ابتناء حدود بر تخفیف و مسامحه استناد شده است و رسیدگی غیابی را مجاز نشمرده‌اند^۱ (تبریزی، بی تا، ۱۸۹). در عرصه تعزیرات با توجه به عدم تنصیص شارع و تقریر آن در هر فعل یا ترک فعل حرام می توان نقش پر رنگ‌تری برای استناد به مذاق شریعت یافت. به عنوان مثال صاحب جواهر هنگام سخن پیرامون حرمت هتک مقدسات دینی چنین می‌گوید: «برای فقیه آشنا و همدم با لسان شارع، زینده نیست برای تمام جزئیات و تک تک گزاره‌ها به دنبال آیه یا روایتی خاص باشد...» ایشان پس از این سخن، برای فتوا به حرمت هتک مقدسات دینی به ادله تعظیم شعائرالله و آنچه از دأب و روش شارع در بین مردم ظاهر است، استناد می‌کند (نجفی، همان، ۲، ۵۲). در خصوص حرمت القاء جاهل در فعل حرام و تعزیر عامل آن، برخی حکم به حرمت فروش روغن نجس به مسلمان در فرضی که موجب افکندن او در فعل حرام شود، نموده و دلیل آن را مذاق شارع در خصوص حرمت القای جاهل در عمل حرام دانسته‌اند (مصطفوی، ۱۴۲۱، ۳۱). به عبارت دیگر اگرچه نصی در خصوص مورد وارد نشده است بلکه مذاق شارع در این خصوص از روایت‌های بسیاری در جاهای گوناگون فقه به دست آمده است که می‌توان از مفهوم روایات زیر استفاده نمود:

- حرمت نوشاندن شراب به اطفال و کفار^۲

- کراهت دادن خوراکی‌ها و آشامیدنی‌های حرام به بهائم^۳

- نتایج فتوا دادن از روی ناآگاهی^۴

- به دوش کشیدن بار گناهان مأمومین توسط امام مقصر^۱

۱- «... أن للشخص أن يبطل الحجة التي هي مستند ثبوت موجب الحد و بأن المعلوم من مذاق الشرع أن بناء الحدود على التخفيف و الممانعة عن ثبوت موجبه مهما كان سبيل لها؛ برای شخص امکان باطل نمودن دلیلی که مستند ثبوت موجب حد قرار گرفته است وجود دارد و از مذاق شرع نیز به روشنی می‌توان دریافت که حدود مبتنی بر تخفیف هستند و تا حد امکان باید از ثبوت موجب آن ممانعت نمود...»

۲- روایت عجلان ابی صالح از امام صادق علیه السلام: «قلت لأبي عبد الله ع المولود يولد فنسقيه الخمر فقال لا من سقى مولودا مسكرا سقاه الله من الحميم و أن غفر له (حر عاملی، همان، ۲۵، ۳۰۸)»

۳- روایت غیث از امام صادق علیه السلام: «أن أمير المؤمنين ع كره أن تسقى الدواب الخمر» (همان)

۴- روایت ابی عبیده حذاء از امام باقر علیه السلام: «من أفتى الناس بغير علم و لاهدی لعنته ملائكة الرحمة و ملائكة العذاب و لحقه و زور من عمل بفتياه» (کلینی، ۱۴۰۷، ۱، ۴۲).

– ضمانت امام جنب، نسبت به مأمومین^۲

در مسائل مستحدث نیز کشف روش و مذاق شارع در جعل احکام، راهگشا خواهد بود. مسائل نو پدید مانند مباحث مربوط به انواع مخدرات، جرایم مرتبط به فضای مجازی و ... بعضاً فاقد زمینه‌ی تنصیصی در فقه می‌باشد مع ذلک با توجه به اینکه فقاهت شیعه در ادوار مختلف، همواره پویا و پاسخگوی نیازهای بشری بالاخص در حوزه موضوعات نوپدید بوده است. موضوعاتی که هیچ گونه پیشینه فقهی از آنها به چشم نمی‌خورد و یا اگر سابقه‌ای داشته است به جهت تحول برخی اوصاف آنها و تغییر مناسبات حکم و موضوع و یا دگرگونی در روابط اجتماعی، اکنون حکم شرعی دیگری را انتظار دارد از همین روی، فقهای امامیه، همان گونه که از رهگذر دلیلی روشن نظر شارع را استنباط می‌کنند و یا از سندی غیرشفاف آن را حدس می‌زنند، در برخی موارد که دلیل روشن جهت حکم وجود ندارد با استیلاء و احاطه کلی بر مجموعه فقه و از طریق تجمیع شواهد و قرائن، به مذاق و سلیقه شارع در آن مسأله پی برده حکم آن مسئله را بیان می‌کنند و تمسک نابهنگام به اصول علمیه را روا نمی‌دانند.

