

روایت مزبور، هر چند دلالت بر تقصیر زن و ملامت او دارد، لکن مبین روشنی برای اجرای حد نیست؛ بیان حدّ، باید بیان قویتری باشد.

در راستای اثبات عفو در مفروض سخن، می‌توان به اطلاق مثل معتبره عبد الصمد بن بشیر استدلال کرد؛ با این تعبیر: «...ای رجل ركب امرا بجهالة فلا شئ علیه».¹

همچنین به مفهوم تعلیل در روایت ابوبصیر با این عبارت:

«لانه تقدم بعلم و تقدمت هی بعلم».²

البته جای منع اطلاق در این دو روایت به گونه‌ای که فرض جهل با تقصیر و التفات را هم بگیرد وجود دارد، البته منع اطلاق، به معنای افتا به عدم عفو و اجرای حد بر جاهل مقصر ملتفت نیست. ما در مرحله نهایی بحث و تحلیل قاعده و قبول یا رد آن نظر خود را بیان خواهیم کرد.

شبهه برای چه کس؟

در برخی از تحقیقات در پاسخ به پرسش «محل عروض شبهه در قاعده درآ کیست؟ در ادامه قاضی، مرتکب عمل یا هر دو؟» پاسخهای ذیل از مراجع معاصر به منصفه ظهور رسیده است:

- قاضی است
- اگر مرتکب عمل، ظن به اباحه فعل داشته باشد، حد جاری نمی‌شود و علم یا عدم علم قاضی، تاثیری بر حکم ندارد.
- معیار تشخیص قاضی است³

تحقیق

به نظر می‌رسد باید گفت:

گاه بحث از ثبوت واقعی حکم شرعی حد در حق مرتکب و استحقاق اجرا است و گاه بحث از جواز حکم قاضی در حق مرتکب است.

فرض اول ربطی به قاضی ندارد و بحث دوم ربطی به مرتکب ندارد البته تشخیص وضعیت موجود و این که مرتکب با این وضعیت شبهه، حکم عفو و درآ دارد یا اجرای حد، مربوط به مقام قضایی است، لکن مبین شبهه گاه شخص مرتکب است و مثال‌های آن روشن است و گاه برای قاضی شبهه پیش می‌آید مثل این که مرتکب، مدعی توبه است و قاضی، شک در صدق گفته وی دارد یا در صدق گفته او شک ندارد، لکن نمی‌داند توبه در فرض مزبور رافع حد است یا نه؟⁴

بنابر این در پاسخ به سوال گذشته باید گفت (بنابر فرض قبول قاعده):

قاعده درآ در مجال شبهه جاری است، برای مرتکب یا قاضی / البته مطابق بیانی که صورت گرفت.

¹ .الوسائل، ج 12، ابواب تروک الاحرام، باب 45، ص 488 و 489، ح 3.

² .همان، ج 28، ابواب حد الزنا، باب 27، ص 127، ح 5.

³ .مجموعه آرای فقهی - قضایی در امور کیفری، ج 1، ص 41 و 42.

⁴ .در ادامه به این بحث، رسیدگی خواهیم کرد.

رابطه قاعده با نهاد توبه

در مباحث مربوط به حدود، گاه گفتگو از تاثیر توبه بر اجرای حد، فارغ از قاعده درأ است. در این جا است که پرسشهایی از قبیل دو پرسش ذیل مطرح می شود:

1. در مواردی که توبه مسقط حد است، آیا اظهار لفظ دال بر توبه از طرف مجرم کافی است یا باید عملی دال بر ثبوت توبه از او سر زده باشد؟
2. در مواردی که توبه قبل از اقامه بینه، مسقط حد است، آیا ثبوت توبه قبل از بینه کافی است یا باید اظهار توبه عند الحاکم قبل از بینه باشد؟

و گاه پرسش، با توجه به قاعده درأ است. مثلاً سوال می شود:

«آیا در توبه مسقط حد، احراز توبه لازم است یا در صورت شبهه توبه نیز حاکم شرع می تواند با تمسک به قاعده درأ، حد را اجرا نکند؟».

واضح است که بحث ما از مجال دوم است نه اول.

نسبت به این مجال پاسخ های ذیل را در اختیار داریم:

- احراز لازم است.
- ظاهراً احراز توبه لازم است.
- هر گاه نشانه هایی از توبه آشکار شد اما قطعی و مسلم نیست مصداق «الحدود تدرأ بالشبهات» می تواند باشد.
- اگر احتمال واقعی توبه، به جهت قراین ظنیه باشد، کافی است و اگر احتمال صرف باشد، وجود قرائن کفایت نمی کند.
- برای احراز و ثبوت توبه نزد حاکم، شرایط خاصی پیش بینی نشده، و لذا به نظر می رسد که احراز این مطلب با توجه به وضعیت روحی و جسمی توبه کننده به عهده دادگاه است.⁵

در بیان اخیر که به نام «اداره حقوقی قوه قضاییه» ثبت گردیده، در واقع هر احتمال توبه ای کافی دانسته نشده است، حتی اگر قاعده را هم بپذیریم، بلکه باید مقام قضایی، در این پیوند به قرار برسد هر چند از طریق تشکیل پرونده شخصیت برای مرتکب جرم باشد.

⁵ . همان، صص 25-27.