

بررسی فقهی قاعده «درء» با تکیه بر قانون مجازات

اسلامی مصوب ۱۳۹۲*

رضا دانشور ثانی**

کاظم خسروی***

چکیده

یکی از نوآوری‌های مقنن در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، تصریح به قاعده «درء» می‌باشد. در قوانین قبلی، مقنن صراحتاً اشاره‌ای به این قانون نکرده بود، اما در برخی مواد آن را به طور ضمنی پذیرفته بود. به عنوان مثال، در مواد: ۱۶۷ و ۶۷، ۶۶، ۶۵ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰، ایجاد شبهه را موجب سقوط حد می‌دانست. در قانون سال ۱۳۹۲ در دو ماده ۱۲۰ و ۱۲۱ به تشریح این قاعده و چگونگی سقوط مجازات در صورت وجود شبهه پرداخته شده است، اگرچه قانونگذار اشاره‌ای به معنای شبهه نمی‌کند. از آنجا که مقنن، این قاعده را در بخش کلیات ذکر کرده است، این شائبه وجود دارد که علاوه بر حد به معنای اخص، به سایر جرایم نیز تعمیم داده است، لذا در این نوشته، علاوه بر ذکر مستندات قاعده، تحلیل کلمات قاعده، اقسام شبهه و ملاک در عروض شبهه، سعی اصلی بر این است که با بررسی کتب معتبر فقهی شیعی و اهل سنت و بررسی نظریات محققین و دانشمندان، پی به این حقیقت ببریم که دامنه شمول قاعده «درء» چیست. آیا منحصرأً شامل حد به معنای اخص است یا علاوه بر آن به سایر جرایم (قصاص، دیات، تعزیرات) نیز تسری می‌یابد.

کلید واژه‌ها: درء، حد، شبهه، شبهه موضوعیه، شبهه حکمیه.

* تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۴/۰۸/۲۴ تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۴/۱۱/۲۰

** استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی / daneshvarsani@gmail.com

*** دانشجوی دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علوم اسلامی رضوی /

khosravi.kazem@gmail.com



مقدمه

یکی از ابتکارات نظام کیفری اسلامی نسبت به سایر مکاتب حقوقی، ایجاد قاعده درء می‌باشد. زمانی که وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هر یک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شک و تردید قرار گرفت، تحقق جرم ثابت نخواهد شد، در نتیجه مجازات اعمال نمی‌شود.

آنچه امروزه تحت عنوان قاعده تفسیر قوانین کیفری به نفع متهم، یا اصل برائت از آن یاد می‌کنند به نوعی با قاعده مزبور سازگاری دارد. قانونگذار ایران نیز گرچه در قوانین قبلی به این قاعده اشاره کرده بود، اما در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ این قاعده را صراحتاً به عنوان یک اصل پذیرفت.

تلقی قانونگذار در این قانون، همچون بسیاری از فقیهان و حقوقدانان اسلامی این است که این قاعده، خاص حدود اصطلاحی در فقه نیست و لذا با آوردن این قاعده در بخش کلیات قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ آن را شامل تمام جرایم می‌داند و از نظر فقیهان مزبور پیروی کرده است. واضح است که اگر ما سایر جرایم را تحت شمول قاعده بدانیم، دارای آثاری است. خصوصاً ثمره بحث در جایی ظاهر می‌شود که قاضی در صورت مواجه شدن با شبهه و صادق بودن آن در حق مدعی علیه یا متهم، باید از رسیدگی خودداری و نهایتاً حکم به برائت متهم صادر کند.

به نظر می‌رسد به کار بردن این قاعده در غیر معنای خاص خود و آوردن عناوین قصاص و تعزیرات تحت عموم حدود و بالاخره اجرای این قاعده نسبت به آنها مخالف غرض شارع است. چه بسا لفظ حد اصطلاحی در زمان ما، در زمان صدور روایت درء نیز به همین معنا به کار می‌رفته است و اینکه قائل به این باشیم لفظ حد، حقیقت شرعی شده است، بی مورد نخواهد بود. آنچه باعث شده برخی عبارت «ادرتوا الحدود بالشبهات» را شامل سایر جرایم هم بدانند، عدم توجه به همخوانی این قاعده با اصولی چون اصالة البرائة یا اصالة الاحتیاط می‌باشد. به این معنا که در بسیاری از موارد که حکم به سقوط مجازات صادر می‌شود، نه به خاطر شبهه دارئه، بلکه مجرای اصول فوق الذکر می‌باشد.

۱. مستندات قاعده «درء»

بی شک بحث جدی در باب حجیت یا رد اصل حکم درء مطرح نیست و آنچه بیشتر مورد توجه قرار می‌گیرد این است که آیا این حکم، به عنوان یک قاعده در کتاب‌های فقهی متقدمین مطرح بوده است یا از ابداعات متأخرین می‌باشد. در هر حال چه این قاعده را در کتب فقهی قدما، مسطور ببینیم و چه آن را از ابداعات فقه‌های



متأخر بدانیم، اصل حکم درء مورد قبول فقهای مذاهب مختلف می‌باشد. البته در میان فرق اهل سنت، تنها فرقه ظاهریه منکر این قاعده می‌باشد. همان طور که عوده می‌گوید: «و لیس فی الفقهاء من ینکر قاعدة درء الحدود بالشبهات الا الظاهریون» (عوده، ۱۹۹۲م، ج ۱: ۲۰۸) گفتنی است این حزم نیز تمسک به قاعده درء را خلاف اجماع مسلمین و خلاف قرآن و سنت و آن را ساخته بعضی از صحابه و استعمال این قاعده را موجب تعطیلی حدود می‌داند.^۱ (فتحی بهنسی، ۱۹۹۸م: ۱۱۴-۱۱۳) بهنسی، در رابطه با این نظر این حزم می‌گوید:

این حزم در این موضوع مبالغه‌ای کرده که او را از حد اعتدال خارج کرده است. حدیث درء، حدیث حسن است، همان گونه که در کتب حدیث ذکر شده است و علما مذاهب مختلف این را به عنوان یک قاعده کلی پذیرفته‌اند.^۲

مستندات قاعده درء عبارت‌اند از:

الف) روایات

ذکر عبارت «ادرتوا الحدود بالشبهات» با عبارت‌های گوناگون، در بین روایات اهل سنت و شیعه مشاهده می‌شود. منتهی نکته‌ای که راجع به این روایات در کتب شیعه قابل ذکر می‌باشد این است که این روایات مرسله هستند. یعنی یا راویان حدیث ذکر نشده‌اند که آن را مرسل به حذف و اضافه گویند و یا اینکه راویان به صورت مبهم ذکر شده‌اند که آن را مرسل به ابهام در واسطه نامند.

بلافاصله اضافه می‌شود که ضعف این روایات به شهرت عملی جبران می‌شود و علاوه بر آن مراسیل کسانی چون صدوق و ابن عمیر در حکم مسانید است و گذشته از آن مضمون و محتوای این روایات آن قدر متیقن و محکم و در سطح بالایی است که جز امام معصوم علیه السلام نمی‌تواند از کس دیگری صادر شده باشد. (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۴۷) برخی نیز این طور گفته‌اند:

۱. لو نظرنا فی النصوص الّتی ینجح بها المخالفون لوجدناها قد جائت طرق لیس فیها عن النبی و لا کلمة و انما هی عن بعض الصحابه من طرق کلها لآخر فیها و هذا اللفظ (ادرتوا الحدود بالشبهات) ان استعمل، ادى الی ابطال الحدود جملة علی کل حال و هذا خلاف اجماع اهل الاسلام و خلاف الدین و خلاف القرآن و السنن.