از موارد استناد به مذاق شریعت در قصاص و دیات هنگامی است که عملی فی نفسه مباح یا مستحب و حتی واجب است اما انجام آن موجب تلف جان یا مال می‌گردد. در اینجا بحث بر این است که آیا دست بردن به چنین اعمالی مستوجب ضمان است یا خیر؟ حکم این مسأله اگر چه صراحتاً بیان نشده است ولی از مذاق شارع استفاده می‌شود که چنین اقدامی جایز نیست. در این راستا، صاحب جواهر معتقد است که اگر چه شخص می‌تواند حقوق مالی و حتی مجازات‌هایی که حق شخصی اوست از مستحق علیه حتی با توسل به زور مطالبه کند و در میان اگر ضرری به بار آید ضامن نخواهد بود. مع ذلک اگر استیفای حق منجر به بروز فتنه و اتلاف اموال و انفس گردد، باید از آن پرهیز نماید. سپس می‌گوید: «یمكن دعوی العلم من مذاق الشارع بعدم جواز فعل ما یترتب به ذلک (تلف الانفس و الاموال) و إن کان مباحاً فی نفسه او مستحباً بل واجباً...؛ ممکن است ادعا شود که از مذاق شارع عدم جواز عملی که منتهی به تلف نفوس و اموال شود فهمیده می‌شود اگرچه آن عمل فی نفسه مباح یا مستحب و یا حتی واجب باشد...» (نجفی، همان، ۴۰، ۳۸۷). سپس به روایتی اشاره می‌کند که می‌تواند تأییدکننده این دیدگاه باشد. علی بن

۱ - کتب امیر المؤمنین الی محمد بن ابی بکر انظر یا محمد صلاتک کیف تصلیها لوقتھا فأنه لیس من امام یصلی بقوم فی صلاته نقص إلا کانت علیه و لاینقص ذلک من صلاتهم (مجلسی، همان، ۸۵، ۹۳)

۲ - روایت معاویه بن وهب از امام صادق علیه السلام: «قلت لأبی عبدالله ع أ یضمن الامام صلاه الفریضه فإن هولاء یزعمون أنه یضمن فقال لا یضمن أی شیء یضمن إلا أن یصلی بهم جنباً أو علی غیر طهر (طوسی، ۱۴۰۷، ۳، ۲۷۷-۲۷۸)

مهزیار می‌گوید:

«به امام جواد(ع) نامه نوشتم، شخص واقف گفته است که میان موقوف علیهم اختلافی شدید رخ داده است و او از اینکه اختلاف بیشتر شود ایمن نیست. اگر شما اجازه بدهید این وقف را بفروشد و سهم هر یک را به خودش دهد. حضرت در پاسخ نوشتند: او را آگاه کن که نظر من این است که اگر چنین اختلافی بین صاحبان وقف رخ داده باشد، فروش آن شایسته تر است؛ زیرا چه بسا این اختلاف باعث از میان رفتن اموال و جانها شود.»^۱ (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ۴، ۲۴۱).

