

بررسی قاعده درء از دیدگاه فقه امامیه و اهل سنت

حسین خرم دل^۱، نادر مختاری افراکتی^۲

^۱ دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد زاهدان، دانشگاه آزاد اسلامی، زاهدان، ایران

^۲ استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان، ایران

نام و نشانی ایمیل نویسنده مسئول:

حسین خرم دل

چکیده

طرح نظریه‌های گوناگون در تعیین مناط قواعد کیفر زدایانه - چون قاعده درء - با خلاء معیاری عینی در مقایسه آن با دیگر اصول و قواعد مرتبط با شبهه، موجب ابهام و تعارض آراء گردیده و ضرورت پژوهشی تطبیقی توأم با تبیین وجوه اشتراک و افتراق آن با اقسام متعدد شبهه در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلیس را هویدا می‌گرداند. بر این پایه، این مقاله می‌کوشد با تشریح نظریه‌های متفاوت و مطرح در تحقق ضابطه شبهه قاعده درء و بررسی نقادانه مستندات هر یک، ضمن توجیه منطقی نظریه معتبر، و شناسایی موضوعی مستقل و حقیقتاً کیفر زدا - نه صرفاً موجد اصول و قواعد دیگر - برای آن به بررسی ابعاد ثبوتی و اثباتی تحقق شبهه جهت تحصیل معیاری عینی در تشخیص آن در این قاعده بپردازد. در تطبیق قاعده درء بر شبهات موضوعیه جای هیچ اختلافی نیست، اما درباره شبهات حکمیه، عده‌ای تفصیل قائل شده‌اند: بدین بیان که وقتی جهل قصوری باشد، مشمول قاعده می‌شود و اگر جهل تقصیری و ناشی از کوتاهی متهم در فراگیری احکام باشد قاعده جاری نمی‌شود.

واژگان کلیدی: درء؛ شبهه حکمی؛ شبهه موضوعی؛ قاعده درء؛ کیفرزدایی.

مقدمه

در فقه؛ از قاعده‌ای بحث می‌شود که مشهور به قاعده «درء» است. نام این قاعده از روایت یا روایاتی گرفته شده که ماده «درء = منع» در آن به کار رفته است. و معنای کلی‌اش این است: «از افرادی که متهم به خطا و عصیانی هستند که موجب حد (قصاص یا تعزیر) شود؛ با وجود شبهه‌ای که مورد قبول عقلا باشد، آن حد یا قصاص یا تعزیر برداشته می‌شود». مدرک این قاعده روایت نبوی (ص) است که دلالت و محتوای آن مورد قبول علمای امت اسلام قرار گرفته است.

در یک تعریف عام، حد؛ به عقوبت‌هایی گفته می‌شود که به ازاء گناهانی که صورت گرفته، برای شخص گناه‌کار قرار داده می‌شود؛ مانند حد شراب‌خوار؛ حد زناکار و ... به همین مناسبت در فقه، از قاعده‌ای بحث می‌شود که مشهور به قاعده «درء» است. اسم این قاعده از روایت یا روایاتی گرفته شده که ماده «درء = منع» در آن به کار گرفته شده و معنای کلی‌اش این است که حدود، از افرادی که متهم به خطا و عصیانی هستند با وجود شبهه‌ای که در راه اثبات آن ایجاد می‌شود؛ برداشته خواهد شد.

شیخ صدوق در کتاب «من لا یحضره الفقیه» روایتی را از پیامبر اسلام (ص) (چنین نقل کرده است: «حدود را با شبهات دفع کنید و شفاعت و کفالت و قسم، در حد وجود ندارد. «این روایت که از مراسیل شیخ صدوق است؛ بنابر یک مبنا، روایت‌های مُرسَل شیخ صدوق در حکم روایات با سند است. و این روایت از روایات مورد قبول فریقین (شیعه و سنی) است و در بین اندیشمندان هر دو مذهب، مورد قبول است؛ لذا دارای اعتبار است.

تسالم و قبول قاعده توسط علمای اسلام؛ همان‌طور که گفته شد این روایت و قاعده استخراج شده از آن، مورد قبول علمای امامیه، بلکه همه علما و فقهای اسلام قرار گرفت.

برای فعلیت هر حکمی ابتدا باید موضوع تشخیص داده شود؛ مثلاً اگر برای زنا حکمی قرار داده می‌شود، ابتدا باید قطعی شود که زنا تحقق پیدا کرده است، سپس حکم زنا بر آن جاری شود. در قاعده «درء» نیز به نوعی همین اصل مورد تأیید قرار گرفته است؛ زیرا با ایجاد کوچک‌ترین شبهه، تحقق موضوع مورد اشکال قرار می‌گیرد. در مثال زنا، اگر دخول مورد شک قرار گرفت، نمی‌توان حکم زنا را بر آن رابطه نامشروع بار کرد. البته این دلیل، اختصاص به شبهات موضوعیه ندارد و بحث ما در این قاعده عام است؛ و در شبهات حکمیه، عمد و خطا و اکراه و ... نیز جاری می‌شود.

قائده درء

اسلام همواره مسلمانان و به ویژه حاکمان را از اینکه خون بی گناهی بر زمین ریخته شود و یا حرمت و آبروی انسانی به ستم مورد تعرض قرار گیرد بر حذر داشته و بر «عصمت خون» و حرمت «عرض و ناموس» اصرار داشته و فریاد برآورده است: «تا سرحد امکان از مسلمانان حدود را برداشته و مجازات‌ها را متوقف کنید و اگر راهی برای خلاصی آنها وجود دارد رهایشان کنید، زیرا اگر امام مسلمین در عفو و بخشش راه خطا و اشتباه بپیماید بهتر است از اینکه در مجازات و عقوبت اشتباه کند.»^۱

به دیگر بیان «اشتباه در عفو» بر «اشتباه در کیفر» ترجیح دارد. گرچه حدود تعطیل بردار نیست زیرا پیامبر اکرم اسلام فرموده است: به مجازات رساندن مجرم برای خدا در روی زمین از بارانی که چهل شبانه روز (بر زمین عطشناک) ببارد سودمندتر و برتر است.^۲

زیرا به کیفر رساندن بدکاران هرگاه عادلانه و از روی قطع و یقین باشد در احیای جامعه همانند بارش باران در بیابان‌های تشنه باعث طراوت و سرسبزی و بارور شدن جامعه خواهد بود به خلاف آنکه اجرای حد از روی شک و تردید و ظن و گمان به همراه ظلم و بیداد صورت پذیرد.

برهمن اساس قاعده ی درء بین مسلمانان اعم از امامیه و اهل سنت جایگاه ویژه دارد که برگرفته از کلام پیامبر اکرم اسلام است که فرمود: «ادروا الحدود بالشبهات»^۳ با شبهات حدود را دفع کنید. به دلیل کلیدی و نیز مورد تسالم بودن «قاعده ی درء» بین تمام اندیشمندان اسلامی لازم است این قاعده را ضمن چندین گفتار به شرح زیر مورد رسیدگی قرار دهیم.

گفتار اول: معنای قاعده درء

گفتار دوم: مدارک قاعده درء

^۱-ترمذی، سنن الجامع الصحیح، هوالسنن الترمذی، ج ۴ کتاب الحدود، ص ۳۳، حدیث ۱۴۲۴ قال رسول الله (ص): «ادروا الحدود عن المسلمین سنطعتم فان کان له مخرج فخلوا سبيله، فان الامام ان یخطی فی العفو خیر من ان یخطی فی العقوبه»

^۲- عاملی، شیخ حرّ، وسائل الشیعه الی تحصیل الشریعه، ج ۱۸، کتاب الحدود و التعزیرات، ص ۳۰۸، حدیث ۵ «و حدّ یقام لله فی الارض افضل من مطر اربعین صباحاً»

^۳-عاملی، شیخ حرّ، وسائل الشیعه الی تحصیل الشریعه، ج ۱۸ باب ۲۴، ابواب مقدمات حدود حدیث ۴

گفتار سوم: شبهه چیست و شبهات مسقط حد کدامند؟

گفتار چهارم: قلمرو قاعده درء

گفتار پنجم: رابطه قاعده درء با اصل برائت و احتیاط

گفتار اول: معنای قاعده درء

«درء» بر وزن فرع در لغت به معنای دور کردن، رد کردن، دفع کردن آمده است.

در قرآن مجید آمده است: «و یدروئن بالحسنه السیئه»^۴ بدی را با خوبی دفع می کنند.

و نیز فرموده است: «قل فادروا عن انفسکم الموت»^۵ بگو مرگ را از خویش دفع کنید. در قرآن به معنای دفع عذاب و سقوط مجازات هم آمده است: «و یدروا عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الکاذبین»^۶ گواهی زن بر کذب مرد عذاب را از او دفع می کند.

صاحب مجمع البحرین بعد از اشاره به آیات و حدیث مذکور می گوید: ادثوا یعنی ادفعوا بها^۷ در لغت آمده: رجل ذوتدرأ و تدرأ بضم تا یعنی دفع کننده خصم با قوت و شوکت.^۸

بنابراین قاعده درء را می توان چنین تعریف کرد: حدود الهی با حصول شبهه ساقط می گردند.

گفتار دوم: مدارک قاعده درء

برخی از فقهای معاصر در «قاعده درء» تردید کرده می گویند قاعده مذکور برگرفته از حدیثی است مرسله که شیخ صدوق آن را نقل کرده است^۹ و حدیث مرسل نیز حجت نیست.

در پاسخ باید گفت: اولاً گروهی از فقها برخی از مراسیل را همانند مسانید می شمردند از جمله مراسیل صدوق است. مواردی هست که صدوق روایت را به طور مرسل نقل می کند و می گوید: قال رسول الله (ص) یا قال الصادق (ع) این نوع مراسیل در حکم مسانید است که درواقع برای رعایت اختصار سند حذف و روایت به صورت اصل مسلم نقل می شود.^{۱۰} مضافاً به اینکه شیخ صدوق در مقدمه کتاب المقنع والهدایه می نویسد: «من اسناد حدیث را حذف کردم تا حمل کتاب آسان شود وحفظ این احادیث سخت نباشد و موجب ملال خوانندگان نگردد و آنچه که در این کتاب آورده ام در کتب حدیث موجود است و مبنی بر مشایخ علما و فقها ثقه می باشد»^{۱۱} ثانیاً صاحب ریاض حدیث درء را حدیث متواتر دانسته نه مرسله^{۱۲} به همین دلیل صاحب مبانی تکمله المنهاج از ادعای تواتر خبر مذکور اظهار تعجب کرده است.

ثالثاً ابن ادریس حدیث مزبور را مجمع علیه می شمرد. رابعاً با توجه به عمل اصحاب به مضمون حدیث ضعف آن جبران می شود، یعنی فقها از مضمون حدیث، قاعده درء را استخراج کرده اند طبعاً مرسله بودن سند مضر نخواهد بود. خامساً این حدیث با الفاظ مشابه در جوامع روائی اهل سنت نیز وارد شده و آنان نیز از مضمون آن قاعده درء را استفاده کرده اند و گفته اند: رهبران مذاهب چهارگانه اهل سنت اتفاق نظر دارند که حدود با شبهه منتفی است.