۲. و قد بالغ ابن حزم فی هذا الموضوع مبالغه اخرجته عن حد الاعتدال، فحدیث درء الحدود بالشبهات حدیث حسن کما ورد فی الکتب الحدیث و درء الحدود بالشبهات صار بهذا قاعدة عامة جرى علیها العلماء فی المذاهب المختلفة.



از نظر ما، ادله حجیت خبر واحد، مطلقاً این مورد را در بر می‌گیرد، زیرا به صرف مرسله بودن نباید حکم بر ساقط شدن اعتبار روایت کرد. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲: ۱۸۲)

صاحب ریاض نیز این گونه می‌گوید: «سزاوار است در غیر از موارد یقین به خاطر نص متواتری که حدود را با شبهات ساقط می‌کند از اجرای حدود جلوگیری کنیم.» (طباطبایی، ۱۴۳۲، ج ۲: ۴۹۵) در میان کتب اهل سنت نیز این روایت به صورت «ادرثوا الحدود بالشبهات»، «ادرثوا الحدود»، «ادرثوا الحدود بالشبهه»، «ادرثوا الحدود» و «القتل عن عبادالله ما استطعتم ان الامام ان یخطی فی العفو خیر من ان یخطی فی العقوبه» مشاهده می‌شود. (ر.ک: السنن المصطفی، الاشباه و النظائر، السنن الکبری، سنن ترمزی و...)

ب) تسالم اصحاب بر حجیت قاعده

منظور از تسالم اصحاب این است که فقها در طول زمان طبق این قاعده فتوا می‌دادند، که در کتب اصولی به شهرت فتوایی معروف است. علامه مظفر شهرت را این گونه تعریف کرده است: «شهرت در اصطلاح فقها، به هر چیزی گفته می‌شود که به درجه اجماع نرسد و به قولی اطلاق می‌شود که در مقابل قول نادر، قائلین فراوانی داشته باشد.» (مظفر، ۱۳۸۰: ۵۰۵) در باب حجیت این شهرت، علامه سبحانی این طور گفته است: «ظاهر، حجیت این شهرت است، زیرا بعید است که تمامی فقها به چیزی فتوا دهند که مستند شرعی و دلیل معتناهی نداشته باشد.»^۴ (سبحانی، ۱۳۹۰: ۳۲۰) حتی برخی تسالم اصحاب را از اجماع بالاتر دانسته‌اند. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲: ۱۸۲)

ج) همگرایی و واگرایی قاعده با اصول عملیه

معتقدیم یکی از جهاتی که باعث شده است فقها قاعده درء را به سایر جرایم نیز تسری دهند، عدم توجه به همخوانی این قاعده با اصولی همچون اصل برائت است. تفصیل این بحث به طور مفصل در بحث قلمرو قاعده درء خواهد آمد، اما مختصراً چنین می‌توان گفت که هرچند با تمسک به هر دوی آنها حکم به بی‌گناهی متهم صادر می‌شود، اما تفاوت بین این دو بسیار است. محل اعمال قاعده درء زمانی است که

۱. وكذلك یطلقون الشهرة بالاصطلاح الفقهاء علی کل ما لا یبلغ درجة الاجماع من الاقوال فی المسألة

الفقهیه. فهی عندهم لكل قول کثر القائل به فی مقابل القول النادر.

۲. و الظاهر حجیة مثل هذه الشهرة ... اذ من البعید ان یفتی اقطاب الفقه بشی بلا مستند شرعی و دلیل معتد



رکن مادی جرم تحقق یافته ولی رکن روانی آن مورد تردید است، اما محل اعمال اصل برائت اعم از آن است و حتی موردی را که رکن مادی جرم تحقق نیافته و یا در تحقق آن تردید وجود دارد، شامل می‌شود.

تفاوت بعدی در جواز یا عدم جواز فحص و تلاش برای رسیدن به یقین قبل از اعمال قاعده درء است. زمانی که قاضی رسیدگی کننده پرونده، با شبهه مواجه شد و با توجه به شرایط و اوضاع و احوال متهم، شبهه را در حق وی صادق یافت، باید بدون تفحص و جستجو برای رسیدن به دلایل قطعی به منظور کشف حقیقت، حکم به بی گناهی متهم صادر کند. بدیهی است در صورت عدم صادق بودن شبهه در حق متهم حق جستجو برای رسیدن به دلایل را خواهد داشت، اما در اصل برائت قاضی بعد از مایوس شدن از جستجویش برای رسیدن به ادله و یا عدم دلالت ادله موجود بر انتساب جرم به متهم، حکم به برائت می‌دهد. البته در شبهات موضوعیه برخی عقیده دارند، همانند قاعده درء، بدون تفحص و جستجو در محتویات پرونده حکم بر برائت داده می‌شود. (حیدری، ۱۳۷۹: ۲۲۸)

تفاوت دیگر این قاعده با اصول عملیه در این است: در مواردی که حکم قضایی با تمسک به قاعده درء منجر به بی گناهی متهم می‌شود، در واقع او از تمامی آثار حکم رهایی می‌یابد و به عنوان مثال هیچ گونه جزای نقدی و یا دیه‌ای بر ذمه او مستقر نمی‌شود، اما زمانی که تبرئه متهم به پشتوانه اصل برائت یا اصول دیگری همچون اصل احتیاط باشد، این امکان که دیه یا جزای نقدی بر ذمه وی مستقر شود، وجود دارد. به عنوان مثال آنچه علامه حلی ذیل مسئله‌ای که اگر دو نفر به قاتل بودن شخصی شهادت دهند و دو نفر دیگر شهادت بدهند که شخص دیگری قاتل است آورده است، قصاص را به خاطر شبهه ساقط، ولی حکم به تنصیف دیه از سوی آنها می‌دهد، (حلی، ۱۳۱۴، ج ۲: ۲۴) بیانگر این است که در این مسئله از یک طرف شبهه قاتل بودن هریک از مشهود علیهما وجود دارد، لذا نمی‌توان حکم به قصاص هر یک از آنها نمود و از طرفی علم اجمالی وجود دارد که یکی از آن دو قاتل است، لذا اصل عدم

۱. اما البرائة فلا یشرط فی جریانها فی الشبهات الموضوعیة الفحص عن الواقع و الظاهر تسالم الاصولیین علی ذلك و السیرة المستمرة علیه و نقل علیه الجماع مضافاً الی اطلاق ادلتها. اما البرائة فی الشبهات الحکمیل فلا اشکال فی وجوب الفحص قبلها عن الحکم و الاضاعت الاحکام و اهملت التکالیف و تدل علی ذلك بعد الاجماع المنقولة اینا التفقه و سؤال اهل الذکر و اخبار الحث علی طلب العلم و التفقه و اخبار مواخذة الجهال.



هدر خون مسلمان و اعمال اصل احتیاط است، نه محل اعمال قاعده درء. به همین علت است که حکم به تنصیف دیه از سوی آنها داده می‌شود.

