

پژوهشی در قاعده فقهی *دَرءُ الحَدِّ*

محمد تقی فخلعی

دانشکده الهیات، دانشگاه تهران

چکیده

یکی از قواعد مهم فقهی که در حقوق جزای اسلام اهمیت زیادی دارد، قاعده «دَرءُ الحَدِّ» است نام این قاعده از حدیث نبوی مشهور و متفق بین شیعه و اهل سنت یعنی حدیث «ادروا الحدود بالشبهات» اتخاذ و مفهوم آن مورد تسالم همه فقهای اسلام واقع شده است. براساس این قاعده در صورت حدوث هرگونه شبهه‌ای، چه در مقام ثبوت برای عامل جرم و چه «مقام اثبات و دادرسی برای قاضی شرع، حدود و مجازاتهای شرعی ساقط می‌شود. قاعده «دَرءُ الحَدِّ» بیانگر روح تخفیف و تسامحی است که اساس تشریحات جزایی اسلام را تشکیل داده و تا حد زیادی تأمین‌کننده امنیت متهمان به جرایم است؛ همچنین نشان‌دهنده اهتمام عظیمی است که اسلام به حرمت و شخصیت انسانها به خرج داده و مانع از کیفر و مجازات بی دلیل و اثبات نشده آنان می‌شود. فقهای اسلام بحثهای گوناگونی را پیرامون این قاعده و تقسیم شبهات و اقسام مجازات شرعی که موضوع این قاعده است مطرح کرده‌اند. بررسی تطبیقی نظریات فقهی فقهای اسلام و نیز آرای حقوق دانان جدید از جمله اهدافی است که در این گفتار دنبال شده است.

کلید واژه‌ها

قاعده فقهی، حد (حدود)، تعزیر و قصاص، *دَرءُ الحَدِّ*، شبهه دارئه، شبهه موضوعیه، شبهه حکمیه، شبهه جهل، شبهه اکراه، شبهه قاضی، شبهه عامل، تخفیف و تسامح، اصل برائت، جهل قصوری، جهل تقصیری.

پیشگفتار

شناخت ویژگیهای نظام کیفری اسلام از جمله بایسته‌های مهم زمان حاضر است. این مسأله لااقل از دو جهت حایز اهمیت است:

اول: ارائه چهره کامل و درست از ابعاد مختلف قوانین و مقررات جزایی اسلام و اهداف و مقاصد آن و دفاع منطقی و مستدل در برابر سؤالها، اعتراضها و شبهات گوناگونی که همه روزه به گونه‌ای جدید رُخ نموده و اذهان بسیاری را سرگشته می‌سازد.

دوم: از رهگذر فهم و تحلیل درست و منطقی مقررات جزایی اسلام است که می‌توان به اجرای آن در صحنه حیات اجتماعی امید داشت. به‌ویژه ما که همچنان مدّعی احیای شریعت در تمامی زمینه‌ها هستیم، بیش از پیش نیازمند آنیم که در تمامی مراحل تقنین و تدبیر، التزام و پای‌بند خود را به حدود الهی و شرعی نشان داده و در صورت لزوم با بازنگری احوال گذشته خود در صدد اصلاحات لازم به‌ویژه در شؤون قضایی برآییم.

در آغاز اشاراتی گذرا به برخی از مهمترین ویژگیهای عمومی نظام کیفری اسلام می‌نماییم:

۱- به یقین تمامی تشریحات اسلامی مبتنی به مصالح واقعی و ارزشهایی اساسی همچون دین، عقل، جان، مال و ناموس است و صیانت از آنها غایت قصوای همه تشریحات می‌باشد. از نظر اسلام هر پدیده رفتاری که با این مصالح و ارزشها متعارض باشد پدیده و رفتار مجرمانه تلقی می‌شود که در پاره‌ای موارد در برابر آن کیفرهای معینی نهاده شده و در پاره‌ای دیگر صلاحیت تعیین کیفرهای متناسب با حجم جرم، شخصیت مجرم و مصالح اجتماعی به حکام شرع و کارگزاران امر قضا تفویض شده است.

۲- در جهان بینی اسلامی خداوند مظهر لطف و مهربانی و تمام آفرینش تجلی رحمانیت اوست. همین رحمت و مهربانی زمینه اساسی تشریحات الهی را تشکیل می‌دهد. حتی مقررات کیفری نیز آکنده از جنبه‌های رحمت‌آمیز و مهربانانه بوده و سیمای مهربانی و عطوفت بر چهره قهر و غضب و شدت غلبه دارد. خلاصه آن که ردپای سبقت گرفتن رحمت خداوند بر غضب او را در جای جای عالم تکوین و

تشریح می‌توان جست‌وجو نمود.^۱

۳- با نگاهی جامع به تشریحات اسلامی به درستی پی می‌بریم از آن‌جا که مقصد اصلی تشریحات کمال و رشد انسان است، برخی روشها و ابزارها نسبت به برخی دیگر از مرتبه‌ای پیش‌تر برخوردارند برای مثال در اسلام قبل از اقدامات کیفری به روشهای تربیتی و اصلاحی عنایت ویژه‌ای شده است و بی‌گمان کوشش در راه نشر ارزشهای اخلاقی و نفوس و گسترش جاذبه‌های فطری و زیبایی‌های اخلاقی بیش و پیش از هر اقدام دیگری حایز اهمیت است. در این میان یکی از مهمترین وظایف حکومت دینی آن است که با به‌کارگیری روشهای کارآمد و به‌خدمت‌گرفتن تمامی امکانات فرهنگی و تربیتی در رسیدن به این اهداف گام برداشته و بکوشد فضای عمومی جامعه را معنوی، اخلاقی و پیراسته از آلایشها بار آورد و اساساً ملاک دینی بودن یک نظام توفیق‌مندی آن در تربیت دینی مردم است. هنر آن نیست که شلاق مجازات در دست گرفته و دائماً به تعقیب مجرمان پرداخته و هر روزه بر طول و عرض دستگاه قضایی و نهادهای متصدی مجازات افزوده شود. بلکه هنر آن است که نیازهای ضروری و طبیعی مردم شناسایی شده و در کوشش مستمر با زدودن آثار فقر، محرومیت و تحقق عدالت اجتماعی و توسعه رفاه و امنیت عمومی و گسترش فرهنگ، معنویت و تربیت دینی زمینه‌های جرم و بزهکاری از بین برود.^۲

۱- در برخی ادعیه مأثوره می‌خوانیم: «يَا مَنْ سَبَقَتْ رَحْمَتُهُ غَضَبَهُ».

۲- متأسفانه یکی از پندارهای غلط رایج در میان بسیاری از مسلمانان ساده‌اندیش آن است که اجرای حدود و مجازاتهای شرعی و التزام به ظواهر دینی را مهمترین ملاک و شاخصه حکومت دینی می‌شمارند. به‌طور مثال در هر جامعه‌ای که حاکمان آن دستان بیشتری را بریده و زانبان زیادی را شلاق زده یا سنگسار کند حکومت در آن‌جا دینی‌تر است. بر این اساس حکومت پادشاهی عربستان دینی‌ترین حکومتهاست. نگارنده با مخاطبان بسیاری از جهان اسلام مواجه شده که مهمترین پرسشی را که پیراوند تحولات ایران پس از انقلاب طرح می‌کردند این بود که آیا در ایران حدود شرعی عمل می‌شود؟ و آیا دست‌دزد بریده می‌شود؟ و ... و آیا زنان با پوشش اسلامی رفت و آمد می‌کنند؟ و آیا مشروب‌فروشیها تعطیل شده است؟ و مانند آن. در این نگاه‌ظاهر بینانه عناصری اساسی همچون دانش، تربیت، اخلاق، تقوا، عدالت و معیشت مورد غفلت است.

۴- این که آموزش، تربیت، عدالت و رفاه و مانند آن بتواند ریشه پدیده‌های مجرمانه را به طور نهایی بخشکاند و زمینه‌های جرم را کاملاً از بین ببرد پنداری بیهوده است؛ چراکه همیشه تاریخ و حتی در بهترین شرایط اجتماعی و اقتصادی همواره انسانهای وارونه‌ای هستند که روشهای سازندگی و اقدامات تربیتی در آنها کارگر نمی‌افتد و افزون خواهی آنها را مصرّانه به وادی جرم می‌کشاند. در این هنگام به حکم عقل و منطق باید در برابر این دسته ایستاد و این جا ضرورت به کار گرفتن اقدامات قضایی و کیفری معنی می‌یابد. بنابراین هیچ جامعه‌ای نمی‌تواند از داشتن تشکیلات قضایی متین و نیرومند و صالح بی‌نیاز باشد. ولی توجه به این نکته ضروری است که به نظر اسلام همواره اقدامات جزایی از دیگر روشها متأخر و به تعبیر معروف «أخرا الدّواء الکلّی» زخمی را که به هیچ دارویی علاج نشود، گداختن چاره آن است. البته نیاز به گداختن در یک جامعه آرمانی نیازی حداقلی است.

۵- در نگاه اسلام، انسان موجودی است بسیار ارزشمند، مشمول کرامت الهی، حامل امانت خداوندی و شایسته انصاف به اسماء الهی. از نظر اسلام جان، مال و حیثیت انسان بسیار محترم است و یکی از وظایف مهم نهادهای حکومتی و متصدیان امور قضایی صیانت از امنیت عمومی انسانهاست. بر این اساس تا زمانی که دلایل جرم و مجازات به درستی اثبات نشده باشد، اصل، بر براءت انسانهاست. در این راستا جهت‌گیری مقررات جزایی اسلام هرگز اصرار بر اثبات جرم و مچ‌گیری مجرمان و مجازات آنان نیست بلکه از آن جا که مقصد اصلاح مجتمعی و قمع ماده فساد است، چه بهتر که با مسامحه و نرمش هر چه بیشتر مجرمان قانون و شریعت انسانهای مجرم هم به خود آمده و اراده اصلاح نفس در آنها تقویت شده و متهمان به جرم نیز در سایه این لطف و مدارا امنیت خود را بازیافته و مزاحمت بی‌دلیل برای آنان فراهم نشود. در این باره توجه به چند نکته، مهم است:

الف - به اتفاق فقهای اسلام آن بخش از قوانین کیفری اسلام که در رابطه با حقوق الهی است مبتنی بر تخفیف و تسامح می‌باشد، به خلاف آنچه که مربوط به حقوق آدمیان است که در آن سخت‌گیری و دقت به کار رفته است.

ب - آنچه را که اسلام در برابر آن به سختی واکنش به خرج داده است، تظاهر

به فعل مجرمانه و آشکارا مرتکب شدن آن است. لذا مقررات اسلامی از یک سو شرایط سختی را برای اثبات جرم وضع نموده است و از سوی دیگر در بسیاری از موارد اجازه تعرض به حریم خصوصی افراد و کاوش در رفتارهای فردی به غرض کشف جرم را ممنوع شمرده است. به مجرمان نیز دستور داده است حتی المقدور فعل مجرمانه خود را پوشیده نگاه داشته و بکوشند پنهانی با روی آوردن به توبه و انابه رابطه خود با خداوند را اصلاح و آثار جرم و گناه را محو کنند. در حدیثی از پیامبر اکرم (ص) روایت شده است:

«أَيُّهَا النَّاسُ مَنْ أَزْكَبَ شَيْئاً مِنْ هَذِهِ الْقَادُورَاتِ فَاسْتَتَرَ فَهُوَ فِي سِرِّ اللَّهِ وَ مَنْ أَبْدَى صَفْحَتَهُ أَقْمَنَا عَلَيْهِ الْحَدُّ»^۱.

ای مردم هر آن کس چیزی از این پلیدیها را مرتکب شده ولی آن را پوشیده نگاه دارد، او در پوشش خداوندی بماند هر آن کس آن را آشکار سازد، بر او حد جاری کنیم.

بنابراین زمینه اجرای حدود عمدتاً برای کسانی باقی می ماند که حرمت اجتماع مسلمین را هتک کرده و آشکارا به انجام مفاسد مشغول می گردند.

ج - علاوه بر نکات فوق قانون فقهی دیگری در متن مقررات کیفری اسلام تعبیه شده است که به مانند نگینی می درخشد. این قانون ارتباط مستقیمی با امر قضاوت داشته و از حدیث نبوی مشهور «ادرو الحدود بالشبهات» برگرفته شده و تحت عنوان «قاعده فقهی ذرء الحد» مرسوم شده است. براساس این قانون قاضی و حاکم شرع مکلف است به محض بروز کمترین شبهه ای چه از سوی خود او و یا متهم از مجازات او چشم پوشی کرده و از این رهگذر موجبات خلاصی او را از کیفر متوقع فراهم سازد.

با ملاحظه این قانون و سایر جهاتی که قبلاً ذکر شد به روشنی پی می بریم که اسلام هرگز در اجرای حدود و مجازات مجرمان اصرار نمی ورزد. و مقررات جزایی این آیین هرگز ماهیت کینه توزانه و انتقام جویانه نداشته، بلکه از هر فرصتی برای

چشم‌پوشی از تنبیه و کیفر مجرمان استفاده می‌کند. در قانون مورد بحث به وضوح می‌بینیم جرمی که تا آستانه مرحله اثبات رسیده به محض بروز کمترین شبهه و تردیدی منتفی شده و موجبات معافیت مجرم از عقوبت فراهم می‌شود.

قاعده درء‌الحدّ جایگاه مهم و حسّاسی در نظام حقوق کیفری اسلام داشته و فقهای اسلام در مناسبت‌های مختلف «کتاب‌الحدود» و غیره از آن بحث به میان آورده و بسیاری از فتاوی خود را بدان مستند کرده‌اند. مقاله حاضر نیز پژوهشی است در اطراف این قاعده فقهی و جوانب مختلف آن.

در این گفتار از چند جهت در باره قاعده «درء» سخن به میان می‌آید. مفهوم قاعده مدارک و مستندات آن، گستره تطبیق قاعده، مباحثی تطبیقی پیرامون نظریات حقوق جدید و نیز مذاهب اهل سنت و جهات دیگری که به حول و قوه الهی در جای خود بدان خواهیم پرداخت.

مدارک و مستندات قاعده درء‌الحدّ

۱- مهمترین مدرک این قاعده حدیثی است که در خصوص آن در منابع عامه و خاصه وارد شده است.

شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۳۸۱ هـ) محدث نامدار شیعی تنها فردی از محدثان شیعی است که این حدیث را به صورت مرسل آورده است. وی یک بار آن را در «من لایحضره الفقیه» از پیامبر خدا (ص) و بار دیگر در «المقنع» از امیرالمؤمنین (ع) روایت کرده است.

- قال رسول الله (ص): إدرؤ الأحدود بالشبهات ولا شفاعة ولا كفالة ولا يمين في حدّ!

- قال امير المؤمنين (ع): إدرؤ الحدود بالشبهات^۲.

همین حدیث را به الفاظ مشابه محدثان بزرگی از اهل سنت مانند ترمذی، ابن ماجه، بیهقی، حاکم نیشابوری و دیگران به طور مسند از تنی چند از صحابه همچون

۱- صدوق، من لایحضره الفقیه، ۵۳/۴ باب نوا در الحدود ح ۱۲/ ط. بیروت.

۲- صدوق، المقنع، ۱۹۱ دارالحجّة البيضاء، بیروت.

ابن مسعود، ابوهریره، عایشه و علی بن ابی طالب (ع) روایت کرده‌اند.
- عبداللّه بن مسعود از پیامبر خدا (ص) روایت می‌کند: «إدرء الحدود
بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمین ما استطعتم»^۱.

حدود را با شبهات دفع کنید، قتل را هر قدر می‌توانید از مسلمانان دور کنید.
- عایشه از رسول خدا (ص) روایت می‌کند: «ادراء الحدود عن المسلمین ما
استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان یخطی فی العفو خیر من یخطی
فی العقوبه»^۲.

حدود را هر قدر می‌توانید از مسلمانان دور کنید و اگر راه گریزی برای مجرم
یافتید او را رهاش کنید. چراکه اگر پیشوای مسلمین در بخشش خطا کند بهتر از آن
است که در مجازات خطا ورزد.

- ابوهریره از پیامبر خدا (ص) روایت می‌کند: «ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً»^۳.
حدود را دفع کنید مادامی که راهی برای دفع آن بیابید.
به گفته مؤلف کتاب «التشريع الجنائی الاسلامی» به جز ظاهریه سایر فقهای
اهل سنت این حدیث را صحیح انگاشته ولی در این که چه اموری محقق شبهه است
اختلاف نموده‌اند.^۴

ولی همچنان که گذشت این حدیث در منابع شیعه به دو روایت و با عباراتی
یکسان به صورت مرسل نقل شده است و به دلیل مسند نبودن ادله حجیت خبر واحد
آن را در بر نمی‌گیرد، اما به نظر گروهی از فقها بخشی از مراسیل صدوق (ره) حکم
مسانید را دارد.

توضیح آن که مراسیل صدوق (ره) در فقیه به دو صورت می‌باشد: «پاره‌ای از
موارد به صورت «رؤی عن رسول الله (ص)» نقل شده و در پاره‌ای دیگر با عبارت
«قال رسول الله (ص)» و مانند آن آمده است. در این میان برخی از فقها به حجیت قسم

۱- نقل از: التشريع الجنائی الاسلامی، ۳۵۹/۲.

۲- صحیح ترمذی، ۴۳۸/۲ ابواب الحدود، باب ۲، ح ۱۴۴۷، دارالفکر، بیروت.

۳- سنن ابن ماجه، ۲/۸۵۰ کتاب الحدود باب ۵ باب الستر علی المؤمن ح ۲۵۴۵، دار احیاء التراث العربی.

۴- رک: التشريع الجنائی الاسلامی، عبدالقادر عوده ۳۶۰/۲، مؤسسه الرساله، بیروت.

دوم مراسیل صدوق، یعنی آن‌جا که حدیث را به‌طور جزم به معصوم اسناد می‌دهد معتقدند و این سخن در بین آنها مطرح است که این‌گونه مراسیل صدوق در حجیت و اعتبار به مانند مراسیل ابن ابی عمیر است. از جمله کسانی که بر این باورند می‌توان به علامه حلی در مختلف، شهید ثانی در شرح ارشاد، محقق داماد و سید بحرالعسوم اشاره نمود.^۱ به نظر فقهای مذکور این قبیل مراسیل در واقع مسائیدی هستند که طُرُق و رِوایات آن به جهت رعایت اختصار و یا به دلیل دیگر حذف شده است. مؤلف من لایحضره الفقیه خود در مقدمه کتابش به مطلب زیر اشاره می‌کند:

«شخصی به من یادآور شد که محمدبن زکریای رازی، کتابی را در طب نگاشته و آن را «من لایحضره الطیب» نامیده که این کتاب در موضوع خود شافی است. وی از من خواست که کتابی را در فقه و حلال و حرام و شرایع و احکام به‌طور وافی نگاشته و آن را «من لایحضره الفقیه» نام نهم تا این کتاب مرجع و تکیه‌گاه واقع شود. من نیز چنین کرده و در کتاب خود به جهت آن‌که ذکر طُرُق زیاد نگردد، اسانید را حذف کردم. قصد من در این کتاب به مانند دیگر مؤلفان، گردآوردن هر آنچه را روایت کرده‌اند نبوده است، بلکه فقط روایاتی بوده است که طبق آن فتوا داده و براساس آن حکم کرده‌ام و معتقدم که بین من و خداوند حجّت می‌باشد و هر آنچه را استخراج کرده‌ام از کتب مشهوره است.^۲»

شاید براساس همین سخن باشد که گروهی از فقها به جهت وثوقی که به مؤلف بزرگوار کتاب داشته مراسیل او را در حکم روایت مسند و صحیح دانسته‌اند.

البته به‌نظر نگارنده لازم نیست اعتبار این حدیث را از این راه ثابت کنیم بلکه گوئیم وثوق به صدور یک خبر همچنان‌که از راه مسند بودن و موثوق بودن راویان آن حاصل می‌شود، از طریق عمل اصحاب به‌ویژه فقهای متقدم نیز به‌دست می‌آید. به این جهت گفته می‌شود^۳: عمل مشهور فقها به‌ویژه متقدمان به یک روایت ضعیف موجب

۱- رک: اصول الحدیث و احکامه، جعفر سبحانی، ص ۱۱۰ و ۱۱۱، مؤسسه امام صادق، قم.

۲- صدوق، من لایحضره الفقیه، بخش مقدمه ۳/۱.

۳- اصول الفقه، محمدرضا مظفر ح، ۲ بحث مرجحات باب تعارض، ص ۲۲۱، دفتر تبلیغات اسلامی

جبران ضعف سند و وثوق به صدور آن می‌شود. همچنان‌که اعراض مشهور از خبری موجب وهن آن می‌گردد، هر چند راویان آن خبر ثقه و سند آن قوی باشد.^۱

اکنون گوییم از آن‌جا که تمامی فقها به حدیث «ادراء الحدود بالشبهات» عمل کرده و آن را مسلم گرفته و براساس آن فتوا داده‌اند و اصطلاحاً شهرت عملی بر آن قائم شده است، ملاکات حجیت خبر واحد آن را در بر می‌گیرد.

برخی از فقها در باره عمل به حدیث مذکور مدعی اجماع شده‌اند. به طور مثال از ابن ادریس حلی (۵۹۸هـ) حکایت شده است:

«شخصی که با جاریه‌ای که جزو غنایم است قبل از توزیع غنایم مباشرت کرده و در این کار خود مدعی شبهه باشد، حدّ از او دور خواهد شد به دلیل خبری که بر آن اجماع شده است»^۲.

به نظر می‌رسد منظور وی از «خبر مجمع علیه» همان حدیث «درء» باشد. خلاصه آن‌که مضمون حدیث مذکور مورد تسالم فقهای اسلام و از جمله فقهای امامیه قرار گرفته است؛ چراکه آنان در مسائل گوناگون به این مضمون عمل کرده و مطابق آن فتوا داده‌اند. آنان در جای جای مباحث فقه جزایی هرگاه سخن از شبهه‌ای به میان آمده تصریح کرده‌اند:

این مسأله از موارد «شبهه دارئه» است و در نتیجه به سقوط حدّ یا تعزیر و یا قصاص حکم نموده‌اند. این تسالم نه تنها موجب اعتماد به حدیث نبوی معروف بوده بلکه خود به تنهایی دلیل مستقلی را تشکیل می‌دهد که تقریباً علم آور و موجب حصول اطمینان است.

در میان فقهای خاصه، صاحب ریاض ادعای تواتر حدیث را کرده است. وی

۱- خبری را که معمولاً علما مضمون آن را پذیرفته و طبق آن عمل کرده‌اند اصطلاحاً مقبول می‌نامند. به طور مثال روایت عمر بن حنظله که در باب مرجحات تعارض ادله به آن بسیار استشهاد و نزد فقها معمول واقع شده است مقبوله نام گرفته است. بدان جهت که نسبت به راوی آن، عمر بن حنظله، هیچ جرح و تعدیلی در رجال نرسیده است. (رک: درایة الحدیث، کاظم مدیر شانه‌چی، ص ۷۵ به نقل از درایه شهید، ص ۵۵، دفتر انتشارات اسلامی).

۲- محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ۳۴۸/۳۹، دار احیاء التراث العربی، بیروت.

در عبارتی می‌گوید:

«الأولى التمسك بعصمة الدم إلا في موضع اليقين عملاً بالنص التواتر يدفع الحد بالشبهات»^۱.

به این جهت صاحب «تکملة المنهاج» از این توصیف اظهار شگفتی می‌کند.^۲ ولی به نظر می‌رسد منظور صاحب ریاض از این تعبیر، تواتر معنوی باشد و این معنی باتوجه به کثرت روایات خاصه‌ای که در این باب رسیده بعید به نظر نمی‌رسد. خلاصه سخن در این باره آن‌که باتوجه به توضیحات فوق دیگر نباید در اصالة الصدور این حدیث تردید و توقف نمود.

۲- قاعده فقهی «درء الحد» با ظواهر بعضی از ادله نیز مطابق است. به این بیان که احراز موضوع همواره شرط فعلیت و تنجز حکم می‌باشد، زیرا نسبت حکم به موضوع نسبت معلول به علت است. یعنی وقتی حکم به مرحله اثبات رسیده و فعلیت می‌یابد که موضوع آن حکم با تمامی جزئیاتش محرز شود. بنابراین در شبهات موضوعیه که موضوع احراز نشده است، جزا و کیفر نیز ثابت نیست و حتی اگر قاعده «درء الحد» نبود باز هم وضعیّت چنین بود. البته این سخن اختصاص به شبهات موضوعیه دارد. درحالی‌که بحث از قاعده «درء الحد» چنانچه خواهد آمد عام بوده و شامل شبهات موضوعیه، حکمیّه، شبهه جهل، شبهه اکراه و غیر آن می‌شود.^۳ همچنین این قاعده ظاهراً با اصل برائت که هم در شریعت اسلام و هم در حقوق جدید به عنوان اصل مسلمی پذیرفته شده است، هماهنگ است.^۴ بر طبق این اصل در موارد احتمال و اشتباه نمی‌توان به مجرمیت فردی حکم نموده و او را به مجازات رسانید و این معنی با مفهوم قاعده «درء الحد» برابر است.

۳- سومین دلیل بر حجیّت قاعده «درء الحد» روایات خاصه‌ای است که مفاد

۱- نقل از: قواعد فقیه، محمد بجنوردی، ۱۵۳، نشر مبعاد.

۲- مبانی تکملة المنهاج، خونی ۱۶۸۱، دارالزّهر، بیروت.

۳- قواعد فقیه، همان: ۱۵۴.

۴- در اصل سی و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی تصریح شده است: «اصل برائت است و هیچ‌کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود مگر آن‌که جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد».

آنها با مضمون قاعده مطابق است. از جمله می توان موارد زیر را ذکر کرد:

- صحیح حلی از امام صادق (ع): «لَوْ أَنَّ رَجُلًا دَخَلَ فِي الْإِسْلَامِ وَ أَقْرَبَ بِهِ ثُمَّ شَرِبَ الْخَمْرَ وَ زَنَا وَ أَكَلَ الرِّبَا وَ لَمْ يَتَّبِعْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الْحَلَالِ وَ الْحَرَامِ لَمْ أَقِمِ عَلَيْهِ الْحَدَّ إِذَا كَانَ جَاهِلًا إِلَّا أَنْ تَقُومَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ قَرَأَ السُّوْدَةَ الَّتِي فِيهَا الرِّبَا وَ الْخَمْرُ وَ أَكَلَ الرِّبَا وَ إِذَا جَهَلَ ذَلِكَ اعْلَمْتُهُ وَ أَخْبَرْتُهُ فَإِنْ رَكِبَهُ بَعْدَ ذَلِكَ جَلَدْتُهُ وَ أَقَمْتُ عَلَيْهِ الْحَدَّ»^۱.

چنانچه شخصی در اسلام وارد شده و بدان اقرار کند و سپس در حالی که هنوز چیزی از حلال و حرام برای او تبیین نشده، شراب آشامد و زنا کند و رباخواری نماید، مادامی که جاهل باشد بر او حد اقامه نخواهم کرد. مگر آن که بینه بر علیه او قائم شود که سوره ای را که در آن حکم زنا و خمر و ربا آمده خوانده است و چنانچه بدان جهل داشته باشد او را آگاه و با خبر خواهیم کرد و اگر پس از آن به این امور اقدام کند او را تازیانه زده و حد را بر او جاری می کنم.

روایت ابوبصیر از امام صادق (ع): «قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ امْرَأَةٍ تَزَوَّجَتْ رَجُلًا فَوَجَدَ لَهَا زَوْجًا قَالَ (ع): عَلَيْهِ الْجَلْدُ وَعَلَيْهَا الرَّجْمُ لِأَنَّهُ تَقَدَّمَ بِعِلْمٍ وَ تَقَدَّمَتْ هِيَ بِعِلْمٍ... الْحَدِيثُ»^۲.

راوی گوید: از امام (ع) در باره حکم زنی که مردی او را به همسری برگزیده و بعد او را شوهر دار یافته است پرسیدم. فرمود: آن مرد تازیانه خورد و آن زن سنگسار شود. زیرا هر دو دانسته اقدام کرده اند.

تعلیل ذیل حدیث بیانگر آن است که اولاً آن دو دانسته به ازدواج اقدام نموده اند ثانیاً قید علم و آگاهی در اثبات مجازاتهایی شرعی کاملاً مدخلیت دارد.

