

شمول «شبهه» در قاعده درأ

محمود پورباقرانی / حامد رستمی نجف آبادی -

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۹/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۹/۱۰

چکیده

مشهور فقها مفاد قاعده درأ را در شبهات موضوعیه جاری می‌دانند، ولی شبهه در این قاعده، اطلاق داشته و شامل شبهه حکمیّه نیز می‌شود. شبهه در حقوق کیفری، گاهی در عنصر قانونی است و گاه در عنصر معنوی و گاه در عنصر مادی؛ شمول قاعده در این موارد نیز پذیرفته شده است. شبهه دیگری در فقه مطرح می‌شود و آن شبهه توبه است که اگر شبهه در احراز توبه نیز وجود داشته باشد حد برداشته می‌شود. به نظر، شبهه در مرحله اجرا نیز مؤثر بوده و باعث توقّف اجرای حکم می‌گردد؛ یعنی در شرایط عدم جریان عدالت اجتماعی به طور کامل، اجرای حکم محلّ شبهه است؛ لذا در کنار شبهات موضوعیه و حکمیّه، شبهه خطا و اکراه، شبهه قاضی و متهم، شبهه توبه و شبهه در اجرای حکم نیز وجود دارد که شقّ جدیدی از شبهات در قاعده درأ است.

کلیدواژه: قاعده درأ، حدّ، شبهه، توبه، اجرای حکم.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

— دانش آموخته دکتری فقه و حقوق خصوصی از دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

— استادیار فقه و حقوق امامیه دانشگاه مذاهب اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

۱- بیان مسأله

«قاعده درأ» از جمله قواعد اصطیادی، مشهور و پرکاربرد در فقه جزایی، مورد اتفاق و پذیرش مذاهب فقهی و از مسلمات فقه است. با تمسک به این قاعده می توان ادعا کرد که در نظام کیفری اسلام، نفس مجازات، مطلوب نیست، بلکه ضرورتاً بدان توسل جسته می شود و در آن، اصل بر براءت است و با کوچک ترین شبهه، حدود الهی دفع می شود. از نظر برخی فقها آن را می توان در قصاص و تعزیرات نیز جاری دانست؛ اما نکته مهم در مفاد قاعده، مفهوم «شبهه» است. بسیاری از فقهای اهل سنت آن را به صورت عام، شامل هر نوع عامل و انگیزه تردید برانگیز در اجرای حدود دانسته اند و در فقه امامیه، عمدتاً به موارد جهل به موضوع اختصاص یافته اند؛ اما به نظر، این قاعده در شبهات حکمی نیز جاری است. سؤال تحقیق این است که آیا شبهات دیگر مانند شبهه مصلحت در مرحله اجرا یا شبهه توبه را نیز در بر می گیرد؟ در این نوشتار، تلاش شده با نگاهی نو، شمول «شبهه» در قاعده درأ از دیدگاه فقه مذاهب اسلامی و حقوق کیفری، تبیین و شبهات جدید چون شبهه توبه و شبهه مصلحت بررسی شود.

۲- تحلیل واژگان

۲-۱- شبهه

شبهه از «شبه» در لغت به معنای «التباس» (جوهری، ۱۴۰۷: ۲۲۳۶/۶)، «پوشیدگی کار و مانند آن» (سیاح، ۱۳۶۵: ۶۹۸/۲) است؛ لذا برخی آن را «تلبیس الحلال بالحرام و الحق بالباطل» معنا کرده اند. (السماوی الیمانی، ۱۴۰۹: ۵۵/۲). در زبان فارسی، تلبیس به معنای «آمیختن و پنهان داشتن مکر و عیب از کسی» و «پوشیدن حقیقت و اظهار در خلاف ماهیت چیزی» است (دهخدا، ۱۳۷۳: ۶۰۷۲/۴)؛ التباس و اشتباه، معنای نخست و حقیقی شبهه است که لغویان بدان اشاره کرده اند؛ لذا برخی در مقام تعریف

شبهه در شریعت، آن را حدّ وسط میان حلال و حرام تلقّی کرده، و مستند خویش را روایت نبوی (ص): «الحلال بین و الحرام بین و بینهما مشتهبات لایعلمها کثیر من الناس» ذکر می کنند (الزرکشی، ۱۴۰۵: ۲۲۸/۲). برخی نیز در تعریف شبهه گفته اند: «هی ما یشبه الثابت و لیس بثابت» (الزحیلی، ۱۴۰۹: ۸۲/۵).

بنابراین شبهه به معنای در هم آمیختگی و پوشیدن حقیقت است، به طوری که آدمی نتواند آن را دریابد. در زبان شرع نیز شبهه به این معنا بسیار نزدیک است؛ هم در آیات قرآن بدین معنا به کار رفته است و هم در روایات. در روایت است که در شبهات باید توقّف کرد؛ زیرا سبب سقوط آدمی در مهلکه می شود.

در تعریف شبهه بین فقها اختلاف است: شهید اول با پیش کشیدن «ظنّ»، شبهه را اماره ای می داند که برای مرتکب، موجب گمان به حلیّت عمل شده و به عملی دست زده که حرام است (شهید اول، بی تا: ۳۷/۱)؛ شهید ثانی با توسعه دایره شبهه، و هم به حلیّت عمل ممنوع را نیز شبهه می داند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۲۹/۱۴)؛ دلیل وی عموم «تدرؤا الحدود بالشبهات» است. ظاهر عبارت محقّق خوئی این است که شبهه، اعتقاد و یقین به مجاز بودن عملی است که حرام است و ناشی از جهل حکمی تقصیری نیست بلکه از جهل قصوری یا تقصیری در مقدمات ناشی شده است (خوئی، ۱۳۹۶: ۱/۱۶۹). علی رغم این اختلافات، صاحب ریاض، ضابطه شبهه را چیزی که باعث گمان به حلیّت عمل [ممنوع] شود دانسته، و ضمن ادعای اجماع بر آن می گوید: مخالفی در این مورد نیافتم و شاید آن چه در عرف و لغت از این واژه فهمیده می شود همین معناست (طباطبائی، ۱۴۲۲: ۴۱۶/۱۳).

این اختلاف نظر میان فقها در تعریف شبهه طبیعی است. هر فقیهی سعی کرده با توجه به دایره مورد پذیرش خویش، شبهه را تعریف و ضابطه آن را مشخص کند؛ اما مشکل این است که اگر بخواهیم شبهه را با توجه به موارد کاربرد قاعده در تعریف کنیم تعریف آن، نه «توهم الفاعل أو المفعول أنّ ذلك الفعل سائغ له» است، و نه «ما دوّجب ظنّ الاباحه»، و نه «الجهل عن قصور أو تقصیر فی المقدمات مع اعتقاد الحلیه

حال الوطی. فقها در مواردی به قاعده درأ استناد کرده و به سقوط حد رأی داده‌اند که البته در آنها شبهه به هیچ یک از معانی مذکور نیست؛ مثلاً در مورد قذف: آیا نسبت دادن زنا یا لواط فقط باید با لفظ باشد یا به غیر الفاظ (عکس، نقاشی، نوشته و ...) نیز مرتکب جرم قذف شده است؟

برخی فقها (فاضل لنکرانی، ۱۴۰۶: ۵۲۵/۱) با پیش کشیدن قاعده درأ، مصداق متیقن قذف را انتساب به لفظ می‌دانند. بدیهی است در اینجا کسی که با نوشته، نقاشی و ... زنا یا لواط را به کسی نسبت می‌دهد وهم یا ظن یا اعتقاد به اباحه عمل ندارد بلکه می‌داند که مرتکب فعل حرام می‌شود.

همچنین اگر خنثای مشکل، مرتد شود و ندانیم زن است تا مجازات او حبس و ضرب باشد یا مرد، تا مجازات او قتل باشد گفته شده است به استناد قاعده درأ می‌توان مجازات قتل را از او منتفی دانست (نجفی، ۱۳۶۸: ۶۱۲/۴۱)؛ بدیهی است که شبهه در این مورد هم به معانی یاد شده نیست.