صاحب جواهر از بخش پایانی روایت «إنَّه رَبَّمَا جَاءَ فِي الْاِخْتِلَافِ تَلْفِ الْاِمْوَالِ وَ النِّفَوسِ»، به مذاق شارع دست می‌یابد که فراگیر است و تنها به باب وقف منحصر نمی‌گردد. همچنین در خصوص تحقق لوث به مجرد ظن به ارتکاب قتل از ناحیه شخص یا اشخاص معین و استناد به قسامه، یکی از فقه‌های معاصر معتقد است که آنچه در نصوص و روایات آمده، ظنون خاصی است؛ مثل اینکه مقتول در چاه قومی یا قبیله ای و محله آنها یافت شود و در صورتی که بین آنها و مقتول، خصومت و نزاع قبلی نیز وجود داشته باشد. در حالی که مطلق ظن در غیر مواردی که در روایات آمده است معتبر نیست و اطلاق و عمومی که بتوان به آن استناد کرد وجود ندارد. خصوصاً اینکه مذاق شریعت در اسلام بر احتیاط در مسائل مربوط به خون و ناموس مبتنی است (یزدی، بی‌تا، ۳۵).

۵-۲- شیوه تحلیل موضوع

استناد به مذاق شریعت محدود به مرتبه انشاء حکم نمی‌گردد بلکه گاه جهت تحلیل موضوع حکم نیز به آن تمسک می‌گردد. اصولاً وظیفه شارع انشاء و تبیین حکم است و اجتهاد در موضوعات احکام، امری فرعی و از تکالیف مکلفین می‌باشد. گاه فقیه جهت تحلیل موضوع حکم به مذاق شارع استناد می‌نماید به عنوان مثال در باب حد زنا، یکی از موجبات حد قتل، زنا با ذات محرم ذکر شده است (خویی، ۱۴۲۲، ۲، ۲۲۹). در این راستا اگرچه در روایاتی آمده است که «الولد للفراش و للعاهر الحجر» و یا «لا یورث ولد الزنا» و ممکن است استدلال شود که شارع ولد ناشی از زنا را فرزند نمی‌داند مع ذلک برخی در این باره گفته‌اند:

۱- علی بن مهزیار عباسی فقیه، محدث و از رهبران و سرشناسان شیعه در قرن سوم هجری قمری بوده است. به زعم شیخ طوسی «دانشمندی مورد اعتماد و دارای اعتقادی راسخ و صحیح بود و از اصحاب امام جواد(ع) و امام هادی(ع) به حساب می‌آمد» (طوسی، بی‌تا، ۳۸۱).

«لکن المستفاد... و من مذاق الشرع الاقدس أن حرمة النکاح و الوطی تابعه للنسب العرفی؛ مستفاد... از مذاق شریعت این است که حرمت نکاح و وطی تابع نسب عرفی است» (حکیم، ۱۴۱۶، ۱۴، ۲۵۹) به عبارت دیگر از آنجا که شریعت اسلام بر فطرت انسانی تکیه دارد، مذاق شارع بر این است که ولد ناشی از زنا را از حیث روابط زناشویی همچون ولد مشروع می‌داند و طبعاً زنا با فرزند عرفی را نیز به سان فرزند مشروع تابع حکم واحد دانسته است.^۱

یکی از فقهای معاصر در خصوص اسقاط حد شرعی در فرضی که سارق، مادر صاحب مال باشد می‌نویسد: «مسأله بین فقها محل اختلاف است و احوط الحاق مادر است به پدر و همچنین است باب قصاص بلکه از مذاق شارع استفاده می‌شود که اهتمام به مادر بیش از پدر است...» (منتظری، ۱۳۷۳، ۲، ۵۳۸). در واقع با یک بینش جامع و کل نگر به مجموعه آیات، روایات و احکام که در خصوص اولویت اهتمام به مادر نسبت به پدر وارد شده است^۲ و استنتاج مذاق شارع در این خصوص، انتفاء حد سرقت و قصاص در خصوص پدر به مادر نیز تسری یافته است.

در خصوص سقوط برخی تکالیف شرعی که ملازمه با حدوث حرج برای مکلفین دارد، اراکی از از فقهای معاصر معتقد است که مناطهای برخی از محرمات روشن است و از مذاق شارع کشف می‌کنیم که آنها دایر مدار حرج نمی‌باشند، بلکه بر حرمت خود باقی‌اند، هر چند ترک آنها انسان را دچار حرج بزرگی کند، مانند نوشیدن شراب و زنا و لواط. هیچ‌کس به روا بودن چنین رفتاری رضایت نمی‌دهد، هر چند انسان را به مرتبه بالایی از حرج برساند، پس در این قسم از کارها باید ادله حرج را تخصیص زد (اراکي، ۱۴۱۳، ۶۰).

