

البته گاه مستند حکم صادر شده، با سند معتبر زیر سوال نمی‌رود و با شبهه و سند نامعتبر زیر سوال می‌رود لکن برای قاضی این سند، دیگر سندیت ندارد، واضح است که در این جا هم وجهی برای اعتبار حکم صادر شده نیست. تامل شود.

گفتگو از «شبهه» در قاعده درأ

قبلاً¹ برخی پرسشها در پیوند با شبهه در قاعده درأ از نظر معنا و حد آن و این که صاحب شبهه چه کسی است، مطرح شد. در این باره متون فقهی و قانون ج. ا. ایران ورود کرده اند. بخشی از این ورودها متون ذیل است:

- «و ضابطها (یعنی ضابطه شبهه) ما اوجبت ظن الاباحه»².
 - برخی متون مجرد احتمال اباحه، هر چند به مرزگمان نرسد را شبهه دارئه دانسته اند.
- در واقع مطابق این متن تمام صورت های نبود علم، اطمینان و حجت معتبر، از مصادیق شبهه قلمداد گردیده است. لکن حجت معتبر که مانع جریان قاعده درأ است مثل استصحاب مخالف با اقتضای قاعده درأ را نیز میگیرد یا حجت معتبر، شامل حمل استصحاب نمی‌شود؟ در ادامه به این بحث می‌رسیم.
- همچنین گفته شده: «لو كان جاهلا قاصرا او مقصرا غير ملتفت الى الحكم والسؤال فالظاهر كونه شبهة دارئة»³.

نقد

گاه گفته می‌شود: با نبود حجت معتبر برای مرتکب در ساحت حکم و مصداق، حد جاری نمی‌شود؛ چه قاعده درأ پذیرفته شود و چه رد گردد؛ ضمناً جاهل مقصر غیر ملتفت به حکم و سوال به ویژه اگر قاطع به خلاف باشد در ارتکاب عمل، معذور است، هر چند در کوتاهی اش غیر معذور و معاقب باشد. «قصه الامتناع بالاختیار لاینافی الاختیار خطاباً» هم پایه ندارد «و لا ینافی الاختیار عقاباً» هم یا باید رد شود یا به گونه ای که اشاره کردیم، توجیه شود. پس باز هم، مجالی برای این قاعده پیدا نشد. به علاوه ادعای «الظاهر کونه شبهة دارئة» یک ادعا است که نه باین است و نه در این ادعا برای آن اقامه دلیل شده است؛ مگر به وجهی که بیان کردیم برگردد که – البته – دیگر برای قاعده درأ نقشی قائل نشده ایم.

قانون گذار ج. ا. ایران هم ابتدا در قانون مجازات در صور ابهام دمیده است به این صورت که در قانون سابق (به تبع متون فقهی) در جرم زنا، سرقت و شرب مسکر، قید علم را اخذ کرده بود ولی در بقیه موجبات حد و کیفر چون لواط، مساحقه، قوادی، محاربه و افساد فی الارض، اخذ علم نشده بود. این ابهام در قانون جدید برطرف شده و قانون گذار چنین مقرر کرده است:

ماده 217- در جرایم موجب حد، مرتکب در صورتی مسؤول است، که علاوه بر داشتن علم، قصد و شرایط مسؤولیت کیفری به حرمت شرعی رفتار ارتکابی نیز آگاه باشد.

1. ص 428.

2. ریاض المسائل، ج 10، ص 8.

3. نک: تحریر الوسيلة، ج 2، ص 456، م 5؛ مجموعه آرای فقهی – قضایی در امور کیفری، ج 1، ص 41.

ماده 218- در جرایم موجب حد هر گاه متهم ادعای فقدان علم با قصد یا وجود یکی از موانع مسؤولیت کیفری را در زمان ارتکاب جرم نماید در صورتی که احتمال صدق گفتار وی داده شود و اگر ادعا کند که اقرار او با تهدید و ارباب یا شکنجه گرفته شده است ادعای مذکور بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می شود.

تبصره 1- در جرایم محاربه و افساد فی الارض و جرایم منافی عفت با عنف، اکراه، ربایش یا اغفال، صرف ادعا، مسقط حد نیست و دادگاه موظف به بررسی و تحقیق است.

تحقیق در مساله

آن چه مقتضای تحقیق می نماید؛ این است:

- با جهل به مصداق (= جهل به موضوع؟) نباید در درآ حد تردید کرد مگر در فرض عدم فحص و توجه به جهل یا در فرض جریان اصل مخالف مثل استصحاب که بحث آن می آید. واضح است که درآ حد در فرض مزبور مستند به قاعده نیست. این دفع را موافق و مخالف قاعده قبول دارند.
- در فرض جهل قصوری به حکم نیز حد جاری نمی شود. حتی بر مبنای انکار قاعده. روایات متعدد شاهد این مدعا است.
- در فرض جهل تقصیری و با عدم التفات، در این صورت نیز نباید در عدم جریان حد تردید کرد، حتی اگر قاعده مورد پذیرش واقع نشود. دلیل آن، در بحث حاضر مورد اشاره قرار گرفت.
- همان فرض قبل، با فرض التفات مرتکب به جهل و شک خود، در این جا است که زمینه اختلاف هست تا جایی که برخی از قائلان به قاعده درآ هم در این فرض، قائل به جریان قاعده نیستند و فتوا به عدم عفو می دهند،⁴ هر چند - قاعدتا - برخی، مستندا به قاعده، قائل به عفو شده اند و عفو در این صورت را از آثار قاعده میدانند. با این وجود، اندیشه عفو، مخالف برخی نصوص معتبر قلمداد گردیده است. محقق خوئی عفو را در مثل فرض مزبور، مخالف مدلول معتبره یزید کناسی دیده است با این متن: «... فان كانت تعلم ان عليها العدة ولا تدرى كم هي؟ فقال: اذا علمت ان عليها العدة لزمتهما الحجة فتسأل حتى تعلم»⁵ و استدلال ایشان این است: «فانها تدل على أن من لزمته الحجة لا بدله من السؤال ولا يسقط عنه الحد».⁶

البته در مفروض روایت، استصحاب مخالف وجود دارد (استصحاب بقای عده) و عدم عفو، شاید مستند به این اصل بوده است. البته مثل محقق خوئی (به حق) با استصحاب در شبهات حکمیة مشکل دارد؛ لکن گاه گفته می شود: این روایت دلالتی واضح و حجت بر اجرای حد، در فرض مزبور ندارد. فتامل.

4. تحریر الوسيلة، ج2، ص456، م5.

5. الوسائل، ج28، ابواب حد الزنا، باب 27، ص126 و 127، ح3.

6. مبانی تکملة المنهاج، ج1، ص169، م134.