تعاریف فوق و امثال آن مشکل دیگری نیز دارند؛ طبق این تعاریف، محلّ عروض شبهه، خصوص شخص متهم است و قاعده درأ در مورد شبهه نزد قاضی جاری نمی‌شود، چون شبهه تنها در مورد متهم به معنای «آن چه باعث وهم یا گمان یا اعتقاد به اباحه عمل ممنوع شود» است، در حالی که برخی فقها معتقدند: شبهه قاضی و متهم، باعث سقوط حدّ می‌شود (نجفی، ۱۳۶۸: ۴۹۴/۴۱؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۱۳: ۸۹). می‌دانیم که شبهه نزد قاضی به معنای مذکور نیست. در دو مثال پیشین، قاضی چون نمی‌داند خنثای مرتد، مرد است یا زن، یا نمی‌داند قذف از نظر اسلام با خصوص لفظ است یا اعم از لفظ، نمی‌تواند مجازات مناسب را اعمال کند؛ بنابراین به نظر می‌رسد قاضی موظف به احراز جرم است تا بتواند حکم را بر آن مترتب کند و اگر به هر دلیل نتواند آن را احراز کند نمی‌تواند بر مصداق مشکوک، حکم صادر کند نه به خاطر قاعده درأ؛ پس ظاهر قاعده مربوط به شبهه در جانب متهم است؛ لذا به نظر می‌رسد

معنای اصطلاحی شبهه همان معنای لغوی است و شبهه در قاعده درأ از معنای لغویش دور نشده است. شبهه، یعنی التباس و روشن نبودن واقعیت، گاه باعث ظنّ به اباحه می شود و گاه نمی شود.

۲-۲- حدّ

جمع حدّ، حدود است. صحاح آن را به حاجز یا حائل بین دو چیز معنا کرده است (جوهری، ۱۴۰۷: ۴۶۲/۲)؛ و ابن فارس آن را «منع طرف الشیء» دانسته است (ابن-فارس، ۱۴۰۴: ۳/۲).

«حدّ» در لغت به معنای حاجز و جدا کننده بین دو چیز و منع و پایان هر چیز نیز آمده است و در شرع، عقوبتی است که شارع، مقدار آن را - برای مکلف به خاطر ارتکاب گناه - تعیین کرده و ممکن است در شرع نیز به معنای اول گرفته شود؛ چون بین اکثر عقلا و ارتکاب گناه حائل می شود؛ و هم ممکن است به معنای دوم گرفته شود، زیرا در آن معنای منع هم هست و ممکن است که به معنای سوم باشد، چون عقوبتی است که منتهایی دارد و تجاوز از آن جایز نیست (فاضل مقداد، ۱۴۲۵: ۳۳۸/۲).

برخی گویند: حدّ، مجازات بدنی خاصّ برای به درد آوردن بدن مکلف به خاطر ارتکاب گناه خاصّ است و از جمله آن حدّ شرعی است که بهانه ای برای ترس و جلوگیری از ارتکاب مجدد گناه است و مقدار آن را شارع معین کرده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۲۵/۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵۴/۴۱). آن را مجازات برای ایجاد درد در بدن نیز دانسته اند ... و وجه حدّ نامیدن آن، این است که عقوبت، مانع از بازگشت به گناه است (فاضل مقداد، ۱۴۰۴: ۳۲۷/۴).

حدّ، گاهی وصف مجازات معین شرعی و گاهی وصف جرمی است که مجازات معین شرعی دارد. «حدّ» در این قاعده، مجازات حدّی است و نه جرم حدّی. بدیهی است آن چه در اثر شبهه دفع و ساقط می شود و آن چه وضع و دفعش به دست قاضی است مجازات حدّی است.

۳-۲- درأ

واژه «درأ»، مصدر «تدرأ»، «ادرؤوا» و الفاظ مشابه دیگر است. در لغت به معنای «دفع کردن»، «ساقط کردن» و «تعطیل کردن» آمده است (فراهیدی، ۱۴۰۹: ۶۱/۳؛ جوهری، ۱۴۰۷: ۴۸/۱). در قرآن در همین معنا به کار رفته است: «و یدرؤا عنها العذاب ...» (نور: ۸)؛ در برخی روایات به جای «ادرؤوا»، «ادفعوا» آمده و بسیاری از فقها - «الحدود تسقط بالشبهات» آورده اند.

۳- مستندات قاعده در فقه امامیه و اهل سنت

مهم ترین دلیل، حدیث نبوی (ص) «ادرؤوا الحدود بالشبهات» است (صدوق، ۱۴۰۶: ۷۴/۴؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۳۳۶/۱۸). فقهای اهل سنت آن را با عبارات مختلف از پیامبر (ص) و با ذکر سلسله روایات بیان کرده اند.

صاحب ریاض آن را نصّ متواتر خوانده است (خوئی، ۱۳۹۶: ۱۶۸/۱) و صاحب مستند الشیعه، نقض حکم مبرم را با قاعده از فقها نقل کرده است (نراقی، ۱۳۲۱: ۶۸۴/۲).

روایت منقول «ترمذی» حاوی نکته بسیار ارزشمندی است که حقوقدانان امروزه افتخار بیان آن را دارند: «ادرؤوا الحدود عن المسلمین ما استطعتم، فإن کان له مخرج فخلّوا سبیلہ؛ فإنّ الامام إن یخطیء فی العفو خیر من أن یخطیء فی العقوبه» (ترمذی، ۱۳۹۴: ۴۳۸/۲).

ابن حزم اندلسی نیز (ابن حزم، بی تا: ۵۹-۶۰/۱۲) روایات مختلفی از رسول خدا (ص) نقل کرده است، مانند: «ادفعوا الحدود ما وجدتم مدفعا» (ابن ماجه، ۱۳۷۳: ۸۵۰/۲)؛ و «ادفعوا الحدود بالشبهات». وی پس از نقل احادیث می گوید: در هیچ حدیثی کلمه «ادرؤوا» را ندیدم حال آن که ترمذی آن را با همین واژه از قول رسول خدا (ص) آورده است.

اکثر فقهای اهل سنت پس از بیان این حدیث، معتقدند که پس از رحلت پیامبر(ص) صحابه به آن عمل کرده اند تا جایی که خلیفه دوم گفته بود: «لأن أعتل الحدود بالشبهات أحبّ إليّ من أن دقميها بالشبهات» (العودة، ۱۴۰۲: ۱/۳۳۵-۳۳۴). حنفیه، مالکیه و شافعیه به صورت قطعی آن را پذیرفته، به آن فتوا داده و از آن به عنوان یک دلیل مهم بهره جسته اند؛ در حالی که برخی دیگر از فقهای اهل سنت، اصولاً در آن حدّ به شبهه را با احادیث دیگری از جمله حدیث مروی از پیامبر(ص) که: «انّ دماءکم و أموالکم و أعراضکم و أبشارکم علیکم حرام» مغایر دانسته اند. (ابن حزم، بی تا: ۵۸/۱۲-۵۷).

برخی از فقهای اهل سنت به رغم نقل حدیث، به مقتضای آن عمل نکرده و حتی شبهه را تنها در شبهات قوی، موجب سقوط حدود دانسته اند. سیوطی در توضیح مطلب آورده است: اگر کسی نیند آشامیده باشد حدّ بر او اجرا می شود و فتوای ابوحنیفه بر حلیت شرب نیند، شبهه محسوب نمی شود (ابن نجیم، ۱۴۰۳: ۲۳۸). به هر حال، هرچند برای مناقشه در سند احادیث مروی از طرق اهل سنت در زمینه «درء الحدّ بالشبهه» مجال واسعی وجود دارد لکن فقهای مذاهب اربعه در مجموع، مضمون این روایات را مسلّم و مفاد آنها را امری قطعی و ثابت در شریعت تلقی کرده اند (ر.ک: ابن همام، ۱۳۳۹: ۱۴۰/۴-۱۳۹).

شیخ صدوق حدیث را به صورت مرسله از پیامبر(ص) نقل کرده، در حالی که اصولاً مراسیل معتبر نیستند. برخی دیگر نیز آن را به لسان واحد نقل کرده اند. روایت مرسله، مشمول حجّیت خبر واحد نمی شود، زیرا فاقد سلسله سند است؛ به همین جهت، برخی فقها مانند خوئی (ر.ک: خوئی، ۱۳۹۶: ۱/۱۶۷ و ۱۷۱) آن را معتبر نمی - دانند؛ اما به نظر عده ای دیگر، مراسیل صدوق در حکم مسانیدند؛ زیرا هنگام نقل نمی گوید: «روی عن ...» بلکه می گوید: «قال ...» این تعبیر، به معنای حذف سلسله سند، رعایت اختصار است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۶: ۱/۸۹-۸۸).

در توجیه پذیرش این حدیث گفته شده است که در حجیت خبر واحد، هر چند غیر از مسند بودن روایت، موثوق الصدور بودن نیز لازم است ولی احراز ثقه بودن روات، گاهی از عدالت و وثاقت آنها به دست می آید و گاه در عمل اصحاب و بزرگان به ویژه متقدمان و شهرت عملی؛ بنابراین، روایت، معتبر است تا جایی که صاحب ریاض می گوید: «الأولی التمسک بعصمه الدم ألاً فی موضع یقین عملاً بالنص المتواتر بدفع الحد بالشبهات» (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۶: ۸۹/۱)؛ پذیرش این استدلال، در صورت پذیرش شهرت عملی به عنوان یک دلیل است.

