

قاعده درأ در فقه امامیه و حقوق ایران*

احمد حاجی ده آبادی**

چکیده

«قاعده درأ» یکی از مشهورترین قواعد فقه جزایی است و در کتابها و مقالات از آن فراوان بحث شده است، اما سؤال بسیار مهمی که درباره قاعده درأ مطرح است و در اکثر نوشته‌ها بی‌پاسخ مانده، این است: آیا قاعده درأ همان اصل عدم است یا مطلب جدیدی را بیان می‌کند؟ آیا قاعده درأ می‌تواند بر خلاف ادله و اصولی که اقتضای مجازات دارند جاری شود و مجازات را ساقط کند؟ نگارنده با اعتقاد به اینکه قاعده درأ نه یک قاعده تنصیصی بلکه قاعده‌ای اصطیادی است و در حد عقلایی قابل پذیرش است، از مستندات و حقیقت جایگاه آن در نظام حقوقی - قضایی ایران بحث کرده است.

واژگان کلیدی: قاعده درأ، شبهه، حدود، قاعده فقهی، قاعده تنصیصی، قاعده اصطیادی، قاعده تعلیمی.

بی‌گمان مشهورترین قاعده باب حدود - که نخست در باب حدود مطرح شده و سپس از تسری آن به تعزیرات و سایر مجازاتها بحث شده است - قاعده درأ است. ظاهر اصحاب و فقهای امامیه و حتی اهل سنت پذیرش این قاعده و تسالم بر آن است؛ به گونه‌ای که مرحوم آیت الله سبزواری این قاعده را «من القواعد التي ارسلوها ارسال المسلمات وجعلوها مما استدل بها لاعليها» (سبزواری، ۱۴۱۷: ۲۲۶) و بی‌نیاز از بحث و بررسی مستندات آن می‌داند؛ اما در عین حال فقیه بزرگی از فقهای امامیه همچون مرحوم آیت الله خویی، روایت «ادروا الحدود بالشبهات» را صحیح نمی‌داند و به چنین عمومی قائل نیست. (خویی، ۱۳۹۶: ۱۳۶، ۱۶۸، ۱۶۹، ۱۷۱، ۲۳۳، ۲۳۴، ۳۲۹) برخی نیز در اینکه این قاعده مطلب جدیدی را بیان کند،

* این مقاله بخشی از پژوهشی است که نویسنده آن را با نام «قواعد فقه جزایی» و برای پژوهشگاه حوزه و دانشگاه به انجام رسانیده است و هم‌اینک در مرحله ویراستاری قرار دارد و در آینده نزدیک به مجامع علمی عرضه خواهد شد. نویسنده بر خود لازم می‌داند که از پژوهشگاه حوزه و دانشگاه برای آنکه امکان چاپ این مقاله را فراهم کرده است، تشکر نماید.

** پژوهشگر و محقق همکار با پژوهشگاه حوزه و دانشگاه؛ عضو هیأت علمی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

تاملاتی دارند. از میان اهل سنت - همان‌گونه که خواهیم دید - عبارات ابن‌حزم اندلسی حاکی از نپذیرفتن این قاعده است.

مفاد اجمالی قاعده آن است که حدود با شبهه برداشته می‌شوند و مجازات حدی تنها در صورتی جاری می‌شود که هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای در میان نباشد. بحث درباره قاعده درأ را در چهار گفتار پی می‌گیریم. ابتدا به بررسی واژگان قاعده (گفتار اول) می‌پردازیم. سپس از حقیقت قاعده درأ (گفتار دوم) بحث می‌کنیم؛ یعنی از این نکته که آیا قاعده درأ بیان مطلبی جدید است یا تعبیری از اصل یا از اصول مسلم است. سپس از مستندات قاعده (گفتار سوم) سخن می‌گوییم و در نهایت وضعیت قاعده درأ را در نظام حقوقی و قضایی ایران (گفتار چهارم) پی می‌گیریم.*

گفتار اول. بررسی واژگان

در بررسی واژگان قاعده درأ باید به تحلیل و تبیین سه واژه «درأ» (الف)، «حدود» (ب) و «شبهات» (ج) پردازیم.

الف. درأ

واژه «درأ» که مصدر «تدرأ»، «ادرثوا» و الفاظ مشابه دیگر است، در لغت به معنای «دفع کردن»، «ساقط کردن» و «تعطیل کردن» آمده است. (فراهیدی، ۱۴۰۹: ۶۱؛ جوهری، ۱۴۰۷، ۱: ۴۸) بنابراین، منظور از درأ حد، دفع کردن و ساقط کردن و عدم اجرای آن است.

ب. حدود

«حدود» جمع واژه «حد» است و حد گاه وصف مجازات معین شرعی و گاه وصف جرمی است که مجازات معین شرعی دارد. روشن است که مراد از «حد» در این قاعده، مجازات حدی است و نه جرم حدی. بدیهی است آنچه در اثر شبهه دفع و ساقط می‌شود و آنچه وضع و دفعش به دست قاضی است، مجازات حدی است.

* گفتنی است سه مبحث از مباحث قاعده درأ، یعنی ملاک عروض شبهه، آثار اجرای قاعده و نیز قلمرو قاعده، به سبب طولانی شدن مقاله، در اینجا نیامده است.

صورت بگیرد و در نتیجه کسی که به وسیله‌ای غیر از الفاظ، همچون عکس و نقاشی و مجسمه و نوشته، زنا یا لواط را به کسی نسبت داده، مرتکب جرم قذف نشده است؟ برخی از فقها (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۵: ۵۲۵) با پیش کشیدن قاعده درأ، مصداق متیقن قذف را نسبت دادن به وسیله لفظ می‌دانند. بدیهی است در اینجا کسی که به وسیله نوشته و نقاشی و... زنا یا لواط را به کسی نسبت می‌دهد، وهم یا ظن یا اعتقاد به اباحه عمل ندارد، بلکه می‌داند که مرتکب فعل حرام می‌شود.

نیز اگر ختثای مشکل مرتد شود و ندانیم که وی زن است تا مجازات او حبس و ضرب باشد یا مرد است تا مجازات او قتل باشد، گفته شده به استناد قاعده درأ می‌توان مجازات قتل را از او منتفی دانست. (نجفی، ۱۳۶۸: ۶۱۲) بدیهی است شبهه در این مورد هم به معانی یاد شده نیست.

تعاریف فوق و امثال آن مشکل دیگری نیز دارند. بنابراین تعاریف، محل عروض شبهه خصوص شخص متهم است و قاعده درأ در مورد شبهه نزد قاضی جاری نمی‌شود. چون شبهه تنها در مورد متهم به معنای «آنچه باعث وهم یا گمان یا اعتقاد به اباحه عمل ممنوع شود» می‌باشد. در حالی که برخی از فقها معتقدند شبهه اعم از آنکه برای قاضی حاصل شود یا برای متهم، باعث سقوط حد می‌شود. (نجفی، همان: ۴۹۴؛ اردبیلی، ۱۴۱۳: ۸۹). می‌دانیم که شبهه نزد قاضی به معنای مذکور نیست. در دو مثال پیشین، قاضی چون نمی‌داند ختثای مرتد، مرد است یا زن یا نمی‌داند قذف از نظر اسلام نسبت دادن زنا یا لواط با خصوص لفظ است یا اعم از لفظ، نمی‌تواند مجازات مناسب را اعمال کند. بنا به آنچه گذشت، به نظر می‌رسد معنای اصطلاحی شبهه همان معنای لغوی آن است. به عبارت دیگر، شبهه در قاعده درأ از معنای لغوی خود دور نشده است. شبهه، یعنی التباس و روشن نبودن واقعیت، گاه باعث ظن به اباحه می‌شود و گاه نمی‌شود.

گفتار دوم. حقیقت قاعده درأ؛ بیان مطلبی جدید یا تعبیری از اصل یا اصول دیگر؟

لازم است پیش از بحث درباره مستندات قاعده درأ، این مطلب روشن شود که آیا این قاعده مطلب جدیدی را بیان می‌کند یا در واقع بیان دیگری از اصل عدم و اصولی همانند آن است.

ممکن است به ذهن چنین خطور کند که قاعده درأ مطلب جدیدی را بیان نمی‌کند، زیرا حکم به مجازات (حد) در صورتی صادر می‌شود که موضوع، یعنی وجود جرم حدی، احراز شود و تا وجود جرم احراز نشود، طبعاً به مجازات حکم داده نمی‌شود و در صورتی که در تحقق جرم شک و شبهه‌ای باشد، اصل عدم اقتضا می‌کند جرمی محقق نشده باشد و در نتیجه حکم به مجازات داده نمی‌شود.

مثلاً در مورد زن بدون شوهری که حامله شده ولی اقرار به زنا نکرده است و شهودی به زنا شهادت نداده‌اند، حد زنا جاری نمی‌شود. زیرا حد زنا در صورتی جاری می‌شود که زنا ثابت شود، اما با این احتمال که حامله شدن ممکن است به سبب امری غیر از نزدیکی، مثل جذب شدن نطفه به رحم زن، یا به علت وطی به شبهه یا از روی اکراه و اجبار صورت گرفته باشد، زنا ثابت نمی‌شود. حال می‌توان اجرا نکردن حد را مستند به قاعده درأ (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۱۹۰) و یا مستند به «عدم ثبوت موضوع» (خویی، همان: ۱۷۸) دانست.

همچنین فقها در مورد زنی که خود را به جای همسر مردی در آورد و مرد از روی ناآگاهی با او نزدیکی کند، به سقوط حد زنا از مرد نظر داده‌اند. حال مستند این عقیده را برخی قاعده درأ (طباطبایی، همان: ۴۱۸) و برخی عدم ثبوت موضوع حد (خویی، همان: ۱۶۹) می‌دانند. کلمات و عبارات برخی از فقها نیز موهوم همین معناست که بود و نبود قاعده درأ تاثیری در احکام ندارد. (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲، ۱: ۲۴ - ۲۵)

وجود اصول و قواعد دیگر در موارد جریان قاعده درأ که مقتضی عدم ثبوت حدند، باعث شده که برخی «مطابقت قاعده درأ با ظواهر ادله» را مستند شرعی این قاعده در شبهات موضوعیه بدانند (بجنوردی، ۱۳۷۲: ۱۵۴) و شاید به همین جهت است که برخی بحث و بررسی پیرامون مستند این قاعده را لغو و قاعده را بی نیاز از اثبات می‌شمارند. (سبزواری، همان: ۲۲۸ - ۲۲۹)

علی‌رغم آنچه گذشت، می‌توان گفت قاعده درأ می‌تواند مطلب جدیدی را بیان کند. در توضیح این نکته می‌گوییم: موارد جریان قاعده درأ بر دو قسم است. گاه دلیل یا اصلی شرعی اقتضای سقوط حد را دارد، مانند مثالهایی که گذشت، و گاه دلیل یا اصل مقتضی ثبوت حد است. اگر در این موارد قاعده درأ جاری و حد برداشته شود، قاعده درأ پیام تازه و یا به تعبیری کاربرد جدیدی دارد. می‌توان مثالهایی را برای این بحث آورد. مثلاً در مورد شبهه

قاضی می‌توان این فرض را مطرح کرد که کسی شراب نوشیده است ولی ادعای اکراه دارد، اما شاهد و دلیلی بر ادعایش نمی‌آورد و قاضی نیز به دروغ بودن ادعایش علم ندارد و در عین حال نمی‌داند راست می‌گوید یا دروغ. در اینجا اصل اختیاری بودن اعمال (کریمی جهرمی، همان، ۲: ۳۸۵ و خوانساری، ۱۳۹۴: ۱۵) اقتضای آن دارد که حد شرب مسکر بر مرد جاری شود. اما اگر قاعده در آن جاری شود، حد برداشته می‌شود.

در باب شبهه متهم نیز گاه اصول و یا ادله شرعی اقتضای مجازات دارند، در حالی که قاعده در آن مقتضی سقوط آن است. مثلاً کسی مایعی دارد که قبلاً شراب بوده، ولی نمی‌داند که اکنون تبدیل به سرکه شده است یا خیر؛ او آن مایع را می‌نوشد و سپس روشن می‌شود که کماکان شراب بوده است. مثال دیگر این است که کسی با زنی نزدیکی کند، در حالی که نمی‌داند عقد نکاحی که میان خود و آن زن جاری کرده صحیح است یا خیر و سپس روشن شود که عقد باطل بوده است. در این دو مورد، استصحاب خمر بودن یا استصحاب حرمت وطی این زن، مقتضی ثبوت حد شرب مسکر و حد زناست، اما برخی به استناد قاعده در آن، حدود فوق را ساقط می‌دانند. (مکارم شیرازی، همان: ۳۷)

نتیجه آنکه در مواردی اصول و ادله شرعی اقتضای ثبوت حد دارند. اگر در این موارد قاعده در آن جاری شود و حد را بر دارد، باب جدیدی را به روی ما می‌گشاید. به همین سبب لازم است مستندات قاعده (گفتار سوم) بررسی و روشن شود که آیا قاعده در آن می‌تواند چنین نقشی را ایفا کند یا خیر. اصولاً اهمیت قاعده در آن نیز به خاطر همین موارد است.

گفتار سوم. مستندات قاعده و بررسی و نقد آنها

در این گفتار ابتدا به بیان مستندات قاعده (الف) و سپس به نقد و بررسی آنها (ب) می‌پردازیم و در نهایت تبیین جدیدی از قاعده در آن (ج) را بیان می‌کنیم. تذکر این نکته ضروری است که در بیان مستندات قاعده در پی پاسخ این پرسشها هستیم: آیا دلیلی وجود دارد که اثبات کند هر شبهه‌ای، اعم از شبهه متهم و شبهه قاضی، باعث سقوط حد می‌شود؟ آیا عمومی وجود دارد که بیان کند شبهه متهم، اعم از جهل موضوعی و حکمی، و جهل حکمی، اعم از جهل قصوری و تقصیری، و جهل تقصیری، اعم از جهل بسیط و مرکب، باعث سقوط حد می‌شود؟ آیا در جایی که ادله و اصول شرعی ثبوت مجازات را - ولو با وجود شبهه - اقتضا دارند، قاعده‌ای به نام قاعده در آن وجود دارد که بتواند جلوی این ادله و اصول بایستد و داء حد باشد؟

الف. مستندات قاعده

برای قاعده درأ به روایات (اول)، اجماع (دوم) و ادله دیگر (سوم) استناد شده است.

اول. روایات

بی گمان مهم‌ترین مستند قاعده درأ، روایات است. در این قسمت، روایت عام «ادرئوا الحدود بالشبهات» (۱) و روایات خاص (۲) قابل اشاره‌اند.

۱. روایت عام «ادرئوا الحدود بالشبهات»

این حدیث به دو گونه نقل شده است: روایت صدوق (۱ - ۱) و عهدنامه مالک اشتر (۱ - ۲). گفتنی است اگر این روایت از حیث سند و دلالت تمام باشد، دلیل بسیار قوی و متقنی برای قاعده درأ خواهد بود و هیچ یک از سایر ادله قاعده درأ، هم‌عرض آن نخواهد بود؛ زیرا دلیلی لفظی است و نه لَبّی. بر اساس این روایت هر شبهه‌ای حد را ساقط می‌کند و هر حدی با شبهه ساقط می‌شود، زیرا در این روایت واژه «الشبهات» و «الحدود» به کار رفته که جمع الف و لام دار است و چنین جمعی افاده عموم می‌کند.

۱ - ۱. روایت صدوق

حدیث فوق را مرحوم شیخ صدوق در کتاب *من لا یحضره الفقیه* بدین گونه نقل می‌کند:

قال رسول الله (ص): ادرئوا الحدود بالشبهات. (صدوق، ۱۴۰۶: ۷۴)

وی در کتاب *مقنع*، با استناد دادن این حدیث به حضرت علی (ع) چنین آورده است:

و قال امیرالمؤمنین (ع): ادرئوا الحدود بالشبهات. (مروارید، ۱۴۱۰: ۱۰)

۱ - ۲. عهدنامه مالک اشتر

حضرت امیرالمؤمنین علی (ع) خطاب به مالک اشتر می‌نویسد:

و اطلق عن الناس عقد کلّ حقد، و اقطع عنک سبب کل وتر، و اقبل العذر، و ادرء الحدود بالشبهات و

تغاب عن کل ما لا یصلح لک. (مجلسی، ۱۳۷۵: ۲۴۵)

مرحوم سیدرضی در *نهج البلاغه* جمله «ادراء الحدود بالشبهات» را نقل نکرده و عبارت فوق را با تغییراتی آورده است. البته اینکه حدیث مورد بحث در *نهج البلاغه* نیامده و در *بحار الانوار* آورده شده است، مشکلی ایجاد نمی‌کند، زیرا دأب و روش سیدرضی نقل گزیده‌هایی از سخنان حضرت (ع) بوده است و نه نقل تمامی آنها.

۲. روایات خاص

می‌توان از روایات خاصی برای قاعده‌درأ بهره جست و این قاعده را مستند به آنها دانست. ما این روایات را خاص می‌نامیم، زیرا یا درباره شبهه خاصی‌اند و یا در باب حدی خاص. شاید بتوان این روایات را در دو گروه مربوط به شبهه متهم (۲ - ۱) و شبهه قاضی (۲ - ۲) قرار داد.

۲ - ۱. روایات مربوط به شبهه متهم

روایاتی وارده شده‌اند که مستفاد از آنها این است: حدود وقتی ثابت و اجرا می‌شود که مرتکب «علم به حرمت عمل» داشته باشد و تا وقتی چنین «علمی» موجود نباشد و مرتکب به حرمت عمل خود جهل داشته باشد، مستحق عقوبت حد نخواهد بود. این روایات در ظاهر فرقی میان جهل تقصیری و قصوری نگذاشته‌اند و در نتیجه به استناد آنها می‌توان گفت جهل تقصیری در باب حدود، همانند جهل قصوری، رافع مسئولیت و مسقط حد است. بر این اساس، مادام که شخص علم به حرمت نداشته باشد مستحق حد نیست؛ هر چند در یادگیری احکام تقصیر و کوتاهی ورزیده باشد؛ ولو اینکه در موقع ارتکاب عمل مردد بوده و احتمال حرمت می‌داده، ولی توجهی به آن نکرده است؛ هر چند احتمال ضعیفی بر حلیت عمل و احتمال قوی بر حرمت عمل می‌داده است. در هر صورت، چون فرد «علم به حرمت» نداشته است، مستحق مجازات حدی نخواهد بود.

از جمله این روایات صحیحه حلبی است که براساس آن، امام صادق(ع) می‌فرماید: اگر کسی مسلمان شود و سپس شراب بنوشد و زنا کند و ربا بخورد، در حالی که هیچ حلال و حرامی برای او روشن نشده باشد، اگر جاهل باشد حد را بر او اقامه نمی‌کنم، مگر اینکه بینه علیه وی شهادت دهند که او سوره‌ای را که در آن حرمت زنا و شراب و رباخواری است خوانده است. اگر چنین کسی جاهل باشد، او را به حرمت این اعمال آگاه می‌کنم و پس از آن اگر مرتکب این اعمال شود، او را شلاق زنم و حد را بر وی اقامه می‌کنم. (عاملی، ۱۴۱۶، ۲۸: ۳۲)

همچنین می‌توان به صحیحه عبدالصمد بن بشیر اشاره کرد که در باب شبهه متهم است و از این جهت عمومیت دارد:

عن ابی عبدالله(ع): ای رجل ركب امرأ بجهالة فلا شیء علیه (عاملی: همان، ۱۲: ۴۸۸ - ۴۸۹)

همچنین می‌توان به صحیحه محمد بن مسلم (همان، ۲۸: ۳۲)، صحیحه ابی عبیده حذاء (همان: ۳۲ - ۳۳) و مرسله جمیل (همان: ۳۳) اشاره کرد.

براساس این روایات برخی گفته‌اند که در موضوع حدود، علم به حرمت شرط است و در صورتی که مرتکب، علم به حرمت نداشته باشد، حد جاری نمی‌شود. (تبریزی، ۱۴۱۷: ۱۸)

۲-۲. روایات مربوط به شبهه قاضی

می‌توان از برخی روایات که مربوط به شبهه قاضی و درباره حدود خاصی است، الغای خصوصیت کرد و حکم آنها را به سایر موارد تسری داد. در اینجا به دو روایت اشاره می‌شود. در صحیحہ ابی عبیده امام باقر(ع) می‌فرماید:

زنی را با مردی که به وی زنا کرده بود نزد حضرت علی(ع) آوردند. زن گفت: ای امیر مؤمنان، به خدا قسم او مرا به این کار وادار کرد. حضرت حد را از او برداشت. اگر از مخالفان در این زمینه سؤال شود می‌گویند: زن تصدیق نمی‌شود. اما قسم به خدا که امیرالمؤمنین(ع) او را تصدیق کرد. (عاملی، همان: ۱۱)

در این روایت می‌بینیم زنی که زنا داده است، ادعا می‌کند که از سوی زانی بر این عمل اکراه شده است. زن شاهد و دلیلی بر ادعای خود ندارد. طبیعتاً برای قاضی این شبهه پیش می‌آید که او راست می‌گوید یا ادعای دروغ می‌کند. اصل در اعمال اختیاری بودن است و همیشه کسی که ادعای اکراه می‌کند، باید آن را اثبات نماید و مادام که اکراه اثبات نشده، فرض آن است که عمل از روی اختیار صورت گرفته است. قاضی نیز می‌تواند با این اصل، شبهه‌اش را مرتفع سازد و به اجرای حد بر زانیه حکم دهد. با وجود این موارد، حضرت(ع) حد را مرتفع می‌داند. حال ادعا این است که می‌توان این روایت را که پیرامون شبهه قاضی و در باب ادعای اکراه بر زناست، به سایر موارد همچون ادعای اکراه بر لواط* - و حتی به زنا، اگر شبهه، شبهه اکراه نباشد - تسری داد.

روایت دوم صحیحہ حلبی است. در این روایت، حلبی از امام صادق(ع) درباره حکم مردی سؤال می‌کند که در حالی که لباسهای دیگران را همراه داشته، دستگیر می‌شود و ادعا می‌کند که صاحب لباسها آنها را به وی بخشیده است. حضرت می‌فرماید: حد از وی برداشته

* خوبی، همان، ج ۱، ص ۲۳۳ و ۲۳۴. ایشان به استناد صحیحہ ابی عبیده، ادعای اکراه بر لواط را در صورتی که احتمال صدق مدعی داده شود، مسموع می‌داند. اما جالب اینجاست که ادعای اکراه را از سوی کسی که کلمات کفرآمیز بر زبان جاری ساخته ولی قرینه و اماره‌ای بر صحت ادعایش وجود ندارد نمی‌پذیرد و مطابق قواعد به اجرای حد حکم می‌دهد؛ «لتحقق ما یوجب الارتداد وجداناً و المانع - و هو الاکراه - مدفوع بالاصل». ر. ک: خوبی، همان، ص ۳۲۹.

می‌شود، مگر اینکه بینه‌ای علیه وی به سرقت شهادت دهد که در این صورت دستش قطع می‌شود. (عاملی، همان: ۲۶۲)

در این روایت قاضی در صدق و کذب شخص شبهه دارد و می‌تواند با اصل عدم هبه، مجرمیت وی را احراز کند و به حد حکم دهد، ولی امام(ع) این شبهه را باعث سقوط حد دانسته‌اند. حال ادعا این است که چون در این روایت خصوصیتی دیده نمی‌شود، می‌توان حکم آن را به سایر مواردی که برای قاضی در ثبوت حد شبهه پیش آمده است، تسری داد و بر اساس آن حد را ساقط دانست.

دوم. اجماع و تسالم اصحاب

در تبیین این دلیل چنین گفته شده است:

تمامی اصحاب امامیه بلکه فقهای اسلام به این قاعده استناد کرده‌اند و مطابق آن فتوا داده‌اند. در اکثر مسائل جزایی، هر گاه شبهه‌ای پیش آمده است، فقهای ما فرموده‌اند: "لأنه من الشبهة الدارئة" و بنابراین گفته‌اند که حد جاری نمی‌گردد و یا قصاص و تعزیر ساقط می‌شود. این تسالم از اجماع بالاتر است. (بجنوردی، همان: ۱۵۴)

تسالم اصحاب به گونه‌ای است که مرحوم آیت‌الله سید عبدالاعلی سبزواری این قاعده را بی‌نیاز از اثبات می‌داند. (سبزواری، همان: ۲۲۸ - ۲۲۹)

سوم. سایر ادله

برای قاعده درآ به ادله دیگری استناد شده است که در ذیل به برخی از آنها اشاره می‌کنیم.

۱. مطابقت قاعده با ظواهر ادله و اصول عقلی

در توضیح این دلیل چنین گفته شده است:

این قاعده با ظواهر ادله مطابق است. بیان مطلب این است: احراز موضوع شرط فعلیت و تنجز حکم است، زیرا نسبت حکم به موضوع نسبت معلول به علت است. بنابراین ... اگر موضوع احراز نشود، نمی‌توان گفت حکم ثابت است. البته این دلیل اختصاص به شبهات موضوعیه دارد و بحث ما در این قاعده عام است. (بجنوردی، همان: ۱۵۴)

۲. مبنی بودن حدود بر تخفیف و مسامحه

بنای شرع مقدس در حدود، تخفیف و مسامحه است و به همین سبب مستحب است قاضی، اقرار کننده به حد را از اقرار خود باز دارد. نتیجه قاعده در آن نیز مسامحه و تخفیف در حدود است.

ب. نقد و بررسی

در این قسمت ابتدا روایت صدوق (اول) و عهدنامه مالک اشتر (دوم) را بررسی می‌کنیم و سپس به نقد و بررسی روایات خاص (سوم)، اجماع (چهارم) و سایر ادله (پنجم) می‌پردازیم.

اول. نقد و بررسی روایت صدوق

روایت صدوق از حیث دلالت تمام، اما از حیث سند مرسله (۱) است. راههایی برای جبران ضعف سند آن (۲) نیز بیان شده است که به نقد و بررسی آنها (۳) خواهیم پرداخت.

۱. مرسله بودن

گرچه صاحب ریاض این حدیث را متواتر می‌داند (طباطبایی، همان: ۶۱۱ - ۶۱۲)، باید با مرحوم آیت الله خویی هم عقیده بود که سخن صاحب ریاض، سخن غریبی است (خویی، همان: ۱۶۹)؛ زیرا همان‌گونه که مشاهده می‌شود، روایت فوق در نقل شیخ صدوق مرسله است. صدوق نمی‌گوید که این روایت را به واسطه چه شخص یا اشخاصی از رسول اکرم (ص) یا امیرالمؤمنین (ع) نقل می‌کند. در نتیجه روایت مرسله محسوب می‌شود و روایت مرسله نیز ارزش و اعتباری ندارد و نمی‌تواند مدرک و مستند احکام، به خصوص چنین حکم مهمی، باشد.

۲. راههای جبران ضعف سند

عده‌ای از فقها و دانشمندان کوشیده‌اند راههایی برای تصحیح این روایت و روایات مشابهی که با چنین مشکلی مواجه‌اند بیابند.

راه حل اول آن است که مراسیل صدوق مانند مسانید او معتبر است و ارزش روایات مسنده را دارد. (بجنوردی، همان: ۱۵۲ - ۱۵۳) علت این است که صدوق در مقدمه کتاب من لایحضر، تصریح می‌کند (صدوق، همان، ۱: ۲ - ۳) که سند برخی روایات را نمی‌آورد، اما به

صحت و درستی آنچه آورده اعتقاد دارد و بر اساس آنها حکم صادر می‌کند و آنها حجت او در نزد خداوندند.

راه حل دوم آن است که از شهرت عملیه استفاده شود. در توضیح این راه حل گفته شده است: وثوق به صدور خیر گاه... از عمل اصحاب و بزرگان و متقدمان به دست می‌آید. اگر دیدیم که همه فقها بر طبق یک روایت عمل کرده و مطابق آن فتوا داده‌اند و این جمع از اشخاص قریب العصر امام معصوم (ع) هستند، به صدور خیر وثوق حاصل می‌شود. علی بن بابویه، کلینی، قدیمین، صدوقین، شیخ مفید، سیدمرتضی و شیخ طوسی - رحمة الله علیهم - از آن جمله‌اند. وقتی اینان به روایتی عمل کرده‌اند، وثوق پیدا می‌شود که روایت مربوط از معصوم (ع) صادر شده است. به قاعده مورد بحث ما، یعنی "ادرئو الحدود بالشبهات"، نیز تمامی فقها عمل کرده، به آن استناد کرده، بر اساس آن فتوا داده و بدین ترتیب آن را مسلم دانسته‌اند و به اصطلاح شهرت عملی آن محقق است. (بجنوردی، همان: ۱۵۳)

برخی نیز پا را فراتر نهاده و نوشته‌اند:

بلکه می‌توان ادعا کرد که [این روایت] در میان جمیع فرق مسلمان مورد عمل واقع شده است و از شهرت آن برای هر کسی وثوق و اطمینان پیدا می‌شود که از معصوم صادر شده است. (قبله‌ای خوبی، ۱۳۸۰: ۱۵۳)

۳. نقد و بررسی

در نقد راه حل اول می‌توان گفت اینکه روایت یا روایاتی در نظر شیخ صدوق صحیح و حجت باشد، دلیل نمی‌شود که برای دیگران هم حجت باشد. شاید اگر وی سند حدیث را نقل می‌کرد، سایر فقها به علت ثقه ندانستن برخی از راویان آن یا شناخته نشدن آنها، حدیث مزبور را ضعیف تلقی می‌کردند. در نقد راه دوم می‌توان گفت: اولاً، این راه حل بنا بر برخی از مبانی که عمل اصحاب نمی‌تواند جابر ضعف سند روایت باشد صحیح نیست. ثانیاً، حتی بنا بر اینکه عمل اصحاب جبران ضعف سند کند نیز این راه ناتمام است، زیرا اینکه فقهای متأخر به این روایت عمل کرده‌اند، سخن صحیحی است. اما آنچه در این میان مفید است و در راه حل دوم ادعا شده است، استناد متقدمان، یعنی فقهای معاصر شیخ صدوق و پس از ایشان تا زمان متأخران، به این حدیث است. بدین منظور باید موردی را بیابیم که روایت به خصوصی درباره درأ حد در آن مورد وارد نشده باشد و فقهای متقدم به استناد این روایت مرسله و نه به استناد

ادله دیگر، به سقوط مجازات قائل شده باشند. با تحقیق و تبیی که در کتب قدما به انجام رسید، مشاهده شد جز صدوق در یک مورد در مقنع (مروارید، همان: ۱۰) و شیخ طوسی در یک مورد در کتاب *خلاف* (طوسی، ۱۴۲۰: ۵۲۹) هیچ کس به این روایت استناد نکرده است. در کتاب *فقه الرضا* و کتاب دیگر شیخ صدوق - *الهدایة بالخیر* - و نیز *المقنعة* که تألیف شیخ مفید، شاگرد شیخ صدوق است، اثری از استناد به این حدیث دیده نمی‌شود. آری، شیخ مفید در مواردی به سقوط مجازات حدی نظر داده است، اما نمی‌گوید مستند آن روایت مرسله مورد بحث است یا اصل عدم و اصل برائت ذمه و یا امور دیگر. نیز در کتاب *انتصار سید مرتضی* و *کافی ابوالصلاح حلبی و نهاییه شیخ طوسی*، اثری از استناد به این حدیث دیده نمی‌شود.

از همه مهم‌تر اینکه شیخ طوسی در کتاب *مبسوط*، در مواردی به درأ حدود قائل است، ولی مستند خود را اصل برائت ذمه می‌داند و نه حدیث مورد بحث. (طوسی، ۱۳۵۱، ۸: ۷-۸) بدیهی است اصل برائت با حدیث مورد بحث تفاوت دارد؛ اگر چه ممکن است این دو نتیجه یکسانی داشته باشند. اصل برائت اصل عملی است که در فرض شک جاری می‌شود و قدرت مقابله با امارات را ندارد، ولی حدیث مورد بحث به فرض صحت، اماره و دلیل شرعی است و قدرت مقابله و معارضه با سایر امارات و ادله را داراست. به علاوه، شیخ طوسی در کتاب *خلاف*، جز در یک مورد که در کنار تمسک به اصل برائت به این حدیث نیز استناد کرده (طوسی، ۱۴۲۰: ۵۲۹) اشاره‌ای به آن نکرده، بلکه به اصل برائت تمسک جسته است. (طوسی، همان: ۳۸۱ و ۳۹۲ و ۴۰۷ و ۴۰۸) اگر این حدیث چنان شایع بود که همه فرق مسلمان آن را قبول داشتند، چرا اثری از استناد به آن در کتب قدما دیده نمی‌شود؟ آری، گاه در این کتب تعبیر «لا حد مع شبهة» دیده می‌شود، ولی این الزاماً بدان معنا نیست که به حدیث مزبور تمسک شده است. لذا راه حل دوم صحیح نیست.

نکته‌ای که در پایان این قسمت باید متذکر شد این است که این ادعا که همه فرق مسلمان روایت مزبور را پذیرفته و به آن عمل کرده‌اند، صحیح نیست. به نظر می‌رسد این گونه ادعاها در مواردی است که قاعده درأ همسو با اصل عدم و برائت و...، مقتضی سقوط مجازات است؛ و گرنه اینکه همه مسلمانان معتقد باشند که قاعده درأ بر خلاف اصول و ادله می‌تواند حد را

ساقط کند، ادعایی افراط‌گونه است و بیشتر از آنجا ناشی شده است که نویسنده یا نویسندگان این گونه ادعا کرده‌اند و سپس حرف آنها بدون اینکه بررسی شود، مورد استناد دیگران واقع شده است.*

دوم. نقد و بررسی عهدنامه مالک اشتر

در مورد عبارت «و ادرء الحدود بالشبهات» که در عهدنامه مالک اشتر آمده، دو نقد سندی (۱) و دلالتی (۲) مطرح است.

۱. نقد سند

آیت الله سیدکاظم حائری در کتاب خود به نام *القضاء فی الفقه الاسلامی*، بحث مفصلی را پیرامون سند عهدنامه مالک اشتر مطرح کرده‌اند. (حائری، ۱۴۱۵: ۵۱ - ۶۶) ایشان می‌نویسند: عهدنامه مالک اشتر دو سند دارد: یکی از طریق مرحوم نجاشی که البته این سند تمام نیست؛ و دیگری از طریق شیخ طوسی که البته آن هم با اشکالاتی مواجه است؛ گرچه ممکن است بر اساس نظریه «تعویض سند»، عهدنامه مالک اشتر را از حیث سند بلا اشکال بدانیم. آن گاه ایشان بحث مفصلی را پیرامون اصل نظریه تعویض سند و راههایی برای تعویض سند عهدنامه مالک اشتر بیان می‌کنند و آنها را تحلیل و بررسی می‌نمایند. در نهایت ایشان اشکالی (همان: ۶۶) بسیار مهم را مطرح می‌کنند: به فرض که با نظریه تعویض سند، سند شیخ طوسی به

* شاید اگر کسی به محلی، اثر ابن حزم، مراجعه کند، دیگر چنین ادعایی نداشته باشد. او می‌نویسد: «مسئله: هل تدرأ الحدود بالشبهات ام لا؟ قال ابو محمد رحمه الله ذهب قوم الى ان الحدود تدرأ بالشبهات فاشد هم قولاً بها و استعمالاً لها ابوحنيفة و اصحابه ثم المالکيون ثم الشافعيون، و ذهب اصحابنا الى ان الحدود لا يحل ان تدرأ بشبهة و لا ان تقام بشبهة و انما هو الحق لله تعالى و لا مزيد. فان لم يثبت الحد لم يحل ان يقام بشبهة لقول رسول الله (ص): "ان دماکم و اموالکم و اعراضکم و ابشارکم علیکم حرام" و اذا ثبت الحد لم يحل ان يدرأ بشبهة لقول الله تعالى: "تلك حدود الله فلا تعتدوها." (ابن حزم، بی تا: ص ۱۵۳)

وی سپس سند حدیث درأ را بررسی می‌کند و با نظر منفی چنین می‌نویسد: «فلما اختلفوا كما ذكرنا وجب ان ننظر فی اللفظ الذى يتعلق به من تعلق. ایصح ام لا؟ فنظرنا فيه فوجدناه قد جاء من طرق ليس فيها عن النبي (ص) نص و لا كلمة و انما هي عن بعض الاصحاب من طرق كلها لاخير فيها... فحصل مما ذكرنا ان اللفظ الذى تعلقوا به لا نعلمه روى عن احد اصلاً و هو ادروا الحدود بالشبهات لا من صاحب و لا عن تابع.» (ابن حزم، همان: ص ۱۵۳ - ۱۵۴) به نظر می‌رسد رد قاعده درأ از سوی ابن حزم و ظاهریون، در مواردی است که این قاعده بخواد بر خلاف اصول و ادله شرعی که مثبت حدند، مسقط حد باشد.

عهدنامه مالک اشتر تمام و صحیح باشد، اما شیخ طوسی متن عهدنامه مالک اشتر را نقل نکرده است و در این صورت نظریه تعویض سند مشکل را حل نمی‌کند. زیرا معلوم نیست متن عهدنامه‌ای که در دست شیخ طوسی بوده، همان است که در *نهج البلاغه* یا کتابهای دیگر آمده است یا اینکه چیز دیگری بوده است. در هر صورت، شاید بتوان گفت آن مقدار از عهدنامه که در همه نسخه‌ها و کتابهایی که این عهدنامه در آنها آمده، موجود و مورد اتفاق همگان است، معتبر است. در نتیجه روایت «ادراء الحدود بالشبهات» ثابت نمی‌شود، زیرا در *بحار الانوار* و منبع روایی آن آمده، ولی در برخی دیگر از کتابها مثل *نهج البلاغه* نیامده است.

۲. نقد دلالت

از نظر دلالتی هم این روایت نمی‌تواند مستند قاعده در آ قرار گیرد. اولاً، اینکه امام(ع) در مقام بیان بوده باشد و بخواهد بفرماید هر شبهه‌ای، اعم از جهل تقصیری و یا قصوری، مرگب و یا بسیط و یا شبهه متهم یا شبهه قاضی، با وجود اصول عقلایی مخرج موضوع و مثبت حد، حدود را دفع می‌کند، محل تأمل و تردید است. نگاهی به جملاتی که قبل و بعد از این جمله آمده که بیشتر مباحث اخلاقی است تا حقوقی، همچون «گره هر کینه را که از مردم داری بگشای و رشته هر دشمنی را پاره نمای و عذر را بپذیر» و نیز توجه به قرینه وحدت سیاق و ساختار، می‌رساند که نمی‌توان از این جمله - آن گونه که ادعا می‌شود - قاعده در آ را استنباط کرد.

ثانیاً، ممکن است کسی بگوید آنچه امام(ع) بیان کرده، حکم ولایی و حکومتی و خاص مالک اشتر است نه حکم شرعی.*

سوم. نقد و بررسی روایات خاص

در نقد استناد به این روایات می‌توان دو پاسخ نقضی (۱) و حلی (۲) بیان کرد.

* آیت الله سیدکاظم حائری سخنی دارد که می‌توان از آن برای بحث فعلی استفاده کرد. ایشان درباره اینکه بعضی برای اشتراط اعلمیت در قاضی به این جمله عهدنامه مالک اشتر: «ثم اختر للحکم بین الناس افضل رعیتک فی نفسک» استناد نموده‌اند می‌نویسد: «علی انه لم یعلم کون هذا حکماً شرعياً او حکماً ولائياً نافذ المفعول الی الآن اذا الموقوف یناسب ایضاً کونه من تعالیمه(ع) بما هو رئیس الحکومة لمالک الاشتر بما هو منصوب من قبله علی مصر.» همان، ص ۶۷.

۱. پاسخ نقضی

در برابر روایاتی که برای معذور بودن جاهل به حکم در باب حدود به آنها استناد شده است و ادعا کرده‌اند که در آنها میان جهل قصوری و تقصیری و بسیط و مرکب و حکمی و موضوعی تفاوتی گذاشته نشده است، روایاتی وجود دارند که بر معذور نبودن چنین جهلی دلالت می‌کنند. از جمله این روایات، صحیحۀ یزید کناسی است. در این روایت می‌خوانیم که او از امام صادق(ع) می‌پرسد: حکم زنی که در حال عده ازدواج کرده است چیست؟ حضرت(ع) می‌فرماید: اگر در عده طلاق رجعی ازدواج کرده، رجم می‌شود و اگر در عده طلاق بائن یا در عده وفات ازدواج کرده، رجم نمی‌شود، بلکه مجازات زنا غیر محصنه یعنی صد ضربه شلاق بر وی جاری می‌شود. یزید از امام صادق(ع) سؤال می‌کند: اگر زن این کار را از روی جهل انجام داده باشد حکمش چیست؟ حضرت(ع) در پاسخ می‌فرماید: «امروز هیچ زن مسلمانی نیست مگر اینکه می‌داند در هنگام طلاق یا مرگ شوهر باید عده نگه دارد. حتی زنان جاهلیت هم این را می‌دانستند.» باز راوی سؤال می‌کند: اگر زن بداند که باید عده نگه دارد، ولی مقدار آن را نداند چه حکمی دارد؟ حضرت(ع) در پاسخ می‌فرماید:

اگر آن زن بداند که باید عده نگه دارد، حجت بر او تمام است. پس باید بپرسد تا بداند [و

نمی‌تواند بر اساس جهلش اقدام به عمل حرام نماید]. (عاملی، همان: ۱۲۶ - ۱۲۷)

در مورد شبهه قاضی نیز می‌توان به این روایت اشاره کرد: امام باقر(ع) می‌فرماید: در زمان حضرت علی(ع) مردی را نزد حضرت آوردند که با کنیز همسرش نزدیکی کرده و آن کنیز حامله شده بود. مرد ادعا کرد که همسرش کنیز را به او هبه کرده است، اما زن انکار کرد. حضرت علی(ع) به مرد فرمود: اگر شهودی بر هبه داری بیاور و الا تو را به جرم زنا محصنه رجم می‌کنم. زن چون دید همسرش در معرض رجم است، اقرار کرد که کنیز را به شوهرش بخشیده است. آن گاه حضرت(ع) حد قذف را بر زن جاری کرد. (عاملی، همان: ۸۰ و ۱۹۰ - ۱۹۱)

آنچه محل استشهاد است این است که حضرت علی(ع) مطابق قواعد عمل کرد. ممکن بود مرد در ادعای هبه راست گفته باشد و از این نظر برای قاضی شبهه باشد، اما حضرت با در نظر گرفتن اصل عدم هبه، فرمود اگر مرد شهود بر هبه دارد رجم نمی‌شود و الا حد رجم بر وی جاری می‌شود. مفاد این روایت آن است که شبهه قاضی رافع حد نیست.

۲. پاسخ حلی

۲ - ۱. بررسی روایات مربوط به شبهه متهم

حق آن است که بگوییم این روایات دلالت نمی‌کنند که هر نوع جهلی، اعم از قصوری و تقصیری، در باب حدود باعث سقوط حد می‌شود، بلکه مستفاد از آنها و در مقام جمع با سایر ادله باید چنین گفت که جاهل قاصر در باب حدود معذور است، اما جاهل مقصر و به خصوص جاهل ملتفت معذور نیست. علل این مطلب به شرح زیر است:

یک: اینکه این روایات در صدد تأسیس یک حکم و آن هم معذور بودن جاهل، اعم از مقصر و قاصر، در خصوص حدود باشند، محل تردید و تأمل است. در روایت حلبی و صحیحہ محمد بن مسلم، در کنار سرقت و زنا، از رباخواری سخن به میان آمده که جرمی تعزیری است. همچنین اطلاق صحیحہ عبدالصمد بن بشیر (ای رجل ركب امرأً بجهالة فلا شیء علیه)، شامل غیر حدود هم می‌شود. در نتیجه اگر قرار باشد مفاد روایت آن گونه باشد که ادعا شده (یعنی لزوم علم به حرمت برای اجرای مجازات)، با توجه به آنچه گذشت باید گفت که در جرائم، اعم از حدود و قصاص و تعزیرات، علم به حرمت لازم است و جاهل به حرمت، اعم از قاصر و مقصر، مسئولیتی ندارد.

بدیهی است که کسی به این نتیجه ملتزم نیست، زیرا پذیرش این نتیجه به معنای نادیده گرفتن ادله عدم معذوریت جاهل مقصر به طور کلی است. اما اگر گفتیم که روایات فوق در خصوص جاهل قاصر است، دیگر مشکلی ایجاد نمی‌شود.

دو: ظاهر روایات فوق درباره جهل قصوری است و اصلاً شامل جهل تقصیری نمی‌شود. عبارتهای «لو ان رجلاً دخل فی الاسلام»، «رجلاً دعوناہ الی جملة الاسلام فافرّ به...»، «لو وجدت رجلاً کان من العجم اقرّ بجملة الاسلام...» و ... ، همه در جهل قصوری ظهور دارند.

سه: به فرض که روایات مورد بحث اطلاق داشته باشند و شامل جاهل مقصر هم بشوند، باید دید که رابطه آنها با ادله عدم معذوریت جاهل مقصر چیست. آیا این روایات ادله عدم معذوریت را تخصیص می‌زنند و در نتیجه باید گفت جاهل مقصر جز در باب حدود مسئولیت دارد؟ یا ادله عدم معذوریت جاهل مقصر، این روایات را تخصیص یا تقیید می‌کند و در نتیجه این روایات منحصرأً درباره جهل قصوری، به معذور بودن جاهل حکم داده‌اند؟ آیا نمی‌توان گفت با توجه به ادله عدم معذوریت، دیگر در مورد جاهل مقصر ظهوری برای این روایات

باقی نمی‌ماند؟ به نظر می‌رسد اگر نگوییم این روایات با ادله عدم معذوریت مقید شده‌اند، حداقل باید توقف کنیم و نمی‌توانیم هیچ کدام از این دو فرض را بر دیگری ترجیح دهیم.

۲-۲. بررسی روایات مربوط به شبهه قاضی

دیدیم که برای قاعده درأ به دو روایت صحیحه ابی عبیده و صحیحه حلبی استناد شده است. اینکه بتوان از این دو روایت که یکی در مورد زنا و دیگری در مورد سرقت است الغای خصوصیت کرد و در مورد هر شبهه و حدی به درأ حد قائل شد، جای بسی تأمل و تردید است. این اشکال به ویژه در مورد صحیحه حلبی بیشتر مطرح است، زیرا این صحیحه حکایت فعل امیرالمؤمنین (ع) است و ممکن است گفته شود تسری حکم مذکور در چنین روایاتی به موارد مشابه آن، به علت اموری همچون احتمال حکم حکومتی بودن جای تردید دارد؛ چه رسد که بخواهیم آن را به موارد غیر مشابه تسری دهیم.

چهارم. نقد و بررسی اجماع

در نقد اجماع می‌توان گفت: اولاً، این اجماع مدرکی و یا محتمل المدرکیه است و روشن است که چنین اجماعی ارزش استنادی ندارد. ثانیاً، اجماع به فرض پذیرش، دلیل لَبّی است و در نتیجه باید به قدر متیقن آن اکتفا کرد و لذا در هر مورد که اجماع محقق شده باشد، اجماع مفید است. ثالثاً، اینکه فقها قاعده درأ را فی الجمله قبول کرده‌اند، ادعای صحیحی است، اما این ادعا که «تمامی اصحاب امامیه بلکه فقهای اسلام به این قاعده استناد کرده‌اند و مطابق آن فتوا داده‌اند»، در صورتی که بنا باشد با معقد اجماعی با عبارت «تدرأ الحدود بالشبهات» مواجه شویم و با آن همانند یک روایت برخورد کنیم، جای تردید و تأمل دارد.

آری، فقها در موارد بسیار به اصل برائت استناد کرده‌اند، ولی اصل برائت و قاعده درأ یکسان نیستند. اما نکته مهم این است که پیش‌تر گفتیم: بحث در قاعده درأ درباره مواردی است که اصول و ادله بر مجرمیت مرتکب و اجرای حد بر وی دلالت دارند، اما قاعده درأ اقتضای سقوط مجازات دارد. حال برای آنکه قاعده درأ را به اجماع و تسالم اصحاب مستند سازیم، باید اولاً مواردی را بیابیم که ادله و اصول مقتضی ثبوت حدند، ثانیاً روایت خاص و دلیل خاصی غیر از قاعده درأ وجود نداشته باشد که باعث سقوط حد شده باشد و ثالثاً همه اصحاب و فقها به سقوط مجازات حدی به علت وجود شبهه حکم داده باشند. در این صورت می‌توانیم بگوییم تسالم اصحاب دلیل حجیت این قاعده است.

یافتن چنین مواردی بسیار بسیار مشکل و شاید غیرممکن است. حتی در برخی از موارد با اینکه شبهه یا شبهاتی در بین بوده، همه یا برخی از فقها و حتی طرفداران قاعده درأ، به ثبوت حد حکم داده‌اند و این مبین آن است که تسالمی وجود ندارد. مثلاً در مورد مرتدی که ادعا کند کلمات کفرآمیز را از روی اکراه و اجبار به زبان آورده و قصد خاصی در بیزاری از اسلام نداشته است، عده بسیاری می‌گویند در صورتی که اماره و قرینه‌ای بر اکراه وجود داشته باشد، مثل اینکه متهم در دست کفار اسیر بوده (و گفته‌های کفرآمیز را در زمان اسارتش بیان کرده است)، ادعایش پذیرفته می‌شود و در صورتی که چنین اماره‌ای نباشد، سخنش پذیرفته نیست. (مروارید، ۲۳: ۴۳۵) اما عده‌ای دیگر عقیده دارند در صورتی که احتمال صدق مدعی

داده شود، سخن او پذیرفته است؛ ولو اینکه قرینه‌ای در میان نباشد. (نجفی، همان: ۶۱۱) در همین جا تذکر می‌دهیم که تعبیری مانند «درأ عنه الحد» و «یدرأ عنه الحد» و الفاظ مشابه که در کلمات فقهای متقدم بسیار به کار رفته است، نشانه آن نیست که آنان قاعده درأ را پذیرفته‌اند. علت آن است که تعبیر «یدرأ عنه الحد» و الفاظ مشابه، تعبیری روایی است و از روایات برگرفته شده است. مثلاً در صحیحۀ عبدالله بن سنان، عبارت «یدرأ عنها الحد» (عاملی، همان: ۲۰۱) و در صحیحۀ ابی ولاد، تعبیر «درأ عنهما الحد» (همان: ۲۰۲) به کار رفته است.

پنجم. نقد و بررسی سایر ادله

براساس آنچه تا به حال مطرح شد، پاسخ سایر ادله روشن است و به بسط و تفصیل نیاز نیست. مثلاً مطابقت قاعده با ظواهر ادله نمی‌تواند دلیلی بر قاعده درأ باشد، زیرا بارها تکرار شد که بحث ما در مواردی است که قاعده درأ بخواد بر خلاف اصول و ادله مجازات حدی را ساقط نماید. همچنین با ادله‌ای چون بنای حدود بر مسامحه، نمی‌توان از مجازات حدی در همه موارد دست شست. به هر حال، اگر خواسته باشیم بر خلاف ادله و اصول که مقتضی مجازات هستند، به عدم مجازات حکم دهیم، به ادله‌ای نیاز داریم که دلالت آنها صریح و روشن باشد.

ج. تبیین جدیدی از قاعده درأ

خلاصه مباحث گذشته به شرح ذیل است:

اول. دو گونه بودن موارد جریان قاعده درأ

موارد جریان قاعده درأ بر دو گونه است: در مواردی در کنار قاعده درأ، اصول و قواعدی مقتضی سقوط حدند. گونه دوم آن است که اصول و یا ادله اقتضای ثبوت حد دارند، ولی

قاعده درأ مقتضی سقوط آن است. اینجاست که قاعده درأ نقش مهمی را ایفا می‌کند و در حقیقت بحث از قاعده درأ، به همین موارد مربوط می‌شود.

دوم. ثابت نشدن عمومیت قاعده درأ

عمومیت و کلیت قاعده درأ به گونه‌ای نیست که در ناحیه متهم شامل هر نوع جهلی - اعم از موضوعی و حکمی، تقصیری و قصوری، مرکب و بسیط - شود و در ناحیه قاضی شامل هر شبهه‌ای شود که برای او پیش آید، حتی اگر اصول و قواعد معتبر بر ثبوت حد دلالت کنند. ادله ابراز شده در این باره نیز قدرت اثبات چنین مدعایی را ندارند.

سوم. عدم اثبات روایت «ادرئوا الحدود بالشبهات»

روایت «ادرئوا الحدود بالشبهات» از حیث سند ثابت نیست و روایت مرسله صدوق برای این جهت کفایت نمی‌کند. این ادعا که این روایت در میان فقهای امامیه مشهور و مورد عمل بوده است نیز جای تردید دارد. حتی می‌توان گفت این روایت نه تنها شهرت عملیه بلکه شهرت رواییه نیز ندارد. اگر این روایت چنین مشهور بوده، چرا در دیگر جوامع روایی همچون کافی و استبصار و تهذیب، اثری از آن دیده نمی‌شود و در کتابهای فقهی، قدمای امامیه به آن استناد نکرده‌اند؟ به هر حال نه نقل صدوق در من لایحضر و مقنع صحیح است و نه نقل مجلسی در بحارالانوار. لذا باید با فقهایی همچون آیت‌الله خویی (خویی، همان: ۱۶۸ - ۱۶۹) و تبریزی (تبریزی، ۱۴۱۶: ۵۱۵) هم عقیده بود که چنین حدیثی ثابت نشده است.

چهارم. مصطاده بودن قاعده درأ

قواعد فقهی در یک تقسیم به سه قسم تنصیصی (مانند قاعده احسان و نفی سبیل)، اصطیادی (مانند قاعده غرور) و تعلیمی (مانند قاعده مایضمن بصحیحه...) تقسیم می‌شوند. حال آنچه به ذهن خطور می‌کند این است که مرسله مذکور نه روایت بلکه قاعده مصطاده از کلام و فعل رسول خدا(ص) و حضرت علی(ع) بوده است. لذا صدوق یک بار این حدیث را به پیامبر اکرم(ص) و بار دیگر به حضرت امیرالمؤمنین علی(ع) نسبت می‌دهد. همچنین به همین دلیل، اثری از این عبارت در جوامع روایی دیگر مثل استبصار و تهذیب و کافی نیست.

آنچه این برداشت - مصطاده بودن قاعده درأ - را تقویت می‌کند، حدیثی است که مرحوم شیخ حر عاملی از کلینی و شیخ طوسی بدین شرح نقل می‌کند. امام باقر(ع) فرمود:

ان علیاً (ع) اتی بامرأة مع رجل فجر بها، فقالت استکرهنی و الله یا امیرالمؤمنین فدرأ عنها الحد، و لو سئل هولاء عن ذلك لقالوا لا تصدق، و قد والله فعله امیرالمؤمنین (ع). (عاملی، همان: ۱۱۰)

مشابه این حدیث به شکل دیگر و در قالب داستانی معروف و مشهور از امیرالمؤمنین(ع) نقل شده است. (همان: ۱۱۱ - ۱۱۲) حال مشاهده می‌کنیم مرحوم صدوق که روایت قاعده درآ را در من لا یحضره الفقیه به پیامبر(ص) نسبت داده، در متن با نسبت دادن آن به حضرت علی(ع) این گونه می‌نویسد:

و ان اخذت امرأة مع رجل قد فجر بها فقالت المرأة استكرهني، فانه يدرأ عنها الحدّ به لانها قد وقعت شبهة و قال اميرالمؤمنين(ع): ادروا الحدود بالشبهات. (مروارید، ۲۳: ۱۰)

شاید ملاحظه این مجموعه، این معنا را تقویت کند که قاعده درآ قاعده‌ای اصطیادی و برگرفته از مجموع روایات است نه اینکه عین الفاظ آن از معصومان(ع) صادر شده باشد.

پنجم. پذیرش حد عقلایی برای قاعده درآ

به نظر می‌رسد که در قاعده درآ نه باید افراط نمود و نه باید تفریط کرد، بلکه باید حد عقلایی آن را پذیرفت؛ حدی که می‌توان گفت مستفاد از ادله است.

افراط در قاعده درآ به گونه‌ای که هر نوع شبهه‌ای ساقط کننده مجازات باشد، صحیح نیست. پیش‌تر گفتیم که مفاد قاعده درآ بی‌اعتنایی به سایر ادله، همچون ادله عدم معذوریت جاهل مقصر ملتفت، نیست. اگر قاعده درآ به این کلیت که گاه ادعا شده است وجود داشت، دیگر معنا نداشت که انکار پس از اقرار به حد جز در حد رجم پذیرفته نشود، زیرا چه بسا انکار، باعث شبهه قاضی در اصل ارتکاب حد می‌شود؛ همچنین دیگر نباید در اجرای حد تعجیل نمود، زیرا چه بسا تأخیر باعث روشن‌تر شدن وضعیت و در نهایت ایجاد شبهه و سقوط حد می‌گردد، در حالی که یکی از قواعد باب حدود قاعده «لا تأخیر فی حد» است.

از سوی دیگر نباید در قاعده درآ راه تفریط را پیش گرفت و در هیچ موردی به سقوط حد قائل نشد، زیرا پیامبر(ص) فرمود: اگر قاضی در عفو کردن اشتباه کند، بهتر از آن است که در مجازات کردن اشتباه کند. پس باید حد عقلایی آن را پذیرفت. این حد عقلایی با توجه به جرم حدی و اینکه از زمره حق الله است یا حق الناس و نیز براساس شبهه‌ای که برای قاضی یا متهم پیدا شده و با توجه به شرایط و وضعیت هر پرونده متفاوت می‌شود و در یک جمله قابلیت آن را ندارد که تحت ضابطه و قاعده واقع شود و یک کار قضایی است. مدعا این است که همین حد عقلایی نیز از روایات استفاده می‌شود.

در توضیح این نکته می‌گوییم: در روایات در مواردی به صرف وجود شبهه، به سقوط حد حکم نشده است. مثلاً در روایات، درباره کسی که مرتکب شرب خمر شده و ادعای جهل به حرمت کرده، آمده است که باید او را به میان مسلمانان ببرند تا روشن شود آیا کسی آیه حرمت شرب خمر را برای او تلاوت کرده است تا جهلش ثابت شود و عذرش مسموع گردد یا خیر. (عاملی، همان: ۳۳) یا در روایت صحیحۀ یزید کناسی خواندیم که عذر جهل به لزوم عده پذیرفته نیست. به نظر می‌رسد اینکه در این روایات، صرف ادعای جهل به احکام عذر محسوب نشده است، مورد پذیرش عقلا نیز هست. به عبارت دیگر، میزان عقلایی آن است که به صرف ادعای جهل حد را ساقط ندانیم، بلکه اگر علم مرتکب ثابت نشد، آن‌گاه حد را ساقط بدانیم. شاید به همین دلیل است که بسیاری از فقها عقیده دارند که مفاد روایت صحیحۀ یزید کناسی، عدم استماع دعوی جهل است نه اینکه حتی اگر آن زن بتواند واقعاً جهلش را ثابت نماید، حد بر وی جاری شود. (حکیم، ۱۴۰۴: ۲۳۰؛ تبریزی، ۱۴۱۷: ۲۰ - ۲۱؛ مکارم شیرازی، همان: ۳۶ و ۵۰) به علاوه، در روایتی (عاملی، همان: ۲۳۹) بیان شده و فقها (خویی، همان: ۲۷۶) نیز حکم کرده‌اند که اگر یک نفر به شرب خمر و دیگری به قی کرن خمر شهادت دهد، حد جاری می‌شود، زیرا «ما قاءها حتی شربها». ثبوت حد در این مورد نیز مطابق موازین پذیرفته شده عقلاست.

جدا از روایات فوق، در برخی از روایات با وجود شبهه به سقوط حد حکم شده است. صحیحۀ ابی عبیده (عاملی، همان: ۱۱۰) و صحیحۀ حلبی (همان: ۲۶۲) از آن جمله‌اند که پیش‌تر به آنها اشاره کردیم. به نظر می‌رسد که برداشتن حد زنا و سرقت از دو متهم مزبور، حد عقلایی قاعده‌دراست است، زیرا در مورد روایت اول، مدعی اکراه زن است و او قسم یاد کرده است و نمی‌توان از زن انتظار داشت که در آن شرایط زمانی و مکانی خاص، شاهدی بر اکراه داشته باشد. همچنین نمی‌توان در نقض ادعای زن چنین گفت که اگر زن صادق باشد، باید روی بدن مرد زانی جای خراشیدگی ناخن زن و امثال آن باشد، زیرا چه بسا اکراه، مادی نبوده بلکه معنوی بوده است.* همه اینها دست به دست هم می‌دهد و برای قاضی در اصل تحقق زنا مطاوعی ایجاد شبهه می‌کند. شبهه نیز آن چنان قوی است که با وجود اصل اختیاری بودن اعمال، قابل رفع نیست و لذا حد برداشته شده است.

* شاید مراد زن در واقع اضطرار بوده و نه اکراه، زیرا او در اثر تشنگی شدید و برای نجات جان خویش تن به زنا داده است. بدیهی است که این را اکراه نمی‌گویند.

از سوی دیگر، در روایت دوم هم می‌بینیم که گرچه با اصل عدم هبه، می‌توان سرقت را احراز و حکم به اجرای حد آن نمود، حضرت (ع) چنین حکم نکردند، چرا که احتمال صدق مدعی داده می‌شود. به علاوه، حضرت نفرمود حد ساقط می‌شود مگر اینکه صاحب لباسها ادعای سرقت کند، بلکه فرمود مگر اینکه صاحب لباسها بینه‌ای بر سرقت بیاورد. علت آن است که اگر به صرف ادعای سرقت از سوی مالک، حد سرقت به کمک اصل عدم هبه ثابت می‌گردید، این بهانه‌ای می‌شد تا عده‌ای به منظور پرونده‌سازی برای دشمنانشان، چیزی را به آنها هدیه کنند و سپس ادعای سرقت نمایند.

۵۵

فقه حقوق

فقه
عقود
در
قلمرو
حقوق
عقود

خلاصه آنکه جمع عرفی مقبول میان آن دسته از روایات که بر اجرای حد دلالت دارند و آن دسته از روایات که بر سقوط حد تأکید می‌کنند، این است که نگاه به قاعده درأ عقلایی باشد و این قاعده تا حد عقلایی پذیرفته شود. شاید به همین علت است که فقها در موارد متعددی با وجود شبهه، به سقوط حد حکم نکرده‌اند، یعنی با قاعده درأ برخوردی عقلایی داشته‌اند و آن را خارج از حد عقلایی نپذیرفته‌اند. به همین جهت است که صاحب ریاض معتقد است اگر عبد ادعا کند که از سوی مولایش به لواط اکراه شده است، ادعایش پذیرفته می‌شود، ولی اگر مولا ادعای اکراه کند، سخن او مسموع نمی‌افتد. (طباطبایی، همان: ۴۹۸)

در پرونده‌ای مردی که قبلاً متهم به رابطه نامشروع با خواهرزنش (خانم ز) بوده، خواهر زن دیگرش (خانم ف) را اغفال می‌کند، از غرب کشور به تهران می‌آورد و او را صیغه ۹۹ ساله می‌نماید و به کرات، چه در تهران و چه در محل سکونتش، با وی همبستر می‌شود. مرد پس از دستگیری مدعی می‌شود که از حرمت ازدواج دائم با دو خواهر اطلاع داشته، اما از اینکه این کار با عقد موقت هم حرام است، اطلاعی نداشته است. دادگاه او را به رجم محکوم می‌کند. پرونده در دیوان عالی کشور مطرح می‌شود و در آنجا برخی بحث شبهه و قاعده درأ را مطرح می‌کنند. اما یکی از قضات دیوان عالی کشور در این مورد می‌گوید:

نظر دادگاه [مبنی بر رجم متهم] در این زمینه صحیح است و شبهه که به نظر اعضای محترم شعبه دیوان عالی کشور رسیده مورد نخواهد داشت. چون شبهه باید شبهه عقلاییه باشد تا بتوان درأ حد نمود. لازم می‌دانم در این زمینه به اطلاع برسانم که در زمان حیات مرحوم آیت‌الله گلپایگانی بنده به محضر ایشان رسیدم و بعضی از شبهاتی را که گاهی عنوان می‌شود مطرح کردم، فرمودند: این گونه امور شبهه محسوب نمی‌شود؛ شبهه‌ای موجب درأ حد است که عقلانی و عرف‌پسند باشد. شبهاتی از این قبیل جز تعطیلی حدود الهی ثمر دیگری نخواهد داشت. (اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیات عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۰: ۳۷۱)

بجاست این گفتار را با این صحیح‌ه به پایان بریم:

لو ان المرأة اذا فجرت قالت لم ادر او جهلت ان الذي فعلت حرام و لم يقم عليها الحد اذا لتعطلت الحدود. (عاملی، همان: ۱۲۵)

گفتار چهارم. قاعده درأ و نظام حقوقی - قضایی ایران

تا کنون قاعده درأ را در فقه امامیه بررسی کردیم. اما برای اینکه بدانیم قاعده درأ در نظام حقوقی - قضایی ایران چه جایگاهی دارد، بحث را در دو قسمت پی می‌گیریم. ابتدا انعکاس این قاعده را در قوانین موضوعه (الف) و سپس استناد به آن را در آرای دادگاهها (ب) بررسی می‌کنیم.

الف. قاعده درأ و قوانین موضوعه

قاعده درأ خود به صورت یک ماده در قوانین جلوه نکرده است، اما مبنای برخی از مواد، هم در زمینه شبهه متهم و هم در زمینه شبهه قاضی، است.

در زمینه شبهه متهم، تبصره ۱ ماده ۸۲* قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱، جهل تقصیری بسیط را عذر محسوب نمی‌کرد، اما این تبصره در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ حذف گردید. اکنون می‌توان گفت که این جهل عذر محسوب می‌شود، به ویژه اینکه قانون‌گذار در مواد متعددی ثبوت حد زنا و شرب مسکر و سرقت را منوط به علم مرتکب به حکم و موضوع دانسته است. مواد ۶۳، ۶۴، ۶۵، ۱۶۶ و ۱۹۸ از آن جمله‌اند.

در مورد شبهه قاضی نیز قانون‌گذار در مواردی به سقوط حد نظر داده است. مثلاً ماده ۶۶ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «هرگاه مرد یا زنی که با هم جماع نموده‌اند ادعای اشتباه و ناآگاهی کند، در صورتی که احتمال صدق مدعی داده شود، ادعای مذکور بدون شاهد و سوگند پذیرفته می‌شود و حد ساقط می‌گردد.» و مطابق ماده ۶۷: «هرگاه زانی یا زانیه ادعا کند که به زنا اکراه شده است، ادعای او در صورتی که یقین بر خلاف آن نباشد قبول می‌شود.» تبصره ۱ ماده ۱۶۶ هم حاکی از آن است که اگر شرابخوار مدعی جهل به حکم یا موضوع باشد و صحت دعوی وی محتمل باشد، محکوم به حد نخواهد شد. ماده ۱۷۳ این قانون هم اشعار می‌دارد: «اقرار یا شهادت در صورتی موجب حد می‌شود که احتمال عقلایی بر معذور بودن خورنده مسکر در بین نباشد.»

* مطابق این تبصره: «هرگاه زن یا مردی حرام بودن ازدواج با دیگری را نداند ولی احتمال حرمت آن را بدهد و بدون تفحص حکم شرعی با او ازدواج نماید و دخول کند، محکوم به حد خواهد شد.»

در نهایت باید به ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ اشاره کرد که در مورد متهمی که اقرار به ارتکاب جرمی نموده است، به دادگاه اجازه مبادرت به صدور رای می‌دهد، به شرط اینکه: «اقرار او صریح و موجب هیچ گونه شک و شبهه‌ای نباشد و قراین و امارات نیز مؤید این معنی باشند.» به هر حال مناسب است قانون‌گذار به جای پراکنده گویی، به قانون‌گذاری قاعده درآ در یک ماده مستقل اقدام نماید.

ب. قاعده درآ و آرای محاکم

استناد به قاعده درآ در آرای دادگاهها و شعب دیوان عالی کشور و نیز هیأت عمومی دیوان عالی کشور بسیار به چشم می‌خورد. متأسفانه با مطالعه آرای محاکم و شعب دیوان عالی کشور، گاه دیده می‌شود که قضات در استناد به قاعده درآ افراط ورزیده‌اند و با وجودی که ظواهر پرونده حاکی از مجرم بودن متهم است، به اندک شبهه‌ای حد را ساقط دانسته‌اند و با قاعده درآ برخورد عقلایی نکرده‌اند.

افراط در قاعده درآ و سقوط حد به اندک شبهه و نیز افراط در اصل برائت و اصل احتیاط، گاه موجب صدور آرای شده که تعجب‌آور است و باعث سلب اعتماد مردم به دستگاه قضایی می‌گردد. به نمونه‌های زیر توجه کنید.

در این پرونده آقای... و دوشیزه... متهم‌اند به زنا، محصن و غیر محصن. متهمه اظهار می‌دارد: روزی به مغازه متهم رفتم و به من گفت می‌خواهم با شما ازدواج کنم فکر بکن بعد جواب بده که من بعد از مدتی به او گفتم شخص دیگری برای خواستگاری من آمده بوده، راضی نبودم ولی پدر و مادرم به اجبار قصد این کار را داشتند. من در تاریخ ۶۸/۳/۲۵ به او مراجعه نمودم، به او گفتم قصد ازدواج با او را دارم و لذا برای نجات از خواستگار مرا فراری دهد که در هنگام فرار دستگیر شدیم، ضمناً این عمل را هم انجام داده‌ایم. ضمناً هر دو متهم با هم ازدواج نموده‌اند که سند آن ضمیمه است. دادگاه پس از تشکیل جلسه و بررسی محتویات پرونده و اقرار صریح متهمین، بزه انتسابی را محرز دانسته است. (بازگیر، ۱۳۷۵: ۱۴۱ - ۱۴۲)

شعبه دیوان در نقض رأی دادگاه در پرونده فوق چنین اظهار داشته است:

با توجه به محتویات پرونده... در رابطه با زنا، نظر به اینکه طرفین از ابتدا قصد ازدواج داشته‌اند و اظهار ندامت نموده‌اند و حسب نظر برخی از فقها عظام نکاح به صورت فارسی مورد تصدیق هست، حتی بعضی از بزرگان نکاح معاطاتی را صحیح دانسته‌اند، اجرای حد زنا نسبت به هر دو مشکل و مورد شبهه است و الحدود تدرأ بالشبهات لذا رای صادره نقض می‌گردد. (۶۹/۵۶۸۱/۲۶).

(همان: ۱۴۲)

روشن است که اگر جایی نکاح معاطاتی رخ دهد و طرفین به حلیت عملشان اعتقاد داشته باشند، زنا صورت نگرفته و یا اگر هم مطابق نظر کسانی که نکاح معاطاتی را کافی نمی‌دانند صورت گرفته باشد، به علت جهل به حرمت استحقاق عقوبت ندارد. ولی پرونده مذکور این گونه نیست. اولاً، اظهار ندامت و پشیمانی متهمین حکایت از آن دارد که عملشان جرم بوده و آنها هم از آن مطلع بوده‌اند. پشیمانی در جایی است که شخص به قبح و زشتی و حرمت عملش آگاه باشد. ثانیاً، این دو پس از زنا، با همدیگر ازدواج کرده و نکاحیه رسمی سنددار تنظیم کرده‌اند. ثالثاً، این دو ادعای شبهه نکرده‌اند. رابعاً، ادعای ندامت حتی اگر به معنای توبه باشد، اگر پس از اقرار به جرم باشد، برای حاکم اختیار اجرا و عدم اجرای حد را می‌آورد نه اینکه حد را به طور کلی ساقط کند و اگر قبل از اقرار به جرم باشد، موجب سقوط مجازات است. همگی این امور می‌رساند که تمسک به قاعده در این مورد صحیح نیست.

در پرونده‌ای دیگر، مردی به اتهام لواط به عنف به طور مکرر با نه نفر و تفریض با دو نفر، تحت تعقیب قرار گرفته و به اعدام و شلاق محکوم شده است. شعبه دیوان در نقض رأی دادگاه دلایلی آورده که یکی از آنها چنین است:

... اما در مورد بزه انتسابی به متهم (لواط)، هرچند بر حکم دادگاه از حیث مبانی استدلال و استنباط اشکالی وارد نیست لیکن به لحاظ فاصله زمانی ممتد بین بزه ارتكابی و محاکمه متهم چنانچه با بررسی و تحقیق بیشتری علم به توبه وی در آن فاصله حاصل گردد امکان ارفاق وجود دارد. بنا به مراتب مزبور دادنامه صادره از این حیث قابل تأیید نبوده نقض می‌شود و رسیدگی مجدد به شعبه دیگر دادگاه... محول می‌گردد. (همان: ۱۵۲)

مشاهده می‌کنیم که در اینجا شعبه دیوان، دادگاه را ملزم به احراز توبه و عدم آن کرده است، در حالی که برای دادگاه هیچ ضرورت و الزامی وجود ندارد که توبه و عدم توبه متهم را احراز کند. جرمی صورت گرفته که مرتکب آن مستحق عقوبت است و اصل عدم توبه است و اگر متهم ابراز می‌کند که توبه کرده است، باید دلایل خود را بیان دارد تا دادگاه در این باره تصمیم بگیرد. بدیهی است اگر بخواهیم به این شیوه (استدلال شعبه دیوان) استدلال کنیم، در هر پرونده‌ای و پس از دستگیری مجرم و تا مرحله اقرار و شهادت شهود و صدور حکم، احتمال پشیمانی و توبه متهم می‌رود و در نتیجه دیگر جایی برای اجرای حدود نمی‌ماند. جالب است بدانیم که در پرونده فوق و پس از نقض رأی دادگاه اول توسط شعبه دیوان، متهم

