

بررسی قاعده دراء 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 اهدان، دانشگاه آزاد اسلامی، اهدان، 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 مناطق 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 وجود اشتراک و افتراق آن با اقسام متعدد شبهه در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلیس را هویتا می‌گرداند. بر این پایه، این مقاله می‌کوشد با تشریح نظریه‌های متفاوت و مطرح در تحقیق 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 موید اصول و قواعد دیگر- برای آن به بررسی ابعاد ثبوتی و اثباتی تحقیق شبهه جهت تحصیل معیاری عینی در تشخیص آن در این قاعده بپردازد. در تطبیق قاعده درء بر شبههات موضوعیه جای هیچ اختلافی نیست، اما درباره شبههات 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 فرآگیری 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 کلی اش این است: «از افرادی که متهم به خطأ و عصیانی هستند که موجب حَدَّ(قصاص یا تعزیر) شود؛ با وجود شباهای که مورد قبول عقلاً 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 عقوبات‌هایی گفته می‌شود که به ازاء گناهانی که صورت گرفته، برای شخص گناه کار 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 کلی اش این است که حدود، از افرادی که متهم به خطأ و عصیانی هستند با وجود شباهای که در راه اثبات آن ایجاد می‌شود؛ برداشته خواهد شد.

شیخ صدوق در کتاب «من لا يحضره الفقيه» روایتی را از پیامبر اسلام(ص) (چنین نقل کرده است: «حدود را با شباهات دفع کنید و شفاعت و کفالت و قسم، در حد وجود ندارد.» این روایت که از مراasil شیخ صدوق است؛ بنابر یک مبنای، روایت‌های مُرسِل 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 علماء و فقهاء 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 تحقیق 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 شباهه، 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 شباهات موضوعیه ندارد و بحث ما در این قاعده عام است؛ و در شباهات حکمیه، عدم و خطأ و اکراه و ... نیز جاری می‌شود.

قائده دَرَء

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 تعریض 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 خطأ و اشتباہ پیماید بهتر است از اینکه در مجازات و عقوبات اشتباہ 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 تشنیه باعث طراوت و سرسیزی و بارورشدن جامعه خواهد بود به خلاف آنکه اجرای حد از روی شک و تردید و ظن و گمان به همراه ظلم و بیداد صورت پذیرد.

برهمین اساس قاعده‌ی درء بین مسلمانان اعم از امامیه و اهل سنت جایگاه ویژه دارد که برگرفته از کلام پیامبر اکرم اسلام است که فرمود: «ادرئوا الحدود بالشباهات»^۳ با شباهات حدود را دفع کنید. به دلیل کلیدی و نیز مورد تسالم بودن «قاعده‌ی 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 الصحيح، هوالسنن الترمذی، ج ۴ کتاب الحدود، ص ۳۳، حدیث ۱۴۲۴ قال رسول الله (ص): «ادروأ الحدود عن المسلمين ستطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الامام ان يخطي في العفو خيرٌ من ان يخطي في العقوبة»

^۲- عاملی، شیخ حر، وسائل الشیعه الی تحصیل الشریعه، ج ۱۸، کتاب الحدود و التعزیرات، ص ۳۰۸، حدیث ۵ « و حد يقام لله في الأرض افضل من مطر اربعين صباحاً »

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

گفتار سوم: شباهت چیست و شباهات 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 يدرون بالحسنه السيءه»^۴ بدی را با خوبی دفع می کنند.

و نیز فرموده است: «قل فادرؤا عن انفسكم الموت»^۵ بگو مرگ را از خویش دفع کنید. در قرآن به معنی دفع عذاب و سقوط مجازات هم آمده

است: «و يدروأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادت بالله انه لمن الکاذبين»^۶ گواهی زن بر کذب مرد عذاب را از او دفع می کند.

صاحب مجمع البحرين بعد از اشاره به آیات و حدیث مذکور می گوید: ادئوا يعني ادفعوا بها^۷ در لغت آمده: رجل ذوتدراء و تدرأه بضم تا

يعني دفع کننده خصم با قوت و شوكت.^۸

بنابراین قاعده درء را می توان چنین تعریف کرد: حدود الهی با حصول شباهه 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 صدوq آن را نقل کرده است^۹ و حدیث مرسل نیز حجت نیست.

