

The rule of “al-ta’zir iddar al-shabha” (feasibility and necessity of establishment)

Mahdi Nosratianahoor^{*1}

1. Assistant Professor of Jurisprudence and Law, Faculty of Islamic Sciences and Education, University of Quran and Hadith, Qom, Iran.

Abstract

The main issue of the present study is the discussion of the possibility and necessity of establishing the rule of ta’zir iddar al-shabba, a rule that is similar to the rule of hudud tadr al-shabhat. The purpose of the present study is to outline the need to design an independent rule in repelling ta’zir when suspicion occurs. One of the achievements of this research in the field of feasibility study is proving the possibility of designing the rule of ta’zir based on the reason of synergy between the rules, in the shadow of which the rule of ta’zir will not be abolished. It is necessary to emphasize the founding role in a participatory way. And in the field of the necessity of planning this rule, the theory of the authenticity of the narrations of the rule of Al-Hudood was presented with suspicion as well as the meanings in the scope of this rule in the subject of ta’zir, which was not common among the predecessors. The source of the problems in the scope of the rule of limits is the invalidity of the possibility of setting the word limits for absolute punishment, because this possibility is neither compatible with the rules of language nor with the jurisprudential salutation. The result is an emphasis on the exclusive founding role of the Ta’zir rule and the departure of this rule from the design priority to the necessity of establishment.

Article Type:

Original Research

Pages: 175-197

Received: 2020 November 8

Revised: 2021 May 3

Accepted: 2021 May 31



Keywords: Rule, Taazir, Retribution, Suspicious

*. Corresponding Author: mehdi.nosratian@gmail.com



انجمن علمی پژوهشی حقوقی ایران

قاعده "التعزیر یدرء بالشبهه" (امکان سنجی و ضرورت تاسیس)

مهدی نصرتیان اهور*^۱

۱. استادیار گروه فقه و حقوق، دانشکده علوم و معارف اسلامی، دانشگاه قرآن و حدیث، قم، ایران.

چکیده

مسئله اصلی پژوهش حاضر بحث از امکان و ضرورت داشتن تاسیس قاعده التعزیر یدرء بالشبهه است قاعده ای که مشابه قاعده الحدود تدرء بالشبهات است. هدف تحقیق حاضر ترسیم لزوم طراحی قاعده مستقل در دفع تعزیر به هنگام روی دادن شبهه است. از دستاوردهای این پژوهش در حوزه امکان سنجی، اثبات امکان طراحی قاعده التعزیر با تکیه بر دلیل هم افزائی میان قواعد است که در سایه آن قاعده التعزیر لغو نخواهد بود. امری که لازمه آن تاکید بر نقش تاسیسی به نحو مشارکتی است. و در حوزه ضرورت طرح ریزی این قاعده، سند روایات قاعده الحدود تدرء بالشبهات پذیرفته شد ولی در عین حال به گستره آن نسبت به تعزیر اشکال شد امری که در میان پیشینیان متداول نبود. در تحلیل قاعده درء می توان سه احتمال پیرامون واژه حدود مطرح کرد: احتمال اول: حد مشترک لفظی در عقوبت معین و مطلق مجازات است احتمال دوم: حد در معنای عقوبت معینه به نحو حقیقت شرعیه یا متشرعه است و در مطلق عقوبت به صورت مجاز به کار رفته است احتمال سوم: موضوع له لفظ حد مطلق عقوبت است. با توجه به بطلان احتمال سوم به جهت مخالفت با تسالم فقهی و قواعد زبانی هر کدام از دو احتمال دیگر پذیرفته شود قاعده الحدود شامل تعزیرات نخواهد بود در نتیجه تمسک به الفاظ این قاعده و استفاده از اطلاق آن برای اثبات عمومیت قاعده بی نتیجه خواهد بود امری که نتیجه آن تاکید بر نقش تاسیسی انحصاری قاعده التعزیر و خروج این قاعده از حالت اولویت طراحی به ضرورت تاسیس است.

واژگان کلیدی: تعزیر، حد، درء، شبهه، درء التعزیر.



نوع مقاله: علمی پژوهشی

صفحات: ۱۷۵-۱۹۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۸/۱۸

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۰۲/۱۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۱۰



© تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده است.

برآمد

موضوعات هر علمی حالت های گوناگون دارند گاهی برخی از این موضوعات به گونه ای هستند که دلیل مختص و ویژه در مورد آن وجود دارد و با مراجعه به ادله می توان حکم این موضوع را استخراج کرد ولی همه موضوعات از این قبیل نیستند بلکه گاه دلیل خاص وجود ندارد و باید از عمومات در یافتن حکم آن کمک گرفت. یکی از ادله عامی که می تواند در این زمینه کارساز باشد قواعد است. در علم فقه نیز می توان به قواعدی دست یافت که در تعیین حکم موضوعات مختلف کمک می کنند و در واقع اسناد بالادستی در استنباط احکام فقهی به شمار می روند زیرا همانطور که برخی نیز اشاره کرده اند «القاعده هی قضیه کلیه منطبقه علی جمیع جزئیاته» قاعده، گزاره کلی است که بر همه جزئیاتش منطبق است (جرجانی، ۱۴۱۲ ق، ص ۷۳)