احادیث دیگری هم می تواند دلیل قاعده باشد؛ تا جایی که برخی فقها چون خوئی - که حدیث نخست را نپذیرفتند - به استناد این روایات، اعمال قاعده دفع شبهه در حدود را به صورت محدود پذیرفته اند.

از صادقین (ع) روایت شده که اگر کسی اسلام آورد؛ شراب بنوشد، و زنا کند در حالی که حلال و حرام برایش روشن نشده است حد بر او جاری نمی شود؛ مگر با اقامه بینه که به حرمتشان، اقرار کرده یا سوره مربوطه را خوانده است و در صورت جهل، ابتدا به احکام ارشاد می شود و آنگاه اگر مرتکب گناه شود بر او حد یا تعزیر جاری خواهد شد» (حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۳۲۳/۱۸ و ۳۲۴)؛ نتیجه جمع بندی روایات این که «ادرؤوا الحدود بالشبهات»، شبهات حکمیّه و موضوعیّه را در بر می گیرد (موسوی- بجنوردی، ۱۳۷۶: ۹۱/۱).

۴- حقیقت قاعده درأ

آیا این قاعده مطلب جدیدی را بیان می کند یا بیان دیگری از اصل عدم و اصولی همانند آن است؟ ممکن است به ذهن چنین خطور کند که قاعده درأ، مطلب جدیدی را بیان نمی کند؛ زیرا حکم به مجازات (حدّ) در صورت احراز موضوع (جرم) است و در صورت وجود شبهه در تحقّق جرم، اصل عدم اقتضا می کند جرمی محقّق نشده

باشد و در نتیجه، حکم به مجازات داده نمی شود؛ مثلاً در مورد زن بدون شوهری که حامله شده ولی اقرار به زنا نکرده و شهودی به زنا شهادت نداده اند حدّ زنا جاری نمی شود؛ زیرا حامله شدن ممکن است به سبب امری غیر از نزدیکی، مثل جذب شدن نطفه به رحم زن، یا به علّت وطی به شبهه یا از روی اکراه و اجبار باشد. حال می توان اجرا نکردن حدّ را مستند به قاعده درأ (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۱۹۰/۱) و یا مستند به «عدم ثبوت موضوع» (خوئی، ۱۳۹۶: ۱۷۸/۱) دانست.

همچنین فقها در مورد زنی که خود را به جای همسر مردی درآورد و مرد ناآگاهانه با او نزدیکی کند به سقوط حدّ زنا از مرد نظر داده اند. مستند این عقیده را برخی (طباطبائی، ۱۴۲۲: ۴۱۸/۱۳) قاعده درأ، و برخی دیگر (خوئی، ۱۳۹۶: ۱۶۹/۱) عدم ثبوت مورد حدّ می دانند. عبارات برخی فقها نیز موهم همین معناست که قاعده درأ تأثیری در احکام ندارد (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲: ۲۴-۲۵/۱).

وجود اصول و قواعد دیگر در موارد جریان قاعده درأ که مقتضی عدم ثبوت حدّ اند باعث شده که برخی «مطابقت قاعده درأ با ظواهر ادلّه» را مستند شرعی این قاعده در شبهات موضوعیه بدانند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۲: ۱۵۴) و شاید به همین جهت است که برخی، بحث پیرامون مستند این قاعده را لغو و قاعده را بی نیاز از اثبات می شمارند (سبزواری، ۱۴۱۷: ۲۲۹/۲۷-۲۲۸).

بنابراین می توان گفت که قاعده درأ می تواند مطلب جدیدی را بیان کند؛ توضیح این که: موارد جریان قاعده درأ دو گونه است: گاه دلیل یا اصلی شرعی اقتضای سقوط حدّ را دارد، مانند مثال هایی که گذشت؛ و گاهی دلیل یا اصل، مقتضی ثبوت حدّ است. اگر در این موارد، قاعده درأ جاری و حدّ برداشته شود قاعده درأ پیام تازه و کاربرد جدیدی دارد. مثلاً در مورد شبهه قاضی می توان این فرض را مطرح کرد که کسی که شراب نوشیده و ادّعی اکراه دارد اما شاهد و دلیلی بر ادّعایش نمی آورد و قاضی نیز به دروغ بودن ادّعایش علم ندارد ولی نمی داند راست می گوید یا دروغ، در اینجا اصل اختیاری بودن اعمال (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲ق: ۳۸۵/۲؛ خوانساری،

۱۳۹۴ق: ۱۵/۶) اقتضای آن دارد که حدّ شرب مسکر بر مرد جاری شود؛ اما اگر قاعده درأ جاری شود حدّ برداشته می شود.

در باب شبهه متهم نیز گاه اصول و یا ادله شرعی اقتضای مجازات دارند در حالی که قاعده درأ، مقتضی سقوط آن است. مثلاً کسی مایعی دارد که قبلاً شراب بوده، ولی نمی داند که اکنون تبدیل به سرکه شده یا خیر، و آن را می نوشد و سپس روشن می شود که کماکان شراب بوده است؛ در این مورد، استصحاب خمر بودن، مقتضی ثبوت حدّ شرب مسکر است؛ اما برخی به استناد قاعده درأ، حدّ را ساقط می دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۳۷/۱).

نتیجه، آن که در مواردی اصول و ادله شرعی اقتضای ثبوت حدّ دارند و اگر قاعده درأ جاری شود باب جدیدی به روی ما می گشاید. به همین سبب لازم است بررسی و روشن شود که آیا قاعده درأ می تواند چنین نقشی را ایفا کند یا خیر؟ اصولاً اهمیت قاعده درأ نیز به خاطر همین موارد است.

اما از نظر محقق خوئی، در اکثر موارد ثبوت حدّ، شبهه وجود دارد (و اگر بنا بر درأ حدّ به هر شبهه ای باشد، دیگر حدّی برای اجرا باقی نخواهد ماند) ایشان در تعلیل این حکم که اگر مرتدّ، ادّعی اکراه کند ولی بر صحّت ادّعایش قرینه ای وجود نداشته باشد ادّعایش پذیرفته نمی شود، می نویسد: این نظر، خلاف نظر گروهی است که با تمسّک به قاعده درأ معتقدند حدّ با احتمال صدق مدّعی اکراه ساقط می شود. لیکن این کبری (قاعده درأ) ثابت نشد، بلکه مرسله ای است که صدوق روایت کرده است و گذشت که شبهه ای در امثال این مورد نیست؛ زیرا اگر مراد از شبهه، شبهه واقعی باشد در اکثر مواردی که حدّ ثابت شده است، شبهه وجود دارد و دیگر حدّی نباید اجرا شود و اگر مراد، شبهه واقعی و ظاهری است، چنین شبهه ای در اینجا وجود ندارد؛ زیرا موجب ارتداد، وجود دارد و مانع که همان اکراه در بیان کلمات کفرآمیز

باشد (به وسیله اصل ساقط است) در نتیجه، حدّ باید اجرا شود (خوئی، ۱۳۹۶ق: ۳۲۹/۱-۳۲۸).

۵- قلمرو «شبهه» در قاعده از نظر فقه مقارن

شبهه و قلمرو آن در قاعده درآ چیست؟ چگونه با شبهه جلوی اجرای حدود گرفته می شود؟ چه اختلافی در مکتب های حقوقی اسلام در اینباره وجود دارد؟ نکته مهم در مفاد قاعده درآ، مفهوم «شبهات» و قلمرو شمول آن است. بسیاری از فقهای اهل سنت، شبهه را به صورت عامّ، شامل هر نوع عامل تردید برانگیز در اجرای حدود دانسته، و به مراحل اثبات جرم و خصوصیات و حالات متهم تعمیم داده اند و شبهه خلافی بودن مسأله را افزوده، و به قصاص هم تسری داده اند (ابن نجیم، ۱۴۰۳ق: ۲۳۷)، در حالی که در فقه امامیه عمدتاً شبهات به موارد جهل به حکم اختصاص یافته و موارد شبهات ادله دعوا مانند شهادت بر غایب و شهادت تبرّعی، خارج از موضوع قاعده تلقی شده اند؛ زیرا شبهه در چنین مواردی خود به معنای عدم ثبوت اتهام و جرم است و نداشتن دلیل کافی بر وقوع جرم، خود دلیل نفی حدّ است و نیازی به قاعده درآ ندارد؛ مانند حدوث فسق در شهود پس از ادای شهادت و حکم، که برخی تصور کرده اند عدم تأثیر فسق، طاری نیست و اصل عدم تأثیر و استصحاب حکم کافی است؛ مگر آن که فسق طاری، موجب شبهه در عدالت سابق شود که در این صورت نیز بطلان شهادت، ارتباطی به قاعده نخواهد داشت (ر.ک: خوئی، ۱۳۹۶: ۱۴۹/۱؛ نراقی، ۱۳۲۱: ۵۷۲/۲).

