

تقدم یا تأخر (ادله) استصحاب بر قاعده درأ

حمیدرضا زنگی آبادی*

احمد حاجی ده آبادی**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۳/۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۵/۲۱

چکیده

تعارض گاه میان دو اماره؛ گاه میان دو اصل و گاه میان یک اماره و یک اصل واقع می‌شود. در مباحث اصولی به وفور شنیده‌ایم: اگر «اماره» و «اصل عملی» با یکدیگر تعارض کنند، این تعارض بدوی است؛ زیرا با وجود اماره نوبت به اصل نمی‌رسد؛ زیرا موضوع اجرای اصل عملی، شک است و با وجود دلیل اجتهادی شکی باقی نمی‌ماند که به اصول عملیه رجوع شود؛ اما در بیان ارتباط قاعده درأ و استصحاب باید گفت: فقها نسبت به جریان استصحاب با وجود قاعده درأ قرار ثابتی ندارند. سه نظر در مسئله وجود دارد: ۱- تقدم قاعده درأ بر استصحاب، ۲- تقدم استصحاب بر قاعده درأ، ۳- شک و تردید در مسئله. با تتبعی فراوان، می‌توان گفت: فقط در باب حدود و تعزیرات در حد عقلائی آن قاعده درأ جاری می‌گردد و مقدم بر استصحاب می‌شود؛ اما در امور غیر عقلائی و در ابواب قصاص و دیات، استصحاب مقدم بر قاعده درأ است.

واژگان کلیدی: استصحاب، اصول عملیه، امارات، حقوق موضوعه، فقه اسلامی، قاعده درأ.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

* مدرس مرکز تخصصی حقوق و قضای اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

h.zangiabadi@chmail.ir

** دانشیار حقوق کیفری و جرم‌شناسی پردیس فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

adehabadi@ut.ac.ir

مقدمه

اصل استصحاب با نیم‌نگاهی به واقع، اعتبار یافته است؛ یعنی شارع یک طرف حالت شک و تردید را به منزله واقع قلمداد می‌کند و با توجه به این تنزیل می‌گوید طبق این حالت عمل کن (حسینی میلانی، ۱۴۲۸ق، ج ۵، ص ۳۳۷). در واقع اعتبار استصحاب به این معناست که اولاً باید حالت مشکوک را به منزله حالت یقینی سابق قرار داد و چنین فرض نمود که حالت یقینی سابق، همچنان استمرار دارد؛ ثانیاً باید عمل و رفتار خود را بر همین فرض و تنزیل استوار کرد. به همین دلیل به استصحاب اصل محرز یا تنزیلی می‌گویند.^۱ پس در اصل محرز مکلف به یک طرف شک عمل می‌کند و آن را به منزله واقع تلقی می‌کند، در حالی که در اصل غیرمحرز مکلف تنها به یک طرف شک عمل می‌کند بدون بناگذاری بر اینکه آن واقع است. این تقسیم‌بندی استصحاب را به اماره نزدیک می‌سازد؛ زیرا همان‌طور که اماره احراز کننده و کاشف از واقع است، در اصل محرز نیز گونه‌ای خفیف از احراز وجود دارد. با این تفاوت که احراز واقع در اماره حقیقی است؛ ولی در استصحاب، تنزیلی و ادعایی است. در هر صورت، این تقسیم‌بندی استصحاب را در مرتبه‌ای بالاتر از سایر اصول عملیه و نزدیکتر به امارات قرار می‌دهد. در ارتباط با قاعده درأ می‌توان گفت: اختلاف‌های اساسی زیادی میان فقها در پیوند با گستره حجیت آن وجود دارد. لذا با توجه به جایگاه شگرف و محدوده وسیع استصحاب در اصول و فقه، و از طرفی دیگر اختلاف‌های اساسی در زمان تعارض بین آن دو در کلام فقها، جا دارد که نحوه تقدم آنها را حین تعارض به طور مبسوط مورد بررسی قرار دهیم. در مقاله حاضر، پس از اشاره‌ای اجمالی به مفاهیم واژگان مورد نظر، رابطه (ادله) استصحاب با قاعده درأ به طور دقیق مورد بررسی قرار گرفته است.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. استصحاب

استصحاب مصدر باب استفعال از ماده صحب است. استصحاب در لغت بدین صورت آمده است: «و کل ما لازم شینا فقد استصحابه» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۵۱۹؛ فیومی، بی‌تا، ص ۳۳۳). استصحاب به معنای همراه بردن است.

در اصطلاح، اصولیون تعریف‌های گوناگونی از آن ارائه کرده‌اند که اختلاف آنها ناشی از اختلاف مبانی ایشان در چگونگی حجیت استصحاب است. به عبارتی می‌توان گفت: تعریف استصحاب به چیزی که مورد نقض و ابرام بر تمام مسلک‌ها باشد، ممکن نیست؛ زیرا میان تمام مسلک‌ها جامعی وجود ندارد. کسی که آن را اصل عملی قرار داده، ناچار است که شک را موضوع قرار دهد و کسی که آن را اماره برای واقع قرار داده، چاره‌ای ندارد که برای شک موضوعیت قائل نشود و شک را به صورت موضوعی اعتبار نکند و این دو مسلک از چیزهایی است که با همدیگر جمع نمی‌شوند. آیت‌الله خوئی با بیانی شیوا به همین موضوع، اشاره می‌کند: «أما ما ذكره من كون التعاريف مشيرة إلى معنى واحد، فغير صحيح، لاختلاف المباني في الاستصحاب» (خوئی، ۱۴۲۲ق.ب، ص. ۴). بر این بنیان، بنابر نظری که هر یک از فقها در باب استصحاب پذیرفته‌اند، تعریف مطابق با نظرشان در حجیت استصحاب را بیان داشته‌اند. در این نوشتار استصحاب را همچون شیخ انصاری به «إبقاء ماكان» تعریف می‌کنیم.

۱-۲. درأ

واژه درأ مصدر «تدرأ»، «ادرثوا» و الفاظ مشابه دیگر است. در لغت به معنای «دفع کردن»، «ساقط کردن» و «تعطیل کردن» آمده است (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص. ۲۷۱؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۴۹). بنابراین منظور از درأ حد، دفع کردن و ساقط کردن و عدم اجرای آن است.

۲. رابطه (دله) استصحاب با قاعده درأ

یکی از قواعد فقهی مورد پذیرش نزد قاطبه مسلمانان قاعده درأ است. از عامه فقط ابن حزم اندلسی (ابن حزم، بی‌تا، ج ۱۲، ص. ۱۹۶) و از خاصه فقهایی همچون آیت‌الله خوئی (خوئی، ۱۴۲۴ق، ص. ۱۹۱) با آن مخالفت کرده‌اند. علامه سبزواری در باب اهمیت این قاعده می‌گوید: «من القواعد التي أرسلوها إرسال المسلمات و جعلوها مما استدل بها لا عليها» (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷، ص. ۲۲۶)؛ این قاعده را فقها جزء مسلمات دانسته‌اند و این قاعده را بی‌نیاز از بحث و بررسی مستندات آن می‌دانند. آیت‌الله معرفت نیز می‌نویسد: «و كونها من المسلمات في الأحكام الإسلامية» (معرفت، بی‌تا، ص.

۳۸۹). ایشان این قاعده را از مسلمات در احکام اسلامی می‌دانند. طرفداران این قاعده معتقدند در زمان شک در جریان حد، می‌توان شبهه را با آن برطرف کرد و به عدم اجرای آن حد نظر داد. قانونگذار ایران نیز به تبع از نظر فقهای امامیه، در مواد ۱۲۰^۲ و ۱۲۱^۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قاعده در آن را به رسمیت شناخته است؛ اما این قاعده در مباحث عدیده‌ای با اصل استصحاب در تعارض قرار گرفته است.

گفتنی است این قاعده مستند به برخی از روایات و ادله‌ای نظیر اجماع است که این مستندات قابل مناقشه می‌باشند (ر.ک: حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷، صص. ۶۲-۸۳؛ خویی، ۱۴۲۴ق، صص. ۱۹۱-۱۹۲؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۴، صص. ۴۴-۴۸؛ مصطفوی، ۱۴۲۱ق، صص. ۱۱۷-۱۱۸؛ اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص. ۸۴ و حکیم، ۱۴۲۷ق، ص. ۱۹۳): «روایت ادرئوالحدود بالشبهات»، از حیث سند ثابت نیست و مرسله صدوق برای این جهت کفایت نمی‌کند. این ادعا که روایت در میان فقهای امامیه مشهور و مورد عمل بوده نیز جای تردید است. حتی می‌توان گفت این روایت نه تنها شهرت عملیه که شهرت رواییه نیز ندارد؛ زیرا اگر این روایت آنقدر مشهور بوده، چرا در دیگر جوامع روایی، همچون کافی و استبصار و تهذیب اثری از آن دیده نمی‌شود؟ به هر حال، نه نقل صدوق در من لایحضره الفقیه و مقنع صحیح است و نقل علامه مجلسی در بحارالانوار. بر این اساس باید با فقهایی همچون آیت‌الله خویی و آیت‌الله تبریزی هم عقیده بود که چنین حدیثی ثابت نشده است و صحیح نیست (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷، ص. ۸۴). لذا این قاعده را صرفاً می‌توان قاعده اصطیادی^۴ و برگرفته از مجموع روایات دانست، نه اینکه عین الفاظ آن از معصومین (علیهم‌السلام) صادر شده باشد. البته ممکن است برخی گویند که این الفاظ معقد اجماع می‌باشند، در این صورت در حکم نص هستند؛ اما در پاسخ این سخن می‌توان گفت: این اجماع مدرکی است، لذا حجیت و ارزش استنادی ندارد. لذا نویسنده، این قاعده را فقط قاعده اصطیادی و برگرفته از مجموع روایات محسوب می‌کند. بر این اساس نباید از این نهاد، محتوایی غیرمنضبط و با هرج و مرج ساخت. کاری که متأسفانه صورت گرفته است و مباحث آینده نیز از آن پرده برمی‌دارد.

۲-۱. اقوال در مسئله

در تتبعاتی که در فقه و کلام فقها داشته‌ایم این نتیجه حاصل گردید که فقها نسبت به جریان استصحاب با وجود قاعده درأ بی‌دغدغه نیستند و در این باره قرار ثابتی ندارند. این بحث به صورت بحث اصیل و مستقل در فقه بحث نشده است؛ بلکه میان مباحث اکثریت فقها بدون ذکر استدلال، اشاراتی بدان شده است. أهم نظریات را در سه نظر می‌توان خلاصه کرد:

۲-۱-۱. تقدم قاعده درأ بر استصحاب

در این موضع، برخی از فقها قائل به این هستند که قاعده درأ بر استصحاب مقدم می‌باشد، چنانکه بیان می‌دارد: «الكلام في ادعاء الزوجية. قال المحقق: و يسقط الحدّ باذّعاء الزوجية و لا يكلف المدعى بينة و لا يميناً و كذا بدعوى ما يصلح شبهة بالنظر الى المدعى؛ و في المسالك: أنّما يسقط الحدّ عنه بمجرد الدعوى و ان لم يثبت الزوجية لأنّ دعواه شبهة في الحلّ و الحدّ يدركه بالشبهة» (گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، صص. ۹۴-۹۵). در اینجا مقتضای استصحاب، عدم تزویج می‌باشد و باید حد بر آنها جاری گردد؛ اما این دو فقیه قاعده درأ را مقدم بر استصحاب می‌دانند.

آیت‌الله تبریزی نیز در باب حدود قائل به این می‌باشد به خاطر قاعده درأ، استصحاب جایگاهی ندارد و قاعده درأ مقدم بر استصحاب است (تبریزی، ۱۴۱۷ق، ص. ۹۵).

همچنین شیخ طوسی در باب شهادت شهود نسبت به زمانی که از شهادت خود بر می‌گردند قائل به این است که اگر بعد از حکم و قبل از اجراء حکم از شهادت خود برگردند، هر چند مقتضای استصحاب این می‌باشد که باید حکم اجرا گردد؛ اما به واسطه شبهه‌ای که در اینجا به وجود آمده است، قاعده تدرأ الحدود بالشبهات بر استصحاب مقدم می‌شود و جلوی اجرای حکم را می‌گیرد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص. ۲۴۶؛ برای مشاهده مورد دیگر: رک: مدنی کاشانی، ۱۴۱۰ق، صص. ۱۰۰-۱۰۱).

۲-۱-۲. تقدم استصحاب بر قاعده درأ

با مراجعه به فتاوی‌های امامیه درمی‌یابیم که در موارد بسیاری استصحاب را مقدم بر

قاعده درأ نموده‌اند. سؤالی در باب شرب مایع مشکوک به شراب از برخی فقها بدین صورت پرسیده شده است: هرگاه شخصی بدانند که درون ظرفی شراب است، لکن پس از مدتی با وجود آنکه شک دارد که مایع مسکر تبدیل به سرکه شده است یا خیر، آن را با ظن به اینکه تبدیل به سرکه شده است استعمال می‌نماید؛ آیا در این صورت مجرای اصل استصحاب است یا اجرای قاعده درأ که در نتیجه حد مسکر ساقط شود؟ (مؤسسه آموزشی پژوهشی قضاء قم، ۱۳۹۰، سؤال ۶۶۵۷).

• آیت‌الله بهجت: مجرای استصحاب است؛ اگر معتقد شده است با ظن که سرکه شده است، حد ساقط می‌شود.

• آیت‌الله سیستانی: بلی مجرای استصحاب است ولی اگر مرتکب جاهل به مسئله بوده حد جاری نمی‌شود.

• آیت‌الله صافی گلپایگانی: مفروض سؤال از موارد استصحاب است.

• آیت‌الله اردبیلی: در هر دو مورد، استصحاب با وجود شک جاری است و احکام مربوطه مترتب می‌شود، مگر آنکه کشف خلاف شود و نوبت به قاعده «درأ» نمی‌رسد.

• آیت‌الله مکارم شیرازی: اینجا جای اصل استصحاب است و احکام خمر جاری می‌شود ولی این مقدار از حجیت برای اجرای حد کافی نیست و با قاعده درأ حد ساقط می‌شود.

گفتنی است عدم اجرای حد بر شخص مورد سؤال در پرسش فوق، یا به دلیل عدم اعتقاد به استصحاب در حدی که بتواند مثبت حد شرعی باشد، است (چنانکه از کلام اخیر استفاده می‌شود) و یا به دلیل مثبت بودن آن است؛ زیرا استصحاب خمر بودن، مثبت خمر بودن آنچه نوشیده شده است؛ لکن صدق شرب الخمر بر کار این شخص به ملازمه عقلی است، بدین ترتیب: استصحاب خمر بودن هذا المشروب (مستصحب)؛ پس این شخص شارب الخمر است و بر کارش صدق شرب الخمر می‌کند (لازم استصحاب و اثر غیر شرعی)؛ پس باید (یا جایز است) حد جاری شود (اثر شرعی).

برخی از فقیهان نیز در باب قصاص گفته‌اند: به طور کلی در صورتی قصاص ثابت است که احراز شود در هنگام ارتکاب جنایت عاقل بوده است (اگرچه با استصحاب) ... (مؤسسه آموزشی پژوهشی قضاء قم، ۱۳۹۰، سؤال ۲۷۵۷؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۷۵، ص. ۵۴۳).

از موارد دیگری که می‌توان بدان اشاره کرد، در ارتباط با استصحاب احسان می‌باشد که گفته شده: «بعید نیست جریان احسان در عادت به جهت استصحاب احسان و تمکن از سایر استمتاعات و قلت مدت. همان‌طور که سید (رحمة‌الله‌علیه) به اصحاب نسبت داده است؛ اما در مورد مریض و محبوس و غیبت و مسافرت و اختلاف، چون تمکن عرفی نیست، احسان صادق نیست» (مؤسسه آموزشی پژوهشی قضاء قم، ۱۳۹۰، سؤال ۱۹۵۷).