در پاسخ باید گفت: اولاً گروهی از فقهای برخی از مراسیل را همانند مسانید می شمرند از جمله مراسیل صدق است. مواردی هست که صدق روایت را به طور مرسل نقل می کند و می گوید: قال رسول الله (ص) يا قال الصادق (ع) این نوع مراسیل در حکم مسانید است که درواقع رعایت اختصار سند حذف و روایت به صورت اصل مسلم نقل می شود.^{۱۰} مضافاً به اینکه شیخ صدق در مقدمه کتاب المقنع والهدایه می نویسد: «من اسناد حدیث را حذف کردم تا حمل کتاب آسان شود و حفظ 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 علماء و فقهاء 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 مذبور را مجمع عليه می شمرد. رابعاً با توجه به عمل اصحاب به مضمون حدیث ضعف آن جبران می شود، يعني فقهای از مضمون حدیث، قاعده درء را استراخ کرده اند طبعاً مرسله بودن سند مضر نخواهد بود. خامساً این حدیث باللفاظ مشابه در جوامع روایی 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 شباهه منتفی است.

متن حدیث به شرح زیر است:

۱-قال رسول الله(ص): «ادرئوا الحديـد بالـشبـهـات» پیامبر فرمود: حدود را با شباهات 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 البحرين، ج ۱، ص ۱۳۶

^۸- صفائی پور، عبدالرحیم، منتهی الارب فی لغة العرب حرفة الدال.

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

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

^{۱۱}- صدق، محمدبن علی بن الحسین بن بابویه القمي: المقنع، ص ۵

^{۱۲}- طباطبایی، سید علی ، ریاض المسائل، کتاب الحدود فی حدالسرقة ص ۴۹۵؛ ولی التمسک بعضه الدتم آن فی موضع اليقین عملاً بالنص المتواتر بدفع الحد بالشباهات.

گفتار سوم: شباهت و شباهات مسقط حد کدامند؟

نخست لازم است شبهه را معنی کرده آنگاه به دیدگاه فقهای مسقط حد نظر بیفکنیم: در مجمع البحرين آمده است: شبهه جزی است که به ظاهر حق می ناید ولی حق نیست.^{۱۳}

^{۱۴} این مقاله را در پایانی آن را معرفی کرده و مذکور شده است.

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.

به عنوان مقدمه ياد گفت شخص، که مرتکب جرم، می‌شود از سه حالت خارج نیست:

الف: عالمه به حمت و حم بودن عما ارتكابه است.

ب: عالم به مساح بودن آن است.

جه: حاصل، به حواز و حرمت و حرم 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 (جهل مقصیر) جاهل مقصیر 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 قصیه دارد(شاك). 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 می‌گویند: از ظاهر حرف صاحب جواهر برمی‌آید که در آن صورت حد ساقط است زیرا حد در مواردی است که شخص در موقع ارتکاب حرام علم به حرمت داشته باشد. صاحب جواهر دلیل مسئله را اجماع، اصل و حدیث درء می‌داند. امام خمینی شباهت مسقط حد را به شرح زیر بر می‌شمرد: ۱. جاهل قاصر ۲. جاهل مقصّر غیر ملتفت ۳. عامل، علم و اعتقاد به جواز عمل داشته درحالی که در واقع چنین نبوده است. ۴. عامل به دلیل جهل مغفّره و قابل پذیرش مرتکب عمل شده است مثل اینکه زن به مرد بگوید شوهر ندارم و با پیشه و دو شاهد عادل بر فوت و یا طلاق شوهر اقامه شده باشد.^{۱۵} دیدگاه مرحوم آیه الله خوبی همانند امام خمینی است با این تفاوت که آن مرحوم جهل را صرفاً در مقدمات رافع مسئولیت می‌داند.^{۱۶}

در الفقه على المذاهب الاربعة آمده است: «اتفاق الائمه الاربعة على ان الحدود تدرأ بالشبهات و لكنهم اختلقو في هذه الشبهات» رهبران مذاهب چهارگانه اهل سنت اتفاق نظر دارند که حدود با شبهات دفع می شود گرچه در مصاديق شبهه و اینکه کلام شبهه شبهه داریه بوده و موجب سقوط حد است اختلاف دارد.

شیبه در نزد حنیفه دو قسم است: ۱. شیبه فعل که دارای هشت مصدق است. ۲. شیبه در محل که دارای شش مصدق است. که در تمام موارد حجا، ده گانه حد ساقط است.^{۱۷}

^{۱۸} شافعه شریه‌های موجب سقوط حد، ا. سه نوع ب مر، شمرند: ۱. شریه در محا، ۲. شریه در فاعل، ۳. شریه در حجت.