همچنین در موارد نفی حدّ از مجنون و نظایر آن نمی توان به قاعده تمسک کرد؛ زیرا بدون قاعده، دلیل خاصّ بر نفی حدّ وجود دارد (خوئی، ۱۳۹۶: ۱۷۱/۱). به نظر، شبهه در قاعده درآ، عامّ است و شامل شبهات حکمیّه، مفهومیّه و موضوعیه است. ولی در قواعد دیگر، به این کلیت نیست؛ زیرا گاهی شارع، جهل به حکم شرع را به عنوان شبهه پذیرفته است؛ یعنی متهم می تواند به استناد جهل به حکم شرع یا

شبهه نسبت به وجوب و حرمت امری، به استناد عذر عقلایی از خود دفاع کند و خواستار دفع مجازات از خویش شود؛ ولی در حقوق موضوعه، جهل به قانون، رافع مسئولیت کیفری تلقی نشده است. هرچند اخیراً گام هایی برای انعطاف این فرض قانونی در برخی کشورها برداشته شده است (استفانی و دیگران، ۱۳۷۷: ۱/۵۳۱-۵۳۰) ولی این میزان محدودیت های وارد بر این فرض، موجب نشده که فعلاً بتوان گفت قاضی می تواند به استناد آن، قاعده تفسیر شک به نفع متهم را اعمال کند. پس، اثر این قاعده در مسائل حکمی این است که قاضی کیفری، مکلف است در تفسیر و برداشت خود از متون جزایی، تردید را به نفع متهم تفسیر کند، نه بیشتر. به نظر، قاعده درأ تعبیر ضابطه مند از معذور بودن جاهل و معاف بودن او از حد است و نفی حد در موارد جهل، به دو صورت بیان شده است: نخست به عنوان معذور بودن جاهل، و دوم معذور بودن به دلیل مشتبه بودن امر بر متهم.

در موارد مختلفی از فقه و اصول، به مناسبات درباره این دو نوع شبهه و احکام آنها سخن رفته است ولی آن بحث ها با آن چه درباره شبهه در حقوق جزا مطرح است تفاوت دارد.

اما موضوع اصلی تحقیق آن است که شبهه در فقه امامیه و اهل سنت در چه مواردی تحقق می یابد تا موجب سقوط حد شود؟

۱-۵- شبهه در فقه امامیه

مهم ترین موارد شبهه در فقه امامیه، شبهات موضوعیه و حکمی، خطا، اکراه، شبهه قاضی و متهم و شبهه مصلحت و توبه (به عنوان دو شق جدید از شبهات) است.

۱-۱-۵- شبهه حکمی

منظور از شبهه حکمی آن است که حکم کلی چیزی، مورد تردید باشد. جهل به حکم، یا ناشی از فقدان نص معتبر است، یا اجمال نص، یا تعارض نصوص؛ مثلاً به علت فقدان نص معتبر در ممنوعیت عملی - مانند استعمال دخانیات - تردید می شود. در این مورد، شبهه حکمی است؛ لذا در مواردی حاکم، در جرم بودن عمل ارتكابی

متهّم، تردید می کند. همچنین شبهه حکمیّه آن است که شخصی، به حرمت اعمال از ناحیه قانونگذار اسلامی جاهل باشد و به گمان این که عمل مزبور حلال است مرتکب آن شود. مرتکب عمل، جاهل به حرمت عمل دارد (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۵۶-۵۵). پس هرگاه کسی به جهت ناآگاهی از قانون و حکم حرمت چیزی، آن را مرتکب شود عمل او مشبه بر شبهه حکمی است و باعث سقوط حدّ از وی می شود.

۲-۱-۵- شبهه موضوعیه

اگر کسی فرضاً حرمت زنا و شرب خمر را می داند اما موضوع برای او مشبه شده باشد؛ یعنی تصوّر می کند فلان زن همسر اوست و با او نزدیکی می کند؛ یا مایعی آب است و آن را می نوشد و سپس کاشف به عمل می آید که آن زن، بیگانه و آن مایع، مشروب الکلی است؛ این را شبهه موضوعیه گویند و این شبهه نیز جلو اجرای حدّ را می گیرد.

در مورد جاهل به قانون نیز فرقی نمی کند که این ناآگاهی به دلیل جهل تقصیری باشد یا جهل قصوری.

الف: جهل تقصیری

جهل تقصیری بدین معنی است که شخص می تواند از قانون آگاهی یابد، ولی تقصیر می کند. در عین حال، کیفر حدّ، در صورتی از جاهل مقصّر برداشته می شود که غیر ملتفت بوده، و احتمال نمی دهد عملی را که می خواهد انجام دهد جرم باشد. ولی اگر جاهل مقصّر، ملتفت باشد؛ بدین معنا که او احتمال می دهد عملی را که می خواهد انجام بدهد جرم است و از طرفی می تواند پرسد و از ماهیت آن آگاهی پیدا کند، ولی بی پروا و بدون پرسش، دست به ارتکاب می زند و سپس معلوم می شود که مرتکب جرم شده است؛ جهل چنین کسی عذر تلقی نمی شود و در حقوق اسلامی چنین فردی را معذور نمی شناسند؛ بنابراین جاهل مقصّر ملتفت، مجرم و درخور کیفر است (فیض، ۱۳۸۵: ۱۸۳).

ب: جهل قصوری

جهل قصوری بدین معنی است که شخص در شرایطی است که به هیچ وجه نمی - تواند دسترسی و آگاهی به قانون پیدا کند؛ مثل این که در جایی دورافتاده زندگی می کند که رابطه با مراکز علمی و دینی ندارد و نمی تواند داشته باشد. شاید در این عصر با وجود وسایل ارتباط جمعی، جاهل قاصر وجود نداشته باشد. به هر حال، «شبهه مقصّر غیر ملتفت» و «جاهل قاصر»، موجب سقوط حدّ خواهد بود. در «تحریر الوسیله» در اینباره آمده است: «زنا تحقّق نمی یابد با وجود شبهه؛ چه شبهه موضوعی باشد و چه شبهه حکمی» (خمینی، ۱۳۹۰: ۴۵۵/۲).

۳-۱-۵- شبهه مصلحت

در شبهه مصلحت - به عنوان شبهه جدید مطرح شده - نخست باید به بررسی مصلحت در لغت و اصطلاح پرداخت. مصلحت در لغت، از ریشه «صَلَحَ» و جمع آن، «مصلح» به معنی نیکی هاست؛ یعنی آن چه موجب آسایش و سود باشد. مصلح معاش و معاد، به معنای چیزهایی است که خیر و مصلحت دنیا و آخرت با آن توأم است (دهخدا، ۱۳۷۳: ۱۲/۱۸۵۴۱).

«مصلحت» در کتب لغت، با تعابیر نزدیک به هم تعریف شده است و در بیشترشان عنصر «نقیض افساد و ضدّ فساد» به چشم می خورد و به معنای سود و در برابر مفسده به کار برده می شود. در «لسان العرب»، خیر، منفعت و ضدّ فساد معنا شده است (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۵۱۷/۲) و به معنای بهبود بخشیدن و شایستگی نیز آمده است. مفهوم خیر، صلاح و منفعت که از واژه مصلحت فهمیده می شود، می تواند همه خواسته ها و آرزو های انسان را پوشش دهد؛ هر چند در مصادیق آن اختلاف و اشتباه وجود دارد.

در زبان فارسی، معادل های متفاوتی - با ریشه معنایی واحد - برای مصلحت ارائه شده است؛ از جمله: خیر، خوشایند، لذت، علاقه، سود، نعمت، حکمت و علّت. در این میان، شاید بتوان «منفعت» را نزدیک ترین معادل لغوی «مصلحت» ارزیابی کرد (غزالی، بی تا: ۲۸۷/۱-۲۸۶).

بین معنای لغوی و اصطلاحی مصلحت در کتاب های اصولی، تفاوت زیادی وجود ندارد. گروهی از اصولیان به پیروی از غزالی گفته اند: مصلحت در اصل، عبارت از جلب نفع و دفع ضرر است و در اصطلاح شرعی، عبارت از پاسداری از مقاصد و آرمان های شرعی و نگهداری از ارزش های اسلامی است؛ ارزش هایی که قانونگذار اسلام آنها را برای همه امت، بلکه برای همه انسان ها خواسته و حفظ آنها را وجهه قانونگذاری خود قرار داده، پنج چیز است: دین، عقل، نفس، ناموس و مال (فیض، ۱۳۸۵: ۲۵۳).

می توان گفت: مصلحت از دید اسلام، هر کاری است که به سود و صلاح مادی یا معنوی فرد و جامعه باشد. مصلحت، هم در جعل، و هم در اجرای احکام شرعی بالاخص حدود، مورد استفاده قرار می گیرد.

با فرض وجوب اجرای حدود الهی در زمان غیبت و کفایت ادله دال بر آن، اجرای حدود شرایطی دارد که عدم وجود یا تعدیل زمینه های ارتکاب جرم در جامعه را می توان از جمله این شرایط دانست؛ روایت عدم حد در صورت سرقت در عام المجامع، و عدم اجرای حد زنا در صورت اضطرار به ارتکاب آن به منظور رفع عطش، و تزویج مجرمی که از ناحیه بیت المال محکوم به حد شده است به خوبی دلالت بر این مطلب می کنند و گرنه، در صورتی که زمینه ارتکاب جرم در جامعه فراوان بوده و برای رفع این زمینه ها اقدامی جدی صورت نگیرد، اجرای حد با توجه به روایات دال بر عدم اجرای حد، قابل تردید خواهد بود؛ زیرا وجود مصلحت اجرای حد، مردد است و هدف اقامه حدود - که دفاع از مصلحت عمومی و دفع فساد است - قابل دستیابی نیست. در صورت تراحم بین مصلحت اجرای حدود، خصوصاً اعدام حدی و مصلحت مزاحم دیگر، در صورتی که مصلحت مباین، بیش از مصلحت اجرای اعدام حدی باشد اعدام حدی اجرا نخواهد شد. روایات عدم اجرای حدود در سرزمین دشمن، عدم اجرای حدود در حرم و عدم اجرای حد نسبت به مردی که بدنش دچار

زخم های مختلف باشد همگی دلالت بر این مطلب می کند. به علاوه، صاحب ریاض نیز همانگونه که گذشت این مسأله را مورد دقت نظر قرار داده است.

با توجه به موارد فوق، در صورتی که به سبب تبلیغات شدید نسبت به اجرای حدود و وحشیانه دانستن آن، وضعیتی پیش آید که قوانین جزایی اسلام در اذهان جهانیان، قوانینی خشن و قرون وسطایی مطرح و به موجب آن مجامع بین المللی و سازمان های دروغین منادی طرفداری از حقوق بشر، با محکومیت حکومت اسلامی، آن را تحت فشار های سیاسی و اقتصادی بین المللی قرار دهند که خود چه بسا در بلند مدت، مشکلات جدی برای حکومت فراهم آورد و از طرف دیگر، به سبب اجرای این قوانین و تبلیغات دشمنان، عده قابل توجهی از مسلمانان به دشمن پناه برند و درست همان مطلبی واقع شود که طبق روایت، علی (ع) به سبب خوف وقوع آن، حد را جاری نمی ساخت - و چه بسا در آنجا تغییر دین دهند و در نتیجه، اصل نظام مورد تهدید جدی واقع شود، بقای مصلحت مجازات های شدید حدی و خصوصاً اعدام حدی مورد تردید قرار خواهد گرفت و مصلحت جدیدی مغایر با مصلحت اجرای حدود جایگزین آن خواهد شد؛ یعنی بنا بر صحت مطلب فوق، حکم تغییر خواهد کرد، نه این که نسخ شود و مصلحت بقای نظام اسلامی بر تمامی مصلحت های دیگر مقدم است؛ لذا مجازات های حدی شدید، خصوصاً اعدام قابل اجرا نخواهد بود. حتی اگر مجازات های حدی را از نظر احکام، متغیر بدانیم باز هم با توجه به موارد فوق به سبب تغییر مصلحت اجرای حد، مصلحت دیگری جایگزین آن می شود و مجازات جدیدی با عنوان حکم اولی جدید که به سبب حدوث مصلحت جدید به وجود آمده است جعل و اجرا می شود و حتی مجازات های جدید با عنوان ثانوی قابل اجرا است؛ لذا می توان در اجرای مجازات اعدام حدی، قائل به امکان تجدید نظر شد و مجازات های شدید حدی را تعدیل و مجازات های مناسب دیگری را جایگزین ساخت تا

زمانی که زمینه مناسب اجرای مجدد مجازات های حدی، خصوصاً اعدام حدی فراهم شود.

یکی از فقهای معاصر در این مورد می گوید: «اجرای مجازات رجم در بعضی از شرایط و زمان ها ممکن نیست و دارای مفاسد عظیمی می شود» و پیشنهاد می کند که به جای رجم، از سایر مجازات ها استفاده شود و در نهایت می گوید: «و لعل الامر فی عصرنا الذی کثر فیہ الدعايات المضاده للاسلام من هذا القبیل فانّ اجراء حدّ الرجم کثیراً ما یوجب بعض ذلك تحت عنوان حقوق البشر و شبهه» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۳۷۴/۱-۳۷۳).

از طرف دیگر، زمان و مکان در اجرای حدود، نقش تعیین کننده ای دارند و در صورت تراحم مصلحت اجرای حدّ با مصلحت مهم تر نظیر حفظ نظام اسلامی، ممکن است حدّ موقتاً تعطیل یا به کیفیت دیگری اجرا شود. این امر را می توان یک قاعده کلی در کلیه مجازات ها دانست.

یکی از فقهای متأخر، پس از پاسخ شبهات پیرامون رجم، که قابل تعمیم به سایر حدود است می گوید: «... اگر شرایطی پدیدار گشت و در پی آن اجرای حکم رجم، محذوری مانند موهون شدن چهره اسلام و تنفر عمومی نسبت به دین و احکام آن به دنبال داشت به ناچار باید از اجرای آن حکم مطابق روایات باب ۱۰ از ابواب مقدمات الحدود و وسائل الشیعه خودداری شود... بعید نیست از تعلیل ذیل روایت فهمیده شود در هر موردی اگر اجرای حدی موجب محذوری شود که بر خلاف مصالح اسلام و مسلمانان است باید متوقف شود. ولی این به معنای نسخ حکم رجم در شریعت و مرحله قانونگذاری نیست؛ بلکه به معنای به فعلیت نرسیدن آن حکم در مرحله اجرا به لحاظ شرایط اجتماعی و رعایت مصالح برتر و ترجیح اهمّ بر مهم در موارد تراحم بین ملاکات احکام شریعت و احتمال تأثیر شرایط در نرسیدن آن حکم به فعلیت است» (منتظری، ۱۳۸۷: ۱۵۷)؛ لذا در صورت تراحم بین این ملاکات، مصلحت حفظ اسلام

بر مصالح دیگر برتری دارد. این امر را می توان یک قاعده کلی و در کلیه مجازات ها جاری دانست.

بنابراین، باید گفت که به نظر، امروزه چنان چه به نظر فقیه جامع الشرایط، اجرای حدی در جامعه به دلیل عدم آمادگی فکری مردم موجب سستی در اعتقاد و اصل اسلام شود حفظ اسلام اهم است و اجرای حکم باید تا استحکام عقاید، مسکوت بماند. به علاوه، قاعده درأ درباره این مسأله جاری است و با شبهه در یکی از شرایط تحقق جرم و شبهه مصلحت، اجرای حدود متوقف می شود.

۴-۱-۵- شبهه توبه

در «لسان العرب» آمده است: «التوبه الرجوع من الذنب» (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۲۳۳/۱) و در «مفردات» آمده است: «التوبه فی الشرع: ترک الذنب لقبحه و الندم علی ما فرط منه» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۱۶۹)؛ دیگری گفته است: «التوبه هی الندامه و العزم علی عدم الفعل لكون الذنب قبيحاً ممنوعاً و امثالاً لأمر الله و لم یکن غیر ذلك مقصوداً» (مقدس اردبیلی، ۱۳۷۹: ۳۲۱/۱۴).

در قرآن، توبه دو گونه بیان شده است: ۱- بازگشت بنده به سوی خداوند، مثل: «توبوا الی الله توبه نصوحاً» (تحریم: ۸)؛ ۲- بازگشت مربوط به خداوند (پذیرفتن توبه انسان)، مثل: «علم الله انکم کنتم تختانون انفسکم فتاب علیکم و عفا عنکم» (بقره: ۱۸۷).