متن حدیث به شرح زیر است:

۱- قال رسول الله (ص): «ادثوا الحدید بالشبهات» پیامبر فرمود: حدود را با شبهات دفع کنید.

نتیجه اینکه در صدور حدیث مذکور از پیامبر اکرم اسلام بین مسلمین اعم از امامیه و اهل سنت اتفاق نظر است و هیچ گونه تردیدی در سند و صدور آن وجود ندارد.

^۴-سوره رعد، آیه ۲۲

^۵-سوره آل عمران، آیه ۱۶۸

^۶-سوره نور، آیه ۱۸

^۷-طریحی، مجمع البحرین، ج ۱، ص ۱۳۶

^۸-صفی پور، عبدالرحیم، منتهی الارب فی لغه العرب حرف التال.

^۹-خوئی، سیدابوقاسم، مبانی تکمله المنهاج، ج ۱، ص ۱۶۸ و ۳۲۸... و آنما هی روایه مرسله رواها الشیخ الصدوق.

^{۱۰}-یجنوردی، سید محمد موسوی، قواعد فقهیه، ص ۱۲۰.

^{۱۱}-صدوق، محمدبن علی بن الحسین بن بابویه القمی: المقنع، ص ۵

^{۱۲}-طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، کتاب الحدود فی حدالسرقه ص ۴۹۵: ولی التمسک بعصمه الدم آلا فی موضع الیقین عملاً بالنص المتواتر بدفع الحد بالشبهات.

گفتار سوم: شبهه چیست و شبهات مسقط حدّ کدامند؟

نخست لازم است شبهه را معنی کرده آنگاه به دیدگاه فقها در مورد شبهه های مسقط حدّ نظر بیفکنیم: در مجمع البحرین آمده است: شبهه چیزی است که به ظاهر حق می ناید ولی حق نیست.^{۱۳}

ابوزهرة می گوید: شبهه چیزی است شبیه ثابت درحالی که ثابت نیست.^{۱۴}

شهید اول می گوید: شبهه اماره و نشانه ای است که مفید ظن و گمان است و اقدام بر کاری که مخالف واقع است برآن مترتب می گردد. شبهه های مسقط حدّ کدامند؟

به عنوان مقدمه باید گفت شخصی که مرتکب جرمی می شود از سه حال خارج نیست:

الف: عالم به جرم بودن عمل ارتكابی است.

ب: عالم به مباح بودن آن است.

ج: جاهل به جواز و حرمت و جرم بودن و نبودن آن است.

در فرض اول تردیدی در لزوم مجازات و کیفر نیست همان گونه که در فرض دوم مجازات منتفی است در فرض سوم یعنی عالم و قاطع نبودن صور گوناگونی متصور است: ۱. جهل و نادانی به دلیل قصور باشد (جاهل قاصر) جاهل قاصر به کسی گفته می شود که به هیچ وجه امکان آگاهی و دسترسی به قانون و احکام الهی نداشته و شرایط به گونه ای است که امکان اطلاع وجود ندارد. ۲. جهل از روی تقصیر باشد (جاهل مقصر) جاهل مقصر برخلاف جاهل قاصر، امکان دستیابی به قوانین و مقررات را دارد ولی تقصیر می کند و به دنبال پرسیدن و آگاهی نمی رود. ۳. ظن و گمان غیر معتبر به جواز عمل وجود داشته باشد. ۴. ظن و گمان معتبر دارد که عمل مباح است. ۵. ظن و گمان به عدم جواز عمل دارد. ۶. شک و تردید به دو طرف قضیه دارد (شاک). ۷. نسبت به جواز عمل و عدم آن غفلت دارد (غافل).

اگر شخصی که مرتکب عمل مجرمانه شده جاهل بوده باشد، برخی از فقهای معاصر می گویند: از ظاهر حرف صاحب جواهر برمی آید که در آن صورت حدّ ساقط است زیرا حد در مواردی است که شخص در موقع ارتكاب حرام علم به حرمت داشته باشد. صاحب جواهر دلیل مسئله را اجماع، اصل و حدیث درء می داند. امام خمینی شبهات مسقط حدّ را به شرح زیر بر می شمرد: ۱. جاهل قاصر ۲. جاهل مقصر غیر ملتفت ۳. عامل، علم و اعتقاد به جواز عمل داشته درحالی که در واقع چنین نبوده است. ۴. عامل به دلیل جهل مغتفره و قابل پذیرش مرتکب عمل شده است مثل اینکه زن به مرد بگوید شوهر ندارم و با بیّنه و دو شاهد عادل بر فوت و یا طلاق شوهر اقامه شده باشد.^{۱۵} دیدگاه مرحوم آیه الله خویی همانند امام خمینی است با این تفاوت که آن مرحوم جهل را صرفاً در مقدمات رافع مسئولیت می داند.^{۱۶} در الفقه علی المذاهب الاربعه آمده است: «اتفق الاثمه الاربعه علی انّ الحدود تدراً بالشبهات و لكنهم اختلفوا فی هذه الشبهات» رهبران مذاهب چهارگانه اهل سنت اتفاق نظر دارند که حدود با شبهات دفع می شود گرچه در مصادیق شبهه و اینکه کلام شبهه شبهه دارئه بوده و موجب سقوط حدّ است اختلاف دارند.