۲. شبهه و اقسام آن

الف) مفهوم شبهه

فقه‌های شیعه در بیان معنای شبهه اختلاف دارند، البته هیچ یک تعریف مستقلاً از شبهه ارائه نمی‌دهند و بیشتر به بیان ضابطه شبهه می‌پردازند. به عنوان مثال، مرحوم حلی در *تحریر الاحکام* هر جا که مدعی شبهه توهم حلال بودن را کند، موجب سقوط حد می‌داند.^۱ (حلی، ۱۳۱۴: ۲۲۰-۲۱۹)

شهید ثانی نیز در *روضه*، ظن اباحه را شرط شبهه می‌داند و ادعای اجماع می‌کند.^۲ (عاملی، ۱۴۲۸، ج ۴: ۲۶۶) صاحب *شرایع* می‌گوید: «ضابطه شبهه‌ای که مسقط حد است این است که فاعل یا مفعول خیال کند آن کار جایز است.» (محمدی، ۱۳۷۴: ۸) صاحب *جوهر*، بعد از ذکر فرمایش علامه طباطبایی در مورد عدم ترتب شبهه بر ظن غیر معتبر، مگر اینکه شخص اعتقاد اباحه داشته باشد، مطلق ظن را برای شبهه کافی می‌داند.^۳ (نجفی، ۱۳۹۰، ج ۱: ۳۸) آیت‌الله خوئی در *تکمله*، شبهه را به جهل بسیط، یعنی همراه با اعتقاد به حلیت عمل ارتكابی می‌داند. (موسوی الخویی: ۱۹۷۵، ج ۱: ۱۶۸) مرحوم امام (ره) در *تحریر الوسیله*، ظن غیر معتبر را شبهه *دارئه* نمی‌داند:

حصول شبهه همراه با ظن غیر معتبر مشکل است، چه برسد به صرف احتمال. پس اگر کسی جاهل به حکم باشد اما احتمال حرمت را بدهد و تحقیق نکند ظاهراً این شبهه نیست. آری اگر کسی جاهل قاصر یا مقصر باشد و آگاه به حکم

۱. و هكذا كل نكاح توهم الواطی الحل فيه؛ اذا ادعى الواطی او الموطوتة الزوجية، سقط الحد و لا يكلف المدعى ببینه و لا يميناً و كذا لو ادعى ما يصلح شبهه بالنسبة اليه.

۲. و لا يكفي في تحقق الشبهة الدارئة للحد العقد على المحرمة بمجرد من غير ان يظن الحل اجماعاً، لانتفاء معنى الشبهة حينئذ و نبه بذلك على خلاف ابي حنيفة، حيث اكتفى به في درء الحد.

۳. و مقتضاه كما صرح به عدم ترتب الشبهة على الظن الغير معتبر شرعاً لا في الموضوع و لا في الحكم، الا ان يعتقد الاباحه به جهلاً منه و الا كان زانياً و هو و ان كان صريح بعض المتأخرين كثنائي الشهيدين و سبطه، الا ان جملة من عبارات الاصحاب مطلقه في الاكتفاء بالظن الشامل لما لا يعلم صاحبه الحل و ربما لا يكون ملتفتاً لذلك و لا متصوراً الحكمة من هذه الجهله.

اینکه باید تحقیق کند نباشد، ظاهراً این مورد شبیه دارئه می‌باشد. (موسوی الخمینی، بی تا، ج ۲: ۴۵۶)

از میان محققان اهل سنت فتوحی بهنسی معتقد است که مدعی شبهه، باید ظن حلیت عمل را داشته باشد: «فاذا كان الزانی یظن ان موطوءته تحل له فلاحد علیه و لا علیها» (فتوحی بهنسی، ۱۴۰۹: ۱۰۸) حنفی، شافعی و حنبلی، علم مرتکب را شرط اعمال مجازات حد می‌دانند و مالکی می‌گوید که اگر مرتکب بگوید علم به تحریم زنا نداشتیم و تازه مسلمان باشد و یا از شهر دور باشد که به علما دسترسی نداشته است، حد از اوساقت می‌شود، زیرا احتمال اینکه گفتار او راست باشد، وجود دارد و این شبهه‌ای است که حد را ساقط می‌کند. اما اگر این چنین نبود عذر او به اینکه جاهل به حکم بوده است، پذیرفته نیست.^۲ (الجزیری، ۱۴۱۹، ج ۵: ۱۴۷)

همان طور که از ذکر اقوال فهمیده می‌شود، برخی ظن اباحه را یعنی همین که گمان برد آن کار بر او حلال است، برای تحقق شبهه کافی می‌دانند و برخی مانند امام^(ره) ظن را زمانی معتبر و آن را کافی برای حصول شبهه می‌دانند که شخص علاوه بر اینکه جاهل به حکم است، جاهل به این هم باشد که باید برای دستیابی به حکم تحقیق کند.

برخی دیگر مانند صاحب جواهر مطلق ظن را کافی می‌دانند، اما به نظر می‌رسد آنچه برای تحقق شبهه کافی است، این است که شخص حرمت عمل را نداند و گمان برد عمل ارتكابی، برای او جایز است. منتهی نمی‌توان به صرف ادعای شبهه حد را ساقط دانست، بلکه باید با توجه به شرایط و اوضاع و احوال وی به این نتیجه رسید که شبهه در حق او صادق است. به این معنا که هر شخص متعارف دیگری نیز اگر در همین اوضاع و شرایط قرار می‌گرفت دچار همین اشتباه می‌شد. از جمله شرایط و اوضاع و احوال خاص همان طور که فقها نام می‌برند، می‌توان از عباراتی نظیر دوری از

۱. و یشکل حصول الشبهة مع الظن غیر المعبر فضلاً عن مجرد الاحتمال، فلو جهل الحکم ولكن كان ملتفتاً و احتمال الحرمة و لم یسئل فالظاهر عدم كونه شبهة، نعم لو كان جاهلاً قاصراً او مقصراً غیر ملتفت الى الحکم و السؤال، فالظاهر كونه شبهة دارئة.

۲. الحنفية و الشافعية و الحنابلة، قالوا: یشرط فی اقام الحد الزنا ان یكون الزانی عالماً بحرمة الزنا. المالكية قالوا من قال حين اقيم علیه الحد لا اعلم تحریم الزنا شرعاً و لا درئیه لی بحکمه و كان قریب عهد الاسلام او نشأ فی بادية بعيدة عن العلماء لا یقام الحد علیه لاحتمال صدقه فی ذلك القول و هو شبهة تدرء الحد عنه و ان لم یکن كذلك، لا یقبل عذره بالجهل.

شهرهای اسلامی و تازه مسلمان شدن شخص و... یاد کرد.^۱ (طباطبایی، ۱۴۳۲، ج ۱۵: ۴۴۷)

ب) اقسام شبهه

در تقسیم‌بندی شبهه، فقها و حقوقدانان ملاک خاصی را در نظر گرفته‌اند و تقسیم‌بندی مختلفی را ارائه داده‌اند. برخی شبهه را به لحاظ متعلق به دو نوع حکمیه و موضوعیه تقسیم کرده‌اند و شبهه موضوعیه را به شبهه در تحقق موضوع، انتساب موضوع تحقق یافته به شخص خاص و شبهه در مفهوم و مصداق و همچنین شبهه وجود اکراه، اضطرار، اجبار، توبه و امثال آنها را که در باب حدود از عوامل تبرئه‌کننده متهم است، برشمرده‌اند.

شبهه در حکم را نیز ناشی از فقدان نص معتبر یا اجمال نصوص یا تعارض نصوص دانسته‌اند. برخی دیگر شبهه را به لحاظ فاعل به شبهه در مجتهد، قاضی و مقلد تقسیم‌بندی کرده‌اند.

