

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه قم

دانشکده حقوق

رساله دوره دکتری حقوق جزا و جرم شناسی

عنوان:

جایگاه مذاق شریعت و کارکردهای آن در فقه جزایی امامیه با نگاهی به حقوق کیفری ایران

استاد راهنما:

دکتر عادل ساریخانی

استاد مشاور:

دکتر جلال الدین قیاسی

نگارنده:

مسعود نیک پرور

زمستان ۱۳۹۷



صورت جلسه دفاع از رساله دوره دکتری

با تأییدات خداوند متعال و با استعانت از حضرت ولی عصر (عجل الله تعالی فرجه الشریف)

جلسه دفاعیه رساله دوره دکتری آقای مسعود نیک پرور رشته: حقوق کیفری و جرم شناسی تحت عنوان: جایگاه مذاق شریعت و کارکردهای آن در فقه جزایی امامیه با نگاهی به حقوق کیفری ایران با حضور هیأت داوران در محل دانشگاه قم در تاریخ ۱۳۹۷/۱۱/۲۴ تشکیل گردید.

در این جلسه، پایان نامه با نمره (به عدد: ۱۸، به حروف: هجده) و با درجه: عالی ○ بسیار خوب ✓ خوب ○ قابل قبول ○ مورد دفاع قرار گرفت.

نام و نام خانوادگی	سمت	مرتبه علمی	امضا
عادل ساریخانی	استاد راهنما	دانشیار	
جلال الدین قیاسی	استاد مشاور		
احمد دیلمی	ناظر		
سیف الله صرّامی	ناظر		
محمدخلیل صالحی	ناظر		

معاون آموزشی و پژوهشی دانشکده

مدیر امور آموزش و تحصیلات تکمیلی

چکیده

فقها گاه در مقام استنباط احکام به ادله شرعی به عنوان گذاره های منفرد و جدا از هم استناد می نمایند و گاه در اثر ممارست در نصوص شرعی و تلقی آن به عنوان یک مجموعه به هم پیوسته، دیدگاه های کلی شارع را که متکی به دلیل مشخص نمی باشد در می یابند و به عنوان مذاق شریعت به کار می بندند. مع ذلک فقه جزایی و به تبع آن حقوق کیفری بلحاظ ارتباط مستقیم با نفوس و اعراض انسان ها، همواره تأکید و تکیه بر «نص» دارد و در صورت فقدان نص یا اجمال آن، تمسک به اصول عملیه (اصل برائت) را تجویز می کند. با این حال، اوصاف و امتیازات مذاق شریعت تنها بر معتبر بودن استناد به مذاق شریعت به عنوان دلیل شرعی در فقه جزایی صحه می گذارد بلکه بر اولویت و حکومت مذاق شریعت بر دیگر دلائل تأکید دارد. در استدلال های فقهی گاه از سازوکارهایی مانند مناط، سیاق، قیاس در معنای معتبر آن برای شناسایی علت حکم و تعمیم آن به موارد مشابه استفاده شده است چنانکه به مقاصد شارع و قواعد کلی مانند لاضرر و عدالت نیز بی توجه نبوده اند مع ذلک همه آنها بر خلاف مذاق شریعت، ریشه در مدلول صریح یا غیر صریح الفاظ دارند و تکیه گاه خود را بر نص یا نصوص معین قرار می دهند. در عرصه فقه جزایی امامیه فقها ضمن آشنایی با مذاق های شرعی معتبر، در حوزه های مختلف به مذاق شریعت استناد نموده اند؛ چنانکه نسبت به کاربرست این مفهوم در زمینه موضوعات فاقد سابقه تنصیصی، شیوه تحلیل موضوع حکم، حل تعارض ادله، رفع تراحم احکام و تفسیر ادله شرعی مبادرت نموده اند. توجه به مذاق شریعت و پرهیز از تفسیر تک گزاره ای نصوص، سبب هماهنگی احکام با غایات و دیدگاه های کلی شارع و کارآمدی بیشتر فقه جزایی می گردد.

کلید واژگان

مذاق شریعت، مقاصد شریعت، قواعد عام، تشریع، تفسیر اراده شارع

فهرست مطالب

مقدمه.....	۱
فصل نخست- کلیات (مبادی تصویری و تصدیقی مذاق شریعت).....	۷
مبحث اول- ماهیت لغوی و اصطلاحی مذاق شریعت.....	۹
گفتار اول- تبیین لغوی واژه مذاق.....	۹
گفتار دوم- تبیین لغوی واژه شرع.....	۱۱
گفتار سوم- تبیین اصطلاحی مذاق شریعت.....	۱۳
۱- مذاق شریعت از منظر اهل سنت.....	۱۴
۲- مذاق شریعت از منظر فقهای امامیه.....	۱۵
گفتار چهارم- مذاق شریعت و تعامل آن با مفاهیم و اصطلاحات مشابه.....	۲۱
۱- روح شریعت.....	۲۱
۲- دأب، دیدن و حکمت شرع.....	۲۳
۳- شمّ فقاها.....	۲۷
۴- طعم فقاها.....	۳۱
گفتار پنجم- بحث مذاق شریعت در علوم.....	۳۲
مبحث دوم- مذاق محوری شرع.....	۳۵
گفتار اول- موافقان مذاق شریعت.....	۳۵
گفتار دوم- مخالفان مذاق شریعت.....	۴۰

گفتار سوم-ادله مذاق محور بودن شریعت.....	۴۴
۱- دلالت های قرآن.....	۴۴
۲- پرهیز از نتایج نامعقول در فرآیند استنباط احکام.....	۴۷
۳- مذاق محوری شریعت؛ لازمه حکیم بودن خداوند.....	۴۸
مبحث سوم- راه های دستیابی به مذاق شریعت و حجیت آن.....	۵۱
گفتار اول-دستیابی به مذاق شریعت.....	۵۱
گفتار دوم-حجیت مذاق شریعت.....	۵۶
فصل دوم-جایگاه مذاق شریعت در فقه جزایی امامیه.....	۶۲
مبحث اول - مذاق شریعت به مثابه دلیل شرعی در فقه جزایی امامیه	۶۳
گفتار اول-قطعی و یقینی بودن	۶۵
گفتار دوم-مدولول صریح و یا ضمنی منابع اجتهاد نبودن	۶۸
گفتار سوم-کلیت داشتن.....	۷۱
گفتار چهارم-دائمی بودن.....	۷۳
گفتار پنجم-استثناءناپذیر بودن	۷۴
گفتار ششم-انتزاعی بودن	۷۵
گفتار هفتم-نماینده ارزش های حاکم بر نظام حقوقی اسلام	۷۹
گفتار هشتم-تعدیل و اثبات کننده احکام	۸۰
مبحث دوم-نسبت مذاق شریعت و نظریه مقاصد شریعت.....	۸۲

- گفتار اول- واژه شناسی و پیشینه مقاصد شریعت..... ۸۶
- گفتار دوم- دلالت های مقاصد شریعت در فقه جزایی..... ۹۴
- ۱- مقاصد شریعت به عنوان منبع حکم..... ۹۴
- ۲- تقیید و توسعه نصوص..... ۹۶
- ۳- جلوگیری از احتیاط های ناروا..... ۹۷
- ۴- جلوگیری از حیل های شرعی..... ۹۸
- ۵- فهم صحیح نصوص..... ۹۸
- ۶- معیاری برای رد یا قبول روایات..... ۱۰۱
- ۷- درک عقل عملی..... ۱۰۳
- گفتار سوم- مبانی مقاصد شریعت..... ۱۰۴
- ۱- مبتنی بودن مقاصد شریعت بر جلب مصالح و دفع مفسد..... ۱۰۵
- ۲- علت پذیری احکام (تعلیل) و ارتباط آن با مقاصد شریعت..... ۱۰۶
- گفتار چهارم- اقسام مقاصد شریعت..... ۱۰۷
- گفتار پنجم- وجوه اقتران و افتراق مذاق شریعت و مقاصد شریعت..... ۱۱۱
- مبحث سوم- نسبت مذاق شریعت و قواعد عام فقه جزایی..... ۱۱۵
- گفتار اول- نسبت مذاق شریعت و قاعده لاضرر..... ۱۱۵
- ۱- پیشینه و معنای لغوی قاعده لاضرر..... ۱۱۶
- ۲- رویکردهای تفسیری در خصوص قاعده لاضرر..... ۱۱۸

۳- دلالت های قاعده لاضرر در فقه جزایی..... ۱۲۱

۴- وجوه اقتران و افتراق مذاق شریعت و قاعده لاضرر..... ۱۲۴

گفتار دوم-نسبت مذاق شریعت و قاعده عدالت و نفی ظلم..... ۱۲۵

۱- معنای لغوی و اصلاحی عدالت..... ۱۲۵

۲- دلالت های قاعده عدالت در فقه جزایی..... ۱۲۸

۳- وجوه اقتران و افتراق مذاق شریعت و قاعده عدالت..... ۱۳۲

فصل سوم-کارکردهای مذاق شریعت در فقه جزایی امامیه با نگاهی به حقوق

کیفری ایران..... ۱۳۴

مبحث اول-دلالت های مذاق شریعت در فقه جزایی امامیه..... ۱۳۵

گفتار اول-مذاق شریعت به عنوان منبع حکم..... ۱۳۵

گفتار دوم-دلیلی در برابر اصل استصحاب ۱۴۱

گفتار سوم-دلیلی در برابر اصل برائت ۱۴۳

گفتار چهارم-از میان برنده تعارض در ادله ۱۴۵

گفتار پنجم-معیاری برای شناخت اهم در تراحم..... ۱۴۸

گفتار ششم-اثرگذاری در موضوع حکم..... ۱۵۳

گفتار هفتم-مقیدکننده اطلاق..... ۱۵۴

گفتار هشتم-تخصیص در ادله ۱۵۵

گفتار نهم-ترجیح در احتمالات معنایی روایت..... ۱۵۸

گفتار دهم - کشف معنای الفاظ.....	۱۵۸
گفتار یازدهم - کشف علت و تعمیم حکم با تمسک به قیاس اولویت	۱۶۱
مبحث دوم - مذاق های موجود در فقه جزایی امامیه.....	۱۶۶
گفتار اول - احتیاط در دماء.....	۱۶۶
گفتار دوم - عدم اکتفاء به اخبار احاد در مسئله دماء.....	۱۷۱
گفتار سوم - اهتمام شارع به اصلاح مجرم در مجازات های تعزیری.....	۱۷۴
گفتار چهارم - اهتمام شارع به حفظ نظام به مثابه مبنایی برای جرم انگاری.....	۱۷۷
گفتار پنجم - اهتمام به آبروی مومنان و جایز نبودن غیبت در صورت شک در تجاهر به	
فسق.....	۱۸۳
گفتار ششم - حرمت افکندن فرد ناآگاه از حکم و یا موضوعی در کار حرام.....	۱۸۵
گفتار هفتم - گرفتن مال از غاصب به سخت ترین احوال.....	۱۹۰
گفتار هشتم - اهتمام شارع نسبت به زنان.....	۱۹۲
گفتار نهم - دائرمدار نبودن برخی از محرّمات بر عسر و حرج.....	۱۹۸
نتیجه گیری و پیشنهادات.....	۲۰۰
فهرست منابع	۲۰۳

مقدمه

تردیدي 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 تردیدي نیست که فقه شیعه، پویا بوده و در تمامی زمان‌ها پاسخ‌گویی 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 فقاقت وجود داشته و این نگاه به شریعت در قالب‌های گوناگونی همچون طریقه، عادت، دأب و اصطلاح «مذاق شریعت» جلوه گر شده است. مذاق شریعت دیدی همه سویه 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 تک گزاره‌ای؛ بلکه در رویکرد مجموعه گرایانه 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 روبه رو گردیده است.

تاریخ فقاقت شیعه در سیر تحولی خود شاهد نگرش‌های گوناگون بوده است. در سده‌های نخستین حیات فقه شیعه فقها در مقام استنباط احکام، تنها به نصوص شرعی به صورت تک گزاره‌ای می‌نگریسته‌اند و به سازگاری آن ادله با ملاک‌های کلی به دست آمده از سیره‌ی شارع در تشریع احکام توجهی نداشتند. به عنوان مثال این فقها به خاطر نزدیکی با عصر امامان معصوم (ع) با استناد به روایات اقدام به صدور فتوا به صورت موجز و در قالبی مانند روایات می‌نموده‌اند. در دوره‌های بعدی فقها با رویکردی تطبیقی به فقه اهل سنت، دست به توسعه فروعات مسائل فقهی زده و به نقد و بررسی آن پرداختند. کتاب المبسوط فی الفقه الامامیه اثر شیخ طوسی با چنین رویکردی نگاشته شده است. با این حال استنباط احکام تا این مقطع مبتنی بر نگرش تک گزاره‌ای

به ادله و نصوص شرعی است. در دوره های دیگر با شکل گیری و بسط دانش اصول فقه از یک طرف و با تمسک به میراث علمی گذشتگان، شاهد تحلیل های عمیق و مشکافانه در ادله احکام هستیم. صاحب جواهر از جمله فقهای است که در اثر خود جواهر الکلام به این شیوه عمل نموده است. ایشان گذشته از تحلیل عمیق فقه، رویکرد نوینی در عرصه اجتهاد اتخاذ نموده است. صاحب جواهر از نخستین فقهای است که مبنا و ملاک را صرفاً بر ظاهر نصوص قرار نداده است بلکه به ساز و کارهای دیگر نیز پرداخته که از کلیت نصوص و ادله به دست آورده است. ایشان به شیوه و «مذاق شارع» در جعل احکام توجه کرده و از رهگذر آن به استنباط احکام پرداخته است. به عنوان مثال صاحب جواهر معتقد است که اگر چه شخص می تواند حقوق مالی و حتی مجازات هایی که حق شخصی اوست از مستحق علیه حتی با توسل به زور مطالبه کند و در میان اگر ضرری به بار آید ضامن نخواهد بود. مع ذلک اگر استیفای حق منجر به بروز فتنه و اتلاف اموال و انفس گردد، باید از آن پرهیز نماید. سپس می گوید: «یمكن دعوى العلم من مذاق الشارع بعدم جواز فعل ما یترتب به ذلک (تلف الانفس و الاموال) و إن كان مباحاً فی نفسه او مستحباً بل واجباً...؛ ممکن است ادعا شود که از مذاق شارع، عدم جواز عملی که منتهی به تلف نفوس و اموال شود فهمیده می شود اگرچه آن عمل فی نفسه مباح یا مستحب و یا حتی واجب باشد...»^۱ فقهای پس از صاحب جواهر نیز در آثار خود کراراً به «مذاق شریعت» استناد نموده اند و به این ترتیب این اصطلاح وارد حوزه فقهات شیعه گردید. به عنوان نمونه روایاتی وجود دارد که زناکار باید به همان گونه که دستگیر شده تازیانه بخورد؛ یعنی اگر برهنه او را دستگیر کرده اند باید بر بدن برهنه او تازیانه بزنند.^۲ ابن بابویه، روایت را مطلق و حکم را بر زن و مرد یکسان می داند اما مشهور فقهای امامیه این اطلاق را نمی پذیرند. برخی معتقدند که زن در هر حال از روی پوشش و لباسی که بر تن دارد تازیانه می خورد. آیت الله مومن قمی در این زمینه می نویسد: «... ما علم من مذاق

^۱ - نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق، ج ۴۰، ص ۳۸۷

^۲ - عن ابی جعفر (ع) انه قال: «... یضرب الزانی علی الحال التی وجد علیها ان وجد عریاناً ضرب عریاناً و ان وجد و علیة ثیابه ضرب و علیة ثیابه... بر زانی همانگونه که یافت شده است تازیانه زده می شود. اگر عریان یافت شود در همان حالت و اگر پوشیده یافت شود در همان حالت تازیانه زده می شود.» (حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، چاپ اول، قم، موسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق، ج ۲۸، صفحه ۹۳)

الشرع من شده تحفظه علي ستر المرأة؛ و لذلك أيضاً اعتبر فيها الجلوس حال إجراء الجلد عليها؛ ما از مذاق شریعت، شدت رعایت در پوشش زن را به دست می آوریم و همین اهتمام سبب شده است که شرع، نشستن زن را برای تازیانه خوردن معتبر بداند»^۱

در عرصه حقوق موضوعه ایران نیز گاه با سنجه مذاق شریعت می توان به نقد قوانین پرداخت به عنوان مثال تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ استفاده از نهادهای ارفاقی من جمله توبه را در جرایم مستوجب تعزیر منصوص شرعی ممنوع اعلام نموده است. حال آنکه یکی از مذاق های شریعت در عرصه تعزیرات، اهتمام شارع بر اصلاح مجرمین می باشد و در صورتی که این مهم، حاصل گردد توسل به اقدامات واکنشی شدیدتر جایز نمی باشد. یکی از فقهای معاصر در این زمینه می نویسد «از دقت در لسان روایات مربوط به حدود و تعزیرات به دست می آید که تشریع آنها برای اصلاح فرد و جامعه و بازداشتن افراد خاطی و مجرم از تکرار جرم و تأدیب آنها می باشد، نه اینکه دارای اسراری مرموز باشد که قابل فهم برای عرف و عقلا نباشد... بنابراین اگر توسط کارشناسان مربوطه تشخیص داده شود که با مجازات خفیفی می توان مجرم را تأدیب و اصلاح نمود، دلیلی که از شرع و عقل بر جواز مجازات شدید باشد وجود ندارد»^۲

با این حال جایگاه فقهی مذاق شریعت چندان روشن به نظر نمی رسد. در یک بحث کلان، باید مشخص گردد آیا اساساً شریعت، تنها از تک گزاره هایی 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 می کنند و این انسجام همانا ناشی از روح کلی حاکم بر ادله شرعی است. در فرض ثبوت چنین مفهومی، نحوه تعامل آن با مفاهیم مشابه من جمله نظریه مقاصد شریعت در فقه اهل سنت چگونه است؟ آیا امکان تحصیل آن به عنوان مذاق قابل استناد به شارع وجود دارد و با چه روش هایی می توان به آن دست یافت؟ آیا ماحصل کندوکاو فقیه در این راستا، واجد حجیت شرعی می باشد و خصوصاً با امعان نظر بر نص محور بودن فقه جزایی و به تبع

^۱ - مؤمن، محمد، مبانی تحریر الوسیله، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، صفحه ۲۷۷

^۲ - منتظری، حسینعلی، مجازات های اسلامی و حقوق بشر، چاپ اول، قم، ارغوان دانش، ۱۳۸۷، صفحات ۱۱۲-۱۱۱

آن حقوق کیفری ایران آیا می توان محملی برای آن یافت و در صورت مفروغ عنه فرض کردن این مسئله، چه کارکردهایی می توان برای مذاق شارع در این عرصه تصوّر کرد؟

سؤالات تحقیق

سؤال اصلی:

۱- جایگاه و موقعیت فقهی مذاق شریعت چگونه است؟

سؤالات فرعی:

۱-۱- آیا مذاق شریعت به عنوان دلیل شرعی در فقه جزایی امامیه قابل استناد است؟

۱-۲- آیا با وجود نظریه مقاصد شریعت و قواعد کلی مانند لاضرر و قاعده عدالت در عرصه فقه جزایی، نیازی به تمسک به مذاق شریعت وجود دارد؟

سؤال اصلی:

۲- کارکردهای آن در فقه جزایی امامیه و تبعاً حقوق کیفری ایران کدام است؟

سؤالات فرعی:

۲-۱- آیا می توان به مذاق شریعت در استدلال های حکمی و موضوعی که واجد جنبه جزایی است استناد نمود؟

۲-۲- آیا می توان مذاق های موجود در فقه جزایی را که بر قانون گذاری کیفری نیز اثرگذار باشد شناسایی نمود؟

فروضیات تحقیق

۱- مذاق شریعت به معنای دیدگاه کلی شارع است که از مجموعه ادله شرعی تحصیل می گردد. به عبارت دیگر مذاق شریعت، نه به عنوان قسیم ادله شرعی بلکه خود محصول آن و به عنوان یک منبع معتبر در کنار دیگر منابع شرعی قابل استناد است.

۱-۲- مذاق شریعت تنها به عنوان دلیل معتبر در فقه جزایی قابل استناد است بلکه بر دیگر ادله نیز حکومت دارد؟

۱-۲- علی رغم هم پوشانی مذاق شریعت با نظریه مقاصد شریعت و قواعد کلی مانند لاضرر و قاعده عدالت، وجوه افتراقی نیز قابل شناسایی است.

۲- مذاق شریعت در عرصه فقه جزایی امامیه و تبعاً در حقوق کیفری ایران در مقام تشریع (قانون گذاری) و تفسیر نصوص جزایی قابل استناد است.

۲-۱- مذاق شریعت به عنوان دلیل معتبر در استدلال های حکمی و موضوعی در فقه جزایی قابل استناد است.

۲-۲- با بررسی در عبارات فقها می توان مذاق های موجود در فقه جزایی را شناسایی کرد.

ضرورت انجام تحقیق:

با توجه به اینکه مفهوم مذاق شریعت، ادله حجیت آن، وجوه تمایز آن با مفاهیم مشابه به روشنی تبیین نشده است همچنین کارکردهای این مفهوم در عرصه فقه جزایی امامیه و حقوق کیفری ایران روشن نمی باشد بنابراین پرداختن به این موضوعات که منتج به ایضاح برخی ابهامات و گشودن دورنماهای جدید فراروی پژوهشگران می گردد ضروری می نماید.

اهداف و کاربردهای تحقیق:

هدف این پژوهش در وهله نخست تبیین جایگاه و موقعیت فقهی مذاق شریعت (قابلیت استناد، روش های استنباط و اعتبارسنجی آن) و در وهله بعد، بررسی کارکردهای آن در فقه جزایی امامیه و حقوق کیفری ایران می باشد. به نحوی که بتوان از رهگذر آن، به نقد برخی فتاوی در فقه امامیه و قانون گذاری های کیفری در حقوق ایران پرداخت.

جنبه جدید بودن تحقیق:

هر یک از منابع موجود با رویکرد خاصی، مفهوم مذاق شریعت را بررسی نموده اند. گاه عناصر و اجزا تشکیل دهنده مذاق شریعت تشریح شده است، گاه به اعتبارسنجی این مفهوم و گاه نیز به نقد و آسیب شناسی آن پرداخته اند. اما تحقیق حاضر ضمن پرداختن به جایگاه فقهی مذاق شریعت، در صدد است به کارکردهای آن در عرصه فقه جزایی امامیه و حقوق کیفری ایران بپردازد. امری که در هیچ یک از ادبیات موجود مسبوق به سابقه نمی باشد

پیشینه مسأله و تحقیق:

مقالات و نوشتارهای متعدد مرتبط با موضوع مذاق شریعت به چاپ رسیده که هر یک با نگرش خاصی به آن پرداخته اند. برخی از این منابع به شناسایی مفهوم مذاق شریعت و واکاوی عناصر و ارکان آن پرداخته اند. برخی دیگر از این منابع، مترصد اعتبارسنجی این مفهوم و ادله آن شده اند و در مقابل برخی دیگر به نقد این مفهوم پرداخته و به دنبال اثبات این معنا هستند که به دلیل عدم امکان مفاهمه علمی این مفهوم و منضبط نبودن آن، استناد به مذاق شریعت در استدلال فقهی روا نمی باشد. از جمله این آثار، می توان به موارد ذیل اشاره نمود:

علیدوست، ابوالقاسم؛ عشایری منفرد، محمد، «استناد فقهی به مذاق شریعت در بوته نقد»، مجله حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۲۲، ۱۳۸۸

عندلیب همدانی، محمد؛ ستوده، حمید، «مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی»، مجله فقه اهل بیت، سال هجدهم، شماره ۷۰ و ۷۱، ۱۳۹۱

حکمت نیا، محمود، «مذاق شریعت»، مجله فقه و حقوق، سال سوم، شماره ۹، ۱۳۸۵

عشایری منفرد، محمد، مجله فقه اهل البیت، «چیستی مذاق شریعت و آسیب شناسی فقهی آن»، سال نوزدهم، شماره ۷۳، ۱۳۹۲

علی شاهی، ابوالفضل، «مفهوم و حجیت مذاق شریعت در فرآیند استنباط احکام فقهی»، چاپ اول، قم، مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۹۰

سازماندهی تحقیق

در این پژوهش همچون دیگر پژوهش ها، بخش ها و فصل هایی ترتیب داده شده است. در بخش اول به موقعیت و جایگاه فقهی مذاق شریعت و مباحثی مانند چیستی مذاق شریعت، عناصر و ویژگی های مذاق، ادله حجیت آن، تبیین مفاهیم مرتبط پرداخته شده است. در بخش بعدی، برخی مذاق های پیشنهادی از سوی فقها و کارکردهای این نهاد در عرصه فقه جزایی امامیه و نقشی که در حقوق کیفری ایران می تواند داشته باشد، مورد عنایت قرار گرفته است و در نهایت نتایج و پیشنهادها، آخرین مباحث ارائه شده می باشد.

فصل نخست

کلیّات (مبادی تصویری و تصدیقی مذاق شریعت)

مبحث اول-ماهیت لغوی و اصطلاحی مذاق شریعت

بسیاری از اختلاف نظرهای موجود و تشّت دیدگاه ها ناشی از عدم تعریف الفاظ پژوهش و یا تعریف نادرست آنها می باشد. در حالی که با تعریف و تبیین صحیح آنها می توان اختلاف دیدگاه ها را کاهش و یا به کلی مرتفع ساخت. بنابراین یکی از اساسی ترین گام ها در هر پژوهش، تعریف واژگان آن پژوهش می باشد. تعریف صحیح واژگان تنها از اختلاف نظرها پیشگیری می کند بلکه باعث می شود پژوهشگر بتواند به دیدگاهی درست دست یابد و در سیر پژوهش، از یک مبنای واحدی برخوردار باشد و در شناخت و تمیز مفاهیم متشابه و غیر متشابه توفیق یابد. در واقع تعریف درست واژگان، می تواند در کشف و فهم زوایای پنهان موضوع، به مخاطب کمک بنیادین کند. از این رو، بازشناسی واژگان مذاق و شریعت، شایسته و به جا خواهد بود.

گفتار اول-تبیین لغوی واژه مذاق

واژه مذاق، مصدر از ریشه «ذاق-یذوق» و به معنای مزه، طعم، چشیدن و آزمودن می باشد. در المنجد به سه مصدر «ذوقاً و ذواقاً و مذاقاً» و دو معنا یکی چشیدن و دیگری آزمودن برای این ریشه اشاره شده است چنانکه که وقتی گفته می شود؛ «ذاق العذاب» یعنی طعم عذاب را چشید و آنگاه که گفته می شود؛ «ذاق الرجل و ما عند الرجل» یعنی آن مرد را آزمود.^۱

خلیل بن احمد در تحلیل واژه مذاق می نویسد: «مذاق یکی از مصادری است که از فعل «ذاق-یذوق» می باشد»^۲. او برای این فعل به دو مصدر دیگر، یعنی «ذوق» و «ذواق» به معنای طعم و مزه، اشاره می کند.

جوهری نیز در صحاح به تحلیل این واژه پرداخته است. او همین معنا را یادآوری کرده و برای این واژه، معنای دیگری را که «آگاهی یافتن» است، ذکر می کند: «و ذقت ما عند فلان، ای خبرته»^۳.

^۱ - معلوف، لويس، المنجد فی اللغة، چاپ سی و هفتم، قم، ذوی القربی، ۱۳۸۰، ذیل واژه ذاق

^۲ - فراهیدی، خلیل بن احمد، العين، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، چاپ اول، قم، موسسه دارالهجره، ۱۴۱۰ق، ذیل واژه ذاق

یکی از محققان معاصر در خصوص این واژه می نویسد: «تحقیق این است که اصل این ماده، احساس گونه ای از خصوصیات چیزی است که حس می شود؛ خواه با حس چشایی باشد یا لامسه یا حس باطنی... پس روشن شد که ذوق اعم از این است که با حواس جسمانی و غیر جسمانی باشد. روح انسان نیز دارای قوا و حواسی است که با آن امور غیر مادی را درک می کند آنها را می بیند و می شنود و لمس می کند و می چشد و می بوید.»^۲

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

احمد بن فارس در این زمینه به نکته های دقیق تری اشاره می کند. او می نویسد: «هو اختبار الشيء من جهة تَعَطُّمٍ؛ ذوق به معنای شناسایی کامل چیزی و پی بردن به حقیقت آن از جهت مزه و طعم می باشد.» هم چنین اگر کسی از چیزهایی که نزد دیگری است، آگاهی یابد، این واژه به کار می رود: «ذُقت ما عند فلان: اختبرته.»^۳

ایشان در جایی دیگر، معنای دیگری از مذاق را ذکر می کند که اگر دوستی، همراه با دلتنگی باشد، به آن مذاق گفته می شود؛ «المذاق الذی یمذق بملل یكون فيه» البته دیگر ریشه آن ذوق نیست بلکه، از ریشه مَذَقَ می باشد که به معنای آمیختن چیزی با چیز دیگر است.^۴

از موارد گوناگون استعمال واژه مذاق در موضوع بحث به دست می آید که این معنا -ریشه مذق- نمی تواند منظور کسانی قرار گیرد که آن را در فقه و اصول، به کار گرفته اند.

از لغت شناسان طریحی نیز به تحلیل واژه ذوق پرداخته است و آن را قوه ادراکی می داند که می تواند ظرایف و زیبایی های نهفته در کلام را دریابد.^۱ یکی دیگر از لغت شناسان، این واژه را به

^۱ - جوهری، اسماعیل بن حماد، **الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیه**، تحقیق احمد عبدالغفور عطار، چاپ اول، بیروت، دارالملايين، ۱۴۰۷ق، ذیل واژه ذاق

^۲ - مصطفوی، حسن، **التحقیق فی کلمات القرآن الکریم**، چاپ اول، تهران، سازمان چاپ و انتشارات (وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی)، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۳۲۵

^۳ - احمد بن فارس بن زکریا، ابوالحسن، **معجم مقایس اللغة**، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ق، ذیل واژه ذاق

^۴ - همان، ذیل واژه مذق

معنای آگاهی یافتن از اصل و مزه چیزی می داند که به اندازه اندک باشد و در جایی که آزمودن زیاد باشد از لفظ «اکل» بهره برده می شود.^۲

فراهیدی (صاحب المعجم الوسيط) با توضیحی افزون تر از طریحی، در این باره می نویسد: «مقصود از ذوق، آن حسی است که به واسطه دستگاهی در دهان تنظیم می شود و مرکزش زبان است و خواص اجسامی را که دارای طعم هستند، تشخیص می دهد. در ادبیات هنری، منظور از ذوق آن حس معنوی است که باعث گشایش روح یا گرفتگی آن، هنگام دقت در اثری از آثار عاطفی یا فکری، می گردد. وقتی گفته می شود: فلانی ذوق خوبی در شعر دارد، منظور این است که او آگاه به فنون شعری و نقد آن می باشد.»^۳

گفتار دوم-تبیین لغوی واژه شرع

این واژه در لغت به معنای درگاه و سردر ورودی (عتبه) و نیز به معنای آبشخور و جایگاهی که بدون طناب از آن آب نوشیده می شود «مورد الماء الَّذي يستقي منه بلا رشاء» آمده است.^۴ در المنجد به دو مصدر «شروعاً و شُرُوعاً» و دو معنا؛ یکی پایه و بیان چیزی را گذاشتن و دیگری روشن و آشکار کردن برای این ریشه اشاره شده است. چنانکه وقتی گفته می شود: «شرع لهم الطريق» بدین معناست که راه را برای آنها ساخت و افتتاح کرد و آنگاه که گفته می شود «شرع يشرع شرعاً و شُرُوعاً الطريق» به معنی روشن و آشکار شدن راه می باشد.^۵ خلیل بن احمد، به اصل واژه اشاره می کند و آن را به معنای وارد شدن بر آب می داند؛ به گونه ای که شخص با دهان آب را بیاشامد. شریعت که جمع آن، شرایع است، به کنار رود گفته می شود که برای آب نوشیدن چهارپایان

^۱ - طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، چاپ سوم، تهران، کتاب فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ق، ذیل واژه ذاق

^۲ - زبیدی، محمد بن محمد مرتضی، تاج العروس، چاپ اول، بیروت، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ق، ذیل واژه ذاق

^۳ - مصطفی، ابراهیم؛ الزباب، احمد؛ عبدالقادر، حامد؛ النجار، محمد، المعجم الوسيط، تحقیق: مجمع اللغة العربیه، چاپ اول،

استامبول، دارالدعوة، ۱۴۱۰ق، ذیل واژه ذاق

^۴ - مصطفی، ابراهیم؛ الزباب، احمد؛ عبدالقادر، حامد؛ النجار، محمد، همان، ذیل واژه شرع

^۵ - معلوف، لويس، همان، ذیل واژه شرع