

حجیت مذاق شریعت، آسیب‌شناسی و راهکارها

سیدصادق محمدی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۰۲

تاریخ تأیید: ۱۴۰۰/۰۵/۱۶



چکیده

مذاق شریعت در میان مذاق گرایان به عنوان اماره شرعی، طریق استنباط حکم شرعی است و نزد بسیاری از فقهاء شیعه مثل صاحب جواهر (ره) مورد استفاده قرار گرفته است.

مذاق شریعت به دلیل فقدان تعریف دقیق و ضابطه‌مند نبودن، دچار ابهام‌های فراوان است و این جهت موجب نقد جدی از سوی برخی از محققان شده است، عدم بیان تمایز این عنوان با عناوینی همچون تنقیح مناط، استحسان، مصالح مرسله، مقاصد شریعت و مانند آن از جمله مواردی است که موجب ابهام مفهومی و مصداقی شده است.

این مقاله با رویکرد توصیفی-تحلیلی از حقیقت مذاق شریعت و الهام از تحقیقات تطبیقی و جواب از نقدهای مطرح شده، در پی آن است که از یک سو، مفهومی روشن و از سوی دیگر ضوابطی در جهت دفع آسیبهای احتمالی ارائه دهد. امید است این مقاله در جهت کمک به بررسی‌های بیشتر محققان قرار گیرد و البته می‌توان گفت که در مباحث مطرح شده از جمله تعریف مذاق شریعت، ضوابط مطابق با اصول استنباط، جواب از نقدهای مطرح شده، نوآوری قابل توجهی وجود دارد.

واژگان کلیدی

مذاق، شریعت، استنباط، ضوابط استنباط، تنقیح مناط، مصالح مرسله.

۱. استاد خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم و جامعة المصطفی العالمیه.

مقدمه

دیدگاههای متفاوتی در مورد مذاق شریعت مطرح شده است. برخی از محققان مذاق‌گرایی را به چالش کشیده و موافق با حذف آن در استنادهای فقهی می‌باشند (استناد فقهی به مذاق شریعت در بوته نقد، فصلنامه حقوق اسلامی، شماره ۲۲، ۱۳۸۸) و برخی دیگر در مقام جواب از این رویکرد برآمده و مذاق شریعت را در زمره یکی از راههای دستیابی به گزاره‌های فقهی می‌دانند. (مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی، فصلنامه فقه اهل بیت شماره ۱۷-۷۵) برخی از نویسندگان، مذاق شریعت را از جهت نظام‌سازی مورد نقد قرار داده و آنرا مانع اندیشه نظام‌سازی و فلج‌کننده فقه در عرصه نظام‌سازی فقهی معرفی کرده و ناکارآمد بودن فقه را ناشی از تفکر مذاق شریعت و مانند آن می‌دانند (کیهان اندیشه، شماره ۶۷).

از آنجا که مذاق شریعت در علم اصول مورد بررسی قرار نگرفته و تنها در کلمات فقهاء بصورت گذرا بی‌آنکه بحثی پیرامون آن صورت گرفته باشد، مورد استناد فقهی قرار گرفته است، این طریق فقهی بطور مطلق، در هاله‌ای از ابهام قرار گرفته و سؤالات فراوانی را بوجود آورده است. اینکه تفاوت آن با ذوق فقهی و تنقیح مناط و مانند آن چیست و چه تمایزی با استحسان، مصالح مرسله، مقاصد شریعت دارد و اساساً مفهوم آن چیست و چه راههایی برای دستیابی به مذاق شریعت وجود دارد و آیا می‌توان آنرا با فقه ضابطه‌مند، سازگار دانست، از موارد ابهام آن است. تلاش نگارنده این مقاله بر آن است که مذاق شریعت را به دور از در نظر گرفتن عظمت علمی بزرگان فقه، همچون صاحب جواهر و بی‌آنکه پیش فرضهای ذهنی تأثیری در رویکرد داشته باشد، در راستای روش اصولی استنباط و از رهگذر روش استقرائی، ریشه‌های آن از کاربردهای فراوان فقهی ظاهر گردد. بنابراین دغدغه این نوشتار روشن شدن ماهیت مذاق شریعت، ضابطه‌مند کردن و اثبات حجیت این روش فقهی است.

موردی از کاربرد مذاق شریعت در کلمات اعصار گذشته موسوم به فقهاء قدما، یافت نشد ولی فقیهان بزرگی همچون مرحوم سید جواد عاملی (ره) در مفتاح الکرامه و شاگرد او نجفی محمد حسن (ره) در جواهر الکلام و بسیاری از فقهای متأخر و معاصر از این روش بصورت گسترده استفاده کرده‌اند. واقعیت آن است که نقطه مشترک هر سه مقاله (مذاق شریعت در بوته نقد، مقاله جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی و مقاله چیستی مذاق شریعت و آسیب‌شناسی فقهی آن)، عدم تتبع کافی و شاید عدم دقت کافی در کلمات فقیهان مذاق‌گرا است و به همین جهت و به لحاظ نوپدید





بودن مذاق فقهی و نپرداختن به آن در علم اصول به صورت مستقل، تلاش بر این است که با تتبع و دقت کافی، نمایی علمی کاربردی، همراه با نوآوری و نقدهای منصفانه از مقالات مرتبط، ارائه شود تا راهی برای محققان، پژوهشگران و اساتید، جهت تکمیل مباحث گشوده گردد.

آنچه از کاربرد گسترده مذاق شریعت در کلمات بسیاری از فقیهان مذاق‌گرا بر می‌آید این است که مذاق شریعت به عنوان یک دلیل معتبر عرف پسند و نه به عنوان یک سلیقه شخصی و یا دلیل ظن‌آور، کشف از موقف شارع دارد و این طریق از جهت مقام ثبوت نه تنها با نظام‌سازی فقه در تضاد نیست آنچنانکه در برخی از نوشته‌ها آمده است (فقه، زمان و نظام‌سازی، کیهان اندیشه، ۶۷). بلکه به گمان نگارنده با ضابطه‌مند شدن آن یک حرکت رو به جلو بوده و منشأ شکوفایی، تولید علم و ارائه یک فقه پویا و راهگشا در مسائل مستحدث و حکومتی خواهد بود و درست به همین جهت است که صاحب جواهر (ره) می‌گوید که سزاوار فقیه آشنا با ادبیات گفتاری شارع اقدس، نیست که همواره در جستجوی آیه و یا روایتی مشخص و معین باشد (نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ۵۲: ۲).

معنای لغوی مذاق

تتبع در کتب لغوی نشانگر آن است که مذاق و ذوق هر دو مصدر از «ذاق یذوق» است و برخی از لغویان، مذاق را اسم مصدر نیز دانسته‌اند. دو معنا برای این واژه آمده است یکی چشیدن و دیگر آزمودن که البته در معنای دوم نوعی از ادراک و دانستن هم نهفته است نه اینکه معنای آن ادراک و علم باشد چنانچه در برخی از مقالات آمده است و بعید نیست معنای اصلی آن همان طعم و چشیدن و یا آزمودن از جهت چشیدن باشد و چون در چشیدن، آزمودن نیز وجود دارد معنای آن را به هر اختبار و آزمودنی آورده‌اند همچنانکه تعمیم در چشیدن و آزمودن به لحاظ امور باطنی نیز داده شده است (مصطفوی، التحقيق فی کلمات القرآن الحکیم، ۱۴۰۲ هـ.ق، ۳: ۳۲۵). فراهیدی که قدیمی‌ترین کتاب در لغت را نگاشته است ذوق و مذاق را مصدر و به معنای چشیدن می‌داند و چنین می‌آورد مذاقه طیب ای طعمه (فراهیدی، خلیل بن احمد، العین، ۱۴۱۰ هـ.ق، ۵: ۳۰۲) و همچنین احمد بن فارس چنین آورده است هو اختبار الشیء من جهة تطعم (احمد بن فارس، معجم المقاییس اللغة، ۱۴۰۴ هـ.ق، ۲: ۳۶۵) و همچنین جوهری آندو را مصدر (ذاق یذوق) معرفی و معنای آن را اختبار و آزمودن می‌داند و چنین می‌آورد ذقت ماعند



فلان ای خبرته و امر مستذاق ای مجرب معلوم، کار آزموده‌ی دانسته شده (جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، ۱۴۱۰ هـ ق، ۴: ۱۴۸۰) و فیومی در این رابطه چنین آورده الذوق ادارک طعم الشیء بواسطة الرطوبة المنبئة بالعصب المفروش على عضل اللسان و ذقت الشیء ای جرّبه (فیومی، احمد بن محمد مقرئ، المصباح، ۲: ۲۱۲).

همچنین صاحب بن عباد ذوق و مذاق را مصدر و بر هر دو معنای چشیدن و آزمودن می‌داند (صاحب بن عباد، المحيط، ۱۴۱۴ هـ ق، ۵: ۴۹۶) و لسان العرب نیز به مصدر بودن آندو و همچنین اسم مصدر بودن مذاق و هر دو معنای طعم و آزمودن اذغان دارد (ابن منظور، لسان العرب، ۱۴۱۴ هـ ق، ۱: ۱۱۱) و مفردات راغب چنین می‌آورد الذوق و هو وجود الطعم بالفم سپس می‌گوید اصل و ریشه آن در موارد تناول قلیل است و اگر تناول زیاد گردد به آن اکل می‌گویند و نکته قرآنی ایشان این است که ماده ذوق در قرآن در عذاب بکار رفته است لیدوقوا العذاب (نساء ۵۶) و قیل لهم ذوقوا عذاب النار (سجده ۲۰) و البته گاهی نیز در رحمت نیز بکار رفته است. ولئن اذقنا الانسان منا رحمة (هود ۹) (اصفهانی، حسین بن محمد راغب، مفردات الفاظ القرآن، ۱۴۱۲ هـ ق، ۳۳۳).

شایان ذکر است که در روایات واژه ذوق الغسلية، تصغیر عسلة در ارتباط با حلال شدن زن سه بار طلاق داده شده، به معنای چشیدن لذت جماع، آمده و در کتب فقهی در مورد آن بحث شده است و با این تحقیق نادرستی معانی بیان شده در مقالات نامبرده شده روشن می‌گردد، مناسبت معنای لغوی با معنای فقهی مذاق الشرع نیز واضح است که در معنای اصطلاحی خواهد آمد.

معنای اصطلاحی مذاق شریعت

تعریف حقیقی از موجود تکوینی به دلیل عدم احاطه کامل، امکان‌پذیر نیست و در حقائق اعتباری نیز با ویژه‌گی جامعیت افراد و مانعیت اغیار کاری دشوار است و این دشواری در عناوین نوظهور دوچندان می‌گردد. بنابراین لازم است با تتبع بسیار در کلمات کاربران این واژه، در حد امکان، تعریفی با ویژه‌گی جامعیت و مانعیت ارائه گردد.

مذاق شریعت عبارت است از جهت‌گیری، منهج، مشرب و مبانی ناشی از مصالح و مفاسد که در احکام یا حدود و قیود آنها تأثیر گذاشته است. مذاق‌گرایی به معنای تلاش در جهت کشف و درک عرفی قطعی یا اطمینانی مذاق شرع برگرفته از مجموعه‌ای از ادله یا یک دلیل و یا صرفاً ارتکاز عقلانی یا متشرعی است و البته در مواردی که دلیل خاص و معین وجود ندارد.



کاشف الغطاء در فن دوم، راجع به اصول فرعی و قواعد مشترک استنباط، مباحثی را مرتب نموده و در بحث بیست و نهم در ضمن آوردن واژه تنقیح مناط، اولویت و منصوص العلة، عبارتی دارد که مرتبط با مذاق شرع است گرچه اسمی از آن به میان نیاورده است.

ماينقدح في ذهن المجتهد من تتبع الادلة بالانبعاث عن الذوق السليم و الادراك المستقيم بحيث يكون مفهوماً له من مجموع الادلة فانّ ذلك من جملة المنصوص الخ (جعفر بن خضر مالکی نجفی کاشف الغطاء، کشف الغطاء عن مهمات الشريعة الغراء ۱۴۲۲ هـ.ق).

مذاق شریعت همان فهم حکم شرعی از مجموع ادله‌ای است که مجتهد با تتبع خود از طریق ذوق سلیم و ادراک بی واسطه بدست می‌آورد که این فهم نیز از قبیل فهم نصّ است. این تعریف از جهت منشأ دریافت مذاق شریعت، دارای ابهام است چرا که محل اخذ مذاق شریعت تنها مجموعه‌ای از ادله نیست بلکه گاهی فقیه از یک دلیل یا ارتکاز ذهنی ناشی از ارتکاز متشرعی و مانند آن به مذاق شریعت می‌رسد. شاید محقق محترم مقاله مذاق شریعت، جستاری در اعتبار سنجی و کارآمدی (نشریه فقه اهل بیت شماره ۷۰ و ۷۱) به جهت اعتماد به تعریف صاحب کشف الغطاء از این نکته غفلت کرده و در جای جای مقاله خود همین را در نظر گرفته و مطالبی را بر آن مترتب نموده است.

قید ذوق سلیم در تعریف نیز توهّم منحصر بودن مذاق‌گرایی در افراد خاصی از فقهاء را به وجود می‌آورد بنابراین لازم است از عناوینی همچون ذوق عرفی و شَمّ عقلایی استفاده گردد همچنانکه مراد از ادراک مستقیم، روشن نیست. اگر مراد این است که فقیه مذاق‌گرا، بی‌آنکه از عقل خود مدد بگیرد بصورت مستقیم، از مجموع ادله، مذاق شارع را برداشت می‌کند که بطلان آن از آنچه می‌آید، واضح خواهد شد و اگر مراد آن است که نباید سلیقه شخصی و واسطه‌های ارتکازی شخصی و امور نفسانی دخالتی در برداشت ذوق فقهی داشته باشد، این مطلب، صحیح است.

با توضیحی که از مذاق شریعت بیان شد نقد آنچه در مقاله استناد فقهی به مذاق شریعت در بوته نقد (فصلنامه حقوق اسلامی، شماره ۲۲) و سپس در مقاله چیستی مذاق شریعت و آسیب‌شناسی فقهی آن (نشریه فقه اهل بیت، شماره ۷۳) به عنوان مکمل، آمده است، روشن می‌گردد. هر دو مقاله با ادعای جستجوی کافی و قانع‌کننده برآنند که فقیهان، مذاق را در جایی بکار می‌برند که نه مستند روشنی در کتاب و سنت و نه اجماع قابل اتکایی وجود دارد و اگر هم وجود دارد، مورد قبول نیست.



اگر مراد این است که ادعای مذاق شریعت در کتب فقهی مجرد از مستند است این ادعای کلی و بی قید، قابل قبول نیست چون بسیاری از موارد مذاق شریعت همراه با مستند ذکر شده است و نگارنده بر آن است که با تتبع و دقت کافی، انعکاس کلمات فقیهان، بدرستی صورت گیرد و البته مواردی نیز وجود دارد که فقیه، صرفاً ادعای مذاق شریعت نموده است که این روش در هیچ ادعایی قابل قبول نیست. البته مذاق شریعت در جایی بکار می‌رود که دلیل خاص و مشخص و معین در خصوص آن حکم وجود ندارد که این امر دیگری است.

تمایز مذاق شارع با چند عنوان دیگر

یکی از راهکارهای مفهوم‌شناسی، تمایز شناسی بین یک عنوان با عناوین دیگری است که توهم ترادف مفهومی یا مصداقی در آنها وجود دارد. مذاق شارع با واژه‌های مقاصد الشریعة، مصالح مرسله، قیاس، سد ذرایع و استحسان از یک سو و با واژه‌هایی نظیر تنقیح مناط و الغای خصوصیت از سوی دیگر از جهاتی تمایز دارد و لذا ابتدا معانی این واژه‌ها به‌طور اختصار و سپس تمایز مذاق شریعت با آنها بصورت موجز بیان می‌گردد.

مصالح مرسله و مقاصد الشریعة

تعریف واژه مصالح مرسله در کلمات عامه بصورت مختلف آمده است که به دو تعریف اشاره می‌گردد. محقق غزالی آنرا به محافظت بر مقصود شارع در پنج حوزه (حفظ دین، نفس، عقل، نسل و مال) تفسیر نموده بنابراین هرچه موجب خلل در اینها گردد، مفسده است (غزالی، المستصفی، ۱: ۶۳۶) و محقق زحیلی نیز این چنین آورده است: هی الاوصاف التي تلانم تصرفات الشارع و مقاصده ولكن لم يشهد لها دليل معين من شرع بالاعتبار او الالغاء (الزحیلی، اصول الفقه الاسلامی، ۱: ۶۰۲) مقاصد الشریعة در بسیاری از کلمات عامه به مصالح مذکور تفسیر شده و البته محقق غزالی مصالح را در سه عرصه ضروریات، حاجیات و تحسینیات تفسیر کرده و مصالح پنج‌گانه را از اقسام ضروریات می‌داند (همان، ۱: ۴۱۷).

عبدالکریم زیدان می‌گوید معرفت مقاصد الشریعة و مصالح الناس یکی از شرایط اجتهاد است که استنباط احکام بنابر همین مقاصد است (عبدالکریم زیدان، الوجیز فی اصول الفقه، ۶: ۱۹۷۷). جواز تلقیح مصنوعی در موارد تحقق اتصال جنسی حلال (ازدواج) یکی از مصادیق تمسک در مقاصد الشریعة است.

استحسان، سد ذرایع و قیاس

استحسان نیز در کتب اصولی عامه یک تعریف مشخص و معین ندارد و در اینجا به چند نمونه اشاره می‌گردد.

استحسان عبارت از عدول از قیاس به قیاسی قوی‌تر و سزاوارتر است (ابوبکر احمد بن علی الجصاص، اصول الجصاص، ۲: ۳۴۴). الاستحسان هو العمل باقوی الدلیلین أو الأخذ بمصلحة جزئیة فی مقابلة دلیل کلی (محمد بن بهادر بن عبدالله الزرکشی، البحر المحیط، ۴: ۳۸۷ و محمد بن علی بن محمد الشوکانی، ارشاد الفحول، ۲: ۱۵۲). استحسان عبارت است از دلیلی که در ذهن مجتهد تحقق دارد ولی قادر به اظهار آن نیست (العجم، رفیق، موسوعة مصطلحات الاصول، ۱: ۱۱۸) و همچنین جناب عبدالکریم نمله این چنین آورده است: هو العدول بحکم المسألة عن تظاهرها لدلیل خاص اقوی من الاول... هو تعریف جمهور العلماء (عبدالکریم بن علی بن محمد النملة، المذهب، ۳: ۹۹۱) و همچنین مصالح مرسله به مصلحت تسهیل در مسائل مورد ابتلاء نیز تفسیر شده است (موسوعة مصطلحات اصول الفقه، ۱: ۱۳۰). عبدالکریم نمله در مورد سد ذرایع تعریف دقیقی دارد: کل وسیله مباحة قصد التوصل بها الى المفسدة او لم يقصد التوصل اليها لكنها مفضية اليها غالبا و مفسدتها ارجح من مصلحتها، سد ذرایع به هر مقدمه و وسیله‌ای مباح گویند که فاعل آن قصد رسیدن به مفسده‌ای دارد و یا قصد آنرا ندارد ولی انجام آن در غالب موارد به مفسده منجر می‌گردد و رعایت آن از مصلحت فعل آن رجحان بیشتری دارد (همان، ۳: ۱۰۱۶).

تعریف قیاس وضعیت روشن‌تری دارد و در تعریفی موجز این چنین آمده است: تعدية حکم الاصول الى الفرع بعلّة جامعة بينهما (زین الدین العاملی، تمهید القواعد، ۲۵۷، ۱۴۱۶ هـ ق و محمد بن احمد بن ابی سهل السرخسی، ۲: ۱۱۸ و وهبة الزحیلی، اصول الفقه الاسلامی، ۱: ۶۰۲، ۱۳۷۵ هـ ش) قیاس آن است که توسط علت جامع و مشترک، حکمی از اصل به فرع سرایت داده شود. قیاس دیه چهار انگشت به دیه سه انگشت نیز از موارد معروف قیاس باطل است که با کلام امام (ع) انّ السنّة اذا قیست محق الدین مواجه شد. مصالح مرسله نیز در جایی است که دلیل شرعی به اعتبار یا عدم اعتبار وجود ندارد و از همین رو به آن مرسله گویند. مصالح مرسله در برخی تعابیر همان محافظت بر مقصود شارع در پنج حوزه (حفظ دین، نفس، عقل، نسل و مال) است و در برخی تعابیر دیگر عبارت است از آنچه مجتهد به صلاح عموم و غالب مردم می‌داند (مجله فقه اهل بیت (ع)، فارسی، ۲۹: ۱۳۶).





تتبع در کلمات عامه گواه است که عناوین مصالح مرسله، مقاصد الشریعة، سدّ ذرایع و قیاس به عنوان منبع مستقل استنباط احکام، مورد توجه است. البته برخی از این عناوین نظیر مقاصد الشریعة از میدانی وسیع‌تر در عرصه استنباط برخوردارند.

استحسان نیز نزد بسیاری از فقهاء عامه به عنوان یک منبع مستقل و بسیار تلقی می‌گردد. ابوحنیفه در مورد وصیت به اوصیاء متعدد و اطلاق آن از جهت استقلال یا اجتماع، قائل به جواز اقدام اوصیاء بصورت انفرادی در موارد «کفن میت، قضاء دین، امور صغیر، ودیعه» است و دلیل او این است که شرط اجتماع اوصیاء در این امور موجب مشقت و تاخیر اجرای آنها موجب ضرر است و این همان استحسان است (سرخسی، المبسوط، ۲۸: ۲۰-۲۱) البته استحسان بنابر اینکه به ظاهر دلیل لفظی برگردد و یا مقصود از آن اخذ به قوی‌ترین دلیل باشد محذوری ندارد ولی اتصاف آن به دلیل مستقل غلط است و بنابراین دو تعریف، در مقابل کتاب و سنت نیست. بنابراین مخاطب کلام معروف شافعی (لیس للمجتهد ان یشرع و من استحسَن فقد شرع) و همچنین الاستحسان تلذذ استحسان نوعی فعالیت از روی لذت و هوای نفس است (المستصفی، ۱: ۱۳۷ و الرسالة: ۵۰۷) نمی‌باشد.

سدّ ذرایع و فتح ذرایع نیز با اعتقاد و ادعای رجوع به نصّ، نظیر حرمت خرید و فروش خمر و یا انطباق بر قاعده ملازمه بین مقدمه حرام و ذی‌المقدمه حرام و مقدمه واجب و ذی‌المقدمه واجب محل بحث نیست ولی در صورت رجوع به ظن و گمان، اعتباری ندارد. همچنانکه نزد عامه به عنوان یک دلیل مستقل مورد توجه است بطوری که مالک قائل به استنباط یک چهارم تکالیف شرعی با سدّ ذرایع (پیشگیری از مقدمات حرام) و فتح ذرائع (فراهم کردن مقدمات واجب) می‌باشد (الموافقات، ۴: ۱۴۱). حنبلی‌ها و مالکی‌ها، سدّ ذرایع را از منابع تشریع می‌دانند، حرمت ورود زنان در قبرستان از جمله مواردی است که مستند آن سدّ ذرایع است زیرا انجام سوگواری زنان، عادتاً زمینه نمایان شدن بدن آنها می‌شود (ناصر مکارم شیرازی، دائرة المعارف فقه مقارن، ۳۶۶، ۱۴۲۷ هـ.ق).

با توجه به معرفی عناوین مذکور، تفاوت آنها با مذاق شریعت واضح است زیرا مذاق شریعت نزد فقیهان خاصه مستند به ادله لفظی، سیره مشرعه و سیره عقلاء، تناسب حکم و موضوع، قیاس اولویت و مانند آن نشان از عدم استقلال آن در عرصه استنباط دارد.

تفاوت ماهوی مذاق شریعت با این عناوین به اختلاف منابع فقهی بین خاصه و عامه بر می‌گردد. اجتهاد رأی نزد عامه این است که فقیه در موارد فقدان نصّ از کتاب و سنت دست به

اجتهاد شخصی بصورت قیاس، استحسان، مصالح مرسله و مانند آن می‌زند. حتی برخی از اصحاب رأی در صورت عدم مطابقت نص با مصلحت و یا مفسده مرتکز ذهنی خود، اقدام به ترک یا تأویل نص می‌نمایند. فقهاء حنفی استصناع را علیرغم شمردن آن از انواع بیع معدوم که برخلاف قاعده است، به دلیل پذیرفته بودن نزد عامه مردم یا از باب استحسان، حکم به صحت آن داده‌اند (مجله فقه اهل بیت، فارسی، ۴: ۱۹-۲۰).

مذاق شریعت یک نوع روش استنباط حکم در یک مورد خاص در صورت نداشتن دلیل معین و مشخص با ویژگی برخورداری از خاستگاه کتاب و سنت و نه به عنوان یک دلیل مستقل در مقابل کتاب و سنت است در حالی که مقاصد شریعت در یک دایره بسیار گسترده و مصالح مرسله با یک میدان وسیع استنباطی نقش یک منبع مستقل و دستگاه حکم‌سازی را دارد. همچنین استحسان، قیاس و سد ذرایع به عنوان یکی از مصادر مهم در اجتهاد در میان مکاتب فقهی عامه قلمداد می‌گردد و میدان کاربرد این عناوین خیلی وسیع‌تر از مذاق شرع است. بنابراین تفاوت مذاق شریعت با عناوین مذکور هم به لحاظ وسعت و عدم وسعت کاربرد و هم به لحاظ استقلال و عدم استقلال از کتاب و سنت است.

تفاوت تنقیح مناط و الغای خصوصیت با مذاق شریعت نیز واضح است. تنقیح مناط با توجه به تتبع در کلمات اصولیان و فقیهان عبارت از شناختن علت حکم از خود کلام شارع، به روش حذف خصوصیت غیر دخیل در حکم است. مردی بادیه‌نشین از عمل آمیزش با همسرش در ماه رمضان خبر داد و پیامبر (ص) امر به آزاد کردن بنده می‌نماید، فقیهان از این روایت مناط این حکم را وقوع جماع در ماه رمضان گرفته و حکم را از جهت تنقیح مناط تعمیم داده‌اند (معارج الاصول: ۱۸۵، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، ۲: ۶۴۴). تنقیح مناط به دو صورت است، گاهی دستیابی به ملاک واقعی تشریع از طریق مناط‌گیری عقلی و گاهی دستیابی به مناط از طریق فهم عرف در مقام اثبات و استظهار از کتاب و سنت است، تنقیح مناط معتبر، قسم دوم است و تعبیر مرحوم محقق خوئی «ان تنقیح المناط اشبه شیء بالقیاس بل هو هو بعینه» (سید ابوالقاسم خوئی، موسوعة الامام الخوئی، ۶: ۱۷۶) اشاره به قسم اول است.

الغای خصوصیت نیز با توجه به کلمات فقیهان و اصولیان عبارت است از اینکه فقیه با روش اسقاط خصوصیات غیر دخیل در موضوع یا حکم، فرد دیگری از موضوع حکم را در نظر گیرد و حکم را بر آن مترتب می‌سازد. ترتب حکم در آیه شریفه «والذین یرمون المحصنات ثم



لم یاتوا بأربعة شهداء فاجلدواهم ثمانین جلدة، نور: ۴) بر قذف کننده مردان به جهت الغای خصوصیت زن بودن یکی از مصادیق این سؤال است و الغای خصوصیت نیز در صورت متکی بودن فهم و استظهار عرفی حجت است.

مذاق شریعت با این دو واژه ارتباط عموم و خصوص مطلق دارد. زیرا گاهی مصداق مشترک دارند و گاهی فقیه مذاق‌گرا در جستجوی فهم مناط به جهت توسعه یا تضییق موضوع نیست بلکه از ارتکاز متشرعی، ترتب آثار و مانند آن به دنبال فهم موقف شارع است همچنانکه موارد آن خواهد آمد. مؤلف محترم مقاله مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی از این نکته بسیار مهم، غفلت نموده و در چندین مورد مذاق‌گرایی را در استخراج ملاک و مناط احکام محدود کرده است و این رویکرد موجب تفکیک نادرست بین احکام توقیفی و غیر توقیفی نیز شده است (مذاق شریعت جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی: ۱۱۲ و ۱۱۶، نشریه فقه اهل بیت، شماره ۷۰ و ۷۱).

مذاق شرع در کلام فقیهان

همانطور که گذشت مذاق شریعت در علم اصول بطور مستقل بررسی نشده، بنابراین لازم است کاربردهای فقهی و مستندهای آن مورد کنکاش قرار گیرد.

مذاق شریعت و استناد به ادله لفظی

محقق زنجانی (دام ظلّه) در ارتباط با جواز معالجه پزشک مرد چنین می‌آورد: متفاهم عرفی از دلیلی که مراجعه به پزشک مرد را برای زن مضطر، تجویز نموده آن است که برای پزشک نیز معالجه وی مجاز است. زیرا از این دلیل می‌توان دریافت که مذاق شارع این است که مردم به فشار و زحمت نباشند الخ (موسی شیرازی زنجانی، کتاب النکاح، ۷۰۱: ۲، ۱۴۱۹ ه. ق).

یکی از مسائل نوظهور فقهی مرگ ترحمی (اتانازی) است و اینکه آیا مریض حق خودکشی به جهت راحت شدن از درد و مصیبت دارد، مجله فقه اهل البیت (ع) در این ارتباط این چنین آورده است: الأنصاف أن ذلک لایجوز لعدم انسجامه مع مذاق الشریعة بعد ما عرفت من عدم جواز اسقاط الجنین اذا ولجته الروح الخ.

محقق سبزواری (ره) نیز در ارتباط با آمیخته شدن خمر با چیز دیگر، اقسام آنرا بیان و در قسم سوم (استهلاک خمر در آن چیز بدون سکر) چنین بیان می‌کند: شکی در نجاست و حرمت شرب آن نیست ولی در ثبوت حدّ به جهت احتمال انصراف دلیل از این قسم اشکال است منتها به



جهت عبارت‌های شدید و اکید در روایات می‌توان از جهت کشف مذاق شریعت، ثبوت حدّ را نتیجه گرفت (سبزواری، سید عبدالاعلی، مذهب الاحکام، ۱۴۱۳ ه.ق).

همچنین محقق خوئی (ره) استنادی به مذاق شریعت در ارتباط با عدم جواز اجاره و اجرت گرفتن در واجب عینی و کفائی دارد: فالصّحیح أنّه فی کل مورد علم من مذاق الشرع لزوم صدور العمل علی صفة المجائیة كما عرفت فی الأذان و لا یبعد فی التجهیز بل هو كذلك فی الأفتاء و القضاء حیث ان الظاهر أنّهما من شؤون تبلیغ الرسالة (خوئی، ابوالقاسم، ۱۴۱۸ ه.ق، ۳۰: ۳۷۹).

موارد دیگری وجود دارد که به دلیل اختصار از بیان آنها خودداری می‌گردد البته سزاوار است به مناسبت این بحث نگاه فقهی خاص حضرت امام (ره) در ارتباط با ولایت فقیه را مورد توجه قرار دهیم، ایشان با عنایت به مجموعه‌ای از احکام و قوانین اجتماعی، اقتصادی، حقوقی، جزایی اسلام و با توجه به درک عقل و ارتکازهای متشرعی ولایت فقیه را مطرح کرد. این گونه استنادسازی نشان از مذاق‌گرایی دارد و به طور عام مسأله امور حسبیّه نیز یک نوع تمسک به مذاق شرع است.

محقق محترم مقاله (استناد فقهی به مذاق شریعت در بوته نقد) در نقد مذاق‌گرایی محقق خوئی (ره) عبارت ایشان را ذکر و در آخر این چنین می‌آورد: چنانکه واضح است اولاً مرحوم خوئی دلیل شناخته شده و معتبری غیر از مذاق برای اثبات ادعای خود نیافته است و ثانیاً حتی اجماع مورد اشاره شیخ انصاری را هم چون بنای سست بنیانی یافته، به همان مذاق شریعت بازگردانده است (نشریه حقوق اسلامی شماره ۲۲، ص ۱۰).

مؤلف محترم مقاله به یک عبارت مرحوم خوئی (ره) استناد و نقد خود را وارد نموده و حال آنکه ایشان حداقل در سه جا این بحث را مطرح کرده است. محقق خوئی (ره) در ارتباط با اشتراط ایمان و عدالت و عقل مذاق شریعت را به دو دلیل مستند کرده است. یکی ارتکاز متشرعی و دیگر قیاس اولویت به این بیان که ارتکاز متشرعی بر عدم رضایت شارع به مرجعیت و زعامت مجنون و فاسق مسلم است و مقتضای این ارتکاز عدم احتمال رضایت شارع است و دوم اینکه این موارد در قاضی و شاهد معتبر است و با لحاظ قیاس اولویت در مرجعیت نیز شرط می‌باشند (سید ابوالقاسم خوئی، موسوعة الامام الخوئی، ۱: ۱۸۶ و ۲۰۰ و ۲۹۲، ۱۴۱۸ ه.ق).

نقد بر مقاله مذکور، این است که مراد از (استناد به دلیل شناخته) چیست آیا شناخته بودن دلیل در قالب‌های متعارف، شرط دلالت یک دلیل است و آیا قیاس اولویت، شناخته شده نیست و آیا استناد مذاق شریعت به ارتکاز قطعی متشرعی متخذ از دیدگاه شارع و قیاس



اولویت، روشی خارج از ضابطه اصولی است و آیا استناد مذاق شریعت به این دو دلیل، دلیل شناخته شده و دارای معیار اصولی نیست. البته اگر اشکال صغروی مطرح گردد که ارتکاز، ظنی و قیاس، غیر قطعی است، مطلب دیگری است و قابل بررسی.

مذاق شریعت مستند به ارتکاز

نگارنده بر این باور است که همراه سازی مذاق شریعت با ارتکاز عقلانی و متشرعی در کتب فقهی و به عبارت دیگر کنار هم آمدن نشان از فهم مذاق شریعت، از ارتکاز دارد. نکته مهم این است که صرف ارتکاز عقلانی نزد اکثر اصولیان و فقیهان دلیل معتبر نمی باشد و آنگاه می توان در ارتباط با حجیت آن بحث کرد که به سیره عملی منجر گردد بنابراین لازم است که ارتکاز به عنوان کاشف از مذاق شریعت و مانند آن لحاظ گردد که مفید حجیت باشد.

ارتکاز متشرعی به شرط معاصرت، متخذ از شرع است و تفکیک ایندو از یکدیگر صحیح نیست و به همین جهت یکی از تلامیذ محقق خوئی (ره) در ارتباط با نکته تمسک استاد به مذاق شرع در اشتراط مرجعیت به عقل و عدالت چنین می آورد: يعلم من مذاق الشارع بقرینة ارتکاز المتشرعة عدم رضاه بمرجعية من عرضه المجنون او النسیان كما افاد السيد الاستاذ دام ظله (محمد مهدی موسوی خلیلی: ۲۰۳، ۱۴۱۱ ه.ق).

امام خمینی (ره) در مسأله اعواز المثل (نایاب بودن مثل) به بنای عقلاء در ارتباط با مطالبه قیمت یا صبر تا زمان وجدان مثل، چنین می آورد: یمکن ان یجاب عنه بان بناء العقلاء فی نفسه لاحجیة له الا من جهة کشفه عن مذاق الشرع اما بامضاء او عدم ردعه فحجیة تعلیق الخ. همچنین آیت ا... مکارم شیرازی نیز در مسأله تغییر مجرای نهر، بی اذن مالک و جواز وضو گرفتن و شرب از آن برای غیرغاصب، اینگونه می آورد: هذه الجمودات بعيدة عن مذاق الفقه بعد ثبوت هذا الحق بین العقلاء و لا اثر عندهم لتغییر مجرى النهر و غیره (مکارم شیرازی، ناصر، التعليقات فی العروة الوثقی، ۱۴۲۷ ه.ق).

محقق سبزواری (ره) نیز در ارتباط با طهارت مواضع وضو چنین می آورد: عمدة الدلیل فی اعتبار طهارة مواضع الوضوء مذاق الشرع و مرتکزات الفقهاء بل المتشرعة ایضاً (سبزواری، عبدالاعلی، مذهب الاحکام، ۲: ۴۰۴، ۱۴۱۲ ه.ق). همچنین ایشان در مورد جواز اظهار زینت های ظاهری مثل سرمه چشم و خضاب کف دست، سند روایات، را مخدوش و مراد از

آنها را ظهور اتفاقی مواضع زینت شده و حمل اخبار وارد شده بر تعمد را با توجه به مذاق شریعت و ارتکاز متشرعه، بعید می‌داند (همان، ۵: ۲۳۶). همچنین ایشان در ارتباط قرار دادن زن در قبر توسط محارم یا زوج و در صورت فقدان محرم، توسط ارحام و در آخرین مرحله توسط اجنبی این چنین می‌آورد: لانه المأنوس من مذاق الشرع و المتشرعة مع امکان استفاده مما ورد فی مراتب الاولیاء (همان، ۴: ۱۹۲).

مذاق شریعت و آثار مترتب بر حکم

یکی از موارد استنادسازی مذاق شریعت، آثار و عواقب منفی وجود و یا عدم حکم است و فقیه مذاق‌گرا با قطع به عدم رضایت شارع به آن آثار، مذاق شارع را کشف و بر اساس آن فتوا می‌دهد. حضرت امام (ره) در ارتباط با خیار غبن، شرط فاحش بودن قیمت در معامله و انجام معامله برخلاف روش معمول بازار و محل داد و ستد را مطرح و در مورد دلیل آن این چنین می‌آورد: و الا لزم وقوع صحیح المعاملات الا نادراً، خيارياً و هو باطل عند العقلاء و علی مذاق الشرع و الفقه (سید روح الله خمینی، کتاب البیع، ۴: ۴۴۴، ۱۴۲۱ ه.ق).

سید محسن حکیم (ره) نیز در ارتباط با جواز انتقال زکات از شهری به شهر دیگر در صورت عدم امید به یافتن مستحق بلکه لزوم انتقال آن به شهر دیگر، تمسک به مذاق شریعت را مطرح و عبارت ایشان این چنین است: لئلا يلزم تضييع الحق علی مستحقّه المعلوم من مذاق الشرع تحریمه (سید محسن حکیم، ۹: ۳۲۲، ۱۴۱۶ ه.ق).

همچنین سید محمد روحانی (ره) در ارتباط با جواز نقل زکات از شهری به شهر دیگر با فقدان مستحق در شهر مکلف چنین آورده است: إنّ المعلوم من مذاق الشرع تحریم الانتقال فی فرض عدم وجود المستحق و عدم رجاء وجوده ایضاً لئلا يلزم تضييع الحق علی مستحقّه و علیه فیجب النقل دفعاً للتضييع (روحانی، سید محمد، المرتقی الی الفقه الارض، ۳: ۳۸، ۱۴۱۸ ه.ق).

مذاق شریعت و استناد به قیاس اولویت

شکی نیست که قیاس ظنی یکی از موارد مبغوض و منهی در شریعت است و روایات فراوانی بر این امر دلالت دارد ولی قیاس منصوص العله، قیاس تنقیح المناط، قیاس اولویت مورد قبول است که در جای خود مبین گشته است. قیاس اولویت همانند دلالت قول خداوند متعال «و لا تقل لهما اف» بر عدم جواز شتم و ضرب پدر و مادر که از آن تعبیر به دلالت





محتوایی نیز می‌شود. که البته این نوع از قیاس عمل به خود نص است و از قیاس اصطلاحی مبتنی بر ظن و گمان به مناط حکم خارج است.

محقق خوئی (ره) در ارتباط با اعتبار عقل و ایمان و عدالت در مرجع تقلید ابتدا به ارتکاز اهل شرع تمسک می‌کند و سپس از طریق مذاق شارع مستفاد از عدم رضایت امام جماعت فاسق و قیاس اولویت این چنین می‌آورد: فان المستفاد من مذاق الشرع الأنور عدم رضی الشارع بامامة من هو كذلك في الجماعة حيث اشترط في امام الجماعة العدالة فما ظنك بالزعامة العظمى التي هي من اعظم المناصب بعد الولاية (سید ابوالقاسم موسوی خوئی، موسوعة الامام الخوئی ۱: ۱۸۶، ۱۴۱۶ هـ ق) و همچنین ایشان به همین صورت اشتراط مذكر بودن در مرجعیت را بیان می‌کند (سید ابوالقاسم موسوی خوئی، التتقیح فی شرح العروة، ۲۲۷، ۱۴۱۳ هـ ق).

همچنین صاحب الکرامة در ارتباط با تشريع وجوب التقاط طفل و تقدیم و تأخر ملتقط چنین می‌آورد: قالوا: انما شرع الالتقاد لحفظ الطفل و العقل و الاعتبار و مذاق الشريعة تقتضى بان كل من كان احفظ لنسبه و حرّيته و اقرب الى وصول قريب اليه و اشدّ صيانة له و آنس له فانه أولى به (عاملی، سید جواد، مفتاح الکرام، ۱۴۱۹ هـ ق، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول).

یکی از ادله ولایت فقیه جواز یا وجوب کفای تصدی‌گری امور مربوط به صغار، مجانین و غیایب و مانند (امور حسیه) از طریق قیاس اولویت است به این صورت که اگر عدم رضایت شارع در این امور جزئی مورد قطع است عدم رضایت شارع به ترک تصدی در امور مهم و ضروری مردم یعنی امور مربوط به حکومت، به طریق اولویت، قطعی است. (حسینعلی، منتظری، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ۸: ۳۰۳، ۱۴۰۹ هـ ق، چاپ اول، قم، موسسه کیهان و سید عادل علوی، القوی الرشید فی الاجتهاد، ج ۲: ۲۷۵، ۱۴۲۱ هـ ق، کتابخانه مرعشی، چاپ اول، قم و (محمدحسین غروی نائینی، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، ۷۶، ۱۴۲۳ هـ ق، انتشارات دفتر تبلیغات، چاپ اول، قم).

مذاق شریعت و تراحم

یکی از مصادیق کشف مذاق شرع، توجه به مصلحت اهم در موارد تراحم است. حضرت امام (ره) در ارتباط با جواز انتقال قرآن کریم به کافر پس از نقل قول مشهور بر عدم جواز و تبیین موضوع و ارائه مباحث مرتبط، چنین می‌آورد: و القول بلزوم حفظ القرآن و سائر المقدمات عن الوصول اليهم خلاف مذاق الشارع الاقدس من لزوم تبليغ الاسلام و بسط كلام الوحي و لزوم هداية الناس مع الأماكن بأية وسيلة ممكنة (سید روح الله موسوی خمینی، کتاب البیع ۲: ۷۲۶).

صریح کلام ایشان این است که مصلحت لزوم حفظ قرآن کریم از دسترسی کفار به آن و تقدم این مصلحت بر مصلحت لزوم تبلیغ اسلام و هدایت مردم، خلاف مذاق شریعت است و روشن است که مخالف دانستن این تقدم با مذاق شریعت به ادراک عقل است.

مذاق شریعت و امتنان

مؤلف کتاب بلغة الفقیه (ره) در ارتباط با مفهوم لاضرر سه معنا را بیان می‌کند، حمل نفی بر نهی و استفاده حرمت تکلیفی، نفی حکم ضرری به لسان نفی موضوع و نفی ضرر غیر متدارک. ایشان در ادامه، قول دوم را با تمسک به مذاق شریعت ترجیح می‌دهد: لعل القول الثانی اقرب الثلاثة الى مذاق الشریعة و ابتنائها على المنة و المصلحة و اللطف (محمد بن محمدتقی بحر العلوم، بلغة الفقیه، ۳: ۲۸۰، ۱۴۰۳ ه ق، چاپ چهارم، تهران). نکته مورد نظر ایشان عبارت از پایه ریزی شریعت بر اساس امتنان و لطف خداوند متعال است و روشن است که اقرب بودن قول دوم بر اساس امتنان و لطف و مذاق شریعت در نهایت، یک نوع استناد به عقل است.

جمع‌بندی

تمسک به مذاق شریعت مستند به مواردی همچون (ادله لفظی اعم از مجموعه‌ای از دلیل لفظی یا یک دلیل لفظی، قیاس اولویت، ارتکاز عقلایی یا متشرعی، توجه به آثار مترتب بر عدم لحاظ مذاق شریعت و برداشت‌هایی از ادراک عقل) است. مؤلف محترم مقاله استناد فقهی به مذاق شریعت در بوته نقد، پس از قرار دادن مذاق شریعت در زمره منبع واره‌ها و اعلام خطر و تهدید جدی نسبت به روند تاریخی فقهان چنین می‌آورد: باید کوشید تا خاستگاه مذاق کشف گردد و همان خاستگاه، خود بصورت مستقیم به عنوان سند استنباط معرفی شود (استناد فقهی به مذاق شریعت در بوته نقد، نشریه حقوق اسلامی، شماره ۲۲، ص ۲۵). اعتقاد نگارنده بر آن است که قبل از ارائه پیشنهاد، لازم است غرض اصلی مذاق‌گرایان، روشن گردد. هدف اصلی فقیه مذاق‌گرا، کشف موقف شارع اقدس از کتاب و سنت است و نه به عنوان یک منبع مستقل، نکته‌ای که نباید از آن غفلت شود این است که گاهی ذات خاستگاه یک دلیل، نظیر ارتکاز عقلانی و متشرعی، به صورت مستقیم نمی‌تواند فقیه را به حکم شرعی برساند مگر آنکه کاشف از مذاق شریعت باشد و گاهی نیز این ناتوانی از جهت عدم امکان





استفاده از آن دلیل بصورت دلالت مطابقی و یا تضمنی، تصریحی یا ظهوری است ولی از رهگذر دسترسی به مذاق شریعت بصورت دلالت التزامی می‌توان به حکم شرعی واصل گشت (نظیر دلالت اجمالی التزامی به صدور یک روایت، از میان روایات، در تواتر اجمالی) و این خاستگاه و مستند گرچه نمی‌تواند بطور مستقل در خدمت استنباط حکم شرعی قرار گیرد ولی از جهت کاشفیت عرفی و نوعی از مذاق شریعت، نقصانی ندارد و هرگاه این کاشفیت نوعی در حد قطع و یا اطمینان باشد فقیه را در استنباط یاری می‌نماید و این همان سرّی است که در مذاق‌گرایی نهفته است که در هیچ کدام از مقالات نوشته شده، به آن اشاره نشده و اعتقاد نگارنده بر آن است که مذاق‌گرایی با قواعد انضباطی که پیشنهاد می‌گردد نه تنها حذف مناسب نیست بلکه از رهگذر پیشنهاد سلبی، یکی از بهترین راههای برون رفت از چالشهای فقهی را از دست خواهیم داد.

حجیت مذاق شریعت

فقیه در استنباط حکم شرعی و کشف موقف شارع اقدس همواره به دنبال حجیت است و حجیت قطع به حکم عقل است و نیازی به اعتبار ندارد. اطمینان نیز بنابر نظر اکثر اصولیان همانند قطع، حجیت است و تفاوت این دو این است که حجیت قطع ذاتی است و امکان ردع آن وجود ندارد ولی اطمینان به دلیل آنکه خاستگاه اعتبار آن سیره عقلاء است امکان منع از آن از طرف شارع اقدس وجود دارد. ظن ناشی از ظهور نیز همانند اطمینان به سیره عقلانی، اعتبار دارد بنابراین امکان ردع از طرف شارع دارد و نکته مهم، لزوم قطع به حجیت هر امر اعتباری در نزد شارع اقدس است.

فقیهان مذاق‌گرا از صاحب مفتاح الکرامه و جواهر الکلام گرفته تا اندیشمندان معاصر در فقه و فقاہت، از رهگذر قطع و اطمینان و یا استظهار از مجموعه‌ای از قرائن، برداشتی غیر مستقیم از یک دلیل لفظی و یا دلیل لبی نظیر ارتکاز متشرعی، مذاق شرع را کشف و بر اساس آن در یک مورد خاص جرئی که دلیل معین و مشخصی ندارد، حکم و موقف شرعی را استنباط می‌کنند.

این معیار و روش استنباط اختصاص به احکام غیرتوقیفی (معاملات بالمعنی الاعم) ندارد و در تمامی عبادات و معاملات جاری است چون دلیل اعتبار مذاق‌گرایی اختصاص به نوعی از احکام ندارد. مؤلف محترم مقاله مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی، بر اساس برداشتی ناقص از مسلک مذاق‌گرایی و تقسیم نیازهای انسان به نیازهای متغیر و فطری ثابت و عدم لزوم تغییر احکام تعبدی از رهگذر غرض جعل این دسته از احکام (مانند تقرب به خداوند) که بر اساس مقتضیات فطری ثابت انسان، نهادینه شده است، این چنین می‌آورد:

هیچگاه نیازی به تغییر احکام تعبدی وجود ندارد بلکه هرگونه تغییری در ماهیت آنها با بطلان عمل، روبرو خواهد بود. از این رو مذاق شرع در اینجا کارآیی چندانی جز در فهم و تفسیر نصوص این دسته از احکام نخواهد داشت چه اینکه عقل، قادر به درک و تشخیص حکمت‌ها و علت‌های آن نیست و ان دین الله لایصاب بالعقول (مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی، نشریه فقه اهل بیت، شماره ۷۰، ص ۱۱۲).

آنچه از این عبارت بر می‌آید همسان سازی درک عقل، حکمت و علت با مذاق‌گرایی است که منجر به تفکیک بین احکام تعبدی و غیرتعبدی شده است. این تفکیک‌سازی مورد اعتراض واقع شده که چرا مذاق شریعت برآمده از تجمیع شواهد لفظی نمی‌تواند به قلمرو احکام توقیفی وارد شود؟ وقتی اعتبار این نوع مذاق (تجمیع ادله) از باب اعتبار ظهورات و متفاهم عرفی است فقیه می‌تواند تجمیع ادله در احکام توقیفی نیز داشته باشد (چیستی مذاق شریعت و آسیب شناسی فقهی آن، نشریه فقه اهل بیت، شماره ۷۳، ص ۱۳۵).

گرچه مؤلف مقاله مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی در صفحه ۱۳۲ به مواردی نظیر ارتکاز متشرعه اشاره کرده است ولی در صفحه ۱۱۱ تنها از تجمیع شواهد و قرائن به عنوان شَمّ الفقاهه یا ذوق فقهی نام می‌برد که البته انحصار استناد مذاق شریعت به مجموعه ادله صحیح نیست بلکه مذاق شریعت تنها از رهگذر درک ملاک و حکمت و درک عقلی و برهان‌لّمی نیست که تفکیک بین احکام تعبدی و غیر تعبدی را بدنال داشته باشد و این یک اشتباه در تبیین مسلک مذاق شریعت است. اعتقاد نگارنده این است که تمسک به مذاق شریعت، طریقی غیر از تمسک به کتاب و سنت نیست و توضیح اینکه گاهی مذاق‌گرایان تجمیع قرائن برگرفته از قرائن لفظی و گاهی یک دلیل لفظی را مورد نظر قرار داده و از طریق استظهار، مذاق شریعت را بدست می‌آورند و بدیهی است حجیت ظهور، منحصر به ظهور تک سندی نیست و همچنین اعتبار ظهور، اختصاص به برداشت مستقیم از لفظ نیست بلکه شامل برداشت‌های ضمنی و التزامی از ادله لفظی هم می‌گردد همچنانکه حضرت امیر (ع) با تجمیع دو متن قرآنی و استفاده از دلالت التزامی و به کمک درک عقلی مستظهر به ظهور، شش ماهه بودن اقل الحمل را برای خلیفه دوم ثابت کردند و گاهی با استناد به دلیل لّبی مثل ارتکاز متشرعه و پیامدهای نامطلوب یک حکم، قطع منطقی و یا قطع عرفی (اطمینان) به مذاق شریعت حاصل می‌گردد و از رهگذر فهم مذاق شارع به حکم فقهی فتوا می‌دهد.

شایان ذکر است که ابهام در بیان مذاق شریعت نباید موجب توهّم حذف آن در عرصه





استنباط گردد بلکه لازم است شرائطی برای بیان مستند مذاق شریعت عنوان گردد و همچنین پیشنهاد راههایی همچون مقاصدگرایی (مذاق شریعت در بوته نقد، فصلنامه حقوق اسلامی، شماره ۱۲) همان محذور را بصورت شدیدتر دارد ضمن اینکه مقاصدگرایی خطر ورود به عرصه مصلت‌گرایی و قیاس و مانند آنرا بدنبال دارد که تفصیل آن مجال دیگری می‌طلبد و پیشنهاد دستگاه سازی از ادله گسسته‌نما (مذاق شرع جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی، فصلنامه اهل بیت، شماره ۱۷) نیز بخشی از مسائل را جواب می‌دهد.

البته گاهی مذاق شریعت همراه مستند آن ذکر می‌گردد و گاهی مذاق شریعت مجرد از مستند بیان می‌شود و مشکل اساسی در قسم دوم است و البته هیچ ادعایی، مجرد از مستند، مورد تأیید نیست و مذاق شریعت نیز از این قاعده کلی مستثنا نیست و در بخش ذکر ضوابط به این نکته اشاره خواهد شد.

صاحب جواهر (ره) در ارتباط با فحص و جستجو در مورد تعلق خمس و زکات بر عهده مکلف چنین می‌آورد: ان المعلوم من مذاق الشرع انه انما يجب مطلقاً لا اذا علم شرط الوجوب و همچنین صاحب المستمسک (ره) در مورد اینکه آیا ولد الزنا از نظر شرع فرزند است و نکاح او چه حکمی دارد این چنین می‌آورد: لکن المستفاد من بعض الروایات و من مذاق الشرع الاقدس أن حرمة النکاح و الوطء تابعة للنسب العرفی (سید محسن حکیم، مستمسک العروة، ۹: ۳۲۲، ۱۴۱۶ هـ ق) و سید تقی قمی طباطبائی (ره) در ارتباط با اختصاص رحم زن به تولد فرزند از شوهر خود و عدم جواز تلقیح مصنوعی از طریق تزریق اسپرم مرد اجنبی، تنها به ذکر مذاق شرع اکتفا می‌کند و تعبیر او این چنین است: ولا یبعد ان الفقیه یفهم من مذاق الشرع المقدس حرمة العمل المذكور (سید تقی قمی طباطبائی، مبانی منهاج الصالحین، ۱۰: ۲۵۵، ۱۴۲۶ هـ ق).

اشکالهای مطرح شده و جواب

پیشنهاد حذف مذاق شریعت در مقاله مذاق شریعت در بوته نقد و دفاع از نقدهای بر آن نیز در مقاله چیستی مذاق شریعت و آسیب‌شناسی فقهی آن نشریه فقه اهل بیت شماره ۷۳ صورت گرفته و با توجه به این دو مقاله و برخی دیگر از نوشته‌ها، مناقشه‌های مطرح، از این قرار است:

۱. تمسک به ارتکاز پنهان ذهنی و خطر رو آوردن به ارتکازهای بی‌پایه و اساس

۲. وجود مغالطه نظریه انگاری فرضیه‌ها

۳. خطر ورود پنهانی و تدریجی منبع‌واره‌های نامعتبر به دانش فقه

۴. اعتمادناپذیری و انتقادناپذیری ادعای فقیه در قالب مذاق شریعت

۵. ضابطه‌مند نبودن مذاق شریعت

۶. مانع بودن مذاق شریعت نسبت به نظام‌سازی شریعت

برخی از این نقدها و آسیب‌شناسی‌ها همانند شماره یک و سه به دلیل نوعی از تداخل، جواب مشابهی هم خواهند داشت ولی با توجه به ریشه مناقشه‌ها، ابتدا مقدمه‌ای در مورد فراز و نشیب مسائل اصولی ذکر می‌گردد. تطورشناسی در آثار اصولیان و فقیهان نشان می‌دهد که هر نوآوری در عرصه منطق فهم دین، در ابتدا از ابهام‌ها، آسیب‌ها و چالش‌هایی برخوردار بوده که به یک نمونه اشاره می‌گردد:

مراحل متعددی بر یک مسأله‌ای اصولی به نام انصراف وجود دارد. ابتدا این واژه اصولی اضافه به عادت شده و به آن انصراف به عادت گفته شد (سید مرتضی، الذریعة، ۱: ۳۰۶) که البته اعتبار آن مورد نزاع بوده است. انصراف در عرصه اطلاق کلام در کلمات شیخ طوسی (ره) به چشم می‌خورد (شیخ طوسی، المبسوط، ۴: ۴۹) و در این زمان از تقسیم انصراف به کثرت در استعمال و کثرت در وجود، اثری نیست و می‌توان گفت که انصراف در هاله‌ای از ابهام بوده و از نظر آسیب‌شناسی، قابلیت مناقشه‌هایی نظیر ضابطه‌مند نبودن را داشته است.

زمزمه تفکیک دو انصراف (انصراف از غلبه وجودی و انصراف از کثرت استعمال) پس از قرن‌ها در کلام محقق سبزواری (مجرد التعارف لایوجب تقييد الطبيعة الكلية الا ان يصل الى حد يصير حقيقة عرفية، سبزواری، ذخيرة المعاد، ۱: ۱۱۳) و برخی دیگر از محققان اصولی احساس می‌گردد و پس از ایشان تحقیقی از جهت ضابطه‌مند کردن انصراف در کلام محقق نراقی (ره) به چشم می‌خورد که الشیوع علی قسمین استعمالی و وجودی (نراقی، عوائد الایام، ۲۶۷).

این مسأله در زمان معاصر بیشتر مورد بررسی قرار گرفت. حضرت امام (ره) مانعیت انصراف ناشی از کثرت استعمال را تنها در ناحیه اطلاق مطرح نمود و نه در ناحیه عموم (سید روح الله موسوی خمینی، البیع، ۳: ۲۷) که البته این نیز مورد نزاع واقع شد و برخی از اصولیان آنرا در ناحیه عموم نیز موثر می‌دانند و چنین بیان می‌کنند که لافرق بین قادیة الأنصراف بین العموم والأطلاق (سید ابوالقاسم خوئی، موسوعة الإمام الخوئی، ۱۳: ۸۶). انصراف در مراحل پی در پی روشن‌تر، دقیق‌تر و ضابطه‌مندتر شده و انصراف ناشی از مناسبت حکم و موضوع نیز از طرف محققانی همچون شهید صدر (سید محمدباقر صدر، بحوث فی شرح العروة الوثقی، ۱: ۳۶۸) مورد توجه قرار گرفت.





انصراف در ابتدا یک عنوان مبهم و به تدریج مبین و ضابطه‌مند شده و به عقیده نگارنده هنوز هم قابلیت تحقیق بیشتر هم دارد و هیچگاه دیدگاه حذفی نسبت به آن مطرح نشده است. مذاق شریعت از این قاعده مستثنا نیست و نیازمند به تبیین و رمزگشایی است. سرّ پیدایش مذاق شریعت را باید از پویا بودن فقه شیعه و دغدغه جدّی به پاسخگویی مسائل فراوانی دانست که در بستر تحولات روزافزون جامعه بشری به وجود می‌آید و مستند مشخص و معین در کتاب و سنت ندارند، جویا شد.

مذاق شریعت راهی است که فقیه را از طریق تجمیع قرائن موجود در کتاب و سنت یا ارتکاز قوی عقلانی و متشرعی و مانند آن به موقف شارع می‌رساند و در واقع نقش مذاق شریعت به مثابه دلیل حاکم است که در صورت اثبات قطعی آن برای فقیه، هیچ اماره‌ای نمی‌تواند در مقابل آن قرار گیرد حتی اگر از یک طریقی قطع به حکمی مخالف با مذاق شریعت حاصل گردد راهی جز توجیه آن نیست. با توجه به این مقدمه جواب اشکال‌های ذکر شده، تقدیم می‌گردد.

الف) ارتکاز پنهان

مراد از تمسک فقیه مذاق‌گرا به ارتکاز پنهان چیست؟ اگر مراد، تمسک به ارتکاز عقلانی یا ارتکاز متشرعی است. باید گفت که نفس ارتکاز، پشتوانه حکم نیست و تنها نقش کاشف از مذاق شریعت را دارد و مناقشه در آشکار و پنهان بودن، اختصاص به ارتکاز ندارد و سیره‌های عقلانی و متشرعی نیز مبتلا به شبهات این چنینی است و اگر مقصود این است که کشف مذاق شریعت از راه ارتکازهای عقلانی و متشرعی امکان ندارد. روشن است که نفی کشف در ارتکازهای متشرعی با لحاظ اتخاذ از موقف شارع، نادرست است و ارتکاز متشرعی همانند سیره متشرعی با قید معاصرت با معصوم، می‌تواند کاشف از دیدگاه شارع باشد.

ممکن است عدم کاشف بودن ارتکاز متشرعی از حکم شرعی از جهت عدم وصول به مرحله عمل، مطرح گردد که به نظر نگارنده صحیح نیست چون نکته اتخاذ از موقف شرع در سیره متشرعی و ارتکاز متشرعی یکی است و در عرصه تقیید یک دلیل و مانند آن هیچ محذوری وجود ندارد زیرا ارتکاز متشرعی به مثابه دلیل لّبی متصل است. البته ارتکاز متشرعی نمی‌تواند به عنوان یک دلیل مستقل، استنباط حکم شرعی را بدنبال داشته باشد.

ارتکاز عقلانی نیز کاربردهای متعددی دارد، برخی از اصولیان، ارتکاز عقلانی را موجب انصراف ادله اصول از جریان در جمیع اطراف علم اجمالی، می‌دانند (سیدمحمدباقر صدر، دروس فی علم الاصول، ۲: ۳۶۳، ۱۴۱۸ه ق). و نکته آن این است که ارتکاز عقلانی با قید



معاصرت به منزله قرینه لبی متصل است و در تقیید اطلاق ادله اصول، نقش مقیّد متصل را ایفا می‌کند. ارتکاز عقلانی معاصر به جهت عدم وصول به مرحله عمل که به آن سیره عقلانی می‌گویند از نظر مشهور اصولیان، کارآیی کشف حکم شرعی را ندارد زیرا نمی‌توان از طریق احراز عدم ردع و مانند آن به احراز امضای شارع رسید. به هر روی ارتکاز عقلانی گرچه توان کشف حکم شرعی را ندارد ولی توان تقیید و تخصیص و مانند آنرا در ادله لفظی دارد.

مرحوم محمد آصف محسنی در ارتباط با عدم جواز استعمال مواد نجس یا حرام در محلول داروی تزریقی (اماله) تصریح به مذاق شریعت منکشف از ارتکاز متشرعی دارد (الفقه و مسائل طیّۀ، ۱: ۴۲۵، ۱۴۲۴ ه.ق). همچنین در تعلیقه العروة الوثقی در ارتباط با تغییر مجرای نهر، بی‌اذن مالک و بقای جواز وضوء و شرب برای غیرغاصب به مذاق شرع منکشف از بنای عقلاء این چنین آمده است: هذه الجمودات بعيدة عن مذاق الفقه بعد ثبوت هذا الحق بين العقلاء (مکارم شیرازی، تعلیقات فی العروة الوثقی، ۱: ۱۸۱، ۱۴۲۸ ه.ق) و موارد دیگر که ذکر شد.

ب) اشکال عدم استناد مذاق شریعت به دلیل:

مذاق شریعت در خیلی از موارد فقهی مستند به دلیل است که مصادیقی از آن ذکر شد و البته گاهی ادعای مذاق شریعت بی‌مستند است و هر ادعائی بدون بیان مستند قابل دفاع نیست و باید از آن پرهیز کرد ولی این جهت توجیه‌گر پیشنهاد حذف مذاق‌گرایی از عرصه استنباط نمی‌باشد و خیلی عجیب است که پیشنهاد حذفی همراه با پیشنهاد جایگزینی مقاصد شریعت همراه گشته است در حالی که در مقاصد‌گرایی نیز همین دغدغه‌ها وجود دارد و بالاتر اینکه نگرانی شدید از جهت ورود به قیاس و مانند آن وجود دارد که تفصیل آن مجال دیگری می‌طلبد.

ج) مغالطه نظریه‌انگاری فرضیه

اشکال مغالطه نظریه‌انگاری فرضیه‌ها اینگونه است که فرضیه، برخاسته از معلومات ذهنی ارتکازی اجمالی است و پس از بررسی تفصیلی ادله، قابلیت تبدیل به نظریه را خواهد داشت و مذاق‌گرایی این فرایند را ندارد و در واقع نتیجه آن فرضیه‌های نظریه‌نما است و شاهدی نیز از کلام محقق خوئی (ره) نیز ذکر شده است (چیستی مذاق شریعت و آسیب‌شناسی فقهی آن، ص ۱۲۲).

جواب این است که نسبت کلی فرضیه‌گرایی به مذاق‌گرایی نشان از عدم تتبع کافی در کتب فقهی دارد. بسیاری از موارد تمسک به مذاق، مستند به مجموعه‌ای از ادله، ارتکاز عقلانی،



ارتکاز متشرعی، قیاس اولویت، مناسبت حکم و موضوع و مانند آن است و اگر مراد از اعتماد به معلومات ارتکازی اجمالی این موارد است، ناقد محترم یا باید معتقد به ذهنی‌گرایی و ارتکازی اجمالی بودن سیره‌های عقلانی و متشرعی و قیاس اولویت گردد که بطلان آن واضح است و یا ملتزم به تفسیر خاص از ارتکازی تفصیلی و اجمالی گردد که ربطی به مستندات مذاق شریعت در کلمات فقهاء ندارد. البته ممکن است این اشکال برخواسته از نمونه‌هایی از تمسک به مذاق شریعت است که مستند آن ذکر نشده است که این نیز نیازمند به اصلاح در چگونگی بیان مذاق‌گرایی است و نه پیشنهاد حذف مذاق‌گرایی از عرصه استنباط حکم.

د) خطر ورود تدریجی منبع‌واره‌های نامعتبر

خطر ورود تدریجی منبع‌واره‌های نامعتبر در هر روشی وجود دارد که ضابطه‌مند نباشد و اختصاص به مذاق‌گرایی هم ندارد. اشکال اعتماد ناپذیری و انتقاد ناپذیری ادعای فقیه نیز آسیب و چالش هر مستند مبهمی است و با ضابطه‌مند شدن قابل رفع است. مناقشه ضابطه‌مند نبودن مذاق شرع آنگاه پیشنهاد حذف را می‌طلبد که دلیل، قابلیت ضابطه‌مند شدن را نداشته باشد و یا ضابطه‌مند شدن به جهت عدم حجیت آن نزد شارع نظیر قیاس، فایده‌ای در پی نداشته باشد.

ه) تضاد مذاق‌گرایی با نظام‌سازی

مخالفت مذاق‌گرایی با نظام‌سازی شریعت نیز نشان از عدم درک صحیح از مذاق شریعت است چرا که مذاق‌گرایی ضابطه‌مند، فقیه را از جمود به الفاظ و دلالت‌های مستقیم لفظی صرف، خارج می‌کند و او را در نگاه‌های کلان و دلالت‌های غفلت شده عرفی در ادله لفظی و لثبی و مناسبت‌های حکم و موضوع و مانند آن وارد می‌کند و برعکس در صورت حرکت صحیح و درست در این مسیر، راه برای نظام‌سازی فقهی باز می‌گردد چرا که هرگز نمی‌توان از اخبار آحاد، نظام‌های متعدد اقتصادی، فرهنگی، تربیتی و سیاسی را توقع داشت که توضیح آن در این مجال نمی‌گنجد. همچنانکه نظریه ولایت فقیه از درون فقه مبتنی بر قواعد با ویژگی استظهار مستقیم از الفاظ، قابل اثبات نیست و تتبع در استدلال‌های حضرت امام (ره) و طرفداران نظریه ولایت نشان از یک نوع مذاق‌گرایی دارد.

ضوابط تمسک به مذاق شریعت

غرض تدوین از اصول فقه، ایجاد ضوابط در جهت استنباط حکم شرعی و جلوگیری از اعمال



سلیقه‌های شخصی است. این ضوابط، برآمده از قواعد عرفی و عقلایی و یا عقلی در بخش ملازمات عقلی است. به عنوان مثال حجیت ظهور به عنوان یکی از مهم‌ترین قواعد اصولی بر اساس سیره عقلانی است و حجیت ظهور فعلی و شخصی فقیه بر اساس برداشت آن از ظهور عرفی عقلانی تعریف می‌گردد و البته ممکن است بین دو فقیه در ظهور یک کلام نزاع باشد ولی ضابطه‌مند است. گرچه در نهایت، نتیجه، بستگی به ذوق عرفی فقهی فقیه دارد که آن هم مقول به تشکیک است. اثبات مذاق شریعت از یک سو مقام کاشفیت قهری را نسبت به موقف شارع اقدس دارد و از سوی دیگر مکشوف از راههایی است که لازم است ضابطه‌مند باشند گرچه کشف قطعی آن از هر طریقی (عقلانی و غیر عقلانی) برای خود فقیه حجت است ولی برای غیر خود حتی مقلد در صورت علم به غیر عقلانی بودن آن حجت نیست و آنگاه حجیت دارد که خاستگاه آن عرفی و عقلانی باشد مگر آنکه برای غیر آن فقیه نیز قطع حاصل می‌گردد.

سرّ عدم حجیت فتوای مجتهد از طریق غیرعقلانی به دلیل حجیت فتوای مجتهد و رجوع جاهل به عالم بر می‌گردد و وجود سیره‌ی عقلانی در طریق غیرعقلانی، حدّاقل مشکوک است و شک در حجیت مساوق با قطع به عدم حجیت است. با توجه به مطالب فوق ضابطه‌مند شدن مذاق شریعت ضروری است و در صورت تحقق این امر، تمامی اشکالهای وارد بر آن دفع می‌گردد:

۱. فقدان دلیل مشخص و معین

مذاق شریعت در مسائلی مطرح است که دلیل مشخص و معین نداشته باشد. صاحب جواهر، ۱: ۲۰۱) در مسأله (قرار دادن ظرف وضوء در طرف راست) به این نکته اشاره دارد (محمدحسن نجفی، جواهر الکلام فی توبه الجدید، ۱: ۳۵۰، ۱۴۲۱ ه.ق).

۲. ذکر مستند واضح

برخی از موارد استناد حکم به مذاق شریعت، فاقد مستند نسبت به مذاق شرع است. صاحب جواهر (ره) در مواردی حکمی را به مذاق شریعت بصورت قطعی نسبت می‌دهد و تعبیری نظیر معلومیة الحکم فی مثله من مذاق الشرع - یقطع الفقیه فیه بمذاق الشرع - یقطع المتأمل فی مذاق الشرع بعدمه دارد (محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ۱: ۱۵۱-۱۵: ۱۹۹) و عدم ذکر مستند یا ابهام در مستند صحیح نیست و این مطلبی است که اختصاص به مذاق شریعت هم ندارد.



۳. وجود پشتوانه قطعی

مذاق شریعت بنابر مسلک انسداد اگرچه ظن آور باشد، حجت است؛ مطلق ظن در این نظریه حجت است و مدعی آن، ادعای قطع به حجیت آن دارد و این یک اصل است مگر آنکه با دلیل خارج شده باشد ولی بنابر مشهور قریب به اتفاق کما ذکر فی محله، اصلی بر حجیت ظن وجود ندارد و پشتوانه حجیت ظن بما هو ظن، قطع نیست بلکه قطع به عدم حجیت ظن بما هو ظن وجود دارد. بنابراین مذاق شریعت در صورتی حجت است که یقین وجدانی به آن و یا یقین وجدانی به حجیت آن وجود داشته باشد که یکی از مصادیق آن اطمینان است چون وجود سیره عقلانی بر حجیت آن یقینی است و ردعی از طرف شارع هم واصل نشده است پس احراز امضای شارع حاصل شده است.

مرحوم نائینی (ره) در ارتباط با عقلانی بودن اطمینان چنین آورده است: الأطمئنان هو طریق يعتمد عليه العقلاء كما يعتمدون على العلم الوجداني (نائینی، فوائد الأصول، ۱: ۵۴۸). البته اطمینانی نزد عقلاء حجت است که منشأ عقلانی داشته باشد که برای نوع عقلاء اطمینان آور باشد و محقق سبزواری نیز بر این مطلب اذعان دارد (سیدعبدالأعلی سبزواری، ۱: ۳۸، ۱۴۱۳ هـ، موسسه المنار، قم، چاپ ۴) البته اطمینان مورد نظر، اطمینان شخصی فعلی است که برای خود فقیه حاصل گردد. همچنانکه نزاع در خاستگاه عقلانی بودن قطع وجدانی در بحث قطع قطاع، در اصول مطرح شده که به نظر نگارنده، عقلانی بودن منشأ قطع، شرط لحاظ حجیت است گرچه در هر صورت قطع و اطمینان برای خود قاطع و مطمئن حجت است فتأمل.

موارد پشتوانه قطعی برای مذاق شریعت

۱. تمسک به ارتکاز

ارتکاز متشرعی یقینی یا اطمینانی مستحدث فاقد اعتبار است و زمانی سخن از اعتبار به میان می آید که یقین یا اطمینان به معاصرت آن با زمان معصوم (ع) حاصل گردد که با فرض عدم تأثیر عوامل غیر مرتبط با شرع، یقین یا اطمینان به معاصرت آن حاصل می گردد. همچنانکه سیره متشرعه این چنین است. البته بین این دو تفاوت است که توضیح آن مجال دیگری می طلبد ولی مذاق شریعت می تواند به هر کدام مستند باشد و یکی از خاستگاه های مذاق شریعت نزد مذاق گرایان همین ارتکاز است (عبدالأعلی سبزواری، مهذب الاحکام، ۲: ۴۰۴، و ۵: ۲۳۶،



سید محسن حکیم، مستمسک العروة، ۱: ۳۳۴، ۱۴۱۶ ه ق و سید محمد مهدی موسوی خلخالی، فقه الشیعه، الاجتهاد و التقليد، ۱۴۹ و سید موسی زنجانی، کتاب النکاح، ۵: ۵۶۹). ارتکاز عقلانی معاصر با معصوم (ع) نیز از مستندهای مذاق شریعت است گرچه ارتکاز عقلانی همانند سیره عقلانی از نظر مشهور اصولیان نیست و نقش یک مصدر و مستند مستقیم برای حکم شرعی را ندارد. چون ارتکاز عقلانی به مرحله عمل عقلانی نرسیده است تا اینکه با احراز عدم ردع، احراز امضاء شارع گردد ولی مانعی از جهت ظهور سازی، تقیید و تخصیص، انصراف و مانند آن وجود ندارد. بنابراین یکی از راههای دستیابی به مذاق شریعت ارتکاز عقلانی است. نکته بسیار مهم در ارتکاز عقلانی اثبات معاصرت آن با زمان معصوم است مگر آنکه مورد از آن مواردی است که شامل ارتکاز عقلانی مستحدث هم می‌گردد و مثال آن شمول ادله حرمت ظلم نسبت به تضییع حقوق معنوی عقلانی مستحدث (ارتکازهای عقلانی مستحدث) است که بیان آن مجال دیگری می‌طلبد.

مرحوم حضرت امام (ره) حجیت بنای عقلانی را از جهت کشف مذاق شرع می‌داند (سید روح الله موسوی الخمینی، کتاب البیع، ۲۹۱، مقرر: محمد حسن قدیری) و همچنین آیت الله مکارم شیرازی در مسأله تغییر مجرای نهر بدون اذن مالک و بقای جواز وضو برای غیر غاصب به مذاق شرع منکشف از حق عقلانی تمسک می‌کند (التعلیقات فی العروة الوثقی، ۱: ۱۸۲، ۱۴۲۸ ه ق).

۲. تمسک به استقراء

استقراء در اصطلاح علم منطق، جستجو و تفحص در افراد و مصادیق و اثبات حکم کلی برای کلی آن افراد است. استقراء از دیدگاه ارسطو بر تام و ناقص تقسیم می‌گردد ولی از دیدگاه شهید صدر (ره) استقراء عبارت از راه‌یابی از خاص به عام است بنابراین استقراء بر دو قسم نیست زیرا در استقراء تام راه‌یابی و سیر از خاص به عام نیست بلکه استقراء تام همان قیاس است. اساس اعتبار استقراء بازگشت آن به قطع وجدانی یا قطع عرفی (اطمینان) است. استقراء در کلمات فقهاء به سه صورت است. استقراء در نصوص و استقرار در فروع و استقراء در فتاوی فقهاء که با واژه شهرت و اجماع مطرح می‌گردد. فقیه با استقراء در مصادیق و افراد یک حکم کلی، با اطمینان، به مذاق شریعت می‌رسد بی‌آنکه ملاک ظنی حاصل از تفحص، معیار او باشد و البته استقراء، یکی از روش‌های مهم در فهم قواعد فقهی نظیر قاعده مایضن است. مرحوم فاضل لنکرانی (ره) در ارتباط با تقدم حفظ نفس بر حفظ اموال، چنین می‌آورد: کما



یستفاد من مذاق الشرع فی الموارد المشابهة ما اذا توقف حفظ النفس المحترمة على اكل المال للغير و اتلافه فانه لاشبهة فی الجواز ولو مع عدم اذن المالك (محمد فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، کتاب الغصب: ۵۵، ۱۴۲۹ هـ.ق) و همچنین بطلان عقد نکاح سکری از نظر محقق زنجانی (دام ظلّه) مستفاد از مذاق شریعت است و این مطلب از استقرای در مجموعه‌ای از احکام بدست آمده است (سید موسی زنجانی، کتاب نکاح، ۱۰: ۳۴۳۹).

۳. تمسک به ادراک عقلی

مذاق شرع مستند به ادراک عقل نیز یکی از موارد استناد مذاق شرع به قطع است. محقق خوئی (ره) در برابر استدلال به قاعده العجز عن الجزء من المركب و استفاده سقوط کفاره جمع در موارد عجز از برخی از افراد، چنین می‌آورد: لانهتمل من مذاق الشرع سقوط الکفارة فی المقام کیف و لازمه ان یكون الأفطار على الحرام اهون من الافطار على الحلال الخ.

۱-۳- یکی از مصادیق تمسک به عقل، لزوم پیامدهای غیرقابل قبول، با فرض عدم پذیرش حکم است، محقق روحانی (ره) ذیل مسأله « لا اشکال فی جواز نقل الزکوة من بلده الی غیره مع عدم وجود المستحق فی » می‌گوید مذاق قطعی شرع نشان از حرمت باقی گذاردن زکات در صورت عدم وجود مستحق و امید نداشتن به یافتن مستحق است و دلیل آنرا این چنین می‌آورد: لئلا یلزم تضييع الحق على مستحقه فیحب النقل دفعا للتضييع (سید محمد روحانی، المرتضی الی الفقه الأرقی، کتاب الزکوة، ۳: ۳۸).

۲-۳- یکی دیگر از مظاهر تمسک به ادراک عقلی، قیاس اولویت است که همان مفهوم موافقت است. شایان ذکر است که اولویت بر دو قسم است اولویت ادراک شده توسط عقل و اولویت ادراک شده توسط عرف نظیر دلالت قوله تعالی « لا تقل لهما اف » بر حرمت ضرب و شتم و این قسم در غالب موارد، به عنوان منصوص العلة مطرح می‌گردد و واضح است که این قسم داخل در مدلول لفظی است و ارتباطی به اولویت عقلی موردنظر ندارد. یکی از ادله محقق خوئی (ره) در مورد اشتراط عقل و ایمان و عدم اتصاف به رذائل اخلاقی در مرجع تقلید، تمسک به مذاق شرع است و یکی از مستندات ایشان اولویت این مقام نسبت به مقام امام جماعت است (سید ابوالقاسم خوئی، موسوعة الامام الخوئی، ۱: ۱۸۶، ۱۴۱۶ هـ.ق).

۳-۳- یکی از عرصه‌های دیگر، استناد به ادراک عقل، تشخیص مصلحت اهم در باب تراحم که در کلمات فقهاء به آن توجه شده است (سید روح الله موسوی خمینی، کتاب البیع،

۲: ۷۲۶) و همچنین موارد دیگری که به جهت اختصار بیان نمی‌گردد. نکته قابل توجه اینکه مذاق‌گرایی مستند به ادراک عقل، زمانی معتبر است که خاستگاه آن قیاس اصطلاحی و مانند آن نباشد. بنابراین مذاق شرع مستند به سبر و تقسیم یا استحسان و مانند آن حجیت ندارد.

۴. استظهار

گاهی مذاق شریعت، بر اساس استظهار از یک روایت یا مجموعه‌ای از روایات متعدد است و شکی در اعتبار ظهور به جهت قطع به حجیت آن، از طریق سیره عقلاء مورد امضای معصوم (ع) نیست. محقق زنجانی (دام ظلّه) و محقق سبزواری (ره) و محقق خوئی (ره) در ارتباط با جواز معالجه پزشک مرد برای زن، ثبوت حد در شرب خمر مستهلک در چیزی بدون سکر و عدم جواز اجاره در واجب به مذاق شرع مستفاد از دلیل لفظی تمسک کرده‌اند (سیدموسی زنجانی، النکاح، ۲: ۷۰۱، ۱۴۱۹ هـ ق و سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام، ۲۸: ۴۳، ۱۴۱۳ هـ ق و سیدابوالقاسم خوئی، ۳۰: ۳۷۹، ۱۴۱۸ هـ ق).

ذکر چند نکته

الف) حجیت ظواهر، امری عقلانی و قطعی است و تفاوتی میان استظهار در یک دلیل یا چند دلیل، بصورت مستقیم یا غیر مستقیم نیست.

ب) استظهار مذاق شریعت، آنگاه حجت است که از استیناس، تأیید و اشعار و مانند آن خارج و یک استظهار تام عقلانی عرفی باشد و قطع به استظهار حاصل گردد.

ج) گاهی خود ادله‌ی مورد استناد چه بصورت انفرادی و چه تجمیعی دلالت بر حکم شرعی در خصوص مورد جزئی خاص، ندارد (نظیر دلالت تواتر اجمالی بر قطع به صدور حداقل یک مصداق) و نگاه کلی و جمعی به مجموع ادله، منجر به فهم مذاق شریعت و مانند آن می‌گردد.

د) روش فهم حکم از مذاق شریعت یک روش عقلانی در محاکم قضائی و حقوقی است به این معنا که گاهی استناد به روح قانون و یا مقصود قانون‌گذار در بین حقوق دانان، قضات و اساتید دانشگاهی مطرح است، بطوری که روح قانون به عنوان منبع قاعده حقوقی، در ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ آمده است: دادگاههای دادگستری مکلفند به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده، حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانون در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد



دادگاههای دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند. این ماده نشان از خاستگاه عقلانی اینگونه از استنباطها دارد گرچه نسخ این روش توسط اصل ۱۶۷ قانون اساسی مورد بحث و گفتگو است.

نتیجه گیری

مذاق شریعت در لغت به معنای چشیدن و آزمودن و در اصطلاح، عبارت از جهت گیری، اراده شارع، مناط و ملاک حکم و مانند آن است که در اصل حکم یا قیود آن تاثیر داشته است. مذاق شریعت نزد بسیاری از فقهاء متاخر و معاصر مثل صاحب جواهر (ره) و حضرت امام (ره) مورد استفاده قرار گرفته است و موافقان و مخالفان جدی دارد، این طریق فقهی در علم اصول مورد بررسی قرار نگرفته و تنها در فروع فقهی از آن به عنوان یکی از طریق های استنباط حکم شرعی استفاده شده است.

استناد مذاق شریعت به مواردی همچون ادله لفظی، ارتکاز عقلانی و متشرعی، قیاس اولویت، قاعده ای امتنان، قواعد باب تراحم است که در موارد متعدد فقه مورد عنایت فقیهان واقع شده است.

برخی از محققان معاصر با مذاق شریعت مخالفت و پیشنهاد حذف آن را داده اند. مقاله (استناد فقهی به مذاق شریعت در بوته نقد، فصلنامه حقوق اسلامی، شماره ۲۲، ۱۳۸۸) در این راستا است و در مقابل برخی دیگر در دفاع از مذاق شرع برآمده و مقاله (مذاق شریعت، جستاری در اعتبار سنجی و کارآمدی، فصلنامه فقه اهل بیت، شماره ۱۷-۷۵) در این جهت است و این مقاله با رعایت انصاف مواردی از نقد بر هر دو مقاله را بیان و در مقام دفاع از مذاق گرایی برآمده و ضابطه مندی آن را ضروری دانسته و مواردی از ضوابط را ذکر کرده است و مهمترین آن، استناد به ادله اثباتی واضح و مطابقت این ادله با مبانی اصولی است که در صورت رعایت ضوابط مطرح شده، مناقشه های صورت گرفته، رفع خواهد شد.

این مقاله از جهاتی مانند تعریف لغوی و اصطلاحی مذاق شریعت و نقطه نظرات پیرامون امتیاز مذاق شریعت با عناوین مشابه و ارائه ضوابط پیرامون رفع ابهامات از مذاق شریعت، نوآوری هایی دارد و امید است مورد استفاده محققان در جهت تکمیل مباحث در زمینه مذاق شریعت قرار گیرد.



و در پایان به چند نمونه غیر از تعریف لغوی و اصطلاحی مذاق که در ابتدای نتیجه‌گیری ذکر شد، اشاره می‌گردد:

۱. تفاوت اصلی و ریشه‌ای استحسان، سدّ ذرایع، قیاس، مصالح مرسله، مقاصد شریعت با مذاق شریعت نگاه استقلالی به آن عناوین و نگاه کشفی به مذاق شریعت از یک سو و رویکرد منابع‌انگاری کلان فقهی به آن عناوین و جزئی‌نگری و برداشت مذاق شریعت در هر مسأله‌ای از استنادهای خاص از سوی دیگر است.

۲. پاسخ نقدهای به مذاق شریعت مانند تمسک به ارتکاز پنهان ذهنی و خطر رو آوردن به ارتکازهای بی‌پایه، وجود مغالطه نظریه‌انگاری فرضیه‌ها، خطر ورود پنهانی و تدریجی منبع‌واره‌های نامعتبر، ضابطه‌مند نبودن مذاق شریعت و مانع بودن مذاق شریعت نسبت به نظام‌سازی شریعت، در این مقاله ذکر شده است.

۳. ضوابط تمسک به مذاق شریعت:

الف) استناد به مذاق شریعت در صورت عدم وجود دلیل مشخص و معین چه بصورت

عام و مطلق و چه بصورت خاص

ب) ذکر مستند بصورت واضح و روشن و پرهیز از عنوان‌های مجمل

ج) وجود پشتوانه قطعی در مستندات مذاق شریعت

والحمد لله رب العالمین و الصلاة والسلام علی محمد و آله الطاهیرین



فهرست منابع

۱. ابن منظور، محمد بن مكرم، (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بيروت، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع.
۲. احمد بن فارس، (۱۴۰۴ق)، معجم المقاييس اللغة، انتشارات دفتر تبليغات اسلامي، قم.
۳. بحر العلوم، سيد محمد، (۱۴۰۲ق)، بلغة الفقيه، نشر مكتبة الصادق (ع)، چاپ چهارم، تهران.
۴. الجصاص، ابوبكر احمد بن علي، (۱۴۳۱ق)، اصول الجصاص، دار الكتب العلمية، بيروت.
۵. جوهرى، أبونصر اسماعيل بن حماد، (۱۴۰۷ق)، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت.
۶. حكيم، سيد محسن، (۱۳۷۴ش)، مستمسك العروة، موسسه دالتفسير، قم.
۷. راغب اصفهاني، حسين بن محمد، (۱۴۱۲ق)، مفردات الفاظ القرآن، نشر دارالشامية، بيروت.
۸. روحاني، سيد محمد صادق، (۱۴۱۹ق)، المرتقى الى الفقه الأرقى، بيروت: دارالجللي.
۹. الزحيلي، وهبة، (۱۳۷۵ش)، اصول الفقه الاسلامي، دارالفكر، دمشق.
۱۰. الزركشي، محمد بن بهادر بن عبدالله، (۱۴۱۳ق)، البحر المحيط فى أصول الفقه، غردقه، كويت.
۱۱. زيدان، عبدالكريم، (۱۳۹۳ش)، الوجيز فى اصول الفقه، انتشارات احسان، چاپ پنجم.
۱۲. سبزواري، سيد عبدالاعلى، (۱۴۱۳ق)، مهذب الاحكام، موسسه المنار، قم، چاپ ۴.
۱۳. السرخسى، محمد بن احمد بن ابى سهل، (۱۴۱۴ق)، المبسوط، دار المعرفة - بيروت.
۱۴. شاطبي، ابراهيم بن موسى، (۱۴۱۷ق)، الموافقات، نشر دار ابن عفان، عربستان.
۱۵. شبيري زنجاني، سيد موسى، (۱۴۱۹ق)، النكاح.
۱۶. الشوكاني، محمد، (۱۴۲۱)، ارشاد الفحول، بيروت، كتاب العربى.
۱۷. شيخ طوسى، ابوجعفر محمد بن حسن، (۱۳۸۷ق)، المبسوط، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، تهران.
۱۸. صاحب بن عباد، ابوالقاسم، (۱۴۱۴ق)، المحيط فى اللغة، عالم الكتب، بيروت.
۱۹. صدر، سيد محمد باقر، (۱۴۱۷ق)، بحوث فى علم الأصول، قم، دائرة المعارف فقه اسلامي، چاپ سوم.
۲۰. _____، (۱۴۲۱ق)، دروس فى علم الاصول، قم، مركز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چاپ اول.





۲۱. العاملی، زین الدین، (۱۴۱۶ ق)، تمهید القواعد، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۲. عاملی، سیدجواد، (۱۴۱۹ ق)، مفتاح الکرام، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول.
۲۳. العجم، رفیق، (۱۹۹۸ م)، موسوعة مصطلحات الاصول الفقه عند المسلمين، مكتبة لبنان ناشرون، بیروت.
۲۴. عشایری منفرد، محمد، ()، چیستی مذاق شریعت و آسیب شناسی فقهی آن، نشریه فقه اهل بیت، بهار ۱۳۹۲، شماره ۷۳، صص ۱۳۹-۱۱۵.
۲۵. علم الهدی، سید مرتضی، (۱۳۷۶ ش)، الذریعة إلى أصول الشریعة، دانشگاه تهران، موسسه انتشارات و چاپ، تهران، اول.
۲۶. علوی، سید عادل، (۱۴۲۱ ق)، القوی الرشید فی الاجتهاد، کتابخانه مرعشی، چاپ اول، قم.
۲۷. علی دوست، ابو القاسم؛ عشایری منفرد، محمد، ()، استناد فقهی به مذاق شریعت در بوته نقد، قوق اسلامی، پاییز ۱۳۸۸ - شماره ۲۲، صص ۳۶-۷.
۲۸. عندلیب همدانی، محمد؛ ستوده، حمید، ()، مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی، فقه اهل بیت تابستان و پاییز ۱۳۹۱ - شماره ۷۰ و ۷۱، صص ۱۴۱-۱۰۶.
۲۹. غروی نائینی، محمدحسین، (۱۴۲۳ ق)، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، انتشارات دفتر تبلیغات، چاپ اول، قم.
۳۰. غزالی، محمد بن محمد، (۱۳۹۰ ش)، المستصفی من علم الاصول، نشر احسان.
۳۱. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۴۲۹ ق)، تفصیل الشریعة، کتاب الغصب، مرکز فقهی الاثمة الاطهار، قم.
۳۲. فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۰۹ ق)، العین، موسسه دارالهجرة، قم.
۳۳. فیومی، احمد بن محمد مقرئ، (۱۳۹۷ ش)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، انتشارات موسسه دارالهجرة.
۳۴. قمی طباطبائی، سید تقی، (۱۴۲۶ ق)، مبانی منهاج الصالحین، محلاتی، قم.
۳۵. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، (۱۴۲۰ ق)، کشف الغطاء عن مهمات الشریعة الغراء، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۳۶. محسنی، محمد آصف، (۱۴۲۶ ق)، الفقه و مسائل طبیة، بوستان کتاب، قم.
۳۷. المحقق الحلی، أبی القاسم جعفر بن الحسن، (۱۴۰۳ ق)، معارج الاصول، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث - قم.



۳۸. محقق سبزواری، محمدباقر، ()، ذخیره المعاد فی شرح الإرشاد، قم، آل البيت لإحياء التراث.
۳۹. مصطفوی، حسن، (۱۳۶۸ش)، التحقيق فی کلمات القرآن الحکیم، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران.
۴۰. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۷ق)، دائرة المعارف فقه مقارن، نشر مدرسه الامام علی بن ابیطالب (ع)، قم.
۴۱. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۸ق)، التعليقات فی العروة الوثقی، نشر مدرسه الامام علی بن ابیطالب (ع)، قم.
۴۲. منتظری، حسینعلی، (۱۳۶۷ش)، مبانی فقهی حکومت اسلامی، چاپ اول، قم، مؤسسه کیهان.
۴۳. موسوی خلخالی، سیدمحمد مهدی، (۱۴۱۱ق)، فقه الشیعه، الاجتهاد و التقليد، بی نا، بی جا.
۴۴. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۸۸)، کتاب البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، تهران.
۴۵. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۶ق)، موسوعة الامام الخوئی، انتشارات مؤسسة الخوئی الإسلامية .
۴۶. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۸ق)، التنقیح فی شرح العروة، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی (ره).
۴۷. نائینی، محمدحسین، (۱۳۷۶ش)، فوائد الأصول، انتشارات جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
۴۸. نبوی، سیدعباس، فقه، زمان و نظام سازی، کیهان اندیشه، مرداد و شهریور ۱۳۷۵، شماره ۶۷، صص ۲۱-۳.
۴۹. نجفی، محمدحسن، (۱۴۲۱ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۵۰. نراقی، ملا احمد بن محمد، (۱۴۱۸ق)، عوائد الايام، قم: آل البيت لإحياء التراث، الطبعة الأولى.
۵۱. النمله، عبدالکريم بن علی بن محمد. (۱۴۲۱ق). المذهب علم الاصول الفقه المقارن. الرياض: مكتبة الرشد.
۵۲. هاشمی شاهرودی، محمود، (۱۳۸۲ش)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.