به همین جهت است که فقیهان، برای این که قاعده فقهی از مساله فقهی متمایز شود قیودی مثل «جریان در ابواب مختلف» را در تعریف قاعده آورده اند: «ان القواعد الفقهیه تجری فی ابواب مختلفه: قواعد فقهیه در تمام ابواب جاری است» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ص ۱۷ و ر.ک: عمید زنجانی، ۱۳۹۷، ج ۱، ص ۱۶)

در محث قواعد فقهی گاه بحث از ادله اثبات گر قاعده است گاه بحث از گستره آن و در پاره ای مواقع سخن از تعارض میان این قواعد است و در حالاتی هم می توان بحث از ضرورت یا عدم ضرورت تاسیس و طراحی قاعده ای سخن به میان آورد. در مقاله حاضر بحث از امکان و ضرورت داشتن تاسیس قاعده التعزیر یدرء بالشبهات است قاعده ای که مشابه قاعده الحدود تدرء بالشبهات است منتهی از لحاظ نوع، مستندات، ادله و مباحث پیرامونی با هم تفاوت هایی دارند مثل اینکه قاعده الحدود تدرء بالشبهات در اینکه آیا از قواعد منصوصه است یا مصطاده اختلاف نظر وجود دارد که این اختلاف به جهت تفاوت دیدگاه در مستندات اثبات گر آن است در حالی که اگر قاعده التعزیر یدرء بالشبهات تاسیس شود از جمله قواعد مصطاده است و همین امر در مباحث پیرامونی آنها تفاوت زیادی خواهد داشت.

موضوع این پژوهش از جهت تبارشناسی در ذیل قواعد فقه جزائی قرار می گیرد قواعد فقه گاه به قواعد عبادی، قواعد معاملات، قواعد قضائی و قواعد جزائی تقسیم می شود. این موضوع ذیل قواعد جزائی قرار می گیرد.

پیشینه تحقیق

برخی از پژوهش‌ها به گونه‌ای است که هم پیشینه عام دارند هم پیشینه خاص. مقصود از پیشینه عام هر پژوهشی است که به بخشی از موضوع پرداخته باشد و مقصود از پیشینه خاص تحقیق‌هایی است که دقیقاً از جهت موضوعی با هم مشترک باشند. موضوع مقاله حاضر پیشینه خاص ندارد یعنی در تحقیقات پیشین نسبت به قاعده التعزیر یدرء بالشبهه سخنی به میان نیامده است ولی از پیشینه عام برخوردار است. بدین معنا که نسبت به اصل قواعد مقالات و کتب بسیاری وجود دارد مثل القواعد الفقهیه آیت الله بجنوردی، که یکی از کتب مفصل در این زمینه است. در زمینه قواعد جاری در تعزیر منابع متعددی وجود دارد مثل الفقه، القواعد الفقهیه، ص ۲۰۵؛ قواعد فقه نوشته محقق داماد ج ۴، ص ۱۹۵؛ مبانی تحریر الوسيله ص ۵۱۹؛ التعزیر احکامه و حدوده ص ۲۷؛ تعزیر و گستره آن ص ۱۰۰؛ مسائل المعاصره فی فقه القضاء ص ۱۹۴؛ فقه الحدود و التعزیرات ج ۱ ص ۲۴ و ... در مورد قاعده درء و شمول آن نسبت به مبحث تعزیر نیز مقالات و کتبی وجود دارد مثل: کتاب قواعد فقه، ج ۴، ص ۶۰-۸۵؛ قواعد فقه جزائی، ص ۴۰-۷۵؛ القواعد الفقهیه فی فقه الامامیه، ج ۷، ص ۲۹۵-۳۵۱.

روش و هدف تحقیق

روش این پژوهش روش ترکیبی (توصیفی-تحلیلی) با غلبه رویکرد تحلیل است و روش‌شناسی پژوهش در تحلیل نیز مبتنی بر تحلیل محتوی است و به صورت جزئی از روش مقایسه‌ای بهره گرفته است.

مهمترین هدف تحقیق پیش رو، تبیین کیفیت امکان‌پذیری طراحی قاعده التعزیر و دلایل ضرورت تاسیس آن است.