شبهه در نزد حنفیه دو قسم است: ۱. شبهه فعل که دارای هشت مصداق است. ۲. شبهه در محلّ که دارای شش مصداق است. که در تمام موارد چهارده گانه حدّ ساقط است.^{۱۷}

شافعیه شبهه های موجب سقوط حدّ را سه نوع برمی شمردند: ۱. شبهه در محلّ ۲. شبهه در فاعل. ۳. شبهه در جهت.^{۱۸}

گفتار چهارم: قلمرو قاعده درء

الف: شبهه موضوعیه و حکمیه

ب: شبهه متهم یا قاضی

ج: شبهه در عناصر سه گانه جرم

د: قلمرو قاعده در «حدود- قصاص»

^{۱۳} - طریحی، شیخ فخرالدین، مجمع البحرین، ج ۶، ص ۳۴۹، و سّی، الشبهه شبهة لاتنها تشبه الحق

^{۱۴} - ابوزهرة، محمد، العقوبة، ص ۱۷۹ و جزیری، عبدالرحمن: الفقه علی المذاهب الاربعه ج ۵، ص ۸۸: آنها ما يشبه الثابت و ليس بثابت- عوده: التّشريع الجنائي، ج ۱، ص ۲۰۹: «الشبهه هي ما يشبه الثابت و ليس بثابت

^{۱۵} - خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۴۵۶

^{۱۶} - خوئی، سیدابو القاسم، مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۱۶۹

^{۱۷} - جزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۵، ص ۸۸ و ۹۰، عوده- التّشريع الجنائي، ج ۱، ص ۲۱۳

^{۱۸} - عوده- التّشريع الجنائي، ج ۱، ص ۲۱۲

ه: قلمرو قاعده در «تعزیرات»

الف: قلمرو قاعده در شبهه موضوعیه و حکمیه:

هرگاه در مورد زنی تردید باشد که شوهر دارد یا خیر؟ و یا در خمر بودن مایعی تردید باشد، چنین شبهه ای را شبهه موضوعیه گویند. اگر موضوع مشخص اما حکم آن مجهول و مورد تردید باشد مثلاً نمی داند آیا همسر فرزند بر انسان حرام است یا خیر؟ به چنین شبهه ای شبهه حکمیه اطلاق می شود. آیا منظور از شبهات در روایت شبهات موضوعی است یا حکمی؟ به بیان دیگر آیا قاعده در هر نوع شبهه ای اعم از موضوعی و حکمی جاری است یا تنها در شبهه موضوعیه جاری است؟ تردیدی نیست که قاعده در شامل شبهه موضوعیه هست زیرا تا اصل جرم احراز نگردد مجازات منتفی است بنابراین اگر کسی ظرف نوشابه ای را به گمان اینکه نوشابه مباحی است بیاشامد سپس معلوم گردد که آن مایع خمر بوده است، در این فرض جرمی محقق نگشته تا مستوجب مجازات شرب خمر گردد.

هرگاه کسی مالی را به گمان مالکیت بردارد سپس روشن گردد که او مالک آن مال نبوده است حدّ سرقت جاری نمی گردد^{۱۹} و یا اگر کسی بر فراش و رختخواب خود رود و با زنی که در رخت خواب او آرمیده به گمان اینکه همسر اوست همبستر شود بر آن مرد مجازاتی نیست. محقق حلی ضمن بیان مطلب فوق با اشاره به روایت ابی روح که در آن آمد: «در زمان عمر زنی خود را به صورت جاریه مردی در آورد به نحوی که هنگام شب مرد گمان برد که آن زن کنیز اوست و با او همبستر شد، موضوع به عمر عرضه شد او هم به محضر مولا علی (ع) فرستاد، حضرت فرمود: اضرب الرجل حدّاً فی السرّ واضرب المرأة فی العلانیه- مرد را در خفا حدّ زن و زن را آشکارا» می گوید: این روایت متروک است. صاحب جواهر در شرح آن می گوید: مع عدم صحّه سندها متروکه عندالمعظم مخالفه للقواعد^{۲۰} این روایت به دلیل ضعف سند و مخالفت مضمون آن با قواعد فقهی، اعظم فقهی، اعتنائی نکرده و به مضمون آن عمل نکرده اند.

حاصل اینکه در مشمول قاعده در نسبت به شبهه موضوعیه تردیدی نیست.

آیا شبهه شامل شبهه حکمیه هم هست یا خیر؟ گرچه کلمه «الشبهات» جمع محلی به الف و لام بوده طبعاً باید افاده عموم کند در نتیجه باید گفت قاعده در شامل شبهه حکمیه نیز هست. هرچند فقها در شبهه حکمیه قائل به تفصیل اند و می گویند اگر جاهل مقصر و یا حداقل جاهل مقصر ملتفت باشد قاعده در جاری نمی گردد و حدّ ساقط نیست. به بیان دیگر عمومیت قاعده در به وسیله عموم ادله ی لزوم تعلّم احکام ضروری، تخصیص خورده است.