در آیات و روایات زیادی، توبه مسقط مجازات و در قوانین موضوعه، یکی از معاذیر قانونی معافیت از مجازات است. در متون شرعی و در قوانین، وقتی صحبت از توبه می شود فرض بر این است که فردی مرتکب جرمی شده ولی مصالحی ایجاب می کند که مجازات نشود؛ و یکی از آنها عارض شدن شبهه توبه است. یعنی احراز قطعی توبه هم لازم نیست بلکه شبهه توبه در اسقاط مجازات کافی است؛ این در حالی است که قاعدتاً می توان در برابر مجرم، به استصحاب عدم توبه استناد کرد؛ ولی بدان

تمسک جسته نمی شود بلکه به قاعده درأ عمل می شود مگر آن که عدم توبه وی احراز شود، که این وجه بارز نظام کیفری اسلام و پویایی آن است. به هر حال، قاعده درأ در شبهه توبه نیز جای استناد دارد و می توان شبهه در این قاعده را به شبهه توبه نیز تسری داد.

۵-۱-۵- شبهه قاضی

می توان از برخی روایات مربوط به شبهه قاضی و حدود خاص، الغای خصوصیت کرده و حکم آنها را به سایر موارد تسری داد. حال، اگر شبهه بر قاضی عارض شود نمی تواند حکم به اجرای حد بدهد؛ زیرا قاضی باید بدون تردید، دعوای کیفری را ثابت کند و سپس رأی بدهد. در این فرض، زمانی قاضی می تواند رأی بدهد که علم (عادی) به وقوع فعل از جانب متهم داشته باشد. در غیر این صورت، مورد از موارد شبهه تلقی می شود. در این مورد، حتی مطلق ظن - نه ظن معتبر شرعی - نیز داخل در شبهه است؛ لذا در مورد شبهه قاضی نیز قانونگذار در مواردی به سقوط حد نظر داده است. بنابر قانون مجازات اسلامی، در مورد همه جرائم در صورتی که شبهه بر طرف نشود، قاعده درأ مجری است. در قانون جدید به جای پراکنده گویی موجود در قانون سابق، به قانونگذاری قاعده درأ به طور مستقل مبادرت شده است؛ چنان که ماده ۱۲۰ مقرر داشته است: «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 نمی شود.» در ماده ۱۲۱ نیز آمده است: «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 نمی شود.» مفاد این مواد، مؤید آن است که قاعده مذکور بنابر نظر برخی فقهای متأخر که به تعطیلی حدود در عصر غیبت اعتقاد دارند مورد تفسیر موسع قرار گرفته است (ساداتی، ۱۳۹۵: ۱۴/۱۱۳).

استناد به قاعده درأ در آراء دادگاه ها و شعب دیوان عالی کشور و هیأت عمومی دیوان عالی کشور فراوان است. مطالعه آنها نشان می دهد که قضات با استناد به قاعده درأ، و به رغم حکایت ظواهر پرونده از مجرم بودن متهم، به اندک شبهه ای حد را ساقط دانسته اند.

۶-۱-۵- شبهه متهم

روایاتی وارد شده که مفاد آنها این است: حدود وقتی ثابت و اجرا می شود که مرتکب جرم، «علم به حرمت عمل» داشته باشد و تا هنگامی که مرتکب، جاهل به حرمت عملش باشد مستحق عقوبت حد نخواهد بود. در شبهات حکمی، اثبات اعتقاد به جواز یا حلیت عمل از طرف متهم نیز موجب دفع حد می شود؛ زیرا شارع، جاهل به حکم شرعی را در برخی موارد، رافع مسئولیت قلمداد کرده است. قاعده تفسیر شک به نفع متهم در حقوق موضوعه، در امور حکمی صرفاً در تفسیر محدود متون جزایی اعمال می شود؛ ولی ادعای جاهل به قانون، رافع مسئولیت نیست؛ هر چند که به نظر می رسد اگر متهم بتواند اشتباه خود را در درک حکم قانون اثبات کند، بتوان مجازات را از او دفع کرد.

در شبهات موضوعیه، قلمرو و دلالت هر دو قاعده یکسان است. قاعده درأ، عام است و به دلیل عموم «الحدود تدرأ بالشبهات» که شامل هر نوع عقوبتی می شود - مگر با قرینه خلاف آن، که در اینجا چنین قرینه ای نیست - قصاص و تعزیرات را نیز در بر می گیرد. قاعده تفسیر شک به نفع متهم نیز عام است و هر نوع کیفری را شامل می شود؛ (ر.ک: مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ ق.م.ا.)؛ بنابراین قاعده درأ در زمینه شبهه متهم نیز مجری است؛ چنان که در ماده ۲۲۳ ق.م.ا. نیز آمده است: «هرگاه متهم به زنا، مدعی زوجیت یا وطنی به شبهه باشد ادعای وی بدون بینه یا سوگند پذیرفته می شود...». گویا قانونگذار با توجه به رویکرد کیفر زدایی و رویه قضائی مستند به اصل ۱۶۷

۱۲۷ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۲ - بهار و تابستان ۹۹
قانون اساسی این قاعده را در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ گنجانده است (ساداتی،
۱۳۹۵: ۱۱۶/۱۴).

همچنین باید به ماده ۱۹۴ قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در
امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ اشاره کرد که در مورد متهمی که اقرار به ارتکاب جرمی
کرده است به دادگاه اجازه مبادرت به صدور رأی می دهد به شرط این که: «اقرار او
صریح و موجب هیچگونه شک و شبهه ای نباشد و قرائن و امارات نیز مؤید این معنی
باشند.»

۷-۱-۵- شبهه خطا و شبهه اکراه

آیا این قاعده، شبهه خطا و اکراه را هم در بر می گیرد یا خیر؟ یعنی آیا می توان
در شبهه در عمد و خطا از قاعده مزبور استفاده کرد؟ و آیا در شبهه اکراه نیز قاعده
مزبور جاری می شود یا خیر؟ با توجه به عمومیت قاعده و عدم وجود دلیل خاص، به
نظر می آید چنان چه شبهه عمد یا شبهه عمد و خطا بودن عمل ارتكابی از ناحیه متهم
حاصل شود بر اساس این قاعده، شبهه عمد و خطا را اختیار نموده و حد جرم عمدی
ساقط می شود. همچنین می توان گفت که عمومیت قاعده، شامل شبهه اکراه نیز شده
و در نتیجه، کیفر عمل ارتكابی منتفی می شود (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۵۹-۵۸).

۲-۵- شبهه در فقه اهل سنت

فقهای اهل سنت، شبهه را به روشی خاص تقسیم بندی کرده اند که در فقه شیعه
نیست (الجزیری، بی تا: ۸۸/۵؛ العوده، ۱۴۰۲: ۲۱۰/۱)؛ از جمله، فقهای حنفی، شبهه را
به دو نوع، شافعی سه نوع و برخی حقوقدانان اهل سنت به چهار نوع تقسیم کرده اند.
مثلاً ابوزهره، شبهات موجب سقوط مجازات را چهار دسته می داند:

۱- شبهه در رکن جرم: رکن جرم، عبارت است از تحریم قانونگذار اسلامی نسبت
به یک عمل معین که برای آن مجازات در نظر گرفته است؛ پس اگر اصل تحریم،
مورد تردید باشد این تردید، شبهه در رکن جرم است. این شبهه، مشابه شبهه حکمیّه
در فقه امامیه است.

۲- شبهات مربوط به جهل نافی قصد مجرمانه

۳- شبهات مربوط به مرحله اثبات جرم

۴- شبهات مربوط به تطبیق نصوص قانونی بر موارد و مصادیق (محقق داماد،

۱۳۸۹: ۵۵-۵۴؛ ر.ک: ابوزهرة، بی تا: ۲۲۱).

مذهب ظاهری، این قاعده را قبول نداشته و معتقد است که شبهه، حد را از میان نمی برد. مذاهب اهل سنت نیز چون امامیه «قاعده درأ» را پذیرفته و بدان پایبند ولی در مصادیق شبهه اختلافاتی وجود دارد؛ مثلاً کسی زنی را در بستر خود بیابد و به گمان این که همسر اوست با او نزدیکی کند؛ در این فرع، علاوه بر شیعه، مالک، شافعی و احمد بن حنبل نیز آن را از مصادیق شبهه و موجب سقوط حد می دانند؛ ولی ابوحنیفه آن را شبهه نمی شناسد و می گوید: گاه، امکان دارد در آن بستر، کسان دیگری چون خویشاوندان آن زن، یا زنان دیدار کننده او می خوابیده اند؛ بنابراین نمی تواند شبهه باشد (العوده، ۱۴۰۲: ۲۱۱/۱)؛ در این صورت، هر چند که علم به تحریم نیز باشد، شبهه و ساقط کننده حد است، مثل این که کسی پنجمین زن را به عقد خود در آورد و با او مجامعت کند، یا زن شوهردار بگیرد، یا با زن در عده ازدواج کند، یا زن سه طلاقه را به نکاح خود در آورد و نزدیکی تحقق یابد، که از نظر ابوحنیفه، چون عقد تحقق یافته است شبهه موجب سقوط حد است، و شیعه و مالکیه و شافعیه و حنبلیه هیچ یک وجود عقد را موجب شبهه نمی دانند.

در مورد سرقت، ابوحنیفه اموال بی اهمیت یا اموالی که در اصل مباح بوده است را شبهه می داند، که موجب سقوط حد است؛ مثل دزدی آب، شکار، خاک و ... همچنین بته و هیزم و هر چیز کم ارزش دیگر (العوده، ۱۴۰۲: ۲۱۰/۱) درحالی که سایر مذاهب و شیعه، هر مالی اعم از با ارزش و کم ارزش و مباح الاصل، یا غیر آن را هر گاه به حد نصاب ربع دینار برسد، موجب قطع می دانند.

۱-۲-۵- شبهه در فقه شافعی

از نظر شافعیه، شبهه سه قسم است:

الف) شبهه در محلّ: اگر مردی با همسر حائض یا روزه دار خود جماع کند شبهه در محلّ به وجود می آید. در اینجا حقّ زوج این است که با زوجه مباشرت داشته باشد؛ اما در هنگام حیض یا در وقت روزه این حقّ از او سلب می شود؛ ولی از آنجا که در هر صورت، محلّ ارتکاب جرم، ملک این همسر است شبهه ایجاد و سبب جریان «قاعده درأ» می شود.

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

ج) شبهه در جهت: در موارد اختلاف بیان فقها در حلیّت و حرمت، این شبهه به وجود می آید؛ مثلاً وقتی که برخی از فقها نکاح متعه را جایز و عده ای حرام می دانند اگر شخصی زنی را به عنوان نکاح متعه به عقد خود درآورد «شبهه در جهت» ایجاد شده و حدّ زنا از این شخص برداشته می شود؛ اگرچه خود این شخص به حرمت این فعل اعتقاد داشته باشد؛ زیرا مادامی که فقیهان در حلیّت و حرمت اختلاف دارند نظر این شخص اثری ندارد (العوده، ۱۴۰۲: ۱/۲۱۲).

۲-۲-۵- شبهه در فقه حنفی

از نظر احناف، شبهه بر سه قسم است:

الف) شبهه در فعل: این شبهه درباره کسی اجرا می شود که حلیّت و حرمت بر او مشتبه شده است؛ مثل مردی که همسر خود را سه بار طلاق داده و در عده طلاق سوم به گمان این که به او حلال است با او نزدیکی می کند. در ایجاد این شبهه، مجرم باید معتقد به حلیّت باشد و دلیلی بر تحریم هم اصلاً وجود نداشته باشد، اما اگر دلیلی بر تحریم باشد، و یا فرد اعتقاد به حلیّت نداشته باشد شبهه ثابت نمی شود. این شبهه موسوم به شبهه اشتباه یا شبهه مشابهت است.

ب) شبهه در محل: شخصی که مرتکب جرم سرقت شود بنا بر آیه «السارق و السارقه فاقطعوا أیدیهما» در صورت فراهم آمدن شرایط، دست او قطع می شود. اگر پدری مالی را از پسر خود برباید با توجه به فرموده پیامبر (ص): «أنت و مالکک لأبیک» شبهه پیدا می شود که آیا می توان به پدر، سارق اطلاق کرد یا خیر؟ در اینجا این شبهه موجب دفع حد از پدر می شود.

ج) شبهه عقد: ابوحنیفه شبهه ای را مطرح و آن را «شبهه عقد» نامیده است. این شبهه در تحقیقات بعضی دانشمندان جمهور به عنوان «شبهه صورت» مطرح شده است. شبهه عقد، شبهه ای است که در اثر «عقد» به وجود می آید، و آن در موردی است که مرد «عاقده»، به حرمت عمل، آگاه و «عقد» نیز به اتفاق فقها حرام است. سایر فقها و حتی پیروان و شاگردان ابوحنیفه مانند ابویوسف، با نظر او در این قضیه مخالفند (العودة، ۱۴۰۲: ۲۱۳/۱).

این نوع «شبهه»، نزد فقهای شیعه کاملاً مردود است و به طور کلی هرگاه مرتکب، علم و یقین به حرمت عمل دارد به اعتقاد فقهای شیعه، اساساً «شبهه» تحقق پیدا نمی کند؛ اما اگر در حال عقد، به حرمت آگاهی نداشته باشد و بعداً حرمت بر او معلوم شود مصداق شبهه است.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۶- تقسیم بندی شبهه در حقوق کیفری

اقسام شبهه را می توان به شکل دیگری که با موازین حقوق جزای عرفی مأنوس - تر و از لحاظ عملی، مفید تر باشد بیان کرد. در حقوق جزای عرفی، با فقدان یکی از عناصر سه گانه، جرم محقق نخواهد شد. ممکن است شبهه در یکی از عناصر سه گانه حاصل شود:

۶-۱- شبهه در عنصر قانونی

منظور از شبهه در عنصر قانونی، تردید در این است که آیا قانونگذار اسلام برای فلان عمل، مجازات مقرر داشته یا خیر؟ مانند این که اگر شخصی در ایام عده بائن همسر خود، با خواهر زنش ازدواج کند آیا این عمل حرام و زنا شمرده می شود یا نه؟ آیا استعمال دخانیات در ماه رمضان حرام است یا نه؟ آیا ازدواج زن مطلقه به طلاق بائن، در ایام عده، زنا محصنه و مستلزم رجم است یا زنا غیر محصنه و مستلزم شلاق می باشد؟ در این قبیل موارد، تردید حاصل می شود که آیا عمل ارتكابی، حرام و مستلزم مجازات است یا خیر؟ تردید در عنصر قانونی جرم، همان شبهه حکمی در فقه است.

۲-۶- شبهه در عنصر معنوی

مقصود از شبهه در عنصر معنوی این است که قصد مجرمانه متهم، مورد تردید باشد. برای تحقق عنصر معنوی، یعنی قصد مجرمانه داشتن باید اولاً، احراز شود که مرتکب در انجام عمل، قصد و اراده داشته است؛ و ثانیاً، احراز شود که مرتکب از ممنوعیت عمل ارتكابی آگاهی بوده است.

در صورت تردید در اصل وجود قصد و اراده از طرف متهم در انجام عمل ارتكابی، مجازات ساقط می شود؛ زیرا کیفر، مخصوص اشخاص ملثفت و متوجه است و کسانی که از روی غفلت، عمل ممنوعی را انجام می دهند قابل کیفر نیستند؛ اما اگر اصل قصد و اراده درباره متهم محقق بوده، ولی توجه نداشته که عمل مزبور جرم است، جهل به قانون و حکم مطرح می شود که بر دو قسم است: جهل به اصل حکم، و جهل به موضوع حکم.

در واقع، همان بحث گذشته پیرامون شبهات حکمی و موضوعی از ناحیه متهم مطرح می شود؛ یعنی در صورت جهل به موضوع، مطلقاً معاف است و در صورت جهل به حکم، اگر جهل متهم، قصوری باشد معاف است و در صورت تقصیری بودن جهل او عذر محسوب نمی شود.

از آن چه گفتیم روشن شد که شبهه در عنصر معنوی جرم، به اشکال مختلف سبب سقوط مجازات می شود: از حیث جهل به موضوع حکم، از جهت جهل به حکم و از نظر قصد و عمد در جرائمی که احکام آن از حیث عمد و غیر عمد تفاوت می کند.

۳-۶- شبهه در عنصر مادی

منظور مواردی است که به علت فقدان ادله اثبات دعوی، وقوع عمل مجرمانه از ناحیه متهم اثبات نشده، و برای حاکم تردید حاصل می شود که آیا این عمل، منتسب به متهم است یا خیر؟ مثلاً اگر شهود برای اثبات انتساب عمل زنا به کسی کافی نباشند، یا این که بر ارتکاب زنا از سوی متهم چهار شاهد باشند اما عدالت آنها محرز نشود در واقع، عنصر مادی جرم مورد تردید است.

به نظر می رسد با توجه به صدق شبهه در این موارد و عمومیت قاعده درأ و دلایل آن، متهم تبرئه می شود. مضافاً این که مجازات به منظور معلول جرم است و وقتی در علت (جرم) و انتساب آن به کسی تردید باشد، منطقی نیست که معلول (مجازات) منجز و قطعی تلقی گردد. در واقع، در اینجا شبهه موضوعیه برای حاکم مطرح می شود که آیا مجرم همین متهم است یا دیگری؟ که در این موارد با حصول شبهه باید حکم به تبرئه متهم بدهد. مثلاً اگر زنی متهم به زنا باشد و چهار نفر بر ارتکاب زنا از سوی او شهادت بدهند، ولی آن زن مدعی بکارت شود و چهار زن، بر باکره بودن او شهادت دهند نظر محقق حلی، رفع مجازات حدّ از این زن است (محقق حلی، ۱۳۸۹: ۱۵۷/۴)؛ فقهای دیگری مثل صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۶۲/۴۱)، شیخ الطائفه (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۰/۸)، شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۹۱/۱۴-۳۹۰، ۱۴۱۰: ۱۱۷/۹)، صاحب ریاض (طباطبائی، ۱۴۱۸: ۵۲۲/۱۵) و امام خمینی (خمینی، ۱۳۹۰: ۴۶۷/۲) به استناد قاعده درأ، حدّ زنا را از این زن منتفی می دانند.

نتیجه گیری

قاعده درأ، هم در شبهات موضوعیه و هم در شبهات حکمیّه جاری است. همچنین شبهه قاضی و متهم، شبهه خطا و اکراه و شبهه در عناصر سه گانه جرم نیز وجود دارد؛ که قابل تسری به مجازات های غیر حدی است. در این تحقیق به شبهات دیگری نیز پرداخته شد. یکی این که آیا مصلحت است بر فردی که جرم حدی انجام داده است حدّ زده شود یا خیر؟ که طبق قاعده درأ و قلمرو شمول آن، شبهه جدیدی (شبهه مصلحت) به وجود می آید و اقتضا می کند که حدّ جاری نشود. بر اساس مباحث و شواهد ارائه شده می توان گفت در صورتی که اجرای کیفر به مصلحت نباشد حاکم اسلامی می تواند از اجرای آن با تمسک به قاعده «درأ» جلوگیری کند. این امر را می توان یک قاعده کلی و در کلیه مجازات ها جاری دانست. علاوه بر این، به شبهه در توبه نیز پرداخته شد که با تردید در احراز آن نیز می توان به قاعده درأ استناد کرده، و حدّ را دفع نمود. این شبهات را می توان به حدود اعمّ از حقّ الله، حقّ الناس، قصاص، تعزیرات و حتی کفارات نیز تسری داد.

منابع

- قرآن کریم.

- ابن حزم اندلسی، ابو محمد علی بن احمد (بی تا)، **المحلّی بالآثار**، بیروت: دار الفکر.
- ابن فارس، ابوالحسین احمد بن فارس بن زکریا (۱۴۰۴ق)، **معجم مقاییس اللغه**، ج ۲، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- ابن ماجه، محمد بن یزید قزوینی (۱۳۷۳ق)، **سنن ابن ماجه**، ج ۲، تحقیق محمد فؤاد عبدالباقی و فیصل عیسی البابی، قاهره: مطبعه الحلبي القاهره.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۸ق)، **لسان العرب**، ج ۱ و ۲، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم (۱۴۰۳ق)، **الاشباه و النظائر**، دمشق: دار الفکر.
- ابن همام، محمد بن عبدالوهاب (۱۳۳۹ق)، **شرح فتح القدير**، ج ۴، طبع بولاق، المطبعه الیمنیه.
- ابوزهره، محمد (بی تا)، **الجريمه و العقوبه فی الفقه الاسلامی**، بی جا: دار الفکر العربی.

- استفانی، گاستون و دیگران (۱۳۷۷ش)، **حقوق جزای عمومی**، ج ۱، ترجمه حسن دادبان، تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی.
- الترمذی، محمد بن عیسی (۱۳۹۴ق)، **سنن ترمذی**، ج ۲، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- جیبی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، ج ۱۴، قم: المعارف الإسلامیه.
- جیبی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه**، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- الجزیری، عبدالرحمن (بی تا)، **الفقه علی المذاهب الاربعه**، ج ۵، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۰۷ق)، **الصّحاح**، ج ۱ و ۲ و ۳ و ۴، ج ۴، بیروت: دار العلم للملایین.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)، **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۲، ۱۸، ۲۸، ج ۳، قم: آل البیت (ع).
- حلّی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۳۸۹ق)، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۴، نجف: مطبعه الآداب.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۹۰ق)، **تحریر الوسیله**، ج ۲، ج ۲، نجف: مطبعه الآداب.
- خوانساری، سید احمد (۱۳۹۴ق)، **جامع المدارک فی شرح المختصر النافع**، ج ۶، تهران: مکتبه الصدوق.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۹۶ق)، **مبانی تکمله المنهاج**، ج ۱، ج ۲، نجف اشرف: مطبعه الآداب.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۳)، **لغتنامه دهخدا**، ج ۱۲ و ۴، تهران: دانشگاه تهران.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق)، **مفردات الفاظ القرآن**، لبنان: دار العلم.
- الزحیلی، وهبه (۱۴۰۹ق)، **الفقه الاسلامی و ادلّته**، ج ۵، ج ۲، دمشق: دار الفکر.
- الزرکشی، بدرالدین محمد (۱۴۰۵ق)، **المنتور فی القواعد الفقهیة**، ج ۲، ج ۲، کویت: دار الکویت للصحافه.
- ساداتی، سید مهدی (۱۳۹۵)، **شرایط اعمال قاعده درأ در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۴، ۱۴۶-۱۱۳.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۷ق)، **مهذب الاحکام**، ج ۲۷، ج ۴، بی جا: دفتر آیت الله سبزواری.
- السماوی الیمانی، محمد (۱۴۰۹ق)، **الموسوعه العربیة فی الالفاظ الضدیة و الشذرات اللغویة**، ج ۲، بیروت: مرکز الدراسات و البحوث.

۱۳۵ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۲ - بهار و تابستان ۹۹

- سیاح، احمد (۱۳۶۵)، **فرهنگ بزرگ جامع نوین**، ج ۲، چ ۱۰، تهران: اسلام.
- سیوری حلی (فاضل مقداد)، **مقداد بن عبد الله (۱۴۰۴ق)**، **التنقیح الرائع لمختصر الشرائع**، قم: کتابخانه آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- سیوری حلی (فاضل مقداد)، **مقداد بن عبدالله (۱۴۲۵ق)**، **کنز العرفان فی فقه القرآن**، قم: مرتضوی.
- صدوق (ابن بابویه)، **محمد بن علی (۱۴۰۶ق)**، **من لایحضره الفقیه**، بیروت: مؤسسه الاعلمی.
- طباطبائی، سید علی، (۱۴۲۲ق)، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عاملی (شهید اول)، **جمال الدین محمد بن مکی (بی تا)**، **القواعد و الفوائد**، ج ۱، قم: مکتبه المفید.
- العوده، عبدالقادر (۱۴۰۲ق)، **التشريع الجنائی الاسلامی**، ج ۱، چ ۲، تهران: مؤسسه البعثه.
- غزالی، محمد (بی تا)، **المستصفی**، ج ۱، بیروت: دار الکتب الاسلامیه.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۰۶ق)، **تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (کتاب الحدود)**، ج ۱، قم: مؤلف.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۰۹ق)، **کتاب العین**، ج ۳ و ۴، قم: دار الهجره.
- فیض، علیرضا (۱۳۸۵)، **مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام**، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- کریمی جهرمی، علی (۱۴۱۲ق)، **الدر المنضود فی احکام الحدود**، تقریرات آیه الله موسوی گلپایگانی، ج ۱، قم: دار القرآن الکریم.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۹)، **قواعد فقه (بخش جزایی)**، تهران: مرکز نشر اسلامی.
- مقدّس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۳۷۹)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان**، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۸ق)، **أنوار الفقاهه (کتاب الحدود و التعزیرات)**، ج ۱، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- منتظری نجف آبادی، حسینعلی (۱۳۸۷)، **مجازات های اسلامی و حقوق بشر**، قم: ارغوان دانش.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۱۳ق)، **فقه الحدود و التعزیرات**، قم: مکتبه امیرالمؤمنین (دار العلم مفید).

- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۷۲)، قواعد فقهیه، ج ۲، تهران: میعاد.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۷۶)، فقه تطبیقی (بخش جزایی)، ج ۱، تهران: میعاد.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۴۱، ج ۷، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- نراقی، احمد بن محمد، (۱۳۲۱ق)، عوائد الایام، ج ۲، بی جا: بی نا.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی