

شبهات بازدارنده از اجرای حدود

مهوش موسوی

دانشجوی دکتری فقه و حقوق دانشگاه سمنان، ایران

mmkm.musavi@yahoo.com

چکیده

یکی از اصول کلی برای اجرای حدود اصل لزوم اجرای حد می‌باشد یعنی اگر کسی مرتکب جرمی شود با توجه به شرایطی که قانون تعیین کرده است باید حد را بر او جاری کرد. روایتی از امام صادق که مؤکد این اصل است ایشان فرمودند: در کتاب حضرت علی (ع) آمده است که ایشان با شلاق یا نصف آن یا بعض آن حد را اجرا می‌کردند و اگر خدمتکاری پیش او می‌آوردند که هرچند در کی نداشت حدی از حدود الهی را تعطیل نمی‌کرد، به او گفته شد چگونه شلاق می‌زد؟ فرمود: شلاق را از وسط یا ثلث آن به دست می‌گرفت و براساس سن به او شلاق می‌زد و هرگز حدی از حدود الهی را باطل نمی‌کرد از موارد دیگری که باید در اجرای حد به آن اشاره کرد این است که حدود الهی باید سریعاً اجرا شود و تأخیر در اجرای حد جایز نیست که باز هم از حضرت علی (ع) سفارش شده است که می‌فرمود: {لیس فی الحدود نظر ساعه} یعنی در اجرای حد تأخیر روا نیست و آخرین عاملی که در اجرای حد جایز نیست عبارتست از شفاعت و کفالت. مسأله شبهه در همه‌ی ابواب فقه از جمله باب نکاح کاربرد دارد و در اسلام تحت عنوان قاعده درء مطرح بوده است. از آنجا که شبهه در نکاح دارای آثار مهمی است و از سوی دیگر تقریب مذاهب خمسّه جهت وحدت مسلمین جایگاه ویژه‌ای در فقه دارد، لذا به بررسی احکام شبهه در حدود از دیدگاه مذاهب امامیه و حنفیه پرداخته می‌شود. با توجه به تقسیم شبهه در حدود اعم از اینکه شبهه‌ی حکمیه یا موضوعیه باشد و با بررسی احکام شبهه در آراء این دو مذهب این نتیجه به دست آمد که شبهه در کدام یک از این مجازات‌ها جاری است؛ مستلزم بررسی اقوال فقهی معتبر امامیه می‌باشد.

واژه‌های کلیدی: شبهه، حدود، امامیه، حنفیه، احکام

مقدمه

در سیاست کیفری اسلام، تنوع مجازات‌ها از جهت تعیین نوع و تقدیر میزان و عدم تعیین و تقدیر در قالب دو عنوان کلی حدود و تعزیرات مطرح است؛ که در دسته اول مجازات‌ها ثابت و در دسته دوم مجازات‌ها نامعین می‌باشند. صرف نظر از این که واژه حد در روایات متعددی در معنای مطلق عقوبت (اعم از قصاص، دیه و تعزیر) استعمال شده است.^۱ اما در آثار فقهی در معنای عام مشتمل بر قصاص و تعزیر به کار رفته است.^۲ اما در آثار فقهی در معنای عام مشتمل بر قصاص و تعزیر به کار رفته است. و حتی صاحب جواهر به جز مواردی که حکم مترتب بر عنوان حد، مخالف اصول و عمومات فقهی باشد، حدود را مشتمل بر تعزیر و قصاص می‌داند.^۳

صرف نظر از این مباحث، به لحاظ وصف معین و مقدر بودن حدود و ماهیت متفاوت مجازات‌های قصاص، تعزیرات و دیات؛ بایستی قائل به تفکیک شد. بنابراین مجازات‌های شرعی به چهار دسته؛ حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تقسیم می‌شوند. این که شبهه در کدام یک از این مجازات‌ها جاری است؛ مستلزم بررسی اقوال فقهی معتبر امامیه می‌باشد. فقهای شیعه در شمول قاعده درأ به کلیه جرائم مستوجب حد، اتفاق نظر دارند. از نظر ایشان، اثبات و اجرای مجازات مشروط به عدم وجود شبهه می‌باشد. و مبنای این اصل قول پیامبر (ص) با فرمایش «ادرو الحدود بالشبهات» است. اما شبهه گاهی مجازات و گاهی حرمت عمل را منتفی می‌سازد. شبهه موضوعیه، عنوان جرم را زائل می‌کند.

در مجازات‌های تعزیری و امکان تسری قاعده دارد، اگرچه پیروی از آن، عمل به مقتضای شرع و عقل است و از اجرای آن عدالت محقق می‌شود^۴ و با اصول حاکم بر فقه جزائی مطابقت دارد و مساعد به حال متهم و منطبق با ویژگی‌های عام شریعت؛ همانند رحمت، عدالت و تسامح می‌باشد. ولی ایراد برخی فقها نسبت به این مسأله این است که استفاده از قیاس اولویت، صحیح نیست؛ چرا که شبهه در حدود مبنی بر رأفت و رحمت الهی است و شارع می‌خواهد که با تأثیر هر شبهه‌ای حد جاری نگردد. بعضی از فقها در مورد عدم شمول قاعده به تعزیرات به صراحت اظهار نظر کرده‌اند.^۵ «من استحل شيئاً من المحرمات المجمع علی تحريمها بین المسلمین کالمیته و الدم و لحم الخنزیر و الربا، فان ولد علی الفطره، یقتل ان رجع انکاره

۱- الجزیری، عبدالرحمن، «الفقه علی المذاهب الاربعه»، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا، ج ۵، ص ۸۸

۲- حسینی، سید محمد، «حدود و تعزیرات»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، ش ۱، ۱۳۸۷، ص ۱۲۴ - ۱۴۵

۳- نجفی، محمد حسن، «جواهر الکلام»، ج ۴۱، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ ص ۲۷۶

۴- الجزیری، عبدالرحمن، «الفقه علی المذاهب الاربعه»، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا، ج ۵، ص ۸۸

۵- حسینی، سید محمد، «حدود و تعزیرات»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، ش ۱، ۱۳۸۷، ص ۱۲۴ - ۱۴۵

علی تکذیب النبی (ص) او انکار الشرع و الافیعز، و لو کان انکاره لشبهه مَن صحت فی حقّه فلا یعزر. «اگر کسی یکی از محرمات الهی که حرمت آن مورد اجماع کلیه مسلمین است را حلال بشمارد مانند خوردن گوشت مردار، خون، گوشت خوک و ربا، اگر مسلمان زاده شده باشد در صورتی که انکار وی به تکذیب پیامبر و یا انکار شریعت اسلام برگردد، به قتل می‌رسد و گرنه تعزیز می‌شود. اما اگر انکار او به جهت عروض شبهه باشد در صورتی که احتمال عروض شبهه در حق او صحیح باشد، تعزیر نخواهد شد. آن را مشمول تعزیرات معرفی کرده‌اند. در حالی که هیچ تصریحی از سوی شارع بر شمول یا عدم شمول قاعده درأ در دست نیست. علم و آگاهی متهم از ماهیت مجرمانه عمل ارتكابی، در مسئولیت کیفری وی نقش اساسی و تعیین‌کننده دارد. شبهه دفاعی است که می‌تواند در کلیه جرایمی که شرط علم ضروری است، مطرح شود و به این عنصر خدشه وارد کند. مسئولیت کیفری نیازمند وجود قصد انجام فعل با علم به موضوع است تا با اثبات شبهه؛ زوال عنصر معنوی جرم و در نهایت از هم گسیختگی ارکان شکل‌دهنده جرم روشن گردد. در فقه اسلامی، مبنای شبهه قاعده درأ است؛ که مستند آن حدیث «ادرئو الحدود بالشبهات» است. قاعده «درء» اقتضا دارد که مجازات در صورت وجود شبهه رفع شود چرا که شرط مسئولیت، علم به مسئولیت است، و در صورتی که فرد متوجه مسئولیت نباشد قاعده عقلی قبح عقاب بالبیان مسئولیت چنین شخصی را قبیح می‌شمارد.

تعریف حد

در این بخش تعاریف و مفاهیم موجود مورد بررسی قرار می‌گیرد:^۱

حد در لغت

حد، جمع آن حدود و از ریشه حَدَّ می‌باشد^۲ که معانی مختلفی برای آن در کتب لغت ذکر شده است:^۳ مرز، فصل و حائل میان دو شیء که از مخلوط شدن آن‌ها با یکدیگر جلوگیری می‌کند، منتهای هر شیء، عدم تعدی یکی بر دیگری، حاجز میان دو شیء و به معنای محکم، شدید نیز به کار رفته است. در ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی تصریح شده که حد، به مجازاتی گفته میشود که نوع و میزان آن در شرع تعیین شده است.

۱- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، قاهره، مکتبه الانحلو مصریه، ۱۹۷۰، ص ۴۵۳^۲ فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، ۸ جلد، نشر هجرت، قم، ۱۴۱۰ ه.ق، ج ۳، ص ۱۹.

۲- ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم، لسان العرب، ۱۵ جلد، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع دار صادر، ج ۳، ص ۱۴۰.

۳- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة، ۶ جلد، دار العلم للملایین، بیروت ۱۴۱۰ ه.ق، ج ۲، ص ۴۶۲.

معنای اصطلاحی حد

الف - فقه امامیه: فقهای گذشته و متاخر امامیه ضمن اشاره به معنای لغوی حد، این نکته را متذکر شده‌اند که در شرع، حد به معنی عقوبت و مجازات خاصی است که از سوی شارع معین و مقدر شده است.^۱ مانند حد زنا، حد شرب خمر، حد سرقت و نظایر آن. اما حد، در فقه امامیه به چند صورت تعریف شده که به چند مورد آن‌ها اشاره خواهیم کرد.

محقق حلی در شرایع اینگونه حد را تعریف کرده‌اند: «كُلُّ مَا لَهُ عُقُوبَةٌ مُقَدَّرَةٌ يُسَمَّى حَدًّا وَ مَا لَيْسَ كَذَلِكَ يُسَمَّى تَعْزِيرًا».^۲ هر آنچه برای آن عقوبت مقدری هست، حد و آنچه که اینگونه نباشد، تعزیر نام دارد. شهید ثانی نیز در مسالک الأفهام در تعریف حد فرموده است: شرعا مجازات بدنی خاصی است که در اثر ارتکاب معصیت خاصی از سوی مکلف به وی تعلق خواهد گرفت و شارع کمیت آن را در تمام موارد تعیین کرده است و تعزیر در لغت به معنای تأدیب است و در شرع به معنای عقوبت یا اهانت است که مقدار آن بوسیله شرع مشخص نشده است.^۳

ب - فقه حنفیه: فقهای حنفیه در تعریف حد این چنین گفته‌اند: «حد عقوبتی است که مقدر بوده و اجرای آن به عنوان حقّ الله واجب می‌باشد و تعزیر حد نامیده نمی‌شود، زیرا مقدر نیست، و همچنین قصاص، حد نامیده نمی‌شود، زیرا با اینکه مقدر شمرده می‌شود ولی حق العباد (حق الناس) است و در حد عفو و صلح جاری می‌شود که به این عقوبات حدود گفته می‌شود، به دلیل اینکه این عقوبات مانع از وقوع این گناه می‌شود...»^۴

سرخسی در المبسوط نیز می‌گوید: «حد، عقوبت مقدری از سوی خداوند می‌باشد و از این جهت تعزیر گفته نمی‌شود به این دلیل که تعزیر غیرمقدر است و قصاص نیز گفته نمی‌شود، چون که قصاص حق بندگان می‌باشد.»^۵

حد در اصطلاح مشهور فقهای اهل سنت به غیر از حنفی این است که: عقوبتی است که شرعا مقدر بوده است، خواه حق الله باشد و خواه حق الناس باشد.^۶

۱- محقق داماد، یزدی، سید مصطفی، قواعد فقه (محقق داماد)، ۴ جلد، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران - ایران، دوازدهم، ۱۴۰۶ ه.ق، ج ۴، ص ۶۴.

۲- حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم، دوم، ۱۴۰۸ ه.ق، ج ۴، ص ۱۳۶.

۳- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم: مؤسسه معارف اسلامی، ۱۳۶۸، ج ۱۴، ص ۳۲۵.

۴- زحلی، وهبه، الفقه السلاوی و ادله، دمشق: دارالفکر، ۱۴۰۵، ج ۶، ج ۳، ص ۱۲، سرخسی، شمس الدین، المبسوط، دارالمعرفه، بیروت: ج ۹، ص ۳۶؛ ابن عابدین، محمد امین، حاشیه رد المحتار علی الدر المختار شرح تنویر الأبصار، ج ۶، ص ۳.

۵- سرخسی، شمس الدین، همان مأخذ، ص ۳۶.

۶- اردبیلی، سید عبد الکریم موسوی، فقه الحدود و التعزیرات، ۴ جلد، مؤسسه النشر لجامعة المفید رحمه الله، قم - ایران، دوم، ۱۴۲۷ ه.ق، ج ۱، ص ۲۰.

تعریف مفهوم شبهه

تعریف لغوی شبهه: شبهه که ریشه آن شَبَّهَ می‌باشد که معانی مختلف زیر برای آن در کتب لغت ذکر شده است:

در مجمع‌البحرین آمده است: «شبهه چیزی است که به ظاهر حق می‌نماید و شبیه آن است، ولی حق نیست.»^۱

در مفردات راغب نیز این چنین بیان شده است: «شبهه همان است که تشخیص داده نمی‌شود یکی از دو شیء از دیگری بخاطر آن تشابهی که بین آن دو است، چه از لحاظ لفظ باشد و چه از لحاظ معنا.»^۲ از دیگر معانی شبهه، التباس می‌باشد که در تاج العروس و الصحاح ذکر شده است.

محقق داماد نیز در معنای لغوی شبهه گفته است: «شبهه در لغت به معنای شک، بدگمانی، اشتباه و التباس درست به نادرست و حق به ناحق و همچنین واقع به موهوم است.»^۳

معنای اصطلاحی شبهه

الف - فقه امامیه

فقهای امامیه در تعریف اصطلاحی شبهه اختلاف نظر دارند، برخی گفته‌اند که منظور از شبهه در فقه به معنای عدم علم، و عدم قطع به حرمت و ممنوعیت عمل یا ترک فعل است که شامل ظن، شک و احتمال می‌شود. بعضی دیگر از فقها نیز معتقدند که شبهه یعنی قطع به حلیت و اباحه‌ی آنچه که در واقع محرم است. عده‌ای نیز آن را به ظن و گمان تفسیر نموده‌اند.^۴

ب - فقه حنفیه

در کتاب «الفقه علی المذاهب الأربعة» آمده است که: «شبهه آن چیزی است که شبیه به ثابت است ولی ثابت نیست.»^۵

ابوجیب سعدی نیز این تعریف را بیان کرده است: «در نزد حنفی‌ها، شبهه آن چیزی است که ثابت است ولی در نفس امر ثابت نمی‌باشد و به گفته ابی یوسف و محمد مترادف مکروه می‌باشد.»^۶

۱- طریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، ۶ جلد، کتابفروشی مرتضوی، تهران - ایران، سوم، ۱۴۱۶ هـ.ق، ج ۶، ص ۳۴۹.

۲- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، همان مأخذ، ص ۴۴۳.

۳- واسطی، زبیدی، حنفی، محب الدین، سید محمد مرتضی حسینی، تاج العروس من جواهر القاموس، ۲۰ جلد، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۱۹، ص ۵۱.

۴- جوهری، اسماعیل بن حماد، همان مأخذ، ج ۶، ص ۲۲۳۶.

۵- محقق داماد یزدی، سید مصطفی، قواعد فقه، ۴ جلد، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران - ایران، دوازدهم، ۱۴۰۶ هـ.ق، ج ۴، ص ۵۱.

۶- محقق داماد یزدی، سید مصطفی، همان مأخذ، ج ۴، ص ۵۱.

۷- الجزیری، عبد الرحمن - غروی، سید محمد - یاسر مازح، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم السلام، ۵ جلد، دار الثقلین، بیروت - لبنان، اول، ۱۴۱۹ هـ.ق، ج ۵، ص ۱۲۹.

اقسام شبهه

فقه امامیه: شبهات در فقه امامیه گاهی مربوط به حکم می‌شود و گاهی مربوط به موضوع، لذا به همین دلیل شبهات به دو قسم کلی تقسیم می‌شوند:

الف) شبهات حکمیه: منظور از شبهه حکمیه آن است که حکم کلی چیزی مورد تردید و شک واقع شده باشد، جهل به حکم کلی یا ناشی از فقدان نص معتبر است و یا اجمال نص و یا تعارض نصوص می‌باشد.^۲

مثلاً، به علت فقدان نص معتبر در ممنوعیت عملی - مانند استعمال دخانیات - تردید می‌شود. در این مورد شبهه حکمیه است؛ یعنی در حقیقت نمی‌دانیم که آیا حکم این عمل نزد شارع حرمت است یا جواز و اباحه.

ب) شبهات موضوعیه: منظور از شبهات موضوعیه آن است که شخص به حرام بودن و ممنوع بودن عمل یا وجوب عمل، علم و آگاهی دارد، اما نسبت به موضوع حکم جهل دارد.^۳

مثلاً ما می‌دانیم که شرب خمر و نوشیدن آن در اسلام حرام است ولی نمی‌دانیم که آن مایعی که در حال نوشیدن آن هستیم از مصادیق شراب است یا مثلاً آب؟ و این مایع در زمره شرب خمر قرار می‌گیرد یا خیر؟ در این مورد به دلیل وجود اشتباه خارجی، تردید و شک حاصل شده است. و نه در اصل حکم بلکه در حکم جزئی و مصداقی بوده است، زیرا ما به اصل حکم که حرام بودن آن است، علم داریم. پس در چنین مواردی که در جزئی و مصداقی بودن حکمی شک می‌شود، به خاطر وجود شبهه از نوع موضوعیه است. همچنین در مورد ماهی‌ای که فلس یا پولک ندارد خوردنش حرام است ولی نمی‌دانیم که ماهی خاویار فلس دارد یا خیر، در این مورد نیز شبهه موضوعیه رخ می‌دهد.^۴

ج) مختص بودن قاعده‌ی در شبهات موضوعیه: اینکه این پرسش مطرح می‌شود که آیا قاعده‌ی در مختص شبهات موضوعیه است یا شامل شبهات حکمیه نیز می‌شود؟ همچنین آیا شبهه، عمد و خطا و اکراه و غیر اختیار را هم در بر می‌گیرد؟^۵

تردیدی نیست که قاعده‌ی مورد بحث شامل شبهات موضوعیه می‌شود؛ زیرا همانگونه که در ضمن مدارک این قاعده اشاره شد، حتی در صورت فقدان این قاعده و روایات مربوط به آن، بنا به مقتضای قواعد اولیه، تا موضوع احراز نگردد حکم بر آن مترتب نمی‌شود. پس نتیجه می‌گیریم از آنجا که مجازات یک نوع حکم و معلول موضوع است، باعدم احراز موضوع (جرم)، حکم (مجازات) بر آن مترتب

۱- سعدی ابو جیب، همان مأخذ، ص ۱۸۹.

۲- یزدی، سید مصطفی، همان مأخذ، بخش جزایی، ص ۵۴

۳- همان مأخذ، ص ۵۵.

۴- طباطبائی، ریاض المسائل، ج ۱۳، کتاب الحدود، ص ۵۰۴.

۵- موسوی الخمتی، روح-اله؛ تحریر الوسیله، الطبعة السابعة، قم، دارالعلم، بی تا ص ۳۰۷

نمی‌شود. از این رو، فقها در مورد شمول قاعده نسبت به شبهات موضوعیه بحثی ندارند و اساساً مخالفی در این مساله وجود ندارد. بنابراین، شمول قاعده نسبت به این گونه شبهات، قدر متیقن حجیت این قاعده ما بین فقهاست.

شبهه در فقه حنفیه

شبهات در فقه حنفیه به سه نوع تقسیم می‌شود که گاهی مربوط به شبهه در فعل و گاهی مربوط به شبهه در محل می‌شود.

الف- شبهه در فعل: شبهه در فعل را شبهه اشتباه و یا شبهه مشابهت نیز می‌گویند و در مورد کسی است که حلیت و حرمت بر وی مشتبّه شود و دلیل نقلی که حلیت را برساند وجود نداشته باشد و شخص مرتکب غیر دلیل را دلیل در نظر گرفته و مرتکب جرم شود، همانند کسی با زنی که سه بار آن را طلاق داده و در عده با وی نزدیکی کند به اعتقاد جایز است. عبدالقادر عوده برای شبهه بودن این فعل دو شرط در نظر گرفته است: یکی اینکه شخص مجرم معتقد به حلیت باشد و یک امر غیر دلیل را ملاک قرار داده و مرتکب جرم بشود و دوم اینکه دلیلی بر حرمت هم اصلاً وجود نداشته باشد، اما اگر دلیلی بر حرمت باشد یا فاعل معتقد به حلیت نباشد، شبهه ثابت نمی‌شود.^۱

ب- شبهه در محل: این شبهه را شبهه حکمیه یا شبهه در ملک می‌گویند. عبدالقادر عوده و زحیلی برای این شبهه شش مورد ذکر کرده‌اند و پنج مورد آن را که مربوط به کنیزان است، حذف نموده است و تنها به یک مورد اکتفا کرده است و آن اینکه کسی که زن خود را طلاق بائن داده است اما با الفاظ کنایی که صراحت در طلاق و جدایی ندارد، اگر با این زن نزدیکی کند شبهه در محل مصداق پیدا می‌کند و حد از او دفع می‌شود، زیرا چنین مطلقه‌ای رجعی یا بائن است، ابوحنیفه بر اقسام شبهه یک قسم دیگر اضافه کرده و آن را شبهه عقد نامیده است و آن اینکه اگر کسی با زنی که بر او حرام است، عقد ازدواج ببندد، مانند ازدواج با محارم، در صورتی که یقین دارد ازدواج با آنان حرام است اگر با چنین زنی نزدیکی کند، شبهه محسوب می‌شود و حد از او ساقط می‌گردد. اما پیروان ابوحنیفه و بقیه پیشوایان مذاهب اربعه این نظریه را نپذیرفته‌اند.^۲

ج) شبهه در عقد: منظور از شبهه در عقد این است که اگر فردی با محارم خود عقد ازدواج ببندد و از حرام بودن آن ازدواج آگاهی داشته باشد، به عقیده فقهای حنفی و ابوحنیفه این عقد شبهه می‌باشد و باعث سقوط حد می‌شود.^۳

۱- عوده، عبدالقادر، التشریع الجنایی، دارالکاتب العربی، بیروت: ج ۱، صفحه ۲۱۲.

۲- همان مأخذ، ۲۱۳.

۳- زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادله، دمشق: دارالفکر، ۱۴۰۵، ج ۶، ص ۳۱.

اما از نظر فقهای امامیه و دیگر مذاهب اهل سنت، این عقد شبهه نخواهد بود و باعث سقوط حد از وی نمی‌شود.

امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله می‌فرماید: «اگر مردی با زنی که بر وی حرام می‌باشد، ازدواج کند، در صورتی که علم داشته باشد این ازدواج حرام است، مانند ازدواج با محارم، چنین عقدی باعث سقوط حد از آن مرد نخواهد شد».^۱

ازدواج فاسد به گمان صحیح بودن را شبهه عقد (شبهه نکاح) می‌گویند.^۲

وقوع شبهه عقد در دو حالت

شبهه عقد یا نکاح، در جایی است که ازدواجی باطل به جهت جهل به موضوع یا حکم به گمان صحت آن انجام شود.^۳

الف - ازدواج باطل به جهت جهل

مانند آنکه فردی با یکی از محارم خود، همچون عمه و خاله به گمان اجنبی بودن آنان، و یا با زنی که در عده است به گمان عدم عده، ازدواج کند.

ب - ازدواجی باطل به جهت گمان صحت

مانند ازدواج شغار؛ نکاح یا ازدواج بدون اذن ولی، بنابر قول به لزوم اذن و بطلان ازدواج بدون آن، به گمان صحت آن.^۴

حکم آمیزش در شبهه عقد: آمیزش در چنین ازدواجی از مصادیق آمیزش به شبهه به شمار می‌رود و احکام آن را دارد.

شبهه در حقوق جزای عرفی

اقسام شبهه را می‌توان به شکل دیگری که با موازین حقوق جزای عرفی مانوس‌تر باشد بیان نمود. این تقسیم بندی از لحاظ عملی مفیدتر و کارآیی بیشتری دارد.^۵

۱- امام خمینی (ره)، سیدروح الله، همان مأخذ، ج ۲، ص ۴۵۶.

۲- النهایه، ص ۶۸۸.

۳- تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۴۶۶.

۴- المبسوط، ج ۴، ص ۲۰۸.

۵- قواعد فقه، ج ۴، ص ۶۱، برگرفته از مقاله «شبهه در حقوق جزای عرفی».

می‌دانیم که در حقوق کیفری برای جرم، سه عنصر بر شمرده‌اند: عنصر قانونی، عنصر معنوی و عنصر مادی. با فقدان یکی از این عناصر سه گانه، جرم محقق نخواهد شد. ممکن است شبهه در یکی از عناصر سه گانه حاصل شود که در اینجا هر یک را جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم:

الف) 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 اینکه اگر شخصی در ایام عده بائن زن خود، با خواهر زنش ازدواج کند آیا این عمل حرام و نامشروع است و در نتیجه، زنا شمرده می‌شود یا اینکه حلال و مشروع است؟ و مانند اینکه آیا استعمال دخانیات در ماه رمضان حرام است یا نه؟ و یا اینکه آیا ازدواج زن مطلقه به طلاق بائن، در ایام عده، زنا محصنه محسوب می‌شود و مستلزم رجم است یا زنا 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؟^۱

ب) شبهه در حکم فعل: در حقیقت، اینجا شبهه در حکم فعل است. به عبارت دیگر، تردید در عنصر قانونی جرم، همان شبهه حکمیه در فقه است که پیرامون شمول قاعده نسبت به این گونه شبهه بحث شده است. اجمالاً در اصل شمول این قاعده تردیدی وجود ندارد و به استناد این قاعده می‌توان نظر به عدم اجرای مجازات داد؛ خصوصاً که این مورد با اصل برائت نیز تطبیق می‌کند.

ج) 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.

د) 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 اینکه چهار شاهد برای شهادت بر ارتكاب زنا از سوی متهم حاضر باشند؛ اما عدالت آنها محرز نشود. در این موارد در واقع، عنصر مادی جرم مورد تردید است.^۲

بررسی شبهات بازدارنده از اجرای حدود

در این بخش به بررسی شبهات بازدارنده از اجرای حدود در فقه امامیه و حنفیه می‌پردازیم:

۱- همان.

۲- قواعد فقه، ج ۴، ص ۶۱، برگرفته از مقاله «شبهه در حقوق جزای عرفی»

موارد شبهه در حد زنا

شبهه در نکاح: اگر کسی با یکی از محارم خود مانند مادر، خواهر و عروس ازدواج کند، در حالی که جاهل بر موضوع یا حکم باشد و بعد از عقد با او نزدیکی کند، حد زنا از او ساقط می شود.

صاحب جواهر معتقد است که: «فلا حد للشبهة الدارئة له الملققة له بالنكاح الصحيح». ^۱ به خاطر شبهه که حد را از او دفع می کند و آن را به نکاح صحیح ملحق می نماید.

شهید ثانی نیز در این مورد می گوید: «از آنجایی که در تحقق زنا، منتفی بودن شبهه شرط می باشد، اگر مردی با مادر خود ازدواج کند یعنی مرد ازدواج کننده، با مادر خود و یا با زن محصنه که با مرد دیگری ازدواج کرده است و شوهر دارد ازدواج نماید و بخاطر این که به تازگی از دین زرتشتی یا سایر ادیان کفر آمیز به اسلام گرویده است، و یا به دلیل اینکه در بیابانی زندگی می کند که از احکام دین به دور است گمان کند که ازدواج با مادر یا زن شوهر دار حلال است، در این صورت حد بر او جاری نمی شود زیرا که برای او شبهه وجود دارد و حدود به واسطه شبهه ساقط می گردد». ^۲

عقد به تنهایی شبهه ای را که سبب سقوط حد بشود، بوجود نمی آورد و اگر آن زنان مذکور را برای نزدیکی اجاره نماید، به صرف وجود اجاره حد ساقط نمی گردد. اما اگر این امر موجب گردد تا آن کار حلال شمرده شود، حد در این صورت ساقط می گردد، مانند این که شخصی در بستر خود زنی را ببیند و تصور کند که زن خودش می باشد و با وی نزدیکی بکند. ^۳

ضابطه شبهه مسقط حد این است که مفعول یا فاعل گمان نماید که عمل وی جایز می باشد، به دلیل عموم قاعده دره که اشاره می کند، حدود را با شبهات دفع کنید و صرف وقوع اختلاف در آن با اعتقاد به حرمت آن کافی نمی باشد. ^۴ بنابراین اگر شخصی زنی را که با عقد حلال نمی گردد عقد نماید و با وی نزدیکی کند این امر برای سقوط حد کافی نمی باشد به این دلیل که این عقد، عقد فاسد می باشد و شبهه ای بوجود نمی آورد مانند این که شرابی را بخرد و بنوشد بنابراین اگر این عقد شبهه بود، می بایست نسب با آن ثابت بشود و تحقق بیابد. و اگر آن زن را برای نزدیکی اجاره هم کرده باشد، به همین صورت می باشد و شبهه ای صورت نمی گیرد و حد ساقط نمی شود. ^۵

ابوحنیفه در هر دو مورد مخالف است و به نظر ایشان، اگر مردی یکی از محارم خود را به عقد خویش درآورد و از حرمت این ازدواج نیز آگاه باشد، این عقد، شبهه است و موجب دفع حد از او می شود، هر

۱- جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۱۴، ص ۲۶۲.

۲- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیه، ج ۳، ص ۲۶۸.

۳- حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم، ۱۴۰۸ ه ق، ج ۴، ص ۱۳۷.

۴- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسه المعارف الإسلامیه، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ ه ق، ج ۱۴، ص ۳۲۹.

۵- شهید ثانی، زین الدین بن علی، همان مأخذ، ج ۱۴، ص ۳۲۹.

چند بداند این عمل حرام می‌باشد و هم اینکه مثلاً مادر خود را عقد نموده است. ولی ابویوسف و سایر فقها اهل سنت به اتفاق چنین عقدی را شبهه نمی‌دانند.^۱

محقق حلی در شرایع می‌گوید: «اگر شخص با عقد نمودن گمان کند که زنی برای او حلال شده است در این صورت شبهه خواهد بود و حد ساقط می‌شود و برای تحقق شبهه‌ای که حد را ساقط می‌کند عقد نمودن زنی که بر عاقد حرام است به تنهایی کفایت نمی‌کند، بدون این که ظن به حلیت داشته باشد،^۲ و این مطلب از نظر فقهای امامیه اجماعی است، به دلیل این که در چنین حالتی که ظن برای عاقد حاصل نشده است که در این صورت معنای شبهه منتفی می‌باشد که شهید اول نیز به مخالفت با ابوحنیفه اشاره کرده است، زیرا ایشان صرف عقد بستن را بدون حاصل شدن ظن به حلیت، برای ساقط شدن حد کافی می‌داند.^۳

شبهه در اکراه به زنا: اگر زنی زنا کند و ادعا کند که از روی اکراه این کار را انجام داده است، به عقیده امامیه ادعای او پذیرفته می‌شود و حد زنا از او ساقط و دفع می‌شود. در این مورد شبهه بر حاکم عارض می‌شود و حاکم است که نمی‌داند آیا زنی که ادعا کرده، صادق است یا خیر. البته برخی از فقهای امامیه به خاطر مرسل بودن حدیث إدراء الحدود بالشبهات، آن را نمی‌پذیرند.^۴ لذا این مورد از موارد شبهه بر حاکم می‌باشد، یعنی حاکم احتمال می‌دهد که زن در ادعای خود راستگو است و به همین علت شبهه بر او عارض می‌شود، اما اگر حاکم یقین بر خلاف ادعای او داشته باشد بدیهی است که حد بر او جاری می‌شود.^۵

از نظر محقق حلی حد زنا با اکراه ساقط می‌شود و اکراه در مورد زن به طور قطع تحقق می‌یابد اما تحقق آن در مورد مرد محل تردید می‌باشد، شبهه امکان این می‌باشد که چون میل طبیعی حاصل می‌گردد، که این میل به طور شرعی ممنوع می‌باشد.^۶

شبهه با ادعای زوجیت: شبهه با ادعای زوجیت یعنی این که شخصی ادعا کند آن زن همسر وی می‌باشد و به صرف این ادعا، حد زنا از وی و به دلیل بوجود آمدن شبهه ساقط می‌گردد.

صاحب شرایع معتقد است که، حد زنا با ادعای زوجیت ساقط و دفع می‌گردد و مدعی مجبور به اقامه بینه نمی‌گردد و همین گونه می‌باشد با ادعای هر چیزی که با توجه به مدعی بتواند شبهه باشد.^۷

۱- الفقه علی مذاهب الأربعة، ج ۵، ص ۹۸.

۲- حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، همان مأخذ، ج ۴، ص ۱۳۷.

۳- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۳، ص ۲۶۹.

۴- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۳، ص ۲۶۸.

۵- محمودی، فیروز. قاعده درء و تطبیق آن با تفسیر شک به نفع متهم در حقوق موضوعه، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق، ۱۳۷۸، شماره ۹.

۶- حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم، ۱۴۰۸ هـ.ق، ج ۴، ص ۱۳۷.

۷- حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، همان مأخذ، ج ۴، ص ۱۳۸.

شاهد ثانی معتقد است که به صرف ادعای زوجیت، حد زنا ساقط می‌شود هر چند به اثبات نرسد، به این دلیل که ادعای آن شخص، شبهه حلیت بوده و حد نیز با شبهه دفع می‌گردد.^۱

ماده ۲۲۳- هرگاه متهم به زنا، مدعی زوجیت یا وطی به شبهه باشد، ادعای وی بدون بینة یا سوگند پذیرفته می‌شود مگر آن که خلاف آن با حجت شرعی لازم ثابت شود.

سقوط حد زنا به دلیل ادعای جهالت یا شبهه

اگر زنا کار ادعای شبهه کند، به این صورت که بگوید: «گمان می‌کردم که آن زن به واسطه ی اجاره دادن خودش به من و یا به واسطه ی حلال کردن خودش و امثال آن بر من حلال می‌شود» حد زنا از وی ساقط می‌شود، به شرط این که جهالت و شبهه در حق او امکان داشته باشد مثلاً از اعراب بدوی باشد که احکام اسلامی را خوب نمی‌دانند یا اینکه تازه مسلمان باشد و با احکام اسلام آشنایی زیادی نداشته باشد، بنابراین اگر مدعی از کسانی باشد که احتمال جهل وی نسبت به چنین احکامی داده نمی‌شود ادعای او قابل قبول نخواهد بود.^۲

اگر فردی که مرتکب زنا شده است، جاهل بوده باشد، برخی از فقها معتقدند که از ظاهر حرف صاحب جواهر اینطور برداشت می‌شود که در این صورت، حد ساقط خواهد شد، اعم از اینکه جاهل مقصر باشد یا جاهل قاصر، ظن و گمان داشته باشد و یا تردید و شک و یا نسبت به عدم و جواز آن غفلت داشته باشد، لذا در تمام این موارد مذکور حد ساقط می‌شود.^۳

به دلیل اینکه حد در مواردی جاری می‌شود که شخص در زمان ارتکاب عمل حرام، علم و آگاهی نسبت به حرمت آن داشته باشد، که صاحب جواهر دلیل این مسأله را اجماع، اصل و همچنین حدیث درء دانسته است.^۴

امام خمینی (ره) شبهاتی که موجب سقوط حد می‌شود را این چنین بر می‌شمرد:

۱- حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم، ۱۴۰۸ هـ.ق، ج ۴، ص ۱۳۸.

۲- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۳، ص ۲۷۲.

۳- اردبیلی، عبد الکریم موسوی، همان مأخذ، ص ۸۵ و ظاهر هذه العبارة سقوط الحد فی جميعها.

۴- نجفی، محمد حسن، همان مأخذ، ج ۴۱، ص ۲۶۱. بل یمكن تحصيل الاجماع علیه فضلا عن محکمه مضافا الى الاصل و خبر درأ الحد بالشبهة و غیر ذلک.

جاهل قاصر

جاهل مقصر غیر ملتفت

یعنی جاهلی که در عین تقصیر و بی تفاوتی متوجه نیست و احتمال هم نمی دهد که عمل جرم است، بر خلاف جاهل مقصر ملتفت که در عین تقصیر و جهل احتمال می دهد که عمل جرم بوده و قابل مجازات است.

عامل، علم و اعتقاد به جواز عمل داشته در حالی که در واقع چنین نبوده است (جهل مرکب دارد). عامل به دلیل جهل مغتفره و قابل پذیرش مرتکب عمل شده است، مثل اینکه زن به مرد بگوید شوهر ندارم و یا بین دو شاهد عادل بر فوت و یا طلاق شوهر اقامه شده باشد.^۱ مقصود از جهل مغتفره، جهالتی می باشد که فرد به استحقاق یا عدم استحقاق خودش جاهل می باشد و نمی داند که حق دارد یا خیر.^۲

سقوط با حد با ادعای جهالت مطلقه رجعیه

مطلقه رجعیه بر خلاف مطلقه بائن از احصان خارج نمی شود و اگر وی با آگاهی از این حکم ازدواج بکند، حد کامل بر او جاری می گردد و همچنین در مورد شوهر نیز این چنین است که اگر علم به تحریم و عده داشته بر او نیز حد کامل جاری می شود، اما اگر نسبت به آن جهل داشته بر وی حدی نمی باشد. اما در صورتی که یکی از آنها عالم بوده باشد در این صورت حد کامل بر وی اجرا می گردد و اگر یکی از آنها جاهل بوده باشد در صورتی که ادعایش ممکن باشد، در این صورت این ادعا او پذیرفته می شود.^۳ از نظر شهید ثانی مطلقه رجعی در حکم زوجه می باشد و مطلق می تواند در هر زمانی که بخواهد به او رجوع کند و ازدواج این زن در زمان عده نسبت به حد مانند ازدواج زوجه می باشد که بر هر دو آنها در صورت علم داشتن حد جاری می شود و حد با شبهه ساقط می شود و سخن آن ها در مورد شبهه اگر امکان داشته باشد پذیرفته می شود و این امکان در مورد آنها به این صورت است که در بیابانی دور از معالم شرعی ساکن باشد و یا به تازگی مسلمان شده باشد و مانند اینها.^۴

۱- خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، در العلم، قم: ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۴۵۶.

۲- نجفی، محمد حسن، همان مأخذ، ج ۲۹، ص ۲۴۵.

۳- حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم، ۱۴۰۸ هـ، ج ۴، ص ۱۳۷.

۴- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسه المعارف الإسلامیة، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ، جلد ۱۴، ص ۳۳۸.

سقوط حد با ادعای جهالت کافر ذمی

اگر کافر ذمی با زن مسلمان زنا کند، در این صورت حد قتل ثابت می شود و فرقی ندارد که آن زن از روی میل و اختیار به زنا کردن تن دهد یا این که مرد ذمی او را به زنا اکراه کرده باشد و خواه آن مرد ذمی با زن مسلمان عقد بسته باشد و سپس با او نزدیکی کرده باشد، یا این که عقد نبسته باشد، البته اگر کافر ذمی به واسطه جهل به احکام اسلام، اعتقادش این باشد که زن مسلمان به واسطه عقد کردن بر او حلال می شود در این صورت احتمال دارد عذر او پذیرفته شود و حد از او ساقط گردد، زیرا حد به واسطه شبهه ساقط می شود.^۱

سقوط حد در اثر شهادت به زنا یا زن و شهادت بینه دیگر به بکارت آن زن (تعارض دو بینه)

اگر ابتدا چهار مرد شهادت دهند که زنی از راه قبل یا جلو زنا داده است و آن زن ادعا کند که باکره است و سپس چهار نفر زن شهادت دهند که وی باکره است، در این صورت حد از همه آنها درء، یعنی ساقط می شود. البته اگر اگر شاهدان زنا محل و موضع آن را مشخص نکرده باشند بین این دو شهادت منافاتی نمی باشد زیرا ممکن است زنا از عقب صورت گرفته باشد، اگر تفصیل در شهادت، یعنی مشخص کردن موضع زنا واجب نباشد، در این صورت زنا ثابت شده و باکره بودن به آن زیانی نمی رساند. و این حکم زمانی که شاهدان تصریح کنند که زنا از عقب بوده است طریق اولی می باشد. و در صورت اطلاق و عدم تصریح به موضع احتمال دارد حد زن ساقط بشود به دلیل وجود شبهه مانع از حد، زیرا احتمال این که مورد شهادت زنا از جلو باشد، وجود دارد.^۲

اما اگر شاهدان تصریح کنند که زنا از جلو بوده است در این مورد اختلاف نظر وجود دارد: برخی از فقها مانند علامه حلی در شرایع و شیخ طوسی در المبسوط بر این عقیده هستند که به دلیل تعارض دو بینه و اینکه تصدیق زنان اولی از تصدیق مردان نیست بر شهود و بر آن زن حدی اجرا نمی گردد و همین شبهه ای می باشد که مانع از اجرای حد می شود.^۳ دلیل آن سخن پیامبر گرامی اسلام (ص) است که فرموده اند: «حدود را هرگاه برای آن مدفعی یافتید، دفع کنید». و در روایت دیگر فرموده اند که: «تا آنجا که می توانید

۱- جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۱۴، ص ۲۶۳

۲- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ، جلد ۱۴، ص ۳۹۱.

۳- المبسوط ج ۸، ص ۱۰۸؛ حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۴ جلد، مؤسسة اسماعیلیان، قم - ایران، دوم، ۱۴۰۸ هـ، ج ۴، ص ۱۴۴.

۴- سنن ابن ماجه ۲: ۸۵۰ ح ۲۵۴۵.

حدود را از مسلمانان دفع کنید و اگر راهی برای او وجود دارد، او را رها کنید زیرا اگر امام در عفو کردن به خطا برود بهتر از آن است که در مجازات کردن به خطا برود.^۱ و یکی از جهات دفع حد و دفاع از ازن باقی بودن بکارت است که باعث ایجاد شبهه می شود بخاطر آن که احتمال بازگشت بکارت به واسطه پارگی زیاد پیدا نکردن و التیام دوباره آن وجود دارد.^۲

شبهه در باردار شدن زن بی شوهر

اگر زنی که شوهری ندارد باردار شود و چگونگی این عمل مشخص نباشد که آیا از راه حلال بوده یا وطی به شبهه و یا از راه حرام، در این صورت آن زن حد نمی خورد مگر در صورتی که خود زن چهار مرتبه اقرار به زنا بکند.^۳

از نظر شهید ثانی نیز این زن حد نمی خورد و معتقد است که حمل و بارداری مستلزم زنا نیست و اصل در تصرفات مسلمان، حمل بر درستی و صحت آن می باشد و در این مورد اصل بر براءت ذمه آن زن از وجوب حد می باشد و بحث و فحص و استفسار از او واجب نمی باشد.^۴ زیرا که این احتمال وجود دارد از راه حلال یا از طریق وطی به شبهه باردار شده باشد، مگر در صورتی که خود زن چهار مرتبه به زنا اقرار کند که در این صورت به دلیل اقرار خود حد می خورد نه به این دلیل که او باردار شده است، و اجرای حد زنا در مورد این زن، اگرچه حمل او از زنا حاصل شده باشد به تاخیر انداخته می شود تا زمانی که وضع حمل کند و سایر شرایط اجرای حد فراهم شود.^۵

انکار بعد از اقرار در «حق الله و حدود الهی»

بر خلاف اقرار به حق الناس که مبنی بر دقت نظر است اقرار به حق الله و حدود الهی مبنی بر تخفیف و تسامح است و شارع اسلام نهایت احتیاط را در ثبوت جرم های مربوط به حق الله و حدود به کار برده است از این رو در مواردی رجوع و انکار اقرار را مسموع دانسته و حدود به مجرد ظهور شبهه ساقط میشوند شیخ طوسی در الخلاف می گوید: هرگاه کسی اقرار به حقی نماید سپس از آن رجوع کند حد از او ساقط می شود... دلیل ما یکی اجماع فرقه امامیه است و دیگر این که پیامبر (ص) هنگامی که ماعز در نزد ایشان به زنا اقرار کرد دو یا سه مرتبه از او اعراض کردند، سپس فرمودند: شاید او را بوسیده ای یا او را لمس

۱- تلخیص الجبر ۴: ۵۶ ح ۱۷۵۵، سنن الترمذی ۴: ۲۵ ح ۱۴۲۴، سنن البیهقی ۸: ۲۳۸، المستدرک للحاکم ۴: ۳۸۴.

۲- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ، ج ۱۴، ص ۳۹۱.

۳- حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم، ۱۴۰۸ هـ، ج ۴، ص ۱۳۹.

۴- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ، ج ۱۴، ص ۳۵۱.

۵- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۳، ص ۲۸۷.

کرده‌ای و با این اعراض خود، او را به رجوع از اقرار وادار و تشویق نمودند. این در حالی است که شیخ طوسی در المبسوط می‌گوید: هرگاه کسی به زنا اقرار کند و حد بر او لازم شود سپس بعد از آن از اقرار خود برگردد و بگوید: زنا نکرده بودم در این صورت حد از او ساقط می‌شود و همچنین هر حقی که خالص برای خدا باشد (حق الله محض) مانند حد شرب خمر و قتل به وسیله ارتداد و قطع دست در سرقت، با رجوع بعد از اقرار ساقط می‌شود ولی آنچه که اصحاب امامیه روایت کرده‌اند این است که رجوع از اعتراف به زنا موجب رجم، موجب سقوط رجم می‌شود و غیر از زنا موجب رجم یا زنا موجب جلد به وسیله رجوع ساقط نمی‌شود چنانکه خواهد آمد سقوط کلیه حدود الهی به وسیله انکار و رجوع بعد از اقرار، نظر مذاهب اربعه اهل تسنن می‌باشد و به نظر می‌رسد آنچه که در الخلاف آمده، نظر عامه باشد به قرینه کلام شیخ در المبسوط که پس از ذکر این حکم می‌گوید: نظر اصحاب امامیه سقوط رجم به وسیله انکار است و دیگر حدود با انکار ساقط نمی‌شود. صاحب جواهر می‌گوید: شاید منظور شیخ در الخلاف رجوع قبل از کامل شدن دفعات اقرار باشد که در این صورت مخالف با نظر مشهور امامیه نیست.^۲

شبهه در نکاح در عده

اگر مردی با زنی که در عده است ازدواج کند و با وی نزدیکی و همخوابی کند، در این مورد میان فقها مذاهب اختلاف نظر است. فقهای حنفی این ازدواج را به نوعی شبهه می‌دانند و معتقدند که مسقط حد است، اما فقهای سایر مذاهب حد را مستحق فاعل می‌دانند و حد را بر وی اجرا می‌کنند.^۴

شبهه، تصوّر خلاف حقیقت را گویند و در اصطلاح، منظور از وطی به شبهه این است که مرد با زنی که به او حرام است با جهل به این حرمت نزدیکی کند که در این صورت، مشهور فقها این مسأله را از موارد فراش دانسته و به نکاح صحیح ملحق کرده‌اند؛ بنابراین اگر ولدی به دنیا آید، به واطی به شبهه ملحق می‌شود و نفی ولد، بر او جایز نیست.

بنابراین، اصول قوانین نزد اهل سنت و شیعه اقتضا می‌کند تا جایی که امکان دارد حکم بر زنازادگی انسانی نشود که از منی انسان دیگر زاده می‌شود و یک درصد بر فرزند شبهه بودن، بر قاضی واجب است که یک درصد را گرفته و نودونه درصد را برای برتری حلال بر حرام و صحیح بر باطل رها کند و این از مواردی است که ضعیف بر قوی غلبه دارد و اقل بر اکثر؛ زیرا خدای تعالی فرموده است: «... وَ قُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا ...» (بقره/۸۳) و «... اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّهُم ...» (حجرات/۱۲).

۱- شیخ طوسی، الخلاف، جلد ۵، ص ۳۷۸ و ۳۷۹

۲- شیخ طوسی، المبسوط، کتاب حدود

۳- نجفی، ۴۱ جلد، ص ۲۹۳

۴- الفقه علی المذاهب الأربعة، ج ۵، ص ۹۷

وطی به شبهه: «نزدیکی به شبهه» یا «وطی به شبهه» از نظر فقه شیعه نزدیکی اشتباهی یک مرد است با زنی که همسر او نیست.

شبهه در موضوع: مثل این که با زنی به اعتقاد اینکه زوجه‌اش است نزدیکی نماید.

شبهه در حکم: مثل این که خواهر پسری را که با او لواط کرده به اعتقاد این که صحیح است عقد نماید و با او نزدیکی کند.

حکم آمیزش به شبهه: آمیزش به شبهه موجب ثبوت حد زنا نمی‌شود، لیکن موجب ثبوت نسب و عده برای زن می‌گردد.

این عمل همچنین موجب ثبوت مهرالمثل برای زن می‌شود، در صورتی که شبهه برای دو طرف یا زن به تنهایی پدید آمده باشد، اما در صورت آگاهی زن از حرمت، مهر المثل ساقط است.

در ثبوت نفقه زن بر مرد در صورت آبستن شدن وی با آمیزش به شبهه، اختلاف است.

به قول مشهور، آمیزش به شبهه از جهت نشر حرمت، حکم آمیزش به عقد نکاح صحیح را دارد و موجب حرمت مادر، دختر، نوه دختری زن بر مرد از یک سو، و پدر، پسر و نوه پسری مرد بر زن از سوی دیگر می‌شود. البته این حکم در فرضی است که پیش از ازدواج با یکی از آنان، آمیزش صورت گیرد و گر نه، موجب نشر حرمت نمی‌شود.^۱

حکم ازدواج و نزدیکی با محارم در مذهب ابوحنیفه، امام اعظم اهل سنت

ابن حزم اندلسی که از برجسته‌ترین دانشمندان تاریخ اهل سنت است، در باره ازدواج با محارم و اختلافی که در این باره در مذاهب اهل سنت وجود دارد می‌نویسد:

مسئله: کسی که با زن پدرش و یا یکی از محارمش با عقد ازدواج و یا بدون عقد، نزدیکی کند... مردم در این باره دیدگاه‌های متفاوتی دارند، عده‌ای گفته‌اند: کسی که با مادر، دختر و یا یکی از محارمش ازدواج و یا با یکی از آن‌ها زنا کند، حکم همه آن‌ها یکی است و تمام آن‌ها زنا محسوب می‌شود و چنین ازدواجی مثل این است که ازدواجی اتفاق نیفتاده باشد. اگر کسی با آگاهی از حرام بودن آن، این کار را انجام دهد، حد زنا به صورت کامل بر او اجرا می‌شود و اگر فرزندی از این طریق به دنیا بیاید، به پدرش ملحق نمی‌شود (احکام فرزند بر آن جاری نمی‌شود. حسن (بصری) مالک، شافعی، ابو ثور و ابویوسف و محمد بن الحسن - دو شاگرد ابوحنیفه - طرفدار این نظریه هستند؛ با این تفاوت که مالک بین نزدیکی با عقد نکاح و نزدیکی با برخی از آن‌ها از طریق ملک یمین (کنیز) فرق گذاشته و گفته است: کسی که دختر برادر، دختر خواهر، عمه، خاله، زن پدر، عروس، مادر رضاعی، دختر رضاعی و خواهر رضاعی اش

۱- همان، ۱ جلد، ص ۱۶۶

۲- ابن حزم الظاهری، علی بن أحمد بن سعید ابومحمد (متوفای ۴۵۶هـ)، المحلی، ج ۱۱، ص ۲۵۳-۲۵۴، تحقیق: لجنة إحياء التراث العربی، ناشر: دار الآفاق الجديدة - بیروت.

را به عنوان کنیز بخرد و بداند چنین نزدیکی حرام است و نیز بداند که آن‌ها با وی این نسبت‌ها را دارند و سپس با آن‌ها نزدیکی کند، حد زده نمی‌شود و اگر فرزندی به دنیا بیاید به پدرش ملحق می‌شود؛ ولی تعزیر می‌شود. اما اگر مادری را که او را به دنیا آورده است و همچنین دختر و خواهرش را به عنوان کنیز بخرد، به دلیل این که آن‌ها فوراً آزاد می‌شوند، اگر با آن‌ها نزدیکی کند، حد زنا زده می‌شود.

ابوحنیفه گفته است: در هیچ یک از این موارد، حد جاری نمی‌شود؛ همچنین اگر کسی با مادری که او را به دنیا آورده و نیز با دختر، خواهر، مادر بزرگ، عمه، خاله، دختر برادر و دختر خواهر خود ازدواج کند؛ در حالی که می‌داند آن‌ها با وی این نسبت‌ها را دارند و نیز می‌داند که این ازدواج حرام است و در عین حال با آن‌ها نزدیکی کند، فرزندی که به دنیا می‌آید به پدرش ملحق می‌شود، مهری که تعیین شده واجب است که داده شود، و فقط شخصی که این عمل را انجام داده با کمتر از چهل ضربه شلاق، تعزیر می‌شود. این نظریه را سفیان ثوری نیز پذیرفته است. ابوحنیفه و سفیان ثوری گفته‌اند که اگر بدون عقد نکاح با آن‌ها ازدواج کند، نزدیکی با آن‌ها زنا محسوب شده و حد زنا بر آن شخص جاری می‌شود.^۱

اگر مردی با یکی از محارمش ازدواج کند، بطلان نکاح او اجماعی است و اگر با او نزدیکی کند حد زده می‌شود؛ بنابر دیدگاه اکثر دانشمندان؛ از جمله حسن (بصری) جابر بن یزید، مالک، شافعی، ابویوسف، محمد (شیبانی) اسحاق (بن راهویه) ابویوب و ابن خثیمه. ابوحنیفه و (سفیان) ثوری گفته‌اند که چنین کسی حد زده نمی‌شود؛ زیرا نزدیکی است که شبهه در آن استوار و برقرار می‌شود (وطی به شبهه است)؛ پس حد بر آن واجب نیست؛ همان‌طوری که اگر خواهر رضاعی (شیری) خود را بخرد و سپس با او نزدیکی کند، حد زده نمی‌شود.

ابوحنیفه گفته: اسم عقد مانع از وجوب حد می‌شود، و اگر کسی با مادر، خواهر یا زنی که در حال سپری کردن دوران عده خودش هست، عقد نکاح بخواند و نزدیکی کند، هیچ یک از دو طرف حد زده نمی‌شوند؛ حتی ابوحنیفه گفته است: اگر کسی زنی را اجاره کند که با او زنا کند، یا زنی را (برای کار در منزل و ...) استخدام و سپس با او نزدیکی کند، هیچ یک از آن‌ها حد زده نمی‌شوند.

ابوحنیفه این گونه استدلال کرده است که این نزدیکی کردن با عقد فاسد است؛ پس واجب است که حد ساقط شود؛ همان‌طوری که در سایر عقدهای فاسد، حد ساقط می‌شود.

و نیز گفته است: چون کافر به خاطر این نوع نزدیکی کردن حد زده نمی‌شود؛ پس واجب است که مسلمان نیز به خاطر آن حد زده نشود؛ همانند ازدواج با دختری که سرپرست ندارد.

۱- المقدسی الحنبلی، ابومحمد عبد الله بن أحمد بن قدامة (متوفای ۶۲۰هـ)، المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی، ج ۹، ص ۵۵، ناشر: دار الفکر - بیروت، الطبعة: الأولى، ۱۴۰۵هـ.

انواع وطی به شبهه و موارد الحاق آن

وطی به شبهه با زن آزاد: یکی از انواع حالات وطی به شبهه، وطی به شبهه با زن آزاد است؛ بدین معنی که زن قبلاً ازدواج نکرده و در قید زوجیت کسی نبوده و نیست؛ در این حالت، پس از وطی به شبهه اگر فرزندی متولد شود، به طور قطع به واطی به شبهه ملحق می‌گردد و این احتمال که شاید از زنا به وجود آمده باشد در نظر گرفته نمی‌شود. دلیل این امر هم همان مصلحت طفل و جامعه است که ذکر گردید و نیز این که ولد الزنا، به زانی ملحق نمی‌گردد.

وطی به شبهه با زن شوهردار: مورد دیگر، وطی به شبهه با زن شوهردار است. در فقه این سؤال مطرح است که اگر با در نظر گرفتن شروط فراش، امکان الحاق ولد به هر دو (زوج و واطی به شبهه) ممکن بود؛ ولد به کدام یک ملحق می‌شود؟

در این مورد اقوال مختلفی وجود دارد. مشهور فقها قائل به قرعه شده اند؛ چه هر دو حالت، مصادیق قاعده فراش می‌باشند.

اما برخی دیگر بر این عقیده‌اند که قرعه، مربوط به هنگامی است که اماره دیگری وجود ندارد؛ درحالی که شارع، فراش را از ابتدا اماره‌ای برای وجود ولد به صاحب فراش قرار داده است تا در هنگام شک، ولد به کسی ملحق شود که حق هم‌بستری با همسرش در فراش را دارد و نیز جمله «الولد للفراش» یک جمله مستقل از «و للعاهر الحجر» است و شامل وطی به شبهه نیز می‌گردد.^۱

حقوق دانان معاصر نیز الحاق طفل به شوهر را موافق مصلحت کودک و خانواده می‌دانند و چنین توجیه می‌کنند که رابطه جنسی زن و شوهر، دائمی است ولی نزدیکی واطی به شبهه با زن شوهردار، اتفاقی است و از این رو احتمال به وجود آمدن نطفه ولد از شوهر، بیشتر و اماره فراش نسبت به او قویتر است.^۲

به نظر می‌رسد اگر مبنای این قاعده را همان مصلحت خانواده و جلوگیری از فروپاشی آن بدانیم، نظریه دوم قابل قبول‌تر باشد.^۳

وطی به شبهه با محارم: مورد آخر وطی به شبهه مطرح شده در فقه و حقوق، وطی به شبهه با محارم است. برخی بر این نظرند که این مورد جزء وطی به شبهه، از مصادیق فراش به شمار نمی‌آید؛ زیرا مانع ذاتی نکاح از قرابت وجود دارد؛ اما باز هم گروهی بر این عقیده‌اند که وطی به شبهه، به‌طور عام مطرح شده

۱- امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۳۹، ص ۱۷۳.

۲- مغنیه، محمدجواد؛ الفقه الصادق، الطبعه الرابعه، ص ۲۹۰؛ مغنیه، محمدجواد؛ الفقه علی مذاهب الخمسه، الطبعه العاشره، بیروت، ۳ دارالتیار الجدید، دارالجواد، ۱۴۲۱ ق، ص ۳۶۳؛ محقق حلی، نجم الدین جعفرین حسن؛ شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، ص ۲۸۵

۳- العاملی الجلی، زین الدین (شهید ثانی)؛ حاشیه الارشاد، محقق و مصحح رضا مختاری، الطبعه الاولی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ ق، ص ۲۱۲

و در احکام فقهی بین این نوع نزدیکی و موارد دیگر وطنی به شبهه، تفکیک صورت نگرفته است. نظریه دوم، به نفع مصلحت کودک و جامعه است؛ زیرا با قبول آن، طفل از نسب قانونی برخوردار می‌گردد.^۱

موارد شبهه در حد لواط

شبهه در حد انجام لواط بدون دخول

لواط بر دو نوع می‌باشد که نوع اول زمانی است که دو مرد مذکر نزدیکی کنند و دخول صورت بگیرد و نوع دوم زمانی است که عمل دخول صورت نگیرد و کارهایی مانند به هم مالیدن ران‌ها و دخول میان دو برآمدگی نشیمن‌گاه است.^۲

در مورد نوع دوم یعنی عمل لواط بدون دخول میان فقها اختلاف نظر می‌باشد و آن عبارت است از گذاشتن میان دو کفل و بین دو ران.^۳

نظر مشهور فقهای امامیه بر این است که بر هر یک از آن‌ها صد تازیانه زده می‌شود. شیخ مفید در المقنع، سید مرتضی در الانتصار،^۴ علامه حلی در مختلف الشیعه،^۵ سلاز در المراسم، ابن ادریس در السرایر، ابوالصلاح در الکافی فی الفقه، محقق حلی در شرایع الاسلام،^۶ و شهید ثانی در مسالک الافهام معتقد به این حد هستند و استناد آنها به اصل و شک در وجوب زاید که آن شک، شبهه‌ای است که حدود را دفع می‌کند و همچنین به استناد روایت سلمان بن هلال از امام صادق (ع) که درباره مردی که با مرد دیگری کار بد می‌کند فرموده است: «اگر کمتر از دخول باشد حد دارد و اگر دخول کرده باشد، سر او با شمشیر ایستاده زده می‌شود». ظاهر آن این است که مقصود از حد، تازیانه است.^۸

۱- العاملی الجلی، زین‌الدین (شهید ثانی)؛ حاشیه الارشاد، محقق و مصحح رضا مختاری، الطبعة الاولى، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ ق، ص ۲۱۲؛

۲- حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، مختلف الشیعه فی أحكام الشریعة، ۹ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۳ هـ ق، ج ۹، ص ۱۸۹

۳- بغدادی، مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، المقنعة (للشیخ المفید)، در یک جلد، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید - رحمه الله علیه، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ ق، ص ۷۸۵.

۴- شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، الانتصار فی انفرادات الإمامیه، در یک جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۵ هـ ق، ص ۵۱۰.

۵- دیلمی، سلاز، حمزة بن عبد العزیز، المراسم العلویة و الأحکام النبویة، در یک جلد، منشورات الحرمین، قم - ایران، اول، ۱۴۰۴ هـ ق، ص ۲۵۳.

۶- حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۰ هـ ق، ج ۳، ص ۴۵۸.

۷- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، مسالک الافهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ ق، ج ۱۴، ص ۴۰۸.

۹- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۳، ص ۲۹۰.

شبهه در اکراه عبد به لواط

اگر عبد ادعا کند که از طرف مولای خود به انجام لواط اکراه و مجبور شده است در این صورت حد از عبد ساقط می شود ولی از مولی ساقط نمی شود به دلیل این که بر صحت و راست گویی ادعای عبد قرینه وجود دارد که همان تسلط مولی بر عبد و ترس عبد از وی می باشد و اکراه، شبهه ای است که احتمال آن داده می شود و در نتیجه حد به واسطه عارض شدن شبهه، ساقط می شود.^۱

در کتب فقهی آمده است که اگر مولایی با برده اش لواط کند بر هر دو نفر انجام دهنده ی جرم حد جاری می شود حال آنکه در صورت اثبات اکراهی بودن لواط از طرف اکراه کننده در اینجا دیگر بر اکراه کننده حد جاری نمی شود و همین شکل صادق است در جایی که لواط بین عبد و غیر عبد صورت گیرد.^۲ و اما در خصوص ادعای اکراه و اجبار نظر مشهور فقها این است که اکراه موجب سقوط حد است و این اختصاص به عبد ندارد که ادعای اکراه نموده باشد بلکه عمومیت دارد و هر کسی را [چه بعد یا غیروا] که ادعای اکراه و یا اجبار نماید در برمی گیرد زیرا قاعده ی (درء) که طبق آن حد با ایجاد شبهه برداشته می شود عمومیت دارد [تدرء الحدود بالشبهات] ولی همان گونه که پیشتر گفته شد عمومیت این قاعده ثابت نیست و هر گونه شبهه ای را در بر نمی گیرد ولی صحیحی ی ابو عبید بعید نیست که دلالت بر شنیدن و پذیرش این ادعا داشته باشد.^۳ و اما اگر چه روایت آن در ادعای اکراه زن بر زنا وارد شده است ولی به طور قطع تفاوتی بین ادعای اکراه بر زنا با ادعای اکراه بر لواط وجود ندارد. و امکان تحقق اکراه در هر دو مورد نیز وجود دارد پس نتیجه می گیریم که این ادعا دعوی اکراه بر لواط پذیرفته و در صورتی که قرینه بر احتمال صدق آن پذیرفته می شود خواه از سوی عبد مطرح شده باشد خواه از سوی غیر عبد و دلیلی برای اختصاص دادن آن به غیر عبد وجود ندارد. پس غیر او را هم شامل می شود.

موارد شبهه در حد قذف

الف - هرگاه کسی به دیگری بگوید: «تو از زنا متولد شده ای» در این صورت در ثبوت حد به سبب نسبت دادن این جمله دو وجه وجود دارد:

وجه اول ثبوت حد است، چرا که آن شخص به تولد او از زنا تصریح کرده است و با آن حد ثابت می گردد، اما در اینکه چه کسی مورد افترا قرار گرفته شبهه و تردید وجود دارد. به عقیده شیخ طوسی در کتاب النهایه^۴ و شیخ مفید در کتاب المقنعه^۵ و علامه حلی در کتاب نکت النهایه^۱ مقدوف مادر است،

۱- حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم، ۱۴۰۸ هـ. ق، ج ۴، ص ۱۴۶.

۲- آیت الله خویی، سید ابوالقاسم، تکملة المنهاج، جلد دوم، ترجمه ی علیرضا سعید، تهران، انتشارات خرسندی، ج دوم، ۱۳۹۱، ص ۷۵.

۳- وسائل الشیعه، جلد ۹، باب ۱۸، از ابواب حد زنا، حدیث ۱.

۴- النهایه: ۷۲۳.

۵- راجع المقنعه: ۷۹۳-۷۹۴

بخاطر اینکه به دنیا آوردن به او اختصاص دارد و مقتضای آن نسبت دادن زنا به مادر است و همچنین عرفاً نیز ظاهر جمله نسبت زنا به مادر است. برخی از فقها از جمله علامه حلی در کتاب قواعد الاحکام^۱ و شهید اول در کتاب غایه المراد^۲ معتقدند که متعلق این جمله پدر و مادر هستند، زیرا نسبت این شخص با هر دوی آنها یکسان می‌باشد و تولد با هر دوی آن‌ها صورت می‌پذیرد لذا تولد به زنا نسبت داده شده است و این کاری است که به وسیله هر دو انجام می‌گیرد، بنابراین هر دو قذف شده‌اند.^۳ از نظر شهید ثانی نیز این احتمال خلاف ظاهر می‌باشد، زیرا نسبت تولد به پدر و مادر یکسان است و احتمال وقوع زنا از روی شبهه در مورد هر دو نفر داده می‌شود، پس نمی‌توان قذف را به یکی از آن دو نفر اختصاص داد.^۴ وجه دوم این است که حد ثابت نمی‌شود نه برای پدر و نه برای مادر و نه برای مخاطب.^۵

ب- هرگاه شخصی تصریح کند و به دیگری بگوید: «مادرت تو از زنا به دنیا آورده است»، اگر معتقد به ثبوت حد برای مادر به تنهایی یا برای پدر و مادر باشیم، حد برای مادر ثابت می‌شود و ابن ادریس نیز در این مساله به ثبوت حد تصریح دارد، اما اگر معتقد به ثبوت حد برای مادر به تنهایی یا برای پدر و مادر نباشیم، دو صورت وجود دارد، یکی اینکه حد ثابت می‌شود زیرا ظاهر این است که آن را به مادر نسبت داده است و دیگری این است که احتمال دارد حد ثابت نشود، چرا که تولد او از زنا اعم است از اینکه مادرش زناکار باشد یا اینکه پدرش زناکار مادرش مجبور شده باشد، لذا به استناد وجود احتمال دفع کننده‌ی حد، که همان شبهه هر چند شبهه ضعیفی باشد، حد در این صورت ثابت نمی‌شود.^۶

ج- اگر کسی به زنی بگوید که: «من با تو زنا کردم»، این احتمال وجود دارد که، زن مورد اکراه قرار گرفته باشد، از این رو نمی‌توان این جمله را قذف و نسبت ناروا به آن تلقی کرد زیرا کسی که بر زنا اکراه می‌گردد، زنا کار محسوب نمی‌شود و همین مقدار از احتمال برای ساقط شدن حد قذف کفایت می‌کند و در این حکم فرقی نمی‌کند که قاذف نیز ادعای اکراه کرده باشد یا این که ادعا نکرده باشد، زیرا صرف این احتمال شبهه‌ای است که حد به واسطه آن ساقط می‌شود. البته زنا در حق گوینده جمله «با تو زنا کردم» ثابت نمی‌شود، مگر آن که چهار مرتبه اقرار کند.^۷

۱- النهایة و نکتها ۳: ۳۳۹.

۲- قواعد الأحکام ۲: ۲۶۰.

۳- غایة المراد فی شرح نکت الارشاد: ۳۴۳.

۴- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ ق، ج ۱۴، ص ۴۲۷.

۵- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۳، ص ۲۹۴.

۶- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ ق، ج ۱۴، ص ۴۲۷.

۷- جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم، ۱۴۰۸ هـ ق، ج ۴، ص ۱۵۰ ۴۲۸.

۸- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۳، ص ۲۹۵؛

اکراه در قذف

در قذف که یکی از جرائم حدی در قانون مجازات اسلامی می‌باشد، عین همین قاعده‌ی داشتن اختیار نیز به عنوان شرط پذیرش در نظر گرفته شده است. از آنجائی که در ماده ۶۴ ق. م. ا. یکی از شرایط اثبات قذف را اختیار قذف‌کننده دانسته است و در صورت خلاف آن، قذفی که تحت تأثیر اکراه یا اجبار صورت گیرد و انجام آن از اراده قذف‌کننده خارج باشد قذف ثابت نمی‌شود. اما قانون‌گذار در جرم محاربه و افساد فی الارض به طور صریح به این موضوع اشاره نکرده است اما در قانون مجازات اسلامی در بند الف ماده‌ی ۱۸۹ که اقرار را یکی از راه‌های ثبوت محاربه در نظر گرفته است، داشتن اختیار را یکی از شرایط پذیرش آن متصور کرده است. و می‌توان گفت که قانون شاید در مورد عدم پذیرش محاربه در صورت اکراه ساکت است اما در دلایل اثبات این جرم این قاعده را مد نظر قرار داده است. در هر حال بعد از بررسی مواد موجود در قانون مجازات اسلامی دیده می‌شود که سیاست مقنن بیشتر بر این اصل استوار است که در حالتی که فردی در ارتکاب جرم حدی فاقد اراده و اختیار باشد مجازات نخواهد شد و در اینجا هم همانند دیگر جرائم تعزیری نداشتن اختیار مسقط حد می‌باشد.

موارد شبهه در اجرای حد شرب خمر

وقوع شبهه در اکراه به شرب خمر

اگر کسی که شراب خورده است ادعای اکراه کند، ادعای او پذیرفته می‌شود بدلیل این که احتمال وقوع اکراه داده می‌شود و در نتیجه به دلیل ایجاد شبهه، حد از او ساقط و برداشته می‌شود، البته پذیرفتن ادعای اکراه مشروط به این است که شاهد او را تکذیب نکند به این صورت که ابتدا شهود شهادت بدهند که مشهود علیه در نوشیدن شراب مختار و دارای اختیار بوده است و یا این که شهود به طور مطلق به نوشیدن شراب یا قی کردن آن شهادت بدهند و پس از آن، مدعی اکراه را در مورد ادعای اکراه تکذیب نماید.^۱

وقوع شبهه نسبت به حد مسکر

در رابطه با نبیذ، یعنی شرابی که از خرما گرفته می‌شود این مطلب وجود دارد که اگر کسی که به حلال بودن نبیذ معتقد است در صورتی که آن را بنوشد، حد بر او اجرا می‌شود و شبهه نسبت به حد مسکر، موجب عذر برای معتقد به حلال بودن نبیذ نمی‌گردد تا شبهه‌ای برای او ایجاد شود و حد از او ساقط کند، اگرچه شبهه سبب ساقط شدن حد قتل از وی می‌شود و دلیل اینکه حد از کسی که نبیذ نوشیده ساقط نمی‌شود، اطلاق روایات بسیاری است که نوشنده نبیذ را همچون خمر می‌داند که باید حد بخورد.^۲

۱- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۳، ص ۳۰۸

۲- قمی، صدوق، محمد بن علی بن بابویه، من لا یحضره الفقیه، ۴ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۳ ه.ق، ج ۳، ص ۴۲

وقوع احتمال شبهه در شهادت شهود به شرب خمر و قی کردن آن

اگر یکی از دو شاهد به شرب خمر شهادت دهد و شاهد دیگر به قی کردن آن شهادت دهد، در این صورت بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد، برخی از فقها معتقدند که حد لازم می‌شود، به دلیل روایتی از حسین بن یزید از امام صادق (ع) که امام علی (ع) ولید بن عقبه را مورد تازیانه قرار داد، زیرا وقتی یک نفر شهادت داده بود که او شراب نوشیده است و نفر دیگری شهادت داد که شراب را قی کرده است، ایشان فرمود: «شراب را قی نکرده است مگر به دلیل این که نوشیده است»^۱.

شهید ثانی در مسالک الافهام در پاسخ به این اشکال معتقد است که اصل عدم اکراه است چرا که اگر چنین باشد و از روی اکراه باشد، خود شخص آن را اعلام و از خود دفاع خواهد کرد و از او پذیرفته می‌شود و حد از او برداشته می‌شود. لذا لازمه قبول کردن چنین شهادتی که یک شاهد به شرب خمر و دیگری به قی کردن آن شهادت داده است آن است که اگر هر دو شاهد به قی کردن مسکر شهادت دهند، شهادت آنان پذیرفته می‌شود به دلیل تعلیلی که در روایت آمده است یعنی: «ما قاءها الا و قد شربها» و قبول کردن شهادت شهود در فرض دوم که هر دو به قی کردن مسکر شهادت می‌دهند، مورد اشکال برخی از فقها قرار گرفته است زیرا، اولاً دلیل عمده در فرض اول که یکی به نوشیدن مسکر شهادت داده و دیگری به قی کردن آن شهادت می‌دهد، اجماع است چنانکه ابن ادریس آن را ادعا کرده است در حالی که این اجماع در فرض دوم منتفی است و ثانیاً احتمال این که نوشیدن مسکر از روی اکراه صورت گرفته باشد موجب شبهه می‌شود و شبهه نیز حد را ساقط می‌کند که شهید ثانی در کتاب شرح لمعه معتقد است اکراه بر خلاف اصل می‌باشد و بنابراین احتمال اکراه به وسیله اصل از بین می‌رود.^۲

سقوط حد شرب خمر با ادعای جهل به حکم

ادعای جهل به حکم حرمت مسکر از کسی که به تازگی اسلام آورده یا در جایی زندگی کند که دور از مسلمانان باشد، قابل تصور می‌باشد به نحوی که چنین ادعایی در مورد او ممکن باشد. مثلاً اگر کسی شراب بنوشد اما علم نداشته باشد که نوشیدن شراب حرام است، این از موارد جهل به حکم است و حد بر او به واسطه شبهه‌ای که بوجود می‌آید، دفع و از بین می‌رود. اما اگر آن شخص بگوید که علم به حرمت آن داشته اما نمی‌دانسته است که مصرف آن حد دارد در این صورت عذر وی پذیرفته نیست و حد بر وی جاری می‌گردد، زیرا زمانی که حرمت را بداند باید از خوردن آن خودداری نماید.^۳

۱- قمی، صدوق، محمد بن علی بن بابویه، من لا یحضره الفقیه، ۴ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۳ ه.ق، ج ۳، ص ۴۲؛

۲- حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، همان مأخذ، ج ۴، ص ۱۵۷.

۳- جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم، ۱۴۰۸ ه.ق، ج ۴، ص ۱۵۶.

سقوط حد شرب خمر با ادعای جهل به موضوع

ادعای جهل به موضوع و ماهیت آشامیدنی نیز بدین صورت ممکن است که شخص آن را آب یا نوشیدنی حلال دیگری تصور می کرده است، به این صورت که شخصی نمی داند که مایعی را که می نوشد شراب است و آن را مصرف می کند در این صورت حدی بر او جاری نمی شود، زیرا این از موارد شبهات موضوعیه می باشد، و به واسطه شبهه که در این مورد عارض می شود حد از او برداشته می شود. اما اگر علم داشته که آن از نوع مستی آور است ولی گمان می کرده که آن مقداری که نوشیده مست نمی کند، در صورت معذور نیست، زیرا پرهیز از آن مطلقاً چه مست بکند و چه مست نکند واجب بوده و حد بر وی جاری می شود.^۱ و به اتفاق فقهای امامیه و حنفی و اهل تسنن حد از او ساقط می شود.^۲

موارد شبهه در اجرای حد سرقت

– مباشرت یا عدم مباشرت سارق در ربایش
– ربودن پنهانی به دو صورت انجام می شود: یا این که خود شخص مباشر اقدام به خارج کردن کالا از حرز می کند و یا به واسطه سببی این عمل را انجام می دهد.

مباشرت سارق در ربایش

اگر سارق اقدام به بیرون انداختن مال از حرز نماید یا از ملکیت صاحب آن خارج شده و به مالکیت سارق در می آید یا خیر؟
حنفیه معتقدند اگرچه کالا از حیازت صاحب مال و از حرز خارج شده ولی به ملکیت سارق وارد نشده است و اگر چه حکماً در ملکیت او نیز وارد شده ولی ربودن تام و کامل نمی شود تا زمانی که سارق کالا را بردارد.^۳ اما بقیه مذاهب اسلامی (شافعیه، مالکیه، حنابلّه، امامیه) عقیده دارند که اگرچه حکماً کالا در ملکیت سارق وارد شده ولی در این جا ملکیت حکمی در کامل بودن سرقت کفایت می کند.^۴ البته زفر از فقهای احناف نیز قائل به این نظر است.^۵

۱- حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، همان مأخذ، ج ۴، ص ۱۵۸؛ شهید ثانی ج ۳، ص ۳۰۸.

۲- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسه المعارف الإسلامیه، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ ق، ج ۱۴، ص ۴۶۹.

۳- کاشانی، ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع، ج ۷، ص ۶۵.

۴- خطیب شربینی، محمد بن احمد، مغنی المحتاج، ج ۴، ص ۱۷۲؛ زحیلی، وهبه، الفقه المالکی المیسر کشف القناع، ج ۶، ص ۱۳۳؛ طوسی، محمد بن حسن، المبسوط ج ۸، ص ۲۷.

۵- کاشانی، ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع، ج ۷، ص ۶۵.

عدم مباشرت سارق در ربایش

عدم مباشرت سارق در سرقت بدین معنا است که سارق خودش مباشرت را اقدام به خروج کالا از حرز نکنند و واسطه ای برای اخراج آن قرار دهد. نظر فقها در این زمینه: فقهای حنفی و شافعی معتقدند به هر طریق سارق اقدام به اخراج کالا کند حد بر او جاری می شود جز در صورتی که سارق مال را در آب راکد قرار دهد و یا اینکه خود حیوان که مال در پشت اوست از حرز خارج گردد در این صورت قائل به عدم قطع در مورد او شده اند.^۱

فقه امامیه

در نظر فقهای امامیه نیز فرقی ندارد که سارق کالا را خودش از حرز خارج کند و چه به واسطه سببی اقدام به این عمل زند، در هر صورت حد بر سارق جاری می شود.^۲ در پایان باید گفت، از آنجا که در شرع حکم سرقت با واسطه بیان نشده است می توان در جهت وجوب حد در صورت عدم مباشرت سارق و اطلاق سرقت بر آن، به عرف مراجعه نمود.

مال از نظر فقهای مذاهب اسلامی

الف) فقه حنفیه: در فقه حنفی شرط است که مال مطلق باشد و هیچ شبهه ای در مالیت آن وجود نداشته باشد به عبارت دیگر، نزد مردم مالیت داشته باشد آنچه نزد مردم مالیت ندارد مانند کاه، هیزم، خاک و... جز اموال بی ارزش هستند تنها اموالی از این حوزه خارج می شوند که نزد مردم مالیت داشته باشند مانند چوب ساج، و آبنوس و صندل که نزد مردم مالیت دارند و آنچه در اصل مباح است جز طلا و نقره در نزد ابو حنیفه و محمد شیبانی حدی بر سارق آن اقامه نمی شود، اما ابو یوسف حد را در سرقت هر چیزی جز در مورد پرنده، خاک و سرگین واجب می داند.^۳ مالی که قابلیت ذخیره سازی ندارد (سریع الفساد) نزد ابو حنیفه به مال حقیر (بی ارزش) است که نزد مردم مالیتی ندارد و سرقت آن مستوجب حد نیست، زمانی را که ابو حنیفه برای ذخیره سازی آن تعیین نموده است یک سال است.^۴

همچنین ابو حنیفه حیوان مرده و پوست حیوان را مال محسوب نمی کند و همچنین سرقت ادوات لهر و لعب را مستلزم حد نمی داند؛ زیرا عرف مردم آنها را مال نمی داند و یا اینکه در مالیت آنها شبهه وجود دارد.^۵

۱- ابن عابدین، محمد امین، حاشیه ی رد المختار، ج ۴، ص ۱۰۰؛ خطیب شربینی، محمد بن احمد، مغنی المحتاج، ج ۴، ص ۱۷۳-۱۷۲

۲- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة، ج ۹، ص ۲۴۲-۲۴۱.

۳- یعنی مال مطلقاً قابل قیمت گذاری باشد چه نزد مسلمانان و چه غیر مسلمانان

۴- کاشانی، ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع، ج ۷، ص ۶۸.

۵- ابن همام حنفی، محمد بن عبدالواحد، شرح فتح القدر، ج ۴، ص ۲۳۷.

۶- سمرقندی، علاء الدین، تحفه الفقهاء، بیروت، دارالفکر، ۱۴۲۴، ص ۴۶۴.

ب) فقه امامیه: در فقه امامیه ملاکی مطرح شده است به این صورت که، هر مالی قابلیت تملک داشته باشد چه اصل آن مباح باشد چه نباشد چه به سرعت فاسد شود چه نشود به اطلاق ادله با سرقت آن دست قطع می‌شود مگر در مورد پرنده و سنگ مرمر به دلیل وجود نص^۲ در این زمینه که حد بر سارق آنها جاری نمی‌شود.

قابل تملک بودن مال

با توجه به این عنوان چیزهایی می‌توانند موضوع جرم سرقت قرار بگیرند که شرعاً و قانوناً قابلیت تملک را جائز باشند پس آنچه که این وصف را فاقد باشد چون شراب و انسان نمی‌تواند موضوع بزه سرقت قرار گیرد. بنابراین چیزهایی مانند هوا یا حشرات یا غذاهای فاسد شده بلامصرف که از نظر عرف قابل مبادله با کالاهای بارزش دیگری شناخته نمی‌شود مال محسوب نمی‌شوند و در نتیجه ربایش آنها سرقت نیست.

آیا انسان می‌تواند محل سرقت قرار بگیرد و آیا بر سارق او حد جاری می‌گردد یا خیر؟

الف) در فقه حنفیه: اگر کسی کودک صغیری را سرقت کند حدی بر سارق او نیست، زیرا انسان مال نیست اگرچه به همراه او لباس و اموالی باشد که به حد نصاب برسد. ابویوسف معتقد است در صورتی که به همراه او لباس یا اموالی باشد که به حد نصاب برسد و دست سارق قطع می‌گردد.^۳

ب) فقه امامیه: نظر مشهور فقهای امامیه نیز عدم اجرای حد سرقت در مورد سارق کودک است؛ زیرا انسان مال نیست.^۴

علامه در مختلف قائل به قطع دست سارق شده‌اند ولی نه از باب سرقت بلکه از باب مفسد فی الارض دستش قطع می‌شود صاحب جواهر^۵ و شیخ طوسی^۶ در نهایت نیز معتقدند در صورتی که کسی انسان آزادی را سرقت کند و سپس آن را بفروشد دستش قطع می‌شود اما نه از باب حد سرقت بلکه از باب مفسد فی الارض، اما اگر تنها سرقت باشد بدون فروش تنها تعزیر می‌شود.

۱- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۴۹۷.

۲- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۵۱۶، ح ۱.

۳- ابن همام حنفی، محمد بن عبدالواحد، شرح فتح القدر، ج ۴، ص ۲۳۰.

۴- مطهری، احمد، مستند تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۵۶.

۵- علامه حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه فی الاحکام الشریعه، چاپ اول، النشر الاسلامی، قم، جمعه المدرسین، ۱۴۱۳ هـ، ج ۹، ص ۲۴۹.

۶- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۱۱.

۷- طوسی، محمد بن حسن، النهایه، ص ۷۲۲.

اموال مشترک و بیت المال

الف) فقه حنفیه: سرقت از مال مشتری به مانند سرقت از بیت‌المال است؛ زیرا شریک در مال مشترک و شخص در بیت‌المال حق دارند و حدی در مورد آنها نیست.^۱

ب) فقه امامیه: در فقه امامیه در مورد بیت‌المال فقها اختلاف نظر دارند، عده‌ای از فقها معتقدند از آنجا که هر یک از افراد در بیت‌المال سهم دارند، اگر بیشتر از سهم خود بردارد و به نصاب برسد حد دارد در غیر اینصورت حدی ندارد (مجازات‌ی ندارد) ^۲مرحوم خویی معتقدند: «سارق تعزیر می‌شود».^۳ گروهی از فقها عقیده دارند سرقت از بیت‌المال مطلقاً حدی ندارد، زیرا از آن جا شخص در آن سهیم است از مصادیق شبهه می‌باشد.

اموال بدهکار

الف) فقه حنفیه: حنفیه در این مورد معتقدند کلام ما از دو حال خارج نیست یا از جنس حق خویش سرقت می‌کند. در این صورت اگر دین بدون مدت باشد حد ندارد؛ زیرا عمل او مباح بوده است اگرچه بیشتر از مقدار حق خود بردارد و حق او به طور مشاع در مال بدهکار موجود است اگر دین او مدت دار باشد بر مبنای قیاس حد بر او جاری می‌شود ولی بر مبنای استحسان حدی بر او نیست.^۴

ب) فقه امامیه: در صورتی که مدیون منکر دین باشد و یا از دادن آن سرباز زند حدی بر او نیست چه از جنس حق خویش سرقت کند و چه از غیر جنس آن. اما در صورت سرقت از غیرجنس حق فرد، شخص باید جنسی را بردارد که مساوی طلب اوست و از آن عدول نکند. هم چنین در فقه امامیه شخص می‌تواند از ودیعه‌ای که در دست اوست اقدام به تقاض نماید اما این امر کراهت دارد.^۵

اراده و اختیار

به موجب بند ۳ ماده ۱۹۸ ق. م. ا. در صورتی که سارق از روی اجبار وادار به ارتکاب جرم شده باشد محکوم به حد نخواهد بود. بنابراین، اکراه و به طریق اولی اجبار رافع مسئولیت کیفری است و درباب سرقت هم مانع اجرای حد است. هر چند این موضوع در ماده ۵۴ ق. م. ا. محدود به باب تعزیر شده است، از نظر فقهی در باب حدود هم حکم ماده مذکور جاری است و تنها در باب قتل عمد است که اکراه و

۱- ابن همام حنفی، محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدیر، ج ۴، ص ۲۳۵

۲- طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، ج ۵، ص ۴۵۰؛

۳- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، قم، انتشارات العلمیه، ۱۳۹۶، ج ۱، ص ۲۸۴

۴- کاشانی، ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع، ج ۷، ص ۷۱-۷۲؛ ابن همام حنفی، محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدیر ج ۴، ص ۲۳۶-۲۳۵

۵- نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۴۰، ص ۳۸۸-۳۹۷؛ موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۴۷-۴۵

اجبار مجوز قتل و رافع مسئولیت کیفری قاتل عامد نمی‌شود که مقنن نیز در ماده ۲۱۱ ق.م.ا به آن تصریح کرده است.^۱

علم به حرمت سرقت

یکی از شرایطی که برای سارق در نظر گرفته شده است علم به حرمت سرقت است. این شرط مستقلاً تنها در فقه شافعی^۲ و حنبلی^۳ بیان شده است و در فقه امامیه^۴ نیز به آن اشاره شده است. بنابراین کسی که به حرمت سرقت جاهل داشته و اقدام به سرقت کند بر مبنای قاعده درء حد سرقت از او برداشته می‌شود؛ زیرا از مصادیق شبهه به شمار می‌آید.

علم به تعلق داشتن مال به دیگری

در بند ۵ ماده ۱۹۸ ق.م.ا. آمده است: «سارق بداند و ملتفت باشد که مال غیر است.»^۵ این حکم هم در سرقت مستوجب حد و هم در سرقت تعزیری مجری است. در سرقت بردن مال غیر نیاز به قصد دارد و قصد هم نیاز به علم به تعلق مال به غیر دارد، لذا اگر کسی، مالی را به تصرف اینکه متعلق به خودش است، (شبهه مالکیت)، تصرف کند قصد ربودن مال غیر را نداشته عمل این فرد سرقت محسوب نمی‌شود البته باید این فرد دلیل قانع کننده‌ای داشته باشد که تصور کرده مال متعلق به خودش است.

نتیجه گیری

از بررسی بخش‌های مختلف این پایان نامه و در جواب به فرضیه‌های تحقیق، نتایج زیر به دست آمد:

- ۱- جان، مال و عرض مسلمان دارای حرمت مسلم عقلی و شرعی است و هم ادله اجتهادی هم ادله فقهاتی بر «اصل حرمت مسلمان» دلالت می‌کند. این حرمت هم تکلیفی است و هم وضعی و ضمان آور است. بر اساس همین اصل در فقه خصوصی «قاعده احترام» وضع شده که براساس آن اتلاف مال غیر از موجبات ضمان است. مجازات و کیفر نیز به عنوان اقدامی که مخل به حرمت مسلمان است مباح نخواهد بود و اصل بر حرمت آن است، مگر آن که با دلیل خاص از شمول این اصل خارج شده باشد. حد به عنوان قسمتی از مجازات‌ها در صورتی مشروعیت دارد که اصدار و تشریه آن از ناحیه شارع مقدس قطعی و یقینی باشد، چرا که براساس ظن و گمان نمی‌توان حرمت قطعی مسلمان را به مخاطره افکند.

۱- موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۴۸۲

۲- خطیب شربینی، محمد بن احمد، مفتی المحتاج، ج ۴، ص ۱۷۴

۳- بهوتی، منصور بن یونس، کشاف القناع، ج ۶، ص ۱۳۲

۴- مطهری، احمد، مستند تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۳۴

۵- حبیب زاده، محمد جعفر، سرقت در حقوق کیفری ایران، ص ۹۵

۲- ارزش وجودی انسان‌ها با یکدیگر مساوی است و انسان (بما هو انسان) بر انسان دیگری برتری و رجحانی ندارد. بنابراین هیچ انسانی با هر خصیصه‌ای که باشد بر هم نوع خود ولایتی ندارد؛ چرا که ولایت متضمن برتری بر دیگری، جهت تصرف در امور اوست. این مساوات در ارزش وجودی، از آنجا که ناشی از امر خلقت و آفرینش است «ذاتی» انسان می‌باشد. ولایت تنها از آن ذات اقدس الهی است چرا که او ولی مطلق است تنها اوست که می‌تواند ولایت بر انسان را برای انسان دیگر جعل نماید.

۳- مقتضای اصل حرمت مجازات، آن است که می‌بایست بر اثبات تشریع حدود دلیل شرعی اقامه شود. در این باره می‌بایست اذعان نمود که ثبوت حکم حدود به واسطه آیات و روایات متواتری است که در این باره صادر شده است امری حتمی و مسلم است و مبرهن است که اصل حرمت مطلق مجازات، نسبت به حدود تخصیص خورده است.

۴- علم و آگاهی متهم از ماهیت مجرمانه عمل ارتكابی، در مسئولیت کیفری وی نقش اساسی و تعیین کننده دارد. شبهه دفاعی است که می‌تواند در کلیه جرایمی که شرط علم ضروری است، مطرح شود و به این عنصر خدشه وارد کند. مسئولیت کیفری نیازمند وجود قصد انجام فعل با علم به موضوع است تا با اثبات شبهه؛ زوال عنصر معنوی جرم و در نهایت از هم گسیختگی ارکان شکل دهنده جرم روشن گردد. در فقه اسلامی، مبنای شبهه قاعده در آن است؛ که مستند آن حدیث «ادرو الحدود بالشبهات» است. قاعده «درء» اقتضا دارد که مجازات در صورت وجود شبهه رفع شود چرا که شرط مسئولیت، علم به مسئولیت است، و در صورتی که فرد متوجه مسئولیت نباشد قاعده عقلی قبح عقاب بلا بیان مسئولیت چنین شخصی را قبیح می‌شمارد.

۵- اگرچه حفظ نظم عمومی و امکان پذیر بودن تحقیق و جستجوی مسائل حقوقی، ادعای جهل به عنوان ابزاری برای رهایی از مسئولیت را منتفی می‌سازد. توسعه قلمرو بی حد و حصر اعمال قاعده در آن، با منافع و مصالح اجتماعی منافات دارد. لازم است با احراز نظر شارع و تطبیق احکام بر وقایع، محدوده اجرای این قاعده مشخص و از طریق کانالیزه گردد تا این که هم متهم و هم قاضی خود را مقید به اطاعت از این چارچوب بشناسد و هم از خودسری‌ها و اعمال نظرات شخصی بدون پایه و مبنای حقوقی جلوگیری شود. ضمن آن که ارزش و اعتبار و قدرت بازدارندگی اجرای مجازات‌ها محفوظ بماند و منجر به گریز متهم از مجازات و افزایش احتمال عدم اجرای مجازات نگردد.

پیشنهاده‌ها

پیشنهادهای زیر کاربردی به نظر می‌رسند:

۱- اگر اختیار اجرای حدود شرعی به دست عموم افراد قرار داده شود و افراد به تشخیص خود به اجرای حد بپردازند، جامعه به هرج و مرج، ناامنی، هتک ناموس، خونریزی و دیگر مفاسد اجتماعی دچار خواهد

شد. لذا این قبیل امور که به امنیت جامعه مربوط است، باید توسط حکومت و از طریق افراد خاصی انجام شود.

۲- کیفر دادن مجرمان در عرف جوامع بشری از اختیارات حکومت است و کسی جز حکومت، مجاز به انجام آن نیست. این مبنا از سوی فقه اسلامی هم مورد تأکید واقع شده است، فقیهان مسلمان اجرای حدود را در زمان حضور امام (علیه السلام)، بر عهده امام معصوم (علیه السلام) و منصوبان از طرف ایشان می‌دانند. اما در زمان غیبت، ولایت در اجرای حدود برای فقهای جامع شرایط است؛ زیرا آنها نابیان عام هستند. ۳- در بینش الهی اجرای حدود الهی یکی از ضروری‌ترین و حیاتی‌ترین مسائل اجتماعی و از وظایف مهم حکومت اسلامی است. بدون اجرای حدود، دوام و بقای جامعه اسلامی تضمین نخواهد شد و هر نوع تأخیر، تعدیل و تخفیف در آن به مثابه تعطیل قانون الهی و در حقیقت یک نوع نافرمانی در مقابل احکام الهی و اسلامی است.

۴- در احادیث و منابع فقهی، ضمن تأکید بر اجرای حدود و فواید متعدد آن، گاه به حکمت تشریع احکام مربوط به حدود اشاره شده و از جمله دلایل اهتمام به اجرای حدود، پیشگیری از تعدی به ارکان جامعه و مصالح عمومی، یعنی حیثیت، بدن، عقل و مال انسان‌ها، ذکر شده است. همچنین گفته‌اند درد و ناراحتی جسمی ناشی از اجرای حد، موجب تقویت نیروی بازدارنده از گناه در مجرمان می‌شود. با این همه، از دیدگاه شرعی اثبات جرائم مستوجب حد، بسیار دشوار است و به ادله و شواهد متعددی نیاز دارد.

فهرست منابع و مآخذ

- ابن ادریس الحلّی، محمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، (سلسله الینابیع الفقہیہ) بیروت، موسسه فقه الشیعہ، الدار الاسلامیہ، ۱۴۱۰ ق.
- ابن البراج، قاضی، المذهب، ج ۲، نشر جامعہ مدرسین قم، ۱۴۰۶ ه. ق.
- ابن حزم، محمد بن داود، المحلی، تحقیق: احمد محمد شاکر، ریاض، دارالنفائس، ۱۴۱۸ ق.
- ابن اثیر، النہایۃ فی غریب الحدیث و الاثر، چاپ محمود محمد طناحی و طاهر احمد زاوی، بیروت ۱۳۸۳/۱۹۶۳، چاپ افست قم ۱۳۶۴ ش.
- ابن عابدین، محمد امین، رد المحتار علی الدر المختار، بیروت، دارالکتب العلمیۃ، ۱۴۱۵ ق.
- ابن فارس، حسین احمد، معجم المقاییس اللغۃ، تحقیق: عبدالسلام محمد هارون، بیروت، دارالجلیل، ۱۴۱۱ ق.
- ابن قدامہ، محمد بن عبد اللہ، المغنی و الشرح الکبیر، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۰۳ ق.
- ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ ق.
- ابن ماجہ، محمد بن یزید، سنن ابن ماجہ، تحقیق: محمد فؤاد عبدالباقی، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- ابن الہام، کمال الدین، «شرح فتح القدیر»، ج ۵، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
- امام خمینی، تحریر الوسیلہ، ج ۲، ص ۴۵.
- امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی، ص ۲۱. همان؛ ص ۱۷۶.
- انصاری، مرتضی، المکاسب، چاپ سنگی، طهران بی تا، ۱۲۸۶ ق، ص ۳۹۷.
- بجنوردی، محمد حسن، القواعد الفقہیۃ، قم، دلیل ما، چاپ دوم، ۱۳۸۴ ش.
- تبریزی، جواد؛ اسس الحدود و التعزیرات، قم، مهر، ۱۴۱۷ ق، چاپ اول.
- تبصرہ های ۶ و ۷ ماده ۲۱۲ قانون حدود قصاص.
- توحیدی، محمد علی، مصباح الفقاهه، قم: انتشارات انصاریان، چ ۴، ۱۴۱۷.
- تحریر الوسیلہ، ج ۲، ص ۴۵۵، ص ۴۸۳، مسالہ ۳ و ۲.
- جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۲۶۵.
- حرعاملی، محمد بن حسین، وسائل الشیعۃ إلى تحصیل احکام الشریعۃ، تحقیق: عبدالرحیم ربانی شیرازی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ ق.
- حسینی، سید محمد، «حدود و تعزیرات»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، ش ۱، ۱۳۸۷، ص ۱۲۴ – ۱۴۵.
- حلّی (علامہ)، یوسف بن مطهر، منتهی المطلب، مشهد، انتشارات استان قدس رضوی، چاپ اول ۱۴۱۲.
- حلّی، حسن یوسف؛ قواعد الاحکام فی معرفہ الاحلال و الحرام، الطبعة الاولى، ص ۹۸؛ العاملی الجبلی.

- حلبی، حمزه بن علی، غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، چاپ اول. ۱۴۱۷.
- خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم ۱۴۰۵-۱۳۶۴ش.
- خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، مطبعة الآداب، نجف اشرف، ۱۳۹۶ق.
- خویی، محمدتقی، مبانی فی شرح العروة الوثقی (کتاب النکاح)، قم: مؤسسه احیاء آثار امام خویی.
- خویی، سید ابوالقاسم الموسوی، «مبانی تکملة المنهاج؛ القضاء و الحدود»، ج ۴۱، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲
- خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ سوم، ۱۴۰۸ق.
- جعبی العاملی، زین الدین؛ الروضه البهیة، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، تهران، نشر کتاب، ۱۴۰۴ق.
- زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق، دارالفکر، چاپ چهارم، ۱۴۱۸ق/ ۱۹۹۷م.
- طباطبائی، سید محمد حسین؛ المیزان فی تفسیر القرآن، قم: انتشارات جامعه مدرّسین، چاپ پنجم ۱۴۱۷ق.
- عاملی غروی، جواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قاهره، ۱۳۲۴ق.
- عبدالسلام محمد شریف، المبادئ الشرعیة فی احکام العقوبات فی الفقه الاسلامی، بیروت ۱۴۰۶.
- عوده، عبدالقادر، «حقوق جنایی اسلام»، ج ۱، ص ۲۱۰، ترجمه اکبر غفوری، انتشارات آستان قدس رضوی، ج ۱، ۱۳۷۳.
- غزالی، ابو حامد، الوجیز فی فقه مذهب الشافعی، مصر، مطبعة الادب و المؤید، ۱۳۱۷ق.
- السیوطی، جلال الدین، «الاشباه و النظائر»، بیروت، دارالکتاب العربی، ج ۱، ۱۹۸۷.
- شرح فتح القدیر، ج ۴، ص ۱۴۷.
- کاتوزیان، ناصر؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، ص ۲۰.
- مجلسی، محمد باقر، مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول (تهران: دارالکتب الاسلامیه) چاپ دوم.
- محقق داماد، مصطفی، «قواعد فقه؛ بخش جزائی»، تهران، نشر میزان، ج ۵، ۱۳۸۰.
- مسالک، ج ۲، ص ۳۵۹، کتاب الحدود الشیعة، ج ۱۸، ص ۳۸۲.
- مغنیه، محمدجواد؛ الفقه علی مذاهب الخمسه، الطبعة العاشره، ص ۳۶۵.
- المصطفوی، محمد کاظم، «القواعد الفقهیه»، قم، نشر اعتماد، ۱۴۱۲.
- موسوی بجنوردی، میرزا حسن؛ القواعد الفقهیه، ص ۳۹.
- نجفی، محمد حسن، «جواهر الکلام»، ج ۴۱، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ ص ۲۷۶.
- وسائل الشیعة، احادیث باب ۲۷.