در مورد اینکه «جهل» به قانون رافع مسئولیت نیست، برخی می گویند: «از نظر اکثر علمای حقوق کیفری جهل و اشتباه حکمی یعنی اشتباه در وجود و چگونگی قانون مسئولیت را از بین نمی برد، زیرا یکی از قواعدی که مورد قبول حقوق دانان کیفری است و در حقوق جزائی مدوّن نوعاً به آن تصریح شده است قاعده مشهوری است که به صورت عبارت «جهل به قانون رافع مسئولیت نیست» خلاصه شده است و این منطبق بر یک قاعده حقوقی قدیمی است که برحسب آن همه ی افراد وظیفه دارند خود را با محتوای قوانین آشنا و مطابق آن عمل کنند و تنها با پذیرش این قاعده و فرض به عنوان یک واقعیت عملی است که اجرای مقررات قانونی منطقاً امکان پذیر می گردد»^{۲۱} اشتباه حکمی ممکن است برحسب درجات خود گاهی نسبت به اصل قانون باشد و گاهی هم نسبت به تفسیر آن صورت گیر و به هر تقدیر با آنکه فرض اطلاع عامه مردم از قانون در بسیاری از موارد فرض بی اساس و غیر واقعی است ولی اصولاً مطابق با قاعده ای که بیان شد جهل به قانون مسئولیت را از بین نمی برد و این امر در امور جزائی و مدنی هر دو صادق است^{۲۲} و در ایران هم این قاعده مورد قبول حقوق دانان و تأیید دیوان کشور است.

به موجب رأی یکی از شعب دیوان کشور؛ «جهل و گرفتاری های متهم موجب معافیت او از مجازات عملی که قانوناً ممنوع و برای مرتکب مجازات تعیین شده نخواهد بود»^{۲۳}

یکی دیگر از علمای حقوق کیفری نیز چنین می گوید: «اشتباه در اثر جهل به قانون درجات دارد گاهی ممکن است مربوط به قانون باشد و زمانی مربوط به تفسیر آن...» تا آنجا که می گوید: «جهل به قانون و یا به تفسیر آن بدون اثر است و مسئولیت مجرم را از بین نمی برد زیرا اجرای قانون را نمی توان منوط به اقبال اشخاص در شناسائی قانون نمود.

در قانون مجازات های اسلامی ماده ۱۶۶ تبصره ۱ آمده است: در صورتی که شراب خورده مدّعی جهل به حکم یا موضوع باشد و صحت دعوی وی محتمل باشد محکوم به حدّ نخواهد شد.

^{۱۹}- خمینی، تحریر الوسیله، خوئی، سیدابو القاسم، مبانی تکمله المنهاج، حدّ السرقة، ص ۴۷

^{۲۰}- نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۶۵

^{۲۱}- رهامی، محسن، پایان نامه «قاعده در الحدود تدرأ بالشبهات» به نقل از: صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، ص ۶۳.

^{۲۲}- همان به نقل از حقوق جزای عمومی، صفحات ۶۳ و ۶۴

^{۲۳}- همان، صفحه ۶۴ به نقل از مجموعه احمد متین ص ۲۸۸

ب: شبهه متهم یا قاضی

آیا منظور از شبهه شبهه ی متهم است یا شبهه ی قاضی؟

ممکن است گفته شود چون مورد خطاب در روایت قضاوت و حکام هستند بنابراین شبهه ی قاضی مورد نظر است یعنی قاضی بدون علم و یقین و به مجرد شک باید از اجرای حد خودداری کند. همان گونه که می شود گفت منظور شبهه ی متهم است بنابراین معنای روایت چنین است ای قضاوت اگر برای متهمین شبهه حاصل شود و علم به حرمت عمل ارتكابی نداشته باشند و ندانند که آیا آن منع قانونی داشته یا خیر؟ شما از اجرای حد امتناع کنید.

حق این است که هر دوشبهه می تواند مطرح باشد بنابراین معنای حدیث چنین خواهد بود: هرگاه متهم در صورت شک و تردید در حرمت و منع قانونی، جرمی را مرتکب شود حد ساقط است. همان گونه که اگر قاضی تردید داشته و علم به ارتکاب عمل از متهم نداشته و یا علم به معذور نبودن او ندارد حق اجرای حد را نخواهد داشت. صاحب جواهر در مورد سارق می گوید: اگر شبهه بر قاضی عارض گردد دست دزد قطع نمی شود بلکه حد ساقط می گردد همان گونه که هر گاه شبهه برای دزد ایجاد شود باز حد ساقط است و دست دزد قطع نمی گردد.^{۲۴}

ج: شبهه در عناصر سه گانه جرم

اکثر علمای حقوق کیفری عناصر اصلی متشکله جرم را سه رکن می دانند و می گویند هر جرم بایستی دارای سه رکن اصلی بوده تا عنوان جرم بر آن صادق باشد. عناصر اصلی جرم عبارتند از :

۱- عنصر قانونی ۲- عنصر مادی ۳- عنصر معنوی.

پس هر عمل ارتكابی که فاقد یکی از عناصر سه گانه فوق باشد عنوان جرم بر آن صادق نیست.

مقصود از شبهه در عنصر قانونی این است که در اینکه عمل ارتكابی حد دارد یا نه شبهه حاصل شود و حاکم شرع به طور قطع نداند که شارع مقدس اسلام برای این عمل مجازات تعیین کرده است یا نه؟ مثلاً در مورد مجازات تکرار زنا قبل از اجرای حد این مسأله که آیا یک حد برای همگی آنها کافی است و یا برای هر عمل زنا یک حد جداگانه لازم است، صاحب ریاض پس از بررسی نظر فقها نهایتاً به خاطر اصل براءت و اینکه حدود مبتنی بر تخفیف هستند و نیز شک در وجوب زاید بر یک حد، قول یک حد را ترجیح داده و گفته است به دلیل شبهه حاصله بیش از یک حد ساقط می گردد.^{۲۵}

شهید ثانی نیز در مسالک همین نظر را دارد.^{۲۶}

منظور از شبهه در عنصر مادی جرم این است که هر گاه در اصل وقوع جرم و تحقق آن از طرف متهم شبهه و شک باشد آیا دلایل قانئ درء شامل این مورد هم می شود یا خیر؟