در ارتباط با این سخن، این پرسش به وجود می‌آید که آیا با استصحاب احسان قائل به جریان احکام آن (مثل سنگسار کردن شخص) می‌شوید یا نه؟ قاعدتاً باید جواب مثبت باشد؛ زیرا با استصحاب احسان شخص گفته می‌شود: این شخص محصن است و محصن زمانی زنا انجام می‌دهد رجم می‌شود. پس این شخص به خاطر زنا که انجام داده است رجم می‌شود.

در سؤالی دیگر به شرح ذیل، فقها اصل استصحاب را مقدم بر قاعده درأ دانسته‌اند: هرگاه زنی مطلقه با وجود شک در پایان یافتن زمان عده، اقدام به ازدواج کرده یا مرتکب زنا شود آیا می‌توان با تمسک به قاعده درأ مجازات را منتفی دانست؟ (مؤسسه آموزشی پژوهشی قضاء قم، ۱۳۹۰، سؤال ۶۶۵۸).

- آیت‌الله صافی گلپایگانی: این مورد نیز مورد استصحاب است و مورد درأ نیست.
- آیت‌الله اردبیلی: در هر دو مورد، استصحاب با وجود شک جاری است و احکام مربوطه مترتب می‌شود، مگر آنکه کشف خلاف شود و نوبت به قاعده «درأ» نمی‌رسد.

۲-۱-۳. شک و تردید و اضطراب در مسئله

از امام خمینی (رحمة‌الله‌علیه) سؤالی بدین صورت پرسیده شده است: در مواردی که حدّ یا تعزیر به خاطر توبه ساقط است، اگر شک در توبه یا ظنّ به أحد الطرفین باشد، آیا جای استصحاب عدم توبه است؟ یا از مصادیق شبهه بوده و حدّ ساقط خواهد بود؟ و در صورتی که شخص متهم، ادعای توبه نماید چه صورتی دارد؟ جواب می‌دهد: مجرد احتمال که در هر مورد هست، موجب سقوط حدّ نمی‌شود، ولی چنانچه خصوصیتی در بین باشد که موجب شبهه شده، ثبوت حدّ، محلّ اشکال است (خمینی،

۱۴۲۲ق، ج ۳، ص. ۴۵۰). امام خمینی (رحمة الله عليه) در حالتی بین شک و تردید در ما بین استصحاب و قاعده درأ عمل می‌کند.

آیت الله اردبیلی نیز در سؤال: آیا حبس ممسک، آمر، مکره و گرفتن بینایی ناظر در قتل عمدی حق الله است یا حق الناس؟ با عفو قاتل از ناحیه اولیای دم آیا این مجازات‌ها نیز ساقط می‌شوند یا خیر؟ بیان می‌دارد: «اگر مجنی علیه فقط قاتل را عفو کرده باشد حدود این اشخاص ساقط نمی‌شود و ظاهر این است که مجازات آنها از قبیل حقوق الله است نه حق الناس. در عین حال اگر آنها نیز مورد عفو قرار گیرند بعید نیست از باب «الحدود تدرأ بالشبهات» حدشان برداشته شود» (اردبیلی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص. ۳۳۱؛ مؤسسه آموزشی پژوهشی قضاء قم، بی تا، سؤال ۱/۶۳۰). ایشان چون مجازات این افراد را از باب حق الله می‌داند، لذا با عفو اولیای دم با شک و تردید و اضطراب در مسئله، قاعده درأ را مقدم بر استصحاب می‌کند (همچنین ر.ک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص. ۳۶۵؛ ۱۴۱۸ق، ص. ۳۷).

با عنایت به آنچه گفته شد و با تتبع و آفری که در این مسئله داشتیم، مشخص گردید که فقها نسبت به جریان استصحاب با وجود قاعده درأ قرار ثابتی ندارند و اختلاف بسیار زیادی در مسئله وجود دارد؛ اما براساس ادله‌ای که در این مقام وجود دارد، می‌توان ابراز کرد: اجرای اصول عملیه نظیر استصحاب فقط در صورتی ممکن خواهد بود که دلیل معتبری در مورد حکم موضوع مورد نظر، وجود نداشته باشد و گرنه با وجود دلیل قطعی یا ظنی معتبر، نوبت به اصل عملی نمی‌رسد (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۵۷۲؛ نائینی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص. ۵۳۹) (الاصل دلیل حیث لا دلیل). از این رو، نخستین شرط اجرای اصول عملیه، تفحص و جستجو برای یافتن ادله معتبر است و تنها در صورت فحوص و ناامیدی از یافتن دلیل معتبر، نوبت به اصول عملیه می‌رسد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص. ۱۹۷). در فقه اهل سنت نیز وضع به همین منوال می‌باشد. مثلاً استصحاب در صورتی مدار فتوا قرار می‌گیرد که دلیل دیگری بر حکم یافت نشود. پس تنها در صورتی که از کتاب، سنت و اجماع، دلیلی بر حکم فراهم نشود، نوبت به اصل عملی استصحاب می‌رسد (زحیلی، ۱۹۸۶م، ج ۲، ص. ۸۶۶). هدف از وضع اصل عملی، کشف حقیقت و احراز واقع به صورت قطعی یا ظنی

نیست، بلکه هدف، خروج از بن بست بلا تکلیفی و شک و تردید است (تبریزی، ۱۳۸۷، ج ۵، صص. ۳۱۶-۳۱۸)؛ زیرا فرض آن است که راه روشن و قابل اعتمادی به کشف واقع موجود نیست.

بنابراین اگر «اماره» و «اصل» با یکدیگر تعارض کنند، این تعارض بدوی است؛ زیرا با وجود اماره نوبت به اصل نمی‌رسد. به عبارتی در تعارض استصحاب با امارات، امارات مقدم بر استصحاب می‌شوند؛ چنانکه آیت‌الله خوئی می‌گوید: «و ربما یفرق بین الأصول العملية و الأمارات، بأن الأصول العملية قد أخذ فی موضوعها الشک و الجهل بالواقع، علی ما هو ظاهر أدلته، کقوله (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) لا تنقض الیقین بالشک بخلاف الأمارات، حیثان موضوعها لم یقید بذلک... و من ثم تتقدم علیها...» (خوئی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۱۵۲). از طرفی دیگر، قاعده درأ قاعده اصطیادی و برگرفته از مجموع روایات می‌باشد. این قاعده، کاشفیت از واقع دارد، اگرچه این کاشفیت ضعیف است، ولی شارع به این کاشفیت اعتبار بخشیده است. لذا قاعده درأ یک اماره و دلیل شرعی و از ادله اجتهادی در حدود پذیرفته شده است، و قدرت مقابله و معارضه با سایر امارات و ادله را داراست. پس در این مبحث باید گفت: اگر مفاد قاعده درأ برخلاف مقتضای اصل عملی همچون استصحاب باشد و در مقام تعارض با یکدیگر قرار گیرند، قاعده درأ مقدم و به آن عمل می‌شود؛ لذا در جایی که مجرای قاعده درأ باشد و قاعده درأ قابلیت جریان داشته باشد، دیگر نوبت به استصحاب نمی‌رسد. در جایی که قاعده درأ قابلیت جریان نداشته باشد، استصحاب جاری می‌گردد.

بنابراین بنابر آنچه ذکر شد، آنچه در این مقام مهم می‌باشد شناخت قلمرو قاعده درأ می‌باشد تا مشخص گردد این دلیل اجتهادی تا چه حدی در نظر شارع پذیرفته شده است. اختلاف مشهور فقها نیز در باب قلمرو این قاعده می‌باشد. با توجه به اهمیت مباحث مجازات مندرج در فقه جزایی اسلام (حدود، قصاص، دیات و تعزیرات) قلمرو این قاعده را در این مجازات‌ها مورد بررسی قرار می‌دهیم تا مشخص شود در کدام مجازات، قاعده درأ قلمرو نفوذ دارد تا مقدم بر استصحاب گردد و در کدام مجازات، قاعده درأ قلمرو نفوذ ندارد و جاری نمی‌گردد تا استصحاب جاری گردد.

۲-۲. قلمرو و گستره قاعده درأ

برخی از فقها نظیر علامه حلی (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵، ص. ۱۹۹)، میرزای قمی در جامع الشتات (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۷۲۹)، آیت‌الله مکارم شیرازی (مؤسسه آموزشی پژوهشی قضاء قم، ۱۳۹۰، سؤال ۷۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص. ۳۸۴) و محقق داماد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۴، صص. ۸۱-۸۲) و... قائل به جریان قاعده درأ در ابواب غیر از حدود هستند.^۵ فقهای نظیر صاحب جواهر (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، صص. ۲۲۳ و ۲۵۸)، صافی گلپایگانی، فاضل لنکرانی و موسوی اردبیلی (اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص. ۹۶) و... قائل به اختصاص این قاعده به باب حدود هستند (مؤسسه آموزشی پژوهشی قضاء قم، ۱۳۹۰، سؤال ۷۱ و ۳۷۱)؛ اما برای شناخت حیطة و قلمرو این قاعده، لازم است که هر یک از مجازات‌های حدود، قصاص، دیات و تعزیرات را مورد کنکاش قرار دهیم:

۲-۱-۱. قاعده درأ در حدود

چنانچه ذکر شد، قاعده درأ صرفاً قاعده اصطیادی است. اگر قاعده تنصیصی و عین عبارت «تدرأ الحدود بالشبهات» کلام معصومین (علیهم‌السلام) بود، می‌توانستیم با تمسک به عمومیتی که در الشبهات و الحدود وجود دارد، هر شبهه‌ای را در تمامی انواع مجازات‌ها، ساقط کننده مجازات دانست؛ اما با توجه به اینکه قبول کردیم که این قاعده صرفاً قاعده اصطیادی می‌باشد، لذا در قاعده درأ نباید افراط و تفریط نمود؛ بلکه باید در حد عقلایی آن را پذیرفت؛ زیرا حدی که می‌توان گفت مستفاد از ادله است، فقط همین حد عقلایی از روایات استفاده می‌شود. به طور خلاصه می‌توان گفت که جمع عرفی میان روایاتی که بر اجرای حد دلالت دارند و روایاتی که بر سقوط حد تأکید دارند، آن است که نگاه ما به قاعده درأ می‌بایست نگاه عقلایی باشد و آن را فقط در حد عقلایی پذیرفت (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷، ص. ۸۸). چنانچه از فتاوی فقها نیز این مطلب برداشت می‌شود (فتحی، ۱۳۹۳، ج ۱، صص. ۹۸-۱۰۶). در سؤالی که از آیات عظام مکارم شیرازی و بهجت بدین صورت پرسیده شده است: دختر و پسری ادعا می‌نمایند چون علاقه زیاد به هم داشته‌اند و خانواده دختر با ازدواج آنان مخالف بوده است، برای اینکه خانواده وی را مجبور کنند تا به ازدواج آنان تن دهند، به طور نامشروع مجامعت

کرده و دختر حامله شده و طفلی به دنیا آورده است. آن دو اظهار می‌دارند که چون روستایی بوده‌اند، نمی‌دانسته‌اند و یا نمی‌توانسته‌اند صیغه ازدواج را جاری کنند و به رضایت طرفینی اکتفا کرده و آن را کافی دانسته‌اند. بفرمایید: همین که طرفین اعلام صیغه عقد می‌نمایند برای ایجاد شبهه کافی است یا باید صحت آن بررسی و ثابت شود؟ این فقها بدین صورت جواب داده‌اند:

- آیت‌الله مکارم شیرازی: چنانچه در حق آنها احتمال دهیم که بر اثر ناآشنایی به احکام اسلام این مقدار را کافی می‌دانسته‌اند، مصداق شبهه است.^۶
- آیت‌الله بهجت: اگر احتمال عقلایی بر اجراء صیغه باشد، برای درأ حد کافی است (مؤسسه آموزشی پژوهشی قضاء قم، ۱۳۹۰، سؤال ۵۷۳۶ و همچنین ر.ک: مؤسسه آموزشی پژوهشی قضاء قم، ۱۳۹۰، سؤال ۸۲۰۳).

علامه حلی نیز در باب قذف در جواب ابن ادریس حلی که قائل به عدم وجوب حد به خاطر وجود شبهه می‌باشد، می‌نویسد: «أنه أضاف الزنا واللواط إليهما، فيجب به الحد، لتحقّق القذف و الشبهة التي ذكرها لم يعتد بها الشارع و لم يلتفت إليها، لحصول السبب به» (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۹، ص. ۲۶۸). پس بعضی از شبهات را شارع مقدس نیز اعتنایی بهشان نمی‌کند و آنها را معتبر نمی‌شناسد.

فقیهی دیگر نیز در مورد فردی که با محرم خود ازدواج می‌کند بیان می‌دارد: «ينظر إلى أحوال المكلف: ان كان ممن يخفى عليه تحريم الام كقريب العهد بالإسلام درأ عنه الحد و ان كان الاحتمال غير ممكن في حقه لا يلتفت الى دعواه و أقيم عليه الحد» (حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۱۳). پس نگاه به حال فرد می‌شود و اگر از جهت عقلایی این شبهه در حق او وجود داشت، حد ساقط می‌گردد و گرنه حد اجرا می‌گردد (مؤسسه آموزشی پژوهشی قضاء قم، ۱۳۹۰، سؤال ۳۵۲).

متأسفانه گاهی مشاهده می‌شود که دادگاه‌ها و شعب دیوان عالی کشور در برخی از آرای خود، با وجود اینکه ظواهر پرونده نشان از مجرم بودن متهم می‌کند، به اندک شبهه‌ای حکم به برائت متهم نموده‌اند که موجبات سلب اعتماد مردم نسبت به دستگاه قضائی را در پی داشته است (جهت اطلاع از آرای قضایی در این خصوص ر.ک: حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷، صص. ۱۰۴-۱۱۰؛ بازگیر، ۱۳۸۲، صص. ۲۰۳-۲۰۴).

لازم به ذکر است در اکثر موارد ثبوت حد، شبهه وجود دارد، چنانکه آیت‌الله خویی در باب شبهه اکراه در حد ارتداد می‌نویسد: «و قد تقدّم أنّه لا شبهة فی أمثال المقام، فإنّنا قد ذكرنا أنّ المراد بالشبهة إن كان هو الشبهة الواقعية فهي متحقّقة فی أكثر موارد ثبوت الحدّ» (خویی، ۱۴۲۲ق.الف، ص. ۳۹۷)؛ و در کتاب محاضرات خود دلیلش را بدین صورت بیان می‌کند: «لأن الاحتمال و الشبهة بالنسبة إلى الواقع محتملة فی أكثر الحدود من الزنا و شرب الخمر و السرقة و غیر ذلك احتمال أنّه كان معذورا موجودا فی الخارج، إذا رأينا أحدا يشرب الخمر مثلاً أو یزنی أو غیر ذلك مما يجب فيه الحد فاحتملنا أنه معذور فی الواقع، أ یکنفی بذلك و لا یحد؟ ففی أكثر موارد الحدود نجد أن الشبهة الواقعية موجودة» (خویی، ۱۴۲۴ق، ص. ۱۹۲). لذا اگر بخواهیم در تمامی موارد ثبوت حد، طبق شبهه پیش آمده به قاعده درأ تمسک کنیم، دیگر حدی ثابت نخواهد شد و به تعطیلی حدود می‌انجامد. بنابراین، نمی‌توانیم شبهه را در قاعده درأ به گونه‌ای تفسیر کنیم که منجر به تعطیل حدود شود. لذا شامل شدن شبهه برای هر کسی که حتی در مسائل واضح و ضروری، ادعای شبهه کند، مستلزم تعطیل حدود است.

در وسائل الشیعه، بابی به این عنوان اختصاص داده شده است: «کسی که زنا کند و مدعی جهل شود، به گونه‌ای که در مورد وی احتمال نمی‌رود، از او پذیرفته نمی‌شود و همچنین ادعای جهل به حکم از زن شوهردار یا زنی که در عدّه است و ازدواج می‌کند و یا در عدّه زنا می‌کند، پذیرفته نمی‌شود». در این باب برای نمونه می‌توان به این حدیث تمسک کرد:

«مُحَمَّدُ بْنُ یَحْیَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِیْسَى عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ جَمِیلِ بْنِ صَالِحٍ عَنْ أَبِي عُبَیْدَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (علیه‌السلام) قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ امْرَأَةٍ تَزَوَّجَتْ رَجُلًا وَ لَهَا زَوْجٌ قَالَ فَقَالَ إِنْ كَانَ زَوْجُهَا الْأَوَّلُ مُقِيمًا مَعَهَا فِي الْمِصْرِ الَّذِي هِيَ فِيهِ تَصِلُ إِلَيْهِ وَ يَصِلُ إِلَيْهَا فَإِنَّ عَلَيْهَا مَا عَلَى الزَّانِي الْمُحْصَنِ الرَّجْمَ ... قُلْتُ فَإِنْ كَانَتْ جَاهِلَةً بِمَا صَنَعَتْ قَالَ فَقَالَ أ لَيْسَ هِيَ فِي دَارِ الْهَجْرَةِ قُلْتُ بَلَى قَالَ فَمَا مِنْ امْرَأَةٍ الْيَوْمَ مِنْ نِسَاءِ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا وَ هِيَ تَعْلَمُ أَنَّ الْمَرْأَةَ الْمُسْلِمَةَ لَا يَحِلُّ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ زَوْجِينَ قَالَ وَ لَوْ أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا فَجَرَتْ قَالَتْ لَمْ أُدْرِ أَوْ جَهَلْتُ أَنَّ الَّذِي فَعَلْتُ حَرَامٌ وَ لَمْ يَقَمْ عَلَيْهَا الْحَدُّ إِذَا لَتَعَطَّلَ الْحُدُودُ» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق،

ج ۲۸، صص. ۱۲۵-۱۲۶).

در این روایت صحیح، راوی سؤال می‌کند: اگر زن نسبت به حرمت این عمل جاهل باشد، حکمش چه خواهد بود؟ امام صادق (علیه‌السلام) فرمودند: آیا در سرزمین اسلام سکونت دارد؟ گفتم: آری. فرمود: امروزه زنی از مسلمانان نیست مگر اینکه می‌داند زن مسلمان نمی‌تواند با دو شوهر ازدواج کند. آنگاه فرمود: اگر بنا باشد زن زنا کند و بگوید نفهمیدم یا نمی‌دانستم که این عمل، حرام است و حد بر او اجرا نشود، حدود تعطیل می‌شود. پس افزون بر روایات مربوط به حرمت تعطیل شدن حدود، پذیرفته نشدن شبهه در مسائل ضروری و بدیهی، از این‌گونه روایات استفاده می‌شود. بنابراین احکام شرع را باید به نفع خود احکام و منطق و مبانی آنها تفسیر کرد نه بر یکی از اصحاب دعوی؛ مراعات مقصود شارع و منطق احکام بر ملاحظه مصلحت اصحاب دعوی ترجیح دارد. قاعده درأ باید آخرین تدبیری باشد که دادگاه‌ها هنگام برخورد با متون مبهم یا متعارض شرعی به کار می‌گیرند.^۷ این تدبیر تنها در مواردی قابل اتخاذ و اعمال است که با تکیه بر هیچ قاعده‌ای و اصول نتوان به اراده شارع دست یافت. بنابراین نگاه ما به قاعده درأ در باب حدود می‌بایست نگاه عقلایی باشد و آن را فقط در حد عقلایی در حدود می‌پذیریم و نفوذ این قاعده در همین حد است.

۲-۲-۲. قاعده درأ در قصاص

چنانکه قبلاً به صورت مختصر ذکر شد، برخی از فقها قائل به این می‌باشند که قاعده درأ در باب قصاص جاری نمی‌گردد. نظر صحیح همین نظر است؛ زیرا: اولاً، چنانچه می‌دانیم قاعده درأ امری خلاف اصول و ضوابط است، لذا باید به قدر متیقن آن اکتفا شود و قدر متیقن این است که قاعده درأ فقط در باب حدود جاری است. چنانچه برخی از فقها از جمله صاحب جواهر به این امر تأکید کرده‌اند: در احکامی که مخالف با اصول و عمومات است، شاید اقتضای حد به معنای اخص، نه غیر آن [که شامل قصاص نیز می‌شود] خالی از قوت نباشد، مگر در جایی که از فحوای کلام یا غیر آن فهمیده شود [که حد به معنای عام مراد است]. بر همین اساس، مندرج نبودن قصاص در اطلاق حد، تقویت می‌شود (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، صص. ۲۵۷-۲۵۸).

ثانیاً. اجرای قاعده درأ در حدود، به دلیل حق الهی بودن آن - به غیر از موارد خاص نظیر قذف و سرقت و... - در حد عقلایی آن قابل پذیرش می‌باشد؛ اما عدم اجرای این قاعده در قصاص به دلیل حق الناسی بودن آن است؛ زیرا نمی‌توان به صرف وجود شبهه، حق الناس را تضييع کرد. لذا در قصاص صرف ادعا و احتمال برای نفی قصاص، کافی نیست؛ بنابراین در حق قصاص باید نهایت توان و بررسی‌های لازم و فحص کافی برای تحصیل دلیل و روشن شدن واقعیت صورت گیرد. چنانچه یکی از فقهای عظام می‌نویسد: «أنَّ المستفاد من الحديث عدم وجوب التحقيق و الفحص و هذا لا يلزم كون المراد من الحدِّ، المعنى العامِّ الشامل لموارد القصاص و القتل العمدی، لوجوب الفحص و التحقيق فیها» (اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص. ۹۶)؛ آنچه از این قاعده درأ استفاده می‌شود این می‌باشد که تحقیق و تفحصی نباید صورت گیرد و این شامل قصاص نمی‌شود؛ زیرا در قصاص فحص و تفحص واجب می‌باشد. حتی شاید بتوانیم بگوییم که در هر جرمی که در زمره حقوق الناس است، قاعده درأ جاری نمی‌شود.

ثالثاً. موارد بسیار زیادی در باب قصاص وجود دارد که در مباحث مطروحه گذشته مورد اشاره قرار گرفتند و با وجود اینکه شبهه وجود داشته و قاعده درأ می‌توانسته جاری شود، اما فقها حکم به قصاص داده‌اند و قاعده درأ را جاری نکرده‌اند.^۸ از باب نمونه در موارد دیگر می‌توان به قتل در حال مستی اشاره نمود. اگر کسی در حال مستی، کسی را بکشد و سپس ادعای زوال اراده و اختیار را بکند ولی دلیلی بر مدعای خویش نداشته باشد، با توجه به شبهه‌ای که در اینجا نسبت به زوال یا بقاء اراده این شخص وجود دارد، باز فقها با تمسک به اصل استصحاب، حکم به قصاص وی می‌نمایند و قاعده درأ را در این موضع جاری نمی‌دانند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص. ۱۴۵).

گفتنی است که در برخی استفتائات مشاهده می‌گردد حتی برخی از فقها که قائل به جریان قاعده درأ در باب قصاص هستند؛ اما استصحاب را مقدم بر قاعده درأ می‌کنند (مؤسسه آموزشی پژوهشی قضاء قم، ۱۳۹۰، سؤال ۳۵۹).

بنابراین از مجموع ادله‌ای که مطرح گشت می‌توان نتیجه گرفت قاعده درأ در باب قصاص جاری نمی‌گردد و استصحاب جریان پیدا می‌کند.

۲-۳. قاعده درأ در دیات

در ارتباط با عدم جریان قاعده درأ در دیات برخی از محققین می‌نویسند: «به طور مسلم، قاعده درأ شامل دیات نمی‌شود؛ زیرا در ماهیت حقوقی دیه بحث است که آیا دیه نوعی مجازات است یا پرداخت غرامت و خسارت! با این تردید در ماهیت حقوقی دیه، تمسک به عام «الحدود» جهت شمول دیه جایز 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. به علاوه، در فقه موردی مشاهده نشده است که فقیهی در صورت شک و شبهه صرفاً با استناد به قاعده فوق، حکم به سقوط دیه دهد» (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۴، صص. ۸۵-۸۶). از دلیلی دیگر نیز می‌توان پرده برداشت و بیان کرد: دیات برای جبران خسارت مجنی علیه قرار داده شده است و از طرفی دیگر قواعد فقهی نظیر «لایبطل الدم امرء مسلم» بر آن حاکم است، به گونه‌ای که صرف استناد قتل و ضرب و جرح برای مسئول دانستن جانی کافی است، هر چند سوءنیتی نداشته باشد، از این رو قاعده درأ در دیات جاری نمی‌شود.

بنابراین دیه را قانونگذار اسلامی برای احترام خون مسلمان وضع نموده است و قواعدی نظیر «لایبطل الدم امرء مسلم» بر آن حاکم است و دیه در زمره حقوق مالی اشخاص محسوب می‌شود. در باب حقوق مالی، اصل بر مذاقه بوده و در این عرصه اصول عقلایی مثل اصل عدم اشتباه، اکراه، غفلت و نظائر آن جاری می‌شود. از این رو به مجرد شبهه، حق مسلمان ساقط نمی‌شود. بنابراین قاعده درأ در باب دیات نیز جاری نمی‌گردد و استصحاب جریان پیدا می‌کند.

۲-۴. قاعده درأ در تعزیرات

در جریان قاعده درأ در تعزیرات نیز اختلاف بین فقها وجود دارد. قائلین به جریان قاعده درأ در تعزیرات به ادله‌ای نظیر عموم معنایی «الحدود»، حکمت قاعده درأ و اولویت قطعیه و... تمسک می‌کنند (اصغری، ۱۳۷۸، صص. ۱۲۲-۱۲۳). علامه مجلسی در باب عمومیت معنایی «الحدود» می‌نویسد: «و قال رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) ادرءوا، ادفعوا «الحدود» شاملة للجد و التعزیر و القصاص «بالشبهات» بکل ما اشته علیکم حتی فی

المسألة إذا كانت مشتبهة لتعارض الأدلة أو لعدمها ظاهراً» (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۰، ص. ۲۲۹)؛ یعنی منظور حضرت رسول (صلی الله علیه وآله وسلم) از ادراک، ادفعوا الحدود می باشد که حدود را دفع کنید و این الحدود شامل حد و تعزیر و قصاص نیز می شود. برخی از محققین می نویسند: طبق تفسیری که از معنای «الحدود» در این قاعده ارائه شد، معنای این لفظ، مطلق مجازات الهی است؛ زیرا از آنجا که این لفظ جمع همراه با الف و لام بوده و مفید عموم است، شامل مجازات های تعزیری نیز می شود و هیچ دلیل خاصی وجود ندارد که عموم این قاعده را تخصیص زده و آن را به مجازات های معین (حدود) اختصاص دهد. همچنین در کلمات فقها بسیار اتفاق افتاده که لفظ حد، بر مجازات های تعزیری اطلاق شده است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص. ۷۸). یکی از فقها نیز بدین صورت استدلال می کند: «لم يستعمل لفظ الحد في الأخبار التي ورد فيها إلّا في معنى العقوبة المطلقة و أمّا كونها معينة أو غير معينة فإنما يعرف من الخارج و استعمال الحدّ فيهما إنّما هو من باب استعمال الكلّي في مصاديقه، فلا يكون له حقيقة لغوية و لا شرعية في العقوبة المعينة أو غير المعينة، فلا مانع من حمل اللفظ هنا أيضاً على الأعمّ» (اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص. ۹۵). لفظ حد در اخبار در معنای مجازات به طور مطلق آمده است و هم شامل مجازات معین و هم غیر معین می شود و مانعی نیست که لفظ حد را بر اعم از حدود و تعزیرات حمل کنیم. از باب دلیلی دیگر در حکمت قاعده درآ بیان می دارند: می توان با تنقیح مناط و لحاظ وحدت ملاک - که بر پایه های عقلانی و فلسفه اجرای مجازات در شرع اسلام بنا شده است - بر این عقیده بود که هیچ منعی در شمول قاعده نسبت به تعزیرات وجود ندارد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص. ۷۸). در ادامه بحث به چند نمونه فقهی نیز اشاره می کنند. فقیهی دیگر می نویسند: «حکمت تشریح این قاعده - که تحقق عدالت و کمک به متهمین است - اقتضا می کند این معنی در تعزیرات نیز تسری یابد» (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص. ۱۸۵).

برخی نیز از ادله ای تحت اولویت قطعی نام می برند و بیان می دارند: در اهمیت بین حدود و تعزیرات باید گفت که حدود از تعزیرات دارای اهمیت بالاتری هستند و زمانی که حدود به واسطه شبهه ساقط می گردند، به طریق اولی تعزیرات نیز به واسطه شبهه می بایست ساقط گردند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳، ص. ۹۹؛ جمعی از مؤلفان،

بی تا، ج ۳۷، ص. ۸۵). آیت الله اردبیلی نیز بدین صورت استدلال می کند: «لأنه إذا كانت الجرائم العظيمة التي عينت فيها العقوبات، لها مجالاً من التخفيف و التساهل، فالتسامح في الجرائم الصغيرة التي هي في عقوباتها دون تلك الجرائم أولى» (اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص. ۹۵). زمانی که در جرایمی که مجازات در آنها بسیار شدید می باشد، مجالی برای تخفیف و تسامح وجود دارد، پس بطریق اولی در جرائم با مجازات کمتر باید این قاعده جاری گردد.

در رد ادله قائلین به جریان قاعده درأ در تعزیرات می توان گفت:

اولاً چنانچه قبلاً بحث شد، مستندات روایی این قاعده ثابت نشد و به عبارتی عموم لفظی روایی تحت «تدرأ الحدود بالشبهات» نداریم تا بیاییم بحث روی این داشته باشیم که آیا منظور از الحدود مطلق است یا فقط شامل حدود می شود. ثانیاً از کلمات فقها استفاده می شود که تعزیر، قسیم حد شرعی است و قسمی از آن نیست تا لفظ حد، شامل آن شود (جمعی از مؤلفان، بی تا، ج ۳۷، ص. ۷۷). ثالثاً به فرض اینکه بگوییم الحدود دلالت بر این دارد که مدخول «ال» عمومیت دارد و به عبارتی یعنی هر حدی؛ اما اینکه آیا این الحدود شامل فقط حدود معین است یا اعم از حدود و تعزیر، مشخص نمی باشد و کلام شما بدون دلیل می باشد، لذا دلیل شما نقض می گردد.

رابعاً. در رد ادله اولویت قطعی و حکمت قاعده درأ می توان گفت: «اولویت قطعی ای هم وجود ندارد بلکه به عکس، می توان گفت از آنجا که حدود (مجازات ها و معین شرعی) شدت و حدت زیادی دارد، به گونه ای که در اجرای آنها شفاعت و کفالت و تأخیر پذیرفته نیست و مرتکب آن در صورت تکرار در بار سوم و یا چهارم کشته می شود و...، لذا قاعده درأ در آن تشریح شده است. پس شدت و غلظت حدود، وضع قاعده درأ را می طلبد و از آنجا که این شدت و حدت در تعزیرات نیست، قاعده درأ در آنها جاری نمی شود و از همین جا فهمیده می شود که حکمت وضع قاعده درأ اجرای عدالت نیست، بلکه سنگینی و شدت مجازات های حدی است» (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۷، ص. ۱۰۱).

به علاوه برخی از محققین می نویسند: «به دلیل ظهور لفظ حد، عرفاً در چیزی که

مقدارش معین و محدود است و به دلیل روایاتی مانند روایت حماد بن عثمان که از امام (علیه السلام) می‌پرسد: مقدار تعزیر چقدر است؟ امام (علیه السلام) می‌فرماید: کمتر از حد و دیگر روایاتی که بر مغایرت حد با تعزیر از نظر مفهوم دلالت می‌کند، حتی برخی از این روایات، به صراحت مغایرت این دو را بیان می‌کند. لذا تعزیر در قاعده درأ جاری نمی‌گردد» (جمعی از مؤلفان، بی تا، ج ۳۷، ص. ۸۴).

با توجه به آنچه تاکنون بحث کردیم و ادله قائلین را رد کردیم؛ اما باید بگوییم که تا حدودی حق با قائلین جریان قاعده درأ در تعزیرات است. در حد وسیعی که آنها قائل به جریان قاعده درأ در تعزیرات می‌باشند این اندازه را قبول نداریم، اما باید گفت: در باب تعزیرات نیز همانند باب حدود در حد و اندازه عقلایی می‌توان با تمسک به قاعده درأ در صورت وجود شبهه، حکم به سقوط مجازات تعزیری نمود.

بنابراین در ارتباط قاعده درأ با استصحاب، در هنگام تعارض بین آن دو - اصل عملی استصحاب بر اعمال مجازات و قاعده درأ بر سقوط مجازات تأکید کند - باید گفت: از طرفی، فرق اصلی اصل و اماره در آن است که شارع در جعل اماره، حالت کاشفیت از واقع ولو ضعیف را لحاظ کرده است. به عبارتی مفاد اصل، جعل حکم در مرتبه شک به حکم واقعی است ولی مفاد اماره، نفس حکم واقعی است. لذا اگر شارع حالت کاشفیت را ولو ضعیف برای قاعده درأ لحاظ کرده باشد، اماره می‌شود؛ اما اگر این کاشفیت لحاظ نشده باشد، اصل می‌شود. از طرفی دیگر، قاعده درأ قاعده اصطیادی - مثل قاعده غرور (المغرور یرجع الی من غره) - و برگرفته از مجموع روایات می‌باشد. به عبارتی قاعده‌ای مستفاد از مجموع قول و فعل معصومین (علیهم السلام) است. شاید به همین جهت هم می‌باشد که به عبارتهای مختلف ذکر شده است و حتی برخی آن را به امام علی (علیه السلام) و برخی آن را به پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله وسلم) نسبت داده‌اند. بنابراین، عمده دلیل که می‌توان بر اماره بودن قاعده درأ ذکر کرد، این است که قاعده درأ، به علت اصطیادی بودنش و گرفته شدنش از مجموع روایات و رفتاری که از اهل بیت عصمت و طهارت (علیهم السلام) نقل شده است - از جمله رفتارهای پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله وسلم) و حضرت علی (علیه السلام) که حتی در مواردی خود القای شبهه می‌نمودند تا حد را از مرتکب آن دفع کنند - این قاعده، کاشفیت از واقع دارد، اگر چه این کاشفیت ضعیف است، ولی شارع به این کاشفیت اعتبار بخشیده

است. لذا قاعده درأ یک اماره و دلیل شرعی و از ادله اجتهادی در حدود پذیرفته شده است، و قدرت مقابله و معارضه با سایر امارات و ادله را داراست. از طرفی دیگر، با توجه به اینکه این قاعده صرفاً قاعده اصطیادی و برگرفته از مجموع روایات می‌باشد؛ لذا دارای عموم و اطلاق نبوده، بلکه باید به قدر متیقن آن عمل نمود. همچنین، جمع عرفی مقبول میان روایاتی که بر اجرای حد دلالت دارند و روایاتی که بر سقوط حد تأکید دارند، آن است که نگاه ما به قاعده درأ باید به صورت افراط و تفریط نباشد، بلکه باید نگاه عقلایی باشد. لذا باید قاعده درأ را تا حد عقلایی فقط در حدود و تعزیرات پذیرفت. بنابراین قاعده درأ فقط در باب حدود و تعزیرات در حد عقلایی آن جاری می‌گردد و مقدم بر استصحاب می‌شود؛ اما در امور غیر عقلایی و در ابواب قصاص و دیات، استصحاب جریان پیدا می‌کند.

نتیجه‌گیری

در بیان پیوند قاعده درأ و استصحاب باید گفت: فقها نسبت به جریان استصحاب با وجود قاعده درأ قرار ثابتی ندارند و اختلاف بسیار زیادی در مسئله وجود دارد. با تتبع فراوانی که در این زمینه صورت گرفت، می‌توان گفت: اگر شارع حالت کاشفیت را ولو ضعیف برای قاعده درأ لحاظ کرده باشد، اماره می‌شود؛ از طرفی دیگر، قاعده درأ قاعده اصطیادی و برگرفته از مجموع روایات است. به عبارتی قاعده‌ای مستفاد از مجموع قول و فعل معصومین (علیهم‌السلام) است. بنابراین، عمده دلیل که می‌توان بر اماره بودن قاعده درأ ذکر کرد، این است که قاعده درأ، به علت اصطیادی بودنش و گرفته شدنش از مجموع روایات و رفتاری که از اهل بیت عصمت و طهارت نقل شده، این قاعده، کاشفیت از واقع دارد، اگرچه این کاشفیت ضعیف است، ولی شارع به این کاشفیت اعتبار بخشیده است. لذا قاعده درأ اماره و دلیل شرعی و از ادله اجتهادی در مجازات‌های پذیرفته شده است و در تعارض استصحاب که اصل عملی محسوب می‌گردد با قاعده درأ که از امارات است، قاعده درأ مقدم بر استصحاب می‌شود؛ اما آنچه که در این حوزه، مهم است شناخت قلمرو و نفوذ قاعده درأ می‌باشد. در جایی که مجرای قاعده درأ است، دیگر نوبت به استصحاب نمی‌رسد. در جایی که قاعده درأ قابلیت جریان نداشته باشد، استصحاب جاری می‌گردد. بنابراین آنچه ذکر کردیم، فقط در

باب حدود و تعزیرات در حد عقلایی آن قاعده درآ جاری می‌گردد و مقدم بر استصحاب می‌شود؛ اما در امور غیر عقلایی و در ابواب قصاص و دیات، استصحاب جریان پیدا می‌کند.

یادداشت‌ها

۱. برخی از محققین بین اصل محرز و اصل تنزیلی فرق گذاشته‌اند، ر.ک: ایروانی، ۲۰۰۷م، ۳، صص ۱۰-۱۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ۲، ص ۲۳۷.
۲. ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی: هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هر یک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود.
۳. ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی: در جرائم موجب حد به استثنای محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف، به صرف وجود شبهه یا تردید و بدون نیاز به تحصیل دلیل، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود.
۴. قواعد فقهی یا منصوص هستند یا اصطیادی. قواعد منصوص برگرفته از نص آیات قرآن کریم و روایات اهل بیت (علیهم‌السلام) می‌باشند. لیکن برخی از قواعد فقهی را از مجموع روایات یا احکام گرفته‌اند. این دسته از قواعد، اصطیادی نامیده می‌شوند.
۵. در آرای شعب دیوان عالی کشور نیز مصادیقی از جریان قاعده درآ در باب قصاص به چشم می‌خورد نظیر: «آنچه در تحقق (شرکت در جرم قتل) از اهمیت اساسی برخوردار است، تشخیص رابطه استناد جرم به فعل همه شرکا است. از این رو لازم است رابطه استناد جنایت به فعل همه آنها احراز گردد و چون در سؤال، رابطه استناد به فعل سه نفر محرز نمی‌باشد، اصولاً مسئله شرکت در قتل نیز متفی است؛ زیرا هر چند، عمل نوعاً کُشنده بوده باشد و حتی چنین فرض شود که سه نفر متهم نیز قصد قتل (اصلی یا تبعی) را داشته‌اند؛ اما چون یقین داریم که مقتول تنها به وسیله یک یا دو نفر از سه نفر به قتل رسیده است؛ اما معلوم نیست، گلوله‌های شلیک شده که به بدن مقتول اصابت نموده است، مربوط به اسلحه کدامیک از آنها بوده است؛ لذا در اسناد جنایت به سه نفر شبهه وجود دارد، از طرفی نه اولیای مقتول توانسته‌اند اسناد جنایت را به قتل همه آنها اثبات نمایند و از طرف دیگر برای قاضی محترم نیز مشخص نگردیده است که مرگ، ناشی از فعل کدامیک از آنها می‌باشد؛ بنابراین به استناد (قاعده درآ)

قصاص منتفی شده و تبدیل به دیه می‌گردد؛ زیرا اگرچه ما در موارد قصاص نفس باید موضوع را تماماً احراز کنیم؛ اما محکمه نمی‌تواند به استدلال اینکه معلوم نیست مرتکب کدامیک از سه نفر است، هر سه را تبرئه نماید که تبرئه هر سه متهم باعث از بین رفتن خون مسلمان می‌شود؛ رأی شماره ۸۶۹-۸/۶۶-۳۰ دیوان عالی کشور (به نقل از: صادقی، ۱۳۸۹، ص. ۲۴۰)؛ مؤسسه آموزشی پژوهشی قضاء قم، بی‌تا، سؤال ۱/۷۰۷).

۶. آیت‌الله مکارم شیرازی که قائل به جریان قاعده درأ در باب قصاص نیز می‌باشد، نسبت به آنجا هم قائل به وجود حد عقلایی است تا قاعده درأ بتواند جاری گردد. سؤال: در صورتی که غیر ولی دم با ادعای اذن از صاحب حق، اقدام به قصاص جانی کرده باشد و صاحب حق منکر این اذن باشد و قاضی ظن به صدق قصاص‌کننده داشته باشد؛ بفرمایید: الف) آیا وی مستحق قصاص است یا این که با توجه به قاعده درء و احتیاط در دماء فقط از او دیه اخذ و یا تعزیر می‌شود؟ ب) در فرض فوق اگر به جای ظن، فقط احتمال صدق وی داده شود حکم چیست؟ جواب آیت‌الله مکارم شیرازی: در صورتی که احتمال عقلایی قابل ملاحظه‌ای بر صدق مدعی باشد قاعده درء نسبت به قصاص حاکم است (مؤسسه آموزشی پژوهشی قضاء قم، ۱۳۹۰، سؤال ۵۳۷).

۷. از برخی از پرسمان‌های فقهی قضایی مرکز تحقیقات قوه قضائیه نیز همین مطلب برداشت می‌شود، چنانچه می‌نویسند: «بنابراین هرگاه برای دادگاه مسکر بودن الکلی که با آب رقیق شده محرز گردد نوشیدن آن حرام و موجب حد خواهد بود و اگر علم حاصل نشود به لحاظ این که «الحدود تدرأ بالشبهات» نمی‌تواند حد را اجرا نماید». چنانچه مشاهده می‌کنید در ابتدای امر دادگاه باید مسکر بودنش را احراز کند و در صورت عدم رسیدن به علم، سراغ قاعده درأ رود (مؤسسه آموزشی پژوهشی قضاء قم، بی‌تا، سؤال ۱/۵۶۵؛ همچنین ر.ک: مؤسسه آموزشی پژوهشی قضاء قم، ۱۳۹۰، سؤال ۲۹).

۸. مواردی از اقوال را در بحث تقدم استصحاب بر قاعده درء آوردیم.

کتابنامه

۱. ابن حزم، محمد علی (بی تا). المحلی. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۲. ابن فارس، احمد بن فارس بن زکریا (۱۴۰۴ق)، معجم مقاییس اللغة، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت - لبنان: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، دار صادر.
۴. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. مجتبی عراقی؛ علی اشتهاردی و حسین یزدی اصفهانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵. اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۳۸۶). استفتائات. قم: انتشارات نجابت.
۶. اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۷ق). فقه الحدود و التعزیرات. قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید.
۷. اصغری، سید محمد (۱۳۷۸). بررسی تطبیقی جرم سیاسی همراه با دو قاعده «درء» و «نفسی حرج». تهران: انتشارات اطلاعات.
۸. ایروانی، باقر (۲۰۰۷م). الحاقه الثالثة فی اسلوبها الثاني. تهران: قلم.
۹. بازگیر، یدالله (۱۳۸۲). قانون مجازات اسلامی در آئینه آراء دیوانعالی کشور (حدود). تهران: بازگیر.
۱۰. بجنوردی، سید محمد بن حسن (۱۴۰۱ق). القواعد الفقهیه. تهران: مؤسسه عروج.
۱۱. تبریزی، جواد (۱۴۱۷ق). أسس الحدود و التعزیرات. قم: دفتر مؤلف.
۱۲. تبریزی، جواد (۱۳۸۷). دروس فی مسائل علم الأصول. قم: دار الصدیقه الشهیده (سلام الله علیها).
۱۳. جمعی از مؤلفان (بی تا). مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام) (فارسی). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).
۱۴. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق). الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیه. بیروت - لبنان: دار العلم للملایین.
۱۵. حاجی ده آبدی، احمد (۱۳۸۴)، «قاعده درأ در فقه امامیه و حقوق ایران»، فقه و حقوق، ۲(۶)، پاییز، صص. ۳۳-۶۲.
۱۶. حاجی ده آبدی، احمد (۱۳۸۷). قواعد فقه جزایی. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

۱۷. حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام).
۱۸. حسینی میلانی، علی (۱۴۲۸ق). تحقیق الأصول. قم: الحقائق.
۱۹. حکیم، سید محمد سعید (۱۴۲۷ق). مسائل معاصرة فی فقه القضاء. نجف اشرف - عراق: دار الهلال.
۲۰. حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۷ق). المهذب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۱. خمینی، سید روح الله (۱۴۲۲ق). استفتاءات (امام خمینی). قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۲. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۴ق). محاضرات فی الموارث. قم: مؤسسه السبطين (عليهما السلام) العالمية.
۲۳. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۹ق). دراسات فی علم الأصول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (عليهم السلام).
۲۴. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه احياء آثار الإمام الخوئی.
۲۵. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق). مصباح الأصول. قم: مؤسسه احياء آثار الامام الخوئی.
۲۶. زحیلی، وهبه (۱۹۸۶ق). اصول الفقه الاسلامی. بیروت: دارالفکر.
۲۷. سبزواری، سید عبدالأعلى (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام (للسبزواری). قم: مؤسسه المنار.
۲۸. صاحب جواهر، محمد حسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت - لبنان: دار احياء التراث العربی.
۲۹. صادقی، محمد هادی (۱۳۸۹). جرائم علیه اشخاص. تهران: میزان.
۳۰. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیه. تهران: تبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۳۱. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۲ق). منتهی المطلب فی تحقیق المذهب. مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.
۳۲. فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۷۵). جامع المسائل. قم: مطبوعاتی امیر.
۳۳. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - القصاص. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (عليهم السلام).
۳۴. فتحي، حجت الله (۱۳۹۳). شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی (حدود). قم: مؤسسه

دائرة المعارف فقه اسلامی.

۳۵. فیومی، احمد بن محمد (بی تا). المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی. قم: منشورات دار الرضی.
۳۶. گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۲ق). الدر المنضود فی أحكام الحدود. قم: دار القرآن الکریم.
۳۷. مجلسی، محمد تقی (۱۴۰۶ق). روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه. قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور.
۳۸. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۹. مدنی کاشانی، حاج آقا رضا (۱۴۱۰ق). کتاب القصاص للفقهاء و الخواص. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۰. مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق). مائة قاعدة فقهية. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۱. معرفت، محمد هادی (بی تا). تعلیق و تحقیق عن أمهات مسائل القضاء. قم: چاپخانه مهر.
۴۲. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۸ق). أنوار الفقاهة - کتاب الحدود و التعزیرات (المکارم). قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب (علیه السلام).
۴۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق). استفتاءات جدید (مکارم). قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
۴۴. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق). انوار الاصول. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
۴۵. مؤسسه آموزشی پژوهشی قضاء (۱۳۹۰). گنجینه استفتائات قضائی. نرم افزار.
۴۶. مؤسسه آموزشی پژوهشی قضا (بی تا). پرسمان فقهی قضایی. نرم افزار.
۴۷. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۱۳ق). جامع الشتات فی أجوبه السؤالات، کتاب الادیات. تهران: مؤسسه کیهان.
۴۸. نائینی، محمد حسین (۱۳۷۶). فوائد الأصول. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.