دوفصلنامه علمی ـ تخصصی فقه و قضا
سال چهاردهم/ شماره ۱۹/ بهار و تابستان۱۴۰۱

Two quaterly scientific- specified
jurisprudence and judgment Years, 14 No.19
Spring and Summer 2022

تعارض استصحاب با قاعده درء

□ خلیل الله محمدی *

چکیده

پژوهش حاضر با موضوع «تعارض استصحاب با قاعده درء» تلاش می‌کند به این پرسش اصلی پاسخ دهد که در صورت تعارض استصحاب با قاعده درء، آیا استصحاب مقدم است یا قاعده درء مقدم است؟ آنچه واضح و روشن است این است که تعارض گاهی میان دو اماره؛ گاهی میان دو اصل عملی و گاه میان یک اماره و یک اصل عملی واقع می‌شود. اصولیون معتقدند اگر «اماره» و «اصل عملی» باهم تعارض کنند، این تعارض، غیرمستقر و بدوی است؛ زیرا با وجود اماره نوبت به اصل عملی، نمی‌رسد «الاصل دلیل حیث لا دلیل» اما اگر استصحاب و قاعدهٔ درء تعارض نمایند آیا استصحاب مقدم می‌شود یا قاعده درء مقدم می‌شود؟ پاسخ این است که فقها، در مورد تعارض قاعده درء و استصحاب دیدگاه‌های متفاوتی دارند به‌گونه‌ای که در برخی موارد قاعده درء را مقدم نموده و با استناد به آن، حکم به رفع مجازات داده‌اند و در موارد دیگری، با تمسک به استصحاب حالت سابقه، استصحاب را مقدم نموده و حکم به ثبوت مجازات داده‌اند ضمن اینکه فتوای فقها در باب حدود و غیر حدود نیز متفاوت است به‌نحوی‌که؛ اگر شبهه در باب حدود پیش‌آمده باشد، بیشتر فقیهان با اِعمال قاعدهٔ درء، حکم به رفع مجازات داده‌اند؛ اما در صوت پدید آمدن شبهه در باب قصاص، اغلب فقها جانب استصحاب را مقدم داشته‌اند؛ زیرا آنان گستره و قلمرو قاعده درء را منحصر به باب حدود می‌دانند. ازاین‌رو قاعده مزبور را در باب قصاص جاری نمی‌دانند؛ اما درمقابل؛ برخی فقها، قصاص و تعزیرات را نیز مشمول قلمرو قاعده درء دانسته و با استناد به آن، قصاص و تعزیر را نیز در صورت وجود شبهه، منتفی می‌دانند. منشأ اختلاف به این مسأله برمی‌گردد که آیا قاعده درء علاوه بر حدود به معنای

* دانشجوی دکتری فقه و حقوق قضایی جامعه المصطفی ﷺ العالمیه

اخص، شامل قصاص و تعزیرات هم می‌شود یا نمی‌شود؟ آن عده‌ای که معتقدند دایره قاعـده درء شامل قصاص و تعزیرات نیز می‌شود (خصوصاً کسانی که قاعده را تنصیصی می‌داننـد) طبعـاً در مقام تعارض این قاعده با استصحاب، قاعده درء را مقدم می‌دارند زیرا آنان بر این باورنـد کـه واژه حدود به معنای مطلق مجازات است اما آنانی که قاعده درء را منحصر به باب حـدود مـی‌داننـد و معتقدند که واژه حدود منحصر در حدود به معنی الاخص اسـت طبعـاً در موضـع تعـارض ایـن قاعده با استصحاب، جانب استصحاب را مقدم می‌دارند.

واژگان کلیدی: استصحاب، تعارض، قاعده درء، حدود، قصاص، تعزیرات.

مقدمه

ازجمله قواعد مهم فقه جزایی اسلام که فقهای عظام در موارد فراوان بدان اسـتناد کرده‌انـد و از این حیث جایگاه اساسی در فقه و حقوق جزای اسلامی دارد قاعده درء است مفاد اجمالی قاعـده آن است که در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به مـتهم و یـا مسـئولیت و اسـتحقاق مجـازات وی، به جهتی محل تردید و مشکوک باشد به‌موجب این قاعده بایستی جـرم و مجـازات را منتفـی دانست این قاعده ازنظر حقوقدانان اسلامی در زمره قواعد تفسیری قرار دارد کـه بـا قاعـده تفسـیر قانون به نفع متهم در حقوق جزای عرفی از جهـاتی همخـوانی دارد. (محقـق دامـاد، قواعـد فقـه (بخش جزایی)، ۱۳۹۱: ٤٣) از سوی دیگر در برخی موارد، مفاد این قاعده با اصـل استصـحاب تعارض می‌کند. این تعارض زمانی اتفاق می‌افتد که لازمـهٔ استصـحاب ثبـوت مجـازات باشـد؛ درحالی‌که قاعدهٔ درء بر رفع مجازات دلالت دارد. از این‌رو این نوشـتار درصـدد بررسـی و تبیـین موارد تعارض قاعده درء و اصل استصحاب است؛ اما پـیش از ورود بـه اصـل موضـوع، تبیـین و بررسی مهم‌ترین واژگان به کار رفته در این نوشتار لازم و ضروری به نظر می‌رسد کـه ذیـلاً بـه آن می‌پردازیم.

۱: مفهوم شناسی

یکی از موضوعات ضروری و لازم در هـر تحقیقـی تبیـین مفـاهیم واژه‌هـا از منظـر لغـوی و

اصطلاحی است ازاین‌رو در این قسمت ناگزیریم واژه‌های به‌کار رفته در نگارش مزبور را، مورد بررسی و تبیین قرار بدهیم.

۱. مفهوم تعارض

تعارض: یکی از مباحث مهم و کاربردی در اصول فقه مبحث تعارض ادله است مسأله تعارض ازآن‌جهت مورد توجه و حائز اهمیت است که در مسائل مختلف، مواردی زیادی دیده می‌شود که دو دلیل به‌ظاهر باهم تعارض دارند حتی برخی معتقدند که به‌ندرت مسئله‌ای در ابواب فقه یافت می‌شود که دو یا چند دلیل مختلف و متعارض در مورد آن وجود نداشته باشد. (سبحانی، الوسیط فی اصول الفقه، ۱٤۲۲/ ج ۲: ۱۸۵ و مکارم شیرازی، انوارالاصول، ۱٤۱٦/ج ۳: ٤٤٥). ازاین‌رو ناگزیریم در وهله اول، مفهوم تعارض را موردبررسی قرار دهیم.

۱,۱مفهوم لغوی تعارض

واژه «تعارض» مصدر باب تفاعل و از ماده «عرض» مشتق شده و کلمه «عرض» در لغت به معنای اظهار و ابراز آمده است؛ مثلاً گفته می‌شود: فلانی متاعش را برای فروش عرضه کرد؛ یعنی اظهار و آشکار نمود و آن را در معرض دید همگان قرارداد به‌منظور فروش. (المقری الفیومی، مصباح المنیر، ۱٤۲٥/ج ۲: ٤۰۲-٤۰۳) و صاحب قاموس (قرشی، قاموس القران، ۱۳٥٤/ج ٤: ۳۲۳) و ابن منظور در لسان العرب واژه فوق را به همین معنا تفسیر کرده‌اند. (ابن منظور، لسان العرب، ۱٤۱٤/ج ۳: ۲٥۷۰). «عرض» به این معنا ازاین‌جهت مرتبط با بحث ما هست که؛ وقتی دو یا چند دلیل متعارض در برابر یکدیگر قرار می‌گیرند در برابر هم عرض‌اندام و اظهار وجود می‌کنند.

برخی دیگر واژه تعارض را به معنای معارضه کردن یکی با دیگری تفسیر کرده است (خوری شرتونی، اقرب الموارد، ۱٤۰۳/ج ۲: ۷٦٥) هم چنانکه واژه «عرض» علاوه بر معنای فوق، معنای دیگری هم دارد و آن عرض در برابر طول است. (قرشی، قاموس القران، ۱۳٥٤،/ج ٤: ۳۲۳ و ابن منظور، لسان العرب، ۱٤۱٤/ج ۳: ۲٥۷۰) مناسبت این معنا با موردبحث ما ازاین‌جهت است که گاهی دو یا چند دلیل در طول یکدیگر قرار دارند و گاهی در عرض یکدیگر،

بدین‌جهت این معنا مورد توجه ما هست که در باب تعارض ادله می‌بایست دلایل متعارض در عرض هم باشند یعنی ادله متعارضین باید ازلحاظ اهمیت دارای یک سطح و مرتبه باشند و درصورتی‌که آن‌ها در طول هم باشند تعارض رخ نمی‌دهد.

۲,۱. مفهوم اصطلاحی تعارض

مشهور علمای اصول تعارض را به ناسازگاری دو یا چند دلیل به نحو تناقض یا تضاد معنا کرده‌اند. چنانکه شیخ انصاری به نقل از مشهور می‌نویسد: «تنافی مدلولی الدلیلین علی وجه التناقض او التضاد». (انصاری، فرائد الاصول، ١٤٢٤ /ج ٤: ١١) برخی دیگر بدون ذکر قید «تناقض یا تضاد» در تعریف، تعارض را به معنای تنافی و تنافر دو دلیل به اعتبار مدلول آن تفسیر نموده‌اند: «التعارض تنافی الدلیلین و تمانعهما باعتبار مدلولهما». مرحوم آخوند تعریف مفصل‌تری ارائه داده و می‌فرماید: «التعارض هو تنافی الدلیلین او الادلّه بحسب الدلاله و مقام الاثبات علی وجه التناقض او التضاد حقیقه او عرضا». (خراسانی، کفایه الاصول، ١٤٣٣ /ج ٣: ٢٩١) بنابراین، تعارض عبارت است از تنافی مدلول دو دلیل به‌صورت تناقض یا تضاد. با عنایت به تعاریف فوق‌الذکر، صرف وجود تنافی میان مدلول دو دلیل که یکی از آن‌ها بر دیگری حاکم باشد را نمی‌توان گفت: آن دو را باهم متعارض‌اند. (همان، ٢٩٤) همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در مواردی که جمع عرفی میان دو دلیل امکان‌پذیر باشد از شمول تعارض خارج است زیرا دو دلیل در مقام دلالت و اثبات باهم تعارضی ندارند. شهید صدر، تعارض را به‌گونه‌ای تعریف کرده است که تزاحم را خارج کند چنانکه می‌نویسد: «التعارض هو التنافی بین مدلولی الدلیلین و لمّا کان مدلول الدلیل هو الجعل فالتنافی المحقق للتعارض هو التنافی بین الجعلین دون بین المجعولین او الامتثالین». (صدر، دروس فی علم الاصول (الحلقه الثالثه)، ١٩٧٨: ٣٢٥) هرچند بزرگانی مانند شیخ انصاری، مرحوم آخوند و دیگران تعریف مشهور را نپسندیده و هر یک برای خود تعریفی خاصی ارائه داده‌اند ولی به نظر می‌رسد تعریف مشهور نسبت به سایر تعریفات از اسلوب و استحکام سنتی خود برخوردار است. (محقق داماد، مباحثی از اصول فقه، ١٣٨١/ج ٣: ١٢٥) چون هم جامع است زیرا مباحث عام و خاص و مطلق و مقیّد و ... را شامل می‌شود و

هم مانع است و مباحث باب تزاحم را از تحت تعریف خارج می‌کند؛ زیـرا دو دال هیچ‌گـاه بـاهم تعارض نمی‌کنند بلکه به اعتبار تنافی مدلول‌هایشان متصـف بـه تعـارض مـی‌شـوند. (برگرفتـه از جزوه درس اصول ۷ استاد برجی، مبحث تعارض ادلّه، ترم دوم، ۱۳۹۹، مدرسه فقه تخصصی)

مرحوم خویی نیز تعارض را، تنافی و ناسازگاری مدلول دو دلیل به نحو تناقض یا تضاد تفسـیر نموده و می‌گوید: تضاد نیز به اعتبار دلالت التزامی به تناقض برگشت می‌کند پس صـحیح اسـت که گفته شود: تعارض، تنافی مدلول‌های دو دلیل به نحو تناقض است. نهایت امـر اینکـه تنـاقض میان دو دلیل گاهی به اعتبار مدلول مطابقی آن‌هاست و گاهی به اعتبار مطابقی دریکـی و مـدلول التزامی در دیگری هست. (خویی، مصـباح الاصـول، ۱٤۱۷/ج ۳: ۳٦٤) چنانکـه کـه ملاحظـه می‌شود این تعریف هم جامع به نظر نمی‌رسد؛ زیـرا شـامل مـواردی جمـع عرفـی نمـی‌گـردد و مباحث تخصیص، ورود، حکومت و تقیید از این ضابطه خـارج مـی‌شـوند. بـرای روشـن شـدن عناصر به کار رفته در تعارض، ذکر چند نکته به نظر، مهم جلوه می‌کند. اول: اینکـه مـراد از دلیـل معنای اعم از اماره و اصل عملی است. دلیل در اینجا یعنی هر چیزی که معتبر باشد و برای اثبات حکم یا یک موضوع یا واقعه خارجی یا یک دعوا قابل استناد باشد؛ بنابراین تعارض ممکن اسـت بین دو اماره یا بین دو اصل عملی رخ دهد. دوم: اینکه تعارض معمولاً میان دو دلیل رخ مـی‌دهـد ولی ممکن است گاهی بیش از دو دلیل باهم تعارض و ناسازگاری داشته باشند. نظیر آنکه روایتـی بر وجوب عمل و این دیگری بر حرمت و روایت سوم بر استحباب همان عمل دلالت کند. سـوم: منظور از تنافی آن است که دو دلیـل به‌گونـه‌ای بـاهم ناسـازگار باشـند کـه عمـل بـه‌ظاهر هـر دو امکان‌پذیر نباشد مانند اینکه یکی از دو دلیل بر مالکیت شخص و دلیل دیگر بر عدم مالکیت وی دلالت کند. چهارم: تنافی بین دو دلیل ممکن است به‌صورت تناقض یا تضاد باشد. تناقض؛ میان دو دلیل به نحو سلب و ایجاب است مثلاً یک دلیل می‌گوید فلان عمل واجـب اسـت و دیگـری می‌گوید واجب نیست؛ و تضاد زمانی است که یک دلیل بر وجوب و دیگری بر حرمـت دلالـت کند.

۲. مفهوم استصحاب

۱،۲. مفهوم لغوی استصحاب

استصحاب مصدر باب استفعال و از ماده «صَحِبَ، یَصحَبُ، صُحبةً و صَحا بَه» گرفته شده است؛ و به معنای «چیزی را به همراه خود بردن» است. چنانکه در کتاب‌های لغت بدین‌صورت آمده است «و کل ما لازم شیئا فقد استصحبه». (ابن منظور، لسان العرب /ج۱: ۵۲۰ و فیومی، المصباح المنیر/ ج۲: ۳۳۳) در استعمالات فقها نیز کلمه استصحاب به همین معنای لغوی به‌کار رفته است مثلاً در کتاب صلات می‌گویند: استصحاب اجزاء حیوانات حرام‌گوشت در نماز مبطل است منظور از استصحاب یعنی اخذ این اجزاء را به‌عنوان مصاحب و همراه در حال صلات مثل پوشیدن آن و ... حرام است. (علی، محمدی، شرح رسایل، ۱۳۸۰/ج ۵: ٦)

۲،۲. مفهوم اصطلاحی استصحاب

در اصطلاح اصولیون کلمه استصحاب به گونه‌های مختلفی تعریف‌شده است. مرحوم آخوند در تعریف استصحاب می‌فرماید: «استصحاب حکم به بقاء حکم یا موضوع دارای حکمی است که شک در بقای آن شود». (خراسانی، کفایه الاصول، ۱٤۳۳/ج ۳: ١٦٤) وی معتقد است که سایر تعاریف علما در مورد استصحاب به همین معنا باز می گردد.

بنابراین استصحاب عبارت است از حکم به بقای چیزی که در زمان سابق، یقینی و محقق بوده و اکنون مورد شک و تردید قرارگرفته است. پس هرگاه حکم یا موضوعی در زمان گذشته معلوم و یقینی باشد و سپس استمرار و بقای آن مورد شک و تردید قرار بگیرد اگر به اعتبار حالت سابقه، وضعیت یقینی گذشته را ثابت و پابرجا فرض کنیم می‌گویند حکم یا موضوع، استصحاب شده است. به گفته شیخ انصاری کوتاه‌ترین و محکم‌ترین تعریفی استصحاب «ابقاء ماکان است» یعنی استصحاب عبارت است از حکم به باقی گذاردن و استمرار وضعیتی که قبلاً بوده است. (انصاری، فرائد الاصول، ١٤٢٤، /ج ۳: ۹) وی سپس اضافه می‌کند که منظور از «بقاء» حکم به ابقاء ماکان است یعنی استصحاب عبارت است از: حکم به باقی گذاردن و استمرار وضعیتی که پیش‌تر بوده است به‌عنوان مثال هرگاه ندانیم که سربازی که به جبهه جنگ اعزام‌شده،

کشته‌شده یا زنده است، زنده‌بودن او را تـا چنـدی پـیش کـه یقـین داشـته‌ایم، بـا توجـه بـه اصـل استصحاب باقی فرض می‌کنیم. یا هرگاه بدهکار مدعی پرداخت دین باشـد ولـی سـند و مـدرکی برای اثبات ادعایش نداشته باشد، در این صورت، با توجه به وجود یقینی دیـن در زمـان گذشـته و مشکوک بودن بازپرداخت آن، استصحاب بقای دین جاری می‌شود و به بدهکار بـودن وی حکـم داده می‌شود.

۳. مفهوم درء

۱،۳. مفهوم لغوی درء

واژه «درء» مصدر «ادرئوا و تدرأ» و الفاظ مشابه دیگر است و در لغت به معناي «دفع کردن». «تعطیل کردن»، «ساقط کردن» و تأخیر آمده است. (جوهری، الصـحاح - تـاج اللغـة و صـحاح العربیة، ۱٤۱۰/ج۱: ٤۸ و ابن منظـور، لسـان العـرب /ج۱: ۷۲ و ابـن فـارس بـن زکریـا، معجـم مقائیس اللغۀ /ج ۲: ۲۷۱) بنابراین منظور از درء حد، دفع کردن و ساقط کـردن و عـدم اجـراي آن است.

۲،۳. مفهوم اصطلاحی درء

بسیاری از فقها و حقوقدانان اسلامی هنگامی‌که قاعـده «درء» را بررسـی نموده‌انـد واژه‌هـای حدود و شبهه را ازنظر لغت و اصطلاح مورد توجه قرار داده‌اند ولی واژه «درء» را فقط ازنظر لغـت بررسی نموده و ازنظر اصطلاحی معنای برای آن بیان نکرده‌اند. شاید دلیلش این باشد کـه معنـای لغوی و اصطلاحی آن باهم تفاوتی ندارد و معنای اصطلاحی درء نیز همـان دفـع و سـاقط شـدن باشد؛ بنابراین «درء الحدود بالشبهه» یعنی منع و دفع کردن اقامه حدود از متهم به جهـت وجـود شبهه. چنانکه یکی از حقوقدانان اسلامی نیز واژه مزبور را این‌گونه تعریف نموده است: «الـدرأ او الإندراء معناه التعطیل ابتداءً او الدفع اثناء القضاء و منع الاستیفاء بعد الحکم لأنّ الاسـتیفاء فیمـا یجب حقاً لله تعالی من تتمه القضاء». (عوض علی، القانون الجنایی و مبادئه الاساسیه و نظریاتـه العامه فی الشریعه الاسلام، بیتا: ص ۳۰۵)

۲: کلیات

ذیل عنوان کلیات، بحث انواع تعارض، اهمیت و جایگاه بحث تعارض و هم‌چنین تفاوت تعارض و تزاحم موردبررسی قرار می‌گیرد.

۱,۲. انواع تعارض

تعارض بر دو قسم است: مستقر و غیرمستقر

الف. تعارض مستقر

تعارض مستقر در صورتی است که واقعاً میان مدلول دو یا چند دلیل تنافی و ناسازگاری وجود داشته باشد و نتوان به‌گونه‌ای این تنافی را برطرف ساخت؛ و به‌عبارت‌دیگر هرگاه واقعاً میان ادله تنافی به‌گونه‌ای تناقض و یا تضاد وجود داشته باشد آن را تعارض مستقرمی نامند

ب. تعارض غیرمستقر

تعارض غیرمستقر آن است که در نگاه اولیه ظاهراً میان دو دلیل تنافی به نظر می‌رسد ولی با اندک تأملی روشن می‌شود که درواقع بین دو دلیل تعارض وجود ندارد و می‌توان با توجه به قواعدی مانند تخصیص، تقیید، حکومت، ورود و ... به‌گونه‌ای بین آن دو دلیل سازگاری برقرار نمود.

نکته: تقسیم تعارض به مستقر و غیرمستقر با توجه به معنای عام تعارض صورت گرفته است بسیاری از اصولیان تعارض را به‌صورت مضیّق و محدود تعریف کرده‌اند به‌نحوی‌که شامل تعارض‌های غیرمستقر نمی‌شود به عقیده آنان تعارض در صورتی است که بین مدلول دو دلیل تنافی واقعی وجود داشته باشد و نتوان دو دلیل را به‌گونه‌ای باهم جمع کرد بنابراین، موارد تخصیص، حکومت و ورود و همه موارد جمع عرفی را حقیقتاً از مفهوم تعارض خارج دانسته‌اند. (برای نمونه: ر.ک. خویی، مصباح الاصول، ۱٤۱۷ /ج ۳،: ۳٦۷،، مکارم شیرازی، انوار الاصول، ۱٤۱٦ /ج ۲: ۳،٥۰)

۲,۲. اهمیت و جایگاه بحث تعارض

مبحث تعارض ادلّه به سبب تأثیر و اهمیت آن در استنباط احکام فقهی، از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است؛ زیرا هدف مجتهد از تنقیح مبانی اصولی، تحصیل دلیل و حجت فعلی بر احکام شرعی است و احراز حجت فعلی قابل استناد متوقف بر وجود مقتضی و فقد مانع است بحث از تمامیت وجود مقتضی از مباحث صغروی و کبروی مطرح در اصول، به ترتیب مانند ظهور صیغه افعل در وجوب و لا تفعل در حرمت و ... و مانند حجیت ظواهر الفاظ و حجیت خبر واحد به دست می‌آید و اما فقد مانع، منوط به عدم تعارض است؛ ازاین‌رو مبحث تعارض ادله، مستقیماً دخیل در استنباط احکام فقهی هست و نتیجه آن به‌عنوان کبرای قیاس استنباط واقع می‌شود. ازاین‌رو بیشتر محققان اصولی، این بحث را در شمار مسائل علم آورده و از دیدگاهی که آن را مبحث استطرادی دانسته انتقاد کرده‌اند. (خویی، مصباح الاصول، ۱٤۱۷/ج ۳،: ۳٤٦)

۳,۲. تفاوت بین تعارض و تزاحم

تعارض و تزاحم با یکدیگر متفاوت‌اند و مهم‌ترین تفاوت بین تعارض و تزاحم عبارت‌اند از:

یک: تعارض، تنافی و ناسازگاری دو دلیل در مرحله جعل و قانون‌گذاری است اما تزاحم تنافی دو حکم در مقام امتثال و عمل است چنانکه اصولیون به این تفاوت اشاره‌کرده‌اند. (نائینی، فوائدالاصول، ۱٤۱٤/ ج ۱ و ۲:۳۱۷)

دو: تعارض، حالت وضعیت دو دلیل است نسبت به یکدیگر، به این صورت که صرفاً دلایل هستند که باهم معارضه دارند اما تزاحم حالت و وضعیت دو حکم است در برابر هم و ازاین‌رو می‌گویند: «تعارض دلیلین و تزاحم حکمین». (خطیبی، تعارض ادلّه مالکیت، ۱۳۹۳، ص ۳۹)

سه: در باب تعارض رابطه دو دلیل متعارض، تکاذب است ولی در باب تزاحم، تکاذب نیست بلکه به جهت عدم قدرت و امکان امتثال دو حکم در زمان اجرا، آن‌ها با یکدیگر ناسازگاری دارند. به همین دلیل گفته‌شده: در تعارض مکلف عالم است که حداقل یکی از دو دلیل کذب است ولی در باب تزاحم می‌داند که هر دو صادق است. (مکارم شیرازی، انوار الاصول، ج ۳،: ٤٦۳.)

چهار: در باب تزاحم، حاکم به ترجیح یا تخییر، عقل است، برخلاف باب تعارض که مطابق نظریه طریقیت در جعل امارات، مقتضای قاعده تساقط و بنا بر مسلک سببیت، مقتضای قاعده، تخییر شرعی است. (خویی، اجودالتقریرات، ۱٤۱۹/ج ۲،: ۳٤.)

پنج: تزاحم در محدوده دو حکم الزامی (دو واجب یا دو حرام) است اما تعارض اختصاص به احکام الزامی ندارد بلکه چه‌بسا یک دلیل مستحب با یک مباح تعارض کنند. (محمدی، شرح اصول فقه، ۱۳۸۷/ج ۳ ص ۳٤٤.)

شش: مرجحات باب تعارض و تزاحم متفاوت هستند، در تعارض مرجحات یا صدوری و یا جهتی و یا مضمونی است درحالی‌که مرجحات باب تزاحم امور دیگری از قبیل مضِق بودن زمان یکی از دو حکم یا فوری بودن یکی از آن‌ها و... است. البته بازگشت تمامی مرجحات باب تزاحم به «اقوی المناطین» بودن است و کاری به سند یا دلالت ندارد به خلاف باب تعارض که کاری به مناط و ملاک حکم ندارد.

۳: قلمرو قاعده درء

میزان دلالت و قلمرو این قاعده ازنظر فقیهان یکسان نیست. عده‌ای آن را در باب حدود به معنای خاص جاری می‌دانند و بعضی از فقیهان آن را در مطلق حدود اعم از حد، تعزیر و قصاص جاری می‌دانند. هم چنان‌که در مسئله تعارض قاعدهٔ درء با اصل استصحاب مخصوصاً در جرائم مستوجب قصاص نیز فقیهان در اعمال قاعدهٔ درء یا عدم اعمال آن اختلاف نظر دارند. بنابراین، گستره و قلمرو قاعده درء نسبت به قصاص و تعزیرات موردبررسی قرار می‌گیرد.

۱،۳. قلمرو قاعده درء نسبت به باب قصاص

در مورد اینکه قاعده درء شامل باب قصاص می‌شود یا نه؟ دو نظریه عمده میان فقها وجود دارد. برخی معتقدند قاعده درء علاوه بر حدود شامل قصاص هم می‌شود اما درمقابل، عده‌ای دیگری بر این باورند که قاعده درء اختصاص به باب حدود دارد و شامل قصاص نمی‌شود.

الف: عدم شمول قاعده درء نسبت به قصاص

برخی از فقها قاعده درء را در باب قصاص جاري نمی‌دانند و معتقدند چون قصاص از حقوق الناس است و مبنای حقوق الناس نیز با دقت نظر ملاحظه می‌شود، از این‌رو اگر چنانچه شبهه‌ای در باب قصاص عارض شود، نمی‌توان با تمسک به قاعده درء، حکم به سقوط قصاص داد؛ زیرا اصاله عدم النسیان، عدم الغفله، عدم الاشتباه، عدم الاکراه و غیره، مانع از جریان قاعده درء است و جلوی جریان قاعده مزبور را در مورد حق الناس می‌گیرد درحالی‌که اصول عقلائی فوق‌الذکر در مورد حدودالله جاری نمی‌شود زیرا مبنای حدودالله بر تخفیف و تسامح است، اما در مورد قصاص که در زمره حق الناس قرار دارد این اصول جاری می‌شود؛ بنابراین اگر مجرم در مورد قتل ادعای شبهه نماید قاضی با جریان اصالت عدم غفلت شبهه مزبوره را رد نموده و شخص مجرم را به قصاص محکوم می‌کند چنانکه صاحب جواهر در این زمینه می‌نویسد: «انّ فی عدّ القصاص من الحدود الّتی تدرأ بالشبهه بحثا بل منعاً». (نجفی، جواهر الکلام، ۱٤۰٤/ج ٤۱:۲۲۳) و سپس در ادامه می‌نویسد: «فلعل الاقتصار فی الاحکام المخالفه للا صول و العمومات علی الحد بالمعنی الاخص دون غیره لا یخلو من قوه و من هنا یقوی عدم اندراج القصاص فی اطلاق الحد». (همان، ص ۲۵۷-)۲۵۸ طبق فرمایش صاحب جواهر، جریان قاعده درء امر خلاف اصل است و در موارد خلاف اصل باید به قدر متیقن اکتفا شود و قدر متیقن آن است که قاعده درء فقط در باب حدود جاري است. البته در رد این نظریه می‌توان گفت: درست است که قصاص ازجمله حقوق الناس است و در مورد حقوق الناس، اصل عدم غفلت و ... جاری می‌شود اما از طرفی دیگر اگر باوجود شبهه، قاتل قصاص شود حق او نیز ضایع می‌شود زیرا در مورد او نیز موضوع حق الناس مطرح است مخصوصاً اینکه شارع مقدس بر حفظ مسئله دِماء تأکید فراوانی دارد لذا اقتضای عدالت و جمع بین حقین (جلوگیری از قصاص شخصی که مستحق قصاص نیست و پایمال نشدن خون نفس محترم) اقتضا دارد که در مواردی وجود شبهه، قصاص ساقط شود و قاتل به پرداخت دیه ملزم شود.

ب: شمول قاعده درء نسبت به قصاص

برخی از فقهای امامیه در مواردی قصاص نیز قاعده درء را جاری دانسته‌اند. آنـان بـرای تبیـین مسئله، نمونه‌ها و مصادیقی متعددی اشاره نموده‌اند. به‌عنوان مثال در مـورد دو نفـری کـه مـدعی ابوت (پدری) یک فرزند باشند، اگر قبل از آنکه بر اساس قواعد مقـرر در بـاب نسـب، فرزنـد بـه یکی از آن‌ها ملحق شود، یکی از دو مدعی، فرزند مورد ادعا را به قتل برساند، برخی فقها گفته‌اند حکم قصاص درباره قاتل جاری نمی‌شود زیرا ممکن است قاتل، پدر فرزند باشد و پـدر در برابـر قتل فرزند قصاص نمی‌شود چنانکه مرحوم محقق در شرایع (محقق حلی، شرائع الإسلام،۱٤۰۸ /ج٤: ۱۹۹) مرحوم نجفی در جواهر (نجفی، جواهر الکلام، ج ٤۲: ۱۷۱) و علامه در تحریر (به نقل از: محقق حلّی، شرائع الإسلام ج٤: ۲۰٦) در این فرض، قائل به عدم قصاص قاتل شـده‌اند و این مسأله را از مصادیق شبهه دانسته‌اند.

مورد دیگری که شبهه باعث سقوط قصاص می‌گردد جایی است که؛ اگر بیّنه‌ای در خصـوص قاتل بودن فردی اقامه شود و بینه‌ی دیگر، شخص دومـی را بـه‌عنوان قاتـل معرفـی کنـد، از بـاب تعارض دو بینه، هر دو ساقط می‌شوند. در اینجا محقق، علامه حلّی و فرزندش فخر المحققـین و شهید در مسالک (به نقل از: موسوی بجنـوردی، قواعـد فقهیـه، ۱۳۷۲.: ۱٦۱) بـا عنـوان شـبهه، قصاص را از هر دو مرتفع دانسته، هر دو متهم را مکلف به پرداخت دیه‌ی مقتـول بـه‌طور مسـاوی می‌نمایند. علامه حلی در این مورد می‌نویسد: «لو شهد اثنان علی رجـل بالقتـل و شـهد آخـران علی غیره به سقط القصاص و وجبـت الدّیـه علیهمـا نصـفین، لمـا عـرض مـن الشّـبهة بتصـادم البیّنتین». (علامه حلی، تحریر الأحکام الشرعیة ۱٤۲۰/ج٥: ٤٦۱) هم‌چنین در مـورد کسـی کـه شبانه شخصی را از منـزلش بیـرون ببـرد و سـپس آن شـخص، برنگـردد فقهـا گفته‌انـد شـخص دعوت‌کننده قصاص نمی‌شود و بر وی فقط دیه ثابت اسـت. شـهید ثـانی در توجیـه ایـن مطلـب می‌فرماید: «و اما ضمانه بالدیه فللشک فی موجب القصاص فینتفـی للشـبهه». (عـاملی «شـهید ثانی»، الروضة البهیة في شرح اللمعة الدمشقیة، ۱٤۱۰/ج۱۰: ۱۲۲)

خلاصه آنکه از تتبع در آثار فقهای عظام این مطلب به دست مـی‌آیـد کـه در مـواردی متعـدد قاعده درء را نسبت به قصاص نیز جاری کرده‌اند. بنابراین، دربارهٔ شمول یا عدم شمول قاعـدهٔ درء

بر قصاص می‌توان به این نتیجه رسید: نخست، قصاص مانند حدود مجازات الهی است؛ دوم، لفظ «حد» در لغت و لسان ائمه (ع) به معنای قصاص و تعزیر نیز استفاده شده است و بنابراین عموم «الحدود» در قاعده «تدرأ الحدود بالشبهات» شامل قصاص نیز می‌شود؛ سوم، ازآنجاکه در باب قصاص، سخن از جان و نقص عضو است و در صورت اشتباه در اجرای قصاص، جان انسان بی‌گناه به خطر می‌افتد، شایسته است که در موارد شبهه با اعمال قاعدهٔ درء قصاص برداشته شود.

۲،۳. شمول قاعده درء نسبت به تعزیرات

در خصوص این مسأله که آیا قاعده درء شامل مجازات غیر معین (تعزیرات) هم می‌شود یا خیر، فقهای عامه در جریان قاعده در تعزیرات اتفاق‌نظر دارند. استدلال فقهای عامه بر تعمیم جریان قاعده در باب تعزیرات، مبتنی بر وحدت ملاک در حدود و تعزیرات است آنان بر این باورند که؛ قاعده درء بر اساس ارفاق به متهم هست که این ملاک در حدود و تعزیرات یکسان است. پس قاعده «درء الحدود» در هردو جاری می‌شود. فقهای عامه برای تعمیم قاعده نسبت به تعزیرات به روایت نبوی «ادرئو الحدود عنی المسلمین ما استطعتم فان کان له مخرج فخلّوا سبیله، فان الامام ان یخطئ فی العفو خیر من ان یخطئ فی العقوبه». (محمد بن عیسی بن سوره، سنن ترمذی، بیتا، ج ۲: ٤۳۸) نیز تمسک کرده‌اند و معتقدند عموم تعلیل «فان الامام ان یخطئ فی العفوخیر...» کاملا شمولیت تدرء الحدود بالشبهات را ثابت می‌کند.

از فقهای امامیه نیز عده‌ای بر آن است که قاعده درء شامل تعزیرات هم می‌شود، استدلالشان این است که؛ لفظ «الحدود» جمع محلی با الف و لام بوده و مفید عموم است، شامل مجازات تعزیری نیز می‌شود و هیچ دلیل خاصی وجود ندارد که عموم این قاعده را تخصیص زده و آن را به مجازات معیّن (حدود) اختصاص دهد؛ و نیز لفظ حدّ، در لغت و لسان ائمه (ع) بر مجازات تعزیری نیز اطلاق شده است. ازجمله کسانی که معتقد است قاعده درء شامل تعزیر هم می‌شود مرحوم محمدتقی مجلسی است وی در کتاب روضه المتّقین می‌نویسد: «حدود شامل حدّ، تعزیر و قصاص نیز می‌شود». (مجلسی، روضة المتقین،۱٤۰٦./ج۱۰: ۲۲۹) امام خمینی (ره)

نیز در خصوص مجازات کسی که محرمات الهی را حلال بشمارد می‌گوید: «من استحلّ شیئا من المحرّمات المجمع علی تحریمها بین المسلمین، کالمیتة و الدّم و لحم الخنزیر و الرّبا، فان ولد علی الفطرة، یقتل آن رجع انکاره الی تکذیب النبی (ص) او انکار الشرع؛ و الّا فیعزّر و لو کان انکاره لشبهة ممّن صحّت فی حقه، فلا یعزّر ...» (موسوی خمینی، تحریر الوسیلة، بیتا/ج۲: ٤٨١)

اگر کسی یکی از محرمات الهی را که حرمت آن بین مسلمانان مورد اتفاق است؛ همانند خوردن گوشت مردار، خون، گوشت خوك و ربا را حلال بشمارد، اگر مسلمان‌زاده باشد، درصورتی‌که انکار وی به تکذیب پیامبر (ص) و یا انکار شریعت اسلام برگردد، کشته خواهد شد. در غیر این صورت، تعزیر می‌شود؛ اما اگر انکار او به جهت حصول شبهه باشد، درصورتی‌که احتمال شبهه در حق او صحیح باشد، تعزیر نمی‌شود. مستند این ادعا حدیث سماعه است که در آن آمده است: «سألته عن شهود الزور». (کلینی، الکافي، ١٤٠٧/ج ٧: ٢٤١) روای می‌گوید از امام (ع) در باره شاهدان دروغین پرسیدم. امام فرمودند: «یجلّدون حدا» یعنی بر شاهدان دروغین اقامه حد می‌شود درصورتی‌که مجازات شهادت زور (دروغ) تعزیر است؛ بنابراین می‌توان گفت قاعده درء شامل تعزیرات نیز می‌شود. یکی از نویسندگان با تمسک به اولویت قطعیه می‌نویسد: «اگر حدود که اهمیت آن در شریعت بالاتر از تعزیرات است به‌وسیله شبهه ساقط شود تعزیرات به‌طریق‌اولی ساقط خواهد شد برای مثال اگر کسی در فراش خودزنی را بیابد به خیال اینکه همسر اوست با او نزدیکی کند به‌حکم قاعده درء حد زنا از او ساقط می‌شود ولی اگر این مرد با آن زن که همسر خود می‌پندارد، تفخیذ کند یا او را ببوسد آیا چنین شخصی تعزیر می‌شود؟ جواب منفی است». (قبله‌ای خویی، قواعد فقه بخش جزا، ۱۳۸۵: ۱٦۲) یکی دیگر از فقهای معاصر در پاسخ به این سؤال که: آیا این قاعده اختصاص به باب حدود دارد، یا شامل ابواب قصاص، دیات و تعزیرات نیز می‌شود؟ جواب: شامل قصاص و تعزیرات نیز می‌شود. (مکارم شیرازی، استفتاءات جدید، ١٤٢٧/ج٣: ٣٨٤ سؤال ٩٩٥)

بر اساس مطالب فوق، نتیجه می‌گیریم هرگاه مراد از حد در قاعده درء مطلق مجازات باشد گستره قاعده مزبور شامل تعزیر و قصاص هم می‌شود خصوصاً اگر قاعده درء را تنصیصی بدانیم

اما اگر واژه حد را منحصر در مجازات مخصوص بدانیم قاعده درء شامل قصاص و تعزیرات نمی‌شود.

۴: ماهیت قاعده درء

یکی از قواعد مهم فقهی که موردپذیرش نزد قاطبه مسلمانان قرارگرفته قاعده درء است. علامه سبزواري در باب اهمیت این قاعده می‌نویسد: «من القواعد التي أرسلوها إرسال المسلّمات و جعلوها مما استدل بها لا عليها قوله (ص): «تدرء الحدود بالشبهات». (سبزواری، سید عبد الأعلی، مهذّب الأحكام، ۱٤۱۳/ج ۲: ۲۲٦) این قاعده را فقها جزء مسلمات دانسته‌اند و این قاعده را بی‌نیاز از بحث و بررسی مستندات آن می‌دانند. آیت‌الله معرفت نیز می‌فرماید: «و كونها من المسلمات فی الأحكام الإسلام». (معرفت، تعلیق و تحقیق عن أمهات مسائل القضاء، بیتا:۳۸۹) ایشان این قاعده را از مسلمات در احکام اسلامی می‌داند. طرفداران این قاعده معتقدند در زمان شک در جریان حد، می‌توان حد را با آن برطرف کرد و به عدم اجراي آن حکم داد. این قاعده مستند به برخی ادله مانند روایات و اجماع است که برخی در مستند این قاعده مناقشه کرده‌اند و گفته‌اند: «روایت ادرئوالحدود بالشبهات» از حیث سند ثابت نیست و مرسله صدوق براي این جهت کفایت نمی‌کند؛ و این ادعا که روایت در میان فقهاي امامیه مشهور و مورد عمل بوده نیز جاي تردید است. حتی می‌توان گفت این روایت نه‌تنها شهرت عملیه که شهرت روائیه نیز ندارد؛ زیرا اگر این روایت آن‌قدر مشهور بوده، چرا در دیگر جوامع روائی، همچون کافی و استبصار و تهذیب اثري از آن دیده نمی‌شود؟ به‌هرحال نه نقل صدوق در من لایحضره الفقیه و مقنع صحیح است و نه نقل علامه مجلسی دربحارالانوار. بر این اساس باید با فقهایی همچون آیت‌الله خویی (خویی، مبانی تکمله المنهاج، ۱۳۹٦ ق /ج ۱: ۱٦۹-۱٦۸) و آیت‌الله تبریزي (تبریزی، صراط النجاه، تبریزی، صراط النجاه،۱٤۱٦.: ۵۱۵) هم‌عقیده بود که چنین حدیثی ثابت نشده است و صحیح نیست. (حاجی ده آبادی، قواعد فقه جزا، ۱۳۹۱: ۸٤) لذا این قاعده را صرفاً می‌توان قاعده اصطیادي و برگرفته از مجموع روایات و ادله دانست، نه اینکه عین الفاظ آن از معصومین (علیهم‌السلام) صادرشده باشد. البته ممکن است برخی بگویند که

این الفاظ معقد اجماع می‌باشند، در این صورت در حکم نص هستند؛ اما در پاسخ این سخن می‌توان گفت: این اجماع مدرکی است، لذا حجیت و ارزش استنادي ندارد. (همان، ص ۸۰) اما در مقابل، برخی نویسندگان و صاحب‌نظران معتقدند هرچند مستند این قاعده به‌صورت مرسل نقل شده است ولی مراسیل صدوق به‌منزله مسانید است زیرا وقتی ایشان با آن مقام و منزل علمی و تقوای و دیانتی که دارد به‌طور قاطع و صریح روایت را به پیامبر اکرم (ص) و امیرالمؤمنین (ع) نسبت می‌دهد معلوم می‌شود که ازنظر ایشان، اشخاص مابین او و معصوم از اشخاص موثق بوده‌اند که برای رعایت اختصار، اسامی آنان را حذف کرده است و روایت را به‌صورت اصل مسلّم نقل کرده است- آن‌طور که خود ایشان در اول کتابش به این امر تذکر داده است- یعنی به‌جای اینکه بگوید روی عن رسول الله یا روی عن امیرالمؤمنین می‌گوید قال رسول‌الله یا عن امیرالمؤمنین. این است که مراسیل ایشان در حکم مسانید بوده و مشمول ادلّه حجیت خبر واحد می‌شوند. (محقق داماد، قواعد فقه بخش جزایی: ٤٧) ضمن اینکه در باب حجیت خبر واحد باید به این نکته نیز توجه داشت که علاوه بر مسند بودن، خبر باید موثوق الصدور هم باشد زیرا بنای عقلاء بر این امر است؛ و اطمینان به صدور خبر گاه از عدالت و وثاقت راوی حاصل می‌شود و گاه نیز این نتیجه از عمل اصحاب و بزرگان و متقدمان به دست می‌آید اگر دیدیم که همه فقها بر طبق یک روایت عمل کرده و مطابق آن فتوا داده‌اند و این جمع از اشخاص قریب به عصر امام معصوم هستند وثوق حاصل می‌شود. ازجمله فقهای مذکور، مرحوم علی بن بابویه، صدوقین، شیخ مفید، سید مرتضی و شیخ طوسی (ره) هستند که از عمل آن‌ها به یك روایت ضعیف، وثوق به صدور آن از امام معصوم (ع) حاصل می‌شود. (موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه: ۱۵۳) خوشبختانه بسیاری از فقهای امامیه از قدیم و جدید به‌ویژه فقهای قریب به زمان ائمه (ع) در مواردی متعددی در کتب فقهی خود روایت درء را مبنای استنباط قرار داده و به آن عمل نموده‌اند. (پیشین: ٤٧)

ازآنچه گذشت روشن شد که روایات متضمن قاعده مزبور هرچند مرسله هستند ولی با توجه به مطالب فوق‌الذکر، واجد ارزش بوده و قابل استنادند. به‌ویژه آنکه برخی از فقها تعابیری در این مورد دارند که بر اطمینان انسان می‌افزاید به‌عنوان نمونه صاحب ریاض دراین‌باره می‌گوید:

«الأولى التمسك بعصمة الدم إلّا في موضع اليقين عملاً بالنص المتواتر بدفع الحدّ بالشبهات» (طباطبایی حائری، ریاض المسائل، ۱٤۱۸/ج۱٦: ۱٤۷) و هم‌چنین مرحوم ابن ادریس در مورد وطی به شبهه می‌گوید: «فإنه یدرأ عنه الحد، للخبر المذکور المجمع علیه» (ابن ادریس حلی، السرائر، ۱٤۱۰/ج۳: ٤٤٦) همان‌گونه که ملاحظه می‌شود این فقیه برجسته به‌خصوص ابن ادریس که به خبر واحد عمل نمی‌کند، این روایت را نص متواتر و مجمع علیه معرفی کرده‌اند. ازاین‌رو بسیاری از فقها اسلامی بلکه مشهور فقها و علمای حدیثی معتقدند که قاعده درء تنصیصی است و مستندات روایی برای قاعده ذکر کرده‌اند. در منابع حدیثی شیعه و اهل سنت، خصوصاً در منابع اهل سنت این حدیث به طرق مختلفی از پیامبر اکرم نقل شده است گرچه این احادیث به‌صورت مرسل است ولی از شهرت روایی برخوردار است و همین شهرت روایی باعث شده است که علمای حدیثی و رجالی این حدیث را به‌منزله حدیث صحیح تلقی نمایند. درواقع آن دسته از علما و صاحب‌نظران که مدرک و مستند قاعده درء را روایت می‌دانند عملاً قائل به تنصیصی بودن این قاعده هستند. چنانکه عبدالقادر العوده در این زمینه می‌نویسد: «و الاصل فی هذه القاعده قول الرسول (ص) «ادرئوا الحدود بالشبهات» فعلی هذا الحدیث الذی تلقته الامه بالقبول و اجمع علیه فقهاء الامصار قامت القاعده و قد عمل الصحبه بها بعد وفاه الرسول فروی عن عمر بن الخطاب انه قال: لان اعطل الحدود بالشبهات احب الیّ من ان اقیمها بالشبهات؛ و روی عن معاذ و عبدالله بن مسعود و عقبه ابن عامر انهم قالوا: اذا اشتبه علیک الحد فادرأه». (العوده، التشریع الجنایی، بیتا/ج ۱: ۲۰۸) صاحب ریاض تعبیر نص متواتر را در مورد این قاعده به کار برده و می‌نویسد: «و الاولی التمسک بعصمه الدم الا فی مورد الیقین عملاً بالنص المتواتر بدفع الحد بالشبهات». (طباطبایی، ریاض المسایل، ج ۱٦: ۱٤٦) ابن ادریس حلی از این حدیث به‌عنوان حدیث مورد اتفاق و اجماع فقهای امت نام برد که قبلاً اشاره شد.

در این میان برخی فقها مستند روایی این قاعده را قبول ندارند و به همین لحاظ قاعده مذکور را از قواعد اصطیادی می‌دانند و بر این باورند که استناد روایت «تدرأ الحدود بالشبهات» به معصوم محرز نیست؛ و در مرسله بودن روایت تردیدی وجود ندارد بنابراین نمی‌توان حجیت مراسیل صدوق را که برای خودش حجیت دارد دلیل برای حجیت آن برای دیگران دانست.

چنانکه آیت‌الله مؤمن قمی در کتاب مبانی تحریر می‌نویسد: دلیلی بر اینکه مراسیل صدوق نزد ما حجت باشد وجود ندارد «و اما ان هذا المضمنون حجه علینا ایضا بمجرد جزم الصدوق و ثبوته عنده فلا دلیل علیه». (مؤمن قمی، مبانی تحریر الوسیله، کتاب الحدود، ۱٤۲۲.: ۲۸.) از فقهای شیعه مرحوم آیت‌الله خویی نیز مستند روایی قاعده را نپذیرفته و در مبانی تکمله المنهاج، قول صاحب ریاض را که حدیث تدرأ را متواتر می‌داند سخن عجیب و غریبی دانسته و صحت استناد این روایت به معصوم را قبول ندارد و به همین لحاظ قاعده درء را یک قاعده اصطیادی می‌داند و معتقد است این قاعده اگرچه یک قاعده فقهی مورد عمل فقها بوده است اما روایت نیست بلکه قاعده‌ای مستفاد از مجموع روایات است... حاجی ده آبادی نیز همانند آیت‌الله خویی بر این باور است که این قاعده از قواعد اصطیادی است نه از قواعد تنصیصی چون مرسله یاد شده نه روایت بلکه قاعده مصطاد از کلام رسول خدا و امیر المومنین است به همین دلیل شیخ صدوق حدیث تدرأ را در من لایحضر به پیامبر و در المنقع به حضرت امیر نسبت داده است و در جوامع حدیثی دیگر مانند تهذیب و استبصار و کافی اثری از این حدیث نیست. (به نقل از: حاجی ده آبادی، قواعد فقه بخش جزایی: ۸۵) اما به نظر می‌رسد حق با قائلین به تنصیص است چون بسیاری از فقهای اسلامی در اعصار مختلف این حدیث را نقل کرده و بدان عمل نموده‌اند و این خود دلیلی محکمی است بر اینکه این قاعده متخذ از قول پیامبر و ائمه معصومین است خصوصاً فقهای که نزدیک به عصر معصوم بودند بنابراین دیدگاه مرحوم خویی که قول صاحب ریاض را در مورد تدرأ الحدود بالشبهات سخن عجیبی میداند منافات با تنصیصی بودن قاعده ندارد؛ زیرا لزومی ندارد هر حدیثی که به حد تواتر نرسد قابلیت عمل کردن را نداشته باشد برفرض اینکه تواتر معنوی این حدیث را هم نپذیریم بازهم از اعتبارش کاسته نخواهد شد چون اتفاق فقهای اسلامی و مشهور بودن این حدیث موجب اطمینان به صدور از ائمه می‌شود.

۵: مصادیق تعارض استصحاب و قاعده درء و اقوال در مسأله

در این گفتار، نخست به مهم‌ترین مصادیق تعارض استصحاب و قاعده درء در فقه اشاره

می‌شود و در ادامه، به تقدم استصحاب و یا قاعده درء در صورت تعارض، پرداخته می‌شود.

۱,۵. مصادیق تعارض استصحاب و درء در فقه

در فقه جزای اسلام موارد متعددی یافت می‌شود که در آن‌ها مفاد استصحاب و قاعده درء با یکدیگر تعارض دارند. فقیهان در برخی از این موارد با استناد به‌قاعدهٔ درء، حکم به رفع مجازات داده‌اند و در موارد دیگری، با تمسک به استصحاب حالت سابقه حکم به ثبوت مجازات داده‌اند. برای نمونه به چند مورد از این رویه‌ها اشاره می‌شود:

الف. فردی شراب نوشیده است ولی ادعای اکراه دارد؛ اما شاهد و دلیلی بر ادعایش نمی‌آورد و قاضی نمی‌داند که وی راست می‌گوید یا دروغ؟ دراین‌باره گفته‌شده است: در اینجا هرچند اصل اختیاری بودن اَعمال (استصحاب عدم اکراه) اقتضای آن دارد که حدّ شرب مسکر بر وی جاری شود، اما ادعای اکراه از او پذیرفته می‌شود و حد بر وی جاری نمی‌شود. (موسوی گلپایگانی، الدر المنضود في أحكام الحدود، ١٤١٢ /ج٢: ٣٨٥)

ب. شخصی مایعی دارد که قبلاً شراب بوده است؛ ولی اکنون که نمی‌داند تبدیل به سرکه شده است یا خیر. آن مایع را می‌نوشد. سپس روشن می‌شود که مایع مزبور، شراب بوده است. دراین‌باره یکی از فقهای معاصر می‌گوید: در اینجا هرچند استصحاب خمر بودن، مقتضی ثبوت حدّ شرب مسکر است، اما بعید نیست با استناد به قاعدهٔ درء، حد از وی ساقط می‌شود. (مکارم شیرازی، أنوار الفقاهة – كتاب الحدود و التعزيرات،١٤١٨: ٣٧)

ج. مردی با زنی آمیزش می‌کند؛ درحالی‌که نمی‌داند عقد نکاحی که میان خود و آن زن جاری کرده، صحیح است یا خیر. سپس معلوم می‌شود که عقد باطل بوده است. یکی از فقهای معاصر دراین‌باره می‌فرماید: «اینجا هرچند استصحاب حرمت وطی، مقتضی ثبوت حد زناست، اما بعید نیست به استناد قاعدهٔ درء، حدود فوق را ساقط بدانیم». (همان)

د. شیخ صدوق دربارهٔ زنی که به جرم عمل زنا دستگیر شده و ادعای اکراه می‌کند، گفته است: حد از او برداشته می‌شود زیرا شبهه ایجاد شده است؛ درحالی‌که استصحاب عدم اکراه بر ثبوت حد بر زنِ زناکار دلالت می‌کرد. (صدوق، المقنع ١٤١٥: ٤٣٦) مستند این فتوا روایت

ابوعبیده از امام صادق (ع) است. در این روایت آمده است: ابوعبیده از امام صادق نقل کرده است: مرد و زنی را نزد علی (ع) آوردند؛ درحالی‌که مرد به زن تجاوز کرده بود زن گفت: یا امیرالمؤمنین (ع) به خدا قسم، این مرد مرا اکراه کرده است. امام (ع) حد را از زن برداشت. (کلینی، الکافي، ١٤٠٧ /ج ٧:١٩٦)

ه. شیخ طوسی در مسئلهٔ نکاح دختر بالغ بدون اجازهٔ ولی گفته است: این عقد صحیح است و اگر این مرد با آن زن نزدیکی نماید، مستحق حد نیست. حتی درصورتی‌که قائل به فساد چنین عقدی باشیم، حد از وی منتفی خواهد بود؛ زیرا باوجود شبهه و جریان قاعده درء حد ساقط می‌شود. (طوسی، الخلاف، ١٤٠٧/ج٤، ص ٢٥٣) درحالی‌که استصحاب عدم زوجیت، اقتضای ثبوت حد دارد، ولی اجرای قاعدهٔ درء دلالت بر رفع حد دارد.

و. صاحب جواهر در مسئلهٔ جانی با دارا بودن سابقهٔ جنون، مرتکب قتل شود و ادعا کند که در حال ارتکاب قتل مجنون بوده است، ولی اولیای دم خلاف آن را ادعا کند، قول جانی با سوگند ثابت می‌شود؛ اما اگر جنون جانی در زمان سابق بر جنایت معلوم نباشد، در این صورت با اجرای اصل سلامت افراد، حکم به قصاص داده می‌شود. (نجفی، جواهر الکلام ج٤٢: ١٨٣) در توجیه این حکم به استصحاب جنون در فرع اول و استصحاب سلامت وعدم جنون جانی در فرع دوم تمسك می‌شود. در فرع اول، مقتضای استصحاب و قاعدهٔ درء همسو است؛ ولی در فرع دوم به‌حکم قاعدهٔ درء، درصورتی‌که با ادعای جانی به مجنون بودن وی در زمان ارتکاب جرم، برای قاضی شبهه پیش آید، علی الاصول باید قصاص برداشته شود. چنان‌که شهید ثانی در مسالک الافهام، عدم قصاص را تقویت کرده و گفته است احتمال دارد ادعای جانی درست باشد، زیرا باوجود احتمال و شك، قصاص ثابت نمی‌شود. (عاملی، شهید ثانی، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج١٥، ص ١٦٣) اما مرحوم خویی (موسوی خویی، مباني تكملة المنهاج، ج٤٢ موسوعة، ص، ٩٥) امام خمینی) موسوی خمینی، تحریر الوسیلة، ج٢: ٥٢٢) و آیت‌الله مرعشی نجفی در این مسئله قائل به ثبوت قصاص هستند و دلیل آن را استصحاب عدم جنون دانسته بنابراین، این فقیهان در تعارض استصحاب و قاعدهٔ درء، استصحاب را مقدم نموده‌اند. البته، گفتنی است که در این مورد استصحاب با ظاهر مستفاد از غلبه یا «اصل سلامت»

تقویت‌شده است. (مرعشی نجفی، القصاص علی ضوء القرآن و السنة، ۱٤۱۵/ج۱: ٤۱٤).

با عنایت به نمونه‌های فقهی‌ای که از فقیهان نقل شد، ملاحظه می‌شود که فقیهان در باب حدود به معنای خاص آن، به تقدیم قاعدهٔ درء حکم داده اند. مثلاً در قضیهٔ شرب خمر و نزدیکی زن و مرد با عقد فاسد، جانب قاعدهٔ درء مقدم شده است اما حکم فقیهان در باب قصاص متفاوت است. فقیهانی همچون شهید ثانی که جریان این قاعده در باب قصاص را پذیرفته اند، معتقد به تقدیم قاعدهٔ درء شده اند و باوجود شبهه، قصاص را منتفی می‌دانند؛ اما صاحب جواهر که جریان قاعدهٔ درء را در قصاص نمی‌پذیرد، معتقد است که در این صورت، قاعده درء جاری نمی‌شود. بنابراین، با ضمیمه کردن سوگند مدعی، جانب اصل استصحاب را تقویت کرده است. مرحوم خویی نیز چون در مورد قاعدهٔ درء سخنی دارد ازاین‌رو، ایشان نیز جانب استصحاب را تقویت کرده است. چنانکه ایشان دراین‌باره می‌نویسد: «نعم، لو لم یکن الجاني مسبوقاً بالجنون، فادّعی أنّه کان مجنوناً حال الجنایة، فعلیه الإثبات و إلّا فالقول قول الولي مع یمینه و ذلك لاستصحاب عدم تحقّق الجنون في زمان تحقّق الجنایة». (موسوی خویی، مباني تکملة المنهاج،۱۳۹٦ق: ۹۵)

۲,۵. اقوال در مسئله

با بررسی آرای فقها به این نتیجه می‌رسیم که فقها نسبت به جریان استصحاب با وجود قاعده درء بی‌دغدغه نیستند و دراین‌باره قرار ثابتی ندارند. این بحث به‌صورت بحث اصیل و مستقل در فقه مورد کنکاش قرار نگرفته است؛ بلکه میان مباحث اکثریت فقها بدون ذکر استدلال، اشاراتی بدان شده است. اهم نظریات را در دو نظر می‌توان خلاصه کرد:

الف: تقدم قاعده درء بر استصحاب

برخی از فقها قائل‌اند که قاعده درء بر استصحاب مقدم هست، چنانکه فاضل مقداد در این زمینه بیان می‌دارد: «الکلام فی ادعا الزوجیهٔ. قال المحقّق: و یسقط الحد بادعاء الزوجیهٔ و لا یکلّف المدعی بینهٔ و لا یمینا و کذا بدعوي ما یصلح شبههٔ بالنظر الی المدعی.» (مقداد حلّی، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ۱٤۰٤ /ج٤: ۳۳۱). شهید نیز در مسالک این‌گونه می‌نویسد:

«انّما يسقط الحد عنه بمجرّد الدعوي و ان لم يثبت الزوجيۀ لأنّ دعواه شبهۀ فی الحلّ و الحد، يدرء بالشبهۀ». (عاملی، «شهید ثانی» مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ١٤١٣ /ج١٤: ٣٣٨) درحالی‌که در مسئله مزبور، مقتضاي استصحاب، عدم تزويج است و بايد حد بر آن‌ها جاري گردد؛ اما اين دو فقيه بزرگوار، قاعده درء را مقدم بر استصحاب می‌دانند. همچنین شیخ طوسی در باب شهادت شهود نسبت به زمانی که از شهادت خود رجوع می‌کنند بر این باور است که اگر بعد از حکم و قبل از اجرا حکم از شهادت خود برگردند، هرچند مقتضاي استصحاب اين است که بايد حكم اجرا گردد؛ اما به‌دلیل شبهه‌ای که پدید آمده است، قاعده درء بر استصحاب مقدم شده و جلوي اجراي حكم را می‌گیرد. (طوسی، المبسوط في فقه الإمامية، ١٣٨٧ / ج٨: ٢٤٦).

از فقیهان معاصر، آیت‌الله تبریزي نیز در باب حدود قائل به تقدم قاعده درء بر استصحاب است. (تبریزی، أسس الحدود و التعزيرات، ١٤١٧: ٩٥) یکی دیگر از فقهای معاصر نیز در این زمینه می‌نویسد: «كذا لو كان القاتل عاقلا قبلا ثم جنّ عليه و شك في ان القتل هل وقع في زمان الجنون أو قبله فلا يحكم بالقصاص باستصحاب كونه عاقلا إلى زمان القتل بل يتمسك بالقاعدة على الأقوى فلا يجرى القصاص عليه». (مدنی کاشانی، كتاب القصاص للفقهاء و الخواص، ١٤٠١: ١٠١-١٠٠)

مقدس اردبیلی نیز می‌نویسد: «و كذا يسقط الحدّ إذا ادّعيا الزوجية بمعنى انّه لا يجوز للشارع أن يحدّه لانّه قد أبدا شبهة- دارئة للحدّ...؛ و لو ادّعى الزوجيّة أحدهما دون الآخر، يسقط الحدّ عنه، لا عن صاحبه الذي لا يدّعي الزوجيّة. وجهه ظاهر و هو إبداء الشبهة الدارئة و عدمها؛ و كذا يسقط الحدّ عن مدّعي شبهة اخرى غيرها، فان ادّعيا يسقط عنهما». (اردبیلی، مجمع الفايده والبرهان، ١٤٠٣ /ج ١٣: ٩)

ب: تقدم استصحاب بر قاعده درء

با مراجعه به فتاواي فقهاي اماميه درمی یابیم که مواردی وجود دارد که فقها استصحاب را بر قاعده درء مقدم نموده‌اند. در همین راستا سؤالی در باب شرب مايع مشكوك به شراب از برخی

فقها بدین‌صورت پرسیده شده است: هرگاه شخصی بداند که درون ظرفی شراب است، لکن پس از مدتی باوجودآنکه شک دارد که مایع مسکر تبدیل به سرکه شده است یا خیر، آن را با ظن به اینکه تبدیل به سرکه شده است استعمال می‌نماید؛ آیا در این صورت مجراي اصل استصحاب است یا اجراي قاعده درء که در نتیجه حد مسکر ساقط شود فقها به سؤال فوق این‌گونه پاسخ داده‌اند:

آیت‌الله بهجت: «مجراي استصحاب است؛ مگر اینکه با اعتقاد وظن به اینکه مایع مزبور تبدیل به سرکه شده است» آن را نوشیده باشد در این صورت، حد ساقط می‌شود.

آیت‌الله سیستانی: بلی مجراي استصحاب است ولی اگر مرتکب جاهل به مسئله بوده حد جاري نمی‌شود

آیت‌الله صافی گلپایگانی: مفروض سؤال از موارد استصحاب است.

آیت‌الله اردبیلی: مانحن فیه از موارد استصحاب است و احکام مربوطه مترتب می‌شود، مگر آنکه کشف خلاف شود و نوبت به‌قاعده «درء» نمی‌رسد.

آیت‌الله مکارم شیرازي: اینجا جاي اصل استصحاب است و احکام خمر جاري می‌شود.

در سؤالی دیگر به شرح ذیل، برخی فقها اصل استصحاب را مقدم بر قاعده درء دانسته‌اند:

هرگاه زنی مطلقه با وجود شک در پایان یافتن زمان عده، اقدام به ازدواج کرده یا مرتکب زنا شود آیا می‌توان با تمسک به‌قاعده درء مجازات را منتفی دانست؟

آیت‌الله صافی گلپایگانی می‌فرماید: این مورد نیز مورد استصحاب است و مورد درء نیست. آیت‌الله اردبیلی نیز در این زمینه می‌فرماید: در هر دو مورد، استصحاب با وجود شک جاري است و احکام مربوط به آن مترتب می‌شود، مگر آنکه کشف خلاف شود و اصلاً نوبت به‌قاعده «درء» نمی‌رسد. (مؤسسه آموزشی پژوهشی قضا (۱۳۹۰). گنجینه استفتائات قضائی، سؤال ٦٦٥٨)

۳,۵. ادله تقدم قاعده درء بر استصحاب

اگر اصل و اماره با یکدیگر تعارض کنند، این تعارض بدوي است؛ زیرا با وجود اماره نوبت

به اصل نمی‌رسد. به عبارتی در تعارض استصحاب با اماره، اماره مقدم بر استصحاب می‌شوند؛ از طرفی دیگر، قاعده درء قاعده اصطیادي و برگرفته از مجموع روایات هست. این قاعده، کاشفیت از واقع دارد، اگرچه این کاشفیت ضعیف است، ولی شارع به این کاشفیت اعتبار بخشیده است. لذا قاعده درء یک اماره و دلیل شرعی و از ادله اجتهادي در حدود پذیرفته شده است و قدرت مقابله و معارضه با سایر امارات و ادله را داراست. پس در این مبحث باید گفت: اگر مفاد قاعده درء برخلاف مقتضاي اصل عملی همچون استصحاب باشد و در مقام تعارض با یکدیگر قرار بگیرند، قاعده درء مقدّم و به آن عمل می‌شود؛ لذا در جایی که مجراي قاعده درء نوبت به استصحاب نمی‌رسد. درجایی که قاعده درء قابلیت جریان نداشته باشد، استصحاب جاري می‌گردد. (حاجی ده آبادی و زنگی‌آبادی ۱۳۹۹: ٤٢٣)

ضمن اینکه به گفته یکی از اندیشمندان (همان: ٤٢٤-٤٢٣). تعارض بین استصحاب و قاعدهٔ درء از نوع تعارض غیرمستقر است، زیرا قاعدهٔ درء از ادلهٔ اجتهادی است و ادلهٔ اجتهادی بر ادلهٔ فقاهتی (اصول عملیه) از باب ورود مقدم اند. زیرا با اجرای قاعدهٔ درء، موضوع استصحاب (شک) تعبداً از بین می‌رود. در توضیح مطلب باید گفت: هنگامی‌که در ثبوت یک جرمی شك شود، با اجرای قاعدهٔ درء و حکم به بی‌گناهی متهم، به‌حکم تعبد، دیگر شکی باقی نمی‌ماند تا بتوان با اجرای استصحاب، آن جرم را اثبات کرد.

دلیل دیگر بر تقدیم قاعدهٔ درء بر اصل استصحاب این است که قاعدهٔ درء یکی از قواعد مسلّم فقهی است. فقیهان در تعریف قاعدهٔ فقهی گفته‌اند: «قاعدهٔ فقهی حکم کلی فقهی است که برای استنباط احکام فقهی جزئی به کار می‌رود». (مکارم شیرازی،١٤١١/ ١: ٢٣) در مقابل، استصحاب اصل عملی است که در مقام حیرت و سرگردانی، حکم ظاهری قضیه را بیان می‌کند. (انصاری،٤/١٤٢٤: ١٣) بنابراین، باوجود حکم فقهی‌ای همچون قاعدهٔ درء، نوبت به اجرای اصل استصحاب نمی‌رسد. قاعدهٔ درء حتی اگر اماره هم نباشد، باز هم بر اصل استصحاب مقدم خواهد بود؛ هرچند اصل استصحاب برخلاف مفاد آن باشد؛ زیرا اگر متهم ادعای نسیان، غفلت، خطا، اضطرار، اکراه و غیر این‌ها را مطرح کند و برای حاکم شبهه ایجاد شود همین بروز شبهه باعث سقوط از متهم می‌شود و اصل عدم نسیان یا عدم خطا یا عدم حدوث شك و اضطرار

یا عدم اکراه جاری نمی‌شود؛ زیرا موضوع قاعدهٔ «درء» شبهه است و چنانچه اصول عدمیه در این موارد جاری شود، موضوعی از برای جریان قاعده نمی‌ماند و لغویت لازم می‌آید. از سوی دیگر، هنر قاعدهٔ درء این است که درصورتی‌که اصول دیگر (ازجمله استصحاب) با آن مغایر باشد، بتواند مجازات را رفع کند؛ زیرا دایرهٔ شمول استصحاب نسبت به قلمرو قاعدهٔ درء عام‌تر است و در هر موردی که قاعدهٔ درء جاری می‌شود، اگر بتوان با اجرای استصحاب، هرچند استصحاب عدمی، جلوی قاعدهٔ درء را گرفت، دیگر محلی برای اجرای قاعدهٔ درء باقی نمی‌ماند؛ اما اینکه برخی فقها در پاره‌ای از موارد جانب استصحاب را مقدم دانسته‌اند، به سبب آن است که قاعدهٔ درء را در آن مورد جاری نمی‌دانند. به‌عنوان مثال؛ اگر چنانچه قاتل، قبل از ارتکاب جنایت، سابقهٔ جنون نداشته نباشد، ولی ادعای جنون نماید. صاحب جواهر در این فرض به قصاص حکم داده است. (نجفی، ۱٤۰٤/۱۸٤: ٤۲) زیرا ایشان اساساً قاعدهٔ درء را منحصر در باب حدود دانسته و در باب قصاص جاری نمی‌داند. در مقابل، ازآنجاکه شهید ثانی قلمرو این قاعده را وسیع و گسترده می‌داند جریان این قاعده را در قصاص موردپذیرش قرار داده و در نتیجه، به سقوط قصاص حکم داده است. (عاملی، شهید ثانی، ۱٤۱۳ /۱۵: ٤۰)

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

بامطالعهٔ و تتبع در متون فقه جزایی اسلام روشن می‌شود که هرگاه در ثبوت حکم یا موضوع حکمی در زمان گذشته یقین داشته باشیم و در زمان بعد در بقای آن حکم یا موضوع شبهه‌ای عارض شود، مقتضای اصل استصحابْ ثبوت آن است؛ درحالی‌که به دلیل وجود شبهه، قاعدهٔ درء بر رفع حد و حکم دلالت دارد. در نتیجه، بین مفاد استصحاب و قاعدهٔ درء تعارض به وجود می‌آید. وجود چنین تعارضی در فقه به‌وفور یافت می‌شود اما فقها در مورد تعارض استصحاب و قاعده درء دیدگاه واحد و همسانی ندارند و از کلمات آنان این‌گونه استفاده می‌شود که فقها در برخی موارد با استناد به اصل استصحاب، حکم به ثبوت مجازات داده‌اند و در برخی موارد دیگر با استناد به‌قاعدهٔ درء، حکم به سقوط مجازات داده‌اند. منشأ این اختلافات به مبانی فقهی آن‌ها بر می‌گردد و با بررسی مبنای فقهی و اصولیِ فقیهان معلوم می‌شود کسانی که حجیت قاعدهٔ درء

را به‌صورت مطلق پذیرفته‌اند و شمول آن بر حدود، قصاص و تعزیر را قبول دارند، در صورت تعارض استصحاب و قاعده درء، به تقدیم قاعدهٔ درء حکم داده‌اند؛ اما فقیهانی مانند محقق خویی که مستند روایی این قاعده را نپذیرفته‌اند، در فرض تعارض استصحاب و قاعده درء مخصوصاً در مورد قصاص، جانب استصحاب را مقدم دانسته‌اند. هم چنانکه بعضی از فقیهان مانند جمله صاحب جواهر، مقدس اردبیلی و هم‌مسلک‌های آن‌ها نیز، که جریان قاعدهٔ درء را در باب قصاص جاری ندانسته و در فرض تعارض استصحاب و قاعدهٔ درء در باب قصاص، جانب استصحاب را مقدم دانسته‌اند؛ اما به نظر می‌رسد که قاعدهٔ درء در مطلق مجازات‌ها اعم از حد، قصاص و تعزیرات جریان دارد و در فرض تعارض، بر استصحاب مقدم می‌شود خصوصاً اگر قاعده درء را تنصیصی بدانیم؛ زیرا واژه «حد» در لغت و لسان ائمه در معنای قصاص و تعزیر نیز به‌کار رفته است بنابراین، عموم «الحدود» در قاعده «تدرأ الحدود بالشبهات» شامل قصاص و تعزیر نیز می‌شود از سوی دیگر، طبق احادیث معصومان، خطا کردن در عفو، بهتر از خطا کردن در اجرای مجازات است.

پی نوشت

[۱]. ابن منظور در زمینه می گوید: «عَرَضْتُ له الشيءَ، أی أظهرته له و أبرزته إليه» بدان معناست که آن چیز را برای او اظهار و ابراز کردم.

[۲]. ایشان در تعریف استصحاب این‌گونه می‌نویسد: «الحکم ببقاء حکم او موضوع ذی حکم شُکّ فی بقائه»

[۳]. جوهری در این مورد می نویسد:« الدرْء: الدفع؛ و فی الحدیث: «ادرئوا الحدود ما استطعتم» هم چنان که ابن منظور نیز اینگونه بیان نموده است: «درأْتُ عنه الحَدَّ و غیرَه، أَدْرَؤُهُ دَرْءاً إِذا أَخَّرْته عنه؛ و دَرَأْتُه عني أَدْرَؤُه دَرْءاً: دَفَعْته».

٤. از فقهای عامه فقط فقهای ظاهریه مانند ابن حزم اندلسی بـاآن مخالفـت کـرده اسـت. «ابـن حزم، آندلسی القرطبی الظاهری، المحلّی بالآثار، ج ۱۲ ص ۵۸-۵۷».

٥. محتمل است مقصود ایشان «بالنص المتواتر» تواتر معنوی باشد.

[٦]. وی در این زمینه می‌نویسد: «و إن أخذت امرأة مع رجل قد فجر بها، فقالت المرأة: اسـتكرهني فإنه يدرأ عنها الحد به لأنها قد أوقعت شبهة».

[٧]. متن روایت قرار ذیل است.: «عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ: أُتِيَ عَلِيٌّ ع بِامْرَأَةٍ مَعَ رَجُلٍ قَدْ فَجَرَ بِهَا فَقَالَتِ اسْتَكْرَهَنِي وَ اللَّهِ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ فَدَرَأَ عَنْهَا الْحَدَّ وَ لَوْ سُئِلَ هَؤُلَاءِ عَنْ ذَلِـكَ لَقَـالُوا لَا تُصَدَّقُ وَ قَدْ فَعَلَهُ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع».

[٨]. ایشان در این زمینه می‌نویسد: «نعم لو لم يعهد للقاتل حـال جنـون فادعاهـا كـان القـول قـول المدعي، لأن الأصل السلامة».

[٩]. «وجه تقديم قول الجاني فيهما أصالة بقاء الصغر إلى زمن القتل و عدم ثبوت العقل».

[١٠]. مرحوم امام خمینی در این باره می‌نویسد: «اما في الاختلاف في عروض الجنون فيمكن الفـرق بين ما إذا كان القتل معلوم التاريخ و شك في تاريخ عروض الجنون فالقول قول الـولي و بـين سـائر الصور فالقول قول الجاني و لو لم يعهد للقاتل حال جنون فالظاهر أن القول قول الولي أيضا».

کتابنامه

قرآن کریم

ابن حزم، آندلسی القرطبی الظاهری، **المحلّی بالآثار**، بیروت، دارالفکر، بی چا، بیتا، ج ۱۲.

ابن فارس بن زکریا، ابو الحسین احمد، **معجم مقائیس اللغة**، ٦ جلد، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤٠٤ ه‍ق .

ابن منظور، ابوالفضل، جمال‌الدین، محمد بن مکرم، **لسان العرب**، ۱۵ جلد، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، چاپ سوم، ١٤١٤ ه‍ق ج۱.

اردبیلی، احمد بن محمد، **مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ١٤٠٣ ه‍ق ج۱۳.

انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، قم، **مجمع الفکر اسلامی**، چاپ چهارم، ١٤٢٤، ج ٤.

برجی، یعقوب علی، **مبحث تعارض ادلّه**، ترم دوم، ۱۳۹۹، مدرسه فقه تخصصی

تبریزی، میرزا جواد، **أسس الحدود و التعزیرات**، قم، دفتر آیت‌الله تبریزی، بی چا، ١٤١٧.

تبریزی، میرزا جواد، صراط النجاه، قم، دفتر نشر برگزیده، چاپ اول، ١٤١٦.

ترمذی، بو عیسی محمد بن عیسی بن سوره، **سنن ترمذی**. بیروت، نشر دار احیاء التراث العربی. بی چا، بیتا، ج ۲.

جزری، ابن اثیر، مبارك بن محمد، **النهایة في غریب الحدیث و الأثر**، ٥ جلد، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ اول، بی‌تا ج۱.

جوهری، اسماعیل بن حماد، **الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة**، ٦ جلد، بیروت، دار العلم للملایین، چاپ اول، ١٤١٠ ه‍ق ج۱

حاجی ده آبادی و حمید رضا، زنگی آبادی، احمد، **دو فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی**، سال بیست و یکم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۹.

حاجی ده آبادی، احمد، **قواعد فقه بخش جزایی**، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ سوم، ۱۳۹۱.

حائری، سید علی بن محمد طباطبایی، **ریاض المسائل (ط - الحدیثة)**، ١٦ جلد، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ١٤١٨ ه‍ق ج١٦.

حلّی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، **السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ١٤١٠ هـ ق ج٣.

حلّی، مقداد بن عبد اللّه سیوری، **التنقيح الرائع لمختصر الشرائع**، ٤ جلد، قم، انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ١٤٠٤ هـ ق ج٤.

حلّی «علامه»، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثة)**، ٦ جلد، قم، مؤسسه امام صادق علیه‌السلام، چاپ اول، ١٤٢٠ هـ ق، ج ٥.

خراسانی، محمد کاظم، **کفایه الاصول**، تحقیق، عباس علی سبزواری، قم، موسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چاپ ششم، ١٤٣٣، ج ٣.

خطیبی، سید کمال، **تعارض ادلّه مالکیت**، تهران، مجد، چاپ اول، ١٣٩٣.

خوری شرتونی، سعید، **اقرب الموارد**، قم کتاب خانه آیه الله مرعشی،١٤٠٣، ج ٢.

سبحانی، جعفر، **الوسیط فی اصول الفقه**، قم، موسسه امام صادق، بی چا،١٤٢٢، ج ٢.

سبزواری، سید عبد الأعلی، **مهذّب الأحكام (للسبزواري)**، ٣٠ جلد، قم، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیة الله سبزواری، چاپ چهارم، ١٤١٣ هـ ق ج٢٧.

صدر، سید محمد باقر، **دروس فی علم الاصول (الحلقه الثالثه)** بیروت، دارالکتاب اللبنانی، ١٩٧٨.

صدوق، محمّد بن علی بن بابویه، **المقنع**، قم، مؤسسه امام هادی علیه‌السلام، چاپ اول، ١٤١٥

طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، **الخلاف**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ١٤٠٧ ق ج٤.

_____، **المبسوط في فقه الإمامية**، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ١٣٨٧ هـ ق ج٨.

عاملی، شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية**، قم، کتاب‌فروشی داوری، چاپ اول، ١٤١٠ ق ج١٠.

_____، **مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، ١٥ جلد، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ١٤١٣ هـ ق ج١٥.

العوده، عبدالقادر، **التشريع الجنايی**، بیروت، دارالکتاب العربی، بی‌تا.

الفیومی، احمد بن محمد بن علی، المقری، **مصباح المنیر**، قم، دارالهجره، چاپ سوم، ١٤٢٥، ج ١-٢.

قبله‌ای خویی، خلیل، **قواعد فقه** (بخش جزا) تهران، سمت، چاپ دوم، ۱۳۸۵.

قرشی، سید علی‌اکبر، **قاموس القران**، قم، دارالکتب الاسلامیه، بی چا، ۱۳۵٤، ج ٤.

کلینی، ابوجعفر، محمد بن یعقوب، **الكافي** (ط - الإسلامية)، ۸ جلد، تهران، دار الكتب الإسلامية، چاپ چهارم، ١٤٠٧ هـ ق ج۷.

مجلسی، محمدتقی، **روضه المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه**، قم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور، چاپ دوم، ١٤٠٦. ج۱۰.

محقق حلّی، نجم الدین، جعفر بن حسن، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام**، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ دوم،١٤٠٨ ج٤.

محقق داماد، سید مصطفی، **قواعد فقه بخش جزایی**، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ بیست و پنجم،۱۳۹۱.

_____، **مباحثی از اصول فقه**، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوم،۱۳۸۱، ج ۳.

محمد محی‌الدین، عوض علی، **القانون الجنایی و مبادئه الاساسیه و نظریاته العامه فی الشریعه الاسلام**، قاهره، مطبعه جامعه القاهره والکتاب الجامی، بی چا.

محمدی، علی، **شرح اصول فقه**، قم، دارالفکر، چاپ دهم، ۱۳۸۷، ج ۳.

_____، **شرح رسایل**، قم، دارالفکر، چاپ سوم، ۱۳۸۰، ج ۵

مدنی کاشانی، آقا رضا، **کتاب القصاص للفقهاء و الخواص**، قم، دفتر انتشارات اسلامی چاپ دوم، ١٤١٠ هـ ق.

مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین، **القصاص علی ضوء القرآن و السنة**، ۳ جلد، قم، کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ١٤١٥ هـ ق ج۱.

مظفر، محمدرضا، **اصول الفقه**، قم، بوستان کتاب، چاپ هفتم، ۱۳۸۹.

معرفت، محمد هادی، **تعليق و تحقيق عن أمهات مسائل القضاء**، در یك جلد، قم، چاپخانه مهر، چاپ اول، ق بیتا.

مکارم شیرازی، ناصر، **القواعد الفقهية**، قم، مدرسه امام علی، چاپ سوم، ١٤١١، ج ۱.

_____، **انوار الاصول**، تقریر احمد قدسی، قم، انتشارات نسل جوان،١٤١٦، ج ۲.

_____، **انوار الفقاهة - كتاب الحدود و التعزيرات**، قم، انتشارات مدرسه الإمام علي بن أبي طالب عليه‌السلام، چاپ اول، ١٤١٨.

_____، **استفتاءات جديد** (مكارم)، ٣ جلد، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی‌طالب عليه‌السلام، چاپ دوم، ١٤٢٧ هـ ق ج٣.

موسوی بجنوردی، سید محمد، **فقه تطبیقی** (بخش جزایی)، تهران، سمت، چاپ سوم بی‌تا.

_____، **قواعد فقهیه**، تهران، نشر میعاد، چاپ دوم، ١٣٧٢.

موسوی خمینی، سید روح الله، **تحریر الوسیلة**، ٢ جلد، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول، بی‌تا ج٢.

موسوی خویی سید ابوالقاسم، **اجودالتقریرات**، قم، موسسه صاحب الامر، چاپ اول ١٤١٩، ج ٢.

_____، **مبانی تکمله المنهاج**، قم، بینا، چاپ دوم، ١٣٩٦ ق ج ١.

_____، **مصباح الاصول**، با تقریر: محمد سرور واعظ بهسودی، قم، داوری، چاپ پنجم، ١٤١٧ ج ٣.

_____، **مباني تكملة المنهاج**، ٢ جلد، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئي، چاپ اول، ١٤٢٢ هـ ق ج٤٢ موسوعة.

موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، **الدر المنضود في أحكام الحدود**، قم، دارالقرآن الكريم، چاپ اول، ١٤١٢ هـ ق ج٢.

مؤمن قمی، محمد، **مبانی تحریر الوسیله، کتاب الحدود**، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ١٤٢٢.

نائینی، محمد حسین، **فوائدالاصول**، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ چهارم، ١٤١٤، ج ١ و ٢

نجفی، محمدحسن، **جواهر الكلام في شرح شرايع الإسلام**، ٤٣ جلد، بیروت، دار إحياء التراث العربي، چاپ هفتم، ١٤٠٤ هـ ق ج٤٢.