مسأله ای که اکثر فقها متعرض آن شده اند این است که هر گاه زنی متهم به زنا باشد قبلاً و چهار نفر هم شهادت بر زنا بدهند و آن زن مدعی است که او باکره است و چهار زن باکره بودن او را تأیید کنند آیا بر آن زن حد جاری می شود و یا بر شهود حد قذف وارد می شود؟ «محقق حلی» در شرایع الاسلام پس از ذکر مسئله می فرماید: حدی بر آن زن نیست. و در اینکه آیا شهود اول به خاطر تهمت به حد قذف مجازات خواهند شد یا نه می گوید: «شیخ طوسی» در کتاب «مبسوط» گفته بر آنها هم حد نیست به دلیل احتمال شبهه در مشاهده. البته «شیخ طوسی» در کتاب «نهایه» گفته است که بر آنها حد جاری خواهد شد و «محقق» قول اخیر را شبه دانسته است.^{۲۷} صاحب جواهر نیز پس از نقل مطلب از «شرایع الاسلام» می گوید: در اینکه حد از زن برداشته شود خلافی نیست بلکه با توجه به آنچه در کتاب «ریاض» آمده اجماع وجود دارد.

امام خمینی (ره) می گوید: «هنگامی که شهود به میزان نصاب، شهادت به زنا ی زنی دادند از طریق قبل و او ادعا کرد که باکره می باشد و ۴ زن عادل به باکره بودن او شهادت دهند شهادت زنان قبول می شود و حد از آن زن برداشته می شود... همچنین حد از مردی که شهود، شهادت به زنا ی او با این زن داده اند، ساقط می شود و در این میان تفاوتی نیست که شهادت به زنا از راه قبل باشد یا مطلق باشد و زنان شهادت به باکره بودن او بدهند.»^{۲۸}

مراد از شبهه در عنصر معنوی جرم این است که در قصد و اراده مرتکب نسبت به انجام آن عمل شبهه حاصل شود و یا اینکه در علم او نسبت به مجرمانه بودن عمل شک حاصل شود، در واقع عنصر معنوی جرم را به «قصد و عمد به انجام عمل مجرمانه» معنی کنیم که هم

^{۲۴} - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۴۹۴.

^{۲۵} - طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، ج ۲، کتاب الحدود فی حد الزنا، ص ۴۶۸.

^{۲۶} - شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲، کتاب الحدود فی حد الزنا، ص ۳۴۱.

^{۲۷} - حلی، محقق، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، کتاب الزنا فی اللواحق، ص ۱۵۷.

^{۲۸} - خمینی، روح الله الموسوی، تحریر الوسیله.

شامل انجام عملیا قصد قصد و اراده باشد و هم با علم مجرمانه بودن آن که با این تعریف «عنصر جهل» هم داخل در «عنصر معنوی» می گردد. حقیقت این است که این نوع شبهه نیز مشمول قاعده می شود و در صورت حصول شبهه در عنصر معنوی از حیث عمد و قصد فعل مجرمانه باید قاعده را جاری ساخت و حدّ را مرتفع نمود. زیرا اولاً دلایل قاعده و نیز الفاظ آن عمومیت داشته و قید خاصی را برای نوع شبهه معین نکرده است. ثانیاً به همان دلیلی که در مورد شبهه حکمیه و موضوعیه بیان شد شبهه در عنصر معنوی از حیث جهل به موضوع جرم قطعاً شامل قاعده می گردد و از حیث جهل به حکم در غیر از مورد جاهل و مقصّر ملتفت و یا جاهل مقصّر در مورد دگر قاعده دره جاری است.

د: قلمرو قاعده دره «حدود- قصاص»

آیا قاعده دره مخصوص حدود به معنای اخصّ است یا شامل قصاص و تعزیرات نیز می شود؟ نخست باید بدانیم آیا کلمه «حدود» در روایات به معنای اصطلاح خاصّ (در برابر قصاص و تعزیرات) به کار رفته است که در نتیجه قاعده تنها شامل حدود به معنای اخصّ باشد یا خیر؟ حدّ در روایات در مجازات های معین و غیر معین استفاده شده است و حدّ دارای حقیقت لغویّه یا حقیقت شرعیّه در مجازات های معین نیست، بنابراین نتیجه می گیریم که قاعده دره شامل قصاص نیز می شود. همان گونه که از تتبع در کلمات فقها نیز این نتیجه بدست می آید.

پس از قبول شمول قاعده نسبت به حدود و سقوط اجرای حدّ در موارد مشکوک آیا هیچ مجازات دیگری در کار نخواهد بود و یا اینکه مجازات خفیف تری جاری می گردد؟ طبیعی است که مسئله نسبت به چگونگی شبهه و نوع جرم متفاوت است مثلاً شهید ثانی می گوید: هر گاه شخصی دیگری را به منزلش دعوت کرده سپس شبانه او را از منزلش اخراج کند و آن شخص در بیرون از منزل کشته شود پرداخت دیه اش به عهده صاحب خانه است. چرا که در سبب قصاص شبهه وجود دارد و مطابق قاعده دره قصاص منتفی می شود.^{۲۹} محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام در مبحث ارتداد می گوید: چنانچه مرتد توبه کند سپس کسی که فکرمی کرد او همچنان مرتد و واجب القتل است و اقدام به قتل او نماید از نظر شیخ طوسی بایستی قصاص شود. زیرا در این مورد عنوان «قتل عدوانی مسلمان» صادق است و بعد از توبه اطلاق مرتد منتفی است. آنگاه محقق می گوید: به دلیل فقدان قصد حکم به قصاص مرتد است زیرا قاتل قصد قتل مسلمان نداشته است.^{۳۰} شهید ثانی در «مسالك الافهام» پس از ذکر ادله شیخ طوسی در مورد وجوب قصاص، در ردّ آن و ایتدلال به سقوط قصاص می گوید: وجه العدم عدم القصد الی قتله علی الحالّه المحرم و ان قصد مطلق القتل و انّ القصاص حدّ لتحقق و معناه فیه و الظن شبهه فیدراً بها و هذا اقوی و حینئذ فتجب الذیّه فی ماله مغلّه لآنه شبهه عمد.^{۳۱}

از سخن فوق فهمیده می شود که :

- ۱ انگیزه قتل به تنهایی موجب قصاص نمی شود بلکه قصد قتل نفس محترمه باید احراز شود.
 - ۲ به دلیل تحقق معنای حدّ در قصاص به قصاص هم حدّ اطلاق می شود.
 - ۳ ظن و گمانی که قاتل نسبت به ارتداد او داشته شبهه ای است که موجب سقوط حدّ قصاص می شود.
 - ۴ قول به عدم قصاص اقوی است.
 - ۵ با سقوط قصاص دیه ساقط نمی شود بلکه قتل شبه عمد بوده و قصاص به پرداخت دیه مغلظه (از مال قاتل) تبدیل می شود. محقق حلی می گوید: اگر دو نفر شهادت دهند که فلانی قاتل فلانی است و دو تن دیگر شهادت دهند که قاتل فرد دیگری است، قصاص ساقط می شود و بر هر یک از دو متهم لازم است نصف دیه را به عهده گیرند، به بیان دیگر شبهه، قصاص ساقط است.^{۳۲}
- گاهی هم ممکن است به طور کلی هر نوع مجازاتی ساقط شود به علاوه آثار حلال بر آن مترتب گردد مثلاً اگر کسی متهم به زنا باشد و شبهه موضوعیه حاصل شود به اینکه تشابه بین همسر او و کسی که در بستر او خوابیده و تاریکی شب امر بر او مشتبه شده اگر مرتکب در این مورد تقصیری نداشته باشد هیچ مجازاتی در کار نیست و نیز آنچه که بر نزدیکی حلال مترتب است از قبیل اثبات نسب به وجوب عده و ... در اینجا نیز وجود دارد. به طور کلی باید گفت چنانچه پس از حصول شبهه و سقوط حدّ به دلیل شبهه مذکور اگر بر عمل ارتكابی به عنوان دیگری از جرم صادق باشد به مجازات همان جرم محکوم می شود و گر نه آزاد می گردد و در مورد شبهه در عنصر معنوی جرم هر

^{۲۹} - شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرحالمعه الدمشقیه، ج ۲، ص ۳۹۵

^{۳۰} - حلی، محقق، شرایع الاسلام فی المسائل الحلال و الحرام، ج ۴، کتاب الحدود، فی المرتد، ص ۱۸۶

^{۳۱} - شهید ثانی، مسالك الافهام، ج ۲، کتاب الحدود، حدّ مرتد، ص ۳۹۵.

^{۳۲} - حلی، محقق، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، کتاب القصاص، ص ۹۹۵

گاه عمل ارتكابی از حالت عمد و قصد خارج شود و در صورتی که بر آن هم پرداخت غرامت و خسارت در قانون پیش بینی شده باشد رعایت آن قانون ضروری است.

هـ: قلمرو قاعده مورد بحث به تعزیرات نمی توان بدان صراحتی که در حدود آمده اظهار نظر کرد اما می توان گفت دلیلی که در مورد مشمول قاعده درء بودن قصاص اقامه شد در مورد مجازات های تعزیری نیز جاری است عبدالقادر عوده می گوید: گر چه اصل قاعده درء اختصاص به حدود به معنای اخص (موارد معین) دارد ولی در اجرای آن نسبت به موارد تعزیر هم منعی وجود ندارد، به دلیل آنکه قاعده درء برای تحقق عدالت و نیز رعایت مصلحت متهمان پایه گذاری شده است چه متهم به جرم حدود باشد یا متهم به جرم تعزیری «اصل ترجیح اشتباه در عفو بر اشتباه در کیفر» که از سخن پیامبر استنباط شده مؤید این حقیقت است که ارتکاب جرم از سوی متهم تبرئه می شود چرا که در صورت تردید اگر متهم را تبرئه کنیم آثار سازنده مجازات و در نهایت مصلحت جامعه مراعات شده و عدالت نیز خدشه دار نشده است.^{۳۳}

صاحب ریاض از فقهای امامیه در مورد مجازات استمنا می گوید:

جرم استمنا با شهادت دو عادل یا دو مرتبه اقرار بدون تردید اثبات می شود و اگر کسی بگوید با یک مرتبه اقرار هم اثبات می شود (همان گونه که اکثر فقها چنین می اندیشند) این حرف نیکویی است به دلیل عمومیت خبر... محقق حلی گفته جرم استمنا با دو مرتبه اقرار اثبات می شود. ظاهر گفته محقق حلی این است که با یک مرتبه اثبات نمی شود، این سخن نیز خالی از وجه نیست به ویژه با حصول شبهه به دلیل اختلاف فقها، پس با وجود آن شبهه حد ساقط می شود.

همان گونه که ملاحظه می شود برای اثبات جرم استمنا بین فقها اختلاف بوده و اختلاف مذکور باعث گشته تا اثبات جرم با یکبار اقرار مشکوک باشد در نتیجه مجازات ساقط می گردد در حالی که می دانیم که استمنا از اسباب حدود محسوب نمی شود و مرتکب آن تعزیر خواهد شد.