۵-۳- تعیین یکی از احتمالات در معنا

روایاتی وجود دارد که چندین احتمال در آنها مطرح است بعضی با تمسک به مذاق شارع، یکی از

۱- البته صاحب جواهر در این زمینه می‌نویسد: «...أما المخرم من الزنا فلا یتبث له فیها الحد المزبور للاصل و غیره و لم یحضرنی الا ان نصّ لاصحابنا فیہ ...؛ اما محرمیت ناشی از زنا به دلیل اصل براءت و ... موجب ثبوت حد قتل نمی‌گردد و تاکنون نصی در این خصوص از دیگر فقها ملاحظه نکرده‌ام...» (جعفی، همان، ۴۱، ۳۱۳).

۲- من جمله روایت هشام بن سالم بن امام صادق (ع): «جاء رجل الى النبي ص فقال يا رسول الله من ابر قال امك قال ثم من قال امك قال ثم من قال امك قال ثم من قال امك؛ مردی خدمت پیامبر (ص) آمد و پرسید: یا رسول الله به چه کسی احسان نمایم؟ حضرت فرمود به مادرت دو مرتبه همین سؤال را تکرار نمود و آن حضرت همین جواب را دادند برای سومین مرتبه همین سؤال را تکرار کرد و حضرت فرمود به مادرت. در دفعه چهارم سؤال نمود و پیامبر فرمودند: به پدرت» (کلینی، همان، ۲، ۱۵۹). هشام بن سالم جوالیقی جعفی از اصحاب امام صادق (ع) و امام کاظم (ع) می‌باشد. نجاشی با عبارت «ثقه ثقه» از او یاد کرده است (نجاشی، ۱۴۱۶، ۴۳۴).

احتمالات را ترجیح داده اند. به عنوان مثال درخصوص جواز احتکار از امام صادق (ع) سوال شد. ایشان در پاسخ فرمودند: «... فانه یکره أن یحتکر الطعام و یترک الناس لیس لهم طعام؛ احتکار طعام و رها کردن مردمی که غذایی ندارند مکروه است» (عاملی، ۱۴۰۹، ۹۷، ۴۲۴). در تفسیر معنای کراهت یکی از فقهای معاصر می نویسد در واژه کراهت (که در روایت آمده) به حسب لغت و اصطلاح کتاب و سنت مفهومی اعم از حرمت و کراهتی دارد که نزد فقها مصطلح است بلکه ظهور آن در حرمت اقوی است ... علاوه بر آن «بی غذا گذاشتن مردم» از اموری است که خرد هر انسان، بر زشتی آن حکم می کند و حکم به جواز آن از مذاق شرع مقدس بسیار بعید است. (منتظری، ۱۴۰۹، ۵، ۸۴-۸۵). بدین سان مجازات محتکر به استناد قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» و الزام او به فروش می‌بحتاج مردم مجاز خواهد بود.

به عنوان نمونه دیگر، درخصوص دامنه شمول قاعده «الحدود تدرأ بالشبهات» اگرچه در مورد تسری قاعده نسبت به هر جرمی که مطابق نظر فقها مستوجب مجازات حدی است اختلافی وجود ندارد. چنانکه صاحب جواهر در بحث سرقت و شرایط حد در این مورد می گوید: «... کما لاخلاف و لا اشکال فی درئه بالشبهه کغیره من الحدود؛ هیچ اختلاف و اشکالی (میان فقها) در مورد اینکه حد سرقت همانند سایر حدود، با فرض وجود شبهه ساقط می شود وجود ندارد» (نجفی، همان، ۴۱، ۴۸۱). مع ذلک درخصوص تسری قاعده نسبت به جرایم مستوجب تعزیر و قصاص تردید است. از حیث لفظی واژه «حد» در معانی مختلف استعمال شده است. گاه به معنای «واسطه میان دو چیز که از اختلاط آن دو جلوگیری می کند» (راغب اصفهانی، ۱۴۲۸، ۱۱۴) و گاه در معنای مطلق تأدیب آمده است (طریحی، ۳، ۱۴۱۶، ۳۴). در قرآن نیز اگرچه این لفظ به صورت مفرد ذکر نشده است مع ذلک در چهارده مورد به صورت جمع آمده است و در هیچ یک از این موارد در معنای عقوبت نیامده است بلکه به معنای حدود و مرزها و احکام الهی است که بندگان مکلف به پیروی از آنها هستند. همان طور که ملاحظه می‌گردد هیچ گاه، لفظ حد در معنای عقوبت معین، حقیقت شرعی نیافته است بلکه صرفاً در لسان فقها به عقوبتی معین اطلاق می‌شود. به عبارت دیگر، معنای اخیر از باب حقیقت متشرعه می‌باشد، حال در تفسیر معنای «حد» در قاعده مورد بحث و تسری آن بر مطلق مجازات و یا انحصار آن به حدّ به معنی عقوبت معین در شرع، برخی از فقها عقیده دارند؛ «اساساً از مذاق شارع، روایات، اقوال و آراء فقها استفاده می شود که حدود و مجازات های الهی

۱- از آن جمله: «... تلک حدود الله فلا تتعدوها؛ اینها مرزهای خدایند از آنها فراتر نروید» (بقره، ۲۹۹) و یا «... ألا ان یخافا ألا یقیموا حدود الله؛ مگر آنها بترسند که نتوانند احکام الهی را برپا دارند...» (همان)

مبنی بر تخفیف و مسامحه است...» (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۴، ۷۳) و برخی دیگر با این استدلال که «...حکمت تخفیف مبنی بر استنباط از مجموعه ادله حدود است...» (عمید زنجانی، ۱۳۸۷، ۲۴۶ - ۲۴۷) از مذاق شریعت به عنوان یکی از مرجحات در پذیرش یکی از احتمالات معنایی بهره برده‌اند و معتقدند که واژه حدّ در قاعده مورد بحث در معنای مطلق مجازات استعمال شده است.

۵-۴- استفاده در تراحم احکام

مکلفین به هنگام اجرای تکالیف گاهی با تراحم مواجه می‌شوند. به عبارت دیگر دو تکلیف شرعی را متوجه خود می‌دانند که در آن واحد نمی‌توانند بیش از یکی از آنها را اجرا کنند. در اینجا وظیفه شخص، اجرای تکلیف اهمّ است. اینکه چگونه می‌توان تکلیف اهمّ را از مهمّ تشخیص داد خود موضوع قابل بحث است مع ذلک یکی از راه‌هایی که می‌توان به اهمیت یکی از تکالیف نسبت به تکلیف دیگر پی برد استناد به مذاق شارع است. یکی از فقها در این باره می‌نویسد: «باید به این توجه کامل کرد که در شناخت مصلحت از مفسده و اهمّ از مهمّ باید بر اساس مذاق شریعت و شناختی که از زبان ادله به دست می‌آید، بهره برد؛ زیرا شارع به چیزهایی نسبت به دیگر امور، اهمیت فراوان داده است، بنابراین نباید اهمیت چیزی را با ذوق و سلیقه خود و آنچه به ذهنمان می‌آید سنجید» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲، ۵۰۶).

به عنوان نمونه، شخصی بدون اذن مالک وارد منزل وی شده است. در عین حال نماز نیز بر او واجب شده است به نحوی که تأخیر در اقامه موجب قضای آن خواهد شد. حال در تراحم تکلیف به ترک منزل و اقامه صلات، کدام یک بر دیگری ترجیح دارد؟ آیا مکلف می‌تواند به عذر تنگی وقت نماز، در ترک منزل تعلل ورزد؟ اگرچه اصولیون در بحث اجتماع امر و نهی به تفصیل از این موضوع سخن گفته‌اند مع ذلک برخی از فقها در اینجا به مذاق شارع استناد نموده‌اند و مفسده‌ی غصب را افزون‌تر از مصلحت نماز در وقت دانسته و بیان داشته‌اند که «... ذلک انما هو من جهه ما يعلم من مذاق الشرع من اهمیه مفسده الغصب ... این امر از جهت اهمیت مفسده‌ی غصب می‌باشد که از مذاق شریعت فهمیده می‌شود...» (عراقی، بی‌تا، ۴۳۴).