بین سایر مذاهب هم تقسیم‌بندی‌های مختلفی ارائه شده است:

شافعی شبهه را به سه قسم، شبهه در محل، فاعل و جهت تقسیم کرده است. حنفیه شبهه را به دو دسته تقسیم کرده است: شبهه در فعل و آن را شبهه اشتباه یا شبهه مشابه نامگذاری کرده‌اند. یعنی شبهه در حق کسی که امر بر او مشتبه شده است. (تقریباً همان شبهه موضوعیه است) و قسم دوم، شبهه در محل که آن را شبهه حکمیه و شبهه ملک می‌گویند؛ یعنی در حکم شرع اشتباه حاصل شده است.^۲ (فتحی بهنسی، ۱۴۰۹: ۱۱۰)

محمد ابوزهره تقسیم‌بندی دیگری را ارائه می‌دهد. او نخست، شبهه را به چهار دسته تقسیم‌بندی می‌کند. شبهه در رکن جرم، که همان شبهه حکمیه است؛ دوم شبهاتی که مربوط به جهل نافی قصد مجرمانه است؛ سوم شبهاتی که مربوط به اثبات

۱. ولو ادعی الجهالة بهما او باحدهما او ادعاهما احدهما قبل من المدعی علی الاصح اذا كان ممكنا فی حقه بان كان مقيماً فی بادية بعيدة عن معالم الدين او قريب العهد بالاسلام و نحو ذلك ...

۲. قال الشافعی الشبهة ثلاثة اقسام فی المحل والفاعل والجهة و الحنفية تقسم لشبهة قسمین، شبهة فی الفعل و تسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابه ای شبهة فی حق من اشتبه علیه دون من لم یشتبه علیه و شبهة فی المحل و تسمى شبهة حکمیه و شبهة ملک ای الثابت شبهه حکم الشرع یحل العمل.

جرم هستند و چهارم شبهاتی که مربوط به تطبیق نصوص قانون است.^۱ (ابوزهره، ۲۰۰۶م: ۱۸۹)

در اینکه قاعده درء شبهات موضوعیه را در برمی‌گیرد، تردیدی وجود ندارد، اما اختلاف در شبهات حکمیه و سایر شبهات اکراهی و خطایی و... می‌باشد. اختلاف در شبهات حکمیه، به تقسیم‌بندی آن به جهل قصوری و جهل تقصیری بر می‌گردد. به طوری که آیت‌الله خوئی در تکمله، جهل قصوری و جهل تقصیری را با اعتقاد به حلیت عمل ارتكابی، موجب سقوط حد می‌داند، اما کسی را که جهل تقصیری داشته باشد و به جهل خود هنگام عمل آگاه باشد، از شمول قاعده خارج می‌داند.^۲ (موسوی الخویی، ۱۹۷۵، ج ۲: ۱۶۹)

در این رابطه به نظر می‌رسد فرقی بین جاهل قاصر و مقصر وجود نداشته باشد، زیرا چیزی که باعث وجود شبهه می‌شود جهل است و ماهیت جهل، چه در جایی که قصوری و چه در جایی که تقصیری است، بدون تفاوت است.

به عبارت دیگر، جهل دارای ماهیت بسیط است. اگر جهل دارای حکمی باشد، هر کجا جهل وجود داشته باشد چه جهل قصوری باشد، چه تقصیری آن حکم وجود دارد. نهایت اینکه چنانچه وظیفه مقصر یادگیری بوده و در این خصوص کوتاهی کرده است و برای کوتاهی و سهل‌انگاری در یادگیری عقوبتی دردنیای و عقبی در نظر گرفته شده باشد، همان عقوبت علیه وی اعمال می‌شود و در خصوص جرمی که از روی جهالت مرتکب شده است، حکم جاهل را دارد و اگر جهل رافع مسئولیت است، مشارالیه مسئولیتی در قبال اعمال ارتكابی نخواهد داشت، بر این اساس قسمت اول کلام آیت‌الله خوئی مبنی بر عدم فرق بین جاهل مقصر و قاصر صحیح است. ولی قست دوم کلام ایشان که حاکی از داشتن مسئولیت کیفری جاهل مقصری که آگاهی به جهل خود داشته، نادرست است، زیرا آگاهی به جهل به دو گونه است: اول اینکه می‌داند این عمل دارای حکمی است که براساس آن مکلف حق ارتكاب آن را ندارد، یعنی حرام است. در این صورت، وی در حقیقت جاهل به حکم نیست، بلکه عالم محسوب می‌شود. دیگر اینکه وی می‌داند این عمل دارای حکمی است، ولی نمی‌داند حکم آن

۱. و الشبهات يمكن ضبطها في اقسام اصلية اربعة: اولها ما يتعلق برکن الجريمة (تحريم الشارح) و الثاني ما يتعلق با الجهل النافي للقصد لجنائی في الارتكاب و الثالث ما يتعلق بالاثبات و الرابع ما يتعلق بتطبيق النصوص على الجزئيات.

۲. المراد بالشبهة الموجبة سقوط الحد و الجهل عن قصور او تقصير في المقدمات مع اعتقاد الحلية حال الوطى و اما من كان جاهلا بالحكم عن تقصير و ملتفتا الى جهله حال العمل حکم عليه بالزنا و ثبوت الحد.



رخصت در عمل است یا عدم جواز عمل، به عبارت دیگر وی نسبت به تکلیف خود شک بدوی دارد و در شک بدوی مکلف می‌تواند اصل برائت را اجرا کرده و به ارتکاب فعل مشکوک مبادرت ورزد. لذا جاهل مقصر حتی اگر التفات داشته باشد عملی که در صدد ارتکاب آن است، دارای حکمی از احکام است ولی نمی‌داند چه حکمی دارد (جواز یا عدم جواز) و مرتکب آن شود، فاقد مسئولیت است. (دانشور ثانی، ۱۳۹۲: ۹۳-۹۲)

اما در مورد شبهه اکراه و خطا، فقها آن را مشمول قاعده درء می‌دانند. امام خمینی^(ع) در تحریر الوسیله می‌گوید: «اگر شخص در حال انجام عمل غافل باشد و دارای اختیار نباشد، حد بر اکراه شونده ثابت نمی‌شود.» (موسوی‌الخامنی، بی‌تا، ج ۲: ۴۵۶) تردیدی نیست که اکراه موجب سقوط مجازات خواهد شد. روایات زیادی در این خصوص وجود دارد، از جمله روایت ابی‌عبیده از امام باقر^(ع) از قول امام علی^(ع) در خصوص زنی که پس از زنا، ادعا می‌کند که به زنا اکراه شده است. حضرت حد را از وی ساقط می‌کند و ادعا اکراه را می‌پذیرد. (مجلسی، ج ۱۸: ۳۸۲)

شایان ذکر است که گاهی اکراه با توجه به امارات و اوضاع و احوال موجود محرز است. در این صورت اکراه موجب سقوط مجازات خواهد شد، ولی گاهی ادله و امارات کافی برای اثبات اکراه وجود ندارد، بلکه مرتکب مدعی وجود اکراه است. در این مورد شبهه وجود اکراه و خطا وجود دارد. در صورت اول با تمسک به روایاتی که اکراه و خطا را مسقط کیفر معرفی کرده‌اند، مثل حدیث رفع و امثال آن، می‌توان حد را ساقط کرد و محلی برای تمسک به قاعده درء نیست. ولی در صورت دوم که شبهه اکراه وجود دارد و وجود آن محرز نیست باید به قاعده درء مراجعه کرد و با توجه به وجود شبهه اکراه حد را ساقط نمود. بنابراین نظر آقای خوئی در *تکملة المنهاج* که فرموده‌اند: «اگر زنی ادعای اکراه در زنا را مطرح کند، ادعای او پذیرفته می‌شود اما نه به خاطر قاعده درء بلکه به خاطر صحیحی ابی‌عبیده از ابی‌جعفر.»^۲ (موسوی‌الخویی، ۱۹۷۵م، ج ۱: ۱۷۱)

بر این اساس است که ظاهراً ایشان اجرای قاعده درء را برای سقوط مجازات قبول ندارد و گرنه دلالت قاعده درء و روایت ابی‌عبیده یکی است.