- روایت محمد بن مسلم از امام باقر (ع): «قُلْتُ رَجُلٌ دَعَوَانَهُ إِلَى جُمْلَةِ الْإِسْلَامِ فَأَقْرَبَ بِهِ ثُمَّ شَرِبَ الْخَمْرَ وَ زَنَا وَ أَكَلَ الرِّبَا وَ لَمْ يَتَّبِعْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الْحَلَالِ وَ الْحَرَامِ أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ إِذَا جَهَلَ؟ قَالَ: لَا إِلَّا أَنْ تَقُومَ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ قَدْ كَانَ أَقْرَبَ بِتَحْرِيمِهَا»^۳.

راوی پرسد: مردی را به اسلام فرا خوانده ایم و او به آن مقرر گشته است. سپس

۱- حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸ باب ۱۴ از ابواب مقدمات حدود ح: ۱، دار احیاء التراث العربی، بیروت.

۲- وسائل الشیعه، باب ۲۷ از ابواب زنا، ح: ۵.

۳- همان، باب ۱۴ از ابواب مقدمات حدود ح: ۲.

شراب خورده، زنا کرده و رباخواری نموده است و این در حالی است که هنوز چیزی از حلال و حرام برای او تبیین نشده است آیا در صورتی که به این احکام جهل دارد بر او حدّ اقامه کنم؟ فرمود: خیر، چنین مکن مگر آن که بینه‌ای قائم شود که این شخص به تحریم آن امور مقرّب بوده است.

نظیر همین معنی را در روایت ابو عبیده حدّاء از امام باقر (ع) هم می‌توان یافت.^۱
- ذیل حدیث عبدالصّمد بن بشیر از امام صادق (ع) «قال: أی رجل یرتکبُ أمراً بجهالةٍ فلا شیء علیهِ»^۲.

هر آن کس که کاری را ندانسته مرتکب شود بر او چیزی نیست.

پوشیده نیست این عبارت قاعده‌ای کلی را در باب تمامی محرمات شرعی ثابت کرده و قهراً حدود و احکام جزایی را هم شامل می‌شود.

- روایت ابن بکیر از امام صادق (ع) که در آن آمده است: «مردی در زمان ابوبکر شراب آشامید. وی را نزد خلیفه به محاکمه کشاندند. خلیفه از او پرسید: آیا خمر آشامیدی؟ پاسخ داد: بلی پرسید: آیا ندانستی که این کار حرام است؟ پاسخ داد: من در میان قومی به سر می‌برم که خمر نوشیده و آن را حلال می‌پندارند و اگر من به حرمت آن آگاه بودم حتماً دوری می‌کردم. در این هنگام ابوبکر رو به عمر کرده و پرسید: چه می‌گویی در باره این مرد؟ عمر گفت: چاره این معضل را از ابوالحسن بخواه. تا این که نزد آن حضرت رفته و قصه را باز گفتند. ایشان فرمود: این شخص را در مجامع مهاجران و انصار بگردانید تا چنانچه کسی بر او آیه تحریم شراب را خوانده شهادت دهد. چنین کردند و چون احدی چنین شهادتی نداد، آن مرد را رها کرده و به او گفتند: اگر دیگر بار شراب بیاشامی حد را بر تو جاری خواهیم کرد»^۳.

دیده می‌شود که در تمامی مضامین یاد شده، بروز اشتباه و جهل به حکم و موضوع موجب انتقا، کیفر می‌شود. با این تفاوت که برخی از آنها از قبیل روایت

۱- همان، ح: ۳.

۲- همان، ج ۹، باب ۴۵ از ابواب ترک احرام ح: ۳ در این روایت در باره شخصی که ندانسته، بدون آن که جامعه محیط خود را از تن به در آورد، محرم شده و تلبیه نموده است سؤال می‌شود.

۳- وسائل الشّیعه، ج: ۱۸ باب ۱۰ از ابواب حدّ مسکر، ح: ۱.

حلبی، محمدبن مسلم، ابو عبیده حدّاء و ابن بکیر اختصاص به شبهات حکمیه داشته و بعضی دیگر مانند روایت ابو بصیر، و عبدالصّمد شامل شبهات حکمیه و موضوعیه می شود و تمامی روایات حکم شبهه جهل را متضمّن می باشد. البته در ادامه این گفتار تفصیلاً پیرامون شبهات حکمی و موضوعی بحث به میان خواهیم آورد. خلاصه آن که مفاد روایاتی از این دست بامضمون قاعده «درء الحدّ» هماهنگ است. با بیان ادله فوق روشن شد که قاعده فقهی «درء الحدّ» از نظر مدرک، استوار و خدشه ناپذیر است. بنابراین در این باره بیش از این اطاله کلام روا نیست و بهتر است سخن را در باب مفهوم قاعده دنبال کنیم.

مفهوم قاعده درء الحدّ (توضیح واژگان)

«ادرؤا» از ماده «درأ» به معنی دفع کردن و دور کردن «دَرَاءُ» به معنی دور کردن آن را و «درأت عنه الحدّ» یعنی حد را از او دور کردم!
«ادرؤا» صیغه امر و در «معنی» و جوب ظاهر است.

«حدود» جمع حدّ و تعریف معنوی لغوی آن: «الفصلُ الشَّيْبَيْنِ لِثَلَا يَخْتَلَطُ احدهما بالآخر اولثلاً يتعدى احدهما على الآخر و حدّ كل شيءٍ منها»^۱ حد عبارت است از مرز بین دو چیز تا در یکدیگر تداخل نکرده و یکی از آن دو به دیگری تجاوز نکند و حدّ هر چیز پایان آن است.

و معنی اصطلاحی آن در عرف فقها معمولاً عبارت است از مجازات بدنی مصرّح در قانون شرع همچون مجازات زناکار و شارب خمر و سارق و مانند آن.^۲

«الحدود» «جمع محلائی» به «ال» که افاده عموم و استغراق می کند.

شبهه به معنی التباس و اشتباه درست به نادرست و حق به ناحق و واقع به موهوم است.^۳ در لسان العرب آمده است: «امورٌ مشتبّهةٌ و مشبّهةٌ مُشْكِلَةٌ يشبه

۱- همان، ۱۴۰/۳.

۲- جواهر الکلام، ۲۵۴/۴۱، ترمینولوژی حق و ق، محمد جعفر لنگرودی، کتابخانه گنج دانش، ص ۲۱۱.

۳- ترمینولوژی حقوق، ص: ۳۷۴.

بعضها بعضاً و شبه علیه: اختلاط علیه الامر حتّی اشتبه بغيره»^۱.

«باء» در «بالشبهات» برای سببیت و «الشبهات» هم جمع محلاّی به «ال» است که دلالت بر عموم و استغراق دارد.

بنابراین مضمون حدیث این است که «بر اثر بروز هرگونه شبهه‌ای حدود و مجازاتهای شرعی را و جوباً دور کنید».

چنانچه معلوم است ظاهر این حدیث تمامی مجازاتهای شرعی و همه شبهات را دربرمی‌گیرد. ولی باید در صدد تحقیق برآمد که آیا این شمول بدوی به حال خود باقی می‌ماند یا مخصّصهایی پا در میان نهاده و این شمول و عمومیت را تخصیص می‌زند.

گستره تطبیق قاعده «درء الحدّ» شبهات حکمیه و موضوعیه

مقصود از شبهه حکمیه (اشتباه حکمی) آن است که شخص مرتکب جرم به هنگام ارتکاب به حرمت آن علم نداشته باشد. مقصود از شبهه موضوعیه (اشتباه موضوعی) آن است که شخص با وجود علم و آشنایی به حکم فعل مجرمانه، موضوع آن بر او مشتبه شود، به گونه‌ای که گمان کند عمل مشروعی را انجام می‌دهد در حالی که او در اشتباه است.

براساس قاعده «درء الحدّ» در باب احکام کیفری اسلام، آگاهی و آشنایی شخص عامل جرم از حکم و موضوع آن در اثبات مجازات تأثیر دارد. به تعبیر حقوق دانان اسلامی علم به حکم و موضوع در احکام جزایی اسلام اخذ شده و قاضی نمی‌تواند فردی را به یکی از مجازاتهای شرعی محکوم کند، مگر آن‌که فرد محکوم در زمان ارتکاب از جرم‌آمیز بودن عمل و این‌که عمل ارتكابی مصداق جرم است آگاه باشد. بنابراین اجمالاً باید بدانیم قاعده «درء الحدّ» در تمامی شبهات حکمیه و موضوعیه جاری بوده و اقتضای اصالة العموم و اصالة الاطلاق آن نیز همین است. به این جهت فقهای بزرگ در تمامی از منہ و در ابواب حدود، فروع و مصادیق مختلفی از شبهه را یافته و براساس این قاعده حکم به انتفای حد نموده‌اند. اکنون مناسب است

به ذکر مواردی از این فتاوا بپردازیم.

- فقها فتوی داده‌اند در شبهات حکمی و موضوعی، فعل زنا محقق نشده و حد ثابت نمی‌شود. مثلاً اگر کسی با یکی از محارم خود از قبیل مادر، دایه، همسر فرزندان، زن پدر و زن شوهردار با جهل به حکم تحریم یا موضوع آن عقد نکاح بسته و آمیزش کند حد بر او لازم نخواهد شد. و نیز اگر در مواردی موضوع بر او مشتبه شده و مثلاً به این پندار که فلان زن همسر قانونی اوست با او مباشرت کند و یا همین اشتباه از طرف زن نسبت به مرد صورت گیرد، زنا محقق نشده و حد ثابت نمی‌شود.^۱

- اگر کسی به حکم تحریم شرب مسکر جاهل بوده و این جهل نسبت به او ممکن باشد و یا به حکم تحریم آگاه بوده ولی فلان مایع خارجی را به گمان این‌که نوشیدنی حلال است بیاشامد و سپس معلوم شود که مسکر بوده و یا جنس مشروب مسکر را بشناسد ولی گمان کند حکم حرمت برای مقدار معینی از آن که مُسکر آور باشد ثابت است برای کمتر از آن، در تمامی این موارد فقها حکم به سقوط حد نموده‌اند.^۲

- فقها فتوا داده‌اند در ایجاب حد سارق بر طرف بودن شبهه حکمی و موضوعیه شرط است. بنابراین اگر شخصی مال دیگری را ملک خود پنداشته و آن را اخذ کند یا از مالی که در آن با شخص دیگری شریک است مقداری را بدون اجازه و اطلاع شریک خود اخذ کرده گمان کند که این اقدام او مباح است و سپس معلوم شود به میزانی بیش از حد نصاب سرقت از مال شریک را ربوده است و یا با علم به تحریم این‌گونه اخذ کردن، آن مال را نه به قصد سرقت بلکه به قصد توزیع و اجازه خواستن بعدی بردارد، تمامی موارد مذکور مصادیق شبهه بوده و حد ساقط می‌شود.^۳

به نظر نمی‌رسد ذکر شواهد فوق در تبیین ابعاد مسأله کافی باشد بلکه شایسته است تحقیق خود را گسترده‌تر و دقیق‌تر به انجام رسانیم بنابراین هر یک از شبهات موضوعیه و حکمییه را به تفکیک مورد بررسی قرار داده و در هر مورد آراء حقوق دانان جدید را هم با آراء فقهای اسلام تطبیق می‌کنیم.

۱- جواهر الکلام، ۲۶۴/۴۱؛ مبانی تکرمة المنهاج ۱/۱۶۶؛ شرح اللمعه ۲/۳۴۹؛ تحریر الوسیله ۲/۴۵۵ و ...

۲- شرح اللمعه ۲/۳۷۴؛ مفاتیح الشرایع، کتاب الحسبه: ۸۸؛ تحریر الوسیله ۲/۴۷۸ و غیره.

۳- جواهر الکلام ۴۸۱/۴۱؛ تحریر الوسیله ۲/۴۸۳؛ شرح اللمعه ۲/۳۷۶ و ۳۷۸؛ مفاتیح الشرایع: ۹۰.

الف - شبهات موضوعیه

پیشتر گفتیم اشتباه موضوعی زمانی پیش می‌آید که شخصی دانسته ظاهراً عمل مشروعی را انجام می‌دهد ولی در تشخیص نوع عمل و یا کیفیات و نتایج آن در اشتباه است؛ مثل این‌که منزل دیگری را به جای منزل خود تخریب کرده و بعد متوجه شود مال غیر بوده است و یا مشروب سکرآوری را بدون اطلاع از سکرآور بودن آن به جای نوشیدنی مباح بیاشامد و مانند آن.

بی‌گمان شبهات موضوعیه مشمول قاعده «درء الحد» می‌باشند. در این مسأله کوچکترین اختلافی میان فقها وجود ندارد زیرا چنانچه پیشتر گذشت حتی در صورت نبودن قاعده «درء الحد» و روایات مربوط بدان بازهم، اقتضای اصول و قواعد اولیه همین بود.

حقوق دانان جدید نیز در مباحث حقوق کیفری پدیده اشتباه را یکی از عوامل رافع مسؤولیت کیفری دانسته‌اند به نظر آنان در جرایم عمدی با فقدان قصد مجرمانه در عمل ارتكابی، حُسن نیت جایگزین قصد مجرمانه گردیده و کیفر منتفی می‌شود. آنان در بحث از اشتباهات موضوعی صوری را مطرح کرده و در اکثر آنها اشتباه را موجب سلب مسؤولیت کیفری دانسته‌اند.^۱

ب - شبهه حکمیه

مقصود از شبهات حکمیه آن است که عامل جرم به حکم تحریمی عمل ارتكابی خود آگاه و آشنا نباشد. در خصوص اثر اشتباهات ناشی از جهل به حکم در مسؤولیت جزایی سخنان مهمی میان فقهای اسلامی و حقوق دانان جدید روی داده است.

حقوق دانان اشتباه ناشی از جهل به قانون را در دو زمینه مورد توجه قرار داده‌اند. الف - اشتباهاتی که ناشی از جهل و ناآشنایی به نص قانونی می‌باشد. ب - اشتباهاتی که مربوط به تفسیر مواد و نصوص قانونی می‌باشد. و در هر دو مورد قاعده

۱- برای تفصیل مباحث مربوط به اشتباهات موضوعی به حقوق جنایی، (عبدالحسین علی‌آبادی، ۶۷/۱ انتشارات فردوسی) و امثال آن مراجعه شود.

