

قاعده «درء» از نگاه فریقین

حجت‌الاسلام و المسلمین عسکری اسلامپور کریمی*

چکیده

قاعده «درء» در فقه پویا و قوانین جزایی اسلام کاربرد بسزایی دارد و نویسنده سعی نموده است تا حد توان از کتب فقهی و اصولی و آرای دانشمندان علم حقوق بهره برد و از طرفی از آرا و نظرهای دانشمندان مذهب اهل تسنن غافل نماند. در این نوشتار آن دسته از مواد قانون مجازات اسلامی که مربوط به بحث می‌شده و مستند آنها قاعده «درء» بوده بررسی شده است. بعد از بیان مقدمه و معنای واژه «درء» دیدگاه اندیشمندان فقه و حدیث پیرامون سند حدیث قاعده درء مد نظر قرار گرفته و در ادامه به منابع روایی آن از دیدگاه مذاهب خمس نیز اشاره شده است.

حدیث «درء» از نظر تمام مذاهب مورد اتفاق است و هیچ گونه تردیدی در سند و صدور و حتی حجیت و دلالت آن وجود ندارد. این قاعده علاوه بر اینکه در شبهات موضوعیه جریان دارد، در شبهات حکمی نیز (بعد از فحص و یأس از ظفر به دلیل ارتکاب یا وجود جاهل قاصر بودن) جاری است. همچنین به نظر نویسنده قلمرو قاعده تنها حدود به معنای احض نیست، بلکه در مباحث قصاص و تعزیرات نیز ساری و جاری است.

واژه‌های کلیدی: قاعده درء، شیعه، اهل سنت، الحدود تدرء بالشبهات، شبهه موضوعیه، شبهه حکمی، حدود، قصاص، تعزیرات.

* محقق و نویسنده حوزه علمیه قم.

مقدمه:

اسلام، همواره مسلمانان و حاکمان را از اینکه خون بی‌گناهی بر زمین ریخته شود و یا حرمت و آبروی انسانی به ستم، مورد تعرض قرار گیرد، برحذر داشته و بر «عصمتِ خون» و حرمتِ «عرض و ناموس»، تأکید ورزیده است.

تا سر حدّ امکان از مسلمانان حدود را بر دارید و مجازات‌ها را متوقف کنید و اگر راهی برای خلاصی آنان وجود دارد، رهایشان کنید؛ زیرا اگر امام مسلمین در عفو و بخشش، راه خطا و اشتباه پیماید، بهتر است از اینکه در مجازات و عقوبت اشتباه کند.^۱

به عبارت دیگر، «اشتباه در عفو»، بر «اشتباه در کیفر» ترجیح دارد. البته حدود الهی تعطیل بردار نیست؛ زیرا رسول خدا (ص) فرمود:

به مجازات رساندن مجرم برای خدا، در روی زمین، از بارانی که چهل شبانه روز (بر زمین عطشناک) بیارد، سودمندتر و برتر است.^۲

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 حدّ از روی شک و تردید و ظن و گمان، به همراه ظلم و بیداد صورت پذیرد. بر همین اساس، «قاعده درء»، در بین مسلمانان، اعم از امامیه و اهل سنت، جایگاه ویژه‌ای دارد که برگرفته از کلام پیامبر اکرم (ص) است:

إِدْرُؤُوا الْحُدُودَ بِالشَّيْهَاتِ؛^۳ با شبهات، حدود را دفع کنید.

این قاعده در فقه اسلامی و قوانین جزایی، خصوصاً در حقوق کیفری اسلام، کاربرد بسزایی دارد و از این رو باید پژوهشی درخور، درباره آن انجام گیرد. در این نوشتار برآنیم که، این موضوع مهم را به طور مبسوط، مطالعه و بررسی کنیم.

۱. معنای «قاعده درء»

واژه «درء»، در لغت، به معنای دور کردن، رد کردن، دفع کردن، ممانعت و جلوگیری، آمده است.^۴ در قرآن کریم^۵ نیز، واژه «درء» و مشتقات آن به معنای دفع عذاب و سقوط مجازات آمده است.

صاحب مجمع البحرین بعد از اشاره به آیاتی که بعضی از مشتقات واژه «درء»، در آنها به کار رفته می‌گوید:

درأت الشيء، دَفَعْتُهُ و ادْرؤوا عن انفسكم العذاب، أی اِدْفَعُوا، و فی

الحديث «إِدْرُؤُوا الْحُدُودَ بِالشَّيْهَاتِ» أی اِدْفَعُوا بها.^۶

این واژه در اصطلاح فقهی نیز به همین معنا استعمال شده است.

طهری

۳
۴
۵
۶

▽

۴۶

۲. منابع روایی قاعده ذرء

ابن بابویه، معروف به شیخ صدوق (ره)، در کتاب من لا یحضره الفقیه از رسول خدا (ص) روایت کرده است که، حضرت فرمود:

«ادروا الحدود بالشبهات و لا شفاعة و لا كفالة و لا یمین فی حد»؛

حدود را به شبهات دفع کنید و شفاعت، کفالت و قسم در حدود پذیرفته نمی‌شود.^۷

همچنین وی در کتاب مقنع خود، روایت مذکور را مرسلأً به حضرت امیر (ع) نسبت داده است.^۸ دیگر فقهای شیعه نیز این روایت را با همین عبارت یا مضمون در کتابهای خود آورده‌اند.^۹ در منابع روایی اهل سنت نیز این روایت ذکر شده است که به عنوان نمونه به چند مورد اشاره می‌کنیم: ۱. در سنن ابن ماجه آمده است:

ابوهریره می‌گوید: پیامبر (ص) فرمود: حدود را تا جایی که محلّی برای

دفع آن می‌یابید، دفع کنید.^{۱۰}

۲. در سنن ترمذی آمده است:

حد را تا جایی که می‌توانید از مسلمین بردارید؛ پس اگر برای متهم،

راهی برای دفع هست، آن راه را بر وی بگشایید؛ زیرا امام اگر در عفو، خطا

کند بهتر است از اینکه در مجازات و عقوبت اشتباه نماید.^{۱۱}

همین روایت را صدرالدین بلاغی نیز در عدالت و قضا در اسلام آورده است.^{۱۲}

ابوزهره در العقیوه، پس از بیان حدیث «ادروا الحدود بالشبهات»، روایت فوق را آورده و

افزوده است:

پیامبر (ص) فرمود: ای مردم، هر کس چیزی از این زشتی‌ها را مرتکب

شود و پنهان دارد، پس او در «سِتْر» خداوند است و کسی که گناهانش را

آشکار نماید، حد را بر او جاری می‌کنیم.

این دو حدیث بیانگر دو مطلب است:

الف) هر شبهه‌ای که یقین را زائل کند، دافع یا به عبارت دیگر، مسقط حد است.

ب) چنانچه ارتکاب جرم به صورت پنهان باشد، استمرار در پوشاندن و منع کشف آن واجب

است و چه بسا ضرر آشکار نمودن آن به وسیله طرق اثبات جهت اقامه حد، از اقامه حد بیشتر باشد؛

زیرا تجسس منهی در قول خداوند که فرموده است: «و لا تجسسوا...»^{۱۳} و قول حضرت رسول

(ص) که فرموده است: «و لا تجسسوا و کونوا عباد الله اخوانا» در آن متحقق شده است.

بدون شک صحت این بیات، تضییق دایره عقاب است و جعل آن رمزی جهت منع از تکرار جرم به دست مجرم محسوب می‌شود تا با رؤیت دست قطع شده، از دزدی بپرهیزد و با مشاهده حد خوردن زانی، به ازدواج روی آورد و از عار و ننگ، گریزان باشد.^{۱۴}

همین روایت را صاحب بدایة المجتهد نیز آورده است.^{۱۵} حدیث «درء» با مضمون یا الفاظ مشابه در دیگر منابع اهل سنت نیز آمده است.^{۱۶}

نتیجه اینکه در صدور حدیث مذکور از پیامبر (ص)، بین مسلمانان - اعم از امامیه و اهل سنت - اتفاق نظر است و هیچ گونه تردیدی در سند و صدور آن وجود ندارد.

۳. دلالت و حجیت حدیث «ادُرُّوْا الحدوْدَ بالشَّبهات»

برخی در دلالت و حجیت روایات مذکور در زمینه «قاعده درء» تردید کرده‌اند و منشأ تردید «مرسل» بودن روایات است. اینان گفته‌اند: اخبار مربوط به قاعده «درء»، مشمول ادله حجیت خیر واحد نیست و مرحوم صدوق (ره) این اخبار را به صورت ارسال ذکر کرده و تمام سلسله اسناد را بیان نکرده است و حدیث مرسل نیز حجت نیست.

برای دستیابی به پاسخ باید در احوال و نوشته‌های شیخ صدوق (ره) تحقیق کنیم و تمام نظریات دانشمندان علم حدیث را درباره حجیت اخبار مطالعه نماییم آن‌گاه، تصدیق خواهیم کرد که حدیث مورد نظر از حجیت برخوردار است.

شیخ صدوق (ره) در مقدمه کتاب من لا یحضره الفقیه که این روایت را در آن آورده است، می‌فرماید:

من این کتاب را تصنیف کردم و سندهای احادیث را حذف نمودم؛
آن سندها فایده‌های زیادی دارند؛ ولی قصد من این نبود که تمام چیزها
را مثل سایر مصنفان روایت کنم، بلکه منظور من این بود که آنچه را بدان
فتوا می‌دهم و حکم به صراحت آن می‌نمایم، ایراد کنم؛ اعتقاد دارم که این
موارد بین خداوند متعال و من حجت خواهند بود، تمام چیزهایی را که در این
کتاب است از کتب مشهور بین علما برگزیده‌ام؛ این کتب تکیه‌گاه و مرجع
دیگران اند.^{۱۷}

از عبارت مرحوم شیخ صدوق (ره) استفاده می‌شود که وی به طور اجمال شهادت داده است که راویان مذکور در این کتاب و دیگر آثار وی، همگی، ثقة بوده‌اند و روایاتی که بدون ذکر راویان آورده شده‌اند، مورد اعتمادند.

شایان ذکر است که مراسلات مرحوم صدوق (ره) دو دسته است: بعضی از آنها با عنوان «روی» و بعضی از آنها به عنوان «قال» می‌آید. البته دسته دوم که وی به طور قاطع به معصوم (ره) نسبت می‌دهد، از اعتبار بیشتری برخوردار بوده است. احادیث رسیده در باب «قاعده درء» نیز از این قسم است.

دانشمندان علم رجال به طور قاطع شیخ صدوق (ره) را ثقه دانسته‌اند و بر این باورند که این دانشمند، احادیث مجهول را در کتب خود نقل نمی‌کند.

شیخ طوسی (ره) درباره او می‌گوید:

محمد بن علی بن حسین بن موسی بابویه قمی، معروف به شیخ صدوق، شخصی بزرگوار، کنیه‌اش اباجعفر، حافظ احادیث، آگاه به رجال و علوم رجالی و نقد کننده احادیث است و در بین اهل قم، شخصی مانند او در برخورداری از حافظه بالا و کثرت علم و دانش، نبوده است.^{۱۸}

ابن ادریس حلی درباره وی می‌گوید:

فأثقه كان ثقة، جلیل القدر، بصيراً بالآخبار، ناقداً للآثار، عالماً

بالرجال، حفظةً، و هو استاذ شیخنا المفید، محمد بن محمد بن النعمان.^{۱۹}

همچنین سید بن طاووس معتقد است که درباره عدالت مرحوم شیخ صدوق، اجماع وجود دارد.^{۲۰} بنابراین شخصی شیخ صدوق (ره) عادل و ثقه است و خود ایشان نیز اظهار نموده است که احادیث منقول در کتب او، از ثقات نقل شده‌اند. افزون بر این، در علم رجال و در نظر بعضی از فقیهان، مراسیل او خصوصاً آن دسته که به عنوان «قال» ذکر شده‌اند، به منزله مسانید گرفته شده است؛ یعنی زمانی که وی روایتی را به طور مرسل نقل می‌کند و می‌گوید: «قال رسول الله...» یا «قال الصادق...»، این مراسیل در حکم مسانیدند و سند آنها به جهت اختصار حذف شده است.

البته درباره مراسیل محمد بن ابی عمیر نیز این فرض وجود دارد و مراسیل او در حکم مسانید گرفته شده‌اند.

در نزد فقیهان و دانشمندان علم حدیث، اگر خبر موثوق الصدور باشد، حجت است. وثوق به صدور نیز ممکن است از این جهت باشد که راویان سلسله سند عادل و ثقه‌اند و ممکن است به این دلیل باشد که اصحاب و بزرگان به این حدیث عمل کرده‌اند. و مطابق آن فتوا داده‌اند؛ خصوصاً اگر این اصحاب و بزرگان قریب العصر به امام معصوم (ع) باشند. اگر علی بن بابویه و صدوقین و شیخ مفید و سید مرتضی و شیخ طوسی (ره) به روایتی عمل کرده باشند، وثوق پیدا می‌کنیم که آن روایت از معصوم (ع) صادر شده است.^{۲۱}

آرای برخی از فقها پیرامون سند حدیث «ادرؤوا الحدود بالشبهات»

فقیه بزرگ، ابن ادریس حلی، از این حدیث به نام حدیثی یاد می‌کند که معصوم (ع) آن را فرموده است و امت آن را روایت کرده و بدون هیچ اختلافی بر آن اجماع نموده است.^{۲۲}

وی در مورد کسی که خمر استفرغ کند و بعد ادعا نماید که خمر را از روی آکراه نوشیده است، می‌گوید حد از او برداشته می‌شود و ضمن استناد به این حدیث می‌فرماید: «فانه قال علیه السلام و رواه الأمة و أجمعت علیه بغير خلاف؛ ادرؤوا الحدود بالشبهات». صاحب جامع المدارك (ره) از این حدیث به نام حدیث نبوی مشهور یاد می‌کند و در بحث حد زنا می‌گوید:

مع الاشكال لا یبعد لزوم الاحتیاط من جهة ما دلّ علی درء الحدود

بالشبهة و هو الحدیث النبوی المشهور «تدرء الحدود بالشبهات».^{۲۳}

صاحب ریاض (ره) حدیث «درء» را، حدیث متواتر و مرسله می‌داند و آن را «نص متواتر»

می‌خواند و می‌گوید:

اولی تمسک به حفظ خون است، مگر در جایی که یقین باشد؛ به دلیل

عمل به نصی که متواتر است و متضمن دفع حد به واسطه شبهات است.^{۲۴}

ابن ادريس حلی در جایی دیگر این حدیث را حدیثی می‌داند که بر آن اتفاق شده است. وی در

موردی که نزدیکی به شبهه را ذکر می‌کند، استدلال شیخ طوسی (ره) را درباره برآنت شخص واطی

مطرح می‌سازد و می‌گوید:

تعضید استدلال شیخنا قوله (ع) المتفق علیه ادرؤوا الحدود بالشبهات.^{۲۵}

این فقیه بزرگ، در بحث حد قذف به مناسبتی این حدیث را کلامی می‌خواند که بر آن اجماع

شده است و می‌فرماید:

و بالشبهات لا یحدّ قوله (ع) المجمع علیه ادرؤوا الحدود بالشبهات.^{۲۶}

«حدیث درء» با الفاظ مشابه در جوامع روایی اهل سنت نیز وارد شده است و آنان نیز از

مضمون آن «قاعده درء» را استفاده کرده و گفته‌اند:

رهبان مذاهب چهارگانه اهل سنت اتفاق نظر دارند که حدود با شبهه

منتفی است.^{۲۷}

از آنچه در مبحث حجیت حدیث «درء» ذکر شد، مطالب ذیل به دست می‌آید:

۱. گوینده خبر و روایت گاه چنان اعتبار و شخصیت و عدالت و وثاقتی دارد که ضعف سند

حدیث را جبران می‌کند.

۲. عمل بزرگان و متقدمان و نزدیکان به عصر امام معصوم (ع)، حاکی از حجیت و وثاقت است.

چون شیخ صدوق و کلینی و قدیمین (ابن جنید و ابن ابی عقیل عمالی) و شیخ مفید و سید مرتضی و

شیخ طوسی به این روایت عمل کرده‌اند، وثوق پیدا می‌شود که روایت از معصوم صادر شده و حجت است.

۳. عمل اکثریت قریب به اتفاق فقها نیز دلیل حجیت اخبار رسیده در خصوص «قاعده درء»

است. از مرحوم صاحب ریاض نیز ادعای تواتر ذکر شده است. که باید گفت منظور ایشان تواتر

طهر

شماره ۸ و ۹

▽

۵۰

معنوی است نه تواتر لفظی.^{۲۸} به هر صورت، عمل فقها و اتفاق نظر بزرگان در حجیت قاعده درء مسلم است و تمام دانشمندان حقوق اسلامی، اعم از فقهای امامیه و فقهای اهل سنت، به آن عمل کرده‌اند و در جای جای کتب فقهی به این قاعده استناد شده است.

۴. بررسی تطبیقی معنای شبیهه

واژه «شبیهه» (شبهات)، در لغت به معنای التباس و اشتباه درست با نادرست و حق با ناحق و یا واقع با موهوم است و به معنای شک و گمان نیز به کار رفته است. شبیهه مثل کلمه «غُرْفَه» است که به «غُرْف» و «غُرَفَات» جمع بسته می‌شود و از این رو جمع کلمه «شبیهه»، آن گونه که مصباح المنیر می‌گوید، «شبهات» است.^{۲۹}

علامه طریحی می‌نویسد:

کسی که از نزدیکی و ورود به شبهات پرهیز می‌کند، دین و آبروی خویش را مصون می‌دارد و آنکه در گرداب شبیهه‌ها و موهومات غوطه‌ور می‌شود، در حقیقت به حرام افتاده است. شبیهه از این نظر «شبیهه» نام گرفته است که خود را شبیه حق می‌کند و حق می‌نماید.^{۳۰}

در تعریف اصطلاحی شبیهه نیز گفته‌اند:

شبیهه وجود امری به ظاهر مباح کننده است که حکم یا حقیقت آن

موجود نیست.^{۳۱}

برخی معتقدند «شبیهه» چیزی است که به ظاهر حق می‌نماید، ولی حق نیست.^{۳۲}

شهید اول (ره) می‌گوید:

شبیهه آماره و نشانه‌ای است که مفید ظن و گمان است و اقدام بر

کاری که مخالف واقع است بر آن مترتب می‌گردد.^{۳۳}

تعاریف مذکور، نشان می‌دهد که تعریف اصطلاحی شبیهه، از معانی لغوی که پیش از این گذشت، دور نیفتاده است. اکنون این بحث (بررسی تطبیقی معنای شبیهه) را در دو بحث پی می‌گیریم:

الف) بررسی شبیهه از دیدگاه مذهب امامیه؛

فقهای شیعه این بحث را بیشتر در ذیل عنوان «نزدیکی به شبیهه» مطرح کرده‌اند و نظریات خود را در این قالب بیان می‌کنند؛ اگر چه محور و پایه بحث همان معنای «شبیهه» است.

در ماده ۶۳ قانون مجازات جمهوری اسلامی ایران آمده است:

زنا عبارت است از جماع مرد با زنی که بر او ذاتاً حرام است؛ گر چه در

دُبُر باشد، در غیر موارد وطنی به شبیهه.

چنان که مشاهده می‌شود، در این ماده، نزدیکی به شبهه از موارد زنا استثنا شده است. در ماده (۶۶) این قانون آمده است:

هر گاه مرد یا زنی که با هم جماع نموده‌اند ادعای شبهه و نا آگاهی کند، در صورتی که احتمال صدق مدعی داده شود، ادعای مذکور، بدون شاهد و سوگند پذیرفته می‌شود و حد ساقط می‌گردد.

برای مشخص شدن معنا و تفسیر شبهه و اشتباه در قاعده «درء» و در موارد مذکور، نظریات دانشمندان فقه شیعه می‌تواند راهگشا باشد.

مرحوم صاحب جواهر (ره) بیان می‌دارد:

«نزدیکی به شبهه» عملی است که انسان در نفس الامر و واقع مستحق آن نیست؛ اما فاعل این عمل اعتقاد دارد که مستحق است یا اینکه این عمل، به سبب جهالت، از آن فاعل صادر می‌شود - البته آن جهالتی که از نظر شارع مقدس پذیرفته شده باشد - یا اینکه شبهه از آن جهت است که فاعل تکلیف ندارد و تکلیف از او به سببی که حرام نیست برداشته شده است.^{۳۴}

منظور از جهالت پذیرفته شده در شرع این است که انسان نمی‌داند مستحق است یا نه که در هر صورت جاهل به استحقاق است. ولی با وجود این، ازدواج جایز است. مثلاً اگر زنی بگوید شوهر ندارد، در این صورت با اتکا به گفته او می‌توان، با او ازدواج نمود. همچنین اگر زنی از تمام شدن عده خود خبر دهد، یا اینکه دو نفر عادل بگویند: زوجه را زوج و طلاق داده است (مطلقه است)، در تمام این صور ازدواج با این زن جایز است و احتمال عدم استحقاق از عقد ازدواج جلوگیری نمی‌کند.

در تعریف یاد شده، «عمل» به منزله جنس تعریف است و عمل بدون شبهه را در برمی‌گیرد؛ ولی با آمدن قید «مستحق نیست» نکاح صحیح و درست و از تعریف خارج می‌شود؛ زیرا که در نکاح صحیح، فاعل، مستحق است و با آمدن قیود «جهالتی که پذیرفته شده باشد» (مُعْتَقَر) و «تکلیفی که به سبب غیرحرامی برداشته شده باشد»، اقسام زیر از شبهه مورد نظر خارج می‌شوند که در این صورت شخص مرتکب، معذور نیست.

۱. شخصی که می‌داند مستحق نیست، عمل او شبهه محسوب نمی‌شود و به آن اطلاق «زنا» می‌گردد.

۲. مورد دیگر شخصی است که جهالت دارد؛ ولی جهل او از نظر شرع و قانون پذیرفته نیست؛

اگر چه خود او «ظن استحقاق» داشته باشد. مثال این مورد زنی است که شوهرش مفقود شده باشد و او بدون تحقیق و مراجعه به محاکم، اقدام به ازدواج بنماید. ممکن است وی صرفاً به جهت طولانی شدن این فقدان، خیال کرده باشد شوهرش وفات نموده است یا اعتماد به اخبار کسانی کرده باشد که در خبر دادن راستگو نیستند. مثال دیگر، مردی است که با زنی ازدواج کرده که در عده بود و یا شبهه رضاع در میان بوده و احتمال می‌رفته است که این ازدواج به جهت «رضاع» منع شده است، در تمام این صورتهای ازدواج صحیح نیست و «نزدیکی به شبهه» صدق نمی‌کند و جهالت او پذیرفته نیست؛

طریق

۱۳
۲۰
۱۰
۵

▽

۵۲

اما، اگر در تمام این صورتها شخص به سبب شبهه‌ای که به وی عارض شده، اعتقاد به صحت نکاح داشته است، این ازدواج، صحیح است و «نزدیکی به شبهه» صدق می‌کند؛ البته به شرط آنکه احتمال این شبهه درباره او داده شود؛ مثلاً فرد از کسانی باشد که با احکام اسلامی آشنا نیستند و به طور مثال تازه به دین اسلام گرویده باشد؛ در تمام این صور، ازدواج به جهت شبهه صحیح است؛ اما نه از آن جهت که جهل او پذیرفته است، بلکه از آن جهت که اعتقاد استحقاق داشته است، و الا شارع صرفاً به جهت احتمال یا ظن، عمل نزدیکی را اجازه نمی‌دهد، بلکه آن عملی مباح است که انسان علم به استحقاق داشته باشد یا حداقل اماره حلیت از نظر شارع موجود باشد. بنابر این، چنان که ملاحظه کردیم، در موارد فوق جهالت نمی‌تواند دلیل ارتکاب عمل گردد و شارع مقدس همیشه جهل را نپذیرفته است. روایات زیر صحت مطلب فوق را که جاهل همیشه معذور نیست، تأیید کنند:

یزید کناسی نقل می‌کند:

از امام صادق (ع) راجع به زنی پرسیدم که در عده ازدواج کرده است. آن حضرت در پاسخ فرمود: اگر این زن در عده طلاقى که همسر او حق رجوع داشته است ازدواج کرده است، حکم او رجم است؛ اگر در عده‌ای ازدواج کرده است که همسر او حق رجوع نداشته است، حکم او حد زانی غیر محصن می‌باشد؛ و اگر در عده وفات زوج ازدواج کرده است، حکم او صد ضربه شلاق است. به آن حضرت عرض کردم: اگر از روی جهالت این کار را کرده باشد حکم او چیست؟ حضرت پاسخ فرمود: امروزه تمام زنان مسلمان می‌دانند که باید عده طلاق یا وفات نگه دارند؛ حتی زنان عهد جاهلیت نیز این را می‌دانستند. به آن حضرت گفتم: زن عده را می‌دانسته، ولی مقدار آن را نمی‌دانسته است. حضرت فرمود: اگر می‌دانسته است که باید عده نگه دارد، باید مقدار آن را نیز سؤال می‌کرده است.^{۳۵}

روایت دیگری نیز وجود دارد که بیانگر این است که جهالت همیشه قابل بخشش نیست، بلکه

در بعضی موارد شارع مقدس جهل را به عنوان عذر شرعی قبول ندارد.

ابوعبید خدء از امام صادق (ع) نقل می‌کند:

از آن حضرت راجع به زنی سؤال کردم که با مردی ازدواج کرده است و حال آنکه این زن دارای همسر است. حضرت فرمود: اگر با همسر اول خود با هم در شهری زندگی می‌کنند که به یکدیگر دسترسی ندارند، در این صورت، حکم این زن، حد زانی محصن است که همان رجم می‌باشد. اما اگر همسر اول یا او زندگی نمی‌کند و از دیده او پنهان است یا اینکه اگر در یک شهر زندگی می‌کنند، به یکدیگر دسترسی ندارند، در این صورت، حکم این زن، حد زانی غیر محصن است و دیگر هیچ لعان و تفریقی بین این دو صورت نمی‌گیرد. ابوعبید خدء می‌گوید: به آن حضرت عرض کردم: اگر زن،

جاهل به عمل خود بوده باشد حکم او چیست؟ حضرت فرمود: آیا او در دار هجرت زندگی نمی‌کند؟ گفتیم: بلی، زندگی می‌کند. حضرت فرمود: امروزه تمام زنان مسلمان می‌دانند که یک زن نمی‌تواند با دو شوهر ازدواج کند و اگر زنی مرتکب گناه شود و بگوید نمی‌دانسته یا جاهل بوده است تا حد بر او اقامه نشود، در این صورت حدود تعطیل می‌شوند.^{۳۴}

۳. سومین موردی که از نزدیکی به شبهه خارج می‌شود جایی است که تکلیف به سبب کار حرامی از انسان برداشته شده باشد. مثلاً درباره شخصی که از روی اختیار شرب خمر کند، قبول مشهور این است که اگر این انسان مست با کسی نزدیکی کند، عمل او شبهه محسوب نشده و حد زنا بر او ثابت است؛ اما علامه در کتاب تحریر می‌گوید: حد زنا بر او جاری نمی‌شود. در ماده ۵۳ قانون مجازات اسلامی آمده است:

اگر کسی بر اثر شرب خمر، مسلوب الاراده شده، لکن ثابت شود که شرب خمر به منظور ارتکاب جرم بوده است، مجرم علاوه بر مجازات استعمال شرب خمر به مجازات جرمی که مرتکب شده است نیز محکوم خواهد شد. از مفهوم این ماده چنین استنباط می‌شود که اگر شرب خمر به منظور ارتکاب جرم نبوده باشد، این شخص مجازاتی ندارد.

ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد:

قتل در حال مستی موجب قصاص است مگر اینکه ثابت شود که در اثر مستی به کلی مسلوب الاختیار بوده و قصد از او سلب شده باشد و قبلاً برای چنین عملی خود را مست نکرده باشد ...

طهر

با استفاده از این دو ماده، می‌توان حالات زیر را برای انسان مست تصور نمود:

۱. انسانی که مست است، اما اراده از او سلب نشده است و در این هنگام مرتکب جرم می‌شود.
۲. انسانی که مست است، اما اراده از او سلب شده است و در این هنگام مرتکب جرم می‌شود. با این حال، وی قبل از شرب خمر و مستی، قصد ارتکاب جرم را نداشته است.
۳. انسانی که مست است و اراده از او سلب شده است و در این هنگام مرتکب جرم می‌گردد و قبل از شرب خمر و مستی نیز قصد ارتکاب جرم را داشته است و به جهت ارتکاب این جرم، خود را مست نموده و شرب خمر کرده است.

بر طبق ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی، انسان مست در حالت اول مجرم است و بر طبق ماده ۵۳ قانون مجازات اسلامی، انسان مست در حالت سوم نیز مجرم شناخته می‌شود. در اینجا نمی‌توان گفت که چون عنصر معنوی جرم وجود ندارد و شارب خمر قصد و اراده یا علم به عمل خود نداشته است، در نتیجه باید از مجازات معاف باشد؛ زیرا او قبل از مستی توجه و علم داشته است و به

۳
۲
۱
۰

▽

۵۴

اعتبار همین توجه و علم قبلی، تکلیف هم متوجه او می‌شود و اکنون که خود را مست کرده است، نمی‌تواند از مسئولیت کیفری کار خود معاف باشد؛ زیرا «الامتناع بالاختیار لا ینافی الاختیار».^{۳۷}

چنین فردی به منزله کسی است که در حالت آگاهی و بصیرت کامل مرتکب جرم شده است. اما اگر شخصی در اثر شرب خمر مسلوب الاراده شود و در این هنگام مرتکب جرمی گردد، این بحث مطرح است که آیا اعمال او در دامنه «شبهه» قرار می‌گیرند یا خیر. بر طبق مواد ۵۳ و ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی، از آنجا که چنین انسانی اصلاً قصد ندارد و اراده به طور کلی از او سلب شده است، مسئولیت کیفری ندارد. صاحب جواهر در این زمینه معتقد است که اگر شخصی به سبب کار حرامی مثل شرب خمر، در حال اختیار خود را مست نمود و مرتکب جرمی گردید، از هیچ گونه مسئولیت کیفری معاف نمی‌گردد. وی این نظریه را به مشهور نسبت می‌دهد و بیان می‌دارد که خود این شخص اراده را از خود سلب کرده است، و «ما بالاختیار لا ینافی الاختیار». این فقیه بزرگ معتقد است که به اعتبار قبل از مستی تکلیف متوجه این انسان است. وی در زمینه مکلف بودن چنین فردی روایاتی نیز استناد می‌جوید و در نتیجه این شخص را از موارد «شبهه» خارج می‌کند.^{۳۸} صاحب شرایع (ره) در ثبوت قصاص بر انسان مست تردید کرده است، ولی بیان می‌دارد که ثبوت قصاص از قوت بیشتری برخوردار است؛ زیرا در تعلق احکام بین انسان مست و غیرمست هیچ فرقی وجود ندارد.^{۳۹}

شهید ثانی (ره) معتقد است از آنجا که شارع مقدس عذر سکران را قبول نکرده و او را به منزله صاحبی (غیر مست) قرار داده است، باید قصاص شود. وی این نظریه را به اکثر فقیهان نسبت می‌دهد و از طرف دیگر بیان می‌کند شرط اینکه کاری به طور عمد صورت بگیرد این است که فاعل قصد داشته باشد و انسانی که شرب خمر کرده است و مست گردیده، قصدی ندارد و در نتیجه قصاص از او منتفی است.^{۴۰}

صاحب جواهر ثبوت قصاص را برای انسان مست تقویت می‌نماید و این نظریه را مورد توافق اکثر فقها می‌داند و بیان می‌دارد که سکران از روی اختیار، خود را بی‌اختیار و مست نموده است و در نتیجه باید مسئولیت کیفری اعمال خود را به عهده بگیرد. وی در این زمینه روایتی را نقل می‌نماید.^{۴۱} در اینجا دو نظریه وجود دارد: یکی اینکه فردی را که شرب خمر کرده و در واقع به طور عمد اراده را از خود سلب نموده است، به انسان مجنون و خواب و بیهوش ملحق کنیم و همچنان که مواد ۵۱^{۳۲} و ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی^{۳۳} این افراد را از مسئولیت کیفری معاف کرده است، او را نیز از مسئولیت کیفری معاف کنیم؛ چون اساساً قصد و عنصر معنوی جرم در انسان مست وجود ندارد و قانون بر انسانهای فاقد قصد هیچ گونه مسئولیتی بار نمی‌کند. همچنین می‌توانیم به این نظریه معتقد شویم که چون انسان مست اساساً کار خلافی مرتکب شده و با این کار خلاف، اراده و قصد را از خود

سلب کرده است، باید مسئولیت تمام جرائمی که در حال مستی مرتکب می‌شود دامنگیر خود او شود. به نظر می‌رسد که اگر دلیل شرعی قانع کننده‌ای بر مسئولیت انسان مست نداشته باشیم، نظریه اخیر از قوت بیشتری برخوردار است و با سایر قواعد حقوقی سازگاری بهتری دارد و بر خلاف نظریه صاحب جواهر می‌توان آن را از موارد «شبهه» شمرد. و در این صورت، اعمال این شخص در دامنه شمول «تدرء الحدود بالشبهات» قرار می‌گیرد. البته اگر انسانی خود را به جهت ارتکاب جرمی مست کند، اعمال او به هیچ وجه از موارد شبهه محسوب نمی‌شود و تمام کیفرها را باید تحمل نماید. از مجموع مطالب فوق این نکته به دست می‌آید که شبهه مورد بحث سه قسم است:

۱. آن عمل و نزدیکی که شخص مستحق آن نیست و حال آنکه اعتقاد استحقاق دارد؛ زیرا یا جهل به موضوع دارد و یا جهل به حکم؛ البته جهلی که از طرف شارع پذیرفته شده باشد.
۲. آن عمل و نزدیکی که شخص مستحق آن نیست و اعتقاد استحقاق را نیز ندارد، ولی در این صورت نکاح جایز است؛ مثل اینکه زنی را در نداشتن همسر تصدیق نماید و با او ازدواج کند.
۳. آن عمل و نزدیکی که شخص مستحق نیست، اما این عمل از شخصی مانند دیوانه صادر شده که تکلیف نداشته است.

غیر از موارد بالا و غیر از نکاح صحیح، سایر موارد شبهه‌ناک نیستند. و زنا محسوب می‌شوند، و فاعل آن مجرم و مستحق حد است.

از دیدگاه صاحب جواهر، شبهه فقط در جایی وجود دارد که فاعل مستحق نیست، اما اعتقاد و علم به استحقاق یا ظن معتبری داشته باشد که نکاح با توجه به آن جایز باشد.^{۴۴} اما در صورتی که فاعل ظن به استحقاق انجام عمل داشته باشد و احتمال استحقاق انجام عمل را بدهد و یا ظن غیر معتبری داشته باشد و مرتکب عمل شود، عمل او شبهه نیست و جرم محسوب می‌شود.

با این حال، عبارات بسیاری از فقیهان بیانگر این است که شبهه به حصول ظن تحقق پیدا می‌کند؛ هر چند این از ظنون معتبر نباشد. حتی بعضی از عبارات بیانگر این است که شبهه با احتمال و شک نیز محقق می‌گردد. مثلاً در این عبارات آمده است که اگر مردی با این خیال که زنی همسر ندارد با او ازدواج کند و دارای فرزندی گردد و بعداً معلوم شود که زن همسر داشته است، فرزند به مرد ملحق می‌گردد.

همچنین اگر مردی خیال کند که زنی همسر اوست و با او نزدیکی کند و بعداً معلوم شود که زنی بیگانه بوده است، در این صورت، فرزند ملحق به مرد است. این فقیهان در کلام خود قید نکرده‌اند که این ظن ایجاد شده باید از ظنون معتبر باشد، بلکه به ذکر ظن مطلق اکتفا کرده‌اند. اکنون برخی از عبارات این فقیهان را از نظر می‌گذرانیم:

طرح

۳
۲
۱

▽

۵۶

شهید ثانی (ره) در کتاب مسالك در تعريف شبهه می‌فرماید: «آن نزدیکی است که شخص مستحق نیست و علم به تحریم ندارد.»^{۴۵} این تعريف نشان می‌دهد که شبهه با احتمال استحقاق هم محقق می‌گردد.

شیخ (ره) در نهایه می‌فرماید:

اگر خبر مرگ مردی را به خانواده‌اش بدهند یا خبر به زنی برسد که شوهرش او را طلاق داده است و زن عده نگه دارد و ازدواج مجدد نماید و صاحب اولاد شود و بعد از گذشت مدت زمانی، همسر اول او پیدا شود و بگوید من او را طلاق نداده‌ام و شهادت شاهدان دروغ بوده است، در این صورت، این زن باید از همسر دوم جدا شود. اما فرزندان از آن شوهر دوم هستند.^{۴۶}

در کتاب خلاف آمده است:

اگر مردی زنی را در فراش خود بیابد و به خیال اینکه زوجه‌اش می‌باشد با او نزدیکی کند، در این صورت، آن مرد مستحق حد، نیست.^{۴۷}

ابن ادریس حلی می‌گوید:

اگر خبر مرگ همسر به زوجه‌اش برسد یا به زوجه خبر بدهند که زوج او وی را طلاق داده است، زن نباید عده نگه دارد و می‌تواند ازدواج کند و صاحب فرزند شود. اما اگر همسر او پیدا شد و طلاق را انکار کرد، در این صورت، آن زن باید از شوهر دوم جدا شود و بعد از تمام شدن عده، به خانه همسر اول برگردد، بدون اینکه عقد جدید لازم باشد. ابن ادریس در ادامه می‌فرماید: اگر کسی با کنیزی که از غنائم است قبل از تقسیم، نزدیکی کند و سپس ادعای شبهه نماید، در این صورت، به دلیل خبری که بر آن اجماع شده است، حد از او برداشته می‌شود.^{۴۸}

در کتاب مختصر النافع آمده است:

اگر مردی با زنی که خیال می‌کرده است همسر ندارد ازدواج کند و سپس معلوم شود که این زن دارای همسر است، زن نباید بعد از عده نگه داشتن به خانه همسر اول رجوع کند و اگر از همسر دوم فرزندی پیدا شده است ملحق به خود این مرد دوم می‌شوند.^{۴۹}

در کتاب تحریر الاحکام آمده است:

فرزندانی که از نزدیکی شبهه به وجود می‌آیند، ملحق به ابوین هستند. پس اگر مردی با زن اجنبی به خیال اینکه همسر اوست نزدیکی کند، فرزندان در این صورت ملحق به مرد می‌شوند.^{۵۰}

در کتاب قواعد الاحکام آمده است:

اگر مردی با زنی ازدواج کند با این خیال که همسر ندارد یا همسر او مرده یا او را طلاق داده است، اما بعداً معلوم شود که این زن همسر دارد، در اینجا زن باید پس از نگاه داشتن عده به خانه همسر اولی مراجعه کند و فرزندی که محصول این ازدواج هستند از آن مرد دوم می‌باشند.^{۵۱}

اکنون اگر عبارات را به دقت مطالعه کنیم در می‌یابیم که در هیچ کدام از آنها قید ظن معتبر و این قید که فاعل باید «اعتقاد و علم به استحقاق داشته باشد» وجود ندارد. اگر این قیود لازم بود، این فقیهان نمی‌بایست از آنها غافل باشند.

از این عبارات که بگذریم، روایاتی نیز داریم که در آنها قیود وجود ندارد، بلکه در ظاهر به نظر می‌رسد که مطلق ظن را در ایجاد شبهه کافی دانسته‌اند.

زراره از امام باقر (ع) چنین نقل می‌کند:

اگر خبر مرگ مردی را به خانواده او بدهند یا خبر دهند که این مرد همسر خود را طلاق داده است و این زن ازدواج نماید، اما بعد از مدتی همسر اول او پیدا شود، در این صورت همسر نخست، اولی است، حالا چه همسر دوم دخول کرده باشد چه دخول نکرده باشد، و این زن باید از همسر دوم مهریه دریافت نماید.^{۵۲}

ابوبصیر نیز از امام صادق (ع) چنین نقل می‌کند:

اگر دو شاهد شهادت دادند که فلان مرد زن خود را طلاق داده است یا شهادت دادند که مرده است و آن زن با اعتماد به این شهادت با مرد دیگری ازدواج کرد، اما بعد از مدتی زوج اول پیدا شد و طلاق را انکار کرد، در این صورت، دو شاهد باید حذ زده شوند و مهریه را به زوج دوم بپردازند؛ زیرا که سبب فریب او شده‌اند و این زن باید عده نگه دارد و به خانه مرد اول باز گردد.^{۵۳}

همچنان که مشاهده می‌شود، در این روایات احکام شبهه بر موضوع مترتب شده‌اند، یعنی اینکه زن باید عده نگه دارد و دو شاهد مهریه او را به زوج دوم بدهند و فرزندان متعلق به زوج دوم اند. همه این امور حاکی از این مطلب است که ازدواج دوم باطل نیست و احکام شبهه بر آن مترتب می‌شود. نکته قابل توجه در این روایات این است که حضرت از سائل نمی‌پرسد که آیا ظنی که برای زوج دوم و زن حاصل شده است، از طریق معتبری به دست آمده است و نیز حضرت در کلام خود این مطلب را اضافه ننموده است که در صورتی ازدواج دوم صحیح است که زوج علم به استحقاق داشته باشد، بلکه حضرت به طور مطلق کلام خود را بیان نموده است.

صاحب جواهر نظریه بالا را نمی‌پذیرد^{۵۴} و بیان می‌دارد چون ما علم داریم که اباحه خروج بر اذن شارع مقدس متوقف است، بنابر این، ظن و احتمال استحقاق هیچ فایده‌ای ندارد و ظنی در این

طریق

تفاوت
۸ و ۹

▽

۵۸

مسئله برای ما مفید است که شارع خودش آن را اجازه داده باشد و در غیر این صورت از آنجا که اذن شرعی وجود ندارد، نکاح حرام است و از مصادیق شبهه نمی‌شود. وی اقسام شبهه را در همان سه قسم پیشین منحصر می‌داند و بیان می‌دارد که در این صورت، باید اطلاق نص و قنونا را به ظن معتبر و علم به استحقاق قید زد. اکنون با استفاده از مطالب یاد شده می‌توان نتیجه گرفت که شبهه در بحث مورد نظر قابلیت سه گونه تعریف دارد:

۱. شبهه عملی است که شخص در واقع مستحق آن نیست و فاعل علم و اعتقاد به استحقاق دارد یا اینکه با اتکا به ظن معتبر عمل گردیده است.

۲. شبهه عملی است که شخص در واقع مستحق آن نیست، ولی فاعل چون ظن استحقاق دارد، مرتکب آن عمل می‌شود.

۳. شبهه عملی است که شخص اگر چه در واقع مستحق آن نیست، علم به تحریم عمل هم ندارد. چنان که ملاحظه می‌شود، وقتی این تعاریف را به ترتیب مذکور ملاحظه می‌کنیم، وسعت نظر به همان ترتیب افزایش پیدا می‌کند و دامنه تعریف را گسترده‌تر می‌یابیم، اما تعریف اول متین‌تر به نظر می‌رسد؛ زیرا اعمال مردم باید در چهارچوب قوانین انجام پذیرد و این قانون است که بیان می‌کند کدام عمل مباح و کدام عمل جرم است. در نتیجه، مردم حتی المقدور باید عین قانون را رعایت کنند و یا اعتقاد و علم به رعایت عین قانون داشته باشند، و الا اگر انسانها بخواهند با ظن و احتمال و گمان مرتکب اعمال و افعالی بشوند و به این مطلب دل خوش باشند که احتمالاً قانون را رعایت کرده‌اند، در این صورت، امنیت اجتماعی جایگاه خود را از دست می‌دهد و تعادل نظم عمومی به هم می‌خورد؛ زیرا هر کسی به استناد ظن و گمان خود مرتکب جرم می‌شود و توقع دارد که قانون به حمایت از او بپردازد.

ب) بررسی شبهه از دیدگاه مذهب اهل سنت

فقهای اهل سنت در تعریف شبهه چنین گفته‌اند:

شبهه چیزی است که شباهت به شیء ثابت و واقع می‌رساند، ولی در واقع هیچ ثبوت و حقیقتی ندارد،^{۵۵} یا اینکه مبیع ظاهراً وجود دارد، ولی حکم او معدوم است و یا اصلاً در حقیقت وجود ندارد.^{۵۶} این عالمان در مقام بیان مثال می‌گویند: اگر ملکی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از آنها از آن ملک سرقت کند، در اینجا شبهه ملک^{۵۷} مطرح می‌گردد و بر طبق قاعده «تدرء الحدود بالشبهات»

حد از این فرد رفع می‌گردد؛ زیرا سرقت زمانی محقق می‌شود که کسی مال دیگری را به طور پنهانی بریاید و در اینجا شخص مالی را که صرفاً مال دیگری است نربوده، بلکه به مالی دستبرد زده که خود او در آن شریک بوده است. همچنین زمانی که پدری از پسر خود مالی را سرقت کند نیز «شبهه ملک» مطرح است و حد از پدر ساقط می‌شود؛ زیرا در قرآن کریم می‌فرماید: «السارق و

السارقة فاقطعوا ايديهما» و از طرفی رسول اکرم (ص) فرموده است: «انت و مالك لايبك؛ تو و مال تو از آن پدرت هستيد.»

وقتی این دو دليل را کنار هم می گذاريم، شک می کنيم که آیا حکم قرآن بر این پدر صدق می کند یا نمی کند در نتیجه شبهه به وجود می آید و «شبهه ملک» مطرح می گردد و در این صورت است که «قاعده درء» حاکم می گردد. اگر کسی اقرار کند که جرمی خاص را مرتکب شده است، در این صورت، حد بر او ثابت است. اما اگر از اقرار خود عدول نماید، این عدول از اقرار ایجاد شبهه می کند که شبهه عدم ثبوت نام گرفته است؛ زیرا احتمال می رود که اقرار او صحیح نباشد و در نتیجه بر طبق «تدرء الحدود بالشبهات» حدی بر او ثابت نمی گردد. همین مطلب در جایی که شهود از شهادت خود عدول کنند نیز جاری است.

فقیهان اهل سنت تطبیق این قاعده را بر شبهات قبول دارند، اما مواردی وجود دارد که بین این فقها در اطلاق شبهه بر آن مورد اختلاف است. مثلاً اگر مردی با زنی که در فراش اوست به خیال اینکه همسر خود اوست نزدیکی کند، مالک و شافعی و احمد بر طبق این قاعده حد را از او دفع می کنند؛^{۵۸} زیرا وجود زن در فراش مرد، خود دلیلی بر قبول سخن مردی است که می گوید من خیال می کردم این زن همسر خود من است. اما ابوحنیفه این نظریه را قبول ندارد و معتقد است در این گونه موارد هیچ شبهه ای وجود ندارد؛ زیرا ممکن است در فراش یک مرد زنان دیگری مثل اقارب و خویشان او پیدا شوند.^{۵۹} ابوحنیفه معتقد است زانی که نکاح با آنان باطل است، مثل زن شوهردار یا زنی که در عده است، اگر به عقد دیگری در آیند حد از آنها ساقط است؛ زیرا عقد خود نوعی شبهه ایجاد می کند؛ اگر چه شخص مجرم علم به تحریم این نکاح داشته باشد. اما مالک و شافعی و احمد «تدرء الحدود بالشبهات» را در این مورد جاری نمی دانند؛ زیرا اعتقاد دارند که عقد ایجاد شبهه نمی کند.^{۶۰}

فقهای اهل سنت شبهه را به اقسام گوناگون تقسیم کرده اند. از نظر شافعیه شبهه سه قسم است:^{۶۱} الف) شبهه در محل: اگر مردی با همسر حائض یا روزه دار خود جماع نماید، شبهه در محل به وجود می آید. در اینجا حق زوج این است که با زوجه مباشرت داشته باشد، اما در هنگام حیض یا در وقت روزه این حق از او سلب می شود. ولی از آنجا که در هر صورت محل ارتکاب جرم در اختیار و ملک این همسر است شبهه ایجاد می شود و همین شبهه سبب جریان «قاعده درء» می گردد.

ب) شبهه در فاعل: اگر مردی به گمان اینکه فلان زن همسر اوست با او نزدیکی نماید و سپس معلوم شود که زنی بیگانه بوده است، در اینجا شبهه در فاعل به وجود می آید؛ زیرا اساس شبهه ظن و اعتقاد فاعل است؛ چون اعتقاد او بر این بوده است که کار حرامی را انجام نمی دهد. بر اساس این نظریه حد از این شخص ساقط می شود.

طرح

شماره ۸ و ۹

▽

۶۰

ج) شبهه در جهت: در جایی که بیان فقها دربارهٔ موردی اختلاف در حلیت و حرمت باشد، این شبهه به وجود می‌آید. مثلاً اگر عده‌ای از فقها نکاح متعه را جایز و عده‌ای حرام می‌دانند و شخصی زنی را به عنوان نکاح متعه به عقد خود در آورد، «شبهه در جهت» ایجاد می‌شود و حد زنا از این شخص برداشته می‌شود؛ اگر چه این شخص خود اعتقاد به حرمت این فعل داشته باشد؛ زیرا مادامی که فقیهان در حلیت و حرمت اختلاف دارند، نظر این شخص اثری ندارد.
از نظر ابوحنیفه نیز شبهه سه قسم است:^{۶۲}

الف) شبهه در فعل: این شبهه درباره کسی اجرا می‌شود که حلیت و حرمت بر او مشتبه شده است. مثال این مورد مردی است که همسر خود را سه بار طلاق داده است و در عده طلاق سوم به گمان اینکه به او حلال است با او نزدیکی می‌کند. در ایجاد این شبهه شخص مجرم باید اعتقاد حلیت داشته باشد و دلیلی بر تحریم هم اصلاً وجود نداشته باشد. اما اگر دلیلی بر تحریم وجود داشته باشد یا اینکه فرد اعتقاد به حلیت نداشته باشد، شبهه ثابت نمی‌شود. این شبهه موسوم به شبهه اشتباه یا شبهه مشابهت است.

ب) شبهه در محل: سرقت بر طبق قانون شریعت و به موجب آیه «السارق و السارقة فاقطعوا ایدیهم» منع گردیده است و شخصی که مرتکب این جرم می‌گردد، در صورت فراهم آمدن شرایط دست او قطع می‌گردد. اکنون اگر پدری مالی را از پسر خود ربود، با توجه به اینکه پیامبر اکرم (ص) فرموده است «انت و مالك لیأیک؛ تو و مال تو از آن پدرت هستید» و در صورتی که آیه قرآن و این حدیث را در کنار هم بگذاریم، شبهه و شک پیدا می‌کنیم که آیا می‌توان به پدر اطلاق سارق نمود یا خیر. در اینجا این شبهه موجب دفع حد از پدر می‌شود.

ج) شبهه عقد: ابوحنیفه نوعی از شبهه را مطرح کرده و آن را «شبهه عقد» خوانده است. این نوع از شبهه در تحقیقات بعضی از دانشمندان جمهور به عنوان «شبهه صورت» مطرح گردیده است. شبهه عقد، شبهه‌ای است که در اثر «عقد» به وجود می‌آید، و این در موردی است که مرد «عاقده» به حرمت عمل آگاه است و «عقد» نیز به اتفاق فقها حرام است؛ شگفت اینکه جز خود ابوحنیفه، سایر فقها، و حتی پیروان و شاگردان او مانند ابویوسف، با نظر او در این قضیه مخالف‌اند. در شبهه عقد، در واقع عقد نکاح با محارم و نزدیکان منعقد می‌گردد، در حالی که خود مرتکب نیز به حرمت عمل وقوف دارد. وی می‌گوید عقد اگر چه موجب حلیت در نکاح با نزدیکان نیست، ولی نوعی از شبهه را ایجاد می‌کند که همان شبهه، سبب سقوط حد از مرتکب فعل حرام می‌گردد. این عقد ممکن است با محارم رضاعی، یا زانی که در حبالهٔ نکاح دیگری هستند، یا با زن پنجم، و خلاصه با هر زنی که عقد نکاح با او حرام است و مرتکب هم علم به حرمت دارد، صورت گیرد.

این نوع از «شبهه» در نزد فقهای شیعه کاملاً مردود است و به طور کلی هر گاه که مرتکب علم و یقین به حرمت عمل دارد، به اعتقاد فقهای شیعه، اساساً «شبهه» تحقق پیدا نمی‌کند؛ مگر آنکه در حال عقد آگاهی به حرمت نداشته باشد و بعداً حرمت بر او معلوم گردد که این مورد، مصداق شبهه خواهد بود.

۵. محل عروض شبهه

اکنون که با تعاریف شبهه و برخی از موارد آن آشنا شدیم، باید ببینیم چه کسانی محل عروض شبهه و مخاطب «قاعده درء» اند و شبهه باید بر چه کسی عارض گردد تا «حد» ساقط شود یا اساساً جرم تحقق پیدا نکند.

در اینکه مخاطب این قاعده چه کسانی اند، سه تصویر وجود دارد:

۱. ممکن است بگوییم محل عروض شبهه «متهم» به ارتکاب جرم است؛ یعنی اگر شبهه بر متهم عارض شود، قاعده «الحدود تدرء بالشبهات» به کمک او می‌آید و در نتیجه قاضی با توجه به این قاعده حد را درباره متهم جاری نمی‌کند.

۲. ممکن است مورد شبهه قاضی باشد؛ یعنی اگر شبهه بر قاضی عارض شد و قاضی در موردی شک و شبهه نمود، با توجه به این قاعده حد از متهم ساقط می‌شود.

۳. ممکن است بگوییم مورد شبهه هم قاضی و هم متهم باشد؛ یعنی در صورتی که شبهه بر هر دو عارض شود، قاضی حد را از متهم ساقط می‌کند. اما از آنجا که کلمه «الشبهات» عام است، می‌تواند تمام تصاویر یاد شده را در بگیرد، یعنی مواردی را که قاضی یا متهم یا هر دو مورد شبهه قرار گیرند.

در مورد شبهه‌ای که ممکن است بر قاضی یا بر متهم عارض شود، سخن صاحب جواهر را به عنوان شاهد می‌آوریم. وی در مبحث حد سارق می‌فرماید:

اگر شبهه برای حاکم حاصل شود، قطع دست سارق صورت نمی‌گیرد، بلکه حد ساقط می‌شود؛ همان گونه که هر گاه شبهه برای دزد حاصل شود، باز حد ساقط است و دست دزد قطع نمی‌گردد. مثلاً اگر کسی کالای دیگری را از حرزی که در خانه اوست خارج کند، در این هنگام صاحبخانه می‌گوید: این شخص کالای مرا دزدیده است، اما شخصی که کالا را خارج کرده است می‌گوید: صاحبخانه آن را به من هبه کرده است یا به من اجازه اخراج آن را داده است. در این صورت حد ساقط می‌شود.^{۶۳}

در بسیاری از موارد، شبهه متهم با شبهه قاضی ملازمه دارد. مثلاً اگر قاضی به دروغ‌گویی متهم یقین نداشته باشد و متهم با توجه به اکراه و اضطراب و نسیان بخواهد خود را از اتهام وارد بری

طرح

شماره ۸ و ۹

▽

۶۲

نماید، در اینجا قاضی هم به شبهه می‌افتد و احتمال راستگویی متهم را می‌دهد. و بنابر این با توجه به «قاعده درء» او را از اتهام بری می‌کند. روایت زیر بیانگر مطلب فوق است:

عن ابی بصیر عن ابی عبدالله (ع): انّ علیاً (ع) قضی فی الرّجل تزوج امرأة لها زوج فرجم المرأة و ضرب الرجل الحسد و قال: لو علمت انک علمت لفضحت رأسک بالحجارة.^{۶۴}

یکی از مواردی که سبب عروض شبهه در نزد قاضی می‌شود، جایی است که مثلاً خنثای مشکل مرتد فطری شود.^{۶۵} در اینجا نخستین حکم در مورد مرتد فطری، در صورتی که مرد باشد، قتل است؛ یعنی اینکه مرد چه توبه کند و چه نکند و چه توبه او قبول شود یا نشود، حکم او مرگ است. اما در صورتی که این مرتد، خنثای مشکل باشد، دوران امر بین قتل و توبه دادن در کار می‌آید. اگر خنثای مشکل را مرد در نظر بگیریم، حکم قتل است و اگر او را زن در نظر بگیریم، حکم او توبه است. اکنون که قاضی نمی‌داند این مرتد مرد است یا زن، کدام یک از این دو حکم باید جاری شود؟ پس، از آنجا که قاضی شبهه دارد و حقیقت را نمی‌داند، حد قتل از این شخص خنثا ساقط می‌شود.

۶. قاعده «درء» و شبهات موضوعیه و حکمیّه

آیا این قاعده هم شبهات موضوعیه و هم شبهات حکمیّه را در بر می‌گیرد یا اینکه فقط شبهات موضوعیه را شامل می‌شود؟ باید گفت که شبهات موضوعیه به طور مسلم در دامنه شمول قاعده قرار می‌گیرند؛ زیرا تا زمانی که موضوع احراز نشود و موضوعی وجود نداشته باشد، نمی‌توان حکمی را بر آن مترتب کرد. وجود موضوع علت این است که حکمی مترتب شود.

یعنی اگر علت منتفی بود، معلول هم منتفی است. فعلیت حکم بستگی به این دارد که در عالم خارج موضوع محقق گردد. پس اگر کسی آگاه به محتویات ظرفی نبود و آن را سر کشید و بعد معلوم شد که خمر نوشیده است، مجازاتی ندارد. از آنجا که کلمه «الشبهات» جمع دارای الف و لام است، طبعاً افاده عموم می‌کند و شبهات حکمیّه را نیز در بر می‌گیرد. مثلاً شخصی در اثر جهل به حکم، ازدواج با خواهر رضاعی را حلال می‌داند، و چنین نکاحی صورت می‌گیرد، ولی بعداً مشخص می‌شود که او حکم را نمی‌دانسته و این ازدواج در واقع حرام بوده است. در اینجا جهل مرکب این شخص از ترتب مسئولیت جلوگیری می‌کند. ماده ۱۶۶ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد: «حد مسکر بر کسی ثابت می‌شود که بالغ و عاقل و مختار و آگاه به مسکر بودن حرام بودن آن باشد.» در تبصره این ماده آمده است: در صورتی که شراب خورده مدعی جهل به حکم یا جهل به موضوع باشد و صحت دعوای وی محتمل باشد، محکوم به حد نخواهد بود.

همچنان که ملاحظه می‌شود، ماده ۱۶۶ حد مسکر را بر کسی ثابت می‌داند که به حکم حرمت و اسکار آگاه باشد و در تبصره آن، کسی که ادعای جهل به موضوع یا ادعای جهل به حکم دارد، از

حد معاف شده است. در نتیجه، بر طبق این ماده، اشخاصی که با توجه به شبهات موضوعیه و شبهات حکمیه عملی را مرتکب شده‌اند که بعداً مشخص شده که در واقع این عمل جرم بوده است، از مسئولیت کیفری معاف اند.

صاحب جامع المدارك در کلامی که ذیلاً به آن اشاره می‌کنیم، قاعده «تدرء الحدود

بالشبهات» را مختص به شبهات موضوعیه نمی‌داند. او بیان می‌دارد:

در صورت غیبت حشفه در دُبر، صدق زنا مسلم نیست و عده‌ای از فقیهان غیبت حشفه را علاوه بر قُبُل به غیبت در دُبر هم تعمیم داده‌اند و گفته‌اند که در صورت غیبت در دُبر هم زنا صدق می‌کند. اینان مستند خود را از اخبار صحیح و غیر صحیح که در این مورد اطلاق دارند قرار داده‌اند و حال آنکه استفاده اطلاق از این روایات مشکل است و در صورت اشکال احتیاط را نباید از دست داد؛ زیرا در اینجا مصداق «درء» حدود به وسیله شبهه است که بر این مطلب حدیث نبوی مشهور «تدرء الحدود بالشبهات» دلالت می‌کند و این حدیث اختصاص به شبهات موضوعیه ندارد.^{۶۶}

ذکر این نکته ضروری است که اگر چه عموم قاعده «تدرء الحدود بالشبهات» هم شامل شبهات موضوعیه و هم شامل شبهات حکمیه می‌شود، بعید به نظر می‌رسد که این قاعده را در شبهات حکمیه و زمانی که مکلف جاهل مقصر است بتوان جاری ساخت. امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله در این زمینه می‌فرماید:

اگر مکلف به حکم جاهل باشد، ولی متوجه و ملتفت به آن باشد و احتمال حرمت را بدهد و با این وجود سؤال و تحقیق پیرامون آن ننماید، دیگر نمی‌توان گفت که این شخص شبهه داشته است. اما اگر خود جاهل «قاصر» باشد یا اینکه جاهل «مقصر» باشد، اما به حکم التفاتی ندارد و ذهن او متوجه تحقیق و تفحص نشده است، در اینجا می‌توان گفت که این مکلف در شبهه به سر می‌برد و این شبهه به وسیله «قاعده درء» برداشته می‌شود.^{۶۷}

در مباحث زیر ادله و وجوب تعلیم احکام را بیان می‌کنیم و سپس توضیح می‌دهیم که این ادله می‌توانند مخصوص عموم «قاعده درء» باشند؛ یعنی این قاعده حجت است، مگر در جایی که خود جاهل مقصر بوده و می‌توانسته درباره احکام تحقیق و فحوص کند، ولی در اثر کاهلی مرتکب اشتباه شده است. دلیل اول، دلیل عقلی است.^{۶۸} جاهلی که قادر به استعلام و سؤال است، در صورتی که از خود کاهلی نشان بدهد و به بهانه جهل خود به تکلیف عمل نکند، عذر او قبول نمی‌شود؛ زیرا در جایی که احتمال حکم الزامی داده می‌شود، فحوص به حکم عقل واجب است و اگر بدون تفحص براءت جاری کند، چه بسا که از وظیفه عبودیت خارج شود. پس مکلف باید تا حد توان خود برای آموختن

طهر

شماره ۸ و ۹

▽

۶۴

احکام شرعی اقدام کند که در غیر این صورت اگر در موارد مشکوک اراده خود را اعمال کند و با حکم واقع مخالفت نماید، عذر او پذیرفته نیست و مسئول است. همچنین بر فقیه لازم است که تا حد توان خود به کتابهای مکتوب رجوع کند و درباره هر مسئله‌ای فحص و جست و جو کند که در صورت فقدان دلیل ثبوت به برائت می‌رسد.

دلیل دوم اجماع است.^{۶۹} اجماع وجود دارد که برای مکلف، قبل از فحص و تعلم، عمل به برائت جایز نیست.

دلیل سوم آیات قرآنی است. آیه «*هاسئلوا اهل الذکر ان کنتم لا تعلمون*»،^{۷۰} از آن جمله است. دلیل چهارم اخبار است. اخباری که مؤاخذه شخص جاهل را در صورتی که مرتکب گناه بشود جایز می‌دانند؛ از جمله این روایات شمرده می‌شوند.

مسعدة بن زیاد می‌گوید:

شنیدم که امام صادق (ع) در تفسیر آیه کریمه «*هلله الحجة البالغة*»

می‌فرمود: خداوند متعال در روز قیامت خطاب به بنده خود می‌گوید: ای بنده من،

آیا به این مسئله عالم نبودی که آن را مرتکب شدی؟ اگر بنده در جواب بگوید:

عالم بودم، خداوند متعال می‌گوید: چرا بر طبق علم خود عمل نکردی؟ و اگر در

جواب گوید: جاهل بودم، خداوند متعال می‌گوید: چرا به دنبال دانش نرفتی تا بر

طبق آن عمل کنی؟ و این است حجت بالغه خداوند متعال به بندگانش.^{۷۱}

شایان ذکر است که وجوب فحص و تعلم در شبهات حکمیه لازم است، اما در شبهات موضوعیه ادله برائت اطلاق دارند و لزوم فحص قبل از اجرای این ادله احتیاج به دلیل دارد. بنابر این، عدم وجوب در شبهات موضوعیه طبق قاعده است^{۷۲} و احتیاج به دلیل نداریم.

از روایاتی که به عدم وجوب فحص در شبهات موضوعیه تصریح دارند، می‌توان روایات زیر را نام برد: در صحیح زراره آمده است: به حضرت عرض کردم که اگر شک کردم چیزی به لباس من اصابت کرده است، آیا باید جست و جو کنم تا بدانم چیست؟ حضرت فرمود: خیر، اما تو سعی کن شکی را که در نفست واقع شده از بین ببری.^{۷۳}

در روایت دیگری آمده است که فردی به امام صادق (ع) می‌گوید: من زنی را به ازدواج خود در آورده‌ام و سپس درباره عده‌اش تحقیق کردم، و دانستم که در عده است. امام (ع) می‌فرماید: چرا سؤال کردی؟ تحقیق و تفتیش بر تو واجب نیست.^{۷۴}

تا اینجا به بیان ادله‌ای پرداختیم که کاوش و تحقیق آدمی را شرط ارتکاب عمل در شبهات حکمیه می‌داند. البته این ادعا که همه این ادله می‌توانند دلیل بر وجوب فحص و تعلم باشند، مورد قبول واقع نشده است. مثلاً اجماع یکی از ادله‌ای است که شیخ اعظم انصاری (ره)^{۷۵} و شاگردش میرزا محمد حسن آشتیانی بر وجوب فحص و تعلم اقامه کرده‌اند،

اما بسیاری از اندیشمندان علم اصول آن را قبول نکرده‌ند^{۶۶} و گفته‌اند ممکن است مدرک اجماع کنندگان، یکی دیگر از ادله وجوب فحص و تعلم باشد و این اجماع، آن اجماع اصطلاحی نیست که کشف از قول معصوم (ع) می‌کند.

حال که وجوب فحص و تعلم را با دلالت بعضی از دلیل‌های مذکور ثابت کردیم ذکر این نکته ضروری به نظر می‌رسد که مناط وجوب فحص و تعلم غیر از مقدمات مفوته است.

مقدمات مفوته از مقدمات وجودی عمل محسوب می‌شوند و اگر این مقدمات فوت شوند، دیگر مکلف قدرت ندارد که عمل مأمور را انجام بدهد. مثلاً اگر خود غسل فجر را ترک کند، روزه هم نمی‌تواند بگیرد و در صورتی که به طور عمد غسل را ترک بکند، عصیان کرده و روزه او باطل است. اما نمی‌توان گفت که اگر فحص ترک شود، مکلف حتماً فعل حرام را انجام می‌دهد؛ زیرا ممکن است شخص فحص را ترک کند و برائت جاری نماید و در عین حال مخالف حکم شارع عمل نکرده باشد. محقق برجسته، آقا ضیاء الدین عراقی، درباره این ادله دیدگاه دیگری دارد.^{۶۷} او پس از آنکه این ادله را بر می‌شمرد، چند نکته را بیان می‌کند:

اولاً: آیات و روایاتی که بر وجوب فحص و تحقیق اقامه شده است، صلاحیت ندارند که ادله‌ای مثل حدیث رفع و «قاعده درء» را قید بزنند؛ زیرا این ادله به حکم عقل ارشاد می‌کنند و عقل حکم می‌کند که انسان باید جهل خود را بر طرف کند. در نتیجه این ادله ارشادی اند. عموم ادله برائت بر ادله‌ای که فحص را واجب می‌دانند واردند و موضوع آنها را بر می‌دارند؛ زیرا با ورود حکم شرعی و ترخیص از طرف شارع در ارتکاب بعضی از مسائل قبل از فحص، دیگر حکم عقل به وجوب فحص برداشته می‌شود. علاوه بر این، ممکن است فقط علم اجمالی در دامنه این احادیث قرار بگیرد که در این صورت هم ارشاد به حکم عقل می‌کنند.

ثانیاً: این ادله عملی را خواستارند که فحص در آنجا منجر به علم به واقع بشود، اما آنچه مطلوب است، اعم از این علم است. از طرف دیگر، اجماع مورد بحث مورد اطمینان نیست، چون ممکن است مدرک مجعین همان عقل بوده باشد.

اما اینکه عقل حکم می‌کند اگر شخص جاهل، قادر به فحص بوده باشد و فحص نکند، معذور نیست و مستحق عقاب است، باید گفت ادله‌ای مثل رفع «ها لا تعلمون» بر این حکم عقل واردند و موضوع آن را بر می‌دارند و هر گاه شارع اجازه دهد و قبل از فحص و تحقیق بتوان عمل را مرتکب شد، دیگر موضوع حکم عقل برداشته می‌شود.

به نظر می‌رسد که نمی‌توان تمام این کلام را پذیرفت و ادله‌ای در دست داریم که تصریح کرده‌اند اگر جاهل توانایی فرا گرفتن احکام را داشته باشد و دنبال آن نرود و در نتیجه مرتکب گناه بشود، مورد توبیخ خداوند متعال واقع می‌شود. آیا می‌توان گفت که رفع «ها لا تعلمون» موضوع این ادله را بر می‌دارد؟

طهر

تفسیر
سوره
۸
و
۴

▽

۶۶

امام خمینی (ره) در این مورد می‌فرماید:

اگر بنا باشد ادله برائت و رفع «ما لا یعلمون»، موضوع ادله فحص و

تعلم را بر دارند، چرا در بعضی از اخبار اشخاصی که به جست و جوی علم
نرفته‌اند، مورد سرزنش قرار گرفته‌اند و چرا در بعضی از اخبار آمده است
مردمی که سؤال نمی‌کنند هلاک می‌شوند؟ این مطلب خود دلالت می‌کند
که ادله برائت اصلاً اطلاق ندارند.^{۷۸}

آقا ضیاء الدین عراقی (ره) می‌فرماید: این ادله ممکن است اختصاص به علم اجمالی داشته
باشند. در این مورد باید گفت آنچه از ظاهر این ادله فهمیده می‌شود این است که شبهات بدوی را در
بر می‌گیرند؛ زیرا ادله وجوب فحص و تعلم اطلاق دارند و هیچ دلیل وجود ندارد که فقط مخصوص
به علم اجمالی باشند. از سوی دیگر، نمی‌توان گفت که ادله برائت موضوع حکم عقل را بر می‌دارند؛
زیرا این عقل است که حکم می‌کند هر جا شک کردید، باید در جست و جوی حکم مولا بر آیید.
وقتی انسان به آیینی متعبد شد، باید تا حد امکان از احکام آن اطلاع پیدا کند تا اطمینان برای او
حاصل شود که وظیفه عبودیت خود را انجام داده است.

آنچه در این گفتار آمد، تبیین ادله وجوب فحص و تعلم احکام بوده که علاوه بر بیان به نقض و ابرام
آنها نیز پرداختیم. اما این نکته را ناگفته نگذاریم وقتی که سخن از کاوش و تحقیق و اطلاع یافتن از احکام
الهی به میان می‌آید، آن قدر باید این کند و کاو را ادامه داد که به یأس و ناامیدی از یافتن دلیل برسد.

۷. دامنه شمول «قاعده درء»

در اینکه «قاعده درء» مختص به حدود الله است، یا قصاص و تعزیرات را نیز در بر می‌گیرد،
اختلاف وجود دارد. عده‌ای می‌گویند مبنای حدود الله بر تسامح و تخفیف است، پس عروض شبهه
در آن مسقط حد است. ولی در حقوق الناس مانند قصاص، اصل بر تدقیق است و اصل عدم النسب
و الاکراه و الغفلة است، پس شبهه مسقط نیست.^{۷۹} اگر حد را به معنای اعم از حدود و قصاص و
تعزیر بدانیم، در این صورت عروض شبهه در حد فرقی با عروض شبهه در قصاص و تعزیر ندارد و در
همه احوال مسقط خواهد بود.

حق آن است که حد در اصطلاح فقهای قدیم که نزدیک به عصر معصوم (ع) بوده‌اند، به
معنای لغوی خود در بر گیرنده قصاص و تعزیر و به عبارت دیگر شامل جمیع احکام قرآن، از جمله
احکام عبادی، مدنی و کیفری است و تمایز آن در آثار فقهای متأخر و انحصار آن در معنای خاص،
اصل معنای لغوی را زائل نمی‌کند. البته شایان ذکر است که بعضی از مجازاتها مانند سرقت و قذف،
بنا به نظر فقها از حقوق خصوصی افراد محسوب است و بدون مطالبه قابل اجرا نیست. پس عروض
شبهه در این دو مورد در نزد قاضی بدون مطالبه اساساً موضوعیتی ندارد. این امر به دلیل نصوص

رسیده در این دو کیفر است. اما در صورت مطالبه و عروض شبهه، قاعده شامل آن نیز می‌شود. صاحب جواهر (ره) می‌گوید:

در وجوب حد قطع ید سارق شروطی وجود دارد که از جمله آنها ارتفاع شبهه است که مقتضی سقوط حدی است که از جمله آن حدود قطع ید است. همچنان که خلاف و اشکالی نیست در اینکه حد قطع به واسطه عروض شبهه، مانند دیگر حدود ساقط می‌شود. بنابر این، اگر کسی مالی را بردارد و گمان کند که مال خود اوست، ولی آشکار شود که مالک آن نبوده است، حد قطع بر وی به دلیل عروض شبهه، جاری نمی‌شود، بلکه اساساً فعلی وی سرقت محسوب نمی‌شود. و همچنین است اگر از مال مشترک بردارد، به گمان اینکه به اندازه سهم خود برداشته است و این مقدار بدون اذن شریک از آن وی است. در این حال، حتی اگر فرض شود بیش از سهم خود برداشته که به میزان نصاب سرقت (حد قطع) می‌رسد، باز مشمول شبهه است و فرق نمی‌کند که مال از مواردی باشد که برای تقسیم آن اجبار به کار می‌رود مانند حبوب و یا غیر آن باشد مانند البسه؛ زیرا در هر دو مورد شبهه محقق است. ولی اگر عالم باشد که جایز نیست بدون اذن شریک دیگر در مال مشترک به استقلال تصرف کند و یا این حال از مال شریک سرقت نماید، آن هم به میزانی که به حد نصاب قطع ید برسد، در این مورد قطع به دلیل عدم عروض شبهه موجه است و بنابر این، داخل در عموم حد قطع ید می‌شود ... در این مسئله فرقی نمی‌کند که مال مسروق به اندازه نصیب سارق باشد یا بیش از آن و یا کمتر از آن.^{۸۰}

حضرت امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله می‌فرماید:

در سرقت و غیر آن که مستلزم حد است، رفع شبهه، چه «حکمی» و چه «موضوعی»، اعتبار شده است. بنابر این، اگر شریک از مال مشترک به گمان جواز تصرف و بدون اذن شریک دیگر بردارد، حد قطع نیست؛ اگر چه مقدار زیادی که برداشته است به حد نصاب قطع ید برسد. و همچنین است اگر با علم به حرمت بردارد، لکن به جهت تقسیم نه به جهت سرقت همراه یا اذن بعدی شریک، مگر آنکه به قصد سرقت و با علم به حکم حرمت بردارد که موجب قطع است. و همچنین است اگر مال دیگری را به توهم اینکه مال خود اوست بردارد؛ زیرا در این حال، این عمل سرقت محسوب نمی‌شود. پس اگر از مال مشترک به مقدار نصیب خود سرقت کند (بردارد)، حد قطع نیست و اگر به مقداری بیش از سهم خود سرقت نماید (بردارد)، دست وی قطع می‌شود.^{۸۱}

طهر

شماره ۸ و ۹



۶۸

اما این مطلب که گفته‌اند مبنای حدود بر تسامح است و اصول عقلایی در آن جریان ندارد، ولی در قصاص به تدقیق است و اصول عقلایی در آن جاری است، صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا درست است که حقوق الناس مبنی بر تدقیق است، ولی این حقوق مختص مسائل مدنی و مالی است نه در مسائل دماء و نفوس که با توجه به روایات بسیار و تسامح اصحاب و مذاق شرع، برای ما مسلم می‌شود تا جایی که ممکن است باید احتیاط کرد.^{۸۲}

از عبارات فقها مشخص می‌شود که در خصوص قصاص نیز قاعده را جاری نموده‌اند. مثلاً در موردی که شخصی به دیگری بگوید مرا بکش و او هم وی را بکشد، محقق گفته است که قصاص واجب نمی‌شود؛ زیرا به واسطه اذن در قتل حق خود را ساقط کرده است و وراثت او تسلطی بر قاتل ندارند. صاحب جواهر (ره) گفته است که سقوط قصاص به دلیل حصول شک در شمول ادله قصاص بر این مورد است، بلکه دیه هم محل شک است و جای اصل برائت است و حداقل چیزی که هست، این است که این مورد شبهه‌ای ساقط کننده قصاص است؛ بنابراین اینکه قصاص نیز در موارد عروض شبهه چون حدود است.^{۸۳} همچنین در مورد دو نفر که مدعی ابوت یک فرزند باشند، اگر قبل از آنکه بر اساس قواعد مقرر در باب نَسَب «فرزند» به یکی از آنها ملحق شود، یکی از دو مدعی ابوت، فرزند انتسابی خود را بکشد، آیا حکم قصاص درباره وی جاری می‌شود؟ مرحوم محقق (ره) در کتاب شرائع^{۸۴} و نیز صاحب جواهر (ره)^{۸۵} قائل به عدم قصاص شده‌اند؛ آن هم به این بیان که احتمال ابوت در طرف قاتل وجود دارد؛ بنابراین، شرط قصاص که انتفای ابوت در واقع باشد، ثابت نشده است. به علاوه در این مورد اشکال هجوم بر دماء با عروض شبهه نیز مطرح می‌گردد. فخر المحققین در شرح کلام والد خود، علامه حلی، در این مسئله که قاتل مشتبه در دو نفر باشد و بر هر یک بینه اقامه شده باشد، در بیان دلیل سقوط قصاص گفته است:

اما سقوط قصاص به دلیل تعارض دو بینه است. عمل به دو بینه از جهت تعارضی که دارند محال است و عمل به یکی از آن دو نیز محال است، زیرا ترجیحی در بین نیست. قصاص ریختن خون در زمانی است که سبب وجوب ریختن خون معلوم نیست که ثابت شده باشد پس به دلیل سقوط حد به واسطه عروض شبهه خونی ریخته نمی‌شود. در نهایت نیز می‌گوییم؟ خون مهم است، پس به غیر سبب معلوم، ثابت نمی‌شود.^{۸۶}

صاحب مفتاح الکرامه در این زمینه می‌گوید:

سقوط «قود» به دلیل تعارض دو بینه است و اخذ هر دو بینه مستلزم قتل دو نفر است که اجماعاً و قطعاً کاری باطل و ریختن خونی است که سبب وجوب آن دانسته نشده است و نهایت آنکه قصاص برتر از حدی است که به واسطه شبهه ساقط می‌شود (یعنی اگر شبهه مسقط حد است، به طریق اولی و به قیاس اولویت در قصاص مسقط حد خواهد بود). عده‌ای می‌گویند:

اگر شبهه در نزد حاکم حاصل شد، چه در امر حد باشد و چه در قصاص، شبهه مسقط است. اما اگر شبهه در نزد متهم حاصل شد، دو حالت دارد: یا شبهه متهم برای قاضی ثابت شده است که در این صورت، حد و یا قصاص ساقط می‌شود و یا اینکه متهم مدعی شبهه است و ادعای وی در نزد قاضی ثابت نشده است که در این حال، حد یقیناً ساقط می‌شود؛ زیرا ادعای شبهه موجب حصول شبهه برای قاضی می‌شود که یقیناً علم به کذب ادعای متهم ندارد. مقتضی عموم «قاعده درء» سقوط حد است؛ زیرا شبهه در نزد حاکم حاصل آمده است. در امر قصاص اگر متهم مدعی عروض شبهه شود، این ادعا موجب شبهه را نفی می‌کند و حکم اجرا می‌شود و قاتل قصاص می‌گردد. بنابراین، این، قصاص با ادعای خطا یا غفلت و مانند آن ساقط نمی‌شود و قاتل قصاص می‌گردد، مگر آنکه ادعای وی در این مورد به اقرار ولی دم یا بینه عادی ثابت گردد.^{۸۷}

البته اصول عقلایی یا به عبارتی دیگر اصول کلی، با فردی بودن مجازات منافات دارد. اگر قاتل بین دو نفر مشتبه باشد، یعنی علمی اجمالی در کار باشد که یکی از این دو قاتل است، در موردی که دو بینه بر یکی اقامه شده و دو بینه دیگر بر دیگری، به نظر بعضی از فقها قصاص از باب تعارض دو بینه ساقط است و دیه به طور مساوی بین آنها نصف می‌شود. و اگر خطایی باشد، دیه بر عاقله آن دو نفر است. چه بسا وجه احتیاط در عصمت خون، عروض شبهه‌ای است که ناشی از تصادم دو بینه است. صاحب جواهر هم این دو مورد را از موارد شبهه دانسته است.^{۸۸} در صورت تعارض دو بینه گفته‌اند قصاص ساقط و دیه بین دو نفر تنصیف شود؛ حال آنکه این دیه بدل از قصاص است و با سقوط قصاص به واسطه تعارض، وجهی برای تنصیف دیه وجود ندارد و به جهت رعایت «لا یطل دم امرء مسلم» دیه باید از بیت المال پرداخت گردد. محقق (ره) و علامه حلی (ره) و فرزندش فخر المحققین (ره) و شهید ثانی (ره) در مسالك نیز با عنوان شبهه در مورد مسئله قبل، قصاص را از هر دو مرتفع می‌دانند. شهید در این باره می‌فرماید: باید دیه مقتول پرداخت شود و این دو نفر آن را تنصیف کنند.^{۸۹} اگر کسی شبانه فردی را از منزلش بیرون ببرد و سپس جسد آن شخص یافته شود، اقرب آن است که بر وی دیه ثابت است. شهید ثانی (ره) در مورد توجیه این می‌فرماید:

ضمانی که در اخبار آمده است با ضمان دیه متحقق می‌شود؛ زیرا ضمان دیه بدل از نفس است. اما اینکه مصنف ضمان را مختص به مواردی دانسته است که جسد فرد یافته شود، به جهت اصالت برآئت از ضمان دیه و نفس است تا سبب آن دو محقق شود و سبب ضمان دیه و نفس در غیر حالت قتل مشکوک فیه است.^{۹۰}

طهر

۹۰
۸۹
<
۸۸

▽

۷۰

آنچه در انتهای این بحث خالی از لطف نیست این است که طه حسین در خصوص عدم اقدام عثمان در قصاص عبیدالله بن عمر، متوسل به حدیث نبوی «تدرء الحدود بالشبهات» شده است. توضیح او این است که عثمان حد را از عبیدالله به جهت شبهه‌های ساقط کرده که ناشی از غضب فرزند در خصوص قتل پدرش عمر، بر وی عارض شده و اقدام به قتل عمد نموده است.^{۹۱} پذیرش مبنای طه حسین به معنای سقوط قصاص در مورد قاتلینی است که بر اساس غضب در حق خویشان مقتول خود اقدام به قتل عمد نموده‌اند. این امر به گونه‌ای تجویز قتل توسط مجرم است که خلاف نصوص شرعی است و از طرف دیگر برقراری نظام جاهلیت در انتقام خون است. حدود، قصاص و تعزیرات از جمله مجازات‌های مقرر در حقوق اسلام اند. در ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی ایران آمده است:

مجازات‌های مقرر در این قانون پنج قسم است: ۱. حدود؛ ۲. قصاص؛

۳. دیات؛ ۴. تعزیرات؛ ۵. مجازات‌های بازدارنده.

در عبارات پیشین بیان کردیم که حدود و قصاص در گستره شمول این قاعده قرار می‌گیرند. اکنون سخن بر سر این مطلب است که آیا تعزیرات نیز در دامنه شمول این حدیث قرار می‌گیرند یا خیر. مرحوم محمد تقی مجلسی (ره) در شرح بر من لا یحضره الفقیه شیخ صدوق (ره)، در تفسیر حدیثی که «قاعده درء» را مطرح کرده، حدود را به معنای حد و قصاص و تعزیر گرفته است. وی بیان می‌دارد:

قال رسول الله (ص): ادرؤوا (ادفعوا) الحدود شاملة للحد و التعزیر

و القصاص بالشبهات بكل ما اشتهه علیکم.^{۹۲}

صاحب التشریح الجنائی می‌گوید:^{۹۳} گر چه اصل «قاعده درء» به حدود به معنای اخص (موارد معین) اختصاص دارد، در اجرای آن در موارد تعزیر هم منعی در کار نیست؛ زیرا «قاعده درء» برای تحقق عدالت و نیز رعایت مصلحت متهمان وضع شده است. وی سپس اشاره می‌کند که تطبیق قاعده بر جرائم تعزیری در حالاتی است که تطبیق تعزیر با قاعده مانند حدود موجب برأت شود؛ زیرا خود همین تبدیل به جهت شبهه‌های بود که در حد عارض شده است و دیگر تعزیری که بدل از حد است، مشمول قاعده نمی‌شود.

در اینجا باید متذکر شویم که بحث عوده منوط به آن است که ما تبدیل حد به تعزیر را بپذیریم، حال آنکه حد و تعزیر دو مجازات مستقل اند؛ گر چه در عنوان عام مجازات اشتراک دارند. قتل عمد و سهو نیز در عنوان عام قتل مشترک اند، ولی هر یکی بدل از دیگری نیست و بی‌انگرم دو مفهوم مستقل اند. از طرفی دیگر بیان رسول خدا (ص) که فرموده است: «إنَّ الأمام أن یخطئ فی العفو خیرٌ من أن یخطئ فی العقوبة»،^{۹۴} شامل تعزیرات هم می‌شود. به عبارت دیگر، لسان دلیل اطلاق دارد و تخصیص آن به مورد حدود ترجیح بالا مرجح است؛ همان طور که خطای امام در حد

متصور است، در تعزیر نیز متصور می‌شود. اما در موارد احکام حکومتی که حاکم مسلمین به جهت مصلحتی آن را وضع کرده، گفته شده است که چون از حقوق الناس محسوب می‌شود، حکم غیابی در این گونه موارد ممکن است؛ حال آنکه اگر جزء حقوق الله شمرده شود، صدور حکم غیابی ممکن نیست. پس چون حقوق الله نیست، مشمول «قاعده درء» نمی‌شود. ولی با توجه به مطالبی که بیان کردیم، این موارد نیز مشمول شبهه دارئه می‌شود؛ زیرا احکام حکومتی نیز از جمله احکام محسوب می‌شوند و شبهه در آنان نیز متصور است. پس با عروض شبهه حد ساقط می‌گردد. ماوردی در احکام السلطانیة می‌گوید:

تعزیر و حدود از یک وجه با هم توافق دارند و آن تأدیب و طلب اصلاح و منع از ارتکاب جرم است که به حسب اختلاف درجه گناه، درجه آن هم تغییر می‌کند.^{۹۵}

صاحب قاموس قرآن در تعریف حد می‌گوید:

مراد از حدود الله احکام خدا، اعم از محرّمات و واجبات ما است که باید به محرّمات نزدیک نشد و از واجبات تجاوز نکرد.^{۹۶}

۸. 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 معنا کنیم:

اصل برائت در موردی به کار می‌رود 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 می‌گردد و تکلیف منتفی می‌شود.

اصل احتیاط نیز در جایی به کار می‌رود که «شک در مکلف به» باشد، نه در اصل تکلیف. به بیان دیگر، در صورتی که انسان به تکلیف مطمئن باشد، ولی تردید در وجوب یا حرمت مورد خاصی پیدا شود، اصل احتیاط می‌گوید باید کاری کرد تا اطمینان به انجام تکلیف پیدا شود.

از جمله شبهاتی که موجب اجرای «قاعده درء» می‌شود، شبهه در عنصر قانونی^{۹۷} جرم است؛ بدین معنا که در اصل تحریم عمل ارتكابی، شبهه به وجود آید. این امر ممکن است برای مجتهد حاصل شود و در نتیجه نتواند حکم به حرمت عملی بدهد. قاضی نیز ممکن است به همین شبهه نتواند حکم به مجازات عمل ارتكابی صادر کند. در این نوع شبهات، مجرای «قاعده درء» و اصل برائت یکی می‌شود. مثلاً اگر کسی در ماه مبارک رمضان اقدام به استعمال دخانیات نماید، ممکن است مفتی به استناد اصل برائت حکم به مباح بودن کند و فتوا دهد که روزه اش صحیح است. از

طرح

۹۵
۹۶
۹۷

▽

۷۲

طرف دیگر، قاضی دادگاه نیز درباره مرتکب این عمل، با استناد به شبهه حکمیة یا شبهه در عنصر قانونی جرم، حکم به برائت کند.

پس هر گاه شبهه در عنصر قانونی جرم باشد، مجرای اصل برائت و «قاعده درء» یکی می‌شود، اما، اگر شبهه در عنصر مادی^{۹۸} و یا عنصر معنوی^{۹۹} جرم باشد، مجرای «قاعده درء» با اصل احتیاط متحد می‌شود. در توضیح می‌گوییم: هر گاه در اصل وقوع جرم شبهه ایجاد شود و یا در اینکه شخص با قصد و عمد مرتکب عمل شده، تردید وجود داشته باشد، چنین مواردی به اصل احتیاط نزدیک‌تر است. در این موارد که قاضی شک دارد که آیا 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 می‌شود. بنابراین این، قاضی با عمل به «قاعده درء» و یا اصل احتیاط، مجازات متهم را متفی اعلام می‌کند و در نتیجه مجرای هر دو یکی می‌شود.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

پی نوشتها:

۱. ترمذی، سنن الجامع الصحيح و هو السنن الترمذی، ج ۴، كتاب الحدود، ص ۳۳، ح ۱۴۲۴: قال رسول الله (ص): «ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان لهُ مخرجٌ فخلوا سبيله، فان الامام ان يخطئ في العفو خير من ان يخطئ في العقوبة.»
۲. وسائل الشيعة، ج ۱۸، كتاب الحدود و التعزيرات، ص ۳۰۸، ح ۵: «و حد يقام لله في الارض افضل من مطر اربعين صباحاً.»
۳. همان، ج ۱۸، باب ۲۴ ابواب مقدمات حدود، ح ۴.
۴. منتهى الارب في لغة العرب، حرف الدال: فرهنگ معاصر عربى - فارسى، آذرتاش آذرنوش، ص ۱۹۳، نشر نى؛ مجمع البحرين، مادة ذرأ؛ مصباح المنير، ص ۲۳۳.
۵. رعد، آیه ۲۲؛ آل عمران، آیه ۱۶۸؛ نور، آیه ۱۸.
۶. مجمع البحرين، مادة ذرأ؛ مصباح المنير، ص ۲۳۴.
۷. من لا يحضره الفقيه، ج ۴، باب نواذر الحدود، ص ۷۴، ح ۵۱۴۶.
۸. المقنع، شيخ صدوق (ره)، ص ۴۳۷، مؤسسة امام هادى (ع).
۹. ابن حديث شريف پیامبر (ص) را ديگر فقهای شيعه نيز در كتابهای خود نقل نموده اند: وسائل الشيعة، ج ۱۸، ص ۳۳۳، ح ۴؛ نهج الحق و كشف الصدق، علامه حلى، ص ۵۴۶؛ رياض المسائل، سيد على طباطبايى، ج ۲، ص ۵۲۱، چاپ حجرى؛ جواهر الكلام، ج ۴۱، ص ۲۶۱؛ عوالى اللئالى، ج ۱، ص ۱۹۵؛ السرائر، ص ۴۶۳، چاپ حجرى؛ مختلف الشيعة، ج ۹، صص ۱۳۸، ۱۶۲ و ۲۶۲؛ مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۲، ص ۴۸۹؛ رك. حياة المحقق الكرکى و آثاره، ج ۵، ص ۴۵۶.
۱۰. سنن ابن ماجة، ج ۲، باب الستر على المؤمن و دفع الحدود بالشبهات، ص ۸۵۰، ح ۲۵۴۵.
- ۱۱ و ۱۲. سنن ترمذی، ج ۴، كتاب الحدود، ص ۳۳، ح ۱۴۲۴؛ النهاية، ابن اثير، ج ۲، ص ۱۰۹؛ التشريع الجنائى، ص ۳۴۴؛ عدالت و قضا در اسلام، بلاغى، ص ۹، چاپ اميركبير.
۱۳. حجرات، آیه ۱۲.
۱۴. بداية المجتهد و نهاية المقتصد، محمد بن احمد بن رشد القرطبى، ج ۲، ص ۴۳۶.
۱۵. العقوبة، محمد ابوزهره، ص ۱۸۰.

طهر

شماره
<
>
و
و

▽

۷۴

۱۶. به عنوان نمونه نگاه کنيد به: الجامع الصغير؛ تاريخ بغداد، ج ۹، ص ۳۰۳؛ الفقه على المذاهب الاربعه، ج ۵، صص ۹۳ و ۹۱؛ نيل الاوطار، شوکانی، ج ۷، ص ۲۷۰.

۱۷. من لا يحضره الفقيه، ج ۱، صص ۲ و ۳.

۱۸. محمد بن علی بن الحسين بن موسى بن بابويه القمي جليل القدر، يکنى ابا جعفر، كان جليلاً حافظاً للاحاديث، بصيراً بالرجال، ناقداً للاخبار، لم يرفى في التميمين مثله في حفظه و كثرة علمه، از معجم رجال الاحاديث، مرحوم خويي، ج ۱۶، ص ۳۱۹.

۱۹. همان.

۲۰. همان.

۲۱. قواعد الفقيهية، سيد محمد بنجوردی، ص ۱۲۱.

۲۲. ابن ادریس حلی، السرائر، ج ۳، ص ۴۷۵، مؤسسه نشر اسلامي.

۲۳. جامع المدارك، سيد احمد خوانساری، ج ۷، ص ۳.

۲۴. رياض المسائل في بيان الاحكام (شرح كبير)، سيد علی طباطبائی، ج ۲، ص ۵۲۱، ج حجرى، ۱۳۱۷ ق.:

«و الاولى التمسك بعصمة الدم الا في موضع اليقين عملاً بالنص المتواتر بدفع الشبهات.» مراد از

تواتر، تواتر معنوی است.

۲۵. السرائر، ج ۳، ص ۴۴۸.

۲۶. همان مأخذ، ص ۴۷۵؛ در جواهر، ج ۲۹، ص ۲۴۸ آمده است: «فانه يدر عنه الحد للخبر المجمع عليه.»

۲۷. الفقه على المذاهب الاربعه؛ ج ۵، ص ۹۳: «اتفق الائمة الاربعه على أن الحدود تدرء بالشبهات.»

۲۸. قواعد الفقيهية، بنجوردی، ص ۱۵۳. در تواتر لفظی، مفاد یک خبر، در عبارات یکسان از طریق مختلفى

نقل می شود، لیکن در تواتر معنوی، عبارات مختلف است؛ هر چند همه آن اخبار با عبارات مختلف

حکایت از حقیقت واحدی می کنند.

۲۹. مصباح المنیر: «شَبَّهْتُ عَلَيْهِ تشبيهاً، مثل لَيْسَتْهُ عَلَيْهِ تليساً و زناً و معناً.»

۳۰. مجمع البحرين، مادة شَبَّهَ: «و في الحديث، من اتقى الشبهات، فقد استبرأ لِعرضِهِ و دينه و من وقَّعَ

في الشبهات، وقع في الحرام.» وی اضافه می کند: «و سُمِّيَ الشَّبْهَةُ شَبْهَةً لانها تشبه الحق.»

۳۱. حقوق جنایى اسلام، عوده عبد القادر، ج ۱، ص ۲۸۹، ترجمه اكبر غفوری.

۳۲. العقوبة، محمد ابو زهره، ص ۱۸۰.

۳۳. القواعد و الفوائد، شهيد اول، ج ۱، ص ۴۶۵، ترجمه و نگارش دكتور سيد مهدي صانعي.

۳۴. جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۲۴۴.

۳۵. وسائل الشيعة، ج ۱۸، باب ۲۷، من ابواب حد الزنا، ص ۳۹۶، ج ۳.

۳۶. همان، ج ۱.

۲۷. فقه تطبیقی، بخش جزایی، آیت‌الله بجنوردی، ج ۱، ص ۹۳.
۲۸. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۴۶.
۳۹. شرائع الاسلام، ج ۴، ص ۲۱۶، نشر دار الاضواء.
۴۰. مسالك الافهام، ج ۲، مبحث قصاص، چاپ سنگی.
۴۱. جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۱۸۷.
۴۲. ماده ۵۱ «ق.م.ا»: «جنون در حال ارتکاب جرم به هر درجه که باشد، رافع مسئولیت کیفری است.»
۴۳. ماده ۲۲۵ همان قانون: «هر گاه کسی در حال خواب یا بیهوشی شخصی را بکشد قصاص نمی‌شود، فقط به دیه قتل به ورثه مقتول محکوم خواهد شد.»
۴۴. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۴۷.
۴۵. به نقل از: جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۴۸.
۴۶. النهاية، ص ۵۰۶، دار الکتب العربی.
۴۷. کتاب الخلاف، شیخ طوسی، کتاب حدود، ج ۳، ص ۱۵۱.
۴۸. «اذا نعى الرجل من امرأة أو أخبر بطلاق زوجها لها فاعتدت وتزوجت و رزقت اولاداً ثم جاء زوجها الاول... و من وطأ جارية من الممغم قبل ان يقسم و ادعى الشبهة في ذلك فانه يدرأ عنه الحد للخبر المجمع عليه.»
۴۹. مختصر النافع، ص ۱۹۳، کتاب فروشی مصطفوی.
۵۰. تحریر الاحکام، علامه حلی، کتاب النکاح، ص ۴۵.
۵۱. قواعد الاحکام، علامه حلی، کتاب نکاح، ص ۵۰.
۵۲. وسائل الشیعة، باب ۱۶ من ابواب ما یحرم بالمصاهرة و نحوه، ج ۶.
۵۳. وسائل الشیعة، باب ۳۷ من ابواب العدد، ح ۵.
۵۴. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۵۲.
۵۵. «الشبهة هي ما يشبه الثابت و ليس بثابت.» شرح فتح القدير، جزء ۴، ص ۱۴۰.
۵۶. المغنی، ابن قدامة، جزء ۱۰، ص ۱۵۲، دار الکتب العربی: «هي وجو المييع صورت مع انعدام حکمه او حقیقته.»
۵۷. تشريع الجنائي، ج ۱، ص ۲۰۹.
۵۸. همان، ج ۱، ص ۲۱۰.
۵۹. شرح فتح القدير، جزء ۴، ص ۱۴۷.
۶۰. همان، ص ۱۴۳.
۶۱. تشريع الجنائي، ج ۱، ص ۲۱۲.

طهری

شماره ۸ و ۹

▽

۲۶

۶۲ همان، ج ۱، ص ۲۱۳.

۶۳ جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۴۹۴. «لو حصلت الشبهة للحاكم سقط القطع كما يسقط.» بالشبهة للسارق كما لو اخرج متاعاً لشخص من حرزه في منزله فقال صاحب المنزل سرقته و قال المخرج وهبتيه. او اذنت في اخراجه سقط الحد للشبهة

۶۴ وسائل الشیعة، باب ۲۷ من ابواب حد زنا، حدیث ۷ من کتاب حدود.

۶۵ قواعد الفقہیة، سید محمد بجنوردی، ص ۱۲۷.

۶۶ جامع المدارك، سید احمد خوانساری (ره)، ج ۷، ص ۳.

۶۷ تحرير الوسيلة، امام خمینی (ره)، ج ۲، ص ۴۵۶.

۶۸ فوائد الاصول، شیخ اعظم انصاری (ره)، ص ۵۱۱.

۶۹ همان، ص ۵۱۰؛ بحر الفوائد، میرزا حسن آشتیانی، اصل برائت و اشتغال، ص ۱۹۷.

۷۰. نحل، آیه ۴۳.

۷۱. جامع احادیث الشیعة، باب اول از ابواب مقدمات، حدیث ۲۵، ص ۵.

۷۲. نهاية الافکار، تقریرات آقا ضیاء الدین عراقی، به قلم بروجرودی (ره)، ص ۴۷۰.

۷۳. وسائل الشیعة، ج ۲، ص ۱۰۰۶.

۷۴. همان، ج ۱۴، ابواب عقد نکاح، ص ۲۲۷.

۷۵. فوائد الاصول، ص ۵۱۰.

۷۶. نهاية الافکار، تقریرات آقا ضیاء عراقی، به قلم بروجرودی (ره)، ص ۴۷۵؛ کفایة الاصول، خراسانی (ره)،

ص ۳۶۰، ج ۲؛ منتهی الاصول، بجنوردی، ج ۲، ص ۳۵۹؛ مصباح الاصول، تقریرات محقق خویی (ره)

به قلم بهسوری، مبحث برائت، ص ۴۸۹.

۷۷. نهاية الافکار، به قلم بروجرودی، تقریرات درس آقا ضیاء الدین عراقی، ص ۴۷۴، انتشارات اسلامی.

۷۸. تهذیب الاصول، تقریرات امام خمینی (ره) به قلم سبحانی، ج ۳، ص ۷۳.

۷۹. قواعد فقہیة، بجنوردی، صص ۱۲۷ - ۱۳۰.

۸۰. مباحث فی القضاء، ابراهیم انصاری، ص ۳۹۰، در مجموعه شرح آقا ضیاء الدین عراقی بر تبصره علامه حلی.

۸۱. جواهر الکلام، ج ۴۱، صص ۴۸۱ - ۴۸۲، دار الاحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۹۸۱ م.

۸۲. تحرير الوسيلة، امام خمینی (ره)، ج ۲، ص ۴۸۳، مسئله ۳، انتشارات علمیه اسلامیة، ۱۳۸۸ ش.

۸۳. قواعد فقہیة (بجنوردی)، ص ۱۳۰.

۸۴. جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۱۹.

۸۵. شرائع الاسلام، محقق حلی، ج ۲، ص ۲۸۴، دار الکتب الاحیاء، بیروت.

۸۶. جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۱۷۱.
۸۷. ایضاح الفوائد، فخر المحققین، ج ۴، ص ۶۰۸، ص ۱۵.
۸۸. جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۱۹.
۸۹. مباحث القضاء، ابراهیم انصاری، در مجموعه شرح آقا ضیاء الدین عراقی به تبصره علامه حلی، ص ۳۹۲.
۹۰. شرح لمعه، ج ۲، ص ۳۹۵، ۲ جلدی قدیم، مکتبه الطباطبائی، قم.
۹۱. مسالك الافهام، شهید ثانی، چاپ حجری، ص ۳۷۵.
۹۲. روضة المتقین، ج ۱۰، ص ۲۲۹.
۹۳. التشریح الجنائی، ج ۱، ص ۲۱۶.
۹۴. ترمذی، ابی عیسی بن عیسی بن سوره، سنن الجامع الصحیح و هو سنن الترمذی، ج ۴، کتاب الحدود، ص ۳۳، ج ۱۴۲۴.
۹۵. الاحکام السلطانیة، ماوردی، ص ۲۳۶.
۹۶. قاموس قرآن، سید علی اکبر قرشی، ج ۱ و ۲، ص ۱۱۲.
- ۹۷ و ۹۸ و ۹۹. عنصر قانونی: یعنی ارتكابی از طرف قانون (یا شرع) به عنوان جرم پیش‌بینی و مجازات (یا اقدامات تأمینی و تربیتی) برای آن مقرر شده باشد؛ مقصود از شبهه در عنصر قانونی یعنی اینکه عمل ارتكابی حد دارد یا نه، و حاکم به طور قطع نداند که شارع مقدس برای این عمل مجازات تعیین کرده یا خیر. عنصر مادی جرم: فعل یا ترک فعل در شرایط خاص باشد، نه تصور و اراده‌ای که فعلیت پیدا نکرده است. در این صورت، عمل جرم محسوب می‌شود. شبهه در عنصر مادی جرم یعنی اینکه در اصل وقوع جرم و تحقق آن از طرف متهم شبهه و شک پیدا شود که آیا دلائل «قاعده درء» شامل این مورد هم می‌شود یا خیر. عنصر معنوی جرم یعنی اینکه فعل با قصد مجرمانه از طرف مجرم و شخص متهم صورت پذیرفته باشد. شبهه در عنصر معنوی جرم یعنی اینکه در قصد و اراده مرتکب به انجام آن عمل یا در علم او به مجرمانه بودن عمل شک حاصل شود.

طهر

شماره ۸ و ۹



۷۸