۱. و العلم بتحریم حال وقوع الفعل منه اجتهاداً او تقلیداً فلا حدّ علی الجاهل با التحريم و لو نسی الحكم یدرء عنه الحد و کذا لو غفل عنه حال العمل و الاختیار فلا حدّ علی المکره و المکرهه.

۲. اذا دعت المرأة الاکراه علی الزنا قبلت و ذلك لا لاجل ان الحدود تدرء بالشبهات لما تقدم من عدم ثبوتها بل لاجل صحیحة ابی‌عبیده عن ابی‌جعفر.

ج) محل عروض شبهه؛ قاضی یا متهم؟

بحث دیگر این است که ملاک در عروض شبهه نزد چه کسی است؟ آیا باید مخاطب «ادرثوا الحدود» را همانند آیات قرآنی، مثل «السارق و السارقة فاقطعوا ایدیهما» حاکم شرع بدانیم و چون حاکم شرع حکم به مجازات و اجرای آن می‌دهد، لذا شبهه باید برای وی حاصل شود، تا مجازات او را ساقط کند؟ یا اینکه بگوییم: قاضی به خاطر شبهه‌ای که نزد متهم حاصل شده است، باید مجازات او را ساقط کند و یا گفته شود در این موضوع فرقی ندارد و شخص خاصی موضوعیت ندارد و اگر شبهه نزد هریک از قاضی و متهم عارض شد، کفایت می‌کند.

برخی عقیده دارند:

واقعیت این است که اساساً در این مقام و موارد دیگر، عمومات وارده که در مقام قانونگذاری تشریح می‌شود، همیشه به نحو قضیه حقیقیه است. در قضایای حقیقیه نظر به مخاطب یا صنف خاصی نیست. به عبارت دیگر در مقام قانونگذاری و بیان قانون هیچ‌گاه اشخاص و اصناف مورد نظر نیست، بلکه قانونگذار موضوع مقدر الوجود را در نظر گرفته و حکم را برای نفس طبیعت وضع می‌کند. بر این اساس حکم وجوب دفع مجازات، بر نفس طبیعت شبهه بار شده است و دیگر صنف خاص از شبهه (نزد قاضی یا متهم) مورد نظر نیست. از این رو شبهه ممکن است شبهه حاصله برای قاضی یا متهم و یا هر دو باشد. (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۷۳-۷۲)

به نظر می‌رسد استدلال ایشان اثبات کننده نتیجه‌ای که مطرح شد نیست، زیرا اینکه احکام طبیعت موضوعات را شامل می‌شود نه صنف خاصی را، بر فرض قبول، تأیید دلیل نمی‌شود که شبهه کننده هم ممکن است قاضی باشد، هم متهم و یا هر دو. بلکه با توجه به معنایی که فقها برای شبهه ارائه داده‌اند و آن اینکه فاعل فعل ممنوعه به گمان اینکه این فعل مباح است مبادرت به انجام آن نماید، به وضوح مشخص است که شبهه باید نزد متهم محقق شده باشد و برای قاضی باید ثابت شود که متهم‌چنین تصویری را که شبهه نامیده می‌شود، داشته باشد.

۳. قلمرو قاعده «درء»

یکی از مباحث مهم در قاعده درء، قلمرو این قاعده است که آیا قاعده درء فقط شامل حدود است یا علاوه بر آن شامل قصاص، دیات یا تعزیرات هم می‌شود. مقنن ایران در ماده ۱۲۰ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قاعده درء را صراحتاً ذکر کرده است و از آنجا که در ماده ۱۲۰ قانونگذار تعبیر از «جرم» کرده است نه «حد» و



این حکایت از این دارد که مرادش اجرای قاعده دره در تمام جرایم است و گر نه دلیلی نداشت به جای کلمه حد، کلمه جرم را بیان کند. علاوه بر آن در ماده ۱۲۱ چند جرم حدی را از شمول قاعده دره خارج می‌کند و لحن کلام قانونگذار در این ماده به نوعی است که از مفهوم مخالف آن چنین استفاده می‌شود که در جرایم غیر حدی این استثنائات وجود ندارد.

به هر حال مبانی فقهی عملکرد مقنن ایران که قلمرو این قاعده را توسعه داده است، باید مورد بررسی قرار گیرد. در میان آرای فقهاء به طور قطع می‌توان گفت غیر از فرقه ظاهریه که منکر قاعده دره هستند، مابقی دره را در حدود به معنی اخص جاری می‌دانند و در واقع اختلاف در سایر جرایم است که آیا غیر از حد به معنای خاص شامل سایر جرایم (قصاص، دیات، تعزیرات) نیز می‌شود یا خیر؟ برای تبیین صحیح موضوع هریک از جرایم (قصاص، دیات، تعزیر) را جداگانه بررسی و در آخر نظر نهایی بیان خواهد شد.

الف) قصاص

برخی از فقها قائل به جاری شدن قاعده دره در قصاص می‌باشند. از جمله علامه حلی با ذکر دو مسئله، شبهه در قصاص را موجب دره می‌داند. این دو مسئله عبارت‌اند از:

۱. اگر دو نفر ادعای ابوت صغیری را داشته باشند، سپس قبل از اثبات ابوت آن دو، بچه را بکشند، قصاص نمی‌شوند، زیرا احتمال ابوت در هریک از این دو وجود دارد.^۱ (حلی، ۱۳۱۴، ج ۲: ۲۴۰)

۲. وی در مسئله دوم می‌گوید اگر دو نفر به قاتل بودن شخص شهادت بدهند و دو نفر دیگر شهادت بدهند که شخص دیگری قاتل است، قصاص به خاطر شبهه ساقط می‌شود و هر کدام باید نصف دیه را بپردازند.^۲ (همان: ۲۵۱)

آنچه علامه حلی ذیل این دو مسئله بیان کردند، خالی از خدشه نبوده و نمی‌تواند مؤید شمول قاعده در قصاص باشد. با این توضیح که در فرض مسئله، ابوت بین این دو نفر مشخص، مورد شک است و ماهم علم اجمالی به وجود پدر بودن یکی از این دو داریم. در این صورت با وجود علم اجمالی و فقدان علم تفصیلی، چه باید کرد؟ آیا در

۱. لو تداعی اثنان صغیراً مجهولاً ثم قتلاه لم یقتلأ به لاحتمال الابوه فی طرف کل واحد منهما فلا یتهم علی الدم مع الشبهه.

۲. لو شهد اثنان علی رجل بالقتل و شهد آخر ان علی غیره به سقط القصاص و وجبت الدیة علیهما بنصفین لما عرض من الشبهه بتصادم البینین.



هریک از دو طرف، اصلی مثل اصالة البرائة یا در فرض مثال دیگر اصالة الطهاره را جاری می‌کنیم؟ یا فقط در یک طرف این اصول جاری می‌شود؟ یا اینکه احتیاط باید نمود؟

علمای علم اصول ذیل شبهه محصوره این چنین بیان می‌کنند:

آنچه در این مقام به عنوان قول اشهر، بیان شده است، احتیاط است، زیرا مخالفت با این علم اجمالی حرام است و تمسک به هر دو طرف علم اجمالی هم عقلاً جایز نیست به خاطر اینکه لابد یکی از دو طرف، شرعاً منهی عنه است.^۱ (حیدری، ۱۳۷۹: ۲۰۹)

همان طور که مشخص شد آنچه باعث می‌شود ما قصاص را منتفی بدانیم، احتیاط است که از مباحث عقلی است و این ربطی به قاعده درء ندارد.