متّبع نزد حقوق دانان آن است که جهل و ناآگاهی بدون اثر بوده و مسؤولیت مدنی و کیفری افراد را سلب نمی‌کند. البتّه مطلبی که در این باب حایز اهمیّت است آن‌که قانون‌گزار باید زمینه‌آشنایی و معرفت مردم را با قوانین موضوعه فراهم آورده و از همه ابزارهای لازم برای این مهمّ استفاده کند. براین اساس کسانی که در صدد آگاهی از قانون برنیامده‌اند و فرض این است که در این راه مسامحه و سهل‌انگاری نموده به بهانه این تقصیر نباید از تحمّل نتایج آن معاف گردند. لازمه این امر آن است که قانون نسبت به تمامی افرادی که برای آنها وضع شده شامل گردد. گرچه در حقیقت هم جاهل به وجود قانون باشند. این است که می‌گویند: جهل به حکم رفع تکلیف نمی‌کند.^۱ البتّه قاعده جهل به حکم رفع تکلیف نمی‌کند در همه موارد و تمام کشورها به‌طور یکسان جاری نیست بلکه تفصیل و استثنائاتی هم می‌پذیرد.^۲

۱- سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ۸۲/۴، انتشارات کتابفروشی اسلامیّه.

۲- به نظر حقوق دانان جهل به حکم اثری در رفع مسؤولیت مدنی و کیفری ندارد ولی در زمینه مسؤولیت کیفری در بعضی ممالک تفصیلی وجود دارد. به‌طور مثال در قانون جزای کلمبی اشتباه موضوعی و حکمی که مستند به مسامحه و اهمال آنان نباشد نافی مسؤولیت است و قانون جزای سوئیس در مورد اشتباه قانونی اجازه تخفیف مجازات را به قاضی اعطا کرده است. در فرانسه محاکم می‌توانند ایراد اشخاص را در خصوص جهل به قانون بپذیرند، مشروط بر این‌که تاریخ وقوع جرم از سه روز پس از انتشار قانون نگذشته باشد. در آلمان اگر عمل اسنادی مخالف ادراک صحیح ملت آلمان از مفهوم عدالت و انصاف باشد عامل نمی‌تواند جهل به قانون را بهانه فرار خود از مجازات قرار دهد. برعکس اگر عمل ارتكابی از لحاظ اخلاق بی تفاوت باشد، مرتکب آن از مجازات معاف خواهد بود. (تفکیک مزبور در واقع منطبق بر تقسیمی است که رافائل گاروفالو حقوق دان آلمانی در مورد جرایم کرده است. وی جرایم را به جرایم طبیعی و جرایم مصنوعی تقسیم کرده است. جرایم طبیعی عبارت است از جرایمی که کلیه قوانین جزایی کشورهای مختلف آن را پیش‌بینی کرده و برای آن مجازات تعیین نموده‌اند. این قبیل جرایم مابین با احساسات اصلی و عمده عدالت و نیکوکاری است. برعکس جرایم مصنوعی جرایمی هستند که نسبت به ممالک مختلف متفاوت است و به تشکیلات هر یک از آنها بستگی دارد) رک: حقوق جنایی، عبدالحسین علی‌آبادی، ۶۹/۱ و

بحث جهل به حکم نزد فقها و حقوق دانان مسلمان از دقت و حساسیت بیشتری برخوردار بوده و اظهار نظرهای دقیق و متفاوتی در این زمینه به چشم می خورد.

قبل از رسیدگی به اقوال مقدمتاً گوئیم:

انسان به هنگام ارتکاب حرامی که مستلزم حد است از چند حال بیرون نیست. گاه نسبت به جرم آمیز بودن عمل خود و مجازات آن آگاه بوده و این آگاهی او از طریق اجتهاد و یا تقلید حاصل شده است. در این صورت وی قطعاً مجرم و مستحق کیفری است. و گاه نسبت به جرم و مجازات آن ناآگاه بوده و این ناآشنایی یا از سر قصور است یا تقصیر. در جهل تقصیری هم یا شخص معتقد به حلیت فعل است یا گمان به حلیت داشته و یا احتمال آن را می دهد همچنان که ممکن است گمان به حرمت داشته و یا اساساً از آن غافل باشد. حال در بحث خود، نسبت قاعده «درء الحد» با هر یک از فروض مذکور را باید بیان کنیم.

عبدالقادر عوده یکی از حقوق دانان معاصر اهل سنت معتقد است: «در شریعت اسلام شخص آن گاه بر فعل حرام مجازات می شود که علم تام و تمام به تحریم داشته و در صورت جهل، مسؤولیت کیفری او برداشته می شود» البته وی معتقد است در علم به تحریم امکان آن کافی است. بنابراین انسان عاقل و بالغی که می تواند با مراجعه به نصوص و پرسش از آگاهان به محرّمات شرعی آشنا شود، در حکم عالم به فعل حرام محسوب می شود. چنین شخصی نمی تواند ناآگاهی خود را عذر آورد و فقها گفته اند: «در دارالاسلام هیچ عذری نسبت به جهل به احکام پذیرفته نیست.

بنابراین نصوص و قوانین تحریمی در حق عموم مردم معلوم شمرده می شود، هر چند اغلب آنان فعلاً از آن مطلع نباشند؛ چرا که در شریعت اسلام امکان اطلاع و آگاهی از احکام معتبر شمرده شده است نه فعلیت آن.

وی سپس گوید: این قاعده ای کلی و استثناناپذیر است و اگر فقها جهل و ناآشنایی ساکنان بادیه را که با عامه مسلمانان هیچ گونه اختلاط و آمیزشی ندارند و یا تازه مسلمانانی که در بین مسلمین به سر نمی برند پذیرفته می دانند، این در واقع

استثنایی بر قاعده مزبور نیست بلکه اقتضای تطبیق همان قاعده کلی بر مصادیق آن است؛ چراکه طبق قاعده مذکور تنها مؤاخذه اشخاصی که آگاهی به احکام درحقیقتشان میسر نیست ممنوع می‌باشد.

همچنین است حکم کسی که به معنی و تفسیر واقعی نصوص شرعی جاهل است. بنابراین اگر شخص مجرمی ادعا کند فلان نص شرعی دلالتی بر تحریم نداشته و یا دلیل دیگری بر مباح بودن عمل در کار است، مسؤولیت کیفری او بر طرف نمی‌شود. وی در این باره مثال می‌آورد، گروهی از مسلمانان را که در زمان خلیفه دوم در سرزمین شام شراب آشامیده و برای توجیه مشروعیت عمل خود به آیه «لیس علی الذین آمنوا و عملوا الصالحات جناح فیما طعموا... الا یة»^۱ استدلال می‌نمودند، ولی خلیفه دستور داد بر آنها حد جاری شود.^۲

به‌طور خلاصه از گفته‌های مؤلف «التشريع الجنایی الاسلامی» پی می‌بریم که وی جهل به محرمات شرعی را عموماً در سلب مسؤولیت کیفری بی‌اثر دانسته و به جز ساکنان بادیه و تازه مسلمانان، دیگر جاهلان به احکام را مقصر به شمار آورده است. چراکه امکان دستیابی به علم بر ایشان وجود داشته است.

محمد ابوزهره، حقوق‌دان معاصر مصری نیز معتقد است: «جهل به احکام شرعیه به‌طور عام مجوزی برای گریز از احکام نیست. البته گاه طریق علم دشوار بوده و در این حالت جهل می‌تواند کیفرهای سنگین را به کیفرهای سبکتر تبدیل کند، ولی جهل به احکام و محرماتی که به دلیل قطعی و خدشه‌ناپذیر ثابت می‌باشند گناهی نابخشودنی است».

وی به نقل از امام شافعی علم به احکام را به دو دسته تقسیم می‌کند:

- ۱- علم به امور قطعیه، یعنی علمی که فراگرفتن آن بر همه مسلمانان بدون استثناء واجب است مانند صیام و حج و زکات و تحریم قتل و زنا و سرقت. این امور ضروریات دین و چارچوبه اصلی اسلام را تشکیل می‌دهد.
- ۲- علم به فروع و جزئیات احکام که در آنها نص روشنی از کتاب و سنت

۱- مانده: ۹۳.

۲- التشريع الجنایی الاسلامی، عبدالقادر عودة، ۲/۴۳۰ و ۴۳۱.

وجود ندارد بلکه احتمال تأویل و قیاس و غیره می‌رود و عموم مردم را به این درجه از علم راهی نیست.

به نظر ابوزهره تمامی حدود و مجازاتهای معین شرعی جزو دسته اول بوده و جهل به آن را عذری نیست. یعنی هیچ مسلمانی نمی‌تواند مدعی جهل به حرمت زنا و شراب‌خواری شود مگر آن‌که حدیث‌العهد به اسلام بوده و یا به تازگی از دارالحرب به دارالاسلام منتقل شده باشد.^۱

فقه‌های امامیه مسأله را با دقت افزونتری مورد بررسی قرار داده‌اند. بعضی از عبارات تنی چند از فقها در این معنی ظهور دارد که هرگونه جهل و ناآشنایی به حکم شرعی موجب حصول شبهه و جریان قاعده «درء‌الحد» می‌شود. به‌طور مثال آیت‌الله سید محمد حسن نجفی صاحب جواهر در باب حد زنا گوید: «یشرط فی تعلق الحد العلم بالتحريم حين الفعل او ما يقوم مقامه من الاجتهاد و التقليد لاخلاف فيه، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه فضلاً عن محكيه مضافاً إلى الاصل و خبر درء‌الحد بالشبهة و غير ذلك».^۲

وی در این عبارت علم به تحریم یا ظن معتبری را که ناشی از اجتهاد یا تقلید باشد شرط اثبات حد دانسته است. مفهوم این سخن آن است که هرگونه جهلی مانع از اثبات حد خواهد شد.

وی همچنین در کتاب نکاح جواهر در باب آمیزش اشتباهی دو تعریف را نقل می‌کند:

۱- آمیزشی که شخص استحقاق آن را ندارد ولی گمان می‌کند مستحق آن است.

۲- آمیزشی که استحقاق آن را نداشته ولی علم به تحریم آن ندارد.

و در کتاب حدود پس از یادآوری این دو تعریف گوید: «اقتضای تعریف نخست اکتفا نمودن به گمان است هرچند گمان غیر معتبر. یعنی آمیزش‌کننده اشتباهاً گمان می‌کند استحقاق آمیزش را داراست. ولی اقتضای تعریف دوم آن است که به

۱- محمد ابوزهره، العقوبة فی الفقه الاسلامی، صص ۲۳۰-۲۳۲، دارالفکر العربی.

۲- جواهر الکلام، ۲۶۱/۴۱.

محض ندانستن حکم حرمت، شبهه محقق می‌شود و لازم نیست که شخص گمان به استحقاق داشته باشد.

وی همچنین گوید: «با ملاحظه کلمات فقها پی می‌بریم که آنان علم به تحریم را در ثبوت حدّ معتبر دانسته و با فقدان آن حد را ساقط دانسته‌اند و این امر را در تمامی مسائل متفرّع از این باب اساس قرار داده‌اند»^۱.

از برخی عبارات امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله نیز برمی‌آید که ایشان علم به حکم تحریمی را اطلاقاً در اثبات حد شرط دانسته‌اند مثلاً در باب حد زنا می‌گویند: «یشتراط فی ثبوت الحدّ... العلم بالتّحریم حال وقوع الفعل منه اجتهاداً او تقلیداً فلا حدّ علی الجاهل بالتّحریم وَلَوْ نَسِيَ الحدّ یدرأ عنه الحدّ و کذالو غفل عنه حال العمل»^۲.

در این سخن سه عامل جهل، نسیان و غفلت از حکم مسقط حد شمرده شده‌اند. اما بعضی عبارات شهید ثانی در «روضه» در این معنی ظاهر است که در مسأله جهل به حکم باید قائل به تفصیل بود مثلاً در باب حدّ زنا گوید:

«لَوْ جَهِلَ التّحریم ابتداءً لِقُرْبِ عَهْدِهِ بِالذِّینِ أَوْ لِشُبْهَةِ كَمَالُوْ اِحْلَتَهُ نَفْسَهَا فتوهمّ الحُلِّ مع امکانه فی حَقِّه لم یکن زانیاً»^۳.

چنانچه شخص به‌طور ابتدایی به جهت قریب‌العهد بودن به اسلام جهل به تحریم زنا داشته باشد و یا شبهه‌ای به او عارض شود و بپندارد که این عمل بر او مباح است، مثلاً آن زن خود را به او تسلیم کرده و اجازه کامجویی بدهد، در صورتی که این پندار حلیّت نسبت به آن شخص ممکن باشد زناکار نیست. نیز در باب آمیزش مرد کتابی با زن مسلمان که مجازات آن قتل شخص کتابی است گوید:

«لَوْ اعتقدّه حلالاً بذالک لِجَهْلِهِ بحکم الإسلام احتمال قبول عُذْرِهِ لِانّ الحدّ یُدرأ بالشُّبْهَةِ»^۴.

۱- جواهر الکلام، ۲۹/۲۵۲ و ۴۱/۲۶۲ و ۲۶۳.

۲- تحریر الوسیله، ۲/۴۵۶.

۳- الزّوْضَةُ البَیْهَةِ فی شرح اللمعة الدمشقیة، ۲/۳۴۸- دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

۴- همان، ۲/۳۵۲.

چنانچه این مرد کتابی عمل خود را به جهت ناآشنایی به حکم اسلام حلال پندارد می‌توان عذر او را پذیرفت، زیرا حد بر اثر شبهه دور می‌شود. می‌توان از این دو عبارت چنین استظهار کرد که به عقیده شهید در شبهات حکمی‌ای که ناشی از جهل قصوری باشد حد ساقط می‌شود، چراکه جهل و ناآشنایی اشخاص تازه مسلمان و نیز اهل کتاب به احکام جزایی اسلام از مصادیق اجلای جهل قصوری است. نیز قید «ممکن بودن جهل و توهم حلیت در حق او» که در عبارت نخست آمده، مبین این معنی است که به عقیده شهید هرگونه ادعای جهل و ناآشنایی و شبهه از سوی هر شخصی پذیرفته نیست و عذر کسی که قادر به آموختن و فراگیری بوده ولی در این امر کوتاهی کرده مسموع نیست.

نتیجه سخن تا به این جا آن‌که اگر شمول و کلیت قاعده عقلایی «جهل به حکم رافع مسؤولیت نیست» را بپذیریم، قاعده فقهی درء الحد در زمینه مسؤولیت‌های کیفری مخصّص است. اقتضای اصالة العموم و الاطلاق این قاعده فقهی آن است که تمام صور جهل به حکم، اعم از قصوری و تقصیری را دربرگیرد. ولی به نظر می‌رسد در زمینه جاهل مقصّر این قاعده دچار تخصیص شده و همان قاعده عقلایی پیشین متبع باشد. چراکه به حکم قاعده عقلی «الاشتغال الیقینی یستدعی الفراغ الیقینی» هرگاه انسانی آئینی را پذیرفت و اجمالاً دانست که مجموعه‌ای از احکام و واجبات و محرمات برعهده او واقع شده لازم است برای فراغت ذمه خود بکوشد و مقدمتاً به حکم عقل در صدد یادگیری قوانین و مقررات شرعی برآید و هرکس به رغم وجود شرایط و امکان یادگیری در انجام آن تقصیر ورزد و در پی آن در حرام افتد، هرچند به سبب جهل و ناآشنایی، تکلیف بر او ممتنع بوده است، ولی از آن جا که این جهل ناشی از سوء اختیار خود اوست به مقتضای قاعده عقلی «الامتناع بالاختیار لاینافی الاختیار» سزاوار کیفر و عقاب خواهد بود و عذر وی مسموع نمی‌باشد. نکته دیگری که در این باب باید افزود این است که در موارد جهل به حکم و قانون نمی‌توان اصل براءت از تکلیف را جاری کرد؛ زیرا:

اولاً اجرای اصل وظیفه قانون‌گزار و فقیه است که در مقام استنباط حکم در صورت فقدان یا اجمال دلیل بدان تمسک می‌کند و عامه مردم که وظایف شرعی و قانونی خود را از راه تقلید و مراجعه به فتاوی شرعی و نصوص قانونی به دست

می آورند نمی توانند به مجرد بی خبری از وجود نصّ تحریمی حکم به برائت نمایند. ثانیاً: اجرای اصل پس از فحوص از ادله و یأس از آن می باشد و امروزه باتوجه به گردآوری و تدوین نصوص و قوانین، آشنایی و اطلاع از آنها برای هر شخصی میسر است.

ثالثاً: قاعده اشتغال پیش از اصل برائت، وظیفه هر شخص مکلف را برای جست و جو و دستیابی به وظایف و تکالیف شرعی و اطلاع از محرّمات شرعی و محظورات حکومتی تعیین می کند.

بلی، اجرای برائت تنها از شخصی پذیرفته است که به طور عادی امکان دستیابی و اطلاع از وظایف قانونی و تکالیف شرعی برای او وجود ندارد.

در تأیید مطالب فوق می توان به روایت یزید بن الکناسی اشاره نمود که وی از امام صادق (ع) در باره زنی که در دوران عدّه اقدام به ازدواجی دیگر کرده می پرسد. حضرت پاسخ می دهد: «اگر در عدّه طلاق رجعی چنین کرده است باید رجم شود» دیگر بار راوی می پرسد، اگر این زن می داند که عدّه برعهده او است ولی مدت آن را نمی داند؟ حضرت پاسخ می دهد: «در چنین حالتی حجّت بر او تمام است باید بپرسد و یاد گیرد»^۱.

برخی دیگر از فقها در این مسأله تفصیل دیگری را هم افزوده اند. آنان در جهل تقصیری جاهل مقصّر ملتفت و غیر ملتفت را از هم جدا کرده و جاهل مقصّر غیر ملتفت را هم مشمول قاعده «درء الحدّ» دانسته اند. به عقیده آنها تنها جاهل مقصّری که به جهل خود ملتفت بوده یا به آن گمان دارد، متحمّل مسؤولیت کیفری خود می باشد. به طور مثال صاحب جواهر در باب حدّ زناکننده و زنا دهنده گوید:

«اگر این شخص کار خود را حلال پندارد به طوری که به حلیّت آن معتقد باشد حد از او ساقط خواهد شد. زیرا این مورد از شبهات دارئه است. هر چند که او در این اعتقاد جاهلانه و مقدمات آن مقصّر باشد. مثلاً مذهب فاسدی را برگزیده و یا از اهل شریعت اعراض کرده باشد. البته با این عمل خود مرتکب گناه شده است»^۲.

۱- نقل از مبانی تکملة المنهاج، ۱۶۹/۱.

۲- جواهر الکلام، ۲۹/۲۵۵ و ۲۵۶.

منظور صاحب جواهر از اعتقاد به حلیت فعل حرام همان جهل مرکب و عدم التفات به جهل است. طبق این بیان جاهل مقصری که به جهل خود ملتفت بوده و احتمال حرمت عمل خود را بدهد و یا بدان گمان داشته باشد مشمول حکم قاعده «درء الحد» نخواهد بود.

در تکملة المنهاج هم در توضیح معنای شبهه در زنا آمده است:

«المراد بالشبهة الموجبة لسقوط الحد هو الجهل عن قُصورٍ أو تقصيرٍ في المقدمات مع اعتقاد الحلية حال الوطء و أما من كان جاهلاً بالحكم عن تقصيرٍ و مُتفتاً إلى جهله حال العمل حُكم عليه بالزنا و ثبوت الحد»^۱.

مقصود از شبهه‌ای که موجب سقوط حد است جهل قصوری و جهلی است که شخص در مقدمات آن مقصر باشد، به شرط آن که به هنگام آمیزش به حلیت عمل خود معتقد باشد. ولی کسی که جهل تقصیری به حکم داشته و در حین ارتکاب به این جهل خود ملتفت باشد محکوم به زنا بوده و حد بر او ثابت می‌باشد.

آیت‌الله خوئی (ره) در مبانی تکملة المنهاج در این خصوص چنین استدلال می‌کند که شمول حکم قاعده «درء الحد» بر جاهل قاصر و مقصر به جهت اطلاق ادله‌ای است که حد را از جاهل دور می‌کند ولی این اطلاقات شامل مقصر ملتفت نشده و عذر این شخص پذیرفته نیست. مؤید این سخن همان روایت یزید الکناسی است که در آن امام صادق (ع) زنی را که در عده رجعی شوهر اختیار کرده، مستحق رجم دانسته‌اند و در صورت علم به حکم عده و جهل به مدت آن حجت را بر این زن تمام دانسته و بر او حتم نموده‌اند که با پرسیدن بدان علم یابد.^۲

۱- مبانی تکملة المنهاج، ۱۶۹/۱ دارء الزهراء، بیروت.

۲- همان مأخذ؛ تحقیق آن که در بخش اول روایت راوی از امام (ع) حکم زنی را که در عده اقدام به ازدواج کرده را پرسید. ایشان این فرد را محکوم به رجم دانستند. اطلاق پاسخ امام و ترک استفعال در آن در این معنی ظهور دارد که در این حکم جاهل مقصر ملتفت و غیر ملتفت برابر می‌باشند. ولی عبارت بعدی که از حال زنی که به اصل عده آگاه بوده ولی نسبت به مدت آن جاهل است سؤال می‌شود، پاسخ امام ناظر به جاهل مقصر ملتفت است زیرا این زن به وجود عده آگاه ولی از مدت آن بی‌خبر است و در واقع به بی‌خبری خود التفات دارد.

در تحریر الوسیله نیز آمده است:

«و يُشْكَلُ حُصُولُ الشُّبْهِةِ مَعَ الظَّنِّ غَيْرِ الْمُعْتَبَرِ فَضْلاً عَنْ مَجْرَدِ الاحْتِمَالِ فَلَوْ جَهِلَ الْحُكْمَ وَلَكِنْ كَانَ مُلْتَفِتاً وَ احْتَمَلَ الْحَرَمَةَ وَ لَمْ يَسْأَلِ فَالظَّاهِرُ عَدَمُ كَوْنِهِ شَبْهَةً. نَعَمْ لَوْ كَانَ جَاهِلاً قَاصِراً وَ مَقْصُوراً غَيْرَ مُلْتَفِتٍ إِلَى الْحُكْمِ وَ السُّؤَالِ فَالظَّاهِرُ كَوْنُهُ شَبْهَةً دَارِئَةً»^۱.

در حصول شبهه اعتقاد به حلیت عمل لازم است و با وجود گمان غیر معتبر یا محض احتمال حلیت حصول شبهه مشکل است. بنابراین کسی که به حکمی جاهل بوده ولی به جهل خود التفات دارد و درحالی که احتمال حرمت را هم می‌داده در صدد پرسش بر نیامده عمل او مصداق شبهه نیست.

شبهه عامل و شبهه حاکم

پرسش دیگری که باید پاسخ داده شود این است که آیا ملاک در عروض شبهه، شبهه عامل و مرتکب جرم است یا شبهه حاکم و قاضی و یا هریک از آن دو به‌طور مستقل و به قول منطقیین به صورت قضیه منفصله مانعة الخلو؟ در این مسأله احتمالاتی است.

ممکن است تصوّر شود مخاطب قاعده «درء الحدّ» قضات و حکام شرع هستند و این قاضی است که شبهه بر او عارض می‌شود و عروض شبهه برای عامل بدون اعتبار است. به دلیل آن که مخاطب شارع در حدیث «ادرو الحدود بالشبهات» قضات شرع هستند و آنانند که منحصراً می‌توانند حدود را جاری کرده یا آن را ساقط کنند.

یا گمان شود مقصود از حدیث نبوی آن است که «بالشبهات ادرو الحدود» یعنی ای قاضیان و مجریان حدود الهی! به سبب شبهاتی که نزد عاملان جرایم و مرتکبان آنها عارض شده حدود را ساقط کنید. یعنی اگر متهم به جرم فعل مجرمانه را اشتباهی و درحالی که ماهیت جرم و حکم آن بر او پوشیده است انجام دهد حدّ الهی را بر روی او جاری نکنید.

احتمال دیگر آن است که حدود با عرض شبهه برای هر یک از عامل و قاضی ساقط می‌شود.

تحقیق آن‌که در این مقام و موارد دیگر خطابات عام و کلی رسیده از شارع همواره به‌طور قضیه حقیقه انشاء شده و در قضایای حقیقه به صنف خاصی از مخاطبان نظر نیست بلکه قانون‌گزار موضوع مقدرالوجود را در نظر گرفته و حکم را بر طبیعت شیء بار می‌کند. بنابراین در «ادروالحدود بالشبهات» مقصود آن است که شبهه اعم از این‌که نزد قاضی و یا عامل ایجاد شود موجب سقوط حد خواهد شد. پیداست در اغلب موارد، عروض شبهه برای متهم با شبهه قاضی هم ملازم است. یعنی اگر قاضی یقین به کذب متهم ندارد به‌طور طبیعی ادعای شبهه او را پذیرفته و بالملازمه برای او نیز شبهه عارض می‌شود. بنابراین اگر متهم به جرم ادعای نسیان، غفلت، جهل، اشتباه موضوعی و حکمی، اضطراب، اکراه و امثال آن را مطرح کند برای قاضی نیز در صورتی که به او سوءظن نداشته شبهه ایجاد شده و این امر سبب دور شدن حد از متهم می‌شود. بلکه باید توجه نمود به محض کوچکترین شک و احتمال شبهه که برای قاضی عارض شود دیگر جایز نیست در مقام تحقیق قضیه در صدد جست‌وجو و کشف واقع برآید.

معنی این امر آن است که قاضی از هرگونه تحقیق و کوششی برای جمع‌آوری قرائن و شواهد جهت احراز جرم نهی شده است. تعلیل وارده در ذیل روایت ترمذی هم در این میان جالب توجه است. در آن جا پیامبر (ص) می‌فرماید: «فان الامام ان یخطی فی العفو خیر من ان یخطی فی العقوبه». یعنی حکمت درء حدود از مسلمانان آن است که اگر حاکم و امام مسلمین در اجرای حد مصر باشد چه بسا به خطا شخصی را مجازات کند، در حالی که مسامحه در این امر و درء حدود از آنان به خطای در عفو می‌انجامد و خطای در عفو بهتر است از خطای در کیفر. همچنین منظور از عبارت «لا یمین فی الحد» در ذیل مرسله صدوق آن است که قاضی حق ندارد متهمی را که در مقام انکار جرم خود است و ادار به سوگند کند. بلکه می‌بایست او را به حال

۱- این سخن را قاطعانه در جرایمی که به حقوق الهی محض و حریم خصوصی افراد مربوط است می‌توان مطرح کرد.

خود رها کند.

نکته دیگر در این باب آن که چون حدود الهی مبتنی بر تخفیف و تسامح است برخی اصول عقلایی در مورد آن جاری نمی شود. زیرا اگر قرار باشد در ادعای جهل و نسیان و اشتباه اصول عدمی جاری شود و قاضی بگوید: اصل در عدم این امور است دیگر فایده ای برای قاعده درء الحد نمی ماند و این قاعده به طور کامل لغو خواهد بود. بنابراین حق آن است که به محض حدوث شبهه و احتمال، موضوع قاعده «درء الحد» محقق شده و حکم به سقوط حد می شود.

بلی موضوع قاعده «درء الحد» نفس حدوث شبهه است برخلاف استصحابات عدمی. زیرا در استصحاب اثر نه بر خود شک بلکه بر واقع مشکوک فيه مترتب است. بنابراین به محض حدوث شبهه موضوع قاعده «درء الحد» فعلیت یافته و نوبت به استصحابات عدمی نمی رسد. به عبارت دیگر فعلیت موضوع قاعده درء الحد در رتبه خود شک است برخلاف استصحاب که ناظر به بقای واقع و تنزیل مشکوک فيه به منزله متقین است و این معنی از خود شک و شبهه متأخر است. به طور مثال در مورد شخص محارب و زانی هرگاه شبهه توبه آنان برای قاضی حادث شود باید به اقتضای عموم قاعده «درء الحد» از مجازات آنها چشم پوشی کند، مگر آن که عدم توبه این اشخاص محرز شود. در این قبیل موارد نمی توان استصحاب عدم حدوث توبه را که منقح ادله عامی همچون «انما جزاؤ الذین یحاربون و رسولہ... الایة»^۱ و «السارق و السارقة فاقطعوا ایدیہما»^۲ و «الزانیة و الزانی فاجلدوہما مائة جلد... الایة»^۳ است را جاری کرده و در نتیجه حکم به اثبات حد نمود.^۴

نکته دیگری که قابل طرح است آن که در این بحث مؤلف کتاب «فقه الحدود و التعزیرات» بیان شگفتی را مطرح کرده است. ایشان مدعی شده است:

«ظاهر عبارات اصحاب، رضوان... علیهم آن است که منظور از شبهه، آن است

۱- مائده: ۳۳.

۲- مائده: ۳۸.

۳- نور: ۲.

۴- رک: قواعد فقهیه، سید محمد بجنوردی: ۱۵۷-۱۵۹.

که برای عامل پیش آید نه حاکم و قاضی زیرا تمامی مسائلی را که به آن استدلال کرده‌اند به احادیثی برمی‌گردد که در خصوص شبهه عامل رسیده است. علاوه بر آن که احدی متعرض شبهه قاضی در این مقام نشده است»^۱.

ولی بطلان این سخن به وضوح معلوم است. زیرا موارد بسیاری را می‌توان سراغ داشت که شبهه حادث برای قاضی ناشی از عوامل دیگری غیر از شبهه متهم بوده و اصلاً عروض شبهه برای متهم و عامل مطرح نیست. این موارد در خلال عبارات فقها پیدا بوده و نشانگر این است که برخلاف ادعای فوق از سوی فقها اهتمام ویژه‌ای به شبهات قاضی وجود دارد. اکنون به ذکر برخی از آنها می‌پردازیم.

۱- شهید ثانی در «روضه» در باب حد زنا می‌فرماید: «اگر شهود اربعه، شهادت دهند فلان زن از جلو زنا داده است و چهار زن دیگر شهادت به باکره بودن آن زن بدهند، قول اقرب آن است که حد از همگی ساقط می‌شود. چون در ظاهر این دو شهادت باهم متعارض بوده و همچنان که راست‌گویی زنان در مسأله بکارت محتمل است صدق گواهی مردان در زنا هم ممکن بوده و هیچ‌یک از آن دو بر دیگری مقدم نیست نتیجه آن که شبهه دارئه حاصل می‌شود»^۲.

۲- همچنین شهید در باب حد سرقت می‌گوید: «اگر سارق ادعا کند مال مسروق به او هبه شده و یا مالک اجازه اخذ مال را به او داده و یا این که اساساً خود او مالک آن مال است، مالک در مقام انکار قسم بیاد می‌کند و دست سارق هم قطع نمی‌شود زیرا در این جا برای قاضی شبهه حادث شده است هر چند که واقعاً شبهه سارق منتفی است»^۳.

۳- ایشان همچنین می‌فرماید: «در صورتی که سرقت تکرار شود و در این بین نزد قاضی شکایت برده نشود، فقط دست راست او قطع می‌شود. زیرا اسباب حد در یکدیگر تداخل کرده‌اند؛ همچنان که در زنا و شرب خمر نیز اجتماع اسباب پدید آمده است و اگر دو نفر در مورد سرقتی علیه او شهادت دهند و دو نفر دیگر قبل از قطع

۱- فقه الحدود و التعریضات، عبدالکریم موسوی اردبیلی: ۸۹، منشورات دارالمفید.

۲- الزوطة التهیة، ۳۵۸/۲.

۳- همان، ۳۷۸/۲.

نخست به سرقت دیگری شهادت دهند باز هم قول اقرب عدم تعدد قطع است. در این میان طبق قولی دیگر دست راست و پای چپ او قطع می شود زیرا هریک از دو سرقت سبب برای یک قطع است... ولی قول قویتر عدم قطع دوم است به دلیل مذکور و برائت از قطع دوم و نیز به دلیل شبهه ای که سبب سقوط حد می شود»^۱.

۴- محدث کاشانی در بحث از حد زنا در موسوعه فقهی خود «مفاتیح الشرایع» می گوید: «زنا با باردار شدن زن بدون شوهر ثابت نمی شود. زیرا احتمال آمیزش اشتباهی یا اکراه می رود و با این شبهه حد ساقط می شود و واجب نیست جست و جو شود و از او توضیح خواسته شود. اصل در تصرفات مسلمان هم صحت بوده همچنان که در این مورد اصل برائت ذمه هم جاری است»^۲.

۵- محدث کاشانی در جای دیگر نیز گوید: «اگر کسی را از سر شهوت بوسیده و در آغوش بگیرد حاکم شرع او را به طور مناسب تعزیر می کند و اگر احتمال عدم شهوت برود، حدو تعزیر از او ساقط می شود»^۳.

۶- و در بحث از حد قذف گوید: «اگر قذف به لفظ صریح انجام نشود و احتمال معنی دیگری برود حد ساقط می شود» وی این مسأله را از موارد شبهه می داند.^۴

۷- امام خمینی (ره) در باب عدالت شهود جرم می فرماید: «چنانچه در مسأله زنا، شهود اربعه همگی یا برخی از آنان افراد ناصالحی باشند همگی حد قذف خواهند خورد. اما اگر وضعیّت شهود مستور بوده و عدالت و فسق آنان ثابت نشده باشد بر آنها حدی نیست زیرا از موارد شبهه دارئه است»^۵.

۸- و در بحث از شرط بودن حضور شهود به هنگام اجرای حد گویند: «در شلاق و سنگسار حضور شاهدان به هنگام اجرای حد شرط نیست و در صورتی که

۱- همان، ۲/۳۸۴.

۲- فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، کتاب الحسبه: ۶۸.

۳- مفاتیح الشرایع، کتاب الحسبه، ۷۷.

۴- همان: ۸۳.

۵- تحریر الوسیله، ۲/۴۶۲.

شهود بمیرند و یا غایب شوند حد ساقط نمی‌شود. بلی اگر شهود بگریزند بعید نیست که حد ساقط شود زیرا از موارد شبهه است»^۱.

تمامی مثالهای فوق مصادیقی بود از شبهاتی که صرفاً برای قاضی حادث می‌شود و در این موارد هیچ اثری از حدوث شبهه برای متهم و عامل در کار نیست.

شُبْهَةُ إِكْرَاهٍ

بحث دیگر در زمینه این قاعده آن‌که آیا شبههٔ اکراه هم علاوه بر شبههٔ جهل مشمول قاعده درء الحد می‌شود؟

ظاهر عبارت فقها آن است که این قبیل شبهه هم در عموم قاعده درء الحد داخل است. به طور مثال محدث کاشانی در بحث از این‌که آیا اکراه بر زنا نسبت به مرد هم ممکن می‌باشد یا خیر؟ امکان آن را پذیرفته و می‌گوید: «به هر تقدیر خواه اکراه را در طرف مرد ممکن بدانیم یا ندانیم، حد ساقط است. به دلیل حدیث نبوی مشهور «إدراء الحدود بالشبهات»^۲.

و در همین باب گوید: «اگر مردی ادعای اکراه کند و این امر در حق او ممکن باشد حد ساقط می‌شود»^۳.

شهید ثانی نیز در «روضه» در بحث از حد شرب خمر گوید:

«شرب مُسْکَرٍ بِشَهَادَتِ دَوِّ شَخْصٍ عَادِلٍ ثَابِتٌ مِی شُود... و در صورتی که یکی از آن دو شهادت به شرب و دیگری شهادت به قی نمودن خمر دهد طبق قولی حد جاری می‌شود... ولی علامه حلی در قواعد اشکال کرده است که هر چند از این قی کردن احتمالی غیر از شرب نمی‌رود ولی صرف شرب خمر که موجب حد نمی‌شود چرا که ممکن است به آن مجبور شده باشد». در پی آن شهید می‌فرماید: «احتمال اکراه موجب حدوث شبهه است و همین شبهه حد را ساقط می‌کند»^۴.

۱- همان، ۴۶۸/۲.

۲- مفاتیح الشرایع، کتاب الحسبه: ۶۴.

۳- همان.

۴- الروضة البهیة، ۲/۳۷۳.

بنابراین می‌توان پذیرفت که قاعده «ذرء الحدّ» شبهات اکراه را هم در بر می‌گیرد.

قاعده ذرء الحدّ در قصاص و تعزیرات

آیا قاعده مورد بحث منحصرأ در مجازاتهای معین شرعی که اصطلاحاً بدان حدود اطلاق می‌شود، جاری است یا سایر مجازاتها از قبیل قصاص و تعزیرات را هم شامل می‌شود؟ برای آن‌که بتوانیم پاسخ روشنی را برای سؤال فوق بیابیم شایسته است مقدّماتاً تحقیقی در مفهوم حد داشته باشیم.

مفهوم حدّ

ابن اثیر در «نهایه» در توضیح معنی حد گوید: «حد در اصل به معنی منع و مرز بین دو چیز است و از آن‌جا که حدود شرعی، حلال و حرام را جدا می‌کنند، حد نامیده شده‌اند. حدود الهی دو قسم هستند. قسمی از آنها همچون فواحش محرّمه را نباید نزدیک شد چنانچه در آیه شریفه «تلك حدود الله فلا تقربوها» آمده است و قسمی دیگر حدودی هستند که نباید از آنها تجاوز کرد همچون مواردی معینه و تزویج اربع و آیه شریفه «تلك حدود الله فلا تعتدوها» به این موارد اشاره دارد.^۱

ابن منظور در توضیح معنی حد گوید: «حدّ همان مرز بین دو چیز را گویند که مانع از تداخل و تعدّی به یکدیگر می‌شود و حد هر چیز پایان آن چیز است... و حدود الهی همان چیزهایی است که خداوند حرمت و حلیّت آنها را تبیین کرده و دستور داده است که هرگز از آن تعدّی نشود».

وی حدود الهی را دو قسم می‌داند: قسمی از آنها حدودی هستند که خداوند در امور خوردن و آشامیدن و نکاح و غیره وضع نموده و شامل حلال و حرامها بوده و دستور داده است که از آن تعدّی نشود و قسم دوم مجازاتهایی هستند که برای مرتکبین نواهی قرار داده شده است، همچون حد سارق و قازف وزانی.^۲

۱- ابن اثیر - النهایه فی غریب الحدیث و الاثر ۳۵۲/۱ - مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.

۲- لسان العرب، ۳/۱۴۰.

یکی از حقوق دانان معاصر چهار معنی اصطلاحی برای حد ذکر می‌کند:
 الف - مجازات مصرّح در قانون جزا که بدنی بوده و حدّ اقل و اکثر ندارد.
 ب - مطلق مجازات خواه در قانون جزا مصرّح باشد یا به اختیار قاضی بوده باشد.
 ج - قانون الزامی (امر و نهی) چنانچه در آیه شریفه «والحافظون لحدود اللّٰه»
 همین معنی منظور است.

د - معنی عامی که شامل حدّ به معنی اخصل و تعزیر و قصاص و دیات می‌باشد.^۱

مؤلف التّشريع الجنایی الاسلامی حد را به نقل از منابع اهل سنت این گونه تعریف می‌کند:

«هُوَ الْعُقُوبَةُ الْمَقْدَرَةُ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى»^۲.

به نظر افزودن قید «حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى» به این تعریف بدان جهت است که آن را به مجازاتهای مقدر شرعی ای که حق الهی است، اختصاص بخشد، در غیر این صورت قصاص و دیات هم که از مجازاتهای مقدر شرعی ولی از حقوق آدمیان می‌باشند در تحت تعریف قرار می‌گرفت. در حالی که مشهور فقها لفظ حد را به مجازاتهای معین شرعی (غیر از قصاص و دیات) اختصاص داده‌اند. همچنین مجازاتهای تعزیری که اندازه معینی ندارند از این تعریف خارج می‌شوند.^۳

این مؤلف در جای دیگر مجازاتهای شرعی را به سه دسته تقسیم می‌کند:^۴
 حدود، قصاص و دیه و تعزیرات. وی در باب حدود با ذکر تعریف فوق آنها را در هفت مورد منحصر می‌کند: زنا، قذف، شرب، سرقت، محاربه، ارتداد و بغی. وی قصاص و دیات را نیز مجازاتهای معین شرعی می‌داند که به حق اشخاص مربوط می‌باشند. وی همچنین تعزیرات را مجموعه‌ای از مجازاتها می‌شمرد که مقدار معین نداشته و از سبکترین مجازاتها شروع شده و به سخت‌ترین آنها ختم می‌شود و قاضی شرع مخیر

۱- لنگرودی - ترمینولوژی حقوق: ۲۱۱، کتابخانه گنج دانش.

۲- التّشريع الجنایی الاسلامی، ۳۴۳/۱ از شرح فتح القدير ۱۱۳/۴ و شرح زرقانی ۱۱۵/۸ والمحلّی ۱۲۸/۱۱.

۳- همان، ۳۴۳/۱.

۴- همان، ۸۱/۱ و ۸۲.

است در جرایم تعزیری، مجازاتی متناسب با شخصیت و وضعیت مجرم اختیار کند.^۱ اکنون به برخی تعاریف مصطلح نزد فقهای شیعه نظر می‌کنیم. محقق حلی در کتاب الحدود و التّعزیرات شرایع الاسلام این چنین تعریف می‌کند:

«كُلُّ مَالَةٍ عَقُوبَةٌ مُقَدَّرَةٌ يُسْمَى حَدًّا وَ مَا لَيْسَ كَذَاكَ يُسْمَى تَعْزِيرًا.^۲

شهید ثانی در «مسالک» حد را مجازات خاصی می‌شمرد که به زجر بدنی مکلف به واسطه سرزدن معصیت خاصی از او مربوط بوده و شارع کمیت آن را در تمامی موارد معین کرده است. وی تعزیر را مجازات یا اهانتی می‌داند که در اغلب موارد، اندازه معینی در شرع برای آن قرار داده نشده است.^۳

اکنون با توجه به شواهد فوق چند نکته را در مقام نتیجه‌گیری ذکر می‌کنیم.

۱- با تتبع در عبارات فقهای پی می‌بریم آنها معمولاً حد را در همان معنی مجازاتهای معین شرعی استعمال نموده و در این امر فقهای مذاهب مختلف اعم از شیعه و اهل سنت اتفاق نظر دارند.

۲- نسبت بین تعریف اصطلاحی مشهور و مفهوم لغوی حد را از دو جهت

می‌توان توضیح داد:

الف- از آن جهت که حدود شرعی را مقدار و میزان معینی است که اقل و اکثر

۱- همین نویسنده در بیان فرقه‌های بین اقسام مجازاتهای مذکور گوید: «در حدود عفو و بخشش از سوی ولی امر یا مجنی علیه بی‌اثر است و پس از اثبات جرم حاکم شرع موظف است آن را بطور مقرّر اجرا کرده و نمی‌تواند چیزی را بدان افزوده یا از آن بکاهد یا آن را به مجازاتهای دیگر تبدیل کرده و یا اجرای آن را متوقف کند. در مجازات قصاص عفو مجنی علیه یا اولیاء او ممکن است و در صورت فقدان اولیاء این حق برای ولی امر ثابت است و در جرایم تعزیر ولی امر حق عفو را داراست و رضایت و عفو مجنی علیه تنها در چارچوب حق شخصی نافذ بوده و قاضی شرع در گزینش انواع مجازات و شدت و سبکی آن دارای اختیارات وسیعی است. (التشریح الجنایی الاسلامی ۸۱/۱ و ۸۲).

۲- محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱۴۷/۴، دارالاضواء، بیروت.

۳- العاملی، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام ۴۲۳/۲، مکتبه بصیرتی، قم ط. قدیم.

نداشته و باید در حدّ خود اکتفا شود.

ب- از آن جهت که حدود شرعی مجازاتهای بازدارنده‌ای هستند که مانع از ارتکاب معاصی و جرایم می‌شوند.

۳- به رغم تعریف اصطلاحی فقهی با تتبع در نصوص کتاب و سنت شاهدیم که لفظ حدّ در معانی وسیعتری استعمال شده است. به طور مثال در تمامی استعمالات قرآنی حتی یک مورد هم نمی‌یابیم که لفظ حدود در مجازاتهای شرعی به کار رفته باشد. بلکه تقریباً در تمام موارد به معنی مقرّرات حلال و حرام و الزامات شرعی به کار رفته است^۱ معلوم است که مقرّرات و الزامات شرعی اعمّ است از مجازاتهای مقرّر شرعی. در روایات و احادیث هم مواردی را می‌توان دید که لفظ حد در همان معنی عام و وسیع خود به کار رفته است، مانند روایت زیر:

عبدالرحمان بن حجاج از امام کاظم (ع) در باره تفسیر گفته خداوند عزوجل «يُحْيِي الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا» سؤال نمود. آن حضرت در پاسخ فرمود:

«این گونه نیست که زمین رازنده گرداند بلکه خداوند مردانی را برمی‌انگیزد که عدالت را احیاکنند و در اثر احیاء عدالت زمین احیا شود و هر آینه اقامه نمودن یکی از حدود الهی از باران چهل بامداد برای زمین نافعتر است»^۲.

در این روایت «عدالت» یکی از مصادیق بارز حدود الهی شمرده شده است. روشن است عدالت یکی از اساسی‌ترین اهداف و مقاصد شریعت بوده که از زمینه‌های وسیعی در شرع مقدّس برخوردار است و تنها در عدالت کیفری و اجرای مجازاتهای شرعی خلاصه نمی‌شود.

در برخی دیگر از روایات لفظ حد در معنی مطلق مجازات به کار رفته است. مانند این روایت:

«إِنَّ اللَّهَ جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حَدًّا وَلَمَنْ جَاوَزَ الْحَدَّ حَدًّا»^۳.

۱- به طور مثال بنگرید به آیات ۱۸۷، ۲۲۹، ۲۳۰ بقره، ۱۳ نساء، ۹۷ و ۱۱۲ توبه و ۱ اطلاق.

۲- وسائل الشیعه، ج ۱۸ باب ۱ از ابواب مقدمات حدود، ح ۳.

۳- همان، باب ۲ و ۳ از ابواب مقدمات حدود.

خداوند برای هر چیز حدی نهاده و برای کسی که از آن حد عبور کند کیفری قرار داده است.

ولی در بعضی روایات نیز لفظ حد در معنی اصطلاحی مشهور یعنی مجازاتهای معین شرعی به کار رفته است. مانند خبر حماد بن عثمان از امام صادق (ع): «قُلْتُ لَهُ كَمْ التَّعْزِيزِ فَقَالَ: دُونَ الْحَدِّ قُلْتُ لَهُ دُونَ ثَمَانِينَ قَالَ: لَا وَلَكِنْ دُونَ اَرْبَعِينَ فَانْهَاهَا حَدَّ الْمَمْلُوكِ قُلْتُ وَ كَمْ ذَاكَ فَقَالَ: عَلَيَّ قَدْرٌ مَا يَبْرَاهُ الْوَالِي مِنْ ذَنْبِ الرَّجُلِ وَ قُوَّةَ بَدَنِهِ»^۱.

از ایشان پرسیدم: تعزیر چه مقدار است؟ فرمود: کمتر از حد. پرسیدم، کمتر از هشتاد تازیانه؟ فرمود: خیر بلکه کمتر از چهل تازیانه. زیرا این حد مملوک است. پرسیدم و تعزیر چه مقدار است؟ فرمود: آن قدر که والی از گناه شخص و قدرت بدن او تشخیص می دهد.

این خبر و نظایر آن از قبیل خبر معاویه بن عمار^۲ در مغایرت معنی حد و تعزیر ظهور دارد. علاوه بر آن که ظهور عرفی لفظ حد هم با مجازاتهای محدود شرعی سازگار است و از این جهت شاید بتوان گفت: لفظ حد شامل تعزیرات که مجازاتهای غیر محدود هستند نمی شود. ولی این گفته در خصوص قصاص و دیات روا نیست چراکه این دو نیز قسمی از مجازاتهای محدود و مقرر شرعی می باشند. در این باره روایت فضیل از امام صادق (ع) نیز دلالت بر اطلاق لفظ حد بر قصاص دارد. در این روایت آمده است:

«مَنْ أَقْرَّ عَلَى نَفْسِهِ عِنْدَ الْإِمَامِ بِحَقِّ حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ فِي حَقِّ النَّاسِ فَلَيْسَ عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدَّ الَّذِي أَقْرَّ بِهِ عِنْدَهُ حَتَّى يَحْضُرَ صَاحِبُ الْحَقِّ أَوْ وَلِيُّهُ فَيُطَالِبُهُ بِحَقِّهِ... إِلَى أَنْ قَالَ: وَإِذَا أَقْرَّ بِقَتْلِ رَجُلٍ لَمْ يَقْتُلْهُ حَتَّى يَحْضُرَ أَوْلِيَاءَ الْمَقْتُولِ فَيُطَالِبُوا بَدَمِ صَاحِبِهِمْ»^۳.

هر آن کس که نزد امام به یکی از حدود الهی که مربوط به حقوق مردم است

۱-۳. همان، باب ۱۰ از ابواب بقیة الحدود و التعزیرات، ح ۳/.

۲- همان. همان، باب، ح ۱۶.

۳- وسائل الشیعه، باب ۳۲ از ابواب مقدّمات حدود ح ۱/.

اقرار کند امام نباید آن حد را بر او اقامه کند تا این که صاحب حق یا ولی او حاضر شده و حق خود را مطالبه کند... تا این که فرمود، و اگر کسی به قتل شخصی اقرار کند امام او را به قتل نرساند تا این که اولیای مقتول حاضر شده و خون او را مطالبه کنند. در این روایت امام (ع) قصاص نفس را یکی از حدود الهی شمرده‌اند که مربوط به حقوق آدمیان می‌شود.

خلاصه سخن آن که با تتبع در استعمالات گوناگون لفظ حد به ویژه در ابواب حدود مجامع روایی درمی‌یابیم این لفظ در پاره‌ای موارد به معنی مطلق مجازات به کار رفته و در بسیاری از موارد به معنی مجازاتهای معین شرعی آن گونه که نزد فقها معهود است، به کار رفته و در مواردی نیز در اعم از حدود و قصاص استعمال شده است و نمی‌توان با قاطعیت وجود حقیقت شرعی یا متشرعی را در این زمینه مدعی شد.

باتوجه به نتایج فوق باید بنگریم آیا عموم قاعده درء شامل قصاص و تعزیرات هم می‌شود و آیا لفظ حدود در نصوص مانند «ادرء الحدود بالشبهات» در معنی اعم یا اخص به کار رفته است؟

جریان قاعده در قصاص

در باره جریان قاعده «درء الحد» در قصاص نظریات متفاوتی در بین فقها و محققین ابراز شده است:

برخی معتقدند از آن جا که قصاص جزو حقوق الناس بوده و مبنای این گونه حقوق بر مذاقه و تحقیق است، چنانچه در این باب شبهه‌ای حادث شود نمی‌توان به قاعده «درء الحد» تمسک جست؛ زیرا چنانچه پیشتر ذکر شد، مستفاد از این قاعده و جوب عدم محض و تحقیق بوده و این امر در قصاص که به استیفای حقوق الناس مربوط است شایسته نیست.

ثانیاً، اصول عقلایی اصاله عدم النسیان، عدم الغفله، عدم الاکراه و دیگر استصحابات عدمی مانع از اجرای این قاعده است و اگر این اصول در حدود الهی جاری نمی‌شد به این دلیل بود که در آن جا بنا بر تخفیف و تسامح بود ولی در قصاص که جزو حقوق الناس است، لازم است حاکم شرع کمال دقت را به کار بسته و مانعی از

اجرای این استصحابات عدمی نیست و با اجرای این اصول دیگر مجالی برای جریان قاعده «ذرء الحد» نمی ماند. مؤید آن که برخی روایات وارده در باب قضاوت‌های علی (ع) هم حاکی از مذاقه آن حضرت و فحص فراوان ایشان برای کشف ماهیت قتل می باشد.^۱

برخی دیگر جریان قاعده «ذرء الحد» را در قصاص هم به مانند حدود پذیرفته اند. به دلیل آن که:

اولاً قصاص حقیقتاً هم جزو حدود الهی و مجازات مقرر شرعی است که در برابر قتل نفس و جرح تعیین شده است. و در جای خود محقق شده که استعمال انحصاری لفظ حد در تعداد معینی از مجازات‌های شرعی را هیچ حقیقت لغوی یا شرعی یاری نمی کند، چرا که در پاره‌ای موارد استعمال این الفاظ در عصر تشریح اعم بوده است.

ثانیاً، این گفته که قصاص جزو حقوق الناس می باشد در باره برخی حدود شرعی هم صادق است؛ چرا که در مواردی مانند قذف و سرقت اجرای حد منوط به شکایت خصوصی مقذوف و مسروق عنه است و تا این مطالبه انجام نشود، حد قابل اجرا نمی باشد. همچنان که عفو آن دو هم تحت شرایط معینی موجب سقوط حد می شود.

ثالثاً اصول عقلایی و استصحابات عدمی در باب قصاص هم به مانند حدود جریان می یابد و از این جهت فرقی بین این دو نیست و آن مذاقه‌ای که در حقوق الناس مطرح است مربوط به مسائل مالی و حقوقی صرف است ولی در مسأله دماء و نفوس اقتضای روایات کثیره و مذاق شرع آن است که حتی المقدور جانب احتیاط رعایت شود و اتفاقاً مذاقه در امر قصاص به رعایت احتیاط است.^۲

صاحب جواهر به رغم آن که خود استعمال لفظ حد را در حدود معین شرعی بیشتر پسندیده و اطلاق آن بر قصاص را بر نمی تابد^۳، ولی در برخی فتاوا گویا

۱- فقه الحدود و التعزیرات: ۹۰.

۲- قواعد فقهیه، محمد بجنوردی، ۱۶۰.

۳- جواهر الکلام، ۲۵۷/۴۱.

به جریان قاعده «درء الحدّ» در قصاص تمایل یافته است به طور مثال: وی در باره دو تن که مدعی ابوت یک فرزند می باشند و یکی از آن دو اقدام به قتل آن فرزند کند، حکم به عدم قصاص او نموده است. به دلیل آن که یکی از شروط قصاص یعنی انتفاء ابوت ثابت نیست. (چرا که هنوز این فرزند بر طبق قواعد مقرر در باب نسب به یکی از دو مدعی ملحق نشده است). علاوه بر این که این فرض از موارد شبهه می باشد.

نیز آن گاه که دو تن بر قاتل بودن زید و دو تن دیگر بر قاتل بودن عمر و شهادت دهند، برخی فقها از قبیل علامه، فخرالمحققین، قاضی ابن بزّاج، ابومنصور طبرسی، محقق، شیخین و دیگران با عنوان شبهه، قصاص را از هر دو بر طرف دانسته ولی حکم به تنصیف دیه کرده اند.

صاحب جواهر در توضیح این معنی گوید:

«با تعارض دو بیّنه قصاص ساقط شده و نتوان یکی از آن دو و یا هر دو را به قتل رساند و بر این معنی مکرراً اجماع نقل شده است. به ویژه آن که علم به براءت یکی از آن دو حاصل می باشد و مقدمه این علم ترک حق قصاص می باشد. خلاصه آن که راهی جز حکم به سقوط قصاص نمی ماند. این حکم به ویژه زمانی قوت می یابد که با حدوث شبهه، قصاص را نیز به مانند حدود ساقط بدانیم.^۱»

همچنین در مورد شخصی که شبانه فردی را از منزلش بیرون برده و سپس آن فرد مراجعت نکرده تا این که وی را مقتول بیابند، فقها فتوا داده اند آن شخص ضامن دیه مقتول است. شهید ثانی (ره) در توجیه این معنی می گوید:

ضمان به دیه به دلیل آن است که شک در موجب قصاص بوده و با این شبهه قصاص منتفی می شود.^۲

جریان قاعده در تعزیرات

در خصوص تعزیرات نیز می توان مدعی جریان قاعده «درء الحدّ» شد، به دلیل

۱- همان، ۱۷۲/۴۲ و ۲۱۸ و ۲۱۹.

۲- الروضة البهیة، کتاب الدیات ۴۲۱/۲.

آن‌که:

اولاً، همچنان‌که پیشتر ذکر شد وجود حقیقت شرعی یا متشرعی برای تخصیص لفظ حدود به کیفرهای معین ثابت نیست چراکه در پاره‌ای موارد این لفظ در معنی مطلق مجازات استعمال شده است.

ثانیاً حکمت تشریح که تخفیف و تسامح و یا ایجاد امنيّت متهمان می‌باشد در تمامی جرایم و اتّهامها به‌طور یکسان جاری است. بلکه می‌توان در خصوص تعزیرات به اولویّت تسمک نمود. زیرا اگر جرایم بزرگی که در برابر آن کیفر معین نهاده شده، زمینه تخفیف و تسامح بوده و با شبهات رفع می‌شود، این معنی در جرایم تعزیری که مجازات کمتری داشته به طریق اولی جاری است.

ثالثاً، عموم تعلیل وارده در ذیل حدیث ترمذی: «انّ الامام ان ینخطی فی العفو خیر من این ینخطی فی العقوبه» شامل تعزیرات هم می‌شود.^۱

نکته آخر آن‌که اگر قرار باشد قاعده «درء الحَدِّ» در تعزیرات شرعی جریان یابد به دلیل وحدت ملاک در تعزیرات حکومتی هم که مجموعه‌ای از اقدامات تنبیهی است که حاکم شرع و ولی امر جامعه مسلمان در برابر جرایمی تعیین می‌کند، جاری خواهد شد.

