



The requirement of Dara's rule according to Emirate or principle

Elhami. Reza^{1*} - Mirhoseini. Seyyed Naghi²

1. Assistant Professor of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, University of Tabriz, Tabriz, Iran (Corresponding Author): r.elhami@tabrizu.ac.ir

2: Phd Student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, University of Tabriz, Tabriz, Iran.

Abstract: The rule of Daraa has a lot of efficiency in jurisprudence and law, which prevents the proof of punishment in doubtful cases, and the principle of validity of this law regarding the punishment is considered as part of the certainty, about the basis of validity and the interpretation of the terms of the rule of Daraa, a detailed research has been done, but it is a necessary and independent research. Dealing with the validity of this rule in terms of emirate or practical principle is in the opinion of the Shariah, which reveals certain results according to any point of view.

The language of the arguments of the rule of Daraa and the reason for its falsification from the point of view of the Shariah, i.e. tolerance regarding the limits and the way of the jurists in dealing with this rule, indicate that this rule is not valid. It should not be because by presenting istihab in cases of conflict, there are very few cases left for the flow of this rule that the shari'a discounting basis does not have validity regarding the scope of the ruling. Some people have considered a rational limit for the truth of the doubt based on the evidence of the mentioned rule, while according to Mukhtar's opinion that this rule is part of the principles of Mahreza, the punishment is excluded for the simple presentation of the doubt.

Keywords: Dara rule, Amara, principle of verification, doubt, removal of limits, reduction in punishment.

فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۶ - شماره ۳۷ - زمستان ۱۴۰۳

صفحات ۲۳۱ - ۲۵۶ (مقاله پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۱/۱۲/۱۳ - بازنگری ۱۴۰۲/۰۴/۰۵ - پذیرش ۱۴۰۲/۰۴/۱۷

مقتضای قاعده درأ؛ بنا بر اماریت یا اصل

رضا الهامی^۱ / سید نقی میرحسینی^۲

r.elhami@tabrizu.ac.ir

۱: استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران (نویسنده مسئول)

۲: دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.

چکیده: قاعده درأ کارایی فراوان در فقه و حقوق دارد که مانع ثبوت مجازات در موارد شبهه هست و اصل حجیت این قانون در باب جزء، جزو مسلمات تلقی شده، در مورد مبانی حجیت و تفسیر مفردات قاعده درأ تحقیقات مفصلی شده ولی یک پژوهش لازم و مستقل، پرداختن به جهت حجیت این قاعده از باب اماریت یا اصل عملی در نظر شارع است که طبق هر دیدگاهی نتایج خاصی آشکار می‌شود. لسان ادله قاعده درأ و علت جعل آن از دیدگاه شارع، یعنی مسامحه‌گری در باب حدود و سیره فقها در برخورد با این قاعده، مجموعاً بر عدم اماره بودن این قاعده دلالت دارد؛ البته قاعده درأ، جزو اصول عملیه محضه مانند براءت نبوده که قدرت تعارض با استصحاب را نداشته باشد، زیرا با تقدیم استصحاب در موارد تعارض، موارد بسیار کمی برای جریان این قاعده می‌ماند که با سیره تخفیفی شارع در باب حدود سنخیت ندارد. عده ای بر اساس اماره دانستن قاعده مذکور برای صدق شبهه، حد عقلانی در نظر گرفته، در حالی که طبق نظر مختار که این قاعده جزو اصول محرزه می‌باشد به صرف عروض شبهه، مجازات منتفی می‌شود.

کلیدواژه: قاعده درأ، اماره، اصل احرازیه، شبهه، رفع حدود، تخفیف در مجازات.

- الهامی، رضا؛ میرحسینی، سید نقی (۱۴۰۳) مقتضای قاعده درأ؛ بنا بر اماریت یا اصل، مجله مطالعات فقه و

حقوق اسلامی دانشگاه سمنان، شماره ۳۷، صفحات ۲۵۶-۲۳۱.

[Doi: 10.22075/feqh.2023.30069.3544](https://doi.org/10.22075/feqh.2023.30069.3544)

مقدمه

یکی از قواعد پرکاربرد در بخش حدود و فقه جزائی، قاعده درأ است که مورد پذیرش قریب به اتفاق فقها و حقوقدانان قرار گرفته و طبق مفاد این قاعده، اثبات مجازات در موارد شبهه، مردود است؛ به همین علت در بسیاری از فروعات فقهی و حقوقی به استناد همین قاعده با جریان شبهه، مجازات منتفی دانسته شده است؛ مثلاً اگر زنی در حال عمل نامشروع زنا دستگیر شود ولی ادعای اکراه کند در این صورت برای قاضی، شبهه ایجاد می‌شود؛ در نتیجه قاضی با تمسک به قاعده درأ، حکم به براءت چنین زنی می‌دهد.

در مورد مستندات و تحلیل مفردات این قاعده تحقیقات بسیاری صورت گرفته ولی یکی از مسائلی که در قواعد فقهی و حقوقی مورد بحث و اهتمام قرار گرفته تشخیص أماره یا اصل بودن این قاعده است. در تنمه بحث از یک قاعده فقهی و حقوقی مانند اصل صحت در مورد اماریت یا اصل بودن آن قاعده تحقیق می‌شود و این که یک قاعده، جزو امارات یا اصول عملی باشد ثمرات خاصی را به دنبال دارد؛ در همین راستا از این جهت در بعضی از قواعد اختلاف واقع شده و عده‌ای یک قاعده مانند اصل صحت را از امارات دانسته و بعضی دیگر آن را جزو اصول عملی ولی اصول محرز برشمرده اند و بر اساس نظری که در این قسمت اخذ می‌کنند نتایجی را بر مبنای خود مترتب می‌کنند؛ مانند این که اگر در موردی یک قاعده فقهی با استصحاب تعارض کند ثمره این تحقیق آشکار می‌شود، زیرا اگر آن قاعده، جزو امارات باشد اصولیان بدون زحمت و اختلاف، به تقدیم آن اماره حکم می‌کنند. همچنین این چالش و اختلاف در مورد قاعده درأ جریان دارد که آیا این قاعده، جزو امارات بوده یا جزو اصول عملی است؟ البته خود اصول عملی به دو قسم: اصول محرز و غیر محرز تقسیم می‌شود و بر اساس انتخاب هر یک از این مبانی، نتایج و ثمرات خاصی مترتب می‌شود.

۱- مبانی نظری بحث

۱-۱- مفهوم قاعده درأ

هدف شارع از وضع مجازات، انتقامجویی و تشفی خاطر شارع در مقابل بندگان گناهکار نیست و مجازات به عنوان آخرین راه حل برای هدایت و سعادت فرد و جامعه در نظر گرفته شده است. قاعده درأ در همین راستا به عنوان لطف شارع جعل شده که از ابتدای مرحله تشکیل پرونده قضایی برای متهم تا صدور حکم قطعی و اجرای آن، قابل جریان است (ساداتی، ۱۳۹۵: ۱۱۴) که اگر اصل ثبوت مجازات در مورد فعلی یا وقوع جرم از طرف فاعل یا صدور عمل مجرمانه از شخصی محل شبهه باشد، قاعده درأ حکم به عدم ثبوت مجازات در آن محل می‌کند. در جهت اثبات حجیت این قاعده به روایات و عمل فقها و مناسبت با سیره شارع بر تخفیف در حدود و ... استدلال شده گرچه در بعضی از مستندات این قاعده اشکال شده ولی حجیت این قاعده به نوعی جزو مسلمات فقه و حقوق جزائی می‌باشد (عمید زنجانی، ۱۳۸۷: ۲۴۵/۲).

