

Examining the implications of the Shariat's taste in Imamiyyah criminal jurisprudence

Seyyed Morteza Hosseini Nasab: PhD student in Theology and Islamic Studies (Jurisprudence and Fundamentals of Law and Thoughts of Imam Khomeini), Khomein Branch, Islamic Azad University, Khomein, Iran.

morteza.hosseininasab@gmail.com.

Mahmoud Qayumzadeh: Assistant Professor, Department of Law, Saveh Branch, Islamic Azad University, Saveh, Iran. (Corresponding Author)

maarefteacher@yahoo.com

Samira Golkhandan: Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, Khomein Branch, Islamic Azad University, Khomein, Iran. golkhandan@gmail.com

Abstract

In the position of deriving rulings, jurisprudence sometimes refers to Shariah texts and evidences in a single and single statement form, and sometimes due to practice and familiarity with Shariah texts, the method and practice of Shariah in falsifying the rulings and the general spirit of the Shariah in finds and evaluates Shari'i proofs with this holistic view. In this way, the taste of the Sharia not only shows the legislative will of the Shariah, but it is also placed in the hands of jurists in the position of interpreting the will of the Shariah. Each of the existing sources have studied the concept of the taste of Sharia with a special approach. Sometimes the elements and components that make up the taste of Shariat have been explained, sometimes they have tried to validate this concept, and sometimes they have criticized and analyzed it. The present article has investigated the implications of Sharia's taste in Imami criminal jurisprudence with a library method and with a descriptive and analytical approach, and the result of the discussion shows that: within the scope of Imamiyya jurisprudence, jurists while familiarizing others with Sharia's taste in various places refer to it. have done, in such a way that they use this issue regarding issues without background, therefore, paying attention to the taste of Sharia and avoiding single-propositional interpretation of texts, causes the rules to be harmonized with the goals and general views of Sharia and more useful in criminal jurisprudence.

Key words: meaning, taste of Shariat, Imamia penal jurisprudence.



بررسی دلالت‌های مذاق شریعت در فقه جزایی امامیه

سید مرتضی حسینی نسب: دانشجوی دکتری الهیات و معارف اسلامی (فقه و مبانی حقوق و اندیشه‌های امام خمینی)،

morteza.hosseininasab@gmail.com

واحد خمین، دانشگاه آزاد اسلامی، خمین، ایران.

محمود قیوم زاده: استادیار، گروه حقوق، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران. (نویسنده مسئول)

maarefteacher@yahoo.com

سمیرا گلخندان: استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، واحد خمین، دانشگاه آزاد اسلامی، خمین،

golkhandan@gmail.com

ایران.

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 سیره شارع در جعل احکام و روح کلی شریعت را در می‌یابد و با این بینش مجموعه‌نگر، ادله شرعی را ارزیابی می‌کند. بدین سان مذاق شریعت نه تنها مبین اراده تشریعی شارع است بلکه در مقام تفسیر اراده شارع نیز دست‌مایه فقها قرار می‌گیرد. هر یک از منابع موجود با رویکرد خاصی، مفهوم مذاق شریعت را بررسی نموده‌اند. گاه عناصر و اجزای تشکیل‌دهنده مذاق شریعت تشریح شده است، گاه به اعتبارسنجی این مفهوم و گاه نیز به نقد و آسیب شناسی آن پرداخته‌اند. مقاله حاضر با روش کتابخانه‌ای و با رویکرد توصیفی و تحلیلی دلالت‌های مذاق شریعت در فقه جزایی امامیه را مورد بررسی قرار داده است و نتیجه بحث بیانگر آن است که: در محدوده فقه امامیه، فقها ضمن آشنا نمودن دیگران با مذاق‌های شرعی در جاهای مختلف بدان استناد کرده‌اند، به گونه‌ای که در خصوص موضوعات فاقد پیشینه از این مسئله استفاده می‌کنند، لذا توجه به مذاق شریعت و پرهیز از تفسیر تک‌گزاره‌ای نصوص، سبب هماهنگی احکام با غایات و دیدگاه‌های کلی شارع و کار آمدی بیشتر فقه جزایی می‌گردد.

واژگان کلیدی: دلالت، مذاق شریعت، فقه جزایی امامیه.

ناشر: دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم © نویسندگان.

نوع مقاله: مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۵/۱ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۵/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۶/۲۰ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۷/۱۰



۱- مقدمه

تردیدی 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 مگلفان 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 فضاقت 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 فقه امامیه در سیر پیشرفت خود، شاهد نگرش‌های مختلف به مسئله مذاق شریعت بوده است، به گونه‌ای که در سده‌های آغازین، حیات فقه امامیه، علمای شیعه در فرایند استنباط به روایات وارده به صورت تک‌بعدی نگاه می‌کردند، و به تطبیق آن با سایر ملاک‌های به‌دست‌آمده هیچ گونه توجهی نداشتند، به عنوان مثال این علما به دلیل نزدیکی با زمان حیات معصومین(ع)، به هر گونه روایاتی استناد می‌جستند. در صورتی که بعد از گذشت مدت زمانی، علماء به صورت تطبیقی به فقه اهل سنت هم رجوع می‌کردند و به نقد و تحلیل آن می‌پرداختند. به عنوان نمونه کتاب المبسوط شیخ طوسی به همین رویکرد نوشته شده است. لذا می‌توان نتیجه گرفت استنباط احکام تا این برهه تاریخی به صورت تک‌بعدی یعنی فقط بر مبنای روایات بوده است، اما با گذشت زمان و با گسترش اصول فقه و سایر علوم در کنار استنباط، فرایند استنباط روش تازه‌ای به خود گرفت که از جمله آن‌ها مرحوم نجفی صاحب جواهر الکلام است که در جواهر الکلام به شیوه جدید به استنباط احکام پرداخته است و ایشان معتقد است هر چند شخص طلبکار با توسل به زور می‌تواند طلب خود را مطالبه کند و در این میان اگر خسارتی به وجود آید طلبکار ضامن نخواهد بود، اما اگر استیفای طلب باعث به وجود آمدن فتنه و تلف شدن مال و جان بدهکار گردد، طلبکار باید از آن خودداری نماید. 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) علمای شیعه پس از نجفی در آثارشان به صورت پیوسته به مذاق شریعت توجه و استناد نموده‌اند، به همین دلیل این اصطلاح وارد عرصه فقهی شیعه شد. با این حال جایگاه فقهی مذاق شریعت چندان روشن به نظر نمی‌رسد. در یک بحث کلان، باید مشخص گردد آیا اساساً شریعت، تنها از تک‌گزاره‌هایی 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.

۲- مذاق شریعت

واژه مذاق، مصدر از ریشه «ذاق - یذوق» و به معنای مزه، طعم، چشیدن و آزمودن می‌باشد. 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 می‌شود: «ذاق العذاب» یعنی طعم عذاب را چشید و آن‌گاه که گفته می‌شود: «ذاق الرجل و ما عند الرجل» یعنی آن مرد را آزمود (معلوف، ۱۳۸۰، ص ۳۲).

خلیل بن احمد در تحلیل واژه مذاق می‌نویسد: «مذاق یکی از مصادری است که از فعل (ذاق - یذوق) می‌باشد» (فراهیدی، ۱۴۱۰، ص ۱۲۶) او برای این فعل به دو مصدر دیگر، یعنی (ذوق) و (ذواق) به معنای طعم و مزه، اشاره می‌کند.

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 می‌کند: «و ذقت ما عند فلان، ای خبرته» (جوهری، ۱۴۰۷، ص ۲۳۶). یکی از محققان معاصر در خصوص این واژه می‌نویسد: «حق این است که احساس در واقع چیزی است که آثار آن بر روی بدن احساس شود، خواه این گونه احساس چشایی یا لامسه‌ای یا باطنی باشد، پس معلوم می‌شود که ذوق اعم از حواس جسمانی و غیرآن است. روح انسان علاوه بر حواس مادی، حواس غیرمادی را نیز دارد که علاوه بر اینکه می‌بیند و می‌شنود، فراتر از آن نیز چیزهایی را درک می‌کند (مصطفوی، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۳۲۵). به باور ایشان، مذاق منحصر در حس چشایی نیست؛ بلکه شامل سایر حواس پنج‌گانه و حتی حواس باطنی انسان نیز می‌گردد.

واژه شرع در لغت به معنای درگاه و سر در ورودی «عتبه» و نیز به معنای آب‌شخور و جایگاهی که بدون طناب از آن آب نوشیده می‌شود: «مورد الماء الذی یستقی منه بلا رِشاء» آمده است (مصطفی، و همکاران، ۱۴۱۰، ص ۴۱۲). در المنجد به دو مصدر «شروعاً و شروعاً» 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 می‌شود: «شرع لهم الطريق» بدین معناست که راه را برای آن‌ها ساخت و افتتاح کرد و آن‌گاه که گفته می‌شود: «شرع یشرع شرعاً و شروعاً 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 بپاشد. 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 «شرعت السفینة تشریعاً» به معنای تعبیه بادبان «شرع» بر کشتی است و در توصیف آن می‌نویسد: «هو شیء یكون فوق خشية كالملاء الواسعة، تصفقه الريح 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 معنای دیگری، همچون بالا بردن چیزی «شرعت الشيء اذا رفعته جداً» سرعت و نفوذ «هذا أشرع من السهم، أي أنفذ وأسرع» 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 هیچ‌گونه خدش‌ای بر آن وارد نباشد، آسان نخواهد بود. همان‌گونه که در معنای لغوی مذاق بررسی شد که معنای لغوی آن، آگاهی بر روش‌های شارع در جعل احکام و به عبارت دیگر سلیقه شارع در تشریع - قانون‌گذاری 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.

۳- مذاق شریعت به عنوان منبع حکم

در فقه جزایی، مجازات‌ها به چهار قسم حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تقسیم شده‌اند. باتوجه به اینکه مذاق شریعت به عنوان محصول و برآیند سایر منابع شرعی تلقی می‌شود و در عین حال متکی بر نص شرعی مشخصی نیز نمی‌باشد. بنابراین اصولاً در مجازات‌های حدی که موقوف به تنصیب 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 حیطة حدود خارج است. در تعریف حد آمده است؛ «کل ما له عقوبه مقدرة یسمی حدا و ما لیس کذلک یسمی تعزیراً» هر آنچه مجازات مقداری برای آن وجود دارد حد و در غیر آن، تعزیر گفته می‌شود (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۳۶). با این توصیف، استدلال و استناد به مسئله مذاق شریعت در فرایند استنباط حکم در سایر مجازات‌ها هم می‌تواند کاربرد داشته باشد و این مسئله مبرهن است که این‌گونه استناد صرفاً در خصوص جرم‌انگاری بوده و نه در مقام رسیدگی. به عنوان نمونه اگر مستوجب حد غایب شود، می‌توان با استناد به مذاق شریعت بنا را بر مسامحه و تخفیف گذاشت (تبریزی، ۱۴۰۴، ص ۱۸۹).

در خصوص جواز بی‌حس کردن اعضا هنگام اجرای مجازات‌های بدنی، آنچه از ادله تعزیرات و حدود می‌توان استنباط نمود این است که سخت بودن مجازات به مقدار عرفی آن، از شروط لازم است و از ارکان و عناصر کیفر به شمار می‌رود، لذا بی‌حس نمودن اعضا زمان اجرای کیفر به صورتی که طرف درد را حس ننماید، جایز نمی‌باشد. در خصوص آیات مربوط به کیفر 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» (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 کاری نداشته باشید» (نساء/ ۶)، و در بیان حد سرقت نیز آمده است: «السارق و السارقه فاقطعوا یدیهما جزاء بما کسبا نکالاً من الله ...» (مائده/ ۳۸).

در لسان بسیاری از روایت‌هایی که به بیان کیفیت بعضی از حدود و تعزیرات پرداخته‌اند، تعبیرهای وجود دارد که دلالت بر اشتراط درد و رنج در مجازات‌های بدنی دارد. در معتبره 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: «از امام (ع) درباره مست و زناکار پرسیدم. فرمود: آنان را لخت کرده و با تازیانه میان شانه‌هایشان می‌زنند اما در حد قذف ضربات متوسط است» (همان، ص ۴۷۴).

صاحب جواهر نیز در این زمینه می‌نویسد: «لا خلاف فی أنه لا یقام علیه الحد حتی یفیک لتحصل فائده الحد

التی هی الانزجار عنه؛ اختلافی در این مسئله نیست که حد بر مست قابل اجرا نیست، تا وقتی که از مستی بیرون آید، تا اینکه آثار حد که همان بازدارندگی از ارتکاب دوباره جرم است به وجود آید» (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 می‌توان به اشتراط درد و رنج به قدر متعارف و عدم جواز بی‌حس کردن محکوم‌علیه قائل شد مع ذلک نمی‌توان آن را به حدود از نوع قتل و قطع عضو نیز تسری داد. خصوصاً آنکه در این قسم از کیفرها، قطع نظر از دردی که زمان اجرای مجازات احساس می‌گردد، آثار بازدارندگی را به طور کامل دارند و خاصیت بازدارندگی آنها، همان احساس درد به هنگام اجرای مجازات است.

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 جسته‌اند و اعتقاد دارند در مسئله تعزیرات و حدود، اجرای مجازات‌های جسمانی بدون بی‌حس نمودن آن، حتی در صورتی که محکوم آن را درخواست نماید حرام نبوده، چه برسد به آنکه او چنین درخواستی نکرده باشد، در این مسئله هیچ فرقی میان انواع حدود نیست. بلی در مسائلی مانند حد تازیانه یا سنگسار یا انداختن از بلندی، بی‌حس نمودن حرام است و محکوم نمی‌تواند چنین ادعایی بکند، زیرا که از مذاق شارع استفاده می‌شود که عدم بی‌حسی از شرط لازم کیفرهای حدی است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ص ۳۴۵).

در مسائل تعزیری، با توجه به عدم وجود نص شارع و بیان آن در هر فعل یا رها نمودن افعال حرام، می‌توان جایگاه خوبی برای استناد به مذاق شریعت پیدا نمود. به عنوان نمونه نجفی در جواهرالکلام هنگام بحث حرمت توهین به مقدسات دینی آورده است:

«انه لا یلیق بالفقیه الممارس لطریقه الشرع العارف للسانه ان یتطلب الدلیل علی کل شیء بخصوصه من روایه خاصه و نحوه، بل یکتفی بالاستدلال علی جمیع ذلک بما دل علی تعظیم شعائر الله، و بظاهر طریقه الشرع المعلومه لدی کل أحد؛ برای عالم متخصص با لسان شارع خوب نیست که برای درک جزئیات به دنبال آیات یا روایات منحصر باشد. بلکه استدلال بر مجموع آنچه بر تعظیم شعائر خداوند دلالت دارد و به ظاهر روش شرع که نزد هر کسی آشکار است کفایت می‌کند».

صاحب جواهر پس از این مطلب برای فتوا دادن به حرمت توهین به مقدسات دینی به دلیل «تعظیم شعائر الهی» و آنچه از روش شارع مقدس در بین مردم آشکار است، استفاده می‌نماید (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۵۲). در مسئله حرمت القای فرد جاهل در افعال حرام و مجازات آن برخی از علماء حکم به حرمت بیع روغن نجس به مسلمان در صورتی که مقدمه فعل حرام باشد، و دلیل آن را همان مسئله مذاق شارع در حرمت القای جاهل در افعال حرام می‌داند (مصطفوی، ۱۴۱۶، ص ۳۰۰). به عبارت دیگر هرچند روایت خاصی در خصوص این مسئله بیان نشده است، اما مذاق شریعت در این مسئله از روایات گوناگونی که در مسائل فقهی مشابه به دست ما رسیده می‌توان بدان استناد نمود و از مفهوم روایات ذیل استفاده کرد:

- حرمت حرام بودن نوشیدن شراب به کودکان و کافران^۱

- مکروه بودن خوراندن خوراکی و آشامیدنی حرام به چهارپایان^۲

- آثار فتوا دادن از روی جهل^۳

- بر عهده گرفتن گناهان مأمومین بوسیله امام قاصر^۴

- ضمانت امامی که غسل جنابت بر او واجب است در قبال مأمومین^۵

در مسائل جدید نیز مذاق شارع در کشف حکم احکام کمک شایانی می‌کند، به عنوان مثال مسائل جدید مربوط به انواع مواد مخدر و جرایم فضای مجازی و ... که اکثراً در این گونه مسائل نص به خصوصی وارد نشده، از طرفی هم یکی از خصوصیات فقه شیعه پویایی آن در هر عصر و زمان بوده است، و باید پاسخگوی نیازهای انسان‌ها در تمام ازمینه و مکان و تمام مسائل نوظهور باشد، لذا به همین دلیل فقهای امامیه در صدور روشی برای حل چنین مسائلی بوده‌اند که مذاق شارع بهترین روش برای پاسخ به مسائل و نیازهای روز زمان است که در این گونه موارد فقها به وسیله جمع نمودن قرائن و انواع شواهد به مذاق شارع پی برده و حکم مسائل جدید را بیان می‌نمایند. نمونه‌ای از آن در مسئله قصاص و دیات زمانی است که فعلی فی نفسه مستحب یا مباح و حتی در مواردی واجب است، اما انجام آن فعل موجب از بین رفتن جان یا مال مسلمانی می‌گردد، در این گونه موارد این بحث پیش می‌آید که آیا انجام چنین فعلی موجب ضمان می‌شود یا نه؟ حکم این گونه مسائل به صورت واضح و روشن بیان نشده، و هیچ گونه روایتی هم در این خصوص بیان نگردیده است، ولی با استفاده از مذاق شارع می‌توان به دست آورد که چنین افعالی به هیچ عنوان جایز نیست، به گونه‌ای که نجفی در جواهرالکلام معتقد است: اگر چه طلبکار می‌تواند طلب خود را از بدهکار با توسل به زور مطالبه نماید، و در این خصوص اگر خسارتی به بدهکار وارد آید، مستوجب ضمان نیست، با این وجود اگر دریافت طلب باعث به وجود آمدن فتنه و ضرر جانی و مالی به بدهکار گردد، طلبکار باید از آن خودداری نماید. سپس اضافه می‌کند 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 ۴، ص ۳۸۷).

سپس روایتی نقل می‌کند که می‌تواند تأیید کننده این دیدگاه باشد. علی بن مهزیار می‌گوید:

«ذَكَرَ أَنَّ بَيْنَ مَنْ وَقَفَ هَذِهِ الضَّيْعَةَ عَلَيْهِمْ اخْتِلَافًا شَدِيدًا وَ أَنَّهُ لَيْسَ يَأْمَنُ أَنْ يَتَّفَقَ ذَلِكَ بَيْنَهُمْ فَإِنْ كَانَ تَرَى أَنْ يَبِيعَ هَذَا الْوَقْفَ وَ يَدْفَعَ إِلَى كُلِّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ مَا كَانَ وَقَفَ لَهُ مِنْ ذَلِكَ أَمْرَتُهُ فَكَتَبَ بِحُطِّهِ إِلَيَّ أَعْلَمُهُ أَنْ رَأَيْتُ إِنْ كَانَ قَدْ عَلِمَ اخْتِلَافَ مَا بَيْنَ أَصْحَابِ الْوَقْفِ وَ أَنَّ بَيْعَ الْوَقْفِ أَمْثَلُ فَلْيَبِيعْ فَإِنَّهُ رَبَّمَا جَاءَ فِي الْاِخْتِلَافِ تَلَفُ الْأَمْوَالِ وَ

۱. روایت عجلان اُبی 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، ۱۴۰۹، ج ۲۵، ص ۳۰۸)

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

۳. روایت اُبی عبیده حذاء از امام باقر (ع): «من اُفتی الناس بغیر علم و لا هدی لعنته ملائکه الرحمه و ملائکه العذاب و لحقه وزر من عمل بفتیاه. (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۴۲)

۴. کتب امیر المؤمنین الی محمد بن اُبی بکر انظر یا محمد صلاتک کیف تصلیها لوقتها فإنه لیس من امام یصلی بقوم فی صلاته نقص إلا کانت علیه و لا ینقص ذلک من صلاتهم. (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۸۵، ص ۹۳)

۵. روایت معاویه بن وهب از امام صادق علیه السلام: «قلت لأبي عبد الله ع أ یضمن الامام صلاه الفريضة فإن هولا یزعمون أنه یضمن فقال لا یضمن أی شیء یضمن إلا أن یصلی بهم جنباً أو علی غیر طهر. (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۲۷۷)

النُّفُوس؛ به امام جواد علیه السلام نامه نوشتیم، شخص وقف کننده بیان کرده که بین موقوف علیهم نزاع پیش آمده و از این که درگیری بیشتر شود شخص واقف اطمینان ندارد. اگر در صورتی که صلاح می دانید وقف را بفروشید و سهم آنان را پرداخت نمایید؟ امام جواد(ع) فرمودند: او را از نظر من مطلع کن که نظر من چنین است اگر چنین نزاعی بین موقوف علیهم رخ داده باشد، بیع آن بهتر است، زیرا که این اختلافها ممکن است باعث از بین رفتن اموال و نفوس گردد (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۴۱).

نجفی در جواهرالکلام از بخش آخر این روایت «ربما جاء فی الاختلاف تلف الاموال و النفوس» به مسئله مذاق شارع دست می یابد که این مذاق مصداقش فراگیر و عمومی است و منحصر به وقف نیست. همچنین در مسئله تحقق لوث فقط با گمان به ارتکاب قتل، یکی از علمای معاصر عقیده دارد که آنچه در روایات آمده منحصر به ظن خاص است مانند اینکه فرد کشته شده در چاه قبیلای و محل سکونت آنها پیدا شود و در صورتی که بین آن قبیل و فرد کشته شده درگیری قبلی وجود داشته باشد، در حالی که ظن مطلق در غیر از موارد روایت مذکور معتبر نخواهد بود و اطلاق عمومی که بتوانیم بدان استناد کنیم وجود ندارد مخصوصاً مذاق شریعت در اسلام بر احتیاط در مسائل مربوط به ناموس منحصر 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 کرده اند، در اصل برای جایی بوده است که به سند و دلیلی دست نیافته و از مجموع ادله، حکم را استیناس کرده اند، هر چند در مواردی که دلیل جداگانه ای یافته اند نیز از استناد به مذاق شریعت بهره برده اند و این نیست جز این که مذاق شریعت را دلیلی برتر از دیگر ادله می دانسته اند که در برخی از جاها می تواند بر دیگر ادله پیشی گیرد و بر آنها حاکم شود.

۴- دلیلی در برابر اصل استصحاب

گاه به مذاق شریعت در برابر اصول استناد شده است؛ به گونه ای که جایی برای اجرای اصل باقی نمی ماند؛ 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 داده اند؛ به گونه ای که دیگر جایی برای اجرای اصول یادشده نخواهد ماند.

برای نمونه در باب احکام صابئان در میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد که آیا خون اینها هدر است یا محترم به شمار می آید. منشأ اختلاف، به این باز می گردد که آیا به آنها اهل کتاب گفته می شود یا از اهل کتاب شمرده نمی شوند؛ زیرا آیات قرآن بر این دلالت دارند که جزیه گرفتن از کسانی درست است که اهل کتاب به شمار آیند: «فَاتْلُوا 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)

افراد دارای خصوصیات بیان شده در آیه، طبق مدلول آیه از افراد اهل ذمه محسوب می شوند و جان و مالشان محترم است، اما برخی از علمای معاصر در این خصوص به استصحاب عدمی استناد کرده اند و صابئین را در جرگه اهل کتاب به شمار نیاورده است (خامنه ای، ۱۴۱۷، ص ۲۸).

یکی از توضیحاتی که برای استصحاب ذکر نموده اند این است که درباره گروه نخستین آنها یقین وجود دارد

که صاحب کتاب نبوده‌اند و از همین روی همین یقین در خصوص افراد بعدی آن‌ها نیز جاری می‌گردد. به دیگر سخن، همان یقین گذشته را بر این پایه، که این گروه دارای کتاب نیستند، برای پیروان هم اکنون این آیین، جاری می‌کنیم.

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 زنا محصنه گردد. ایشان در حالت اول که یقین به کفر سابق وجود دارد عقیده به استصحاب مهدورالدم 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 می‌کنند، می‌گویند: هیچ یک از ادله متضمن اصالت اسلام نمی‌باشد 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 نمی‌کند. از این رو استصحاب عدم اسلام از زمان صغر سن یا عدم ازلی کافی برای اثبات مهدورالدم بودن می‌باشد. البته ایشان این فرض را نیز در نظر می‌گیرند که ممکن است از ادله وجوب عرضه اسلام به کفار قبل از قتال با آن‌ها این گونه استدلال کرد که مهدورالدم بودن به مجرد عدم اسلام حاصل نمی‌گردد بلکه این امر موکول به عرضه اسلام و ردّ است که در این صورت مجالی برای استصحاب باقی نمی‌ماند. در خصوص شک در حالت دوم نیز مقتضای استصحاب را عدم دخول شخص در ذمه و ملاً جواز قتل او می‌داند و در خصوص حالت سوم نیز با استصحاب عدم عروض یکی از موجبات هدر دم مانند زنا یا ارتداد، احترام دم را ثابت می‌داند (حکیم، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۸۵).

می‌توان گفت: این استصحاب با مذاق شریعت سازگار نخواهد بود؛ زیرا ریختن خون هزاران نفر را تنها به جهت این که احترام و ارزش آن‌ها به اثبات نرسیده است، نمی‌توان سازگار با مذاق شرع دانست و این چنین حکمی براساس استصحاب، از مذاق شرع بسیار دور می‌باشد 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 بزرگ‌ترین چیزها می‌داند. بنابراین، نمی‌توان گفت با تکیه بر چنین استصحاب‌هایی، ریختن خون انسان‌ها را روا دانست (خامنه‌ای، ۱۴۱۷، ص ۲۸).

۵- دلیلی در برابر اصل براءت

گاه نیز فقیهان شیعه در برابر اصل براءت به مذاق شریعت استناد کرده‌اند و با وجود مذاق شریعت، جایی برای اجرای اصل براءت نگذاشته‌اند. از مواردی که غیبت اشخاص روا می‌باشد، در جایی است که شخص، متجاهر به فسق باشد؛ یعنی گناه را به گونه‌ای آشکارا انجام دهد و از انجام آن‌ها 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 می‌کند، ولی این تجاهر خود را به گونه‌ای توجیه نماید آیا باز

می شود گفت: غیبت چنین کسی روا است؟ 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 دربر نمی گیرد بنابراین جایی برای روا بودن غیبت نخواهد بود.

امام خمینی نمی پذیرد که در این جا بتوان به اصالت برائت تمسک کرد و در کنار دلیلهایی که می آورد به مذاق شریعت نیز اشاره می نماید و می نویسد: «پس هر آنکه متهاجرراً 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 اظهارات او نیز آشکار گردد، متجاهر جائز الغیبه محسوب نمی شود چه رسد به اینکه بتوان احتمال صدق اظهارات 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 می شود، اهتمام و توجه شارع به احترام و کرامت انسان است و اینکه ارزش آبروی او همانند ارزش خون وی می باشد. بنابراین باید جانب احتیاط را گرفت و از تمسک به اصالت برائت با این استدلال که شک در خصوص متجاهر به فسق بودن، شبهه مصداقیه است و در شبهات مصداقیه اصل برائت جاری می شود، 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).

۶- از میان برنده تعارض در ادله

یکی از مواردی که می توان از مذاق شریعت بهره برد، در تعارضی است گاه میان ادله به وجود می آید. تعارض بدین معناست که دو دلیل شرعی و یا بیشتر در برابر یکدیگر قرار بگیرند؛ به گونه ای 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، ۲۰۰۲، 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 کنند؟ حضرت (ع) در پاسخ فرمودند: خیر، رجوع به ایشان، رجوع به طاغوت است. آنگاه حضرت (ع) در پاسخ پرسش این حنظله که «این دو شیعه چه کنند؟» می فرمایند: ينظران الی من کان منکم ممن قد روی حدیثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف احکامنا فلیر ضوا به حکما فانی قد جعلته حاکماً» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۱۳۶). شبیه همین مضمون، روایت ابن خدیجه است که می گوید: «امام صادق (ع) مرا به سوی شیعیان فرستاد و فرمود به ایشان بگویم: ایاکم اذا وقعت بینکم خصومه أو تداری فی شیئی من الأخذ و العطاء، ان تحاکموا الی احد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بینکم رجلاً قد عرف حلالنا و حرامنا فانی قد جعلته علیکم قاضیا و ایاکم ان یخاصم بعضکم بعضاً 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 قضاوت، حدود را نیز در بر می 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 حدیثا...» مراجعه کرد و این مراجعه اختصاص به زمان حضور امام معصوم ندارد. بلکه اتفاقاً 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 «فأنتی قد جعلته علیکم حاکماً» 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 در بر می‌گیرد.

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 و لا الحدود و لا الجمعه الا بالإمام؛ حکم کردن (قضاوت کردن) و اجرای حدود و اقامه نماز جمعه، جز توسط امام صورت نمی‌گیرد» (معزی 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 کتاب های 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 بر می‌آید، 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 و سوسه بعض الناس فی ذلک، بل کأنه ما ذاق من طعم الفقه شیئاً و لا فهم من لحن قولهم و رموزهم امراً ... جای تعجب دارد از افرادی که مخالف اجرای حدود هستند و در این حکم و سوسه می‌کنند، گویا از طعم فقه چیزی نچشیده است و از لحن گفتار ائمه (ع) چیزی نیاموخته است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۱، ص ۳۹۷).

۷- اثرگذاری در موضوع حکم

استدلال به مذاق شریعت منحصر به انشای حکم نیست بلکه گاهی در جهت تفسیر و تحلیل موضوع حکم نیز بدان استناد می‌جویند، زیرا که معمولاً وظیفه شارع تبیین و انشای حکم است و اجتهاد در عناوین احکام امری جزئی و از تکالیف سایر افراد (مکلفین) می‌باشد، اما گاهی فقیه در تحلیل حکم و موضوع حکم به مذاق شارع استدلال می‌نماید به عنوان نمونه در باب حد زنا یکی از عوامل حد قتل زنا با ذات محرم بیان شده است (خویی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۲۲۹). در این خصوص هرچند روایاتی مانند: «الولد الفراش و للعاهر الحجر» و یا «لایورث ولد الزنا» بیان شده، اما ممکن است برخی این گونه استدلال نمایند که شارع فرزند ناشی از زنا را فرزند ندانسته با این وجود برخی دیگر در این باره اظهار نموده‌اند: مستفاد ... از مذاق شریعت این است که حرمت نکاح و وطی تابع نسب عرفی است» (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۴، ص ۲۵۹). اما از آنجا که دین اسلام مطابق با فطرت پاک انسانی است، لذا مذاق شارع بر این

است که فرزند ناشی از زنا را از لحاظ روابط زناشویی مانند فرزند مشروع می‌داند و در نتیجه زنا با ولد عرفی را همانند ولد مشروع تابع یک حکم دانسته است.^۶

یکی از علمای معاصر در مسئله سقوط حدّ شرعی، زمانی که دزد، مادر صاحب مال باشد می‌نویسد: «این مسئله بین علما چالشی است و جانب احتیاط مادر است به پدر و همین طور در مسئله قصاص، بلکه از مذاق شارع این مسئله استنباط می‌شود که اهتمام به والده بیشتر از والد است» (منتظری، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۵۳۸). به عبارت دیگر با بررسی کل آیات و روایات وارده در این خصوص و مفهوم آن‌ها می‌توان این نکته را به دست آورد که مذاق شارع انتفاء حد سرق و قصاص در خصوص پدر به مادر نیز تسری یافته است.

در مسئله اسقاط برخی از تکالیف که تلازم با حدوث حرج برای مکلفین دارد، امام (ره) معتقد است که روش‌های برخی از محرمات واضح و مبرهن است و نیاز به کشف آن‌ها از مذاق شارع نمی‌باشد و بر حرمت خود باقی و پایدار هستند هرچند که ترک چنین حرمتی انسان را به مشقت دچار می‌کند مانند شرب خمر و فعل زنا و لواط. هیچ انسانی به جایز بودن چنین رفتاری راضی نیست، هرچند که انسان به بالاترین مرتبه مشقت و حرج دچار گردد، و لذا در این قسم از افعال بایستی ادله حرج را محدود کنیم (موسوی خمینی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۶۰۸).

۸- 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 می‌شود که فقیه و حقوقدان به وسیله آن، حکم شیء مجهول الحکم را استنباط می‌کنند 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 می‌شود (گرچی، 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 می‌باشد و به موضوع دیگر که دارای شباهت کامل با آن است سرایت داده می‌شود قیاس گفته می‌شود. لذا قیاس را باید وسیله گسترش حکم خاص به مورد یا موارد مشابه دانست (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۲۱). در یک تقسیم‌بندی قیاس به دو نوع تقسیم شده است: قیاس منصوص‌العله و قیاس مستنبط‌العله. در فقه امامیه اگر قیاس منصوص‌العله باشد معتبر است و قیاس مستنبط‌العله 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 می‌شود و حکم آن استنباط می‌گردد. بنابراین، در مواردی که علت حکم اصل در فرع به صورتی قوی‌تر از اصل موجود باشد، حکم اصل نیز به طریق اولی بر فرع بار شده و به آن سرایت می‌کند.

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، بی‌احترامی و ایذاست که در اف گفتن وجود دارد، دلالت آن بر زدن آن‌ها، قوی‌تر است، زیرا در زدن،

^۶. البته صاحب جواهر در این زمینه می‌نویسد: «أما المحرم من الزنا فلا يثبت له فيها الحد المزبور للأصل وغيره و لم يحضرنى الآن نص لأصحابنا فيه؛ اما محرمیت ناشی از زنا به دلیل اصل برائت و ... موجب ثبوت حد قتل نمی‌گردد و تاکنون نصی در این خصوص از دیگر فقها ملاحظه نکرده‌ام». (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۳۱۳).

ایزای 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 استدلال‌ها، ملاحظه می‌گردد ابتدا با تمسک به مذاق شارع، علت پی‌جویی می‌گردد سپس با قیاس اولویت، حکم به موارد غیرمنصوص یا مواردی که حکم آن مشکوک است تسری می‌یابد. به عنوان مثال، پز شکی قانونی در تعیین ارش با در نظر گرفتن سه عامل به تعیین ارش می‌پردازد. عامل اول سن مجنی‌علیه است. یعنی باید بررسی کرد معمولاً چند سال مجنی‌علیه 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 مجنی‌علیه است. در نتیجه اگرچه از بین بردن چشایی موجب ارش است اما در صورتی که مجنی‌علیه آشپز باشد، ارش بیشتری را نسبت به حالتی که آشپز نباشد دریافت می‌کند. عامل سوم درصد اختلال فعالیت‌های زندگی در اثر جنایت موجب ارش است که این در صد 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 می‌شود اما اگر شنوایی خود را از دست دهد، ۳۰٪ زندگی او اختلال می‌یابد. 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 می‌شود.

در نقد شیوه فوق، اشکالی که به ذهن خطور می‌کند این است که شیوه فوق به نظر غیرمشروع است چرا که به 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 ربه، نخست ادله را بررسی و در این باب از ادله فراوانی یاد می‌کند و می‌نویسد: «قد تحصل من جمیع ما تلونا علیک لحد الآن أن مقتضى الصناعة بالنظر إلى أدلة الباب نفسها بعد ضم بعضها إلى بعض والتدبر فيما يقتضيه الجمع بين الأدلة ... و نعم ما صنع و ذلك لما ثبت من تتبع الآثار و استقصاء الموارد المتفرقة ...؛ از همه آنچه تاکنون گردآوری کردیم، با توجه به ادله‌ای 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 می‌کند، ولی با این همه در این دیدگاه اشکال وجود دارد و یقین به این دیدگاه مشکل است و هیچ چاره‌ای 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 پی‌جویی آثار و گردآوری موارد

گوناگون به دست می‌آید، اهتمام و توجه شارع به این مسئله می‌باشد. تا اندازه‌ای که از مذاق او به دست می‌آید، نسبت به چیزهایی پایین‌تر از نگاه، تنگ و سخت گرفته است چه به نگاه برسد و نسبت به ناموس مسلمانان با نپسندیدن 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 می‌پردازد و این که چگونه این مذاق را به دست آورده است و در این باره می‌نویسد: «یف صح عنه نهیه عن خروجهن للجمعة و الجماعات علی ما هی علیه من الفضل و المثوبات، و کذا النهی عن حضورهن لتشیيع الجنائز و المنع عن اختلاطهن مع الرجال فی الأسواق، الوارد فی نهی علی (ع) أهل الکوفه عن ذلک، و النهی عن المحادثه معهن و سماع صوتهن فیطعم الذی فی قلبه مرض، ... این سخن از این جا روشن و آشکار می‌گردد که شارع، زن‌ها را از بیرون رفتن برای نماز جمعه و جماعت نهی کرده است. (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۳۴۰) با این که این‌ها بسیار فضیلت و پاداش‌های بسیاری را دربردارد و هم چنین نهی از حضور آن‌ها برای تشییع جنازه‌ها (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 نهی‌ای که از سلام کردن به دختران جوان وارد شده است تا آن جا که آمده است: علی (ع) به دختران جوان، سلام نمی‌کرده است (همان، ج ۲۳۴) و نهی‌ای که از نشستن در جایی که زنی از آن جا بلند شده، ولی گرمای جا هنوز باقی است زیرا گرما شهوت را برمی‌انگیزاند (همان، ج ۲۴۸) و دیگر مواردی که برای شخص محقق پوشیده نمی‌باشد 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 می‌باشد» (خوئی، ۱۴۲۱، ج ۱۲، ص ۸۰).

از این سخن به دست می‌آید که وی ابتداءً با توجه به گردآوری ادله، مذاق شریعت را به دست می‌آورد و آن‌گاه با قیاس اولویت، عدم رضایت شارع به نگاه به نامحرم را استنباط نموده است.^۷

۹- نتیجه‌گیری

فقه‌های شیعه با استناد و به کارگیری مذاق شریعت، به استنباط احکام شرعی راه پیدا می‌نمایند زیرا که مذاق شارع مطابق با شرع مقدس اسلام بوده و با تعالیم دینی سازگار می‌باشد. در عرصه فقه جزایی امامیه، فقها نه 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 دلیل برتر نگریده‌اند 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 دست‌مایه فقها در تفسیر موضوعات احکام همچنین رفع تزاحم 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.

^۷. علی رغم همه سخت گیری‌هایی که در شرع در خصوص نگاه به نامحرم وجود دارد چنانکه مرحوم خوئی 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. مسئله‌ای که با توجه به مذاق شارع در این زمینه قابل نقد است.

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 محمدجواد 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 البیت (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 الصابنه، 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. سبحانی، 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، ۲۰۰۲، 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 احیاء التراث العربی.
۲۰. محمدسعید، حکیم، ۱۴۱۸، المحکم فی اصول الفقه، چاپ اول، مکتب آیت الله العظمی السید حکیم.
۲۱. مصطفوی، حسن، ۱۴۱۶، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، چاپ اول، تهران، سازمان چاپ و انتشارات (وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی).
۲۲. مصطفی، ابراهیم؛ الزباب، 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، لوئیس، ۱۳۸۰، المنجد فی اللغة، 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.

رویکردهای پویا در فقه و حقوق اسلامی

دوره ۱۴، شماره ۳، ۱۴۰۳

EISSN:2538-4945

<https://sanad.iau.ir/journal/aqojap>

۲۹. هاشمی شاهرودی، محمود، ۱۳۷۸، بایسته‌های فقه جزا، تهران، نشر میزان.

۳۰. یزدی، محمد، ۱۳۸۹، رساله ای در قسامه، مجله فقه اهل بیت (ع)، چاپ اول، قم.