۱- حرمت ورود به منزل غیر بدون اذن اهل آن بر کسی پوشیده نیست نص قرآن دلالت بر این معنا دارد: «یا ایها الذین آمنوا لاتدخلوا بیوتاً غیر بیوتکم حتی تستأنسوا فان لم تجدوا فیها احداً فلا تدخلوا حتی یؤذن لکم؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید در خانه‌هایی غیر از خانه خود وارد نشوید تا اجازه بگیرید و بر اهل آن سلام کنید... و اگر کسی را در آن نیافتید، وارد نشوید تا به شما اجازه داده شود...» (نور، آیات ۲۷ و ۲۸)

همچنین تکلیف به اجرای برخی مجازات‌های حدی^۱، گاه با شرایطی مواجه می‌شود که با تکلیف به حفظ اصل اسلام دچار تزامم می‌شود. به عبارت دیگر عمل به این تکلیف نه تنها غایات و مصالح مد نظر شارع را تأمین نمی‌کند بلکه موجب وهن و تضعیف دین می‌گردد. در این شرایط برخی فقها با استظهار از مجموعه ادله و با کشف روش و سلیقه شارع معتقدند که حفظ نظام از اوجب واجبات به شمار می‌آید (خمینی، ۱۹، ۱۳۶۴، ۱۰۷؛ عمید زنجانی، ۱۳۷۳، ۲، ۲۲). به سخن دیگر در مقام تزامم، تکلیف اهم را حفظ نظام می‌دانند.

یکی از مسؤولان پیشین قضایی کشور می‌گوید: در یکی از ملاقات‌های خود با امام خمینی در مورد اجرای حکم سنگسار در مورد زنانی محصنه پرسیدم. فرمودند: «اجرای سنگسار فعلاً صحیح نیست، دشمنان زیادی داریم. علیه ما تبلیغ می‌کنند و ما با عمل خود نباید موجبات تبلیغات دشمن را فراهم کنیم و بعد فرمودند: اصلاً در دادگاه اقدامی انجام نگیرد تا جرایمی که حدود الله در آن تعیین شده است، ثابت گردد...» (موسوی تبریزی، ۱۳۷۷، ۶؛ نوب هار، ۱۳۷۹، ۱۴۰).

۶- نتیجه‌گیری

مذاق شریعت به معنای درک و آگاهی سبک و سیاق شارع در جعل احکام است و در سده‌های اخیر کاربرد زیادی در متون فقهی و استدلال فقها داشته است. فقیه با تمسک به آن توانایی فهم و درک حکم شرعی را پیدا می‌کند زیرا این حکم را با روش شارع در یک باب و یا ابواب گوناگون سازگار می‌بیند. دستیابی به مذاق شارع نیز میسر نخواهد بود مگر با ممارست در ادله احکام و انس با لسان شارع. فقیه در استدلال خود گاه به استظهار ناشی از رویکرد نظام‌مند به مجموعه احکام شرعی به مثابه مذاق شریعت استناد می‌کند و گاه از اوصاف شارع، آثار احکام و دلالت‌های مبتنی بر قیاس اولویت، مذاق شارع را استنتاج می‌نماید.

از حیث اعتبارسنجی مذاق شریعت، گاه به ادله حجیت قطع و گاه به ادله حجیت علم عادی استناد شده است، هرچند به دلیل شخصی و باطنی بودن آن، همواره امکان مفاهمه و بیان علمی آن وجود ندارد. در عرصه فقه امامیه، فقها تنها از مذاق شریعت به عنوان یکی منبع فرعی مستقل در طول ادله دیگر

۱- امام صادق(ع) در اهمیت اجرای حدود می‌فرماید: «حدّ یقام فی الارض ازکی فیها من مطر اربعین لیله و ایامها، حدی که روی زمین اجرا شود از باران چهل شبانه روز پاکیزه تر است» (جرعاملی، همان، ۱۸، ۳۰۸)

جهت استنباط حکم شرعی استفاده نموده‌اند بلکه دست مایه آنها در تفسیر موضوعات احکام همچنین رفع تراحم میان احکام نیز قرار گرفته است.