گفتار پنجم: رابطه قاعده درء با اصل برائت و احتیاط

قبل از بیان ارتباط بین قاعده مذکور و اصل برائت و احتیاط لازم است دو اصل ذکر شده را به طور اختصار معنی کنیم. اصل برائت در جایی است که در تکلیف شرعی تردید حاصل شود به بیان دیگر در موضوع اصل برائت «شک در تکلیف» اخذ شده است که در صورت چنین تردیدی اصل برائت جاری گشته و تکلیف منتفی می شود.

اصل احتیاط در جای است که «شک در مکلف به» باشد نه اصل تکلیف به بیان دیگر در صورتی که انسان به اصل تکلیف مطمئن بوده ولی تردید در وجوب یا حرمت مورد خاصی پیدا شود اصل احتیاط می گوید باید کاری کرد تا اطمینان به انجام تکلیف پیدا شود.

از جمله شبهاتی که موجب اجرای قاعده درء می شد در عنصر قانونی جرم بود بدین معنی که در اصل تحریم عمل ارتكابی شبهه باشد و این امر ممکن است برای مجتهد حاصل شود و در نتیجه نتواند حکم به حرمت عملی بدهد همان گونه که ممکن است برای قاضی پیدا شود در نتیجه نتواند حکم به مجازات عمل ارتكابی صادر کند، در این نوع شبهات مجرای قاعده درء و اصل برائت یکی می شود. مثلاً اگر کسی در ماه مبارک رمضان اقدام به استعمال دخانیات نماید ممکن مفتی به استناد اصل برائت حکم به مباح بودن کرده و فتوا دهد روزه اش صحیح است، از طرف دیگر قاضی دادگاه نسبت به مرتکب این عمل با استناد به شبهه حکمیه یا شبهه در عنصر قانونی جرم حکم به برائت کند.

پس هر گاه شبهه در عنصر قانونی جرم بود مجرای اصل برائت و قاعده درء یکی می شد اما اگر شبهه در عنصر مادی و یا عنصر معنوی جرم باشد مجرای قاعده درء با اصل احتیاط متحد می شود. توضیح اینکه هر گاه در اصل وقوع جرم شبهه ایجاد شود و یا در اینکه شخص با قصد و عمد مرتکب عمل شده یا خیر تردید وجود داشته باشد در چنین مواردی به اصل احتیاط نزدیک تر است بدین معنی که قاضی شک دارد که آیا این شخص مشمول مجازات است و باید بر او حد جاری شود یا خیر؟ بر اساس اصل احتیاط و لزوم حفظ جان و عرض مسلمان مجازات ساقط می شود بنابراین قاضی با عمل به قاعده درء و یا اصل احتیاط و مجازات متهم را منتفی اعلام می کند نتیجه اینکه مجرای هر دو یکی می شود.

^{۳۳} - عوده، عبدالقادر، التشریع الجنائی، ج ۱، ص ۲۱۶.

نتیجه گیری:

با توجه به قاعده درء میتوان گفت: اسلام همواره مسلمانان و به ویژه حاکمان را از اینکه خون بی گناهی بر زمین ریخته شود و یا حرمت و آبروی انسانی به ستم مورد تعرض قرار گیرد بر حذر داشته است. و قاعده ی مذکور بین مسلمانان اعم از امامیه و اهل سنت جایگاه ویژه ای دارد و سند آن برگرفته از کلام پیامبر اکرم(ص) که فرمودند: «ادرتدا الحدود بالشبهات» است. نظر به گفتار اول با توجه به قاعده مافوق الذکر «درء» بر وزن فرع و در لغت به معنای دور کردن و دفع کردن آورده شده است. و در کلام وحی چنین آمده است: «و یدرون بالحسنه السيئه» بدی را با خوبی دفع می کنند. با توجه به گفتار دوم می توان گفت: تعدادی از فقهای معاصر در «قاعده درء» تردید کرده و می گویند قاعده فوق الذکر برگرفته از حدیثی است مرسله که شیخ صدوق آن را نقل کرده است و حدیث مرسل نیز حجت نیست. نظر به گفتار سوم می توان گفت: «شبهه چیزی است که در ظاهر حق می باشد ولی باطناً حق نیست که تعدادی از فقهاء مثل: ابوزمره و شهید اول درباره آن اظهار نظر کرده اند و شبهه را تقسیم بندی کرده اند. و در گفتار چهارم قلمرو قاعده ی «درء» بر پنج قسم تقسیم بندی شده است. راز آنها می توان معانی مختلف استنباط را استخراج کرد. نظر به گفتار پنجم می توان گفت: قاعده ی درء با اصل برائت و احتیاط ارتباط دارد و نتیجه این می باشد که مجرای هر دو یکی می باشد.

منابع و مراجع

- [۱] ترمذی، سنن الجامع الصحيح، هو السنن الترمذی، ج ۴ کتاب الحدود، ص ۳۳، حدیث ۱۴۲۴
- [۲] جزیری، عبدالرحمن، الفقه على المذاهب الاربعه، ج ۵، ص ۹۳
- [۳] خمینی، تحریر الوسیله، خوئی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، حد السرقه، ص ۴۷
- [۴] حلی، محقق، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، کتاب الزنا فی اللواحق، ص ۱۵۷
- [۵] شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه، ج ۲، ص ۳۹۵
- [۶] حلی، محقق، شرایع الاسلام فی المسائل الحلال و الحرام کتاب القصاص ص ۹۹۵.
- [۷] طباطبائی، سید علی، ریاض المسائل، ج ۲، کتاب الحدود ص ۵۰۰.