آراء مذاهب اهل سنّت در شبهه دارئه

با تتبع در منابع اهل سنّت پی می‌بریم آنان نیز اهتمام بالایی نسبت به قاعده «درء الحَدِّ» ورزیده و تقسیمات متنوعی را برای شبهات مطرح کرده‌اند:

عبدالقادر عوده در موسوعه جزایی خود، تقسیماتی را به نقل از شوافع و احناف مطرح می‌کند. طبق نقل وی شافعی‌ها شبهه را بر سه قسم دانسته‌اند:

۱- شبهه محل، مانند آمیزش با همسر در دوران حیض و یا به هنگام صیام در این مثالها مباشرت حرام در محلی که مملوک زوج بوده موجب حدوث شبهه شده است.

۲- شبهه فاعل، مانند این‌که مردی به اشتباه با زنی به جای همسر خود مباشرت

کند؛ اساس این شبهه آن است که فاعل، به حرمت عمل خود معتقد نیست.

۳- شبهه جهت یا طریق، مقصود از این تعبیر مشتبه بودن حلیت یا حرمت فعل است. مثلاً مواردی از قبیل نکاح بدون اذن ولی و حضور شهود و نکاح مُتعه بین فقها اختلافی است. در نتیجه آمیزشی که در این قبیل نکاحها صورت گیرد موجب انبئات حدّ نخواهد بود. هرچند که فاعل، خود معتقد به حرمت این فعل باشد. چراکه مادامی که حکم این موارد در بین فقها اختلافی است، اثری بر اعتقاد فاعل آن مترتب نمی‌شود.^۱

احناف نیز شبهه را بر دو قسم دانسته‌اند:

۱- شبهه فعل؛ آن را شبهه مشابهت هم نامیده‌اند. این شبهه برای کسی حادث می‌شود که حلیت و حرمت فعلی بر او مشتبه شود و دلیل مفید حلیت هم وجود نداشته باشد. از قبیل مباشرت با مطلقه ثلاثه و یا مطلقه به طلاق بائن در زمان عدّه به این که مرد بپندارد در این موارد حق مباشرت برای او ثابت است.

۲- شبهه محل؛ این شبهه در اثر اشتباه در حکم شرعی حاصل می‌شود، در این شبهه گمان و اعتقاد به حلیت یا حرمت از سوی فاعل دخالتی ندارد، بلکه شرط است که دلیلی شرعی بر نفی حرمت قائم شود. مانند مباشرت با مطلقه بائن در مواردی که طلاق با الفاظ کنایی انجام شود. در این مورد فقها اختلاف نموده و برخی آن را جزو رجعیات به شمار آورده‌اند که در نتیجه رجوع و مباشرت جایز می‌باشد.^۲

استاد محمد ابوزهره در کتاب ارزشمند «العقوبة فی الفقه الاسلامی» شبهات مسقط حد را به اقسام چهارگانه اصلی تقسیم می‌کند،

شبهه رکن؛ شبهه جهل؛ شبهه اثبات؛ شبهه تطبیق

الف - شبهه رکن: رکن جرم عبارت است از همان حکم شرعی معین مبنی بر تحریم فعلی و تعیین مجازات برای آن و با مشکوک بودن تحریم، شبهه رکن حاصل می‌شود. شبهه رکن را هم اقسام ۴ گانه‌ای است:

۱- شبهه دلیل؛ این شبهه درجایی است که در یک موضوع دو دلیل متعارض

۱- التشریح الجنایی الاسلامی، ۲۶۰/۲ و ۲۶۱.

۲- همان، ۲۶۱ و ۲۶۲.

وجود داشته باشد و دلیل محرّم، راجح و دلیل مبیح، مرجوح باشد؛ مثلاً در مباشرت با زن در عقدی که بدون حضور شهود انجام گرفته، دلیل راجح مانع از حلیّت آن می شود. در این موارد فقها مقرر داشته اند اختلاف در تحریم و تحلیل مانع از اقامه حدّ می شود. ابن قدامه حنبلی در «المغنی» نکاحهای اختلافی از قبیل نکاح متعه و نکاح بدون اذن ولی و مانند آن را از این قبیل می شمرد که مباشرت در آنها موجب سقوط حدّ می شود.

۲- شبهه حق؛ آن جا که مجرم در کاری خود را صاحب حق پندارد. از قبیل سرقت از اموال اقارب و سرقت همسر از شوهر و عکس آن و سرقت فرزند از پدر.
۳- شبهه صوت؛ این که فردی خیال کند اجرای صورت عقد حتی بر محارم سبب جواز مباشرت می شود. همچنان که ابوحنیفه آن را مصداق شبهه می داند.

ب - شبهه جهل؛ به نظر ابوزهره شبهات ناشی از جهل نیز چهار قسم است:

۱- جهل به احکام تحریمی اجماعی، در این موارد شبهه پذیرفته نیست و حد ثابت خواهد بود.

۲- جهل در مواضعی که نیازمند به نظر و استدلال بوده و دلیل واضحی از کتاب و سنت و اجماع بر حرمت آن نرسیده است. از قبیل جهل به برخی احکام تعریزی. این قبیل ندانستن موجب تخفیف در مجازات می شود.

۳- جهل در مواضع عُذر، از قبیل موارد تعارض ادله مبیحه و محرّمه و یا آن جا که امکان علم وجود نداشته باشد.

۴- جهل به احکام اسلامی در بلاد غیر اسلامی به دلیل میسر نبودن دستیابی به احکام. در چنین مواردی اصل خطاب شرعی ساقط بوده و مجازاتی نیز ثابت نمی باشد در حالی که شبهه جهل در دارالاسلام فقط موجب تخفیف مجازات می شود.

ج - شبهه اثبات؛ عبارت است از شبهه ای که در طرق اثبات جرم و در مقام داوری حادث می شود. چراکه برای اثبات حدّ لازم است قاضی آن را به ادله قاطعه احراز کند و این ادله قاطعه باید از زمان اقدام به جرم تا زمان صدور حکم باقی باشد بلکه بیشتر فقها گفته اند: باید تا زمان اجرای حد باقی باشد. بنابراین در اثبات جرم و مجازات سه چیز باید قطعاً محرز باشد: (۱) الفاظ اثبات جرم در دلالت بر معنی صریح و قاطع باشد. (۲) به محض ارتکاب جرم باشد (۳) شهود یا اقرارکنندگان تا زمان اجرای

حکم بر شهادت و اقرار خود باقی باشند.

در غیراین صورت در مقام اثبات جرم و مجازات شبهه حادث شده و حد ساقط می‌شود.

د- شبهه تطبیق نصوص؛ این شبهه در مواردی که تطبیق نصوص و ادله بر آنها مشکوک است حادث می‌شود. به‌طور مثال، سارق اگر درحالی که مهمان مسروق ... است اقدام به سرقت کند، آیا مجازات سارقین بر او لازم می‌آید؟ و یا آن‌جا که شهود بر زنا به الفاظ غیر صریح شهادت دهند حدّ به زناکار واجب می‌شود؟ در این قبیل موارد به دلیل تنگنای تطبیق نصوص و ادله شرعی شبهه دارنه ایجاد می‌شود^۱.

آثار و نتایج اجرای قاعده درء الحدّ نزد اهل سنت

به نظر «عبدالقادر عوده» نتایج مترتب بر قاعده درء الحدّ متفاوت می‌باشد. در پاره‌ای اوقات اجرای این قاعده به درء حد و تبرئه متهم می‌انجامد و در پاره‌ای دیگر با اجرای آن مجازات حد منتفی ولی کیفر تعزیری جایگزین می‌شود. به نظر وی در سه مورد متهم از جرم منسوب به او تبرئه می‌شود:

۱- آن‌گاه که شبهه به یکی از ارکان جرم قائم باشد مانند این که شخصی به اشتباه با غیر همسر خود همبستر شود. از آن‌جا که این فرد فاقد قصد مجرمانه است، حکم به براءت او می‌شود و کسی که در خفا مال خود را به تصوّر مال غیر بر باید حد و تعزیر نخواهد شد، چرا که یکی از ارکان جرم که سرقت از مال غیر است مفقود می‌باشد.

۲- آن‌گاه که شبهه در زمینه تطبیق نصّ تحریمی بر فعل منسوب به متهم باشد، مانند مباشرت در نکاحهای اختلافی که نتیجه اختلاف علما در این قبیل انکحه اختلاف در انطباق عنوان زنا بر فعل مباشرت می‌باشد که به تبرئه شخص می‌انجامد.

۳- آن‌گاه که شبهه در زمینه اثبات جرم باشد، مانند این که دو تن بر شرب خمر فردی شهادت داده و سپس از شهادت خود عدول کنند و دلیل دیگری هم در بین نباشد؛ در این هنگام به سبب حدوث شبهه حکم به تبرئه متهم می‌شود و نیز این که به شخصی که دارای جنون ادواری است جرمی نسبت داده شده ولی معلوم نباشد

۱- تفصیل مطالب را در *العقوبة فی الفقه الاسلامی*: ۲۱۹-۲۵۹ بیابید.

ارتکاب آن جرم به هنگام جنون یا افاقه او بوده است. در این جا نیز حکم به سقوط حد و تبرئه شخص می شود.

در غیر حالات سه گانه مذکور، اجرای قاعده «درء الحد» به تبدیل مجازات حد به تعزیر منجر می شود، مثلاً پدر در سرقت از مال فرزندش تعزیر می شود و نیز کسی که سرقتی را معلوم نیست قبل یا بعد از بلوغ انجام داده تعزیر می شود و شخصی که در ابتدا به جرمی اقرار و سپس از اقرار خود برگردد مورد تعزیر واقع می شود.^۱

به نظر استاد ابوزهره شبهات رادر قوت و ضعف مراتبی است برخی از آنها قوی و برخی دیگر ضعیف می باشند و بنابراین از نظر آثار هم متفاوتند؛ به گونه ای که شبهات قوی وصف جرم را محو و به طریق اولی مجازات را هم ساقط می کند ولی شبهات ضعیف وصف جرم را محو نکرده و فقط مسقط حد است. به طور مثال وی شبهات دلیل و ملک را جزو شبهات قوی و شبهات اثبات و تطبیق را از شبهات ضعیف می شمارد و در زمینه شبهه جهل، شبهه مرتکب جرم در غیر دارالسلام و شبهه جاهل به تحریم در برخی احکام فرعی و جزئی از قبیل عدد رضعات محرّم را شبهه قوی به شمار می آورد.

وی گوید: در شبهات قوی با حدوث شبهه وصف جرم و تمامی مجازاتهای دنیوی اعم از حدود و تعزیرات قطعاً ساقط می شود، اما در شبهه ضعیف حد ساقط شده ولی وصف جرم محو نشده و حرمت عمل هم ثابت مانده و با سقوط حد، تعزیر جانشین آن می شود. به طور مثال شخصی که از میزبان خود سرقت کند حد قطع از او ساقط ولی مجازات تعزیری شدیدی شامل حال او می شود. همین گفته درباره سارق از بیت المال هم مطرح است.^۲

در زمینه آراء محققان اهل سنت و تقسیمات آنها در شبهه دارئه و نتایج و آثار اجرای قاعده درء الحد شایسته است بحث تطبیقی مفیدی انجام شود که به دلیل اطاله گفتار به وقت دیگری موکول می شود.

۱- التشریح الجنایی الاسلامی، ۱/۲۱۴-۲۱۶.

۲- العقوبه فی الفقه الاسلامی، ۲۶۱-۲۶۴.

منايع و ماخذ

- ١- اصول الحديث و احكامه، جعفر سبحاني، مؤسسه امام صادق، قم.
- ٢- اصول الفقه، محمدرضا مظفر، دفتر تبليغات اسلامي، قم.
- ٣- تحرير الوسيله، روح... خميني، مؤسسه مطبوعاتي اسماعيليان، قم.
- ٤- ترمينولوژي حقوق، محمدجعفر لنگرودي، كتابخانه گنج دانش.
- ٥- الجامع الصحيح، محمدبن عيسى ترمذى، دارالفكر، بيروت.
- ٦- جواهرالكلام فى شرح شرايع الاسلام، محمدحسن نجفى، دار احياء التراث العربى، بيروت.
- ٧- التشریح الجنائى الاسلامى، عبدالقادر عوده، مؤسسه الرساله، بيروت.
- ٨- حقوق جنائى، عبدالحسين على ابادى، انتشارات فردوسى.
- ٩- حقوق مدنى، سيدحسن امامى، انتشارات كتابفروشى اسلاميه.
- ١٠- دراية الحديث، كاظم مديرشانهچى، دفتر انتشارات اسلامي.
- ١١- الرّوضة البهيّة فى شرح اللمعة الدمشقيه، زين الدين بن على بن احمد عاملى، دفتر تبليغات اسلامي، قم.
- ١٢- سنن ابن ماجه، محمدبن يزيدبن ماجه قزوينى، دار احياء التراث العربى، بيروت.
- ١٣- شرايع الاسلام فى احكام الحلال و الحرام، حلّى محقق، دارالاضواء، بيروت.
- ١٤- العقوبة فى الفقه الاسلامى، محمد ابو زهره، دارالفكر العربى.
- ١٥- فقه الحدود و التعزيرات، عبدالكريم موسى اردبيلى، منشورات دارالمفيد.
- ١٦- قواعد فقيهيه، سيدمحمد بجنوردى، نشر ميعاد.
- ١٧- لسان العرب، ابو الفضل بن منظور، دار صادر، بيروت.
- ١٨- مبانى تكملة المنهاج، خوئى، ابوالقاسم، دارالزهراء، بيروت.
- ١٩- مسالك الافهام فى شرح شرايع الاسلام، زين الدين بن على بن احمد عاملى، ط. قديم.
- ٢٠- مفاتيح الشرايع، ملامحسن فيض كاشانى، نشر مجمع الذخاير الاسلاميه، قم.
- ٢١- المقنع، محمدبن على بن بابويه صدوق، دارالحجّة البيضاء، بيروت.
- ٢٢- من لا يحضره الفقيه، محمد بن على بن بابويه صدوق، ط. بيروت.
- ٢٣- النّهاية فى غريب الحديث و الاثر، مبارك بن محمد بن اثير جزوى، مؤسسه مطبوعاتي اسماعيليان.
- ٢٤- وسائل الشيعه، محمدبن حسن حرّ عاملى، دار احياء التراث العربى، بيروت.