بنابراین فقیه می‌تواند در عین بهره‌گرفتن از نصّ یا ظاهر در عرصه استنباط از اشاره‌ها، رموز و فروع موجود در آیات و روایات غافل نشود و چه بسا از سازماندهی آنها در یک چارچوب منطقی مشخص و نوعاً اطمینان‌آور، چاره‌جویی برخی مسائل نوپدید نیز باشد. در نوشتار حاضر نیز ضمن پرداختن به مفهوم مذاق شریعت و اعتبارسنجی آن، کارکردهای آن در عرصه تشریح جزایی (جرم انگاری)، شیوه‌ی تفسیر موضوعات کیفری و رفع تراحماتی که ممکن است در این عرصه عارض شود تبیین شده است.

منابع

- ۱- قرآن کریم، (۱۳۹۰)، ترجمه مهدی الهی قمشه ای، انتشارات پیروز، تهران.
- ۲- احمد بن علی، ابوالعباس (نجاشی)، (۱۴۱۶)، فهرست اسماء مصنفی الشیعه (رجال نجاشی)، مؤسسه نشر اسلامی، قم، چاپ اول.
- ۳- صفهانی، محمدبن باقر بن محمدتقی (مجلسی دوم)، (۱۴۱۰)، بحارالانوار الجامعه لدرر اخبار الائمه الاطهار علیهم السلام، مؤسسه طبع و نشر، بیروت، چاپ اول.
- ۴- اراکی، محمدعلی، (۱۴۱۳)، المکاسب المحرمه، مؤسسه فی طریق الحق، قم، چاپ اول.
- ۵- تبریزی، جواد، (بی‌تا)، اسس القضاء و الشهاده، دفتر مؤلف، قم، چاپ اول.
- ۶- جزری، مبارک بن محمد (ابن اثیر)، (۱۳۶۴)، النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، تحقیق: طاهر احمد زاوی؛ محمود محمد طنحی، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ اول.
- ۷- جوهری، اسماعیل بن حمّاد، (۱۴۱۰)، الصحاح، دارالعلم للملاییین، بیروت، چاپ اول.
- ۸- حرّ عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹)، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، قم، چاپ اول.
- ۹- حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، (۱۴۰۸)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم.
- ۱۰- حکیم، سید محسن، (۱۴۰۶)، مستمسک العروه الوثقی، مؤسسه دارالتفسیر، قم، چاپ اول.
- ۱۱- خامنه‌ای، سید علی، (۱۴۱۷)، بحث حول الصابئه، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، چاپ اول.
- ۱۲- خمینی، روح الله، (۱۳۶۴)، صحیفه نور، وزارت ارشاد اسلامی، تهران، چاپ اول.

- ۱۳- راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، (۱۴۱۸)، المفردات فی غریب القرآن، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ اول.
- ۱۴- طریحی، فخرالدین، (۱۴۱۶)، مجمع البحرین، کتابفروشی مرتضوی، تهران، چاپ سوم.
- ۱۵- ظهیری، عباس، (۱۳۷۳)، اعتبار مأخذ فقهی و نقد نظریه انسداد، فصلنامه نقد و نظر، شماره ۲.
- ۱۶- عراقی، ضیاءالدین، (بی‌تا)، نهاییه الافکار، مقرر: محمد تقی نجفی بروجردی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ۱۷- عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۴۲۱)، فقه سیاسی، امیرکبیر، تهران، چاپ چهارم.
- ۱۸- عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۳۸۷)، قواعد فقه (بخش حقوق جزا)، سمت، تهران، چاپ سوم.
- ۱۹- علوی، سیدعادل، (۱۴۲۱)، القول الرشید فی الاجتهاد والتقلید (تقریرات درس سیدشهاب الدین مرعشی نجفی)، انتشارات کتابخانه و چاپخانه آیه الله مرعشی نجفی، قم، چاپ اول.
- ۲۰- علیدوست، ابوالقاسم، عشایری منفرد، محمد، (۱۳۸۸)، استناد فقهی به مذاق شریعت در بوتّه نقد، مجله حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۲۲.
- ۲۱- عنذلیب همدانی، محمد؛ ستوده، حمید، (۱۳۹۱)، مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کار آمدی، مجله فقه اهل بیت، سال هجدهم، شماره ۷۰ و ۷۱.
- ۲۲- فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۱۰)، کتاب العین، مصحح: مهدی فخروری و ابراهیم سامرائی، نشر هجرت، قم، چاپ دوم.
- ۲۳- قمی، ابوالقاسم گیلانی، (۱۳۰۳)، قوانین المحکمه فی الاصول، به اهتمام علی تبریزی، چاپ سنگی سنگی، بی‌جا.
- ۲۴- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷)، الکافی، دارالکتب الاسلامیه، تهران، چاپ چهارم.
- ۲۵- گلپایگانی، محمدرضا، (۱۴۱۲)، الدر المنضود فی احکام الحدود، تقریر علی کریمی، دار القرآن الکریم، قم، چاپ اول.
- ۲۶- مؤمن، محمد، (۱۴۲۲)، مبانی تحریرالوسیله، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، چاپ اول.
- ۲۷- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۴۰۶)، قواعد فقه (جزایی)، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ دوازدهم.
- ۲۸- محمد بن حسن، ابوجعفر (طوسی)، (بی‌تا)، رجال الطوسی، افست، قم، چاپ اول.

- ۲۹- محمد بن حسن، ابوجعفر (طوسی)، (۱۳۷۸)، المبسوط فی فقه الامامیه، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، تهران، چاپ سوم.
- ۳۰- محمد بن حسن، ابوجعفر (طوسی)، (۱۴۰۷)، تهذیب الاحکام، دار الکتب الاسلامیه، تهران، چاپ چهارم.
- ۳۱- محمد بن علی بن بابویه (صدوق)، (۱۴۱۵)، المقنع، محقق و مصحح: گروه پژوهشی مؤسسه امام هادی (ع)، مؤسسه امام هادی (ع)، قم، چاپ اول.
- ۳۲- محمد بن علی بن بابویه (صدوق)، (۱۴۱۳)، من لایحضره الفقیه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ۳۳- مصطفوی، سید محمد کاظم، (۱۴۲۱)، القواعد-مائه قاعده فقهیه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ چهارم.
- ۳۴- مظفر، محمدرضا، (۱۳۸۸)، اصول فقه، مترجم: محسن غرویانی و علی شیروانی، انتشارات دارالفکر، قم، چاپ ششم.
- ۳۵- مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۲)، بحوث فقهیه هامه، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم، چاپ اول.
- ۳۶- منتظری، حسین علی، (۱۳۷۳)، رساله استفتانات، نشر فکر، تهران، چاپ دوم.
- ۳۷- منتظری حسین علی، (۱۴۰۹)، مبانی فقهی حکومت اسلامی، مؤسسه کیهان، قم، چاپ اول.
- ۳۸- موسوی تبریزی، سید حسن، (۱۳۷۷)، روزنامه خرداد.
- ۳۹- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۲۲)، مبانی تکمله المنهاج، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، قم، چاپ اول.
- ۴۰- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۸)، موسوعه الامام الخوئی، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، قم، چاپ اول.
- ۴۱- نجفی، جعفرین خضر (کاشف الغطاء)، (۱۴۲۲)، کاشف الغطاء عن مبهمات الشریعه الغراء، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ۴۲- نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر)، (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم.
- ۴۳- نوبهار، رحیم، (۱۳۷۹)، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی مستوجب حد در حقوق کیفری اسلام، نامه مفید، سال هفتم، شماره ۲۳.

۴۴- یزدی، محمد، (۱۴۱۵)، فقه القرآن، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ اول.

۴۵- یزدی، محمد، (بی‌تا)، رساله‌ای در قسامه، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، جلد ۳۷، قم، چاپ اول.