مسئله دوم که علامه حلی بیان می‌کند، در تعارض شهادت به قتل شخص نیز همین نکته نهفته است، مضافاً بر اینکه زمانی که ما به قاعده درء تمسک می‌جوئیم و متهم را تبرئه می‌کنیم، حکم و مجازات را به طور کلی از وی ساقط می‌کنیم و او را معاف از مجازات میدانیم، زیرا حکمی وجود ندارد که به خاطر آن مجازاتی باشد و اینکه در فرض مسئله مورد بحث، قصاص ساقط ولی دیه جایگزین آن می‌شود، مؤید این است که قاعده درء اجرا نشده است. لذا خلاف عبدالقادر عوده (عوده، ۱۴۱۲، ج ۱: ۲۱۴) معتقدیم که با اعمال قاعده درء هیچ مجازات دیگری جایگزین مجازات حدی نخواهد شد.

باید این طور گفت که:

بین حق خدا و حق الناس عام و خاص مطلق است، یعنی حق خداوند بدون حق بنده وجود دارد. مانند امر به نماز، اما حق بنده بدون حق خداوند متعال وجود ندارد. قاعده کلی در این مورد چنین است که هر جا بنده بتواند چیزی را اسقاط کند آن حق الناس است و آنچه را که نمی‌تواند، حق الناس نیست مانند حرمت ربا و حرمت بیع غرری.^۲ (عاملی، ۱۳۷۲، ج ۲: ۵۷۲)

اینکه در مسئله نفوس و دماء باید احتیاط کرد، چیزی جز این نیست که شارع دقت نظر و حساسیت بیشتری را مد نظر دارد و این با قاعده درء که با تساهل و

۱. و الاشهر الاظهر هو الاول، فتحرم مخالفته هذا العلم الاجمالي، فلا يجوز عقلاً استعمال الاناءین معاً لانه طرح للحرام منهی عنه شرعاً ...

۲. تختلف النتائج التي تترتب على الاخذ بقاعدة درء الحدود بالشبهات، ففي بعض الاحیان يودی تطبيق القاعدة الى درء عقوبة الحد و تبرئة المتهم من الجريمة المنسوبة اليه و في بعض الاحیان يودی تطبيق القاعدة الى درء عقوبة الحد و احلال عقوبة تعزيره محلها.



تسامح همراه است، بسیار متفاوت است. برخی بر این باورند که در قصاص چون موضوع جان آدمی در میان است، قاعده درء اجرا می‌شود، زیرا مفاد قاعده درء چیزی جز این نیست که در موضوع جان آدمی و نقص عضو قاعده احتیاط جاری می‌شود و مادام که از هر جهت حاکم به وجود حق مطمئن نباشد، اجرای آن را صادر نخواهد کرد و از جان شهروندان محافظت خواهد نمود. (محقق داماد، ۱۳۸۵:

(۸۲)

اینکه مادام که حاکم به وجود حق مطمئن نباشد اجرای آن را صادر نخواهد کرد و در مسئله قصاص پای جان و نقص عضو در کار است و باید احتیاط کرد، ارتباطی به قاعده درء ندارد، بلکه در همه جرایم باید احتیاط کرد و حکم قضایی باید پشتوانه‌ای قطعی و متیقن داشته باشد که: «لاجریمه و لاعقوبه الا بالدلیل».

سیوطی نیز بر این عقیده است که قصاص با شبهه ساقط می‌شود، ولی دیه واجب می‌شود. مثلاً هرگاه مریضی را در پارچه‌ای پیچیده باشند و شخص به گمان اینکه او مرده است، ضربه‌ای به او وارد سازد و بعد معلوم شود که به خاطر ضربه او کشته شده است، چون قاتل قصد کشتن او را نداشته است و حداقل در این مورد شبهه حاصل شده است، از این رو قصاص برداشته می‌شود، اما دیه او باید پرداخته شود. (الاشباه و النظائر: ۱۳۳ به نقل از محقق داماد، همان: ۸۵)

فتحی بهنسی نیز شبهه در قصاص را موجب درء می‌داند، اما دیه را واجب می‌داند. (فتحی بهنسی، ۱۴۰۹: ۱۱۲) آنچه باعث سقوط قصاص در مثال‌هایی که فتحی بهنسی و سیوطی آورده‌اند، سوءنیت مرتکب است، زیرا در این موارد مرتکب قصد قتل نداشته است. به عبارت دیگر فاقد سوء نیت خاص یا همان قصد نتیجه بوده است، لذا نمی‌توان او را قاتل عمد دانست و به همین علت است که قصاص به خاطر شبهه عمد بودن قتل منتفی و تبدیل به دیه می‌شود.

برخی مانند عبدالقادر عوده، جرایم مقدره مانند قصاص و دیه را تحت عموم حد می‌دانند، اما تعزیرات را به خاطر غیر مقدره بودن خارج از عمومات حد می‌دانند. (عوده، ۱۴۱۲، ج ۱: ۲۰۷ و ر.ک: الشوکانی، بی تا: ۱۲۲) اما به نظر می‌رسد، مقدره یا غیر مقدره بودن جرایم، خصوصیتی ندارد که بتواند تحت عموم حدود قرار بگیرد. کراراً بیان کردیم که غرض شارع در حدود، تساهل و تسامح است و اینکه بگوییم چون مجازات حدود مصطلح از سوی شارع تعیین شده است، پس در قصاص هم که مجازات آن معین

۱. یدخل تحت الحدود العقوبات المقدره لجرائم الحدود و العقوبات المقدره لجرائم القصاص و الدية. اما العقوبات المقررة لجرائم التعزیر فلا تعتبر حدوداً لانها غیر مقدره.



شده، آن را تحت حدود بدانیم، قیاس باطلی است و با غرض شارع مخالف است. مضافاً بر اینکه در تعزیرات هم جرایمی وجود دارد که مجازات آن از سوی شارع تعیین شده است و به تعزیرات شرعی معروفاند، اما عوده آنها را تحت عنوان حدود نمی‌داند. بنابراین به این نتیجه می‌رسیم که قلمرو قاعده، قصاص را در بر نمی‌گیرد و ادله‌ای که بیان شد هیچ‌کدام مؤید این نیست که بتوان قصاص را هم شامل دانست. اگر در مواردی قصاص منتفی شده است نه به خاطر اجرای قاعده درء و وجود شبهه، بلکه به خاطر فقد یک یا چند شرط از شروط تحقق جرم و یا اعمال اصولی همچون اصل احتیاط بوده است.

ب) دیات

اختلافی که در مورد شمول قاعده در قصاص و تعزیرات به چشم می‌خورد در دیات دیده نمی‌شود. شاید این بحث از آنجا ناشی می‌شود که در ماهیت حقوقی دیه اختلاف است، که آیا دیه مجازات است یا غرامت؟ البته برخی دیه را نه غرامت و نه مجازات، بلکه آن را تأسیس مستقلی می‌دانند که دارای ویژگی‌های غرامت و مجازات می‌باشد. (میر محمدصادقی، ۱۳۹۲: ۲۱۳) لذا با تردید در ماهیت حقوقی دیه، تسمک بر عام «الحدود» جهت شمول دیه جائر نیست، چرا که از قبیل تمسک به عام در شبهات مصداقیه تلقی شده و در اصول فقه ثابت شده است که تمسک به عام در چنین مواردی صحیح نیست. (محقق داماد، همان: ۸۵)

همچنین می‌توان گفت زمانی که مجازات از ابتدا دیه است، پرداخت دیه دائر مدار سوءنیت نیست تا با وجود شبهه سوء نیت مفقود تلقی شود، بلکه آنچه در ضمان جانی، ملاک تحقق مسئولیت پرداخت دیه است، وجود رابطه سببیت بین جنایات صورت گرفته و فعل مرتکب است و به محض اثبات این رابطه، حکم به وجود مسئولیت داده می‌شود. بنابراین مجالی برای طرح شبهه و اجرای قاعده درء باقی نمی‌ماند.

ج) تعزیرات

در شمول قاعده درء نسبت به تعزیرات، همانند قصاص، اختلاف نظر وجود دارد. مرحوم مجلسی در روضه‌المتقین، قاعده درء را حتی اگر شبهه به خاطر تعارض ادله و یا عدم ادله کافی باشد، شامل تعزیر و قصاص می‌داند.^۱ (مجلسی، ۱۳۹۸: ۲۲۹) مرحوم

۱. ادفعوا الحدود شامله للتعزیر و القصاص بالشبهات بكل ما شبهه علیکم حتی فی المسألة اذا كانت مشتهبه لتعارض الأدلة او لعدمها ظاهراً.



نراقی نیز در *عوائد الایام* می‌گوید: «ظاهراً تعزیرات، داخل در حدود است.»^۱ (عوائد الایام: ۱۹۶ به نقل از محقق داماد، همان: ۷۱) برخی دیگر تعزیرات را به دو دسته شرعی و غیر شرعی تقسیم کرده‌اند و آن را فقط در تعزیرات شرعی پذیرفته‌اند. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲: ۱۹۵)

عبدالقادر عوده، بعد از تقسیم‌بندی جرایم به جرایم مقدره و غیر مقدره به این نتیجه می‌رسد که هدف از قاعده درء تحقق عدالت و حمایت از متهمین است و این هدف منافاتی با شمول قاعده درء نسبت به تعزیرات ندارد.^۲ (عوده، ۱۴۱۲، ج ۱: ۲۱۶) برای روشن شدن مطلب لازم است به این سؤال پاسخ بدهیم که آیا لفظ حد، حقیقت شرعی شده است یا خیر؟ به این معنا که آیا لفظ حد از معنای لغوی خود به یک معنای خاص انتقال یافته است و آیا درلسان روایات نیز حد به معنای مجازات خاصی از سوی شارع بیان شده است؟ اگر به این نتیجه رسیدیم که حذف حقیقت شرعی در معنای خاص شده است، صراحتاً باید دامنه شمول قاعده مورد بحث را در همین معنای خاص بدانیم و قصاص و دیات و تعزیرات را از آن خارج نماییم.

محقق حلی در *سرایع* بر این باور است که «حد حقیقت شرعی است به آن مجازاتی که بیان شده و اطلاق آن بر تعزیر مجاز است، که بدون قرینه نمی‌توان بدان گروید.» (محمدی، ۱۳۷۴: ۱۹۱) اما برخی از متأخرین بر این باورند که در استعمالات قرآنی و روایی هیچ دلیلی یافت نمی‌شود که ثابت کند لفظ حد در معنای مجازات معینه حقیقت است و در دیگر معنای مجازی است. (محقق داماد، همان: ۶۹)

اما در جواب این افراد گفتنی است که صاحب جواهر نیز بعد از بیان اینکه احتمال شمول سایر مجازات‌ها تحت عنوان حد، به خاطر اطلاق لفظ حد به تمامی مجازات‌ها وجود دارد، روایاتی را می‌آورد که به درستی ثابت می‌کند که لفظ حد در همین معنای خاص در زمان خود معصوم نیز حقیقت شده است. مانند خبر حماد بن عثمان و یا خبر معاویه بن عمار.^۳ (نجفی، ۱۳۹۰، ج ۱: ۱۹۱) علاوه بر این، روایاتی که می‌گوید در حد

۱. الظاهر دخول التعزیرات فی الحدود.

۲. الاصل فی قاعدة درء الحدود بالشبهات انها وضعت لجرایم الحدود و لکن لیس ثمنه ما یمنع من تطبیقها علی جرایم التعزیر، لان القاعدة وضعت لتحقيق العدالة و لضمان صالح المتهمین و کل متهم فی حاجة لتوفیر هذین الاعتبارین، سواء کان متهماً فی جریمة من جرایم الحدود و جرایم التعزیر.

۳. و یحتمل العدم كما هو ظاهر الاصحاب هنا و فی مالو اعترف بحد و لم یبینه لظهور لفظ الحد عرفاً فی المحدود و نحو خبر حماد بن عثمان قلت له کم التعزیر فقال دون الحد قلت له دون ثمانین؟ قال: لا و لکن دون اربعین فانها حد المملوک قلت و کم ذاک؟ فقال علی قدر ما یراه الولی و خبر معاویه بن عمار قلت



یمین، شفاعه و کفالت و... وجود ندارد و اقامه حدود نباید به تأخیر بیفتد. (نجفی، ۱۳۹۰، ج ۴: ۵؛ رک: النیسابوری، ۱۴۲۸: ۳۰۱)

و یا روایاتی مبنی بر اینکه در حدود، استحلاف مجاز نیست. (طباطبایی، ۱۴۳۲، ج ۳: ۱۲۰) و همچنین روایاتی که تأخیر حد را جایز ندانسته‌اند. (موسوی الخویی، ۱۹۷۵، ج ۱: ۱۸۴)

قال امیر المؤمنین علیه السلام: لیس فی الحد تأخیر و لارأفة کما قال الله تعالی و لا تأخذکم بهما رأفة فی دین الله. (مجلسی، ۱۳۹۸: ۱۱۱) خود قرینه‌ای روشن بر این است که حد، حقیقت شرعی شده است و این روایات اطلاق دیگر روایات را از بین برده و آنها را مقید به حد به معنای خاص خود می‌سازد.

برخی بر این عقیده بودند که تعزیرات غیر شرعی از حقوق الناس است، اما تعزیرات شرعی خیر؛ پس قاعده شامل تعزیرات شرعی می‌شود. این تقسیم‌بندی خالی از اشکال نیست، زیرا برخی تعزیرات شرعی هم حق الناس صرف است. مانند گناه نسبت به درگذشتگان صالح به سبب دشنام دادن. (عاملی، ۱۳۷۲، ج ۲: ۶۸۶) اما آنچه که عبدالقادر در هدف وضع این قاعده در تحقق عدالت و حمایت از متهمین گفته و این هدف را منافی با شمول قاعده در تعزیرات ندانسته است، ادعایی است که هنوز برنگارنده معلوم نیست. آنچه روشن است غرض شارع از وضع این قاعده در حدود، ایجاد عدالت نبوده است، زیرا وضع عدالت با دادرسی منصفانه و عالمانه به وجود می‌آید نه با قاعده درء.

غرض شارع این بوده است که از حجم مجازات‌های سنگین حدود، در موارد شبهه بکاهد و این را نویدی برای اصلاح و بازپروری متهمان می‌داند، لذا اینکه ما غرض را بدون توجه به نوع جرم و سنگینی مجازات، به مجازات‌هایی که از جنس دیگری هستند تعمیم دهیم، قیاس مع الفارق است و نمی‌تواند با غرض شارع همگرایی داشته باشد. بنابراین با توجه به جواب‌های گفته شده در رد دلایل افرادی که اعتقاد به شمول قاعده درء در تعزیرات داشتند و همچنین اعتقاد به حقیقت شرعی شدن لفظ حد در معنای خاص خود، بر این باوریم که قاعده درء همانند قصاص شامل تعزیرات نخواهد بود.

لابی عبدالله الامتان ینامان فی ثوب واحد فقال: یضربان، قلت حدا؟ فقال لا، قلت الرجلان ینامان فی الثوب واحد، قال یضربان قلت الحد قال: لا و غیر ذلک مما یدل علی مغایره التعزیر للحد فی لامفهوم بل فیها (الروایات) ما هو کالصریح فی ذلک.