استشهادیه‌ای مبنی بر تأیید اخلاقی به امضای چند نفر می‌رساند و به دادگاه دوم که پرونده به آنجا ارجاع شده است ارائه می‌دهد. دادگاه دوم نیز مانند دادگاه اول به محکومیت متهم حکم می‌دهد، به این دلیل که:

استشهادیه‌ای که اخیراً با امضای عده‌ای دال بر اصلاح متهم تقدیم و ضمیمه شده معارض است با تحقیق محلی از نزدیکان متهم که فردی فاسد و شرور و لابلالی و قمارباز و غیره می‌باشد و واضح است که استشهادیه اخیر که حاکی از اصلاح او است شرحاً امضا شده، صرف نظر از اینکه ارزش شرعی و قانونی ندارد و با توجه به این نکته که زندان اعلام نموده متهم از گذشته خود نادم و پشیمان است در حالی که زمانی که در جلسه دادگاه که از متهم سؤال شده توبه کرده‌ای جواب داده من کاری نکرده‌ام که توبه کنم، نیاز به توبه نبوده و مجدداً سؤال شده باز جواب داد کاری نکردم که توبه کنم و صریحاً نفی انجام توبه را کرده و علی‌هذا اظهار در زندان مبنی بر پشیمانی وی خلاف واقع و خلاف صریح گفتار متهم است که توبه نکرده. با توجه به بیانات فوق و سایر محتویات پرونده، جرم انتسابی از طریق علم محرز است... (همان: ۱۵۳)

دادگاه دوم متهم را به صد ضربه شلاق در خصوص تفخیز و اعدام در خصوص لواط محکوم نموده است. اما شعبه دیوان در خصوص همین پرونده و در نقض رأی دادگاه دوم مقرر داشته است:

بر دادنامه اشکال زیر وارد است که احراز توبه مجرم، ملازم با اقرار او به ارتکاب گناه موضوع پرونده پس از ابراز توبه و ندامت نیست و صرف حصول علم به توبه برای دادگاه ولو از طریق اعلام دیگران از جمله معاشین مجرم موجب سقوط حد و لااقل ایجاد شبهه در اجرای حد خواهد بود... (همان: ۱۵۳)

بدیهی است دادگاه دوم نخواسته است که از توبه مجرم، اقرار به جرم او را کشف کند، بلکه اعلام داشته که برای دادگاه نه تنها توبه متهم احراز نشده، بلکه توبه نکردن وی احراز شده است و در نتیجه باید حد جاری شود. به علاوه، این جمله شعبه دیوان که «صرف حصول علم به توبه ولو از طریق اعلام دیگران از جمله معاشین مجرم موجب سقوط حد و لااقل ایجاد شبهه در اجرای حد خواهد بود» جای تأمل بسیار دارد. وقتی خود متهم اعلام می‌کند توبه نکرده، زیرا نیازی به توبه نبوده است، اعلام معاشین متهم مبنی بر توبه او چه جایگاهی دارد و چگونه می‌تواند باعث علم دادگاه به توبه متهم شود.*

* نمونه دیگری در صفحه ۱۳۳ و ۱۳۴ منبع پیشین آمده است.

به هر حال، قاعده درأ در حد عقلایی آن پذیرفتنی است، اما در حد افراط‌گونه آن اصلاً قابل دفاع نیست. اگر قاعده درأ به صورت افراط‌گونه پذیرفته شود، کمتر موردی پیدا می‌شود که بتوان حد را جاری نمود، زیرا به هر حال در هر مورد شک و شبهه‌ای وجود خواهد داشت. بجاست بحث قاعده درأ را با این کلام از مرحوم آیت الله خوئی به پایان ببریم که در اکثر موارد ثبوت حد، شبهه وجود دارد (و اگر بنا بر درأ حد به هر شبهه‌ای باشد، دیگر حدی برای اجرا باقی نخواهد ماند). ایشان در تعلیل این حکم که اگر مرتد ادعای اکراه کند ولی بر صحت ادعایش قرینه‌ای وجود نداشته باشد ادعایش پذیرفته نمی‌شود، می‌نویسد:

این نظر خلاف نظر گروهی است که با تمسک به قاعده درأ معتقدند حد با احتمال صدق مدعی اکراه ساقط می‌شود. لیکن دانستی که این کبری [قاعده درأ] ثابت نشد بلکه روایت مرسله‌ای است که شیخ صدوق (قدس سره) آن را روایت کرده است و گذشت که شبهه‌ای در امثال این مورد نیست. زیرا بیان کردیم که اگر مراد از شبهه، شبهه واقعی باشد، در اکثر مواردی که حد ثابت شده است شبهه وجود دارد [و دیگر حدی نباید اجرا شود] و اگر مراد شبهه واقعی و ظاهری است، چنین شبهه‌ای در اینجا وجود ندارد؛ زیرا آنچه موجب ارتداد است وجود دارد و مانع که همان اکراه [در بیان کلمات کفرآمیز باشد] به وسیله اصل ساقط است [در نتیجه حد باید اجرا شود].
(خوئی، همان: ۳۲۸ - ۳۲۹)

نتیجه

۱. هنر قاعده درأ این است که در مواردی که ادله و اصول اقتضای مجازات دارند جاری شود و مانع اجرای مجازات شود.
۲. عبارت ادرئوا الحدود بالشبهات، متن روایت و قاعده تخصیصی نیست، بلکه قاعده‌ای اصطیادی است.
۳. حال که قاعده درأ قاعده اصطیادی است، دارای عموم و اطلاق نبوده، بلکه باید به قدر متیقن آن عمل نمود.
۴. مفاد قاعده درأ بی‌اعتنایی به ادله و اصول نیست. این قاعده در حد عقلایی قابل پذیرش می‌باشد.

کتابنامه

۱. ابن حزم، ابومحمد علی، المحلی، بیروت، دارالفکر، بی تا، ج ۱۰.
۲. اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور، مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور در سال ۱۳۷۷، تهران، اول، ۱۳۸۰، ج ۴.
۳. اردبیلی، سید عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، قم، مکتبه امیرالمؤمنین (دارالعلم مفید)، اول، ۱۴۱۳ ق.
۴. بازگیر، یدالله، علل نقض آرای کیفری در شعب دیوان عالی کشور، تهران، نشر حقوقدان، اول، ۱۳۷۵.
۵. بجنوردی (موسوی)، سید محمد، قواعد فقهیه، تهران، مبعاد، دوم، ۱۳۷۲.
۶. تبریزی، میرزا جواد، اسس الحدود و التعزیرات، قم، اول، ۱۴۱۷ ق.
۷. تبریزی، میرزا جواد، صراط النجاة، قم، دفتر نشر برگزیده، اول، ۱۴۱۶ ق، ج ۱.
۸. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، بیروت، دارالعلم للملایین، چهارم، ۱۴۰۷ ق / ۱۹۸۷ م، ج ۱ و ۶.
۹. حائری، سید کاظم، القضاء فی الفقه الاسلامی، قم، مجمع الفکر الاسلامی، اول، ۱۴۱۵ ق.
۱۰. حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله العظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۱۴.
۱۱. خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک، تهران، مکتبه الصدوق، اول، ۱۳۹۴ ق، ج ۶.
۱۲. خویی، سید ابوالقاسم، مبانى تکملة المنهاج، قم، دوم، ۱۳۹۶ ق، ج ۱.
۱۳. سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام، دفتر آیت الله العظمی سبزواری، چهارم، ۱۴۱۷ ق، ج ۲۷.
۱۴. سیاح، احمد، فرهنگ بزرگ جامع نوین، تهران، انتشارات اسلام، دهم، ۱۳۶۵.
۱۵. صدوق، محمد بن علی بن بابویه، المقنع فی الفقه، سلسله الینایع الفقهیه، ج ۲۳ و ۲۴.
۱۶. صدوق، محمد بن علی بن بابویه، من لا یحضره الفقیه، بیروت، مؤسسه الاعلمی، اول، ۱۹۸۶ م / ۱۴۰۶ ق، ج ۴.
۱۷. طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، اول، ۱۴۲۲ ق، ج ۱۳.

فهرست

۱۸. طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، دوم، ۱۴۲۰ ق، ج ۵.
۱۹. طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط*، مكتبة المرتضوية، ۱۳۵۱ ش، ج ۸.
۲۰. عاملی، حر، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسة آل البيت (ع)، سوم، ۱۴۱۶ ق، ج ۱۲ و ۲۸.
۲۱. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، *مسالك الافهام*، (چاپ سنگی)، بی تا، ج ۲.
۲۲. فاضل لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة*، کتاب الحدود، قم، مؤلف، اول، ۱۴۰۶ ق.
۲۳. فاضل لنکرانی، محمد، *جامع المسائل*، اول، ۱۳۷۵، ج ۱.
۲۴. فراهیدی، خلیل بن احمد، *العین*، قم، دارالهجرة، دوم، ۱۴۰۹ ق، ج ۱ و ۳.
۲۵. قبله ای خوبی، خلیل، *قواعد فقه بخش جزا*، تهران، اول، سمت، ۱۳۸۰.
۲۶. کریمی جهرمی، علی، *الدر المنضود فی احکام الحدود* (تقریرات درس آیت الله گلپایگانی)، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۲ ق، ج ۱.
۲۷. کریمی جهرمی، علی، *الدر المنضود فی احکام الحدود* (تقریرات درس آیت الله گلپایگانی)، قم، دارالقرآن الکریم، اول، ۱۴۱۴ ق، ج ۲.
۲۸. مجلسی، محمدباقر، *بحار الانوار*، تهران، کتابفروشی اسلامیة، سوم، ۱۳۷۵، ج ۷۷.
۲۹. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه بخش جزایی*، تهران، مرکز نشر اسلامی، اول، ۱۳۷۹، تهران.
۳۰. مروارید، علی اصغر، *سلسلة الینایع الفقهیة*، بیروت، مؤسسة فقه الشیعة، اول، ۱۴۱۰ هـ، ج ۲۳.
۳۱. مفید، محمد بن نعمان، *المقنعة*، سلسلة الینایع الفقهیة، ج ۲۳.
۳۲. مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقاهة کتاب الحدود و التعزیرات*، قم، مدرسة الامام علی بن ابی طالب (ع)، اول، ۱۴۱۸ ق، ج ۱.
۳۳. مکی، جمال الدین (شهید اول)، *القواعد و الفوائد*، قم، مكتبة المفید، ج ۱.
۳۴. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، تهران، دار الکتب الاسلامیة، سوم، ۱۳۶۸، ج ۴۱.