

نگاهی نو به شمول «شبهه» در قاعده درآ از دیدگاه فقه اسلامی و حقوق کیفری ایران

حامد رستمی نجف‌آبادی^۱

چکیده

قاعده درآ از قواعد رایج و برگرفته از نص و دارای کاربرد وسیع در مجازات‌های اسلامی اعم از حدود، قصاص و تعزیرات است و نیز از قواعد مورد اتفاق بین مذاهب فقهی به شمار می‌آید که ماده ۱۲۰ و ۱۲۱ ق.م.ا نیز به آن پرداخته است. اگرچه مشهور فقهاء مفاد قاعده را در شبهات موضوعیه جاری می‌دانند، ولی بنا بر تسلیم و قبول این قاعده که متخذ از عین روایات است شبهه اطلاق داشته و شامل شبهه حکمیة نیز می‌شود. شبهه در حقوق کیفری نیز گاهی در عنصر قانونی یعنی خود حکم قانون‌گذار است و گاهی شبهه در عنصر معنوی و گاهی شبهه در عنصر مادی می‌باشد که همان شبهه در تحقق جرم است، شمول قاعده در این موارد نیز پذیرفته شده است، شبهه جدید دیگری در فقه مطرح می‌شود و آن شبهه در احراز توبه است، که اگر شبهه در احراز توبه نیز وجود داشته باشد، حدّ برداشته می‌شود. به نظر، شبهه در مرحله اجرا نیز مؤثر بوده و باعث توقف اجرای حکم می‌شود؛ یعنی اجرای حکم در شرایطی که عدالت اجتماعی به طور کامل اجرا نمی‌شود، محل شبهه است. پس در کنار شبهات موضوعیه و حکمیة، شبهه خطا و اکراه، شبهه قاضی و متهم، شبهه توبه، شبهه در اجرای حکم نیز وجود دارد، که آیا به مصلحت هست یا خیر؟ که شق جدیدی از شبهات در قاعده درآ است. در این نوشتار به بررسی شمول شبهه، در فقه اسلامی و حقوق کیفری ایران پرداخته می‌شود.

کلیدواژه‌ها: شبهه، حدّ، درآ، مصلحت، توبه.

مقدمه

یکی از مشهورترین قواعد فقه جزایی «قاعده درآ» است که در کتب قواعد فقه از آن بحث شده، اما هنوز جای بحث و کار دارد و به نظر حق مطلب ادا نشده است. این قاعده که از مسلمات فقه محسوب می‌گردد، که ظاهر قول فقهای امامیه و حتی اهل سنت پذیرش این قاعده و تسالم بر آن است. (سبزواری، ۱۴۱۷ق، ج ۲۷، ص ۲۲۶؛ عوده، ۱۳۷۲ش، ج ۱، ص ۲۵۴) این قاعده یکی از دلایلی است که با تمسک به آن می‌توان ادعا نمود که در نظام کیفری اسلام نفس مجازات چندان مطلوب نیست، بلکه تنها به عنوان ضرورت بدان توسل جسته می‌شود.

این قاعده از نظر حقوقدانان اسلامی از قواعد تفسیری است و با قاعده‌ی تفسیر مضیق (اکتفاء به قدر متیقن) در حقوق جزای عرفی، از جهاتی هم‌سویی داشته و نشان از سیاست کیفری اسلام دارد، که در آن اصل بر براءت است و با کوچک‌ترین شبهه، حدود الهی دفع می‌شود. بنا بر نظر برخی از فقهاء می‌توان این قاعده را در غیر از حدود، یعنی قصاص و تعزیرات نیز جاری و ساری دانست. اما نکته مهم در مفاد قاعده، مفهوم «شبهات» است که بسیاری از فقهای

۱. استادیار و مدیر گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تیران و پژوهشگر پسادکتری دانشگاه تهران

اهل سنت (عوده، ۱۳۷۲ش، ج ۱، ص ۲۵۴-۲۶۷) آن را به صورت عام، شامل هر نوع عامل و انگیزه تردید برانگیز در اجرای حدود دانسته‌اند و آن را به مراحل اثبات جرم و خصوصیات و حالات متهم تعمیم داده‌اند و شبهه خلافی بودن مسئله را نیز افزوده و به قصاص نیز تسری داده‌اند.

در حالی که در فقه امامیه عمدتاً شبهات به موارد جهل به موضوع اختصاص یافته است؛ مانند این که کسی ادعا کند که مثلاً نمی‌دانسته محتوای این ظرف، شراب است، اما به نظر این قاعده در شبهات حکمیّه مانند اینکه اگر کسی مرتکب جرمی شود که حدّ الهی بر آن مترتب می‌شود و سپس ادعا کند که نمی‌دانستم این کار جرم است، جاری و ساری است و حدّ از این شخص دفع می‌شود. حال این پرسش مطرح می‌شود که آیا دامنه شمول قاعده، شبهات دیگر مانند شبهه مصلحت در مرحله اجراء یا شبهه توبه را نیز در بر می‌گیرد؟

در این تحقیق به تبیین و بررسی شمول «شبهه» در قاعده درآ از دیدگاه فقه اسلامی و حقوق کیفری ایران با نگاهی جدید و طرح شبهات جدیدی، چون شبهه توبه و شبهه مصلحت پرداخته می‌شود.

۱- بررسی و تحلیل واژگان

در ابتدا لازم است به بررسی واژگان کلیدی این نوشتار یعنی، شبهه، حدّ و درآ پرداخته شود:

۱-۱- شبهه

نکته مهم در مفاد قاعده، مفهوم شبهه است، شبهه از «شَبَه» گرفته شده و در لغت به معنای «التباس» (جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۳۶)، «پوشیدگی کار و مانند آن» (سیاح، ۱۳۶۵ش، ج ۲، ص ۶۹۸) آمده است. از این جهت، برخی آن را «تلبیس الحلال بالحرام، و الحق بالباطل» معنا کرده‌اند. (السمای الیمانی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۵۵). در زبان فارسی نیز تلبیس به معنای «آمیختن و پنهان داشتن مکر و عیب از کسی» و «پوشیدن حقیقت و اظهار در خلاف ماهیت چیزی» است (دهخدا، ۱۳۷۳ش، ج ۴، ص ۶۰۷۲). بنابراین، آن‌گاه که یقین به حرام یا حلال بودن چیزی نرود و حلال و حرام به هم در آمیزد چندان که نتوان یکی را از دیگری تشخیص داد، شبهه عارض می‌شود. در قرآن کریم نیز آیه کریمه: «منه آیات محکمات هن ام الكتاب و اخر متشابها» (آل عمران/۷) به همین معنا آمده است. آیات محکمات، تفسیر و مفهوم روشنی دارند، ولی در آیات متشابه معنا و مراد حقیقی خداوند متعال چنان دشوار و مبهم است که نفس آدمی آرام نمی‌گیرد و همواره در پی کشف حقیقت می‌کوشد.

التباس و اشتباه، معنای نخست و حقیقی شبهه است که همه لغویان بدان اشاره کرده‌اند. به همین جهت، برخی در مقام تعریف شبهه در بیان شرع، آن را حدّ وسط میان حلال و حرام تلقی کرده‌اند و مستند خویش را روایتی از پیامبر اکرم (ص) ذکر می‌کنند که فرمودند: «الحلال بین والحرام بین و بینهما مشبهات لایعلمها کثیر من الناس.» (زرکشی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۲۲۸) برخی نیز در تعریف شبهه گفته‌اند: «هی ما یشبه الثابت و لیس بثابت» (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۸۲).

با توجه به مجموع مطالب پیش گفته، شبهه به معنای در هم آمیختگی و پوشیدن حقیقت است؛ به طوری که آدمی نتواند آن را دریابد. در زبان شرعی نیز شبهه به این معنا بسیار نزدیک است؛ هم در آیات قرآن بدین معنا به کار رفته است، و هم در روایات. در برخی از روایات توصیه شده است که در شبهات باید توقف کرد، زیرا سبب سقوط آدمی در مهلکه می‌شود.

فقها در تعریف شبهه اختلاف عقیده دارند. مثلاً شهید اول با پیش کشیدن «ظن»، شبهه را اماره‌ای می‌داند که برای مرتکب، موجب گمان به حلیت عمل شده و در نتیجه به عملی دست‌زده است که در واقع حرام است. (مکی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۷) اما شهید ثانی با توسعه دایره شبهه، وهم به حلیت عمل ممنوع را نیز شبهه می‌داند. (عاملی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۳۷) دلیل شهید ثانی عموم حدیث «تدرؤا الحدود بالشبهات» است. ظاهر عبارت مرحوم آیت الله خوئی این است که شبهه، اعتقاد و یقین به مجاز بودن عملی است که در واقع حرام است و ناشی از جهل حکمی تقصیری نیست، بلکه از جهل قصوری یا تقصیری در مقدمات ناشی شده است. (خوئی، ۱۳۹۶ق، ج ۱، ص ۱۶۹) جالب اینجاست که با وجود این همه اختلاف، صاحب ریاض معنایی را برای شبهه مطرح می‌سازد و برای آن ادعای اجماع می‌کند: «و ضابطها ما اوجب ظن الاباحه بلا خلاف اجده و لعله المفهوم منه عرفاً و لغه» (طباطبایی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۳، ص ۴۱۶) ضابطه شبهه چیزی است که باعث گمان به حلیت عمل [که در واقع ممنوع است] شود. مخالفی را در این مورد نیافتم و شاید آنچه در عرف و لغت از این واژه فهمیده می‌شود، همین معناست. باید توجه داشت که این اختلاف میان فقها در تعریف شبهه امری طبیعی است. در واقع چون در مورد دایره شبهه‌ای که موجب سقوط حد می‌شود میان فقها اختلاف عقیده وجود دارد، هر فقهی سعی کرده است با توجه به دایره مورد پذیرش خویش، شبهه را تعریف کند و ضابطه آن را مشخص نماید. اما مشکلی که در این میان وجود دارد این است که اگر خواسته باشیم شبهه را با توجه به موارد کاربرد قاعده در تعریف کنیم، تعریف آن نه «توهم الفاعل او المفعول ان ذلک الفعل سائغ له» است و نه «ما اوجب ظن الاباحه» و نه «الجهل عن قصور او تقصیر فی المقدمات مع اعتقاد الحلیه حال الوطی». توضیح این که فقها در مواردی به قاعده در استناد کرده و به سقوط حد رأی داده‌اند که در آنها شبهه به هیچ یک از معانی مذکور نیست. مثلاً در مورد قذف که به معنای نسبت دادن زنا یا لواط به دیگری است، این بحث وجود دارد: آیا نسبت دادن دو عمل فوق فقط باید با لفظ صورت بگیرد و در نتیجه کسی که به وسیله‌ای غیر از الفاظ، همچون عکس و نقاشی و مجسمه و نوشته، زنا یا لواط را به کسی نسبت داده، مرتکب جرم قذف نشده است؟ برخی از فقهاء (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۵ش، ج ۱، ص ۵۲۵) با پیش کشیدن قاعده در، مصداق متیقن قذف را نسبت دادن به وسیله لفظ می‌دانند. بدیهی است در اینجا کسی که به وسیله نوشته و نقاشی و... زنا یا لواط را به کسی نسبت می‌دهد، وهم یا ظن یا اعتقاد به اباحه عمل ندارد، بلکه می‌داند که مرتکب فعل حرام می‌شود. نیز اگر خنثای مشکل مرتد شود و ندانیم که وی زن است تا مجازات او حبس و ضرب باشد یا مرد است تا مجازات او قتل باشد، گفته شده به استناد قاعده در می‌توان مجازات قتل را از او منتفی دانست. (نجفی، ۱۳۶۸ش، ج ۱، ص ۶۱۲) بدیهی است شبهه در این مورد هم به معنای یاد شده نیست.

تعاریف فوق و امثال آن مشکل دیگری نیز دارند. بنابراین تعاریف، محل عروض شبهه خصوص شخص متهم است و قاعده در آن در مورد شبهه نزد قاضی جاری نمی‌شود. چون شبهه تنها در مورد متهم به معنای «آنچه باعث وهم یا گمان یا اعتقاد به اباحه عمل ممنوع شود» می‌باشد. در حالی که برخی از فقها معتقدند شبهه اعم از آنکه برای قاضی حاصل شود یا برای متهم، باعث سقوط حد می‌شود. (همان، ص ۴۹۴؛ اردبیلی، ۱۳۱۴ق، ص ۸۹). می‌دانیم که شبهه نزد قاضی به معنای مذکور نیست. در دو مثال پیشین، قاضی چون نمی‌داند خنثای مرتد، مرد است یا زن یا نمی‌داند قذف از نظر اسلام نسبت دادن زنا یا لواط با خصوص لفظ است یا اعم از لفظ، نمی‌تواند مجازات مناسب را اعمال کند. بنابراین به نظر می‌رسد، قاضی در مقام قضاوت موظف به احراز جرم است تا بتواند حکم بر آن مرتب کند و اگر به هر دلیل نتواند آن را احراز کند، نمی‌تواند حکم را بر مصداق مشکوک صادر نماید نه به خاطر قاعده در آن، پس ظاهر قاعده مربوط به شبهه در جانب متهم است. بنا به آنچه گذشت، به نظر می‌رسد معنای اصطلاحی شبهه همان معنای لغوی آن است. به عبارت دیگر، شبهه در قاعده در آن از معنای لغوی خود دور نشده است. شبهه، یعنی التباس و روشن نبودن واقعیت، گاه باعث ظن به اباحه می‌شود و گاه نمی‌شود.

۱-۲- حد

اما بررسی واژه حد، این واژه که جمع آن حدود است، در ادبیات عرب دست‌کم در دو معنا حد به کار رفته است؛ یکی «مرز و انتها» و دیگری «منع». (ر.ک: جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۴۶۲؛ فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۱۹) برای مثال، «حدود» زمین به معنای مرزهای آن و واژه‌ی «محدود» به معنای ممنوع است. اما آنچه امروزه در لسان فقهاء و در کتب فقهی، مصطلح و مرسوم است این است که حد، مجازاتی است که نوع و میزان آن را شرع معین و مقدر کرده است مانند حد زنا، شرب خمر، سرقت و نظایر آن. اینک این پرسش مطرح می‌شود «حدود» جمع واژه «حد» است و حد گاه وصف مجازات معین شرعی و گاه وصف جرمی است که مجازات معین شرعی دارد. روشن است که مراد از «حد» در این قاعده، مجازات حدی است و نه جرم حدی. بدیهی است آنچه در اثر شبهه دفع و ساقط می‌شود و آنچه وضع و دفعش به دست قاضی است، مجازات حدی است.

۱-۳- در آن

واژه «در آن» که در این قاعده به کار رفته مصدر «تدرأ»، «ادرؤوا» و الفاظ مشابه دیگر است، در لغت به معنای «دفع کردن»، «ساقط کردن» و «تعطیل کردن» آمده است. (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۶۱؛ جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۴۸) و در قرآن کریم در همین معنا به کار رفته است. چنان‌که در قرآن آمده است: «و یدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكذابين» (نور/ ۸)؛ آن زن چهار بار به خدا سوگند خورد که آن مرد دروغ می‌گوید، حد از او برداشته می‌شود. بنابراین، منظور از در آن حد، دفع کردن و ساقط کردن و عدم اجرای آن است. چنان‌که در برخی از روایات مسئله به جای «ادرؤوا الحدود» «ادفعوا» آمده و بسیاری از فقها قاعده را با عبارت «الحدود تسقط بالشبهات» آورده‌اند.

۲- مستندات قاعده در آن در فقه امامیه و اهل سنت

در فقه شیعی نظر مشهور، قبول این قاعده و استناد به آن در موارد مختلف باب حدود و قصاص و حتی تعزیرات است. حتی صاحب ریاض دلیل قاعده مشهور نبوی (ص) را نص متواتر خوانده است (خوئی، ۱۳۹۶ق، ج ۱، ص ۱۶۸) و صاحب مستند نقض حکم مبرم را با فاعده از فقها نقل کرده است (نراقی، بی تا، ج ۲، ص ۶۸۴) مهم ترین دلیل، حدیثی است که مشهور فقیهان امامیه و اهل سنت به نقل از حضرت محمد (ص) بیان کرده‌اند. شیخ صدوق به نقل از پیامبر (ص) آورده است: «ادروا الحدود بالشبهات» (صدوق، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۷۴؛ حرّعاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۸، ص ۳۳۶) که به صور گوناگون در منابع حدیثی اهل سنت و امامیه نقل شده‌است، که در ادامه به ذکر آن می‌پردازیم. فقهای اهل سنت این حدیث را با عبارات مختلف از پیامبر اکرم (ص) و با ذکر سلسله روات بیان کرده‌اند.

«ترمذی» روایت را به این صورت نقل کرده‌است: «ادروا الحدود عن المسلمین ما استطعتم، فان كان له مخرج فخلوا سبيله؛ فان الامام ان یخطئ فی العفو خیر من ان یخطئ فی العقوبه»؛ تا جایی که می‌توانید حدود را از مسلمانان دفع کنید [و اگر راهی برای مجازات نکردن یافتید مجازات نکنید]؛ چه آن که اگر امام در عفو و بخشش اشتباه کند [و کسانی را عفو کند که مستحق نبوده‌اند] بهتر از آن است که در مجازات اشتباه نماید [و کسانی را به ناحق مجازات کند]. (ترمذی، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۴۳۸).

ابن حزم اندلسی نیز (المحلی الآثار، ج ۱۲، صص ۵۹-۶۰) روایات مختلفی از قول رسول خدا (ص) نقل کرده است که برخی از آنها عبارتند از: «عن رسول الله صلی الله علیه و آله: ادفعوا الحدود ما وجدتم مدفعا» (ابن ماجه، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۸۵۰)

عن ابن عمر قال: «ادفعوا الحدود بالشبهات.» عن عمر بن خطاب و ابن مسعود: «ادروا عن عباد الله الحدود فیما شبهه علیکم.» وی پس از نقل احادیث می‌گوید که در هیچ حدیثی کلمه «ادروا» را ندیدم، در حالی که ترمذی این حدیث را با همین واژه از قول رسول خدا (ص) آورده است.

اکثر فقهای اهل سنت پس از بیان این حدیث، معتقدند که پس از رحلت پیامبر گرامی اسلام، صحابه به آن عمل کرده‌اند تا جایی که عمر بن خطاب گفته بود «لأن اعطل الحدود بالشبهات احب الی من ان اقمیها بالشبهات.» (عوده، ۱۴۰۲ق، ج ۱، صص ۳۳۴-۳۳۵). ابوحنیفه و اصحابش، مالکیان و شافعیان به صورت مسلم و قطعی این حدیث را پذیرفته، به آن فتوا داده و از آن به عنوان یک دلیل مهم بهره جسته‌اند. در حالی که برخی دیگر از فقهای اهل سنت، اصولاً در حد به شبهه را با احادیثی دیگر از جمله حدیث مروی از رسول الله (ص) که فرمودند: «ان دماء کم و اموالکم و اعراضکم و ابشار کم علیکم حرام»، مغایر دانسته‌اند (ابن حزم، بی تا، ج ۱۲، صص ۵۷-۵۸).

فقهای اهل سنت به رغم نقل این حدیث به مقتضای آن عمل نکرده‌اند و حتی شبهه را تنها در شبهات قوی موجب سقوط حدود دانسته‌اند. سیوطی در توضیح این مطلب از این مثال استفاده کرده است: اگر کسی نبیذ آشامیده باشد حد بر او اجرا می‌شود و فتوای ابوحنیفه بر حلیت شرب نبیذ، شبهه محسوب نمی‌شود (ابن نجیم، ۱۴۰۳ق، ص ۲۳۸) به هر حال، هر چند برای مناقشه در سند احادیث مروی از طرق اهل سنت در زمینه «درء الحد بالشبهه» مجال واسعی وجود

دارد لکن فقهای مذاهب اربعه در جمع، مضمون این روایات را مسلم و قطعی تلقی کرده‌اند و مفاد این احادیث را امری قطعی و ثابت در شریعت تلقی کرده‌اند. (ر.ک: ابن‌همام، ۱۳۳۹ق، ج ۴، ص ۱۳۹-۱۴۰)

شیخ صدوق حدیث مذکور را به صورت مرسله از پیامبر اکرم (ص) نقل کرد، درحالی که اصولاً مراسیل معتبر نیستند. برخی دیگر نیز آن را به لسان واحد نقل کرده‌اند. روایت مرسله مشمول حجیت خبر واحد نمی‌شود، زیرا فاقد سلسله سند است. به همین جهت، برخی از فقها مانند مرحوم آیت الله العظمی خوئی (ر.ک: خوئی، ۱۳۹۶ق، ج ۱، صص ۱۶۷ و ۱۷۱) آن را معتبر نمی‌دانند، اما به نظر عده‌ای دیگر از فقها، یک دسته از مراسیل از جمله مراسیل شیخ صدوق در حکم مسانیدند، زیرا در هنگام نقل نمی‌گوید: «روی عن...»، بلکه می‌گوید: «قال...». این تعبیر، به معنای حذف سلسله سند رعایت اختصار است (موسوی‌بجنوردی، ۱۳۷۶ق، ج ۱، صص ۸۸-۸۹). در توجیه پذیرش این حدیث گفته شده است، که در حجیت خبر واحد هر چند غیر از مسند بودن روایت، موثوق الصدور بودن نیز لازم است، ولی احراز ثقه بودن روات گاه از عدالت وثاقت آنها به دست می‌آید و گاه در عمل اصحاب و بزرگان و به‌ویژه متقدمان. پس از آن جهت که همه فقها به قاعده: «ادرؤوا الحدود بالشبهات» عمل و به روایت استناد کرده‌اند و برآن اساس فتوا داده‌اند، شهرت عملی پیدا کرده است. بنابر این، روایت مذکور معتبر است تا جایی که مرحوم صاحب ریاض می‌گوید: «و الاولی التمسک بعصمه الدم الا فی موضع الیقین عملاً بالنص المتواتر بدفع الحد بالشبهات» (همان، ج ۱، ص ۸۹).

پذیرش این استدلال، در صورتی است که شهرت روایی و عملی را جبران‌کننده ضعف سند بدانیم.

غیر از این حدیث، احادیث دیگری می‌تواند دلیل این قاعده باشد، تا جایی که برخی از فقها همچون مرحوم خوئی که حدیث نخست را نپذیرفتند، به استناد این روایات اعمال قاعده دفع شبهه در حدود را به صورت محدود پذیرفتند.

امام صادق (ع) فرمودند: «اگر کسی اسلام آورد و به آن اعتراف کند سپس شراب بنوشد، زنا کند و ربا خورد درحالی که حلال و حرام برای او روشن نشده چنانچه جاهل است، حد بر او جاری نخواهم کرد؛ مگر اینکه بینه اقامه شود که سوره ای را که در آن زنا، شراب و رباخواری وجود دارد، خوانده است. و در صورت جهل، در آغاز او را به این احکام ارشاد می‌کنم. چنانچه پس از آن مرتکب گناه شد، بر او حد یا تعزیر جاری خواهم کرد.» (حرّعاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۸، ص ۳۲۳)

از محمد بن مسلم روایت شده است که گفت: از حضرت باقر (ع) سؤال کردم: «مردی را به اسلام دعوت کردیم، قبول کرد و سپس شراب نوشید، زنا کرد و ربا خورد در حالی که حلال و حرام را نمی‌دانست. آیا با این که جاهل است، حد بر او جاری کنم؟ فرمود: نه، مگر اینکه بینه‌ای اقامه شود که حرمت این امور را اقرار کرده است (یعنی از حرمت این موارد اطلاع داشته است).» (همان، ص ۳۲۴)

از جمع‌بندی روایات این نتیجه به دست می‌آید که حدیث «ادرؤوا الحدود بالشبهات»، هر دو نوع شبهات: حکمی و موضوعیه را در بر می‌گیرد. (موسوی‌بجنوردی، ۱۳۷۶ش، ج ۱، ص ۹۱).

۳- حقیقت قاعده درأ

پس از بحث در مورد مستندات قاعده درأ در فقه مقارن اعم از امامیه و اهل سنت، باید این مطلب روشن شود که آیا این قاعده مطلب جدیدی را بیان می‌کند یا در واقع بیان دیگری از اصل عدم و اصولی همانند آن است. ممکن است به ذهن چنین خطور کند که قاعده درأ مطلب جدیدی را بیان نمی‌کند، زیرا حکم به مجازات (حد) در صورتی صادر می‌شود که موضوع، یعنی وجود جرم حدی، احراز شود و تا وجود جرم احراز نشود، طبعاً به مجازات حکم داده نمی‌شود و در صورتی که در تحقق جرم شک و شبهه‌ای باشد، اصل عدم اقتضا می‌کند جرمی محقق نشده باشد و در نتیجه حکم به مجازات داده نمی‌شود. مثلاً در مورد زن بدون شوهری که حامله شده ولی اقرار به زنا نکرده است و شهودی به زنا شهادت نداده‌اند، حد زنا جاری نمی‌شود. زیرا حد زنا در صورتی جاری می‌شود که زنا ثابت شود، اما با این احتمال که حامله شدن ممکن است به سبب امری غیر از نزدیکی، مثل جذب شدن نطفه به رحم زن، یا به علت وطی به شبهه یا از روی اکراه و اجبار صورت گرفته باشد، زنا ثابت نمی‌شود. حال می‌توان اجرا نکردن حد را مستند به قاعده درأ (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۹۰) و یا مستند به «عدم ثبوت موضوع» خویی، ۱۳۹۶ق، ج ۱، ص ۱۷۸) دانست. همچنین فقها در مورد زنی که خود را به جای همسر مردی در آورد و مرد از روی ناآگاهی با او نزدیکی کند، به سقوط حد زنا از مرد نظر داده‌اند. حال مستند این عقیده را برخی قاعده درأ (طباطبایی، ۱۴۲۲ق، ص ۴۱۸) و برخی عدم ثبوت موضوع حد (مبانی تکملة المنهاج، ص ۱۶۹) می‌دانند. کلمات و عبارات برخی از فقها نیز موهوم همین معناست که بود و نبود قاعده درأ تأثیری در احکام ندارد. (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۲۴ - ۲۵). وجود اصول و قواعد دیگر در موارد جریان قاعده درأ که مقتضی عدم ثبوت حدند، باعث شده که برخی «مطابقت قاعده درأ با ظواهر ادله» را مستند شرعی این قاعده در شبهات موضوعیه بدانند (بجنوردی، ۱۳۷۲ش، ص ۱۵۴) و شاید به همین جهت است که برخی بحث و بررسی پیرامون مستند این قاعده را لغو و قاعده را بی‌نیاز از اثبات می‌شمارند. (سبزواری، ۱۴۱۷ق، ج ۲۷، ص ۲۲۸ - ۲۲۹) علی‌رغم آنچه گذشت، می‌توان گفت قاعده درأ می‌تواند مطلب جدیدی را بیان کند. در توضیح این نکته می‌گوییم: موارد جریان قاعده درأ بر دو قسم است. گاه دلیل یا اصلی شرعی اقتضای سقوط حد را دارد، مانند مثال‌هایی که گذشت، و گاه دلیل یا اصل مقتضی ثبوت حد است. اگر در این موارد قاعده درأ جاری و حد برداشته شود، قاعده درأ پیام تازه و یا به تعبیری کاربرد جدیدی دارد. می‌توان مثال‌هایی را برای این بحث آورد. مثلاً در مورد شبهه قاضی می‌توان این فرض را مطرح کرد که کسی شراب نوشیده است ولی ادعای اکراه دارد، اما شاهد و دلیلی بر ادعایش نمی‌آورد و قاضی نیز به دروغ بودن ادعایش علم ندارد و در عین حال نمی‌داند راست می‌گوید یا دروغ. در اینجا اصل اختیاری بودن اعمال (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۳۸۵؛ خوانساری، ۱۳۹۴ق، ج ۶، ص ۱۵) اقتضای آن دارد که حد شرب مسکر بر مرد جاری شود. اما اگر قاعده درأ جاری شود، حد برداشته می‌شود. در باب شبهه متهم نیز گاه اصول و یا ادله شرعی اقتضای مجازات دارند، در حالی که قاعده درأ مقتضی سقوط آن است. مثلاً کسی مایعی دارد که قبلاً شراب بوده، ولی نمی‌داند که اکنون تبدیل به سرکه شده است یا خیر؛ او آن مایع را می‌نوشد و سپس روشن می‌شود که کماکان شراب بوده است. مثال دیگر این است که کسی با زنی نزدیکی کند، در

حالی که نمی‌داند عقد نکاحی که میان خود و آن زن جاری کرده صحیح است یا خیر و سپس روشن شود که عقد باطل بوده است. در این دو مورد، استصحاب خمر بودن یا استصحاب حرمت وطی این زن، مقتضی ثبوت حد شرب مسکر و حد زناست، اما برخی به استناد قاعده درأ، حدود فوق را ساقط می‌دانند. (مکارم‌شیرازی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۳۷) نتیجه آن که در مواردی اصول و ادله شرعی اقتضای ثبوت حد دارند. اگر در این موارد قاعده درأ جاری شود و حد را بر دارد، باب جدیدی را به روی ما می‌گشاید. به همین سبب لازم است بررسی و روشن شود که آیا قاعده درأ می‌تواند چنین نقشی را ایفا کند یا خیر. اصولاً اهمیت قاعده درأ نیز به خاطر همین موارد است. اما از نظر آیت الله خوئی در اکثر موارد ثبوت حد، شبهه وجود دارد (و اگر بنا بر درأ حد به هر شبهه‌ای باشد، دیگر حدی برای اجرا باقی نخواهد ماند). ایشان در تعلیل این حکم که اگر مرتد ادعای اکراه کند ولی بر صحت ادعایش قرینه‌ای وجود نداشته باشد ادعایش پذیرفته نمی‌شود، می‌نویسد: این نظر خلاف نظر گروهی است که با تمسک به قاعده درأ معتقدند حد با احتمال صدق مدعی اکراه ساقط می‌شود. لیکن دانستی که این کبری (قاعده درأ) ثابت نشد بلکه روایت مرسله‌ای است که شیخ صدوق (قدس سره) آن را روایت کرده است و گذشت که شبهه‌ای در امثال این مورد نیست. زیرا بیان کردیم که اگر مراد از شبهه، شبهه واقعی باشد، در اکثر مواردی که حد ثابت شده است شبهه وجود دارد) و دیگر حدی نباید اجرا شود و اگر مراد شبهه واقعی و ظاهری است، چنین شبهه‌ای در اینجا وجود ندارد؛ زیرا آنچه موجب ارتداد است وجود دارد و مانع که همان اکراه در بیان کلمات کفرآمیز باشد (به وسیله اصل ساقط است) در نتیجه حد باید اجرا شود. (خوئی، ۱۳۹۶ق، ص ۳۲۸ - ۳۲۹)

۴- قلمرو «شبهه» در قاعده درأ از دیدگاه فقه مقارن

اکنون باید بررسی شود، شبهه چیست و قلمرو آن در قاعده درأ چیست؟ و چگونه به وسیله شبهه جلوی اجرای حدود گرفته می‌شود؟ و چه اختلافی در مکتب‌های حقوقی اسلام در این باره وجود دارد؟ شبهه همان‌طور که گذشت عبارت است از خطا و اشتباهی که در اثر ناآگاهی به حکم، یا موضوع حکم و مشتبه شدن حلال و حرام، و توهم حلیت و جواز و غیره برای مکلف پیش می‌آید.

نکته مهم در مفاد قاعده درأ مفهوم «شبهات» است و قلمرو شمول آن، که بسیاری از فقهای اهل سنت آن را به صورت عام، شامل هر نوع عامل و انگیزه تردید برانگیز در اجرای حدود دانسته‌اند و آن را مراحل اثبات جرم و خصوصیات و حالات متهم تعمیم داده‌اند و شبهه خلافی بودن مسئله را نیز افزوده و به قصاص نیز تسری داده‌اند. (ابن‌نجیم، ۱۴۰۳ق، ص ۲۳۷). در حالی که در فقه امامیه عمدتاً شبهات به موارد جهل به حکم اختصاص یافته است و موارد شبهات ادله دعوا مانند شهادت بر غایب و شهادت تبرعی خارج از موضوع قاعده تلقی شده است. (ر.ک: خوئی، ۱۳۹۶ق، ج ۱، ص ۱۴۹) زیرا شبهه در چنین مواردی خود به معنی عدم ثبوت اتهام و جرم است و نداشتن دلیل کافی بر وقوع جرم خود دلیل نفی حدّ به شمار می‌آید و نیازی به قاعده «تدرؤوا الحدود بالشبهات» ندارد. (ر.ک: خوئی، ۱۳۹۶ق، ج ۱، ص ۱۴۹؛ نراقی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۷۲). مانند حدوث فسق در شهود پس از ادای شهادت و حکم که برخی تصور کرده‌اند،

عدم تأثیر فسق طاری نیست و اصل عدم تأثیر و استصحاب حکم کافی است؛ مگر آن‌که فسق طاری موجب شبهه در عدالت سابق شود که در این صورت نیز بطلان شهادت، ارتباطی به قاعده نخواهد داشت. (همان) همچنین در موارد نفی حد از مجنون و نظایر آن نمی‌توان به قاعده تمسک کرد زیرا بدون قاعده، دلیل خاص بر نفی حد وجود دارد. (همان، ص ۱۷۱)

به نظر شبهه در قاعده درأ، عام است و شامل شبهات حکمی، مفهومی و موضوعیه است. ولی در قاعده دیگر به این کلیت نیست، زیرا گاهی شارع مقدس اسلام جاهل به حکم شرع را به عنوان شبهه پذیرفته است؛ یعنی متهم می‌تواند به استناد اینکه به حکم شرع جاهل بوده یا نسبت به وجوب و حرمت امری شبهه داشته است، به استناد عذر عقلایی از خود دفاع کند و خواستار دفع مجازات از خویش گردد. ولی در حقوق موضوعه، جاهل به قانون رافع مسئولیت کیفری تلقی نشده است. هر چند اخیراً گام‌هایی برای انعطاف این فرض قانونی در برخی کشورها برداشته شده است (استفانی، ۱۳۷۷ش، ج ۱، صص ۵۳۰-۵۳۱)، ولی این میزان محدودیت‌های وارد بر این فرض، موجب نشده است که فعلاً بتوان گفت قاضی می‌تواند به استناد آن، قاعده تفسیر شک به نفع متهم را اعمال کند. پس اثر این قاعده در مسائل حکمی این است که قاضی کیفری، مکلف است در تفسیر و برداشت خود از متون جزایی، تردید و شک را به نفع متهم تفسیر کند و نه بیشتر. به نظر قاعده درأ تعبیر ضابطه‌مند از معذور بودن جاهل و معاف بودن او از حد است و نفی حد در موارد جاهل به دو صورت بیان شده است نخست به عنوان معذور بودن جاهل و دوم معذور بودن به دلیل مشتبّه بودن امر بر متهم.

در موارد مختلفی از فقه و اصول، به مناسبات درباره این دو نوع شبهه، و احکام مختلفی که بر آنها بار می‌شود، سخن رفته است. آن بحث‌ها، با آنچه درباره شبهه در حقوق جزا مطرح است تفاوت دارد.

در ادامه به موضوع اصلی این تحقیق خواهیم پرداخت که شبهه در فقه امامیه و اهل سنت در چه مواردی تحقق می‌یابد تا موجب سقوط حدی از حدود گردد.

۴-۱- شبهه در فقه امامیه

مهم‌ترین موارد شبهه در فقه امامیه شامل شبهات موضوعیه و حکمی، شبهه خطا و اکراه، شبهه قاضی و متهم، شبهه مصلحت و توبه، به عنوان دو شق جدید از شبهات در ادامه ذکر می‌شود.

۴-۱-۱- شبهه حکمی

منظور از شبهه حکمی آن است که حکم کلی چیزی مورد تردید باشد. جاهل به حکم یا ناشی از فقدان نص معتبر است یا اجمال نص و یا تعارض نصوص، مثلاً، به علت فقدان نص معتبر در ممنوعیت عملی - مانند استعمال دخانیات - تردید می‌شود. در این مورد شبهه حکمی است؛ یعنی در حقیقت نمی‌دانیم که آیا حکم این عمل نزد شارع حرمت است

یا جواز و اباحه. لذا در مواردی حاکم، در جرم بودن عمل ارتكابی متهم، تردید می‌کند. همچنین در خصوص موضوع بحث، شبهه حکمیه آن است که شخصی جاهل به حرمت و ممنوعیت اعمال از ناحیه قانون‌گذار اسلامی باشد و به گمان این که عمل مزبور حلال است، مرتکب آن شود؛ مثلاً، نمی‌داند که نوشیدن فقاغ (آب‌جو) حرام است یا خیر و در اثر جهل به حرمت، آن را می‌نوشد و یا این که نمی‌داند که ازدواج با زن مطلقه، در ایام عدّه حرام است و با او ازدواج می‌کند و یا این که نمی‌داند که ازدواج با خواهر زن سابق که در ایام عدّه است، ممنوع می‌باشد و با او ازدواج می‌کند. در تمام این موارد، مرتکب عمل، جهل به حکم حرمت و ممنوعیت عمل دارد. (محقق داماد، ۱۳۸۹ش، صص ۵۶-۵۵) پس هر گاه کسی به جهت ناآگاهی از قانون و حکم حرمت چیزی، آن چیز را مرتکب شود، عمل او مشتبه بر شبهه حکمی است، مثل این که؛ کسی از قانون زنا و نوشیدن شراب آگاهی ندارد و نمی‌داند که برای این دو عمل، کیفری نیز مقرر شده است، هرگاه مرتکب آن‌ها شود، همین شبهه باعث سقوط حدّ از وی می‌شود و این را شبهه حکمیه می‌گویند، زیرا شک و شبهه در مورد اصل وجود قانون و حکم است.

۴-۱-۲- شبهه موضوعیه

این است که کسی فرضاً می‌داند که زنا و شرب خمر حرام و جرم است و کیفر دارد، اما، موضوع برای او مشتبه شده است، یعنی تصور می‌کند فلان زن همسر اوست، یا تصور می‌کند فلان مایع، آب است، یا یکی از مشروبات غیر الکلی است، با آن زن نزدیکی می‌کند، و آن مایع را می‌نوشد، و سپس کاشف به عمل می‌آید که آن زن، بیگانه است، و آن مایع، مشروب الکلی است. این را شبهه موضوعیه می‌گویند، و این شبهه نیز جلوی حدّ را می‌گیرد. در مورد جهل به قانون نیز فرقی نمی‌کند که این ناآگاهی به دلیل جهل تقصیری باشد، یا جهل قصوری

۴-۱-۲-۱- جهل تقصیری

جهل تقصیری بدین معنی است که شخص می‌تواند از قانون آگاهی یابد، ولی تقصیر می‌کند و به دنبال آگاهی نمی‌رود. در عین حال، کیفر حدّ، در صورتی از جاهل مقصّر برداشته می‌شود که غیر ملتفت باشد، یعنی توجه ندارد و احتمال نمی‌دهد عملی را که می‌خواهد انجام دهد، جرم باشد. ولی اگر جهل مقصّر ملتفت باشد بدین معنی که او احتمال می‌دهد عملی را که می‌خواهد انجام بدهد، جرم است و از طرفی می‌تواند بپرسد و از ماهیت آن آگاهی پیدا کند، ولی بی‌پروا و بدون پرسش، دست به ارتکاب می‌زند، و سپس معلوم می‌شود مرتکب جرم شده است، جهل چنین کسی عذر تلقی نمی‌شود، و در حقوق اسلامی چنین فردی را معذور نمی‌شناسند، و بنابراین، جاهل مقصّر ملتفت، مجرم و در خور کیفر است. (فیض، ۱۳۸۵ش، ص ۱۸۳).

۴-۲-۱- جهل قصوری

جهل قصوری بدین معنی است که شخص در شرایطی است که به هیچ وجه نمی تواند دسترسی و آگاهی به قانون پیدا کند، مثل این که در جایی دور افتاده زندگی می کند که رابطه با مراکز علمی و دینی و مطلع ندارد، و نمی تواند داشته باشد. شاید جاهل قاصر در این عصر وجود نداشته باشد، زیرا وسایل ارتباط جمعی از قبیل رادیو و تلویزیون چنان دنیا را به هم مربوط ساخته که کوچک ترین خبر و حادثه ای در یک گوشه جهان بلافاصله و با سرعت هرچه تمام تر در تمام جهان پخش می شود. به هر حال «شبهه مقصر غیر ملتفت» و «جاهل قاصر» موجب سقوط حدّ خواهد بود. حضرت امام خمینی (ره) در «تحریرالوسیله» در این باره چنین می گوید: «زنا تحقق نمی یابد، با وجود شبهه، چه شبهه موضوعی باشد، و چه شبهه حکمی» (موسوی خمینی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص ۴۵۵).

۴-۱-۳- شبهه مصلحت

در ادامه بررسی شمول «شبهه» در قاعده «درأ» به بررسی شبهه مصلحت به عنوان شبهه جدید در این بحث می - پردازیم، نخست باید به بررسی مصلحت در لغت و اصطلاح پرداخت. مصلحت در لغت، از ریشه «صَلَحَ» و جمع آن مصالح به معنی نیکی هاست؛ یعنی آنچه موجب آسایش و سود باشد. مصالح معاش و معاد به معنی چیزهایی است که خیر و مصلحت دنیا و آخرت با آن توأم است. (دهخدا، ۱۳۷۳ش، ج ۱۲، ص ۱۸۵۴)

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

در زبان فارسی معادل های متفاوتی - که دارای ریشه معنایی واحدی هستند - برای مصلحت ارائه شده که عبارتند از: خیر، خوشایند، لذت، علاقه، سود، نعمت، حکمت و علت. در این میان شاید بتوان - به تعبیر غزالی در «المستصفی» - «منفعت» را نزدیک ترین معادل برای «مصلحت» از حیث لغوی ارزیابی نمود. (غزالی، بی تا، ج ۱، ص ۲۸۷-۲۸۶).

با نگاهی اجمالی به تعاریف واژه مصلحت در کتاب های اصولی، می توان نتیجه گرفت که بین معنای لغوی و اصطلاحی آن تفاوت زیادی وجود ندارد اگرچه در این بعد مصلحت با تفاسیر و زوایای متفاوتی مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است ولی جوهره واژه مصالح، یک چیز است؛ هرچه به نفع انسان باشد مصلحت، و هرچه به زیان او و باعث فساد در امور آدمی باشد، مفسده نامیده می شود. بر همین اساس غزالی می نویسد: مصلحت در لغت عبارت است از جلب منفعت یا دفع زیان و در اصطلاح عبارت است از تأمین اهداف و مقاصد شریعت، پس هرچه اهداف شارع را تأمین کند مصلحت شمره می شود و هر چیزی که باعث تقویت مقاصد و اهداف شارع گردد، مفسده است. تشریح احکام و مقررات شرعی بر اساس مصالح و مفاصد است؛ یعنی وضع مقررات شرعی برای تأمین و حفظ مصالح بندگان

و دفع مفسد بوده است. مهم‌ترین مصالحی که شارع در تشریح احکام در نظر داشته پنج امر است: حفظ دین، نفس، عقل، نسل و مال. (همان) که به نظر این تقسیم‌بندی حصری نیست و برخی مصلحت حفظ نظام و امنیت عمومی و همچنین حفظ عرض و حیثیت افراد را نیز به آن اضافه کرده‌اند. (ر.ک: گرجی، ۱۳۷۵ش، ج ۱، ص ۵۸)

گروهی از اصولیون نیز به پیروی از غزالی گفته‌اند: مصلحت، در اصل معنی خود، عبارت است از جلب نفع، و دفع ضرر، و در اصطلاح شرعی، مصلحت، عبارت است از پاسداری از مقاصد و آرمان‌های شرعی، و نگهداری از ارزش‌های اسلامی؛ ارزش‌های اسلامی که قانون‌گذاری اسلام، آنها را برای همه امت، بلکه برای همه انسان‌ها خواسته، و حفظ و حراست از آنها را وجهه قانون‌گذاری خود قرار داده است، پنج چیز است: دین عقل، نفس، ناموس و مال. هر چیزی که این اصول را در بر داشته باشد، مصلحت است، و هر چیزی که با آنها برخورد و معارضه داشته باشد، مفسده است، و دفع مفسده، نیز مصلحت است. (فیض، ۱۳۸۵ش، ص ۲۵۳)

مهم‌ترین مقاصد شرع حفظ پنج رکن اشاره شده در زندگی بشر است که رعایت و حفظ این مقاصد از ضروریات دین اسلام است. با جمع‌بندی نظرات مطرح شده در باب تعریف اصطلاحی مصلحت می‌توان گفت: مصلحت از دید اسلام عبارت است از هرکاری که به سود و صلاح مادی و یا معنوی فرد و جامعه باشد. خلاصه سخن این‌که مصلحت هم در جعل و هم اجرای احکام شرعی بالآخر حدود، مورد استفاده قرار می‌گیرد.

با فرض وجوب اجرای حدود الهی در زمان غیبت و کفایت ادله دال بر این مطلب و روایات مربوط از حیث سند و دلالت، اجرای حدود شرایطی دارد که عدم وجود یا تعدیل زمینه‌های ارتکاب جرم در جامعه را می‌توان از جمله این شرایط دانست، که روایت عدم حدّ در صورت سرقت در عام المجاعه و عدم اجرای حد زنا در صورت اضطرار به ارتکاب آن برای رفع عطش و تزویج مجرمی که محکوم به حدّ شده، از ناحیه بیت‌المال به خوبی دلالت بر این مطلب می‌کنند، و الا در صورتی که زمینه ارتکاب جرم در جامعه فراوان باشد و برای رفع این زمینه‌ها اقدامی جدی صورت نگیرد، اجرای حدّ در چنین صورتی با توجه به وجود روایات فوق و روایاتی از این قبیل قابل شبهه خواهد بود که در این صورت بر اساس روایات دال بر عدم اجرای حد در صورت شبهه اجرای حدّ قابل تردید خواهد بود؛ زیرا وجود مصلحت اجرای حد مردّد است. علت این امر این است که هدف اقامه حدود که دفاع از مصلحت عمومی جامعه و دفع فساد و انتشار فجور و طغیان بین مردم است، قابل دستیابی نیست. همچنین در صورت تراحم بین مصلحت اجرای حدود، خصوصاً اعدام حدی و مصلحت مزاحم دیگر، در صورتی که مصلحت مباین، بیش از مصلحت اجرای اعدام حدی باشد، اعدام حدی اجرا نخواهد شد. روایات عدم اجرای حدود در سرزمین دشمن، عدم اجرای حدود در حرم، عدم اجرای حد نسبت به مردی که بدنش دچار زخم‌های مختلفی بوده، همگی دلالت بر این مطلب می‌کند. به علاوه صاحب ریاض نیز همان‌گونه که گذشت این مسئله را مورد دقت نظر قرار داده‌است. با توجه به موارد فوق، در صورتی که به سبب تبلیغات شدید نسبت به اجرای حدود و وحشیانه قلمداد کردن آن، وضعیتی پیش آید که قوانین جزایی اسلام در اذهان جهانیان به عنوان قوانین خشن و قرون وسطایی مطرح گردند و به موجب آن مجامع بین‌المللی و

سازمان‌های دروغین منادی طرف‌داری از حقوق بشر با محکومیت حکومت اسلامی، آن را تحت فشارهای سیاسی و اقتصادی بین‌المللی قرار دهند که خود چه بسا در بلند مدت، موجب شکست یا ایجاد مشکلات جدی برای حکومت فراهم آورد و از طرف دیگر به سبب اجرای این قوانین و تبلیغات دشمنان، عده قابل توجهی از مسلمانان به دشمن پناه برند و درست همان مطلبی واقع شود که علی(ع) طبق روایت به سبب خوف وقوع آن، حد را جاری نمی‌ساخت- و چه بسا در آن جا تغییر دین دهند چنان که آمارهای غیررسمی حکایت از این واقعه تلخ می‌کند- و در نتیجه این مسائل، اصل نظام مورد تهدید جدی واقع شود، در این صورت بقای مصلحت مجازات‌های شدید حدی و خصوصاً اعدام حدی مورد تردید و شبهه قرار خواهد گرفت و مصلحت جدیدی مغایر با مصلحت اجرای حدود جایگزین آن خواهد شد؛ یعنی بنا بر صحت مطلب فوق، حکم تغییر خواهد کرد، نه این که نسخ شود و بر این اساس، مصلحت بقای نظام اسلامی بر تمامی مصلحت‌های دیگر مقدم است، لذا مجازات‌های حدی شدید، خصوصاً اعدام قابل اجرا نخواهد بود، حتی اگر مجازات‌های حدی را از نظر احکام متغیر بدانیم باز هم با توجه به موارد فوق به سبب تغییر مصلحت اجرای حد، مصلحت دیگری جایگزین آن می‌شود و مجازات جدیدی با عنوان حکم اولی جدید که به سبب حدوث مصلحت جدید به وجود آمده است جعل و اجرا می‌گردد، حتی مجازات‌های جدید با عنوان ثانوی قابل اجرا است، لذا می‌توان در اجرای مجازات اعدام حدی قائل به امکان تجدید نظر شد و مجازات‌های شدید حدی را تعدیل نمود و مجازات‌های مناسب دیگری را جایگزین ساخت تا این که زمینه مناسبی برای اجرای مجدد این مجازات‌های حدی، خصوصاً اعدام حدی در آینده فراهم گردد. (رستمی نجف‌آبادی، ۱۳۹۶ ش، ص ۱۸۷-۱۸۶).

فقیه معاصری در این مورد بیان می‌دارد: «اجرای مجازات رجم در بعضی از شرایط و زمان‌ها ممکن نمی‌باشد و دارای مفاسد عظیمی می‌گردد» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ ق، ج ۱، ص ۳۷۴-۳۷۳) و لذا پیشنهاد می‌نماید که به جای رجم از سایر مجازات‌ها استفاده گردد و در نهایت چنین بیان می‌دارد «و لعل الامر فی عصرنا الذی کثر فیہ الدعايات المضادة للاسلام من هذا القبيل فان اجراء حد الرجم کثیراً ما یوجب بعض ذلک تحت عنوان حقوق البشر و شبهه» (همان، ۳۷۴).

حتی از فقیه دیگری نقل گردیده است که اجرای چنین حکمی نه تنها به مصلحت نیست، بلکه در وضعیت فعلی اجرای آن حرام است، زیرا اجرای هر حکمی که موجب وهن اسلام گردد حرام می‌باشد. (سلطانی طباطبایی، ۱۳۷۷ ش، ص ۷۱-۱۰۹ به نقل از مجله نامه مفید)

از طرف دیگر، زمان و مکان در اجرای حدود نقش تعیین کننده‌ای دارند، بنابراین در صورت تراحم مصلحت اجرای حد با مصلحت مهم تر نظیر حفظ نظام اسلامی، ممکن است حد به طور موقت تعطیل یا به کیفیت دیگری اجرا شود. این امر را می‌توان به عنوان یک قاعده کلی دانست و در کلیه مجازات‌ها جاری نمود.

یکی از فقهای متأخر پس از پاسخ شبهات پیرامون رجم، که قابل تعمیم به سایر حدود نیز می‌باشد، می‌گوید: «منحفی نماند آنچه پیرامون رجم گفته شده به لحاظ حکم اولی آن است؛ ولی اگر شرایطی پدیدار گشت و در پی آن اجرای حکم رجم محذوری مانند موهون شدن چهره اسلام و تنفر عمومی نسبت به دین و احکام آن به دنبال داشت به ناچار

باید از اجرای آن حکم مطابق روایات باب ۱۰ از ابواب مقدمات الحدود وسائل الشیعه خودداری شود ... بعید نیست از تعلیل ذیل روایت فهمیده شود در هر موردی اگر اجرای حدی موجب محذوری شود که بر خلاف مصالح اسلام و مسلمانان است باید متوقف شود. ولی این به معنای نسخ حکم رجم در شریعت و مرحله قانون‌گذاری و تشریح حکم نیست، بلکه به معنای به فعلیت نرسیدن آن حکم در مرحله اجرا به لحاظ شرایط اجتماعی و رعایت مصالح برتر و ترجیح اهم بر مهم در موارد تراحم بین ملاکات احکام شریعت و احتمال تأثیر شرایط در نرسیدن آن حکم به فعلیت است». (منتظری، ۱۳۸۷ش، ص ۱۵۷) لذا باید توجه داشت که در صورت تراحم بین این ملاکات، مصلحت حفظ اسلام بر مصالح دیگر برتری دارد. این امر را می‌توان به عنوان یک قاعده کلی دانست و در کلیه مجازات‌ها جاری نمود.

از مباحث مطرح شده باید گفت که به نظر امروزه در مورد حدود چنانچه به نظر فقیه جامع‌الشرایط اجرای حکمی در جامعه به دلیل عدم آمادگی فکری عموم مردم موجب سستی در اعتقاد و اصل اسلام شود، در این صورت حفظ اسلام اهم است و اجرای حکم باید تا استحکام عقاید مسکوت بماند. مضافاً این‌که قاعده «تدرؤوا الحدود بالشبهات» درباره این مسئله جاری است و شبهه در یک شرط از شرایط تحقق جرم و گناه، و همچنین شبهه مصلحت، اجرای حدود متوقف می‌شود.

۴-۱-۴- شبهه توبه

کلمه توبه از ماده «توب» به معنای رجوع یعنی بازگشت است. در «معجم مقاییس اللغة» آمده است: «توب، التاء و الواو و الباء کلمه واحده تدلّ الی رجوع، یقال تاب من ذنبه، أی رجع عنه، یتوب الی الله توبه و متاباً» (راغب اصفهانی، ۱۳۹۲ق، ج ۱، ص ۳۵۷) در «لسان العرب» ذیل معنای توبه چنین معنا آمده است: «التوبه الرجوع من الذنب» (ابن منظور، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۲۳۳) و در «المفردات» این چنین آمده است: «التوبه فی الشرع ترک الذنب لقبخ و الندم علی ما فرط منه» (راغب اصفهانی، ۱۳۹۲ق، ج ۱، ص ۷۶) در کتاب «مجمع الفائدة و البرهان» آمده: «التوبه هی الندامة و العزم علی عدم الفعل لكون الذنب قبيحاً ممنوعاً و امتثالاً لأمر الله و لم یکن غیر ذلك مقصوداً» (مقدس اردبیلی، ۱۳۷۹ش، ج ۱۴، ص ۳۲۱) در قرآن کریم اصطلاحاً توبه به دو صورت بیان شده است:

۱- توبه و بازگشت بنده به سوی خداوند، مثل «یا ایها الذین آمنوا توبوا الی الله توبه نصوحاً» (تحریم، ۸) که منظور از توبه انسان، همان بازگشت و ندامت از اعمال خلاف گذشته است.

۲- توبه و بازگشتی که مربوط به خداوند متعال است، مثل «... علم الله أنکم کنتم تختانون انفسکم فتاب علیکم و عفا عنکم» (بقره، ۱۸۷) که مقصود از توبه خداوند، پذیرفتن توبه انسان است که از گذشته سیاه و تاریک خویش، نادم و پشیمان شده و از انحراف و جهل بازگشته است.

بنابراین در قرآن کریم، هر کجا که از توبه انسان بحث می‌شود منظور ندامت و پشیمانی از گناه و معاصی گذشته است و هر کجا سخن از توبه خداوند است، مقصود پذیرفتن توبه انسان و بازگشت به معرفت و رحمت اوست.

در آیات و روایات زیادی از توبه به عنوان مسقط مجازات و در قوانین موضوعه به عنوان یکی از معاذیر قانونی معافیت از مجازات صحبت به میان آمده است. هم در متون شرعی و هم در قوانین، وقتی که صحبت از توبه می‌شود فرض بر این است که جرمی ارتکاب شده و فردی دارای مسئولیت کیفری، جرمی را با تمام ارکان و شرایط مقرر، مرتکب گشته است ولی پاره‌ای از مصالح اجتماعی و فردی ایجاب می‌کند که از مجرم رفع مجازات شود.

یکی از موارد شبهه که موجب حذف مجازات می‌گردد، عارض شدن شبهه توبه است. یعنی احراز قطعی توبه هم مورد نیاز نیست، بلکه همین مقدار که شبهه توبه وجود داشته باشد در اسقاط مجازات کافی است و این در حالی است که قاعدتاً می‌توان در برابر مجرم به استصحاب عدم توبه استناد کرد؛ ولی بدان تمسک جسته نمی‌شود، بلکه به قاعده «درأ» عمل می‌شود، مگر آن که عدم توبه وی احراز گردد، که این وجه بارز نظام کیفری اسلام و پویایی آن است. به هر حال، قاعده درأ در شبهه توبه نیز جای استناد دارد و می‌توان شبهه در این قاعده را به شبهه توبه نیز تسری داد.

۴-۱-۵- شبهه قاضی

می‌توان از برخی روایات که مربوط به شبهه قاضی و درباره حدود خاصی است، الغای خصوصیت کرد و حکم آنها را به سایر موارد تسری داد. حال اگر شبهه بر قاضی عارض شود، نمی‌تواند حکم به اجرای حد بدهد؛ زیرا قاضی باید بدون شک و تردید دعوی کیفری را ثابت کند و سپس رأی دهد. در این فرض، زمانی قاضی می‌تواند رأی دهد که علم (عادی) به وقوع فعل از جانب متهم داشته باشد. در غیر این صورت؛ یعنی اگر علم-که همان ظن متأخم به یقین است-برای او ایجاد نشود، مورد از موارد شبهه تلقی می‌شود. در این مورد، حتی مطلق ظن- نه ظن معتبر شرعی-نیز داخل در شبهه است. در شبهات حکمی، اثبات اعتقاد به جواز یا حلیت عمل از طرف متهم هم موجب دفع حد می‌شود، چرا که شارع مقدس جهل به حکم شرعی را در برخی موارد رافع مسئولیت قلمداد کرده است. قاعده تفسیر شک به نفع متهم در حقوق موضوعه، در امور حکمی صرفاً در تفسیر محدود متون جزایی اعمال می‌شود. ولی ادعای جهل به قانون، رافع مسئولیت نیست؛ هر چند که به نظر می‌رسد اگر متهم بتواند اشتباه خود را در درک حکم قانون اثبات کند، بتوان مجازات را از او دفع کرد.

در شبهات موضوعیه، قلمرو و دلالت هر دو قاعده یکسان است. قاعده درء عام است و به دلیل عموم «الحدود» که شامل هر نوع عقوبتی می‌شود-مگر قرینه خلاف آن را داشته باشیم که در اینجا چنین قرینه‌ای نیست-قصاص و تعزیرات را نیز در بر می‌گیرد. قاعده تفسیر شک به نفع متهم نیز عام است و هر نوع کیفری را شامل می‌شود.

بر اساس قانون مجازات اسلامی، در مورد همه جرایم در صورتی که شبهه برطرف نشود، قاعده درء جاری خواهد بود. ماده ۱۲۰ این قانون بیان می‌کند: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن یا هر یک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نخواهد شد.» همچنین

ماده ۱۲۰ این قانون نیز می‌گوید: «در جرایم موجب حد به استثنای محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف، به صرف وجود شبهه یا تردید و بدون نیاز به تحصیل دلیل، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نخواهد شد.»

بر این اساس در مورد شبهه قاضی نیز قانون‌گذار در مواردی به سقوط حد نظر داده است. مثلاً ماده ۲۲۳ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «هرگاه متهم به زنا، مدعی زوجیت یا وطی به شبهه باشد، ادعای وی بدون بینة یا سوگند پذیرفته می‌شود مگر آن‌که خلاف آن با حجت شرعی لازم اثبات شود.» در نهایت باید به ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ اشاره کرد که در مورد متهمی که اقرار به ارتکاب جرمی نموده است، به دادگاه اجازه مبادرت به صدور رای می‌دهد، به شرط اینکه: «اقرار او صریح و موجب هیچ گونه شک و شبهه‌ای نباشد و قراین و امارات نیز مؤید این معنی باشند.»

خلاصه این‌که قانون‌گذار در قانون جدید مجازات اسلامی به جای پراکنده‌گویی که در قانون سابق بود، به قانون‌گذاری قاعده‌درأ در یک ماده مستقل نمود. استناد به قاعده درأ در آرای دادگاه‌ها و شعب دیوان عالی کشور و نیز هیأت عمومی دیوان عالی کشور بسیار به چشم می‌خورد. مطالعه آرای محاکم و شعب دیوان عالی کشور، نشان می‌دهد که قضات به قاعده درأ استناد نموده‌اند و با وجودی که ظواهر پرونده حاکی از مجرم بودن متهم می‌نمود، به اندک شبهه‌ای حد را ساقط دانسته‌اند.

۴-۱-۶- شبهه متهم

روایاتی وارد شده که مستفاد آنها این است: حدود وقتی ثابت و اجرا می‌شود که مرتکب جرم «علم به حرمت عمل» داشته باشد و تا هنگامی که چنین عملی موجود نباشد و مرتکب جاهل به حرمت عملش باشد، مستحق عقوبت حد نخواهد بود. بنابراین قاعده درأ در زمینه شبهه متهم نیز است. در زمینه شبهه متهم، تبصره ۱ ماده ۸۲ قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱، جهل تقصیری بسیط را عذر محسوب نمی‌کرد، اما این تبصره در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ حذف گردید. اکنون می‌توان گفت که این جهل عذر محسوب می‌شود، به ویژه اینکه قانون‌گذار در مواد متعددی ثبوت حد زنا و شرب مسکر و سرقت را منوط به علم مرتکب به حکم و موضوع دانسته است. مواد ۶۳، ۶۴، ۶۵، ۱۶۶ و ۱۹۸ از آن جمله‌اند.

۴-۱-۷- شبهه خطا و شبهه اکراه

مطلبی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا قاعده مورد بحث، شبهه خطا و اکراه را هم در بر می‌گیرد یا خیر؟ یعنی اگر در عمد و خطا شبهه حاصل شد، با توجه به این‌که حکم جرایم عمدی با جرایم شبهه عمد و خطایی تفاوت دارد، آیا می‌توان از قاعده‌ی مزبور استفاده کرد؟ هم‌چنین آیا در صورت شبهه اکراه و عدم اختیار نیز قاعده مزبور جاری

می‌شود یا خیر؟ با توجه به عمومیت قاعده و عدم وجود دلیل مخصوص، به نظر می‌آید که چنانچه شبهه حاصل شود که عمل ارتكابی از ناحیه متهم، عمد بوده یا شبه عمد و خطا، بر اساس قاعده مزبور، شبه عمد و خطا را اختیار نموده، حد جرم عمدی را ساقط می‌کنیم. هم‌چنین در مورد اکراه و اختیار، چنانچه شبهه اکراه باشد با توجه به عمومیت قاعده می‌توان گفت که شامل شبهه اکراه نیز شده و در نتیجه، کیفر عمل ارتكابی منتفی می‌شود. (محقق داماد، ۱۳۸۹ش، ص ۵۹-۵۸)

۴-۲- شبهه در فقه اهل سنت

بسیاری از فقهای اهل سنت شبهه را به صورت عام، شامل هر نوع عامل و انگیزه تردید بر انگیز در اجرای حدود دانسته‌اند و آن را به مراحل اثبات جرم و خصوصیات و حالات متهم تعمیم داده‌اند و شبهه خلافی بودن مسئله را نیز افزوده و به قصاص نیز تسری داده‌اند. (ابن نجیم، ۱۴۰۳ق، ص ۲۳۷)

فقهای اهل سنت به روش خاصی شبهه را تقسیم‌بندی نموده‌اند که نزد فقهای شیعه این نوع تقسیم‌بندی به کار نرفته است. (جزیری، بی‌تا، ج ۵، ص ۸۸؛ عوده، ۱۴۰۲ق، ج ۱، ص ۲۱۰) از جمله، فقهای حنفی شبهه را به دو نوع، شافعیه به سه نوع و برخی از حقوقدانان اهل سنت به چهار نوع تقسیم کرده‌اند. در اینجا جهت اطلاع، به یکی از نوشته‌های حقوقدانان اهل سنت در مورد تقسیمات شبهه، به اختصار اشاره می‌شود. محمد ابوزهره، یکی از حقوقدانان اهل سنت، شبهاتی را که موجب سقوط مجازات می‌شود به شرح زیر به چهار دسته تقسیم می‌کند:

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

۲- شبهات مربوط به جهل نافی قصد مجرمانه

۳- شبهات مربوط به مرحله اثبات جرم

۴- شبهات مربوط به تطبیق نصوص قانونی بر موارد و مصادیق (محقق داماد، ۱۳۸۹ش، صص ۵۵-۵۴؛ ر.ک: ابوزهره، بی‌تا، ص ۲۲۱)

تمام مذاهب اهل سنت نیز مانند شیعه «قاعده درأ» را پذیرفته و بدان پایبند هستند. مذهب ظاهری، این قاعده را قبول ندارد، و معتقد است شبهه، حد را از میان نمی‌برد. در مذاهب مختلف اهل سنت اگرچه این قاعده پذیرفته شده است، ولی در مصادیق شبهه اختلافاتی وجود دارد (عوده، ۱۴۰۲ق، ج ۱، ص ۲۱۱) که اینک نمونه‌هایی از آن را بیان می‌کنیم:

یکی از مصادیق شبهه که بدان اشاره شده این است که: کسی زنی را در بستر خود بیابد، و به گمان این که همسر اوست با او نزدیکی کند، در این فرع علاوه بر شیعه، مالک و شافعی، و احمد بن حنبل نیز آن را از مصادیق شبهه و موجب سقوط حدّ می‌دانند، ولی ابوحنیفه، آن را شبهه نمی‌شناسد، و می‌گوید: گاه، امکان دارد در آن بستر کسان دیگری چون خویشاوندان آن زن، یا زنان دیدار کننده او می‌خوابیده‌اند بنابراین نمی‌تواند شبهه باشد.

در جای دیگر از قول ایشان گفته شده که «هر گاه کسی، زنی از محارم خود را (با اطلاع از حرمت) به عقد خود در آورد، و با او نزدیکی کند، نزدیکی به شبهه است که به جهت وجود عقد پیدا شده، و موجب سقوط حدّ است.

در این فرع شیعه، آن را از مصادیق شبهه نمی‌داند، و مالک و شافعی و احمد نیز دارای همین عقیده هستند، و گفته‌اند: مادام که جانی از حرمت آن آگاهی دارد، شبهه محسوب نمی‌شود و موجب سقوط حدّ نخواهد گردید.

خلاصه این که وجود عقد نکاح در هر جا باشد، از نظر احناف شبهه محسوب می‌شود. (عوده، ۱۴۰۲ق، ج ۱، ص ۲۱۱) و در این صورت ولو این که علم به تحریم نیز باشد، شبهه است و ساقط کننده حدّ، مثل این که کسی پنجمین زن را به عقد خود در آورد و با او مجامعت کند، یا زن شوهر دار بگیرد، یا با زن در عدّه ازدواج کند، یا زن سه طلاقه را به نکاح خود در آورد و نزدیکی تحقق یابد، از نظر ابوحنیفه چون عقد تحقق یافته شبهه موجب سقوط حدّ است!

شیعه و مالکیه و شافعیه و حنبلیه هیچ کدام وجود عقد را موجب شبهه نمی‌دانند. در مورد سرقت، ابوحنیفه اموال بی‌اهمیت یا اموالی را که در اصل مباح بوده است را شبهه می‌داند، که موجب سقوط حدّ است، مثل دزدی آب، دزدی شکار و دزدی خاک و گل و گچ و شیر و امثال آنها، هم چنین گاه و بته و نی و هیزم و هر چیز کم ارزش دیگر. (همان، ص ۲۱۰) در حالی که سایر مذاهب و شیعه هر مالی، اعم از ارزش دار و کم ارزش و مباح‌الاصل، یا غیر آن را هر گاه به حدّ نصاب ربع دینار برسد، موجب قطع می‌دانند. در ادامه این بحث نظر فقهای شافعی و حنفی بیان می‌گردد:

۴-۲-۱- شبهه در فقه شافعی

فقهای شافعی شبهه را به اقسامی تقسیم کرده‌اند. از نظر شافعیه شبهه سه قسم است:

الف) شبهه در محل: اگر مردی با همسر حائض یا روزه‌دار خود جماع نماید، شبهه در محل به وجود می‌آید. در اینجا حق زوج این است که با زوجه مباشرت داشته باشد، اما در هنگام حیض یا در وقت روزه این حق از او سلب می‌شود. ولی از آنجا که در هر صورت محل ارتکاب جرم در اختیار و ملک این همسر است شبهه ایجاد می‌شود و همین شبهه سبب جریان «قاعدہ درء» می‌گردد.

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

ج) شبهه در جهت: در جایی که بیان فقها دربارهٔ موردی اختلاف در حلیت و حرمت باشد، این شبهه به وجود می‌آید. مثلاً اگر عده‌ای از فقها نکاح متعه را جایز و عده‌ای حرام می‌دانند و شخصی زنی را به عنوان نکاح متعه به عقد خود در آورد، «شبهه در جهت» ایجاد می‌شود و حد زنا از این شخص برداشته می‌شود؛ اگر چه این شخص خود اعتقاد به حرمت این فعل داشته باشد؛ زیرا مادامی که فقیهان در حلیت و حرمت اختلاف دارند، نظر این شخص اثری ندارد. (عوده، ۱۴۰۲ق، ج ۱، ص ۲۱۲)

۴-۲-۲- شبهه در فقه حنفی

از نظر احناف شبهه بر سه قسم است:

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

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

ج) شبهه عقد: ابوحنیفه نوعی از شبهه را مطرح کرده و آن را «شبهه عقد» خوانده است. این نوع از شبهه در تحقیقات بعضی از دانشمندان جمهور به عنوان «شبهه صورت» مطرح گردیده است.

شبهه عقد، شبهه‌ای است که در اثر «عقد» به وجود می‌آید، و این در موردی است که مرد «عاقده» به حرمت عمل آگاه است و «عقد» نیز به اتفاق فقها حرام است. سایر فقهاء، و حتی پیروان و شاگردان ابوحنیفه مانند ابویوسف، با نظر او در این قضیه مخالف‌اند. (همان، ص ۲۱۳)

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

۵- تقسیم‌بندی شبهه در حقوق کیفری

اقسام شبهه را می‌توان به شکل دیگری که با موازین حقوق جزای عرفی مانوس‌تر باشد بیان نمود. این تقسیم‌بندی از لحاظ عملی مفیدتر و کارایی بیشتری دارد. می‌دانیم که در حقوق جزای عرفی برای جرم، سه عنصر برشمرده‌اند: عنصر

قانونی، عنصر معنوی و عنصر مادی. با فقدان یکی از این عناصر سه‌گانه، جرم محقق نخواهد شد. ممکن است شبهه در یکی از عناصر سه‌گانه حاصل شود که در اینجا هریک را جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱-۵- شبهه در عنصر قانونی

منظور از شبهه در عنصر قانونی، تردید در این است که آیا قانون‌گذار اسلامی برای فلان عمل، مجازات مقرر داشته است یا خیر؟ مانند این که اگر شخصی در ایام عدّه بائن زن خود، با خواهر زنش ازدواج کند آیا این عمل حرام و نامشروع است و در نتیجه، زنا شمرده می‌شود یا این که حلال و مشروع است؟ و مانند این که آیا استعمال دخانیات در ماه رمضان حرام است یا نه؟ و یا این که آیا ازدواج زن مطلقه به طلاق بائن، در ایام عدّه، زنای محصنه محسوب می‌شود و مستلزم رجم است یا زنای غیر محصنه بوده، مستلزم مجازات شلاق است؟ در این قبیل موارد تردید حاصل می‌شود که آیا عمل ارتكابی، حرام بوده و مستلزم مجازات است یا خیر؟ در حقیقت در اینجا شبهه در حکم فعل است. به عبارت دیگر، تردید در عنصر قانونی جرم، همان شبهه حکمی در فقه است که پیرامون شمول قاعده نسبت به این‌گونه شبهه بحث شده است.

۲-۵- شبهه در عنصر معنوی

مقصود از عنصر معنوی، قصد مجرمانه داشتن است و مقصود از شبهه در عنصر معنوی این است که قصد مجرمانه داشتن از ناحیه متهم مورد تردید باشد. به منظور تحقق عنصر معنوی، یعنی قصد مجرمانه داشتن. باید اولاً احراز شود که مرتکب در انجام عمل، قصد و اراده داشته است، ثانیاً احراز شود که مرتکب از ممنوعیت عمل ارتكابی آگاهی داشته است. در صورتی که در اصل وجود قصد و اراده از طرف متهم در انجام عمل ارتكابی تردید وجود داشته باشد، مجازات ساقط می‌شود؛ زیرا کیفر مخصوص اشخاص ملتفت و متوجه است و کسانی که بدون توجه و از روی غفلت عملی را که در واقع ممنوع است انجام می‌دهند قابل کیفر نیستند؛ اما اگر اصل قصد و اراده درباره متهم محقق بوده، ولی توجه نداشته که عمل مزبور جرم بوده است، در اینجا در واقع، جهل به قانون و حکم مطرح می‌شود که خود بر دو قسم است: جهل به اصل حکم یا جهل به موضوع حکم. در واقع، همان بحث گذشته پیرامون شبهات حکمی و موضوعیه از ناحیه متهم مطرح می‌شود؛ یعنی در صورت جهل به موضوع، مطلقاً معاف است و در صورت جهل به حکم، اگر جهل متهم قصوری باشد معاف است و در صورت تقصیری بودن، جهل او عذر محسوب نمی‌شود.

از آنچه گفتیم روشن شد که شبهه در عنصر معنوی جرم، به اشکال مختلف سبب سقوط مجازات می‌شود. یکی شبهه در عنصر معنوی از حیث جهل به موضوع حکم. دیگری از جهت جهل به حکم و سوم هم از نظر قصد و عمد در جرایمی که احکام آن از حیث عمد و غیر عمد تفاوت می‌کند.

۳-۵- شبهه در عنصر مادی

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

به نظر می‌رسد با توجه به صدق شبهه در این موارد و عمومیت قاعده درأ و دلایل آن، متهم از کیفر تبرئه می‌شود. مضافاً بر این که مجازات به منظور معلول جرم است و وقتی در علت (جرم) و انتساب آن به کسی تردید باشد، منطقی نیست که معلول (مجازات) منجز و قطعی تلقی گردد. در واقع در اینجا شبهه موضوعیه برای حاکم مطرح می‌شود که آیا مجرم همین متهم است یا کسی دیگر؛ که در این موارد با حصول شبهه باید حکم به تبرئه متهم بدهد. در خاتمه، به یک مصداق فقهی اشاره می‌کنیم:

در خصوص این مسئله که اگر زنی متهم به زنا باشد و چهار نفر هم شهادت بر ارتکاب زنا از سوی او بدهند، ولی آن زن مدعی شود که باکره است و چهار نفر زن هم شهادت بر باکره بودن او دهند، نظر محقق حلی بر رفع مجازات حد از این زن است؛ (حلی، ۱۳۸۹ق، ج ۴، ص ۱۵۷) کما این که تعداد دیگری از فقها نیز مثل صاحب جواهر در جواهر الکلام، شیخ طوسی در المبسوط، شهید ثانی (عاملی، بی تا، ج ۲، ص ۳۴۳) طباطبائی (طباطبائی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۴۷۲) و امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله به استناد قاعده درأ، حد زنا را از این زن منتفی می‌دانند.

نتیجه گیری

از مجموع آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که قاعده درأ هم در شبهات موضوعیه و هم حکمیه جاری و ساری است و همچنین شبهه قاضی و متهم، شبهه خطا و اکراه و شبهه در عناصر سه‌گانه جرم نیز وجود دارد؛ که قابل تسری به مجازات‌های غیر حدی نیز است. اما در این تحقیق به شبهات دیگری نیز پرداخته شد و یکی از آن شبهات این که آیا فردی که جرم حدی انجام داده، آیا مصلحت است بر او حد زده شود یا خیر؟ یا قاعده درأ در مرحله اجراء نیز تأثیر گذاشته و شمول آن شبهه اجرای حکم در شرایط کنونی را در بر می‌گیرد و همچنین مصلحت اقتضاء می‌کند، که حد جاری نشود؛ چون آنچه که فقهاء بر آن پای فشرده و به آن اهتمام خاص داشته‌اند، مقدم دانستن مصلحت حفظ اسلام و اصل شریعت بر مصلحت اجرای احکام فرعی است؛ به گونه‌ای که فقیهان، هنگام تراحم اهم و مهم، بر تقدم اهم بر مهم، حکم کرده و از این رو احکام حکومتی را مقدم بر سایر احکام دانسته‌اند. از این رو حفظ اسلام از «اوجب واجبات» است، و از هر چیزی که موجب وهن اسلام شود، باید خودداری کرد. بی‌شک مصلحت‌اندیشی در چارچوب شریعت

برای حفظ نظام اسلامی است و نظام اسلامی برای اجرای احکام الهی است و نبود آن موجب هرج و مرج و اختلال امر مسلمین و وجود آن موجب اجرای احکام الهی و برقراری نظم می‌باشد و مرجع اولیّه و اصلی «تشخیص مصلحت»، ولی فقیه است. براساس مباحث و شواهد ارائه شده می‌توان گفت در صورتی که اجرای کیفر به مصلحت نباشد حاکم اسلامی می‌تواند از اجرای آن با تمسک به قاعده «درأ» جلوگیری نماید. این امر را می‌توان به عنوان یک قاعده کلی دانست و در کلیه مجازات‌ها جاری نمود. علاوه بر این، به شبهه دیگری نیز پرداخته شد، و آن شبهه در توبه بود، که با تردید در احراز آن نیز می‌توان به قاعده درأ استناد کرده و حد را دفع نمود. این شبهات را می‌توان به حدود اعم از حق - الله و حق الناس، قصاص، تعزیرات و حتی کفارات نیز تسری داد.

منابع

- ۱- قرآن کریم.
- ۲- ابن حزم، ابو محمد علی، المحلّی الآثار، ج ۱۲، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- ۳- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج ۲، محمد فؤاد عبدالباقی عیسی البابی، مطبعه الحلبي القايره، ۱۳۷۳ق/۱۹۵۲م.
- ۴- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، ج ۱ و ۲، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ق.
- ۵- ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم، الاشباه والنظائر، تحقیق: محمد مطیع الحافظ، دمشق، دارالکفر، چاپ اول، ۱۴۰۳ق.
- ۶- ابن همام، کمال الدین محمد، فتح القدير، طبع بولاق، المطبعة الیمنیه، ۱۳۳۹ق.
- ۷- ابوزهره، الجریمة والعقوبیه فی الفقه الاسلامی، دارالفکر العربی، بی تا.
- ۸- اردبیلی، سید عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، قم، مکتبه امیرالمؤمنین (دارالعلم مفید)، اول، ۱۴۱۳ق.
- ۹- استفانی، گاستون و دیگران؛ حقوق جزای عمومی، ج ۱، ترجمه: دکتر حسن دادبان، تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، چاپ اول، ۱۳۷۷ش.
- ۱۰- بجنوردی (موسوی)، سید محمد، قواعد فقهیه، تهران، میعاد، چاپ دوم، ۱۳۷۲.
- ۱۱- الترمذی، محمد بن عیسی، سنن ترمذی، ج ۲، تحقیق و شرح: احمد محمد شاکر، بیروت: داراحیاء التراث العربی، ۱۳۹۴ق.
- ۱۲- الجزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۵، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
- ۱۳- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، ج ۱ و ۲، بیروت، دارالعلم للملایین، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق / ۱۹۸۷م.
- ۱۴- حرّعاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۲ و ۱۸ و ۲۸، قم، موسسه آل البيت (ع)، سوم، ۱۴۱۶ق.

- ۱۵- حلی، جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۹ق.
- ۱۶- خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک، ج ۶، تهران، مکتبه الصدوق، اول، ۱۳۹۴ ق.
- ۱۷- خوبی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، قم، چاپ دوم، ۱۳۹۶ ق.
- ۱۸- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، ج ۱۲ و ۱۳، تهران، دانشگاه تهران، چاپ اول، دوره جدید، ۱۳۷۳ش.
- ۱۹- رستمی نجف آبادی، حامد، مصلحت و مجازات های حدی، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۶ش.
- ۲۰- راغب اصفهانی، حسین، معجم المفردات الفاظ القرآن، التقدم العربی، ۱۳۹۲ق.
- ۲۱- الزحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۵، دمشق، دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۹ق/۱۹۸۹م.
- ۲۲- الزرکشی، بدرالدین محمد بن بهادر الشافعی، المنشور فی القواعد الفقهیه، ج ۲، کویت، دارالکویت للصحافه، چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.
- ۲۳- سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام، ج ۲۷، دفتر آیت الله العظمی سبزواری، چهارم، ۱۴۱۷ ق.
- ۲۴- السماوی الیمانی، محمد، الموسوعه العربیه فی الالفاظ الضدیه و الشذرات اللغویه، ج ۲، بیروت، مرکز الدراسات والبحوث، چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
- ۲۵- سیاح، احمد، فرهنگ بزرگ جامع نوین، ج ۲، تهران، انتشارات اسلام، چاپ دهم، ۱۳۶۵ش.
- ۲۶- صدوق، محمد بن علی بن بابویه، من لا یحضره الفقیه، ج ۴، بیروت، مؤسسه الاعلمی، اول، ۱۹۸۶ م / ۱۴۰۶ ق.
- ۲۷- طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، ج ۱۳ و ۱۴، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، اول، ۱۴۲۲ق.
- ۲۸- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام، ج ۲، بی تا.
- ۲۹- العوده، عبدالقادر، التشریح الجنایی الاسلامی، ج ۱، تحقیق: السید محمد اسماعیل الصدر، تهران: مؤسسه البعثه، چاپ دوم، ۱۴۰۲ق.
- ۳۰- عوده، عبدالقادر، حقوق جزای اسلامی (ترجمه)، ج ۱، تهران، معاونت فرهنگی جهاد دانشگاهی شهید بهشتی، ۱۳۷۲ش.
- ۳۱- غزالی، محمد، المستصفی من علم الاصول، ج ۱، بیروت، دارالکتب الاسلامیه.
- ۳۲- فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه، کتاب الحدود، قم، مؤلف، اول، ۱۴۰۶ق.
- ۳۳- همو، جامع المسائل، ج ۱، چاپ اول، ۱۳۷۵ش.
- ۳۴- فراهیدی، خلیل بن احمد، العین، ج ۳ و ۴، قم، دارالهجره، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.

- ۳۵- فیض، علیرضا، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۵ش.
- ۳۶- همو، مبادی فقه و اصول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴ش.
- ۳۷- کریمی جهرمی، علی، الدر المنضود فی احکام الحدود (تقریرات درس آیت الله گلپایگانی)، ج ۱، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۲ ق.
- ۳۸- گرجی، ابوالقاسم، مجموعه مقالات حقوقی، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۵ش.
- ۳۹- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه بخش جزایی، تهران، مرکز نشر اسلامی، اول، ۱۳۸۹.
- ۴۰- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازدهان، ج ۱، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۷۹ش.
- ۴۱- مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهة کتاب الحدود و التعزیرات، ج ۱، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، اول، ۱۴۱۸ ق.
- ۴۲- مکی، جمال الدین (شهید اول)، القواعد و الفوائد، ج ۱، قم، مکتبه المفید، بی تا.
- ۴۳- منتظری، حسینعلی، مجازات های اسلامی و حقوق بشر، قم، ارغوان دانش، چاپ اول، ۱۳۸۷ش.
- ۴۴- موسوی بجنوردی، سید محمد، فقه تطبیقی (بخش جزایی)، ج ۱، تهران: نشر میعاد، چاپ اول، ۱۳۷۶.
- ۴۵- موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، مطبعة الآداب نجف، چاپ دوم، ۱۳۹۰ق.
- ۴۶- نامه مفید (مجله)، دانشگاه مفید، شماره ۲۳، پاییز ۱۳۷۹ش.
- ۴۷- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۱، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۸ش.
- ۴۸- نراقی، احمد بن محمد، عوائد الایام، ج ۲، بی نا، بی جا، ۱۳۲۱ق.