نتیجه‌گیری

بی شک بحث جدی در باب حجیت یا رد اصل قاعده درء مطرح نیست، زیرا این اصل مورد قبول فقهای مذاهب مختلف می‌باشد. مرسله بودن روایات قاعده درء با شهرت عملی جبران می‌شود و علاوه بر آن مراسیل کسانی چون صدوق و ابن‌عمیر در حکم مسانید است.

همچنین مضمون و محتوای محکم و متیقن این روایات حاکی از آن است که جز معصوم علیه السلام از کس دیگری نمی‌تواند صادر شده باشد. تسالم اصحاب به این معنا که فقها در طول زمان طبق این قاعده فتوا می‌دادند، نیز از دیگر مستندات این قاعده است.

فقها در بیان معنای شبهه اختلاف دارند. آنها بیشتر به بیان ضابطه شبهه می‌پردازند، تا اینکه بخواهند تعریف روشنی از آن ارائه دهند. در مورد تقسیم‌بندی شبهه نیز هر یک از فقها تقسیم‌بندی مختلفی را ارائه دادند. بی شک در تعمیم قاعده به شبهات موضوعیه اختلافی وجود ندارد. اختلاف در مورد شبهات حکمیه و سایر شبهات اکراهی و خطایی و... می‌باشد. این اختلاف در شبهات حکمیه، به تقسیم‌بندی آن به جهل قصوری و جهل تقصیری بر می‌گردد. وجوب تعلم احکام، اصالة الاطلاق و اصالة العموم، قاعده درء را تخصیص می‌زند و جاهل مقصر را از شمول قاعده خارج می‌سازد. عمومیت این قاعده شبهات اکراهی و خطایی را مشمول قاعده می‌داند.

ملاک در عروض شبهه، نزد متهم می‌باشد و اینکه احکام طبیعت موضوعات را شامل می‌شود و نه صنف خاصی را، دلیل بر این نمی‌شود که شبهه‌کننده قاضی یا متهم و یا هر دوی آنها باشد. بلکه با توجه به معنایی که فقها برای شبهه ارائه داده‌اند، این است که فاعل فعل ممنوعه به گمان اینکه فعل مباح است مبادرت به انجام آن نماید. منتهی باید برای قاضی ثابت شود که برای متهم واقعاً شبهه رخ داده و در حق وی صادق است.

قاعده درء تعزیرات را شامل نمی‌شود، زیرا ما قائل به آن هستیم که لفظ حد، حقیقت شرعیه شده است و کاربرد آن علاوه بر تعزیرات، برای سایر جرایم نیز بدون قرینه جایز نیست و عباراتی نظیر لاکفالة فی حد و لاشفاعة فی حد و... گویای این مطلب است که در زمان صدور روایات نیز لفظ حد در معنای مورد نظر شارع استعمال می‌شده است. علاوه بر آن، نمی‌توان با تمسک به اینکه هدف از اجرای این قاعده برقراری عدالت و حمایت از متهمین است آن را به تعزیرات نیز تسری داد، زیرا اینکه

بتوان به طور قطع گفت هدف وضع قاعده، چیزی جز اجرای عدالت نیست مورد تردید است.

آنچه از لسان روایات فهمیده می‌شود این است که هدف از اجرای این قاعده، جلوگیری از اجرای مجازات‌های سنگین حدود می‌باشد. همچنین قاعده، شامل قصاص نیز نیست، زیرا احتیاط در حفظ دماء و نفوس، ارتباطی به قاعده درء ندارد و دیگر اینکه به نظر می‌رسد، آنچه باعث اشتباه بین موارد سقوط قصاص و اعمال قاعده درء می‌شود، همخوانی این قاعده با اصولی چون اصالة الاحتیاط و اصالة البرائة می‌باشد. جواز یا عدم جواز فحص و تلاش برای رسیدن به یقین قبل از اعمال قاعده درء و اصول مذکور، امکان تعیین یا عدم تعیین مجازات دیگر یا دیه و جزای نقدی بعد از برائت متهم، از تفاوت‌های آشکار بین قاعده درء و اصول ذکر شده است.



منابع و مأخذ:

- ابوزهره، محمد (۲۰۰۶م)، *الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي*، بيروت: دارالفكر العربي.
- الجزيري، عبدالرحمان (۱۹۹۸م / ۱۴۱۹ق)، *الفقه على المذاهب الاربعه و مذهب اهل البيت*، بيروت: دارالتقليين.
- حلي، حسن بن يوسف بن مطهر (۱۳۱۴ق)، *تحرير الاحكام*، مؤسسة آل البيت عليه السلام للطباعة و النشر.
- حيدري، سيدعلي نقی (۱۳۷۹)، *اصول الاستنباط في اصول الفقه و تاريخ باسلوب حديث*، ج ۵، دارالكتب الاسلاميه.
- دانشور ثاني، رضا (۱۳۹۲)، *تقريرات درس متون فقه جزايي* (مباني تكمله المنهاج)، مشهد: دانشگاه آزاد اسلامي.
- سبحاني، جعفر (۱۳۹۰)، *الموجز في اصول الفقه*، انتشارات ولايت.
- الشوكاني، محمد بن علي (بي تا)، *نيل الاوطار* (شرح منتقى الاخبار في احاديث سيد الاخير)، المكتبة التوفيقية.
- طباطبائي، سيدعلي بن سيد محمد علي (۲۰۱۱م / ۱۴۳۲ق)، *رياض المسائل*، ج ۱، مؤسسة آل البيت عليه السلام.
- عاملي، زين الدين (۱۴۲۸)، *الروضة البهيه في شرح اللمعة الدمشقية*، ج ۴، مجمع الفكر الاسلامي.
- عوده، عبدالقادر (۱۹۹۲م)، *التشريع الجنائي الاسلامي*، بيروت: مؤسسة الرسالة.
- فتحى بهنسى، احمد (۱۹۸۸م / ۱۴۰۹ق)، *نظريات في الفقه الجنائي الاسلامي*، ج ۵، دارالشروق.
- مجلسي، محمدتقي (۱۳۹۸ق)، *روضه المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه*، بنياد فرهنگ اسلامي.
- محقق داماد، سيد مصطفي (۱۳۸۵)، *قواعد فقه بخش جزائي*، ج ۶، مركز نشر علوم اسلامي.
- عاملي، محمد بن مكي (۱۳۷۲)، *القواعد و الفوائد*، ترجمه و نگارش دكتور سيدمهدي صانعي، مشهد: انتشارات دانشگاه فردوسي مشهد.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۴)، *حقوق كيفي / اسلام* (از كتاب شرايع الاسلام محقق حلي و مسالك الافهام شهيد ثاني)، تهران: مركز نشر دانشگاهي.

- المظفر، محمدرضا (۱۳۸۰)، *اصول الفقه فی مباحث الالفاظ و الملازمات العقلیه*، قم: بوستان کتاب.
- موسوی خمینی، روح الله (بی تا)، *تحریر الوسیله*، قم: دار العلم، قم.
- موسوی الخوئی، ابوالقاسم (۱۹۷۵م)، *مبانی تکملة المنهاج*، نجف: مطبعة الاداب.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۸۲)، *فقه تطبیقی (بخش جزایی)*، تهران: پژوهشکده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۲)، *جرایم علیه اشخاص*، ج ۱۲، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۹۰)، *جواهر الکلام*، ترجمه دکتر اکبر نائب زاده، انتشارات خرسندی.
- النیسابوری، ابی محمد عبدالله بن علی بن الجارود (۲۰۰۷م/۱۴۲۸ق)، *المنتقى من السنن المسندة عن رسول الله ﷺ*، دارالتقوی.