با این که فقها و حقوقدانان در استفاده از این قاعده در مواردی از باب حدود متفق هستند ولی در تفسیر مفردات این قاعده از جهات مختلف تفاوت دیدگاه دارند. یکی از مهم ترین بخش های قاعده، بررسی مقصود شبهه می باشد؛ گروهی شبهه را به معنای عدم قطع فاعل به حرمت دانسته و بعض دیگر معتقدند شبهه زمانی صادق است که آن شخص به حلیت آن عمل در نزد خود قطع داشته باشد؛ یا عده ای دیگر در صدق شبهه دافعه حد، ظن به اباحه را مجزی دانسته (طباطبائی، ۱۳۷۰: ۴۱۶/۱۳) و بعض دیگر برای شبهه مفهوم عامی در نظر گرفته که تمام مراتب احتمال حلیت، یعنی ظن و شک در اباحه را شامل می شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۲۹/۱۴) و برخی اقوال دیگر.

۱-۲- مفهوم امارات

امارات در علم اصول به ادله ای اطلاق می شود که به جهت اعتبار شارع، مدلول خود را به عنوان حکم واقعی اثبات می کند. البته امارات، مفید ظن نوعی می باشند مثل بینة، که به عنوان یکی از امارات موجب حصول ظن نزد اکثر مردم می شود و این ظن خاص

به اعتبار شارع حجّیت دارد. زبان اماره، حکایتگری از واقع می‌باشد؛ یعنی هر اماره‌ای بیانگر این است که مؤدای خود را به عنوان حکم واقعی خداوند به ما اعلام کند گرچه احتمال خطا در امارات منفی نیست (مظفّر، ۱۳۷۵: ۱۳/۲).

۳-۱- مفهوم اصول عملیه

اگر در موردی برای کشف حکم واقعی اماره‌ای در دسترس مجتهد نباشد تا تکلیف فعلی خود را بداند، شارع در چنین موارد شکّ و تحیر، اصولی را برای این مکلف به طور موقت قرار داده تا به وسیله آن اصول، تکلیف فعلی او مشخص شود و این اصول، مدلول خود را به عنوان حکم واقعی به ما نمی‌رساند، بلکه شارع آن را تعبداً حجّت قرار داده است؛ مثلاً اگر در مورد حرمت فعلی شکّ ایجاد شود در این صورت، اصل برائت، شکّ را مرتفع و به جواز ظاهری آن فعل حکم می‌کند (انصاری، ۱۴۱۹: ۱۰/۲-۲۵/۱).

همچنین این اصول در حقوق اسلامی کاربرد بسیار دارد؛ در مواردی که نصّ قانونی برای مسأله‌ای موجود نمی‌باشد یا هنگامی که یک ماده قانونی مجمل بوده و یک حقوقدان یا قاضی نمی‌تواند مراد واقعی قانونگذار یا وظیفه اصلی خود را کشف کند در این موارد مشکوک با استناد به اصول عملیه، نظریه حقوقی یا قضائی خود را اعلام می‌کند (محقّق داماد، ۱۳۶۲: ۱۹/۳).

تمام اصول عملیه از منظر شارع در این خصوصیت مشترک هستند که از باب طریقیّت به سوی واقع، به آنها حجّیت اعطاء نشده ولی همه آن اصول در یک درجه نمی‌باشند بلکه بعضی از اقسام اصول عملیه به جهت داشتن نوعی از کاشفیّت نسبت به واقع، بر اصول دیگر برتری دارد و به همین جهت، علماء اصول عملیه را به دو نوع تقسیم کردند.

الف: اصول احرازیه

اصولی که در آنها یک مقدار کاشفیّت ناقص نسبت به واقع وجود دارد، لکن شارع چنین جهتی را در حجّیت این نوع اصول لحاظ نکرده بلکه فقط باید بر طبق مدلول آن

اصل مدنظر عمل کرده و مؤدای آن را تعبداً به منزله واقع دانست. به عبارت دیگر، در این قسم از اصول عملیه، طریقیّت از واقع مورد لحاظ قرار نگرفته گرچه به خاطر مقدار کاشفیتی که دارد مؤدای خود را تعبداً به عنایت شارع احراز می‌کند؛ به جهت همین ویژگی به آنها اصول محرزہ اطلاق می‌شود. مثال مشهور آن استصحاب می‌باشد که به خاطر دارا بودن قدرت ذاتی در نشان دادن واقع، به حکم شارع در موارد یقین سابق، شک، ملغی و همان متیقّن سابق به منزله واقع محسوب می‌شود؛ یا مانند اصل صحت و قاعده فراغ و تجاوز که جزو اصول محرزہ معرفی شده اند (نائینی، ۱۴۰۴: ۶۹۲/۴).

ب: اصول غیر محرزہ

مصادیقی از اصول عملیه که فقط باید عمل خود را بر طبق مؤدای آنها تنظیم کرده و اصلاً به واقع نظر ندارد. در موارد شک، بنابر مقتضای آن اصل عمل می‌شود بدون این که معادل آن واقع قرار داده شود (حکیم، ۱۴۲۷: ۴۳۵)، مانند اصل برائت که در مورد شک در وجوب چیزی فقط حکم به عدم وجوب می‌کند.

۴-۱- ثمرات تشخیص امارات از اصول

معمولاً فقها و حقوقدانان در تکمله بحث از هر قاعده فقهی این سؤال را مطرح می‌کنند که آیا این قاعده، جزو امارات است یا اصول عملیه؟ مانند این که در مورد قاعده اصل صحت یا سوق المسلمین در کتب قواعد فقهیه به پاسخ این سؤال و اختلافات موجود در مورد این قواعد از جهت اماره بودن یا اصل عملی پرداخته شده که أخذ هر یک از این مبانی آثاری را در پی دارد؛ برای همین لازم است بعضی از ثمرات بسیار مهم اماره بودن یک قاعده را مطرح کنیم تا دانسته شود اگر قاعده درأ، جزو امارات باشد چه آثاری را به دنبال دارد؟

الف: تقدّم امارات بر اصول عملیه

امارات به خاطر حیثیت کشف از واقع، دارای امتیازاتی می‌باشند که نسبت به اصول عملیه برتری دارد. یکی از آن موارد، تقدّم اماره بر اصول می‌باشد. به امارات از طرف

شارع در جهت یافتن حکم واقعی حجیت شرعی اعطاء شده ولی اصول عملیه، موضوع آنها شک به حکم واقعی می باشد؛ یعنی اگر در موردی اماره در دسترس مکلف نبوده که در نتیجه، فرد دچار شک و تحیر شده، شارع وظیفه عملی و حکم ظاهری چنین مکلفی را مؤدای اصول عملیه قرار داده و در حجیت اصول، طریقت به سوی واقع را لحاظ نکرده است. مرتبه حکم واقعی از حکم ظاهری برتر می باشد؛ برای همین ارزش اماره ای که طریق به سوی حکم واقعی می باشد در شرع از اصول عملیه بالاتر دانسته شده است.

طبق همین ویژگی که سبب رجحان امارات بر اصول عملیه شده، اصول محرزه بر اصول غیر محرزه از باب حکومت، مقدم می شود؛ زیرا در اصول محرزه، شارع، شک را فرد دارای یقین اعتبار کرده که با وجود چنین یقین تعبدی جایی برای شک و اصول غیر محرزه نمی ماند؛ مانند این که اگر در موردی اصل استصحاب که جزو اصول محرزه است با اصل براءت - به عنوان اصل غیر محرزه - تعارض کند مؤدای استصحاب را مقدم می دارند به خاطر این که استصحاب مقداری از کاشفیت واقع را داراست (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰: ۶۹۱/۲).

ب: حجیت مثبتات امارات

یکی از تفاوت های عمده بین امارات و اصول، حجیت مثبتات امارات بدون اصول است؛ به این بیان که اگر نسبت به یک موضوع شرعی، قطع حاصل شود تمام آثار شرعی موضوع و لوازم عقلی و عادی آن حجیت دارد؛ مثلاً با وجود قطع به حیات فردی علاوه بر اثبات اصل حیات، لوازم آن مانند نفس کشیدن و غذا خوردن و لباس داشتن هم اثبات می شود. حال اگر این لوازم دارای آثار شرعی باشد با قطع به موضوع، این آثار هم ثابت می شود؛ لذا اگر اماره ای مانند بینّه از حیات همان فرد خبر دهد بدون شک، آثار شرعی خود این حیات از جمله حرمت تصرف در اموال او و حرمت تزویج همسر او با فرد دیگر معتبر است. علاوه بر آن ظاهراً تمام آثار شرعی لوازم و جوانب حیات با آمدن

اماره قابل تمسک می‌باشد. این اثبات آثار شرعیّه لوازم اماره به عنوان مثبتات امارات مصطلح شده که نزد اصولیان حجّت می‌باشد.

ولی گاهی یک موضوع شرعی توسط اصل عملی احراز می‌شود؛ مثلاً با استصحاب حیات این فرد، آثار شرعی نفس حیات از جمله حرمت تصرف در اموال او و وجوب نفقه همسرش از اموال این زوج معتبر بوده، ولی آثار شرعی لوازم موضوع طبق قول مشهورتر از نظر علمای اصول، حجّیت ندارد؛ بنابراین در این مورد با استصحاب حیات، آثار شرعی لوازم عقلی یا عادی حیات مثل تنفّس آن فرد قابل اخذ نیست؛ و یا به بیان دیگر می‌گویند اصل مثبت، حجّت نیست (مشکینی، ۱۳۷۴: ۶۰-۶۱).

حتی اگر یک اصل، جزو اصول محرزّه هم باشد، مثبتات آن اعتبار ندارد و مثال مشهور آن استصحاب است که آثار شرعی مترتب بر لوازم مستصحاب، حجّیت ندارد؛ حال اگر قاعده در آن جزو امارات باشد لوازم آن قابل اثبات است و طبیعتاً آثار شرعی مترتب بر این لوازم معتبر می‌باشد، ولی اگر از مصادیق اصول عملیه باشد - چه به عنوان اصول محرزّه یا غیر محرزّه - در هر صورت، مثبتات آن حجّیت ندارد بلکه فقط حدّ را بر می‌دارد.

۲- مبانی فقهی قاعده درأ

برای دانستن این که قاعده درأ از امارات یا اصول عملیه یا قاعده فقهیه صرف می‌باشد، باید خصوصیات و ویژگی های این قاعده را در میان مستندات فقهی آن و کلمات فقها در تمسک به این قاعده کشف کنیم تا آن ملاکات را با اوصاف امارات یا اصول عملیه بسنجیم که با کدام یک از آنها قابل تطبیق می‌باشد و این که باید لسان مستندات قاعده درأ را بررسی کرده تا معلوم گردد آیا این قاعده از باب کاشفیت از واقع حجّت قرار داده شده که اماره باشد، چون در موارد شبهه غالباً آن فعل و جرم اتفاق نیفتاده و وجود شبهه، کاشف عدم ثبوت جرم است شارع آن را در باب حدود اعتبار کرده، یا این که در این قاعده صفت حکایت از واقع لحاظ نشده و شرع آن را تعبداً در

باب حدود ملاک قرار داده است؛ یعنی در موارد شبهه، حکم ظاهری عدم ثبوت حد می باشد گرچه شاید طبق نگاه عرف در آن موارد، ثبوت حد به واقع نزدیک تر باشد.

۱-۲- روایات قاعده درأ

اولین مستند این قاعده که مورد توجه فقها و حقوقدانان قرار گرفته، روایات می باشد؛ خصوصاً این که اگر یک قاعده فقهی دارای مستند روایی باشد برای یک فقیه یا حقوقدان استفاده از آن روایت در جهت اطلاق گیری و ملاک حجیت آسان تر می باشد. شیخ صدوق مستند روایی این قاعده را یکبار در کتاب من لایحضره الفقیه از پیامبر صلی الله علیه و آله نقل فرموده اند: «ادْرَءُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳: ۷۴/۴) و بار دیگر در کتاب المقنع ضمن یک فرع فقهی همان روایت را از امیرالمؤمنین علیه السلام نقل کرده اند: «قال أمير المؤمنين - عليه السلام - : ادْرَءُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ» (شیخ صدوق، ۱۴۱۵: ۴۳۷)؛ گرچه هر دو روایت منقول از شیخ صدوق، مرسله می باشد؛ به این صورت که خود او مستقیماً نمی تواند از پیامبر و امیرالمؤمنین علیهما السلام نقل کند بلکه به واسطه روات دیگر این روایت به ایشان رسیده است. چون این واسطه ها را نقل نفرمودند به این روایت مرسله اطلاق می شود که ذاتاً بدون قرائن حجیت ندارد که مرحوم خوئی این حدیث را مرسله و فاقد حجیت دانسته (خوئی، ۱۳۹۶: ۱۶۸/۱) الا این که عده ای راه حل هایی برای جبران ضعف سند آن ارائه کرده اند؛ مانند این که برخی بیان کرده اند وقتی شیخ صدوق با آن مقام علمی و درجه تقوا، روایتی را با قال رسول الله صلی الله علیه و آله نقل می کند یعنی ایشان چقدر به صدور این روایت اطمینان داشته که آن را با «قال» نه «روی» نقل کرده است و قطع شخصیتی مانند شیخ صدوق که صاحب یکی از کتب اربعه حدیثی شیعه می باشد حجیت دارد. در مقابل، گروهی به این توجیه اشکال کرده اند، به این نحو که قطع شیخ صدوق اگر هم ثابت باشد برای همه حجیت ندارد و بعضی دیگر ضعف سند این روایت را با شهرت عملی جبران کرده اند؛ یعنی اکثر فقها به مضمون این روایت در باب حدود عمل کرده اند (موسوی بجنوردی،

۱۴۰۱: ۱/۱۷۶-۱۷۵) و حتی تواتر این روایت هم ادعا شده است (طباطبائی، ۱۴۲۲: ۱۳/۶۱۲).

این روایت در منابع شیعه بدون تفصیل آمده ولی در منابع اهل سنت، همراه قیود دیگر نقل شده است؛ ترمذی در کتاب سنن خود که از منابع معتبر حدیثی اهل سنت می باشد به نقل از عایشه از رسول گرامی اسلام (ص) چنین نقل می کند: (ادْرَوْوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَإِنْ وَجَدْتُمْ لِلْمُسْلِمِ مَخْرَجًا فَخَلُّوا سَبِيلَهُ فَإِنَّ الْإِمَامَ لَأَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ: تا می توانید حدود را از مسلمانان دفع کنید؛ پس اگر راه گریزی را در مورد مسلمانی برای عدم ثبوت حد یافتید، او را رها سازید؛ زیرا اگر حاکم در عفو نمودن خطا کند بهتر از آن است که بی گناهی را مجازات نماید (ترمذی، ۱۳۹۴: ۲/۴۳۸) و در دیگر نقل های منابع اهل سنت به صورت «ادروا الحدود و القتل عن عباد الله ما استطعتم» (سیوطی، ۱۴۰۷: ۱۲۲-۱۲۳) یا «قال رسول الله صلى الله عليه و آله ادفعوا الحدود عن عباد الله ما وجدتم له مدفعاً» ذکر شده است (ابن ماجه، ۱۳۷۳: ۲/۸۵۰) که همه آنها به شدت تأکید دارند که تلاش خود را در جهت عدم ثبوت حد به کار ببندید.

چون حدیث را شیخ صدوق مرسل نقل کرده و چنین روایتی در منابع اهل سنت هم آمده، محتمل است که شیخ صدوق، روایت خود را از منابع آنها اخذ کرده و طبق اصلی که اگر یک روایت در نقلی، ناقص و در طریق دیگری با تفصیل ذکر شده بین این که بگوئیم یک راوی کلماتی را کم کرده یا زیاد کرده، یعنی در تعارض بین اصل عدم زیاده و اصل عدم نقیصه، اصل عدم زیاده مقدم است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰: ۱/۴۶)؛ پس این که بگوئیم شیخ صدوق این روایت را ناقص آورده و کامل نقل نکرده اند، اولویت دارد از این که بیان شود منابع اهل سنت، روایت را زیاده تر از آن چه که از پیامبر (ص) صادر شده، نقل کرده اند؛ گرچه ادعای این که شیخ صدوق روایت حاوی قاعده درأ را از منابع اهل سنت گرفته باشد یقینی نیست ولی بعضی از فقهای امامیه همانند

حدیث مفصل منقول از ترمذی را در کتب فقهی خود آورده و به آن استدلال کرده اند؛ از قبیل شهید ثانی که در کتاب مسالک خود در باب حدود، حکم به عدم ثبوت حدّ در یک فرع را مستند به قاعده درأ می داند و برای حجّیت این قاعده به همین روایت ترمذی تمسک می کند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۴/۳۹۱)؛ یا این که مرحوم موسوی اردبیلی در یک فرع فقهی از باب حدود به همین حدیث استناد کرده است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۱۵۲/۴).

مجموع این قرائن، شاهد قرار می گیرد که در این قاعده درأ حیثیت کاشفیت از واقع لحاظ نشده است؛ چه طبق نقل منابع اهل سنت که بیان می کردند به هر نحوی شده راه فراری برای عدم ثبوت حدّ بیاید و با شبهات، حدود را دفع کنید و این که اگر قاضی در عفو خطا کند، یعنی جایی که واقعاً حدّ را باید ثابت می دانست ولی اشتباه کرده، این خطا در عفو بهتر است از این که جایی در واقع حدّ ثابت نبوده ولی او به ناحق حدّ را ثابت دانسته است؛ این مطالب به صراحت می رساند که کشف واقع مهم نیست و موارد شبهه نشانگر این نیست که غالباً در واقع هم جرمی اتفاق نیفتاده بلکه غرض شارع از این قاعده به نوعی همانند احتیاط در دماء می باشد، اگرچه در مواردی با وجود شبهه حدّ واقعاً ثابت باشد ولی قاضی مکلف است ظاهراً حدّ را از متهم ساقط بداند و چه طبق همان نقل غیر مفصل که در منابع شیعه به صورت (ادْرَأْوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ) بیان شده است. فقها در مراد از مضمون شبهه دچار اختلاف شده اند گرچه عده ای از فقها همانند شهید اول، وجود شبهه را اماره ای دانسته که در واقع با وجود آن، شبهه جرمی محقق نشده (شهید اول، بی تا: ۳۷۷/۱) ولی طبق دیدگاه مرحوم خوئی، مقصود از شبهه دافعه حدّ، جهل قصوری یا تقصیری در مقدمات آن جرم است، ولی اگر فاعل، جاهل مقصر به حکم باشد و در هنگام ارتکاب آن عمل متوجه جهل خود باشد حدّ بر او جاری می باشد (خوئی، ۱۳۹۶: ۱۶۹)؛ یا این که طبق قول امام خمینی (ره) زمانی عنوان شبهه در قاعده درأ ثابت است که ظنّ معتبر بر حلیّت موجود باشد؛ یعنی اگر فرد با وجود ظنّ

معتبر اعتقاد به حلیّت داشته، مثلاً بینه شهادت داده بودند که این زن، شوهر ندارد و او با آن زن ازدواج کرده و با زوجه خیالی خود دخول کرده و بعد مشخص شده است که او شوهر دارد در این موارد حدّ ساقط می‌باشد و وجود این شبهه و ظنّ معتبر بر حلیّت، خود اماره ای بر عدم ثبوت جرم و حدّ می‌باشد (خمینی، ۱۴۳۴: ۴۸۸/۲)؛ لکن صاحب ریاض، وجود صرف ظنّ بر حلیّت را موجب سقوط حدّ دانسته است حتی اگر ظنّ غیر معتبر باشد (طباطبائی، ۱۳۷۰: ۴۱۶/۱۳) ولی گروه دیگری از فقها مانند شهید ثانی، معیار را احتمال حلیّت دانسته که شامل تمام مصادیق احتمال حلیّت می‌شود؛ یعنی فاعل یا مفعول چه ظنّ یا شکّ به حلیّت آن فعل داشته باشد عنوان شبهه صادق است (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۲۹/۱۴) و برخی معاصرین همین نظر را پذیرفته و بیان کرده اند که عرف از کلمه شبهه این معنا را می‌فهمد که واقع با یک امر خیالی اشتباه شده و به خاطر همین شبهه، واقع از این شخص مخفی مانده است؛ حالا در بحث قاعده درأ، چه فاعل شکّ در حلیّت یا حرمت یک فعل داشته باشد یا چه برای مکلف ظنّ به اباحه آن عمل یا قطع به حلیّت حاصل شود در همه این موارد چون واقع از او مخفی مانده، واجد ملاک شبهه می‌باشد؛ بنابراین حدّ در این موارد ثابت نمی‌باشد (محقق داماد، ۱۳۹۲: ۵۳/۴).

پس طبق این بیان، ملاک جریان قاعده درأ، وجود شبهاتی نیست که بتوانند واقع را برای ما به نحوی کشف کنند، گرچه در مواردی که فرد شکّ یا ظنّ غیر معتبر به حلیّت فعلی دارد اماره ای ندارد تا مجوزی برای ارتکاب عمل مشکوک قرار گیرد. جریان چنین عمومیت یا اطلاق در معیار عنوان شبهه بیانگر این می‌باشد که در دفع حدود با شبهات، واقع لحاظ نشده بلکه غرض شارع، مسامحه در اثبات حدود می‌باشد.

۲-۲- بناء گذاری حدود بر تخفیف و آسان گیری

یکی از ادله ای که برای اثبات قاعده درأ مطرح شده، این است که دفع حدود به شبهات، نتیجه و معلول قانون تخفیف و مسامحه شرع در اثبات حدود می‌باشد. با تفحص در قسمت باب حدود الهی مانند حدّ الزنا کشف می‌کنیم که مذاق شارع بر تخفیف در

اثبات جرم و حدود می باشد و به نحوی احکام را جعل کرده تا حتی الامکان جرم ثابت نشود؛ مانند این که برای تحقق عمل زنا نیاز به شهادت چهار مرد یا چهار بار اقرار می باشد و حتی این تخفیف الهی در مواردی قبل از اثبات جرم لحاظ شده، مثل توبه مجرم قبل از شهادت شهود که رافع آن مجازات می باشد (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۷: ۶۸؛ طالبی آشتیانی، ۱۳۹۸: ۲۰۱-۲۰۲).

پس بناء شارع در حدود بر تخفیف است؛ یعنی تا جایی که ممکن است آن جرم را ثابت ندانیم، همان طوری که خود پیامبر صلی الله علیه و آله و امیرالمؤمنین علیه السلام در مورد یکی از اصحاب خود با ایجاد تردید، مانع اقرار او به عمل زنا و اثبات حد بر آن فرد می شدند (تبریزی، ۱۴۱۷: ۶۰).

از طرفی، فقها در موارد بسیاری قبل از استناد به قاعده درأ، برای رفع حدود به مبنای تخفیف در حدود استدلال نموده اند. از این سیره فقها که در اکثر موارد باب حدود، مبنای تخفیف در حدود را با قاعده درأ با همدیگر به عنوان مستندات حکم فقهی خود بیان کرده اند آشکار می گردد که بین تخفیف در حدود و بین قاعده درأ ارتباطی می باشد؛ چون روش شارع بر مسامحه در اثبات حدود قرار داده شده است برای همین، حدود با شبهات رفع می شود و به نوعی ریشه قاعده درأ همان قانون تخفیف در حدود است؛ مانند محقق اردبیلی که در بحث حدود کتاب مجمع الفائده در بسیاری از فروع، مبنای تخفیف در حدود و قاعده درأ را کنار یکدیگر به عنوان مستند فتوای خود برای عدم ثبوت حد در آن فرع فقهی ذکر کرده اند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۴/۱۳-۵۰-۴۶-۱۵۲-۱۲۷). ظاهر قانون تخفیف در حدود عدم حکایتگری از واقع می باشد و مذاق شارع مسامحه در اثبات حدود می باشد و غرض شارع از این قواعد کشف واقع نیست تا قاضی بخواهد با بکارگیری آنها بناء را بر این بگذارد که واقعاً هم جرمی اتفاق نیفتاده است. همچنین قاعده درأ که در راستای قانون تخفیف در حدود می باشد از منظر شرع، کاشفیت از واقع در آن لحاظ نشده، حتی اگر هم وجود شبهه از نظر

عقلاء اماره ای برای دسترسی به واقع و عدم ثبوت آن فعل مشکوک قرار گیرد، ولی شارع در باب حدود این حیثیت کشف از واقع را لحاظ نکرده و قاعده در آن از جهت طریقیّت به سوی واقع حجّت قرار نگرفته است، بلکه این قواعد از باب تخفیف و مسامحه در باب حدود معتبر دانسته شده اند؛ چون شارع به خاطر مصالحی که به آنها علم دارد ارفاق به بندگان خود را اراده کرده، حتی در مواردی با ثبوت جرم، راه حلّ هایی مانند توبه و عفو امام علیه السلام را برای رفع مجازات قرار داده است (علامه حلّی، بی تا: ۲/۲۲۷)؛ لذا طبق این همه قرائن در ادله و مستندات قاعده در آن اماره دانستن آن بعید است.

۳-۲- سیره فقها در تقدیم اصول عملیه بر قاعده در آن

وقتی به کتب فقها در باب حدود رجوع می کنیم گروهی از آنها قاعده در آن را بعد از اصل برائت یا احتیاط در دماء به عنوان یکی از ادله، مستند فتوای خود در آن فرع فقهی قرار داده اند، در حالی که بیان کردیم اعتبار اماره در حجّیت به خاطر لحاظ کاشفیّت از واقع، از اصول عملیه بالاتر دانسته شده اگر قاعده در آن جزو امارات بوده باشد باید آن را قبل از اصول عملیه دلیل قرار می دادند؛ مانند این که صاحب ریاض گفته اند اگر یک طرف از زن و مرد دچار شبهه شوند فقط از فرد صاحب شبهه، حدّ ساقط می شود و اگر مردی در مورد زن اجنبیه دچار اشتباه شود و به خیال این که همسر اوست با او وطی کند فقط حدّ از این مرد ساقط می شود. این فقیه بزرگوار در این حکم، ابتدا به اصل برائت و بعد به قاعده در آن تمسّک کرده اند؛ یعنی چون قاضی نمی داند در مواردی که یک طرف دچار شبهه شده آیا حدّ فقط از او ساقط می شود؟ اصل برائت ذمه قاضی به ثبوت و اجرای حدود حاکم است و ثانیاً، همچنین قاعده در آن در این فرع به خاطر وجود شبهه در ناحیه زوج جریان دارد (طباطبائی، ۱۴۱۸: ۱۵/۴۳۷).

یا این که محقق اردبیلی گفته است که اگر فردی از دهان او بوی شراب استشمام شود حدّ شرب خمر بر او ثابت نمی شود، چون احتیاط و تخفیف در حدود و قاعده در آن

در مورد مذکور، مقتضای عدم ثبوت حدّ می باشد (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۰۰/۱۳)؛ و نیز گروهی دیگر از فقها در بعضی فروعات فقهی، قاعده درأ را بعد از اصول عملیه به عنوان مستند فتوای خود در عدم ثبوت حدّ بیان کرده اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۹۳/۴۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۱۴/۲۷؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۱۳۴/۳). چگونه می شود قاعده درأ را هم‌رتبه امارات دانست در حالی که در عملکرد این گروه از فقها چنین جایگاهی برای این قاعده دیده نمی شود؟

۳- ادله اماریت قاعده درأ

۳-۱- بنای عقلاء

یکی از ادله ای که برخی برای اثبات اماره بودن قاعده درأ به آن تمسک کرده اند جریان بنای عقلاء بر طبق مضمون این قاعده می باشد؛ به این نحو که روش عقلاء در موارد شبهه، بر دفع مجازات می باشد و اصل را بر عدم تحقق جرم و عدم ثبوت جزاء قرار می دهند، زیرا با وجود شبهه، دیگر عنوان جرم محرز نمی باشد تا مجازات مناسب آن را ثابت بدانیم و با شکّ در وقوع جرم، ظنّ نوعی به عدم تحقق آن جرم ایجاد می شود و شارع این ظنّ را از باب تقدیم مصلحتِ اقوی و ترجیحِ اُهم (ترجیح خطا در عفو بر اشتباه در مجازات) معتبر دانسته و چنین بنائی از طرف عقلاء با تأیید شارع، کاشف از واقع می باشد که در عالم خارج هم فعل مجرمانه محقق نشده است (الهامی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۲۶).

نقد دلیل

اولاً: این که اگر مضمون یک قاعده بر اساس بنای عقلاء باشد در همه موارد، مستلزم اماره بودن آن قاعده نیست، چون باید جهت سیره عقلاء را در آن امر کشف کنیم که به چه جهتی عقلاء در آن مورد مذکور چنین رفتار می کنند؛ اگر بنای آنها از جهت کاشفیت قاعده از واقع باشد و همچنین شارع این جهت کشف از واقع را لحاظ کرده باشد در این صورت، حکم به اماریت آن قاعده می شود؛ برخلاف قاعده قرعه که یکی

از مبانی حجّیت آن بنای عقلا می‌باشد ولی با این وجود، آن را جزو اصول عملیه دانسته و بنای عقلاء در جهت حجّیت قرعه به خاطر کاشفیت از واقع نیست، بلکه ملاک آن، ترجیح مصلحت حلّ و فصل اختلافات در منازعات می‌باشد (محمّدی، ۱۳۸۵: ۱۰۲).

ثانیاً: یکی از قواعدی که می‌تواند به نوعی مبانی حجّیت قاعده درأ قرار بگیرد اصاله الصّحه می‌باشد. یکی از معانی اصل صحت این است که اگر مسلمانی فعلی از او صادر شده باید حمل بر وجه صحیح و حلال شود؛ مثلاً اگر عمل وطی بین دو نفر واقع شده و آنها ادّعای زوجیت دارند و ما نمی‌دانیم آیا وطی در دائره زوجیت اتفاق افتاده است طبق دلالت اصل صحت، فعل آن دو را بر وطی حلال حمل می‌کنیم (عبداللهی، ۱۳۸۸: ۱۰۳)؛ در مورد شبهات هم که نمی‌دانیم مثلاً جرم، اتفاق افتاده تا فرد، مستحقّ حدّ باشد باید فعل متّهم بر وجه حلال حمل شود و حدود را به دلالت قاعده درأ از او دفع کنیم. در مورد اصاله الصّحه با این که عمده دلیل بر حجّیت آن، سیره عقلاء دانسته شده ولی عده ای مانند شیخ انصاری و نائینی و موسوی بجنوردی، قاعده اصل صحت را از اصول عملیه دانسته و جهت بنای عقلاء را در حجّیت این اصل، لحاظ طریقیّت به سوی واقع ندانسته اند، بلکه رفتار عقلاء در حمل افعال دیگران بر وجه صحیح، حکم عقل در قبح اختلال نظام بوده، والا اگر در هر موردی به صرف شک، اقامه بینه و دلیل را لازم بدانیم منجر به اختلال نظام در جامعه یا عسر و حرج می‌شود.

طبق لسان ادله قاعده درأ، حجّیت این قاعده به خاطر حفظ احتیاط در دماء می‌باشد، چون بحث حدود خصوصاً حدودی که همراه با خونریزی می‌باشد مسأله بسیار مهمّی است که روش عقلاء در امور مهمّ، اجرای احتیاط می‌باشد حتی اگر احتمال بدهیم که جهت رفتار عقلاء عمل به احتیاط می‌باشد استدلال به بنای عقلاء برای احراز کاشفیت از واقع قابل خدشه است. مضافاً به این که حتی اگر قبول کنیم بنای عقلاء در دفع مجازات در موارد شبهه به این خاطر است که وجود شبهه، اماره ای است که در واقع جرمی محقّق نشده، مستلزم اماریت قاعده درأ نیست، الا این که اثبات کنیم همچنین

شارع قاعده درأ را از لحاظ کاشفیت از واقع حجت دانسته است؛ در حالی که طبق لسان ادله این قاعده، حجیت آن به خاطر احتیاط در دماء و تخفیف در حدود می باشد خصوصاً این که خود مستدل در تمسک به بنای عقلاء در مورد مضمون قاعده درأ اشاره کرده که حجیت این قاعده در نزد شارع به خاطر تقدیم مصلحت اهم بوده است؛ یعنی شارع در جهت حفظ احتیاط، حکم به دفع حدود در موارد شبهه کرده است.

۲-۳- تقدیم قاعده درأ بر استصحاب

یکی از قرائنی که گروهی به عنوان دلیل بر اماریت قاعده درأ به آن تمسک کرده اند تقدیم این قاعده در تعارض با استصحاب می باشد؛ مانند این که اگر ثبوت حکم یا موضوع حد در زمان گذشته یقینی بوده و در زمان آینده در بقای آن حکم یا موضوع به خاطر عروض شبهه شک کنیم استصحاب، مقتضی ثبوت حد می باشد؛ مثلاً فردی ادعا می کند نسبت به وقوع این زن در عدّه جهل داشته و برای همین با او ازدواج و وطی کرده است. استصحاب عدم زوجیت، مقتضی ثبوت حد می باشد لکن قاعده درأ، بر عدم ثبوت حد با وجود شبهه دلالت می کند. فقها با استناد به قاعده درأ حدود را مرتفع دانسته اند، از اینرو قاعده درأ جزو امارات می باشد که در تعارض با استصحاب بر آن مقدم شده است (الهامی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۲۶).

نقد دلیل

اولاً: در تعارض بین استصحاب و قاعده درأ، بین فقها اتفاق نظر وجود ندارد بلکه نظرات مختلفی ارائه شده است: ۱- تقدیم قاعده درأ بر استصحاب، ۲- تقدیم استصحاب بر قاعده درأ، ۳- شک و تردید در مسأله، ۴- تفصیل بین تقدیم قاعده درأ در باب حدود و تعزیرات و تقدیم استصحاب در باب قصاص و دیات (زنکی آبادی، ۱۳۹۹: ۴۱۵)؛ بنابراین در دیدگاه تمام فقها در تقدیم قاعده درأ بر استصحاب، اجماع وجود ندارد تا بتوانیم به آسانی از تقدیم این قاعده بر استصحاب، اماره بودن قاعده درأ را کشف کنیم و با وجود این اختلافات، اصل تقدیم قاعده درأ بر استصحاب در همه موارد قطعی نیست.

ثانیاً: تقدیم قاعده در آن موارد و حکم به عدم ثبوت حدود به معنای عدم حجیت اصل استصحاب در آن فرع نمی باشد، زیرا ثبوت حدّ از طریق استصحاب به واسطه اصل مثبت می باشد که اصولیان اصل مثبت، یعنی اثر شرعی با واسطه عقلی یا عادی را حجّت نمی دانند؛ مانند این که فردی بداند که در این ظرف قبلاً شراب بوده ولی بعد از ساعتی شکّ می کند که آیا این خمر تبدیل به سرکه شده است به گمان این که سرکه شده آن مایع مشکوک را می نوشد؛ گرچه حکم استصحاب در این مورد، خمریت آن مایع می باشد لکن لازمه عقلی مستصحب این است که آن فرد همین خمر مذکور را نوشیده و در نتیجه، ثبوت حدّ به واسطه ملازمه عقلی مستصحب می باشد که در نزد اصولیان چنین اثر شرعی به عنوان اصل مثبت قلمداد می شود و حجّت ندارد؛ پس تقدیم قاعده در آن و حکم به عدم ثبوت حدّ در این فرع فقهی لزوماً به خاطر اماره دانستن قاعده در آن و تقدیم اماره بر اصول عملیه نمی باشد.

ثالثاً: صرف تقدیم هر قاعده ای بر اصول عملیه مانند استصحاب، دلالت بر اماره بودن آن قاعده نمی کند بلکه در بعضی مواقع چون قاعده مدّ نظر جزو اصول محرز و تنزیله می باشد بر اصول عملیه مقدّم می شود.

اشکال

استصحاب هم جزو اصول محرز می باشد، پس چگونه در فرض تعارض استصحاب با اصل محرز دیگر به نام قاعده در آن، حکم به تقدیم قاعده در آن می شود؟ در حالی که وقتی دو اصل در یک رتبه هستند در فرض تعارض، دلیلی بر رجحان یکی بر دیگری نیست.

جواب اشکال

اگر بخواهیم در تعارض بین آن قاعده و استصحاب، دائماً استصحاب را مقدّم بداریم دیگر مصداقی برای جریان آن قاعده نمی ماند، یا بسیار کم می باشد که در حکم عدم است و با فلسفه قاعده بودن و کلیت آن سازگار نمی باشد، همان طوری که اصل صحّت،

جزو اصول محرزه قرار داده شده که تقدیم آن بر استصحاب به خاطر اماره بودن اصاله الصَّحَّه نیست، بلکه این اصل، جزو اصول محرزه می باشد که فرد با وجود سیره عقلاء بر صَحَّت، دیگر متحیر نمی ماند تا بخواهد با استصحاب شک خود را برطرف کند؛ مضافاً به این که در موارد شرائط متعاقدين و عوضین معمولاً استصحابات عدمی جاری است مانند شک در مالکیت بایع، که مقتضای استصحاب عدم ملکیت بایع می باشد و در نتیجه، این معامله مشکوک فاسد است ولی اگر بخواهیم در این موارد استصحاب را بر اصل صَحَّت مقدم بداریم دیگر موردی بر جریان این اصل در معاملات باقی نمی ماند یا مصادیق بسیار کمی را شامل می شود که در این صورت، تشریع چنین اصلی لغو و قبیح می باشد و حال آن که از شارع حکیم، امر لغو و قبیح صادر نمی شود؛ لکن استصحاب مصادیق بسیاری دارد که یکی از آنها موارد شک در صَحَّت و فساد یک عمل یا معامله می باشد که حالت سابقه آن فعل، عدم صَحَّت است و اصل صَحَّت فقط در همین موارد خاص از موضوعات استصحاب حکم دارد که موضوع آن شک در صَحَّت یا فساد یک عمل یا معامله باشد که در این موارد، اصاله الصَّحَّه دلالت بر صَحَّت وقوع فعل می کند و در غیر این مصادیق، دلیل استصحاب همچنان حاکم است و بر عمومیت خود باقی است و به نوعی تقدیم اصل صَحَّت بر استصحاب، از باب تقدیم خاص بر عام شمرده می شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳۰۹/۱).

قاعده درأ به خاطر بنای عقلاء بر طبق آن، به نوعی کاشفیت از واقع دارد؛ گرچه شارع آن را لحاظ نکرده است، در این صورت به خاطر جریان بنای عقلاء و دارا بودن مقداری از کاشفیت نسبت به واقع، جزو اصول تنزیلی یا احرازی قلمداد می شود که مرتبه آن از اصول غیر محرزه بالاتر دانسته شده است. از آنجا که ممکن و محتمل است ریشه قاعده درأ را اصل صَحَّت بدانیم همان معامله اصاله الصَّحَّه را با این قاعده انجام می دهیم. در هر صورت، وقتی قاعده ای جزو اصول احرازی باشد بر استصحاب مقدم می شود، زیرا با وجود دفع شبهه به وسیله قاعده درأ، دیگر فرد در ثبوت حد متحیر نمی

ماند تا بخواهد از استصحاب برای ثبوت حدّ و دفع شبهه کمک بگیرد؛ حتی اگر کسی ادّعا کند در این موارد، استصحاب مقدّم می‌شود دیگر موردی برای جریان قاعده درّاً قابل تصوّر نیست، زیرا غالباً در موارد شبهه استصحابات عدمیه مانند عدم اکراه و نیشان و خطا و شبهه، دلالت بر ثبوت حدّ دارند و اگر استصحابات عدمیه در موارد شبهه جاری شود دیگر قاعده درّاً مصداق پیدا نمی‌کند، و یا آنقدر مصادیق کمی برای این قاعده باقی می‌ماند که با اهمّیت و تأکید فراوان نسبت به این قاعده در روایات و فتاوی فقها سازگار نیست.

۴- دلیل بر اصل محرزیت قاعده درّاً

بر اساس لسان ادله درّاً بیان کردیم که در نزد شارع، کاشفیت از واقع برای این قاعده لحاظ نشده تا بتوانیم این قاعده را جزو امارات بدانیم؛ بلکه فقط به عنوان وسیله تخفیف در حدود قرار داده شده است که غرض شارع را ایفاء می‌کند و از طرفی، محلّ جریان این قاعده با اصل برائت یا احتیاط مشترک می‌باشد. به این بیان که شبهه اگر در عنصر قانونی باشد؛ به این نحو که نمی‌دانیم آیا فلان عمل از نظر قانونی دارای مجازات می‌باشد که مثل همان شبهه حکمیه در فقه است که در حکم فعل شکّ می‌شود، مانند این که کسی یک جرم را چند بار تکرار می‌کند و ما مردّد هستیم آیا ارتکاب آن عمل مجرمانه در مرتبه سوم سبب مجازات قتل می‌شود؟ در این موارد، فقها و حقوقدانان طبق قاعده درّاً، به عدم ثبوت مجازات قتل در مرتبه سوم حکم می‌کنند (ترابی شهرضایی، ۱۳۹۰: ۳۱۷/۲) و از طرفی، مقتضی اصل برائت، عدم ثبوت حکم و قانون در موارد مشکوک است که بالتّبع موجب عدم ثبوت حدّ می‌شود و اگر شبهه در عنصر معنوی باشد؛ یعنی عملی قطعاً واقع شده ولی نمی‌دانیم آیا این عمل همراه با قصد و علم به جرم بودن از فاعل صادر شده است که در این صورت به خاطر وجود شبهه، قصد متّهم در ارتکاب آن فعل محرز نیست یا شبهه در عنصر مادی وجود دارد که قاضی در صدور عمل مجرمانه از سوی متّهم شکّ دارد؛ همچنین قاعده درّاً در این دو مورد جاری است

و از طرفی هم حکم دفع حدود، مقتضای اصل احتیاط در حفظ جان می باشد؛ حال اگر قاعده درأ همانند اصل براءت و احتیاط جزو اصول عملیه غیر محرز باشد چه نیازی بود که شارع آن را مستقلاً جعل کند؛ پس این قاعده یک خصوصیت ویژه ای دارد که در براءت و احتیاط وجود ندارد و اگر قاعده درأ جزو اصول غیر محرز باشد در تمام موارد تعارض استصحاب با این قاعده، استصحاب مقدم می شود؛ چون استصحاب، یک اصل عملیه محرز است و در موارد تعارض با تقدیم استصحاب، محل جریان این قاعده بسیار ضیق می شود که با غرض شارع یعنی تخفیف در حدود سازگار نیست و از طرفی بنای عقلاء در موارد شبهه به نوعی نظر به واقع دارد؛ یعنی در موارد شبهه، حکم به عدم تحقق جرم به واقع نزدیک تر است و عمل عقلاء بر صرف تعبّد نیست؛ با توجه به این قرائن، قاعده درأ جزو اصول محرز می باشد که باید رتبه آن را از اصل براءت و احتیاط بالاتر و از امارات پائین تر دانست.

۵- آثار اصل بودن قاعده درأ

یکی از نکات مهم در هر اختلافی، بیان نتایج براساس تفاوت در مبنا می باشد. طبق این بیان بعد از این که قاعده درأ را جزو اصول عملیه دانستیم باید آثار اصل دانستن این قاعده را تبیین کنیم.

۵-۱- عدم حجّیت مثبتات قاعده درأ

وقتی دلیل یا قاعده ای جزو امارات باشد تمام آثار شرعیّه مورد اماره و لوازم آن - حتی لوازم عقلی و عادی - قابل اثبات و دارای حجّیت است؛ چون مؤدای اماره حاکی از واقع می باشد همانند قطع، تمام آثار واقع را اثبات می کند؛ لکن فقها در مورد قاعده درأ به این خصوصیت ملتزم نشده اند و مؤدای قاعده درأ را به منزله واقع محسوب نکرده، بلکه تنها ویژگی قاعده درأ را رفع حدود بیان کرده اند؛ در حالی که لازمه امارت این قاعده ترتّب تمام آثار می باشد. برای نمونه، به فروعاتی از باب حدود در کلمات فقها اشاره می کنیم که با وجود شبهه و تمسّک به قاعده درأ فقط حدود را ساقط دانسته اند.

الف: مثال اول (رفع حدود با ادّعی زوجیت و عدم ترتّب سایر آثار)

اگر زن و مردی که مرتکب عمل وطی شده در نزد قاضی ادّعی زوجیت کنند با این ادّعا و حصول شبهه، حدّ از او بدون نیاز به یبّنه یا قسم ساقط می‌شود؛ ولی اثبات احکام زوجیت مانند وجوب نفقه و ارث بردن و دیگر احکام زوجیت، منوط به اقامه یبّنه می‌باشد (فیض کاشانی، بی تا: ۶۴/۲). اگر قاعده درآ را جزو امارات بدانیم؛ یعنی وجود شبهه در این فرع اماره می‌باشد که در واقع هم جرمی اتفاق نیفتاده است همچنین قاضی باید ملتزم باشد که حکم واقعی، عدم ثبوت حدّ می‌باشد و التزام به این امور مترتب است که ما ادّعی زوجیت را به منزله واقع بدانیم و بر فرض قبول این ادّعا حدّ واقعاً ساقط باشد و بالتبع هم باید لوازم زوجیت را ملتزم شد همان طور که در همین فرع، اگر یبّنه بر زوجیت طرفین اقامه می‌شد تمام آثار زوجیت از جمله توارث و وجوب تمکین و نفقه قابل اثبات بود؛ در حالی که مفاد قاعده درآ حکایت از واقع نیست، بلکه فقط در صدد این است که باید تعبداً بناء را بر عدم وقوع جرم و حدّ بگذاریم و این قاعده تنها باعث رفع حدود می‌شود.

ب: مثال دوم (رفع حدود با ادّعی اکراه بدون تحقّق باقی آثار)

اگر زنی ادّعا کند که در عمل وطی مجبور بوده است با ادّعی اکراه، حدّ از او برداشته می‌شود ولی لازمه اش ثبوت حدّ اکراه بر مرد نیست با این که حدّ اکراه در زنا، قتل می‌باشد و فقط اگر آن مرد هم ادّعی شبهه نداشته باشد حدّ زنا بر او ثابت می‌باشد، در صورتی که غیر محصن باشد فقط باید حدّ صد ضربه شلاق بر او اجراء شود (گلپایگانی، ۱۴۱۲: ۵۹/۱) اگر در این فرع فقهی یبّنه بر اکراه موجود بود علاوه بر رفع حدّ از آن زن، حدّ اکراه را بر آن مرد ثابت می‌کرد ولی قاعده درآ فقط حدود را دفع کرده و دیگر آثار شرعی را به دنبال ندارد.

