

چیستی مذاق شریعت و کاربرد آن در فقه جزایی شیعه

حمیدرضا جعفری^۱

محمود قیوم زاده^۲

امیر ملاعلی محمد^۳

چکیده

منابع اسلامی و مناهج شریعتی هر یک با رویکرد خاص خود، مفهوم مذاق شریعت را مورد تایید یا عدم آن قرار داده اند؛ گاهی عناصر و اجزاء تشکیل دهنده آن را تشریح نموده اند و گاهی به اعتبارسنجی این مفهوم و گاه نیز به نقد و آسیب شناسی آن پرداخته اند. در مقاله حاضر چیستی مذاق شریعت و کاربرد آن در فقه جزایی امامیه مورد بررسی قرار گرفته و نتیجه بحث بیانگر آن است که: در عرصه فقه جزایی امامیه فقها ضمن آشنایی با مذاق های شرعی معتبر، در حوزه های مختلف به مذاق شریعت استناد نموده اند؛ چنانکه نسبت به کاربرد این مفهوم در زمینه موضوعات فاقد سابقه تنصیبی، شیوه تحلیل موضوع حکم، حل تعارض ادله، رفع تراحم احکام و تفسیر ادله شرعی مبادرت نموده اند. توجه به مذاق شریعت و پرهیز از تفسیر تک گزاره ای نصوص، سبب هماهنگی احکام با غایات و دیدگاه های کلی شارع و کارآمدی بیشتر فقه جزایی می گردد. در این پژوهش با استفاده از داده های مطالعاتی به روش توصیفی تحلیلی موضوع تحقیق را واکاوی و به ابهامات چندی پاسخ داده شده است.

واژگان کلیدی

مذاق شریعت، فقه امامیه، فقه جزایی، کارکرد های مذاق شریعت.

۱. دانشجوی دکتری، گروه فقه و میانی حقوق و اندیشه‌ی امام خمینی (ره)، واحد خمین، دانشگاه آزاد اسلامی، خمین، ایران.

Email: Hamidreza.jafari8115@iau.ac.ir

۲. استاد، گروه معارف اسلامی و حقوق، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران. (نویسنده مسئول)

Email: maaref@iau.saveh.ac.ir

۳. استادیار، گروه معارف اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

Email: Dr.molla@gmail.com

پذیرش نهایی: ۱۴۰۴/۶/۲۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۴/۲

طرح مسأله

تردید نیست که باب اجتهاد در مذهب شیعه باز است و بهترین گواه بر این امر، کتب فقهی و بررسی‌های فقهی و علمی فقهای امامیه در طول تاریخ است. همچنین تردیدی نیست که فقه شیعه، پویا بوده و در تمامی زمان‌ها پاسخ‌گوی نیازهای مکلفان در اعمال شرعی آن‌ها بوده است. اما باید توجه داشت که این اجتهاد و آن پویایی، موجب شده که در طریق استنباط احکام شرعی، به نگرش‌ها و استناداتی مواجه شویم که برخی از این استنادات، به یک اصطلاح فقهی منجر می‌شود که لازم است در آن تأمل شود تا راهگشای سایر محققان و پژوهندگان طریق فقهی باشد. یکی از این اصطلاحات فقهی «مذاق شریعت» است. تلاش فقیهان جهت کشف روش و شیوه شارع در جعل احکام، در طول زمان فقهات وجود داشته و این نگاه به شریعت در قالب‌های گوناگونی همچون طریقه، عادت، دأب و اصطلاح «مذاق شریعت» جلوه‌گر شده است. مذاق شریعت دیدی همه‌سویه به شرع و دریافت روش‌های شارع در جعل احکام است که فقیه این دید را با شناخت شریعت و انس با آن به دست آورده که نه در رویکرد تک‌گزاره‌ای؛ بلکه در رویکرد مجموعه‌گرایانه به شریعت رخ نموده است. در اهل سنت نیز پس از رحلت پیامبر (ص) تلاشی پیگیر برای فهم شریعت با عناوینی مانند مصلحت و مقاصد شریعت صورت گرفته است. با توجه به اینکه در فقه امامیه، دید مثبتی نسبت به این عناوین دیده نشده، استناد به مذاق شریعت نیز با ابهام روبه‌رو گردیده است.

تاریخ فقهات 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 تک‌گزاره‌ای می‌نگریسته‌اند و به سازگاری آن ادله با ملاک‌های کلی به دست آمده از سیره‌ی شارع در تشریع احکام توجهی نداشتند. به عنوان مثال این فقها به خاطر نزدیکی با عصر امامان معصوم (ع) با استناد به روایات اقدام صدور فتوا به صورت موجز و در قالبی مانند روایات می‌نموده‌اند. در دوره‌های بعدی فقها با رویکردی تطبیقی به فقه اهل سنت، دست به توسعه فروعات 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 گزاره ای 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 فقهای است که در اثر خود جواهر الکلام به این شیوه عمل نموده است. ایشان گذشته از تحلیل عمیق فقه، رویکرد نوینی در عرصه اجتهاد اتخاذ نموده است. صاحب جواهر از نخستین فقهای 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 شریعت» در جعل احکام توجه کرده و از رهگذر آن به استنباط احکام پرداخته است. به عنوان مثال 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 دعوى العلم من مذاق الشارع بعدم جواز فعل ما یرتب به ذلک (تلف الانفس و الاموال) و إن كان 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، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۳۸۷) فقهای پس از صاحب جواهر نیز در آثار خود کراراً به «مذاق شریعت» استناد نموده‌اند و به این ترتیب این اصطلاح وارد حوزه فقهات شیعه گردید. با این حال جایگاه فقهی مذاق شریعت چندان روشن به نظر نمی‌رسد. در یک بحث کلان، باید مشخص گردد آیا اساساً شریعت، تنها از تک گزاره‌هایی به عنوان ادله شرعی تشکیل شده است که هیچ گونه انسجام میان آنها وجود ندارد و یا اینکه هر یک از آنها در پیوند با دیگر ادله شرعی، در یک دستگاه منسجم عمل می‌کنند و این انسجام همانا ناشی از روح کلی حاکم بر ادله شرعی است. با توجه به موارد مذکور، مقاله حاضر درصدد بررسی دلالت‌های مذاق شریعت در فقه جزایی امامیه می‌باشد.

۱- مذاق شریعت

واژه مذاق، مصدر از ریشه «ذاق - یذوق» و به معنای مزه، طعم، چشیدن و آزمودن می باشد. در المنجد به سه مصدر «ذوقاً و ذواقاً و مذاقاً» و دو معنا یکی چشیدن و دیگری آزمودن برای این ریشه اشاره شده است چنانکه که وقتی گفته می شود: «ذاق العذاب» یعنی طعم عذاب را چشید و آنگاه که گفته می شود: «ذاق الرجل و ما عند الرجل» یعنی آن مرد را آزمود. (معلوف، ۱۳۸۰، ص ۳۲)

خلیل بن احمد در تحلیل واژه مذاق می نویسد: «مذاق یکی از مصادری است که از فعل «ذاق - یذوق» می باشد» (فراهیدی، ۱۴۱۰، ص ۱۲۶) او برای این فعل به دو مصدر دیگر، یعنی «ذوق» و «ذواق» به معنای طعم و مزه، اشاره می کند. جوهری نیز در صحاح به تحلیل این واژه پرداخته است. او همین معنا را یادآوری کرده و برای این واژه، معنای دیگری را که «آگاهی یافتن» است، ذکر می کند: «و ذقت ما عند فلان، ای خبرته» (جوهری، ۱۴۰۷، ص ۲۳۶)

یکی از محققان معاصر در خصوص این واژه می نویسد: «تحقیق این است که اصل این ماده، احساس گونه ای از خصوصیات چیزی است که حس می شود؛ خواه با حس چشایی باشد یا لامسه یا حس باطنی ... پس روشن شد که ذوق اعم از این است که با حواس جسمانی و غیر جسمانی باشد. روح انسان نیز دارای قوا و حواسی است که با آن امور غیر مادی را درک می کند آنها را می بیند و می شنود و لمس می کند و می چشد و می بوید.» (مصطفوی، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۳۲۵)

به باور ایشان، مذاق منحصر در حس چشایی نیست؛ بلکه شامل سایر حواس پنج گانه و حتی حواس باطنی انسان نیز می گردد.

واژه شرع در لغت به معنای درگاه و سردر ورودی «عتبه» و نیز به معنای آبشخور و جایگاهی که بدون طناب از آن آب نوشیده می شود: «مورد الماء الذی یستقی منه بلا رشاء» آمده است (مصطفی، و همکاران، ۱۴۱۰، ص ۴۱۲). در المنجد به دو مصدر «شرعاً و شُرُوعاً» و دو معنا، یکی پایه و بیان چیزی را گذاشتن و دیگری روشن و آشکار کردن برای این ریشه اشاره شده است. چنانکه وقتی گفته می شود: «شرع لهم الطريق» بدین معناست

که راه را برای آنها ساخت و افتتاح کرد و آنگاه که گفته می‌شود: «شرع یشرع شرعا و شُرُوعا الطريق» به معنی روشن و آشکار شدن راه می‌باشد. (معلوف، ۱۳۸۰، ص ۳۶۹) خلیل بن احمد، به اصل واژه اشاره می‌کند و آن را به معنای وارد شدن بر آب می‌داند؛ به گونه‌ای که شخص با دهان آب را بیاشامد. شریعت که جمع آن، شرایع است، به کنار رود گفته می‌شود که برای آب نوشیدن چهارپایان آماده شده است. (فراهیدی، ۱۴۱۰، ص ۳۸۹) او در ادامه این سخن، یادآوری می‌کند که اگر گفته شود «منزل شارع» به معنای خانه‌ای است که در راه عمومی و همگانی قرار گرفته است و هنگامی که گفته می‌شود «شرعُ السفینة تشریعا» به معنای تعبیه بادبان «شراع» بر کشتی است و در توصیف آن می‌نویسد: «هو شیء یکون فوق خشبة کالملاءة الواسعة، تصفقه الریاح فتمضی السفینة؛ آن چیزی است همانند جامه وسیع که در بالای چوبی قرار می‌گیرد و بادها را جمع می‌کند و باعث حرکت کشتی می‌گردد» ایشان به معانی دیگری، همچون بالا بردن چیزی «شرعت الشیء اذا رفعته جداً» سرعت و نفوذ «هذا أسرع من السهم، أی أنفذ و أسرع» نیز اشاره می‌کند. (همان، ص ۳۹۱)

از آنجا که تعریف روشنی از مذاق شریعت از سوی فقها ارائه نشده است، پرداختن به این مسئله لازم به نظر می‌رسد، البته ارائه یک تعریف دقیق که جامع تمامی عنصر و ارکان این مفهوم باشد هیچ گونه خدشه‌ای بر آن وارد نباشد، آسان نخواهد بود. همان گونه که در معنای لغوی مذاق بررسی شد که معنای لغوی آن، آگاهی بر روش های شارع در جعل احکام و به عبارت دیگر سلیقه شارع در تشریع قانون گذاری است در جایی که دلیل ظاهر و قطعی برای استناد حکم وجود ندارد، ولی از آن جا که حکم، با روش شارع در آن احکام هماهنگی و مناسبت دارد، حکم مسئله روشن می‌شود.

۲- 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 محصول و برآیند سایر منابع شرعی تلقی م شود و در عین حال متکی بر نص شرعی مشخصی نیز نمی باشد بنابراین 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 درخصوص آن وارد شده باشد. در غیر این صورت موضوعاً از حیطه حدود خارج است. در تعریف حد آمده است؛ «کل مال له عقوبه مقدرة یسمی حدا و ما لیس کذلک یسمی تعزیراً؛ هر آنچه مجازات مقداری برای آن وجود دارد حد و در غیر این صورت تعزیر نامیده می‌شود» (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۳۶) 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 (جرم انگاری) و نه در مقام قضا (رسیدگی) و کیفیت اجرای مجازات 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. (تبریزی، ۱۴۰۴، ص ۱۸۹)

در خصوص جواز بی حس کردن اعضا هنگام اجرای مجازات‌های بدنی، آنچه از ادله حدود و تعزیرات به دست می‌آید این است که دردناک بودن کیفر به مقدار متعارف آن، شرطی لازم بوده و از عناصر اصلی مجازات تلقی می‌گردد. در نتیجه بی حس کردن عضو، هنگام اجرای مجازات به نحوی که درد تازیانه یا قطع عضو را احساس نکند جایز نیست. در آیات مربوط به حد زنا به تعبیر «عذاب» و «ایذاء» اشاره شده است: «الزانیه و الزانی فاجلدوا کل واحد منهما مئة جلده و لا تأخذکم بهما رأفة فی دین الله ان کنتم تومنون بالله و الیوم الآخر و لیشهد عذبهما طائفة من المومنین»؛ «زن و مرد زناکار را هر یک، صد تازیانه بزنید و در اجرای احکام دین خدا نسبت به آنها رحم نورزید اگر به خدا و آخرت ایمان دارید و باید گروهی از مومنان شاهد عذاب کشیدن آنها باشند» (نور / ۲). در موارد لواط و زنا نیز آمده است: «واللذان یأتیانها منکم فأذوهما فان تابا و اصلحا فأعرضوا عنهما؛ آن دو نفری که از شما مرتکب لواط و زنا شدند، آزار رسانید پس اگر توبه کردند و اصلاح شدند با آنان اری نداشته باشید» (نساء / ۶)، و در بیان حد سرقت نیز آمده است: «السارق و السارقة فاقطعوا یدیهما جزاء بما کسبا نکالاً من الله...؛ دست مرد و زنی را که دزدی کرده اند قطع کنید، این سزای کار آنان و عذابی از جانب خداوند است...» (مائده / ۳۸)

در لسان بسیاری از روایت‌هایی که به بیان کیفیت بعضی از حدود و تعزیرات پرداخته

اند، تعبیرهای وجود دارد که دلالت بر اشتراط درد و رنج در مجازات‌های بدنی دارد. در معتبره ی ابوالعباس که شیخ حر عاملی در باب حد زنا از کتاب وسائل الشیعه آورده این تعبیر آمده است: «عذاب الدنیا اھون من عذاب الآخره؛ عذاب دنیا آسان تر از عذاب آخرت است» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۳۷۶) و یا در روایت ابوبصیر آمده است: «سألته عن السکران و الزانی، قال: یجلدان بالسیاط مجردین بین الکتفین فاما الحد فی القذف فیجلد علی ما به ضربا بین الضربین؛ از امام (ع) درباره‌ی مست و زناکار پرسیدم. فرمود: آنان را لخت کرده و با تازیانه میان شانه هایشان می زنند اما در حد قذف ضربات متوسط است» (همان، ص ۴۷۴)

صاحب جواهر نیز در این زمینه می نویسد: «لا خلاف فی أنه لا یقام علیه الحد حتی یفیک لتحصل فائدة الحد التي هی الانزجار عنه؛ اختلافی در این مسئله نیست که حد بر مست جاری نمی شود تا زمانی که هوشیار گردد تا اینکه فائده حد که همان بازداشتن از ارتکاب دوباره جرم است، حاصل شود». (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۴۶۱)

با این حال قدر متقین از آنچه ذکر شد این است که در مورد حدود و تعزیراتی که از نوع جلد و رجم است می توان به اشتراط درد و رنج به قدر متعارف و عدم جواز بی حس کردن محکوم علیه قائل شد مع ذلک نمی توان آن را به حدود از نوع قتل و قطع عضو نیز تسری داد. خصوصا آنکه در این قسم از کیفرها، صرف نظر از دردی که هنگام اجرای آنها احساس می شود، کارکرد بازدارندگی را به طور کامل دارند و خاصیت بازدارندگی آنها منوط به احساس درد به هنگام اجرای آنها نیست. ثمره بحث آنکه در کیفری مانند قتل و قطع عضو دلیلی در شرع وجود ندارد که مجازات مرتکب چیزی بیش از جان یا فقدان آن عضو باشد. برخی از فقها جهت یافتن حکم مسئله به مذاق شارع و ارتکازهای فقهی و متشرعی استناد جسته اند و معتقدند اگرچه «در باب حدود و تعزیرات اجرای کیفرهای جسمانی بدون بی حسی حتی در صورتی که محکوم هم آن را درخواست کرده باشد حرام نیست، چه رسد که او درخواست نکرده باشد، در این حکم هیچ فرقی میان حدود گوناگون وجود ندارد. آری در مواردی مثل حد تازیانه یا رجم یا سوزاندن یا افکندن از بلندی، انجام حمل بی حسی حرام است و باید محکوم از مطالبه آن منع شود. چرا که در

این گونه موارد، از ادله آنها استفاده می شود که شارع به نوعی آزار و عذابی که عادتاً از کیفرها حاصل می شود نظر داشته و لازم می دانسته که محکوم به هنگام اجرای حد، آن را احساس کند اما در غیر موارد یاد شده حرمت بی حسی یا وجوب منع محکوم از مطالبه آن ثابت نیست». (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ص ۳۴۵)

در عرصه تعزیرات با توجه به عدم تنصیص شارع و تقریر آن در هر فعل یا ترک فعل حرام می توان نقش پررنگ تری برای استناد به مذاق شریعت یافت. به عنوان مثال صاحب جواهر هنگام سخن پیرامون حرمت هتک مقدسات دینی چنین می گوید: «انه لا یلیق بالفقیه الممارس لطریقه الشرع العارف للسانه ان یتطلب الدلیل علی کل شیء بخصوصه من روایه خاصه و نحوها، بل یکتفی بالاستدلال علی جمیع ذلک بما دل علی تعظیم شعائر الله، و بظاهر طریقه الشرع المعلومه لدی کل أحد؛ برای فقیه آشنا و همدم با لسان شارع، زبینه نیست برای تمام جزئیات و تک تک گزاره ها به دنبال آیه یا روایتی خاص باشد بلکه استدلال بر مجموع آنچه بر تعظیم شعائر خداوند دلالت دارد و به ظاهر روش شرع که نزد هر کسی آشکار است کفایت می کند» 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 می کند. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص 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 دانسته اند. (مصطفوی، ۱۴۱۶، ص ۳۰۰) به عبارت دیگر اگرچه نصی در خصوص مورد وارد نشده است بلکه مذاق شارع در این خصوص از روایت های بسیاری در جاهای گوناگون فقه به دست آمده است که می توان از مفهوم روایات زیر استفاده نمود:

- حرمت نوشاندن شراب به اطفال و کفار^۱
- کراهت دادن خوراکی ها و آشامیدنی های حرام به بهائم^۲

۱. روایت عجلان ابی صالح از امام صادق علیه السلام: «قلت لأبی عبد الله ع المولود یولد ففسقیه الخمر فقال لا من سقی مولودا مسکراً سقاء الله من الحمیم و أن غفر له (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۵، ص ۳۰۸)

- نتایج فتوا دادن از روی ناآگاهی^۲

- به دوش کشیدن بار گناهان مأمومین توسط امام مقصر^۳

- ضمانت امام جنب، نسبت به مأمومین^۴

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 می باشد مع ذلک با توجه به اینکه فقهات 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 نمی خورد و یا اگر سابقه ای 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 می کنند و یا از سندی غیرشفاف آن را حدس می زنند، 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 مسئله پی برده حکم آن مسئله را بیان می کنند و تمسک نابهنگام به اصول علمیه را روا نمی دانند.

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 می گردد. در اینجا بحث بر این است که آیا دست بردن به چنین اعمالی مستوجب ضمان است یا خیر؟ حکم این مسئله اگر چه صراحتاً بیان نشده است ولی از مذاق شارع استفاده می شود که

۱. روایت غیاث از امام صادق علیه السلام: أن امیر المؤمنین (ع) کره أن تسقی الدواب الخمر (همان، ص ۳۰۹)

۲. روایت ابی عبیده حذاء از امام باقر (ع): «من افقی الناس بغیر علم و لاهدی لعنته ملائکه الرحمه و ملائکه العذاب و لحقه وزر من عمل بفتیاه. (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۴۲)

۳. کتب امیر المؤمنین الی محمد بن ابی بکر انظر یا محمد صلاتک کیف تصلیها لوقتھا فانه لیس من امام یصلی بقوم فی صلاته نقص إلاً کانت علیه و لاینقص ذلک من صلاتهم. (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۸۵، ص ۹۳)

۴. روایت معاویه بن وهب از امام صادق علیه السلام: «قلت لأبی عبدالله ع أ یضمن الامام صلاه الفریضه فیان هولاء یزعمون أنه یضمن فقال لا یضمن ای شیء یضمن الا أن یصلی بهم جنباً أو علی غیر طهر. (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۲۷۷)

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: ممکن دعوی العلم من مذاق الشارع بعدم جواز فعل مایترتب 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، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۳۸۷) سپس به روایتی می‌کند که می‌تواند تأیید کننده این دیدگاه باشد. علی بن مهزیار می‌گوید:

«ذَكَرَ أَنَّ بَيْنَ مَنْ وَقَفَ هَذِهِ الضَّيْعَةَ عَلَيْهِمْ اخْتِلَافاً شَدِيداً وَ أَنَّهُ لَيْسَ بِأَمْنٍ أَنْ يَتَّفَقَ ذَلِكُ بَيْنَهُمْ فَإِنْ كَانَ تَرَى أَنْ يَبِيعَ هَذَا الْوَقْفَ وَيُدْفَعَ إِلَى كُلِّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ مَا كَانَ وَقَفَ لَهُ مِنْ ذَلِكَ أَمْرُهُ فَكُتِبَ عِ بَخْطِهِ إِلَى أَعْلَمُهُ أَنْ رَأَيْيْ إِنْ كَانَ قَدْ عَلِمَ اخْتِلَافَ مَا بَيْنَ أَصْحَابِ الْوَقْفِ وَ أَنْ يَبِيعَ الْوَقْفَ أَمْثَلُ فَلَْيَبِيعْ فَإِنَّهُ رَبَّمَا جَاءَ فِي الْاِخْتِلَافِ تَلَفُ الْأَمْوَالِ وَ النَّفُوسِ؛ به امام جواد علیه‌السلام نامه نوشتم، شخص واقف گفته است که میان موقوف علیهم اختلافی شدید رخ داده است و او از این که اختلاف بیشتر شود، ایمن نیست. اگر شما اجازه بدهید این وقف را بفروشد و سهم هر یک را به خودش بدهد؟ حضرت در پاسخ نوشتند: او را آگاه کن که نظر من این است که اگر چنین اختلافی بین صاحبان وقف داده باشد، فروش آن شایسته‌تر است؛ زیرا چه بسا این اختلاف باعث از میان رفتن اموال و جان‌ها شود». (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۴۱).

صاحب جواهر از بخش پایانی روایت «إِنَّهُ رَبَّمَا جَاءَ فِي الْاِخْتِلَافِ تَلَفُ الْأَمْوَالِ وَ النَّفُوسِ» 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، ۱۳۸۹ ج ۳۷، ص ۳۵)

شاید بتوان گفت: این که فقیهان به مذاق شریعت پرداخته اند و آن را به عنوان مستند مطرح کرده‌اند، در اصل برای جایی بوده است که به سند و دلیلی دست نیافته و از مجموع ادله، حکم را استیناس کرده‌اند، هر چند در مواردی که دلیل جداگانه ای یافته‌اند نیز از استناد به مذاق شریعت بهره برده‌اند و این نیست جز این که مذاق شریعت را دلیلی برتر از دیگر ادله می دانسته‌اند که در برخی از جاها می‌تواند بر دیگر ادله پیشی گیرد و بر آن‌ها حاکم شود.

۳- دلیلی در برابر اصل استصحاب

گاه به مذاق شریعت در برابر اصول استناد شده است؛ به گونه ای که جایی برای اجرای اصل باقی نمی‌ماند؛ زیرا اصل در جایی دارای اعتبار است که دلیلی در میان نباشد و از آن جا که فقهای شیعه به مذاق شریعت همانند دلیلی که یارای استناد احکام را به خود دارد، نگریسته و آن را بر اصولی مانند استصحاب و برائت پیشی داده‌اند؛ به گونه ای که دیگر جایی برای اجرای اصول یاد شده نخواهد ماند.

برای نمونه در باب احکام صابثان در میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد که آیا خون این‌ها هدر است یا محترم به شمار می‌آید. منشأ اختلاف، به این باز می‌گردد که آیا به آنها اهل کتاب گفته می‌شود یا از اهل کتاب شمرده نمی‌شوند؛ زیرا آیات قرآن بر این دلالت دارند که جزیه گرفتن از کسانی درست است که اهل کتاب به شمار آیند:

«قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ» (التوبة/ ۲۹)

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 می‌شمرند، و نه آیین حق را می‌پذیرند، پیکار کنید تا زمانی که

با خضوع و تسلیم، جزیه را به دست خود بیردازند!

افراد دارای شرایط یاد شده به پیروی از این آیه، اهل ذمه شمرده شده و خونشان دارای احترام است. برخی در این جا به استصحاب عدمی تمسک کرده اند و صابئان را از زمره کسانی که اهل کتاب به شمار آیند، ندانسته اند. (خامنه‌ای، ۱۴۱۷، ص ۲۸)

یکی از تفسیرهایی که برای استصحاب شده، این است که درباره دسته نخستین آن‌ها یقین وجود دارد که دارای کتاب نبوده اند و همین یقین درباره دسته های پسین آن‌ها نیز جاری می شود. به دیگر سخن، همان یقین گذشته را بر این پایه، که این گروه دارای کتاب نیستند، برای پیروان هم اکنون این آیین، جاری می کنیم.

یکی از فقه‌های معاصر در خصوص شک در جواز اهراق دم، قائل به سه فرض شده است:

نخست شک در احترام ذاتی دم است و این در صورتی است که امر دائر مدار بین اسلام و کفر شخص باشد. دوم شک در یکی از موجبات احترام دم در صورتی که هدر ذاتی دم در سابق ثابت باشد مانند اینکه شک داشته باشیم کافر وارد ذمه شده است یا خیر. سوم شک در عارض شدن یکی از موجبات هدر دم است و آن در صورتی است که احترام ذاتی دم در سابق ثابت باشد مانند اینکه مسلمان، مرتد یا مرتکب زنای محصنه گردد. ایشان در حالت اول که یقین به کفر سابق وجود دارد عقیده به استصحاب مهدور الدم بودن شخص و عمل به مقتضای این اصل دارد و در پاسخ به برخی که عقیده دارند مقتضای اصل، احترام دم است و به روایت صحیح زراره «قال رسول الله (ص): کل مولود یولد علی الفطره یعنی المعرفه بان الله عزوجل خالقه» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۱۳).

و صحیح فضل بن عثمان اهور از امام صادق (ع): «ما من مولود یولد الا علی الفطره، فابواه اللذان یهودانه و ینصرانه و یمجسمانه...» استناد می کنند، می گوید: هیچ یک از ادله متضمن اصالت اسلام نمی باشد زیرا اسلام نیز مانند دیگر ادیان نیازمند تعلیم است و مقصود از فطرت در روایات، معرفت خداوند و توحید است و این امر جهت احترام دم کفایت نمی کند. از این رو استصحاب عدم اسلام از زمان صغر سن یا عدم ازلی کافی برای اثبات مهدور الدم بودن می باشد. البته ایشان این فرض را نیز در نظر می گیرد که ممکن

است از ادله وجوب عرضه اسلام به کفار قبل از قتال با آنها اینگونه استدلال کرد که مهدورالدم بودن به مجرد عدم اسلام حاصل نمی گردد بلکه این امر موکول به عرضه اسلام و ردّ است که در این صورت مجالی برای استصحاب باقی نمی ماند. در خصوص شک در حالت دوم نیز مقتضای استصحاب را عدم دخول شخص در ذمه و مالا جواز قتل او می داند و در خصوص حالت سوم نیز با استصحاب عدم عروض یکی از موجبات هدر دم مانند زنا یا ارتداد، احترام دم را ثابت می داند. (حکیم، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۸۵)

می توان گفت: این استصحاب با مذاق شریعت سازگار نخواهد بود؛ زیرا ریختن خون هزاران نفر را تنها به جهت این که احترام و ارزش آن ها به اثبات نرسیده است، نمی توان سازگار با مذاق شرع دانست و این چنین حکمی براساس استصحاب، از مذاق شرع بسیار دور می باشد و چنین چیزی را در دیگر ادیان الهی سراغ نمی توان گرفت چه رسد به دین اسلام که برای کرامت انسانی ارزش قائل است و حرمت خون را از بزرگ ترین چیزها می داند. بنابراین، نمی توان گفت با تکیه بر چنین استصحاب هایی، ریختن خون انسان ها را روا دانست (خامنه‌ای، ۱۴۱۷، ص ۲۸).

۴- دلیلی در برابر اصل برائت

گاه نیز فقیهان شیعه در برابر اصل برائت به مذاق شریعت استناد کرده اند و با وجود مذاق شریعت، جایی برای اجرای اصل برائت نگذاشته اند. از مواردی که غیبت اشخاص روا می باشد، در جایی است که شخص، متجاهر به فسق باشد؛ یعنی گناه را به گونه ای آشکارا انجام دهد و از انجام آن ها در پیش چشم مردم، باکی ندارد و اگر چنانچه این صفت برای کسی آشکار بود، غیبت چنین کسی روا خواهد بود.

سخن در این است که اگر کسی تجاهر به فسق می کند، ولی این تجاهر خود را به گونه ای توجه نماید آیا باز می شود گفت: غیبت چنین کسی رواست؟ یکی از چیزهایی که در این جا می توان به آن در روا بودن غیبت چنین کسی استدلال کرد، اصالت برائت است. اصالت برائت، به این صورت است که شک به وجود می آید که آیا این مورد، مصداقی از عمومات حرمت است تا این که نتوان غیبت او را جایز شمرد و یا این که عمومات حرمت، چنین موردی را دربرنمی گیرد بنابراین جایی برای روا بودن غیبت

نخواهد بود.

امام خمینی نمی‌پذیرد که در این جا بتوان به اصالت براءت تمسک کرد و در کنار دلیل‌هایی که می‌آورد به مذاق شریعت نیز اشاره می‌نماید و می‌نویسد: «فمن جاهر بفسق مع توجيهه لدى الناس بوجه يمكن صحته و لو بعيدا، لم يكن متجاهرا جائز الغيبة و لو علم كذبه في محمله، فضلا عما إذا احتملت صحته و لو بعيدا. فلا بد في الحكم بالجواز من إحراز كونه متجاهرا بالفسق بما هو فسق من غير احتمال الصحة أو احتمال اعتذاره بعذر غير معلوم الفساد، لما علم من طريق العقل و النقل احترام المسلم و الاهتمام بشأنه و أن عرضه كدمه لا بد فيه من الاحتياط و لا يجوز التمسك بالأصول في جواز الوقعة فيه، بدعوى أنه مع احتمال كونه متجاهرا بالفسق تكون الشبهة في العمومات مصداقية و معها يكون الأصل البراءة، فإنه مخالف لمذاق الشارع الأقدس، و لما يستفاد من الأخبار الكثيرة من كثرة الاهتمام بأعراض المؤمنين. پس هر آنکه متهاجراً مرتکب گناهی گردد ولی گناه خود را نزد مردم به نحوی توجیه نماید هر چند به سختی بتوان صحت ادعای او را پذیرفت و کذب اظهارت او نیز آشکار گردد، متجاهر جائز الغيبة محسوب نمی‌شود چه رسد به اینکه بتوان احتمال صدق اظهارت او را هر چند به سختی داد پس در جواز غیبت بایستی لزوماً فسق شخص بدون احتمال صحت اظهارات و عذر وی احراز گردد زیرا آنچه از طریق عقل و نقل فهمیده می‌شود، اهتمام و توجه شارع به احترام و کرامت انسان است و اینکه ارزش آبروی او همانند ارزش خون وی می‌باشد. بنابراین باید جانب احتیاط را گرفت و از تمسک به اصالت براءت با این استدلال که شک در خصوص متجاهر به فسق بودن، شبهه مصداقيه است و در شبهات مصداقيه اصل براءت جاری می‌شود، دست شست زیرا چنین استدلالی مخالف مذاق شارع و اخبار کثیری است که از معصومین (ع) وارد شده است و دلالت بر اهتمام به آبروی مسلمین دارد» (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ص ۲۸۰)

۵- از میان برنده تعارض در ادله

یکی از مواردی که می‌توان از مذاق شریعت بهره برد، در تعارضی است گاه میان ادله به وجود می‌آید. تعارض بدین معناست که دو دلیل شرعی و یا بیشتر در برابر یکدیگر قرار بگیرند؛ به گونه‌ای که هر کدام، ضد دیگری قرار گرفته است. به دیگر سخن، تنافی میان

دو دلیل متساوی است بدین صورت که یکی از دو دلیل، خواهان چیزی است که دلیل دیگر، خواهان آن نیست و متناقض آن را خواهان است؛ مانند اباحه و وجوب. (قطب، ۲۰۰۲م، ص ۱۳۵)

در خصوص جواز اجرای حدود در زمان غیبت دو دسته روایت وجود دارد. در مقبوله عمر بن حنظله آمده است: «از امام صادق (ع) سوال کردم که میان دو نفر از شیعیان در مورد دین یا ارث منازعه ای وجود دارد. آیا برای ایشان جایز است به سلطان جور و قاضی منصوب از طرف ایشان مراجعه کند؟ حضرت (ع) در پاسخ فرمودند: خیر، رجوع به ایشان، رجوع به طاغوت است. آنگاه حضرت (ع) در پاسخ پرسش ابن حنظله که «این دو شیعه چه کنند؟» می‌فرمایند: بنظران الی من کان منکم ممن قد روی حدیثنا و نظر فی حالنا و حرمانا و عرف احکامنا فلیرضوا به حکما فائنی قد جعلته حاکما» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۱۳۶) شبیه همین مضمون، روایت ابن خدیجه است که می‌گوید: «امام صادق (ع) مرا به سوی شیعیان فرستاد و فرمود به ایشان بگویم: ایاکم اذا وقعت بینکم خصومه أو تدارى فی شیئی من الأخذ و العطاء، ان تحاکموا الی احد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بینکم رجلا قد عرف حالنا و حرمانا فائنی قد جعلته علیکم قاضیا و ایاکم ان یخاصم بعضکم بعضا الی السلطان الجائر» (همان، ص ۱۳۹)

چگونگی استناد به این دو روایت از دو جهت است. یکی اینکه مطابق این دو روایت، قضاوت کردن حق قاضی شیعه مجتهد است و دایره ی قضاوت، حدود را نیز دربرمی گیرد. (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۷، ص ۵۴۷) به عبارت دیگر، اقامه حدود از موارد قضاوت است و برای قضاوت باید به «من کان منکم ممن قد روی حدیثنا...» مراجعه کرد و این مراجعه اختصاص به زمان حضور امام معصوم ندارد. بلکه اتفاقا روایات در فرضی است که دسترسی به امام (ع) وجود ندارد. حال یا امام (ع) مبسوط‌الید نیست یا اینکه از دیدگان غائب است. جهت دیگری که با توجه به آن می‌توان به این دو روایت استناد کرد، آن است که عبارت «فائنی قد جعلته علیکم حاکما» در مقبوله عمر بن حنظله در ولایت عامه ظهور دارد و همانند آنچه برای نائب خاص که به بلادی از بلاد اسلامی فرستاده می‌شود. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۱، ص ۳۹۳) به تعبیر دیگر این روایت از سطح قضاوت بالاتر است و بر ولایت

فقیه دلالت دارد و چون در روایت، این ولایت قیدی ندارد، ولایت بر حدود را نیز دربرمی‌گیرد.

در مقابل روایتی در دعائم الاسلام و جعفریات از امام صادق (ع) نقل شده است که مطابق آن حضرت از امیرالمؤمنین (ع) نقل می‌کند: «لا یصلح الحکم ولا الحدود ولا الجمعه الا بالامام؛ حکم کردن (قضاوت کردن) و اجرای حدود و اقامه نماز جمعه، جز توسط امام صورت نمی‌گیرد» (معزّی ملایری، ۱۴۱۵، ج ۲۶، ص ۲۸۰) بنابراین اقامه حدود مشروط به حضور امام است.

در مورد صحت روایت دعائم الاسلام، مولف آن تصریح کرده است که صحاح روایت ائمه (ع) را اختیار کرده است و می‌گوید ابواب کتاب بر همین منوال نوشته شده و بر این اساس حاجی نوری در مستدرک با اینکه طریقی به او بیان نکرده ولی این کتاب را از کتاب‌های معتبر دانسته و شیخ الشریعه اصفهانی هم معتقد است که روایات کتاب دعائم الاسلام صحیح است. (اصفهانی، ۱۴۱۰، ص ۳۰)

آنچه در اینجا می‌توان به عنوان راه حل جهت رفع تعارض بیان نمود این است که روایت منع اجرای حدود در زمان غیبت با مذاق شارع سازگار نیست. زیرا آنچه از اطلاق ادله حدود و دیگر روایات برمی‌آید، اهتمام شارع نسبت به حدود و تأکید بر اجرای آن است تا آنجا که امام صادق (ع) خیر و برکت ناشی از اجرای حدود را بیشتر از بارش چهل شبانه روز باران می‌داند بنابراین می‌توان روایاتی را که دلالت بر جواز اجرای حدود در زمان غیبت دارد بر روایت دسته دوم ترجیح داد. نکته قابل توجه اینکه صاحب جواهر در خصوص مذاق شارع در این زمینه می‌نویسد: «... من الغریب وسوسه بعض الناس فی ذلک، بل کأنه ما ذاق من طعم الفقه شیئاً ولا فهم من لحن قولهم و رموزهم امراً... جای تعجب دارد از افرادی که مخالف اجرای حدود هستند و در این حکم وسوسه می‌کنند، گویا از طعم فقه چیزی نچشیده است و از لحن گفتار ائمه (ع) چیزی نیاموخته است. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۱، ص ۳۹۷)

۶- اثرگذاری در موضوع حکم

استناد به مذاق شریعت محدود به مرتبه انشاء حکم نمی گردد بلکه گاه جهت تحلیل موضوع حکم نیز به آن تمسک می گردد. اصولاً وظیفه شارع انشاء و تبیین حکم است و اجتهاد در موضوعات احکام، امری فرعی و از تکالیف مکلفین می باشد. گاه فقیه جهت تحلیل موضوع حکم به مذاق شارع استناد می نماید به عنوان مثال در باب حد زنا، یکی از موجبات حد قتل، زنا با ذات محرم ذکر شده است. (خویی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۲۲۹) در این راستا اگرچه در روایاتی آمده است که: «الولد الفراش و للعاهر الحجر» و یا «لایورث ولد الزنا» و ممکن است استدلال شود که شارع ولد ناشی از زنا را فرزند نمی داند مع ذلک برخی در این باره گفته اند: «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، ج ۱۴، ص 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 می داند و طبعاً زنا با فرزند عرفی را نیز به سان فرزند مشروع تابع حکم واحد دانسته است.^۱

یکی از فقههای معاصر در خصوص اسقاط حد شرعی در فرضی که سارق، مادر صاحب مال باشد می نویسد: « مسئله بین فقها محل اختلاف است و احوط الحاق مادر است به پدر و همچنین است باب قصاص بلکه از مذاق شارع استفاده می شود که اهتمام به مادر بیش از پدر است» (منتظری، ۱۳۷۳، ج ۲، ص 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

۱. البته صاحب جواهر در این زمینه می نویسد: «أما المحرم من الزنا فلا یثبت له فیها الحد المزبور للاصل و غیره و لم یحضرنی الان نص لاصحابنا فیه؛ اما محرمیت ناشی از زنا به دلیل اصل براءت و ... موجب ثبوت حد قتل نمی گردد و تاکنون نصی در این خصوص از دیگر فقها ملاحظه نکرده ام». (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۳۱۳).

۲. من جمله روایت هشام بن سالم از 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 اباك؛ مردی خدمت پیامبر (ص) آمد و پرسید: یا رسول الله به چه کسی احسان نمایم؟ حضرت فرمود به مادرت دو مرتبه همین سوال را تکرار نمود و آن حضرت همین جواب را

پدر به مادر نیز تسری یافته است.

در خصوص سقوط برخی تکالیف شرعی که ملازمه با حدوث حرج برای مکلفین دارد، اراکی از فقهای معاصر معتقد است که مناط های برخی از محرمات روشن است و از مذاق شارع کشفی کنیم که آنها دایر مدار حرج نمی باشند، بلکه بر حرمت خود باقی‌اند، هر چند ترک آنها انسان را دچار حرج بزرگی کند، مانند نوشیدن شراب و زنا و لواط. هیچ کس به روا بودن چنین رفتاری رضایت نمی دهد، هر چند انسان را به مرتبه بالایی از حرج برساند، پس در این قسم از کارها باید ادله حرج را تخصیص زد. (موسوی خمینی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۶۰۸)

۷- کشف علت و تعمیم حکم با تمسک به قیاس اولویت

در اصطلاح علم اصول به همانندی شیء مجهول الحکم با شیء معلوم الحکم در علت حکم شرعی، قیاس گفته می شود که فقیه و حقوقدان به وسیله آن، حکم شیء مجهول الحکم را استنباط می کنند و از منظر فقه به حکم فقیه و اهل استنباط به همانندی مجهول الحکم با معلوم الحکم به جهت اشتراک آنها در علت حکم، قیاس گفته می شود (گرجی، ۱۳۶۵، ج ۱، ص ۸۹) و به تعبیر دیگر قیاس عبارت است از اجرای حکم اصل در فرع به دلیل اشتراک علتی که سبب ثبوت حکم در اصل شده است و در علم حقوق در هر موردی که حکم قانون ناظر به مورد خاص می باشد و به موضوع دیگر که دارای شباهت کامل با آن است سرایت داده می شود قیاس گفته می شود. لذا قیاس را باید وسیله گسترش حکم خاص به مورد یا موارد مشابه دانست. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۲۱) در یک تقسیم بندی قیاس به دو نوع تقسیم شده است: قیاس منصوص العله و قیاس مستنبط العله. در فقه امامیه اگر قیاس منصوص العله باشد معتبر است و قیاس مستنبط العله معتبر نیست.

مع ذلک آنچه شیعه بر آن اتفاق نظر دارند، پذیرش قیاس اولویت است تا آن جا که برخی از فقیهان آن را از دایره قیاس خارج دانسته و حجیت آن را قطعی و از باب ظهورات دانسته اند. (سبحانی، ۱۴۱۹، ص ۲۰۵) قیاس اولویت، قیاسی است که در آن از راه اقوی و

اشد بودن وجود علت (مناط حکم اصل) در فرع، حکم اصل به فرع سرایت داده می شود و حکم آن استنباط می گردد. بنابراین، در مواردی که علت حکم اصل در فرع به صورتی قوی تر از اصل موجود باشد، حکم اصل نیز به طریق اولی بر فرع بار شده و به آن سرایت می کند.

برای مثال، در آیه «لا تقل لهما اف» (کهف/ ۲۳)، از «اف» گفتن به پدر و مادر نهی شده، و از آن جا که ملاک و علت این نهی، بی احترامی و ایذا است که در اف گفتن وجود دارد، دلالت آن بر زدن آنها، قوی تر است، زیرا در زدن، ایذای بیشتری است؛ یعنی علت حکم که همان ایذا باشد در زدن به صورت قوی تر وجود دارد. مسلم است که در هر قیاسی نخست باید علت یافته شود و آن گاه این علت به موارد مشابه تعمیم داده شود.

در برخی استدلال ها، ملاحظه می گردد ابتدا با تمسک به مذاق شارع، علت پی جویی می گردد سپس با قیاس اولویت، حکم به موارد غیر منصوص یا مواردی که حکم آن مشکوک است تسری می یابد. به عنوان مثال، پزشکی قانونی در تعیین ارش با در نظر گرفتن سه عامل به تعیین ارش می پردازد. عامل اول سن مجنی علیه است. یعنی باید بررسی کرد معمولاً چند سال مجنی علیه مجبور است نقص حاصل از جنایت موجب ارش را تحمل کند. از این جهت بین کودک و نوجوان و جوان با میان سال و سن تفاوت است و ارش برخی نسبت به دیگران بیشتر است. عامل دوم شغل مجنی علیه است. در نتیجه اگرچه از بین بردن چشایی موجب ارش است اما در صورتی که مجنی علیه آشپز باشد، ارش بیشتری را نسبت به حالتی که آشپز نباشد دریافت می کند. عامل سوم درصد اختلال فعالیت های زندگی در اثر جنایت موجب ارش است که این درصد حتی در جنایات موجب دیه هم یکسان نیست. مثلاً از نظر پزشکی قانونی اگر کسی بینایی خود را از دست بدهد ۹۵٪ زندگی او مختل می شود اما اگر شنوایی خود را از دست دهد، ۳۰٪ زندگی او اختلال می یابد. به هر حال در تعیین ارش باید ملاحظه نمود که جنایت موجب ارش، چند درصد در زندگی شخص ایجاد اختلال کرده است. در نتیجه با در نظر گرفتن سه عامل سن، شغل و درصد اختلال زندگی، ارش تعیین می شود.

در نقد شیوه فوق، اشکالی که به ذهن خطور می‌کند این است که شیوه فوق به نظر غیرمشروع است چرا که با مذاق شریعت در باب دیات مخالف است. وقتی شارع در باب دیات، میان دیه نفس و مادون نفس، پیر و جوان و کودک و آشپز و راننده و ... تفاوتی قائل نشده است و به نوعی می‌توان گفت این شیوه را ردع کرده است، چگونه می‌توان در باب ارش به این شیوه ملتزم شد؟ آیا نتیجه این نمی‌شود که فرع (ارش) مهمتر از اصل (دیه معین) باشد؟ وقتی از نظر شرع از بین بردن بینایی و شنوایی موجب دیه کامل است، گرچه درصد نقص حاصل از هر یک با دیگری متفاوت است، چگونه می‌توان عامل درصد نقص را در شیوه محاسبه ارش دخیل دانست. ممکن است براساس اینکه ماهیت قاعده ارش، حکم واقعی اولی است، راه فوق را مشروع بدانیم به این صورت که شارع، خود ارش را تعیین نکرده است و به عهده ما گذاشته است و ما در تعیین ارش، می‌توانیم هر گونه که صلاح دانستیم عمل کنیم و مثلاً سه عامل فوق را دخیل بدانیم. با این وجود، این راه خلاف مذاق شریعت در باب جنایات (قصاص و دیات) است و در نتیجه صحیح نمی‌باشد. (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۹، ص ۱۱۶)

خوئی در بحث نگاه به زن نامحرم بدون ریه، نخست ادله را بررسی و در این باب از ادله فراوانی یاد می‌کند و می‌نویسد:

«قد تحصل من جميع ما تلونه عليك لحد الآن أن مقتضى الصناعة بالنظر إلى أدلة الباب نفسها بعد ضم بعضها إلى بعض و التدبر فيما يقتضيه الجمع بين الأدلة هو اختيار القول بالجواز، كما ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدس سره) مصرّاً عليه. لكن مع ذلك كله في النفس منه شيء، و الجزم به مشكل جداً، و لا مناص من الاحتياط الوجوبى في المقام كما فعله الماتن (قدس سره) و نعم ما صنع و ذلك لما ثبت من تتبع الآثار و استقصاء الموارد المتفرقة من الأخبار اهتمام الشارع الأقدس بشأن الأعراض اهتماماً بليغاً، بحيث يعلم من مذاقه التضييق فيما دون النظر فضلاً عنه، و التشديد في ناموس المسلمين بالنهاي عما يخالفه تحريماً أو تنزيهاً؛ از همه آنچه تاکنون گردآوری کردیم، با توجه به ادله ای که در این باب وجود دارد و برخی را بر برخی دیگر ضمیمه کردیم و آنچه جمع میان ادله آن را اقتضا می‌کند، این است که بگوییم: نگاه کردن به نامحرم جائز می‌باشد. همان گونه که شیخ

انصاری بر این دیدگاه پافشاری می کند، ولی با این همه در این دیدگاه اشکال وجود دارد و یقین به این دیدگاه مشکل است و هیچ چاره ای جز احتیاط و جویی در این باره وجود ندارد. همان گونه که صاحب عروه به آن گراییده است. این دیدگاه بدان جهت است که آنچه پس از پی جویی آثار و گردآوری موارد گوناگون به دست می آید، اهتمام و توجه شارع به این مسئله می باشد. تا اندازه ای که از مذاق او به دست می آید، نسبت به چیزهایی پایین تر از نگاه، تنگ و سخت گرفته است چه به نگاه برسد و نسبت به ناموس مسلمانان با نهی کردن چه به صورت حرمت و چه کراهت، شدت به خرج داده است». (خوئی، ۱۴۲۱، ج ۱۲، ص ۸۰)

وی در ادامه سخن، به مستند این مذاق می پردازد و این که چگونه این مذاق را به دست آورده است و در این باره می نویسد:

«یفصح عنه نهیه عن خروجهن للجمعة و الجماعات علی ما هی علیه من الفضل و المثوبات، و کذا النهی عن حضورهن لتشیع الجنائز و المنع عن اختلاطهن مع الرجال فی الأسواق، الوارد فی نهی علی (ع) أهل الکوفة عن ذلک، و النهی عن المحادثة معهن و سماع صوتهن فیطعم الذی فی قلبه مرض، و عن تقییل البنات بعد بلوغهن ست سنین و عن التسلیم علی المرأة الشابة حیث ورد أن علیا (ع) کان لا یسلم علیهن و عن الجلوس فی مکان قامت عنه المرأة و الحرارة بعد باقیة لکونه مهیجاً للشهوة إلى غیر ذلک من الموارد المتفرقة التي لا تخفی علی المتتبع و معه کیف یمکن الحکم بالجواز سیما و أن الوجه مجمع الحسن و مرکز الجمال و مثار الفتنة و النظر الیه من مزال الأقدام و مواقع الهلکة غالباً؛ این سخن از این جا روشن و آشکار می گردد که شارع، زن ها را از بیرون رفتن برای نماز جمعه و جماعت نهی کرده است. (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۳۴۰) با این که این ها بسیار فضیلت و پاداش های بسیاری را دربردارد و هم چنین نهی از حضور آن ها برای تشیع جنازه ها (همان، ج ۳، ص ۲۳۹)، پرهیز از آمیختن با مردان در بازارها که علی (ع) اهل کوفه را از این کار نهی کرده است (همان، ج ۲۰، ص ۲۳۵) و نهی مردان از گفت و گو کردن و گوش دادن به صدای آنان (همان، ج ۲۰، ص ۱۹۷) (فیطعم الذی فی قلبه مرض) (احزاب / ۳۲) و نهی از بوسیدن دختران پس از بلوغ آنان؛ یعنی رسیدن به نه سال (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰،

ص ۲۲۹) و نهی ای که از سلام کردن به دختران جوان وارد شده است تا آن جا که آمده است: علی (ع) به دختران جوان، سلام نمی کرده است (همان، ص ۲۳۴) و نهی ای که از نشستن در جایی که زنی از آن جا بلند شده، ولی گرمای جا هنوز باقی است زیرا گرما شهوت را برمی‌انگیزاند (همان، ص ۲۴۸) و دیگر مواردی که برای شخص محقق پوشیده نمی باشد و با این وجود چگونه حکم به جواز نگاه کردن ممکن باشد، به ویژه این که صورت، مرکز زیبایی و جمال است و برانگیزاننده فتنه می باشد». (خویی، ۱۴۲۱، ج ۱۲، ص ۸۰)

از این سخن به دست می آید که وی ابتداءً با توجه به گردآوری ادله، مذاق شریعت را به دست می آورد و آن گاه با قیاس اولویت، عدم رضایت شارع به نگاه به نامحرم را استباط نموده است.^۱

۱. علی رغم همه سخت گیری هایی که در شرع در خصوص نگاه به نامحرم وجود دارد چنانکه مرحوم خویی نگاه بدون ریه به نامحرم را نیز جایز ندانسته است با این حال، این مسئله خصوصاً در فرضی که نگاه متضمن خدشه به حریم خصوصی افراد باشد، از دیدگاه قانون گذار کیفری ایران مورد غفلت قرار گرفته است. مسئله ای که با توجه به مذاق شارع در این زمینه قابل نقد است.

نتیجه‌گیری

فقیه با تمسک به مذاق شریعت 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. در عرصه فقه جزایی امامیه، فقها تنها از مذاق شریعت به عنوان یکی منبع مستقل در کنار ادله دیگر جهت استنباط حکم شرعی استفاده نموده‌اند بلکه می‌توان مدعی شد به مذاق شریعت به مثابه ی دلیل برتر نگریسته‌اند چنانکه در صورت تعارض با ادله دیگر، ترجیح را به مذاق شارع داده‌اند. همچنین کارکردهای مذاق شریعت در فقه جزایی محدود به استدلال‌های حکمی نمی‌گردد بلکه دست مایه فقها در تفسیر موضوعات احکام همچنین رفع نزاع میان آنها نیز قرار گرفته است. بنابراین فقیه می‌تواند در عین بهره گرفتن از نص 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، چاره جوی برخی مسائل نوپدید نیز باشد.

فهرست منابع

۱. ابن بابویه، محمد بن علی، (شیخ صدوق)، (۱۴۱۳)، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۲۳)، مجمع الفائده و البرهان، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
۳. اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد نمازی، (۱۴۱۰)، افاضه القدير فی احکام العصر، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
۴. تبریزی، جواد، (۱۴۰۴)، اسس الحدود و التعزیرات، قم، نشر جامعه مدرسین
۵. جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۰۷)، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیه، تحقیق احمد عبدالغفور عطار، چاپ اول، بیروت، دارالملايين
۶. حاجی ده آبادی، احمد، (۱۳۸۹)، «ارش» ماهیت، شیوه، محاسبه و مسئول آن، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره دوم، شماره اول.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹)، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، قم: آل البيت (ع)
۸. حکیم، محسن، (۱۴۱۶)، مستمسک العروه الوثقی، چاپ اول، قم، موسسه دارالتفسیر
۹. حلی، نجم الدین، (۱۴۰۸)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، موسسه اسماعیلیان
۱۰. خامنه‌ای، علی، (۱۴۱۷)، بحث حول الصابئه، قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)
۱۱. خویی، ابوالقاسم، (۱۴۲۱)، المستند فی شرح العروه الوثقی، قم، موسسه احیاء آثار الامام الخویی
۱۲. سبجانی، جعفر، (۱۴۱۹)، مصادر الفقه الاسلامی و منابعه، چاپ اول، بیروت، دارالاضواء
۱۳. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه
۱۴. فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۱۰)، العین، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی،

چاپ اول، قم، موسسه دارالهجره

۱۵. قطب، مصطفی، (۲۰۰۲م)، مصطلحات اصول الفقه، دمشق، دارالفکر،
۱۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، حقوق مدنی (عقود معین)، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار
۱۷. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، (۱۴۰۷)، الکافی، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۱۸. گرجی، ابوالقاسم، (۱۳۶۵)، مقالات حقوقی، تهران، اداره کل انتشارات و تبلیغات وزارت ارشاد اسلامی
۱۹. مجلسی، محمدباقر، (۱۴۰۳)، بحارالانوار، بیروت: دار إحياء التراث العربی
۲۰. محمدسعید، حکیم، (۱۴۱۸)، المحکم فی اصول الفقه، چاپ اول، مکتب آیت الله العظمی السید حکیم
۲۱. مصطفوی، حسن، (۱۴۱۶)، التحقيق فی کلمات القرآن الکریم، چاپ اول، تهران، سازمان چاپ و انتشارات (وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی)
۲۲. مصطفی، ابراهیم؛ الزیاب، احمد؛ عبدالقادر، حامد؛ النجار، محمد، (۱۴۱۰)، المعجم الوسیط، استامبول، دارالدعوه
۲۳. معزّی ملایری، اسماعیل، (۱۴۱۵)، جامع احادیث الشیعه، بی جا، قم، بی نا
۲۴. معلوف، لوّیس، (۱۳۸۰)، المنجد فی اللغه، چاپ سی و هفتم، قم، ذوی القربی
۲۵. منتظری، حسینعلی، (۱۳۷۳)، رساله استفتائات، چاپ دوم، تهران، نشر فکر
۲۶. موسوی خمینی، روح الله، (۱۴۱۵)، المکاسب المحرمه، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
۲۷. موسوی خمینی، روح الله، (۱۴۱۸)، کتاب البیع، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره
۲۸. نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴)، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، داراحیاء التراث العربی
۲۹. هاشمی شاهرودی، محمود، (۱۳۷۸)، بایسته های فقه جزاء، تهران، نشر میزان
۳۰. یزدی، محمد، (۱۳۸۹)، رساله ای در قسامه، مجله فقه اهل بیت (ع)، چاپ اول، قم