گفتار، حما، ه: قلم و قاعده ۵، ۴

ح: شیوه د، عناصر سه گانه ح م

د: قلم و قاعده د، «حدود-قصاص»

^{١٣}- طبع ، شيخ فخر الدين ، مجمع البحرين ، جع ، ص ٤٩٣ ، و سمت ، الشهيد شمسة لأنها تشبه الحجة

^{١٤} ابو زهرة، محمد، العقوبة، ص ١٧٩ و جزيرى، عبدالرحمن: الفقه على المذاهب الاربعه ج ٥، ص ٨٨: إنها ما يشبه الثابت وليس بثابتٍ عوده: التشريع الجنائز، ج ١، ص ٣٠٩: «الشيمه هـ ما يشبه الثابت وليس بثابت»

١٥ - خميني، وح الله، تحرر المسلح، ج ٢، ص ٤٨٦

^{١٦}-خوئي، سیدابه اقسام، مبانی تکمیله المنهاج، ج ١، ص ١٦٩

^{١٧} - حبـ، عبدـ حـ، الفـ عـ المـ الـ الـ عـ، حـ، صـ ٨٨ وـ ٩، عـهـ- التـ بـ الـ حـ، حـ، ١، صـ ٢١٣.

^{١٨}-التربية الجنسية، ج ١، ص ٢١٢.

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 مجھول 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 شبههات در روایت شبههات موضوعی است یا حکمی؟ به بیان دیگر آیا قاعده دره در هر نوع شبهه ای اعم از موضوعی و حکمی جاری است یا تنها در شبهه موضوعیه جاری است؟ تردیدی نیست که قاعده دره شامل شبهه موضوعیه هست زیرا تا اصل جرم احراز نگردد مجازات منتفی است بنابراین اگر کسی طرف 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 حد 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 برآن 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 حدأ في السرّ واضرب المرأة في العلانية- مرد را در خفا حد بزن و زن را آشکارا» می گوید: این روایت متروک است. صاحب جواهر در شرح آن می گوید: مع عدم صحه سندها متروکه عندالمعظم مخالفه للقواعد^{۲۰} این روایت به دلیل ضعف سند و مخالفت مضمون آن با قواعد فقهی، اعظم فقهها به آن اعتمانی نکرده و به مضمون آن عمل نکرده اند.

حاصل اینکه در مشمول قاعده دره 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 دره شامل شبهه حکمیه نیز هست. هرچند فقهها در شبهه حکمیه قائل به تفصیل اند و می گویند اگر جاھل مقصو و یا حداقل جاھل مقصو ملتفت باشد قاعده دره جاری نمی گردد و حد ساقط نیست. به بیان دیگر عمومیت قاعده دره به وسیله عموم ادله ی لزوم تعلم 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 اشتباہ حکمی یعنی اشتباہ 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 مدون 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 شناسایی قانون نمود.

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

^{۱۹}- خمینی، تحریر الوسیله، خوئی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، حدالسرقة، ص ۴۷

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

^{۲۱}- رهامی، محسن، پایان نامه «قاعده دره 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: شبیهه متهم یا قاضی

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

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

حق این است که هر دو شبیهه می‌تواند 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. همان‌گونه که اگر قاضی تردید داشته و علم به ارتکاب عمل از متهم نداشته و یا علم به معدوم نبودن او ندارد حق اجرای حد را نخواهد داشت. صاحب جواهر در مورد سارق می‌گوید: اگر شبیهه بر قاضی عارض گردد دست دست دزد قطع نمی‌شود بلکه حد ساقط می‌گردد همان‌گونه که هر گاه شبیهه برای دزد ایجاد شود باز حد ساقط است و دست دزد قطع نمی‌گردد.^{۲۴}

ج: شبیهه در عناصر سه گانه جرم

اکثر علمای حقوق کیفری عناصر اصلی متشکله جرم را سه رکن می‌دانند و می‌گویند 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 ارتکابی که فاقد یکی از عناصر سه گانه فوق باشد عنوان جرم بر آن صادق نیست.

مقصود از شبیهه در عنصر قانونی این است که در اینکه عمل ارتکابی حد دارد یا نه شبیهه 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 همه‌ی انها کافی است و یا برای هر عمل زنا یک حد جداگانه لازم است، صاحب ریاض پس از بررسی نظر فقهاء نهایتاً به خاطر اصل برائت و اینکه حدود مبتنی بر تخفیف هستند و نیز شک در وجود زاید بر یک حد، قول یک حد را ترجیح داده و گفته است به دلیل شبیهه حاصله بیش از یک حد ساقط می‌گردد.^{۲۵}

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

منظور از شبیهه در عنصر مادی جرم این است که هر گاه در اصل وقوع جرم و تحقق ان از طرف متهم شبیهه و شک باشد آیا دلایل قائد درع شامل این مورد هم می‌شود یا خیر؟

مسئله ای که اکثر فقهاء متعارض آن شده اند این است که هر گاه زنی متهم به زنا باشد قبلاً و چهار نفر هم شهادت بر زنا بدنهند و آن زن مدعی است که او باکره است و چهار زن باکره بودن او را تأیید کنند آیا بر آن زن حد جاری می‌شود و یا بر شهود حد قذف وارد می‌شود؟ محقق حلى^{۲۷} در شرایع اسلام پس از ذکر مسئله می‌فرماید: حدی بر آن زن نیست. و در اینکه آیا شهود اول به خاطر تهمت به حد قذف مجازات خواهد شد یانه‌ی گوید: «شیخ طوسی» در کتاب «مبسوط» گفته بر آنها هم حد نیست به دلیل احتمال شبیهه در مشاهده. البته «شیخ طوسی» در کتاب «نهایه» گفته است که بر آنها حد جاری خواهد شد و «محقق» قول اخیر را اشبه دانسته است.^{۲۸}

صاحب جواهر نیز پس از نقل مطلب از «شرایع اسلام» می‌گوید: در اینکه حد از زن برداشته شود خلافی نیست بلکه با توجه به آنچه در کتاب «ریاض» امده اجماع وجود دارد.

امام خمینی(ره) می‌گوید: «هنگامی که شهود به میزان نصاب، شهادت به زنای زنی دادند از طریق قبل و او ادعا کرد که باکره می‌باشد و زن عادل به باکره بودن او شهادت دهنند شهادت زنان قبول می‌شود و حد از ان زن برداشته می‌شود... همچنین حد از مردی که شهود، شهادت به زنای او با این زن داده اند، ساقط می‌شود و در این میان تفاوتی نیست که شهادت به زنا از راه قبل باشد یا مطلق باشد و زنان شهادت به باکره بودن او بدنهند». ^{۲۹}

مراد از شبیهه در عنصر معنوی جرم این است که در قصد و اراده مرتکب نسبت به انجام آن عمل شبیهه 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 عدم به انجام عمل مجرمانه» معنی کنیم که هم

^{۲۴}- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام، 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}- حلى، محقق، شرایع‌الاسلام فی مسائل الحال و الحرام، ج ۴، کتاب الزنا فی الواقع، ص ۱۵۷.

^{۲۸}- خمینی، روح الله الموسوی، تحریرالوسیله.

شامل انجام عملبا 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 حد 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 ملتافت و یا جاهل مقصّر در موارد دگر قاعده دره جاری است.

۵: قلمرو قاعده دره «حدود- قصاص»

آیا قاعده دره مخصوص حدود به معنای اخص است یا شامل قصاص و تعزیرات نیز می شود؟^{۲۹} نخست باید بدانیم آیا کلیمه «حدود» در روایات به معنای اصطلاح خاص (درباره قصاص و تعزیرات) به کار رفته است که در نتیجه قاعده تنها شامل حدود به معنای اخص باشد یا خیر؟

حد در روایات در مجازات های معین و غیر معین استفاده شده است و حد دارای حقیقت لغویه یا حقیقت شرعیه در مجازات های معین نیست، بنابراین نتیجه می گیریم که قاعده دره شامل قصاص نیز می شود.^{۳۰} همان گونه که از تتبّع در کلمات فقهاء نیز این نتیجه بدست می آید.

پس از قبول شمول قاعده نسبت به حدود و سقوط اجرای حد در موارد مشکوک آیا هیچ مجازات دیگری در کار تخواهد 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.^{۳۱} محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام در مبحث ارتداد می گوید: چنانچه مرتد توبه کند سپس کسی که فکرمند 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 مردد است زیرا قاتل قصد قتل مسلمان نداشته است.^{۳۲} شهید ثانی در «مسالک الافهام» پس از ذکر ادله شیخ طوسی در مورد وجوب قصاص، در رد آن و ایتدال به سقوط قصاص می گوید: وجه العدم عدم القصد الى قتلہ على الحاله المحرّم و ان قصد مطلق القتل و ان القصاص حد لتحقّق و معناه فيه و الظنّ شبّهه فيدرأ بها و هذا اقوى و حینئذٍ فتوجب الذیه فی ماله مغافلہ لانه شبّهه عمد.^{۳۳}

از سخن فوق فهمیده می شود که :

۱- انگیزه قتل به تنها ی موجب قصاص نمی شود بلکه قصد قتل نفس محترمه باید احراز شود.

۲- به دلیل تحقق معنای حد در قصاص به قصاص هم حد اطلاق می شود.

۳- خلن و گمانی که قاتل نسبت به ارتداد او داشته شبّهه ای است که موجب سقوط حد قصاص می شود.

۴- قول به عدم قصاص اقوى است.

۵- با سقوط قصاص دیه ساقط نمی شود بلکه قتل شبّهه عمد بوده و قصاص به پرداخت دیه منظمه (از مال قاتل) تبدیل می شود. محقق حلی می گوید: اگر دو نفر شهادت دهند که فلانی قاتل همسر او 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 شبّهه، قصاص ساقط است.^{۳۴}

گاهی هم ممکن است به طور کلی هر نوع مجازاتی ساقط شود به علاوه آثار حلال بر آن مترتّب گردد مثلاً اگر کسی متهم به زنا باشد و شبّهه 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 نزد یکی حلال مترتّب است از قبیل اثبات نسب به وجود عده و ... در اینجا نیز وجود دارد. به طور کلی باید گفت چنانچه پس از حصول شبّهه و سقوط حد به دلیل شبّهه مذکور اگر بر عمل ارتکابی به عنوان دیگری از جرم صادق باشد به مجازات همان جرم محکوم می شود و گر نه آزاد می گردد و در مورد شبّهه در عنصر معنوی جرم هر

^{۲۹}- شهید ثانی، الروضه البهیه فی شرح المعلمه 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 ، مسالک الافهام، ج ۲، کتاب الحدود، حد مرتد، ص ۳۹۵

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

گاه عمل ارتکابی 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: گرچه اصل قاعده درء اختصاص به حدود به معنای اخسن (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 جرائم حدود باشد باشد و یا متهم به جرم تعزیری «اصل ترجیح اشتباہ در عفو بر اشتباہ در کیفر» که از سخن پیامبر استباط 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 استمناء می گوید:

جرائم استمناء با شهادت دو عامل 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 فقهاء چنین می اندیشند) این حرف نیکویی است به دلیل عمومیت خبر... محقق حکی گفته جرم استمناء با دو مرتبه اقرار اثبات می شود. ظاهر گفته محقق حکی این است که با یک مرتبه اثبات نمی شود، این سخن نیز خالی از وجه نیست به ویژه با حصول شبه به دلیل اختلاف فقهاء، پس با وجود آن شبه حد ساقط می شود.

همان گونه که ملاحظه می شود برای اثبات جرم استمناء بین فقهاء 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 استمناء از اسباب حدود محسوب نمی شود و مرتكب 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 متنفسی 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 وجود 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 ارتکابی شبه باشد و این امر ممکن است برای مجتمهد 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 ارتکابی صادر کند، در این نوع شباهات 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 مرتكب این عمل با استناد به شبه حکمیه یا شبه در عنصر قانونی جرم حکم به برائت کند.

پس هر گاه شبه در عنصر قانونی جرم بود مجرای اصل برائت و قاعده درء یکی می شد اما اگر شبه در عنصر مادی و یا عنصر معنوی جرم باشد مجرای قاعده درء با اصل احتیاط متحدد می شود. توضیح اینکه هر گاه در اصل وقوع جرم شبه ایجاد شود و یا در اینکه شخص با قصد و عمد مرتكب 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.

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 تعزیز قرار گیرد بر حذر داشته است. و قاعده‌ی مذکور بین مسلمانان اعم از امامیه و اهل سنت جایگاه ویژه‌ای 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 يدرؤن بالحسنه السيءه» بدی را با خوبی دفع می‌کنند.

با توجه به گفتار دوم می‌توان گفت: تعدادی از فقهاء معاصر در «قاعده درء» تردید کرده و می‌گویند 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 می‌توان گفت: «شبهه چیزی است که در ظاهر حق می‌باشد ولی باطنًا حق نیست که تعدادی از فقهاء مثل: ابوزمراه و شهید اول درباره آن اظهار نظر کرده اند و شبهه را تقسیم بندی کرده اند.

و در گفتار چهارم قلمرو قاعده‌ی «درء» بر پنج قسم تقسیم بندی شده است. راز آنها می‌توان معانی مختلف استنباط را استخراج کرد.

نظر به گفتار پنجم می‌توان گفت: قاعده‌ی درء با اصل براثت و احتیاط ارتباط دارد و نتیجه این می‌باشد که مجرای هر دو یکی می‌باشد.

منابع و مراجع

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