۶- توسعه در مفهوم شبهه مسقطه حدّ

در مورد قاعده درأ یک فرق عمده دیگر هم متصور می‌باشد. عده ای که قاعده درأ را جزو امارات دانسته اند می‌توانند یک حدّ عقلائی برای موارد شبهه تعیین کنند که هر شبهه ای مسقط حدود نمی‌باشد بلکه باید مواردی از شبهه را رافع حدود دانست که طبق نظر عقلاء قدرت آن شبهه در حدّی باشد که بتواند نشانه بر عدم وقوع فعل مجرمانه قرار گیرد؛ مثلاً صرف هر ادّعی جھلی به حکم پذیرفته نمی‌شود، مانند کسی که شرب خمر کرده و ادّعی جھل به حرمت می‌کند. طبق روایت او را به نزد مسلمانان دیگر می‌بریم تا مشخص شود آیا کسی آیه تحریم شرب خمر را بر او تلاوت نکرده تا ادّعی جھلش را رافع حدّ بدانیم، ولی ادّعی اکراه از سوی زن را بدون شاهد و تحقیق قبول می‌کنیم، زیرا معقول نیست زن در آن حالت بر اکراه خود شاهد داشته باشد؛ پس در تفسیر شبهه نباید دچار افراط یا تفریط شویم بلکه باید یک معیار عقلائی برای آن در نظر گرفته که در چه مواردی از شبهه، عقلاء احتمال عدم وقوع جرم را در خارج می‌پذیرند (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۷: ۸۶)؛ ولی اگر این قاعده را زیر مجموعه اصول محرزہ بدانیم که شارع به خاطر اغراض خاصّ مدّ نظر خود، حکم به دفع حدود کرده است در این صورت، جریان این قاعده منوط به حدّ عقلائی نیست بلکه در هر محلّی که معنای شبهه صادق باشد به نحوی که با وجود آن شبهه، یقین به وقوع جرم از سوی متّهم نداریم مطابق این قاعده، حکم به سقوط حدّ می‌شود و اگر در مواردی به وسیله خود روایات یا اجماع فقها دائرہ شبهه مضیق دانسته شود به آن ملتزم می‌شویم، ولی در غیر این موارد، صدق عنوان شبهه و عدم قطع به صدور جرم برای حکم به دفع حدود کافی است و این عمومیت سبب جریان قاعده درأ در شبهات موضوعیه و حکمیه می‌شود و چه شبهه نسبت به متّهم باشد یا از طرف قاضی و چه شبهه خطاء و اکراه در انتساب فعل مجرمانه به فاعل باشد در همه این موارد، به خاطر وسعت مفهوم شبهه قاعده درأ جاری و سبب سقوط حدّ است (پوربافرانی، ۱۳۹۹: ۱۳۳).

نتیجه گیری

لسان ادله قاعده درأ، از جمله روایات و سیره فقها و حکمت تخفیف در حدود، در مجموع نشانگر این است که شارع در حجیت این قاعده جنبه کاشفیت از واقع را لحاظ نکرده و حال آن که حجیت شرعی امارات به جهت کشف از واقع است؛ ولی در سیره شارع در باب حدود بیشتر به توسعه و آسان گرفتن بر مردم توجه شده است. همچنین اثر اجرای این قاعده در سیره فقها و حقوقدانان، فقط دفع حدود دانسته شده است در حالی که امارات، آثار شرعی موضوع و لوازم خود را اثبات می کند؛ در نتیجه، میزان اعتباری که به قاعده درأ در شرع داده شده است با امارت آن سازگار نیست و از طرفی همانند اصل برائت به عنوان یک اصل عملی محض با این قاعده برخورد نشده است خصوصاً طبق حکمت این حکم که تخفیف در حدود باشد، زیرا اگر قاعده درأ را جزو اصول عملیه محض بشماریم نمی تواند با استصحاب مقابله کند؛ در نتیجه، محل جریان این قاعده در فروع فقهی بسیار ناچیز می شود که با سیره تخفیفی شارع در این باب هماهنگی ندارد و همه این قرائن در کنار هم، با اصل محرزه بودن این قاعده بیشتر سازگار است.

منابع

- ابن ماجه، محمد بن یزید قزوینی (۱۳۷۳ق)، سنن ابن ماجه، ج ۳، قاهره: مطبعة الحلبي القاهرة.
- اردبیلی (محقق)، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، ج ۱۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- الهامی، رضا؛ محمدی، سید سجاد؛ آقاپور، کمال (۱۳۹۷)، تعارض استصحاب و قاعده درأ در فقه جزایی، فصلنامه پژوهشی فقه، ۹۵، ۱۰۸-۱۳۲.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۹ق)، فرائد الاصول، ج ۲، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- پورباقرانی، محمود (۱۳۹۹)، شمول شبهه در قاعده درأ، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۲، ۱۰۷-۱۳۶.
- تبریزی، میرزا جواد (۱۴۱۷ق)، أسس الحدود و التعزیرات، قم: دفتر مؤلف.

- ترابی شهرضایی، علی اکبر (۱۳۹۰)، **آئین کیفری در اسلام**، ج ۲، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- الترمذی، محمد بن عیسی (۱۳۹۴ق)، **سنن الترمذی**، ج ۲، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام**، ج ۱۴، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- حاجی ده آبادی، أحمد (۱۳۸۷)، **قواعد فقه جزایی**، قم: چاپ زیتون.
- حکیم، محمدتقی (۱۴۲۷ق)، **الاصول العامه للفقه المقارن**، ج ۲، بیروت: المجمع العالمی لأهل البيت علیهم السلام.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (بی تا)، **تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه**، ج ۲، مشهد: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۳۴ق)، **تحریر الوسیله**، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۹۶ق)، **مبانی تکمله المنهاج**، ج ۱، ج ۲، نجف اشرف: مطبعه الآداب.
- زنگی آبادی، حمیدرضا (۱۳۹۹)، **تقدّم یا تأخّر (ادلّه) استصحاب بر قاعده درأ**، پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۵۲، ۴۱۵-۴۳۸.
- ساداتی، سید محمد مهدی (۱۳۹۵)، **شرایط اعمال قاعده درأ در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۴، ۱۱۳-۱۴۶.
- سبزواری، سید عبدالأعلى (۱۴۱۳ق)، **مهذب الأحکام**، ج ۲۷، ج ۴، قم: مؤسسه المنار.
- سیوطی، جلال الدین (۱۴۰۷ق)، **الأشباه والنظائر**، بیروت، بی تا.
- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی (۱۴۱۳ق)، **من لایحضره الفقیه**، ج ۴، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی (۱۴۱۵ق)، **المقنع**، قم: مؤسسه امام هادی علیه السلام.
- طالبی آشتیانی، محمد (۱۳۹۸)، **مبانی فقهی قاعده تخفیف و مسامحه در مجازات های حدی و تعزیری**، حقوق اسلامی، ۶۰، ۱۸۵-۲۱۱.
- طباطبائی (صاحب ریاض)، سید علی (۱۴۱۸ق)، **ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل**، ج ۱۵، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

- طباطبائی (صاحب ریاض)، سید علی (۱۴۲۲ق)، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (بی تا)، **القواعد و الفوائد**، ج ۱، قم: کتابفروشی مفید.
- عبد اللهی، عبدالکریم (۱۳۸۸)، **قواعدی از فقه**، قم: بوستان کتاب.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۷)، **قواعد فقه**، ج ۲، چ ۴، تهران: سمت.
- فیض کاشانی، محمدحسن (بی تا)، **مفاتیح الشرائع**، ج ۲، قم: کتابخانه آیه الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۶۲)، **مباحثی از اصول فقه**، ج ۳، تهران: مرکز نشر اسلامی.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۲)، **قواعد فقه**، ج ۴، چ ۲۶، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۵)، **قواعد فقه**، ج ۸، تهران: میزان.
- مشکینی، علی (۱۳۷۴)، **اصطلاحات الاصول**، چ ۶، قم: الهادی.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۷۵)، **اصول الفقه**، ج ۲، چ ۵، قم: اسماعیلیان.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۰)، **القواعد الفقهیه**، ج ۱، چ ۳، قم: مدرسه الامام علی ابن ابیطالب علیه السلام.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۷ق)، **فقه الحدود و التعزیرات**، ج ۳ و ۴، چ ۲، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید.
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۸۰)، **منتهی الاصول**، ج ۲، تهران: عروج.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۴۰۱ق)، **قواعد فقهیه**، ج ۱، چ ۳، تهران: عروج.
- موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۳ق)، **الدر المنضود فی احکام الحدود**، ج ۱، قم: دار القرآن الکریم.
- نائینی، محمدحسین (۱۴۰۴ق)، **فوائد الاصول**، ج ۴، تقریر: محمدعلی کاظمی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۴۱، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی.