

مذاق شریعت*

۱۱

فقه و حقوق

محمود حکمت‌نیا*

چکیده

مذاق شریعت

مبنای اعتبار احکام و مقررات در فقه اسلامی اراده تشریحی خداوند است. دانش اصول فقه تلاش می‌کند با بررسی ادله، راههای کلی دستیابی به اراده شارع را متقن نماید و از این طریق منابع فقه را طراحی کند. فقیهان با استفاده از این منابع و ادله معتبر و با به کارگیری فنون تفسیر به احکام شرعی دست می‌یابند. برای دستیابی به احکام گاه دلیل صریحی وجود ندارد، ولی نبود دلیل بر نبود حکم دلالت نمی‌کند، بلکه گاه حکم را با توجه به مجموعه احکام و دستگاه تشریح و رویه قانونگذار می‌توان به دست آورد. مذاق شریعت یا مذاق شارع یکی از راههای دستیابی به احکام است که به صورت صریح در ادله وجود ندارد. مذاق شریعت به صورت مکرر در نوشته‌های فقیهان وجود دارد. نوشته حاضر تلاش می‌کند با بررسی اصطلاح مذاق و کاربردهای آن به مفهوم مذاق شریعت دست یابد و با تحلیل چیستی آن، شیوه‌های دستیابی به مذاق را بررسی کند و موارد کاربرد آن را مرور نماید.

واژگان کلیدی: مذاق شریعت، ادله، فقه، مقاصد شریعت، اصول حقوقی، قاعده حقوقی.

* این مقاله برگرفته از تحقیق «فقه و حقوق خانواده و فلسفه آن» است که به سفارش شورای فرهنگی اجتماعی زنان در گروه فقه و حقوق پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی به انجام رسیده است. فصلنامه فقه و حقوق بدین وسیله از شورای مزبور که موجبات چاپ این مقاله را فراهم کردند، تشکر می‌نماید.

** استادیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی (mahmoodhekmatnia@yahoo.com).

تاریخ فقه شیعه در دوره حیات خود شاهد تحولات و تطوراتی بوده است. فقیهان در مرحله اولیه شکل‌گیری فقه به خاطر نزدیکی زمانی با عصر امامان معصوم (ع) با استناد به روایات اقدام به صدور فتوا به صورت خلاصه و در قالبی شبیه روایت کرده‌اند. در دوره‌ای دیگر فقیهانی با رویکرد تطبیقی به فقه اهل سنت، به توسعه فروع مسائل فقهی دست زده و به تحلیل و بررسی احکام پرداخته‌اند. شیخ طوسی از فقیهانی است که با استفاده از چنین روشی آثار بدیعی از خود به جای گذاشته است. کتاب *المبسوط فی الفقه الامامیه* نمونه بارزی از این عملکرد است.

در دوره‌ای دیگر فقیهان وارد تحلیل عمیق گردیدند. آنان با توسعه اصول فقه از یک سو و بهره‌مندی از تراث پیشینیان با ظرافت، دقت و روشن‌بینی علاوه بر بیان فروع مسائل، به تحلیل قواعد و نقد و بررسی آرا در آن باره پرداختند. صاحب جواهر از نمونه دانشمندانی است که در کتاب پر ارج خود *جواهر الکلام* به این روش عمل نموده است. وی با متن قرارداد کتاب *شرائع الاسلام* به تحلیل عمیق فقه پرداخته است. ایشان علاوه بر استناد به منابع فقهی و با رویکرد تطبیقی در حوزه روش و اصطلاحات فقهی و اصولی دارای نوآوریهای بسیاری است. یکی از اصطلاحات نو که به لحاظ روش‌شناسی از اهمیت بسیار برخوردار است و ایشان آن را به کار برده، اصطلاح «مذاق» است. وی کلمه مذاق را به صورت ترکیبی در اصطلاحاتی چون مذاق شریعت (نجفی، ۱۳۹۲، ۱: ۳۰۳؛ ۲: ۳۲۹؛ ۱۵: ۱۹۶؛ ۲۴: ۲۲۲؛ ۲۷: ۲۱۷؛ ۳۰: ۳۱۰؛ ۳۲: ۶؛ ۴۰: ۳۸۷)، مذاق فقه (همان، ۶: ۴۲؛ ۱۸: ۷۱؛ ۲۶: ۱۵۲؛ ۲۷: ۳۸۷؛ ۳۸: ۳۵۸؛ ۳۹: ۲۶۲)، مذاق اصحاب (همان، ۶: ۴۹)، مذاق قواعد شریعت (همان، ۸: ۳۷۰)، مذاق عامه (همان، ۱۰: ۱۱۵؛ ۱۲: ۳۸۵؛ ۲۰: ۱۷۶؛ ۲۹: ۳۷۳؛ ۲۹: ۱۸۰؛ ۳۰: ۳۴۵؛ ۳۲: ۷۳؛ ۳۲: ۳۳۷؛ ۳۶: ۲۵۸؛ ۳۷: ۳۸۹؛ ۳۸: ۱۶۴؛ ۴۰: ۴۳۳)، مذاق اهل کتاب (همان، ۷: ۲۲۸) و مذاق خصم (همان، ۱۴: ۳۵۸) به کار برده است.

فقیهان پس از وی نیز به طور مکرر از این اصطلاحات استفاده کرده و به این طریق اصطلاح مذاق و به خصوص مذاق شریعت وارد گفتمان فقهی شیعه شده است. صاحب

جواهر به عنوان مبدع این اصطلاح، اهمیت «مذاق شریعت» را به اندازه‌ای می‌داند که در عبارتی مذاق شریعت را «معرفتی که خداوند روزی می‌کند» می‌داند (همان، ۳۰: ۱۹۵).

اکنون در باره اصطلاح «مذاق شرع» یا «مذاق شارع» سؤالاتی مطرح است:

ماهیت مذاق شارع چیست و چه نسبتی با قواعد فقهی، نظریه، اصول کلی حقوق و مقاصد شریعت برقرار می‌کند؟ شیوه دستیابی به مذاق شریعت کدام است؟ و کارکردهای آن در فقه کجاست و فقیهان در چه مواردی به آن استناد کرده‌اند؟

نوشتار حاضر در چند قسمت بحث مذاق شریعت را پیگیری می‌کند.

۱. چیستی مذاق شریعت

همان طور که اشاره شد، صاحب جواهر برای اولین بار به صورت وسیع از کلمه «مذاق» استفاده کرد و با عبارتهای ترکیبی، اصطلاحات مختلفی را به کار برد و محوریت همه این اصطلاحات، کلمه «مذاق» است. بنابراین می‌توان با فهم کلمه مذاق تا حدودی به اصطلاح «مذاق شارع» یا مذاق شریعت نزدیک شد. از آنجا که کلمه مذاق در ادله شرعی به کار نرفته است، بهتر است کاربردهای آن را در نوشته کسانی که به آن استناد نموده‌اند بررسی نمود. در این نوشته‌ها «مذاق» کاربردهای مختلفی داشته و به اموری اطلاق شده است.

مذاق مستند به یک فرد: ابان در روایتی از امام باقر(ع) می‌پرسد: ساعتی را نام ببرید که نه جزء شب و نه جزء روز است. امام(ع) می‌فرماید: آن ساعت فجر است. صاحب جواهر در باره این پاسخ می‌نویسد:

خبر ابان و مانند آن بر مذاق اهل کتاب حمل می‌شود که «روز» در نزد آنان از طلوع خورشید بوده و ساعت فجر از شب و روز خارج است (همان، ۷: ۲۲۸).

بنابراین، کلمه مذاق به معنای یک پیش‌فرض در معنای لغت است. البته اینکه چرا امام(ع) بر مذاق پرسشگر به سؤال وی پاسخ داده است سخن دیگری است. نمونه دیگر این است که گاهی مذاق نویسنده یا صاحب فتوایی خاص مطرح می‌شود که مذاق، ناظر به حکم یا قاعده پذیرفته شده نزد شخص است.*

* رک: آشتیانی، ۱۳۶۹: ۳۵۵. ایشان جبران ضعف روایت به شهرت را که مورد اختلاف است، پذیرفته و اجرای آن را مذاق گفته است.

مذاق مستند به یک مذهب: در مواردی مذاق در ترکیب «مذاق عامه» به کار رفته است. همان طور که می‌دانیم یکی از مرجحات روایات متعارض، مخالفت با عامه است. صاحب جواهر در این گونه موارد سخن از «مذاق عامه» می‌گوید، یعنی حکمی با دیدگاه عامه موافق است. مثلاً در روایتی برای صحت نکاح رضایت ولیّ دختر و حضور دو شاهد شرط شده است. این حکم مطابق با احکام عامه است و لذا در جمع بین روایات طرح می‌شود (همان، ۲۹: ۱۸۰). همچنین در مواردی، هنگام بررسی فتاویٰ فقیهان شیعه، پاره‌ای از دیدگاهها به خاطر مخالفت با روایات و مناسبت با مذاق عامه رد شده است.

در روایتی آمده است:

انه كتب الى ابي الحسن (عليه السلام): ان امرأة كانت معي في الدار ثم انها زوجتني نفسها و اشهدت الله و ملائكته على ذلك ثم ان اباهما زوجها من رجل آخر فما تقول، فكتب:

التزويج الدائم لا يكون الا بولي و شاهدين و لا يكون تزويج متعة ببيكر. استر على نفسك و اكنم رحمك الله (طوسی، بی تا: ۱۴۶).

در این روایت برای نکاح رضایت ولیّ و حضور دو شاهد شرط شده است. صاحب جواهر در باره آن می‌نویسد: این روایات بر مذاق عامه است، یعنی مطابق احکام فقهی آنان و بر اساس مصالح مرسله اهل سنت بوده است.

بنابراین در این گونه موارد، مذاق همان پذیرش احکام و ادله مورد پذیرش عامه در برابر احکام و ادله و اصول امامیه می‌باشد (ر.ک: همان، ۳۲: ۳۳۷؛ ۳۸: ۱۶۴؛ ۳۷: ۳۸۹؛ ۴۰: ۴۳۳). در این موارد، در مقابل مذاق عامه، عبارت «المتجه علی اصولنا» و «اصول الامامیه» به کار رفته است. نتیجه اینکه مذاق در این گونه موارد احکام و اصول و قواعد پذیرفته شده در نزد مذهب خاصی است، صرف نظر از دلیلی که بر حکم در آن مذهب خاص وجود دارد.

مذاق مستند به مشهور: گاهی حکمی را مشهور فقیهان پذیرفته‌اند و فقیه می‌خواهد در برابر آن موضع‌گیری کند و آن را رد نماید. مثلاً شیخ انصاری در مواردی از مذاق مشهور استفاده می‌کند و منظور وی حکمی است که نزد مشهور پذیرفته شده است.*

* «فاذا كذب مع القدرة على التورية لم يصدق انه مضطر اليه فلا يدخل في عموم «رفع ما اضطروا اليه». هذا كله على مذاق المشهور من انحصار جواز الكذب بصورة الاضطرار اليه حتى من جهة العجز عن التورية»، ر.ک: شیخ انصاری، ۱۳۸۰: ۲۸.

مذاق مستند به فقه (مذاق فقه): ناسازگاری پاره‌ای احکام و لوازم گاهی به قدری روشن است که از آن تعبیر به خروج از مذاق فقه می‌کنند. بنابراین مذاق فقه اشاره به احکام روشن دارد. همه موارد فوق حکایت از وجود حکمی می‌کند که در نگاه صاحب مذاق روشن است. با این نگاه هنگامی می‌توانیم از مذاق شریعت یا شارع سخن بگوییم که عناصر زیر وجود داشته باشد.

۱. حکم یا قاعده روشنی وجود دارد.
۲. استناد آن به شارع قطعی است.

۳. این قاعده یا حکم مدلول صریح یا ضمنی منابع چهارگانه کتاب و سنت و اجماع و عقل نیست. وجود این قید به خاطر این نکته است که با وجود دلیل ضرورتی به استناد حکم به مذاق وجود ندارد. بر این اساس مذاق شریعت و یا مذاق شارع وجود و عنوان مستقلاً می‌یابد. منظور از مدلول ضمنی دلیل بخشی از مفاهیم و قواعد اصطیادی می‌شود، زیرا قاعده اصطیادی مستند به احکام متفرقی است که همه حکایت از وجود یک قاعده کلی می‌کند، مانند روایات پراکنده در باب ضمان که فقیهان از مجموع آنها قاعده‌ای به نام قاعده اتلاف را بنا نهاده‌اند، یا با تنقیح مناط عناصر غیر ضروری از روایتی را حذف کرده و ضابطه‌ای کلی به دست داده‌اند.*

این عناصر سه گانه به صورت صریح و ضمنی در کلمات فقها بیان شده است. در بسیاری از عبارات هنگام استفاده از مذاق، معلوم، مقطوع و ضروری بودن حکم را به شارع نسبت می‌دهند.** همچنین در پاره‌ای از عبارات نبود دلیل را متذکر می‌شوند، مثلاً صاحب جواهر در

* مثلاً در مسالک روایتی با عنوان «نهی النبی (ص) عن الغرر» نقل می‌کند، حال آنکه در مجامع روایی شیعی چنین روایتی وجود ندارد. در توجیه کلام شهید گفته شده: ایشان از روایت «نهی النبی عن بیع الغرر» الغای خصوصیت کرده است و با حذف کلمه بیع و نقل به معنا گفته است: «نهی النبی عن الغرر».

** مثلاً صاحب جواهر در مواردی به این مطلب اشاره می‌کند: ر.ک: نجفی، همان، ۱۵: ۱۹۵: «ضرورة معلومیة الوجوب فی مثله من مذاق الشرع»؛ ۳۰: ۳۱۰: «الا ان المعلوم من مذاق الشرع خلافه»؛ ۴۰: ۳۸۷: «یمكن دعوی العلم من مذاق الشرع» یا مرحوم آیت الله سید مصطفی خمینی در باره حکمی می‌نویسد: «لكن المسئلة قطعية لان مذاق الشرع معلوم فیها». ر.ک: خمینی، ۱۴۱۸: ۳۴۸. در جای دیگر می‌نویسد: «للعلم بان مذاق الشرع بریء من هذا النحو من الكتب»، همان: ۴۷۳. امام خمینی نیز در باره حکمی می‌نویسد: «المقطوع من مذاق الشارع عدم امضاء تلك المعاملات». خمینی، ۱۴۱۰، ۱: ۱۱۳.

مواردی بعد از استدلال به مذاق می‌نویسد: «و ان لم یرد به دلیل بالخصوص» (نجفی، همان، ۲: ۳۲۹). همچنین با اتکا به موارد استدلال می‌توان عناصر سه گانه فوق را یافت.

۲. نمونه‌های استناد به مذاق شریعت

وجوب بررسی شرط وجوب هنگام شک در تحقق آن: همان طور که می‌دانیم اگر وجوب امری مشروط به شرطی شده باشد، تحصیل آن شرط لازم نیست، بلکه هنگام تحقق شرط، وجوب فعلیت می‌یابد. مثلاً در ادله فقهی، حج بر شخص مستطیع واجب است، پس وجوب معلق بر استطاعت شده است، در نتیجه بر شخص لازم نیست که استطاعت را به دست آورد. همچنین پرداخت زکات معلق بر این است که کالای موضوع زکات به مقدار معین برسد. در اینجا نیز شخص تکلیفی به تحصیل آن مقدار ندارد. حال اگر شخص در رسیدن کالا به مقدار معین تردید داشته باشد، آیا جست‌وجو لازم است یا نه؟ در اینجا بعضی قائل به عدم وجوب شده‌اند. صاحب جواهر وجوب جست‌وجو را در این موارد مسلم دانسته و آن را به مذاق شرع نسبت می‌دهد. هر چند وی در باره مذاق شرع توضیح نمی‌دهد، لکن از عبارت بعدی او می‌توان مطلب را به دست آورد، زیرا اگر چنین شناختی واجب نباشد «بسیاری از واجبات اسقاط می‌شود».* در اینجا به نظر صاحب جواهر حکم روشن است و وجوب به شارع مستند است، هر چند در منابع فقهی نیامده است.

فعل مباح، مستحب و واجب نمی‌تواند وسیله تلف اموال و جانها قرار گیرد: گاهی اقدامی مباح یا مستحب و یا واجب است، اما انجام آن موجب تلف مال یا جان می‌گردد. حکم این مسئله اگر چه صراحتاً بیان نشده است، ولی از مذاق شارع استفاده می‌شود که چنین اقدامی جایز نیست.**

* «يعتبر في الحكم بوجودها العلم بالبلوغ نصاباً، أما لو شك فلا وجوب للاصل و غيره، بل المعروف ايضاً عدم وجوب التصفية و نحوها للاختيار، بل عن المسالك لا قائل بالوجوب و وجه ذلك كَلَه ان مقدمات الوجوب لا يجب تحصيلها و لاتعرفها، لکن قد يناقش بان الاول مسلم بخلاف الثاني، ضرورة معلومية الوجوب في مثله من مذاق الشرع و انه ليس مراد الوجوب اذا اتفق حصول العلم بوجود الشرط فلا يجب حينئذ على من احتمل في نفسه الاستطاعة مثلاً... اذ هو كماترى فيه اسقاط لكثير من الواجبات»، نجفی، ۱۵: ۱۹۶.

** «يمكن دعوى العلم من مذاق الشارع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك [تلف الانفس و الاموال] و ان كان مباحاً في نفسه أو مستحباً بل أو واجباً و ان لم يكن الترتيب سببية أو عليّة»، نجفی، همان، ۴۰: ۳۲۸.

شرط ضمان در ودیعه و امانات مشابه آن خلاف مذاق شارع است: اگر کسی مالی را به دیگری امانت داد، و او مجاناً آن را برای صاحب مال محافظت کند، امین محسوب می‌شود. در این حالت اگر مال بدون تعدی و تفریط، تلف شود، مثلاً بر اثر زلزله از بین برود، نگه‌دارنده مال مسئول پرداخت خسارت نخواهد بود. حال سؤال این است که آیا می‌توان در عقد ودیعه بر نگه‌دارنده مال، شرط ضمان کرد با این بیان که به او بگوییم اگر مال در دست تو تلف شد مسئول پرداخت مثل یا قیمت هستی. صاحب جواهر در اینجا می‌گوید چنین شرطی روا نیست، زیرا از مذاق شارع خلاف این استفاده می‌شود. در این مسئله دو نکته را باید در نظر گرفت: یکی اینکه نگه‌دارنده امین است و عمل محافظت را به صورت مجانی انجام می‌دهد و دیگر اینکه تلف مستند به تعدی و تفریط او نمی‌باشد. شارع چنین کسی را مسئول پرداخت خسارت نمی‌داند و اگر کسی شرط ضمان کند، خلاف مذاق شارع عمل کرده است. در حقیقت نمی‌توان در این صورت به عموم «المؤمنون عند شروطهم» استناد کرد (ر.ک: نجفی، همان، ۲۷: ۲۱۷).

عدم رضایت شارع به بقای آثار کفر و شرک به منظور تعظیم یا حب بقای آن: امام خمینی (ره) در کتاب مکاسب محرمه به حرمت نقاشی از بتها فتوا داده و در این باره می‌نویسد: ما از مذاق شارع به دست می‌آوریم که وی به بقای آثار کفر و شرک برای تعظیم و دوستی بقای آثار آنها راضی نیست (خمینی، ۱۴۱۰: ۲۶۹ الف).

شرایط مرجعیت دینی: آیت‌الله خوئی برای افتا و مرجعیت شرایطی را لازم دانسته است. ایشان در شرط بودن بلوغ (غروی تبریزی، ۱۴۱۳: ۲۱۵)، عدالت (همان: ۲۲۳)، عقل (همان)، رجولیت (همان: ۲۲۶)، نداشتن نقص دینی و دنیایی (همان: ۲۴۰) و علم (همان: ۳۴۶) در مرجع تقلید، به مذاق شارع استناد می‌کند.

۳. دستیابی به مذاق شارع

دستیابی به مذاق شرع بیش از هر چیز به ممارست و احاطه به مبنا و احکام نیاز دارد؛ به خصوص اینکه در فقه اسلامی احکام در قالب آیات و روایات، اجماعات و قضاوتها با بیانهای مختلف آمده است، و مهم‌تر اینکه لسان بیان احکام، لسان قوانین نوشته نیست، بلکه محاوره و گفت‌وگو، سؤال و جواب، تبلیغ و تربیت و اخلاق و حقوق، خداشناسی و معادگرایی در هم

آمیخته است. به همین خاطر ادعای مذاق شریعت بیش از همه چیز به ممارست و عجزین شدن با معارف و حوزه‌های مختلف شریعت نیاز دارد. با این حال می‌توان از مواردی که از آن به مذاق شریعت تشبیه شده است، نکاتی برداشت کرد. این موارد در حقیقت گزارشی است از آنچه در کلمات فقیهان آمده است.

۱-۳. استنتاج مذاق شریعت از طریق اولویت

یکی از راههایی که از آن مذاق شریعت استفاده شده، شیوه اولویت است. مثلاً برای زعامت دینی عقل و عدالت و علم شرط است. این شرایط در ادله فقهی در باب قضاوت گفته شده است، ولی با توجه به اینکه زعامت دینی نسبت به قضاوت اهمیت بیشتری دارد، این شرایط در زعیم دینی هم در ابتدا و هم در ادامه وجود دارد (همان: ۲۹۲).

علاوه بر این، اگر مرجع دینی شرایط خود را از قبیل عدالت از دست بدهد، نمی‌توان به تقلید او ادامه داد؛ با این استدلال که شخص از فتوای وی هنگام دارا بودن شرایط تبعیت می‌کند، به خصوص اینکه این وضعیت در باره راوی و شاهد وجود دارد؛ یعنی شاهد اگر صفت عدالت را از دست دهد، به شهادت وی هنگام دارا بودن صفت عدالت لطمه‌ای وارد نمی‌شود. این سخن مطابق با قاعده است.

اما بعضی با استناد به مذاق شارع، استناد به چنین فتوایی را منع کرده و معتقدند که اگر فقیهی شرایط مرجعیت را از دست بدهد، به فتوای او در هنگام وجود شرایط نیز نمی‌توان استناد کرد (همان).

مثال دیگر مربوط به کفاره روزه است که در مواردی شخص باید کفاره جمع بدهد؛ یعنی شصت روز روزه بگیرد، شصت گرسنه را سیر کند و یک برده را آزاد کند. حال اگر یکی از این موارد یافت نشود، مثلاً برده‌ای وجود نداشته باشد، ممکن است این شبهه پیش آید که دو مورد دیگر هم واجب نیست. در اینجا به مذاق شریعت استدلال شده است؛ با این بیان که اگر دو مورد باقی مانده واجب نباشد، لازمه سخن این است که خوردن روزه با خوردنی حلال سنگین‌تر از افطار با حرام باشد، زیرا کفاره در اولی واجب است و در دومی واجب نیست (بروجردی، ۱۳۸۴: ۳۴۵).

۲-۳. دستیابی به مذاق شارع از مجموعه احکام

گاهی فقیه به مجموعه احکام فقهی نگاه می‌کند و به مذاق شرع دست می‌یابد. مثلاً بعضی

از فقیهان برای اثبات شرط مرد بودن در مرجع تقلید به همین روش دست یافته‌اند و در این باره گفته‌اند:

از مذاق شارع به دست آورده‌ایم که وظیفه شایسته زنان حجاب و پوشش و تصدی امور خانه و عدم مداخله در اموری است که منافی با آن باشد و روشن است که تصدی به افتا 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 (غروی تبریزی، همان: ۱۸۷). همان‌طور که می‌دانیم در باره زنان روایاتی وارد شده است که دلالت بر رجحان امور خانه و شوهرداری می‌کند. همچنین در پاره‌ای دیگر از روایات وجوب وظایف و تکالیفی که مستلزم مشارکت عمومی است، از عهده زنان برداشته شده است، مثل وجوب شرکت در نماز جمعه و مانند اینها. حال ممکن است فقیه با کنار هم گذاشتن این احکام اخلاقی و فقهی و حقوقی به این نتیجه برسد که احکام دیگری که مستلزم مشارکت عمومی و در معرض قرار گرفتن زن است، از دوش زن برداشته شده است.

نمونه دیگر اشتراک حکمی امانت شرعی و امانت مالکی است. شیخ فضل‌الله نوری در رساله خود با عنوان «قاعدۀ ضمان ید» گرچه این دو را یکی نمی‌داند، اما بر این باور است که مذاق شارع آن دو را یکی محسوب کرده است (نوری، ۱۴۱۴: ۴۷).^{*} ظاهراً وی این وحدت را از مقایسه احکام دو نهاد فوق به دست آورده است.

۳-۳. دستیابی به مذاق از طریق آثار

در بعضی موارد، حکم مستند به مذاق شارع می‌شود، به گونه‌ای که اگر این حکم معتبر شناخته نشود، آثار نامطلوب و غیر قابل پذیرش خواهد داشت. مثلاً صاحب جواهر در باب زکات، هنگام شک در رسیدن به نصاب، اختبار را لازم می‌داند و در استدلال برای وجوب آن استناد به مذاق شارع می‌کند و در ادامه با ارائه مثالهایی می‌گوید: «در صورت عدم حکم به وجوب» همان‌طور که روشن است بسیاری از واجبات ساقط می‌شود» (نجفی، همان، ۱۵: ۱۹۶). شبیه همین سخن را سید محسن حکیم می‌گوید (حکیم، ۱۴۰۴، ۹: ۱۲۹).^{**}

^{*} «لیس استیمان الشارع کاستیمان المالك الا ان مذاق الشرع یقضی بذلک.»

^{**} «ان البناء علیه یوجب المخالفة الكثيرة بحیث یعلم من مذاق الشارع کراهة حصولها بنحو یتسکف منه ایجاب الاحتیاط.»

امام خمینی در خیار غبن، بر این باور است که خیار غبن در صورتی است که معامله برخلاف روش بازار انجام شود، به اینکه تفاوت قیمت، فاحش و غبن روشن باشد. سپس می‌نویسد:

و الا لزم وقوع جميع المعاملات الا نادراً خيارياً و هو باطل عند العقلاء و علی مذاق الشرع و الفقه؛ در غیر این صورت لازم است که اکثر معاملات خیار باشد، حال آنکه چنین سخنی نزد خردمندان و بر اساس مذاق شرع و فقه باطل است (خمینی، ۱۴۱۰، ۴: ۲۹۸).
در این عبارت نیز به اثر یک حکم توجه شده است.

۴-۳. دستیابی به مذاق از حکم عقل

به نظر می‌رسد پاره‌ای از موارد استناد به مذاق شرع ریشه در حکم عقلی دارد و بیشتر اشعار به یک مصداق آن است، مثلاً سید محسن حکیم در استدلال به وجوب انتقال زکات از شهر به شهر دیگر در صورت عدم امید به مستحق می‌نویسد:
اما لنلا یلزم تضييع الحق علی مستحقه المعلوم من مذاق الشارع تحريمه؛
تا اینکه موجب تضييع حق بر ذی حق که از مذاق شارع حرمت آن فهمیده می‌شود، نشود (حکیم، همان، ۳۲۲).

همان طور که پیداست این مذاق از یک حکم کلی عقلی که همان حرمت ظلم است استفاده می‌شود، زیرا تضييع حق ذی حق ظلم محسوب می‌شود.

۵-۳. دستیابی به مذاق از انسان‌شناسی و جامعه‌شناسی

گاهی در متون فقهی سخن از مذاق شرع گفته شده است که به نظر می‌رسد ریشه در مباحث عرفی، انسان‌شناختی و جامعه‌شناختی دارد. برای نمونه می‌توان به نسب ناشی از زنا اشاره کرد. اگرچه در روایاتی آمده است که «الولد للفراش و للعاهر الحجر» و یا «لایورث ولد الزنا» و ممکن است استدلال شود که شارع ولد ناشی از زنا را فرزند نمی‌داند، با این حال فقیهان او را مجاز به نکاح با محارم نمی‌دانند. یکی از ادله این حکم مذاق شارع است. بعضی در این باره گفته‌اند:

لکن المستفاد ... و من مذاق الشرع الاقدس: ان حرمة النکاح و الوطی تابعة للنسب العرفی؛
مستفاد ... از مذاق شرع این است که حرمت نکاح و وطی تابع نسب عرفی (و نه شرعی) است (همان، ۱۴: ۲۵۹).

در ادامه همین سخن آمده است که تحریم نکاح از احکام انسانی است نه از احکام شرعی (همان). همین سخن از پاره‌ای دیگر از فقیهان نیز آمده است (خویی، ۱۴۰۷: ۴۳۷).

۶-۳. دستیابی به مذاق از صفات شارع

از بعضی کاربردهای مذاق شرع استفاده می‌شود که استدلال بر پایه صفات شارع است. مثلاً در عبارتی پیرامون مسائل تقلید می‌خوانیم:
و هو بعيد عن مذاق الشارع الاقدس فی التسهیل علیهم و الرفق بهم بنحو یقطع معه باکتفائه بالتخییر (حکیم، ۱۴۱۴: ۳۷۹).

یا فقیهی دیگر در انتخاب یکی از معانی قاعده لاضرر چنین می‌نویسد:

لعل القول الثانی اقرب الثلاثة الی مذاق الشریعة و ابتنائها علی المنة و المصلحة و اللطف (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۲۷۹).

اگر چه مذاق شریعت و ابتنا بر منت و مصلحت و لطف به صورت دو امر جداگانه آمده است، ولی به نظر می‌رسد که اینها دو امر جداگانه نباشند که دومی ریشه مذاق شریعت باشد.

۴. کاربردهای مذاق شریعت

با مراجعه به نوشته‌های فقهی، کاربردهای گوناگونی برای مذاق شریعت به دست می‌آید. این کاربردها را می‌توان به صورت زیر خلاصه کرد:

۱-۴. مذاق شریعت به عنوان منبع حکم

در بسیاری موارد مذاق شریعت مصدر استخراج و استنباط حکم شرعی قرار گرفته است که مثالهای آن در لابه‌لای گفته‌های فوق موجود است (نجفی، همان، ۱۵: ۱۹۶؛ ۳۰: ۳۱۰؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۴: ۲۹۸؛ خویی، ۱۴۱۳: ۲۲۳).

۲-۴. شیوه تحلیل موضوع

همان طور که قبلاً اشاره شد، گاهی برای تحلیل موضوع به مذاق شریعت استناد شده است. نمونه آن نسب موضوع حرمت نکاح است که بعضی با استناد به مذاق شریعت نسب عرفی را ملاک عمل قرار داده‌اند (حکیم، همان، ۱۴: ۲۵۹؛ خویی، ۱۴۰۷: ۴۳۷).

۳-۴. تعیین یکی از احتمالات در معنا

روایاتی وجود دارد که در باره آن چندین احتمال مطرح است. بعضی با استناد به مذاق شارع یکی از احتمالات را بر دیگر موارد ترجیح داده‌اند. نمونه این سخن را در حدیث لاضرر مشاهده کردیم.

۴-۴. استفاده در تراحم احکام

اشخاص گاهی هنگام اجرای وظیفه با تراحم روبه‌رو می‌شوند. آنان دو تکلیف شرعی را متوجه خود می‌دانند که بیش از یکی از آن دو را نمی‌توانند انجام دهند. در اینجا وظیفه، انجام تکلیف اهم است. اما آنکه چگونه می‌توان اهمیت یکی از دو تکلیف را به دست آورد، خود موضوع قابل گفت‌وگویی است. یکی از راههایی که می‌توان از آن طریق به اهمیت یکی از دو یا چند تکلیف دست یافت، استناد به مذاق شریعت است. برای نمونه به مواردی اشاره می‌کنیم.

اگر کسی در مکان غضبی باشد و نماز هم بر او واجب گردد، این مسئله مورد گفت‌وگوی فراوان واقع شده و در بحث اجتماع امر و نهی از آن به تفصیل سخن گفته شده است. بعضی در اینجا به مذاق شارع استناد کرده و مفسده غضب را بسیار قوی‌تر از مصلحت نماز یافته‌اند (عراقی، ۱۴۰۵: ۳۴۴).

مثال دیگر اینکه دست کشیدن به خط قرآن توسط کافر ممنوع و مسلط کردن کفار بر مسلمین نیز حرام است. از طرف دیگر شارع تبلیغ اسلام را از مسلمانان خواسته است و مصلحت تبلیغ اسلام بسیار قوی‌تر از مفسده دست کشیدن به قرآن توسط کافر است. در نتیجه انتشار قرآن در سرزمین غیر مسلمانان دارای مصلحت اقوی است و احتمال مس آن نمی‌تواند مانع برای نشر قلمداد شود (خمینی، ۱۴۱۰، ۲: ۵۴۴).

۵. اعتبار مذاق شریعت

با توجه به مطالب قبل، این نکته به دست می‌آید که حجیت مذاق شریعت به خاطر قطع و علم به اراده تشریحی شارع است. این مطلب در کلمات فقیهان به صورت مکرر بیان شده است. آنان در اغلب مواردی که از مذاق شریعت سخن می‌گویند، از معلوم و مقطوع بودن آن سخن می‌رانند.

آنچه در اینجا مهم است، شیوه داوری و دستیابی به مذاق است و آنکه چگونه می‌توان در باره آن قضاوت کرد و آیا اصلاً می‌توان برای دستیابی به مذاق به متدولوژی دست یافت و بر پایه آن موارد استنادی را ارزیابی کرد یا نه. اینها مسائلی است که نیاز به ژرف‌اندیشی و کاوش بیشتر دارد و می‌توان از نهادهای مشابه حقوقی نیز بهره جست. ما در ادامه این نوشتار فقط به صورت گذرا به نهاد مشابه حقوقی اشاره می‌کنیم و به اجمال مطالعه‌ای تطبیقی ارائه خواهیم داد.

۶. مذاق شریعت و اصول کلی حقوق

نزدیک‌ترین نهاد به مذاق شریعت در حقوق، اصول کلی حقوق است. حقوقدانان به تفصیل در باره اصول حقوقی سخن گفته‌اند و به ابعاد مختلف آن پرداخته‌اند.

۱. در حقوق سه عنوان مسئله حقوقی، قاعده حقوقی و اصل حقوقی قابل شناسایی است. اگرچه پاره‌ای از حقوقدانان مسئله حقوقی را معادل مسئله فقهی می‌دانند و آن را مفهوم کلی و قضیه حقیقی معرفی می‌کنند، اما به نظر پاره‌ای دیگر از حقوقدانان مسئله حقوقی اجرای یکی از قواعد مجرد در رویداد خارجی است، همان چیزی که در اصول و منطق از آن به نام قضیه شخصی یاد می‌کنند. مثلاً وقتی می‌گوییم «حسن چون از پدرش ضمانت کرده در برابر طلبکار مدیون است» یک مسئله حقوقی است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۶۲۸).

قاعده حقوقی، همان حکم کلی است که موضوع آن کار معین و خاص یا گروهی از روابط اجتماعی باشد. مقصود از کلی بودن قاعده حقوقی این نیست که همه مردم مشمول آن گردند. قاعده حقوقی باید در برابر خصوصیت‌های فردی مطلق باشد و با یک بار انجام شدن از بین نرود، هر چند که در باره یک فرد قابل اجرا باشد.

به عبارت منطقی و اصولی، موضوع قاعده حقوقی یک مفهوم کلی است؛ هرچند این مفهوم کلی دارای مصداق واحدی باشد. مثلاً در اصل ۱۱۴ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «رئیس جمهور برای مدت چهار سال انتخاب می‌شود.» این یک قاعده حقوقی است، زیرا مفهوم رئیس جمهور کلی است، هرچند در زمان واحد دارای یک مصداق بیشتر نمی‌باشد (همان: ۶۲۷).

در برابر مسئله حقوقی و قاعده حقوقی، اصل حقوقی قرار دارد. منظور از اصل حقوقی احکامی است که سرمنشأ چندین قاعده حقوقی قرار می‌گیرد؛ همان چیزی که در فقه از آن به قاعده فقهی تعبیر می‌کنند، مانند اصل صحت در قراردادها، اصل عدم تأثیر قوانین نسبت به گذشته و اصل لزوم و آزادی قراردادها (همان: ۶۲۸).

با این حال گاه اصول حقوقی ویژه قواعد کلی است که نه تنها مبنای بسیاری از قوانین قرار گرفته، به دلیل سابقه طولانی نفوذ و اعتبار خاص یافته است. پاره‌ای از این قواعد به خاطر ارتباط با عقاید مذهبی یا سنت‌های ملی در شمار عادات و رسوم اجتماعی می‌آید (همان: ۶۲۹)، همه آن را لازمه اجرای عدالت می‌بینند و رفته رفته این اصول بخشی از زندگی حقوقی و ارکان تمدن ملی می‌شود. در این هنگام است که از «اصول حقوقی» به عنوان معیار خوب و بد

قانون استفاده می‌کنند و قانونگذار نیز در تجاوز به آنها احتیاط می‌کند. در اینجا گفت‌وگو بر سر این اصول است.

بنابراین اصول حقوقی اصول کلی است که به لحاظ اعتبار دارای نفوذ خاصی بوده و ریشه در اخلاق و فرهنگ دارد و قانونگذار خود را ملزم به رعایت آنها می‌داند؛ چه در قوانین ذکر شود چه ذکر نگردد. به عبارت دیگر اگر قانون را به عنوان بیان کننده اراده قانونگذار بپنداریم، اصول کلی حقوقی اصولی است که چارچوب این اراده را ترسیم می‌کند و نشان می‌دهد قانونگذار در چه حیطه‌ای قانونگذاری کرده است.

به این ترتیب روشن می‌شود که مذاق شریعت با اصول کلی حقوقی دارای شباهت است و هر دو بیانگر دیدگاه قانونگذارند که به صورت صریح بیان نشده است. اما این تفاوت وجود دارد که اصول کلی حقوقی تنها در حوزه شناخت قواعد کلی حقوق کاربرد دارد، ولی مذاق شریعت دارای کاربرد بیشتری است. موارد کاربرد مذاق شریعت پیش از این توضیح داده شد.

۷. مذاق شریعت و مقاصد شریعت

برخی عالمان اهل سنت همچون نورالدین خادمی و احمد ایسونی و محمد یوبی خواسته‌اند از طریق فهم مقاصد شریعت در سطوح مختلف خرد و کلان، ضمن فهم شریعت و نظام آن به استنباط احکام در موضوعات جدید و بازنگری در احکام موجود بپردازند. اولین اثر در این باره از شاطبی در کتاب *الموافقات فی اصول الشریعة* است. اگرچه طراحان نظریه مقاصد شریعت، در باره مقصد شریعت تعریف واحدی ارائه نمی‌دهند، ولی همگان بر این مطلب تأکید می‌ورزند که منظور از مقصد، غایات و حکمتهایی است که شارع برای مصلحت بندگان در قواعد و قانونگذاری خود ملاحظه و مراعات کرده است. این نظریه برخلاف دیگر نظریه‌های مبتنی بر تحلیل نص، بر غایت و اهداف احکام الهی تکیه دارد و تلاش می‌کند از طریق آیات و روایات ابتدا به غایت دست یابد سپس احکام را استخراج نماید. آنچه در این دیدگاه مهم است، یکی استخراج مقاصد است و دیگری به کارگیری آن به عنوان ضابطه استنباط حکم است. نظریه مقاصد در استنباط مقاصد از روشهای مختلف استفاده می‌کند. یکی از محققان این حوزه، راههای زیر را برای تحصیل مقصد بیان می‌دارد.

۱. دستیابی مستقیم از کتاب و سنت به مقصد. در بسیاری از آیات قرآن مقصد و حکمت

حکم بیان شده است. مثلاً رفع حرج یکی از مقاصد است که در آیه «و ما جعل علیکم فی الدین من حرج» (حج: ۷۸) آمده است.

۲. با دستیابی به مقصد اعلی و اصلی، مقصد رتبه بعد استخراج شود. مثلاً مقصد اصلی ازدواج تناسل و ابقای نسل است. حال برای تقویت و استحکام این مقصد اصلی مقاصد فرعی دیگر در نظر گرفته شده است، مثل بهره‌گیری و لذت جنسی، دوستی اولاد و آرامش. بنابراین مقصد اصلی ازدواج که بقای نسل است متضمن مقاصد فرعی دیگری است که آن مقصد اصلی را تقویت می‌کند و برای نیل به مقصد فرعی و اصلی احکامی اعتبار شده است.

۳. راه سوم دستیابی به مقاصد، استقرا و بررسی احکام جزئی است که از آنها حکمت واحدی به دست می‌آید (خادمی، همان: ۶۷ - ۶۹).

با این توضیح اجمالی روشن می‌شود که نظریه مقاصد شریعت، ابتدا تلاش می‌کند که غایت احکام را درک کند و از آن طریق با شناخت شریعت و منطق حاکم بر آن، احکام موضوعات را استنباط کند. برای استنباط نیز باید معیار تمیز و سنجش معتبری از مقاصد ارائه داد.

برای این منظور طرفداران نظریه مقاصد شریعت با تقسیم مقاصد به مقاصد ضروری، مورد حاجت، تحسینی، و با طبقه‌بندی آنها از حیث اهمیت و با ارائه پاره‌ای مشکلات و شرایط و بیان تراحمات تلاش می‌کنند درجه خطا را در فهم احکام به کمترین حد برسانند. اکنون با این بیان اجمالی می‌توان تا حدودی این دیدگاه را با اصطلاح مذاق شریعت مطالعه تطبیقی کرد.

نظریه مقاصد شریعت و مذاق شریعت دارای شباهتها و تفاوتهایی هستند. یکی از شباهتها این است که در مذاق شریعت بیشتر ممکن است به مقاصد توجه شود و به لحاظ تحصیل مذاق پاره‌ای از راهها به خصوص طریق استقرا و تتبع کاربرد دارد. مثلاً همان سخنی که در باره زنان و مرجعیت گفته شد، تا حدود زیادی با دیدگاه مقاصد شریعت مشابه است.

همچنین نظریه مقاصد شریعت و مذاق شریعت راهی به سوی استنباط احکام به شمار می‌رود. اما تفاوت‌های زیادی بین این دو وجود دارد. اولین تفاوت این است که مقاصد شریعت در قالب یک نظریه و متدلوژی فهم و استنباط مطرح است ولی قائلان به مذاق هیچ‌گاه چنین رویکردی به مذاق شریعت نداشته‌اند. حال اینکه آیا می‌توان با توسعه در فهم مذاق سیستمی مانند مقاصد ایجاد کرد، سخن دیگری است. به عبارت دیگر آنچه موجود است در قالب یک نظریه نیست، بلکه بیشتر به صورت موردی مطرح بوده است. تفاوت دیگر اینکه همان طور که

در کاربردهای مذاق شریعت گفته شد، کاربرد مذاق متفاوت بوده و فقط در زمینه استنباط حکم نیست، بلکه کاربردهای دیگر چون شناخت موضوع نیز دارد. اما نظریه مقاصد شریعت ظاهراً در شناخت احکام کاربرد دارد.

به هر ترتیب نظریه مقاصد شریعت با وجود شباهتها، دارای تفاوت‌های مهمی با اصطلاح مذاق شریعت است.

نتیجه

مذاق شریعت یکی از راههای فرعی است که در طول ادله می‌توان از آن به اراده تشریحی شارع دست یافت. علاوه بر این مذاق شریعت در شناخت مفاهیم و موضوعات و رفع تراحمات میان احکام کاربرد دارد. با وجود این، آنچه اهمیت دارد بررسی روشی این نهاد است. اگر چه فقیهان راههای متفاوتی را برای دستیابی به مذاق ذکر کرده‌اند، ولی مذاق شریعت در قالب یک نظریه عرضه نشده است.

نوشتار حاضر تلاش کرد مذاق شریعت را در قالب و اصول یک نظریه عرضه کند، اما این ابتدای راهی پیچیده است. برای بررسی عمیق‌تر و همه جانبه مذاق شریعت علاوه بر بررسی ارکان آن لازم است جایگاه مذاق در نظام فقهی و در ارتباط با ادله دیگر و روشهای فهم و تفسیر اراده شارع ملاحظه گردد. همچنین شناخت شارع و روش قانونگذاری او از مباحث مهم فلسفه فقه تلقی می‌شود که در این بررسی همه جانبه لازم است مورد توجه قرار گیرد.

منابع

۱. آشتیانی، میرزا محمدحسن، کتاب القضاء، مطبعة رنگین، اول، ۱۳۶۹ ق.
۲. انصاری، مرتضی، المكاسب، قم، المجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۸۰، ج ۲.
۳. بحر العلوم، السيد محمد، بلغة الفقيه، شرح و تعليق محمدتقی آل بحر العلوم، طهران، مكتبة الصادق، ۱۴۰۳.
۴. بروجردی، مرتضی، المستند فی شرح العروة الوثقی، محاضرات السيد ابوالقاسم الخویی، الصوم، قم، لطفی، سوم، ۱۳۶۴.
۵. حکیم، السيد محمدسعید، المحکم فی اصول الفقه، مؤسسة المنار، اول، ۱۴۱۴، ج ۶.
۶. حکیم، سيد محسن، مستمسک العروة، مكتبة السيد المرعشي، ۱۴۰۴، ج ۹ و ۱۴.
۷. خادمی، نورالدين بن مختار، علم المقاصد الشریعة، بی نا، بی جا، بی تا.
۸. خمینی (الامام)، سيد روح الله، البيع، مؤسسة اسماعيليان، چهارم، ۱۴۱۰، ج ۴ و ۲ و ۱ (ب).
۹. خمینی (الامام)، سيد روح الله، المكاسب المحرمة، قم، مؤسسة اسماعيليان، سوم، ۱۴۱۰ (الف).
۱۰. خمینی، سيد مصطفی، مستند تحرير الوسيلة، مؤسسة تنظيم و نشر آثار امام خمینی، اول، ۱۴۱۸، ج ۱.
۱۱. خویی، سيد ابوالقاسم، كتاب الاجتهاد و التقليد، قم، دار الهادي، سوم، ۱۴۱۳.
۱۲. خویی، محمدتقی، كتاب النكاح، تقرير بحث آيت الله السيد ابوالقاسم الخویی، لطفی، ۱۴۰۷، ج ۱.
۱۳. ريسونى، احمد، نظرية المقاصد عند الشاطبي، قم، دفتر تبليغات اسلامي، ۱۳۷۶.
۱۴. طوسی، محمدبن حسن، الاستبصار، دار الكتب الاسلامية، بی تا، ج ۴.
۱۵. عراقی، آقا ضياء، نهاية الافكار، مؤسسة النشر الاسلامی، ج ۱، ۱۴۰۵.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷، ج ۲.

١٧. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، هفتم، تهران، دار الکتب الاسلامیة، هفتم، ١٣٩٢ ق.
١٨. نوری، (الشیخ) فضل الله، *قاعدة ضمان ید*، تحقیق قاسم شیرزاد، مؤسسۀ نشر اسلامی، اول، ١٤١٤.
١٩. یوبی، محمدبن سعدبن احمدبن سعد، *مقاصد الشریعة الاسلامیة و علاقتها بالادلة الشرعیة*.