پرسش‌های مهم در این نوشتار عبارتند از:

مولفه‌های تبیین‌گر امکان تاسیس قاعده التعزیر یدرء بالشبهه چیست؟ و از

چه الگویی تبعیت کرده است؟

مولفه‌های تبیین‌گر ضرورت طراحی قاعده التعزیر یدرء بالشبهه چیست؟ و

چگونه تحلیل می‌شود؟

۱. امکان سنجی تاسیس قاعده التعزیر یدرء بالشبهات

سخن از امکان سنجی تاسیس این قاعده به معنی بحث از امکان ذاتی نیست زیرا پرواضح است که قاعده مذکور از جمله امور واجب بالذات و ممتنع بالذات نیست بلکه مقصود امکان وقوعی است. برای اثبات امکان الگوهای مختلفی می توان در پیش گرفت مثلاً گاهی با تمسک بر وجود یک چیزی امکان آن نیز اثبات می شود برای همین مشهور شده است که ادل دلیل علی امکان الشی وقوعه. این راه علاوه بر اینکه راه پسینی است در قاعده التعزیر یدرء بالشبهه میسر نیست زیرا قاعده مذکور در فقه و حقوق مطرح نشده و تبیینی از آن صورت نگرفته است تا با تمسک به کلام فقهاء و طراحی آن، امکانپذیری قاعده اثبات گردد برای همین باید الگوی دیگری را در پیش گرفت. به نظر نگارنده یکی از بهترین الگوهای اثبات امکان، تمسک به وجود مقتضی و نبودن مانع است؛ زیرا این شیوه راهی پیشینی تلقی می شود یعنی قبل از تاسیس قاعده با تمسک به وجود مقتضی برای تاسیس و فقدان مانع می توان ممکن بودن آن را نتیجه گرفت. در واقع گویا بحث از این است که آیا ادله و منابع از این قاعده پشتیبانی می کنند یا خیر؟ آیا تاسیس این قاعده نتیجه و ثمره‌ای دارد یا لغو است؟ سوال اول ناظر به مقتضی برای قاعده است و گویا سوال دوم ناظر به عدم مانع است در صورتی که این دو بحث کامل باشد می توان از امکان تاسیس قاعده فوق سخن به میان آورد.

۲. تبیین مقتضی تاسیس قاعده

نسبت به مقتضی و میزان یاری رسانی منابع در تاسیس این قاعده می توان به برخی از مستندات اشاره کرد مثل: نصوص و ظواهر، اجماع، سیره و عقل. از جهت نصوص و ظواهر صرفاً به یک روایت اشاره می شود:

از امام صادق علیه السلام نقل شده است: أیّ رجل ركب امرا بجهالة فلا شیء علیه: اگر انسان از روی جهل مرتکب کاری شد عقوبتی برای او نیست (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۹، ص ۱۲۶) مطابق این روایت اگر فردی از روی جهالت مرتکب خطائی شد چیزی بر عهده او نیست. با توجه به اینکه این روایت مطلق است و شامل حدود و تعزیرات می شود در نتیجه می تواند مستند برای قاعده التعزیر باشد.

دلیل عقلی را نیز می توان با مفهوم اولویت تبیین نمود. در صورتی که حد با

با وجود شبهه اجرا نشود به طریق اولی تعزیر اجرا نخواهد شد زیرا حد عقوبت شدید از سوی شارع است و رخ دادن شبهه سبب می شود از اجرای آن دست برداشت در باب تعزیر که عقوبت سبکتری است به طریق اولی از اجرای آن دست برداشته می شود.

۳. هم افزائی زمینه ساز رفع مانع از تاسیس قاعده

همانطور که اشاره شد گاه لغو بودن تاسیس قاعده به عنوان مانع تلقی شده است و برای اینکه امکان تاسیس ثابت شود باید این مانع را برطرف نمود. هم افزائی بین ادله یکی از مهمترین نتایج برای تاسیس قاعده مذکور است و سبب می شود مانع احتمالی برطرف شود.

توضیح آنکه در استنباط فقهی به هر میزان ادله زیادتر و قوی تر باشد اعتماد بیشتری به حکم پیدا خواهد شد مثلاً در موضوعی دلیل قرآنی وجود داشته باشد و در موضوع دیگری هم دلیل قرآنی و هم روایی وجود داشته باشد و در موضوع سومی هم دلیل قرآنی، هم روایی و هم اجماع و یا شهرت وجود داشته باشد میزان وثوق به دست آمده به ترتیب افزایش خواهد یافت و اطمینان به حکم در این سه مسئله به یک شکل نخواهد بود بلکه هر میزان دلیل بیشتر و قوی تر باشد حکم مستحکمتر و قابل اعتمادتر خواهد بود.

حال اگر همین امر در مبحث قواعد رخ بدهد به طور طبیعی اطمینان بخشی بیشتری به وجود خواهد آمد زیرا قواعد حکم سند بالادستی را دارند و می توانند مرجع در هنگام شک در حکم مسئله ای باشند به هر میزان این قواعد محکم و مستدل باشند میزان اعتماد و مراجعه نیز بیشتر خواهد بود. همچنین به هر میزان بتوان در مسئله ای از قواعد بیشتری بهره گرفت به همان میزان اطمینان به حکم صادر شده افزایش خواهد یافت.

در مسئله مورد بحث باید گفت: اصل اولی این است که هیچ عقوبتی نباید ساقط بشود. جرم اقتضا می کند مجرم عقوبت شود. این اصل از ادله تعیین کننده عقوبت قابل استظهار است. لسان ادله به گونه ای است که برای عمل مجرمانه عقوبت تعیین کرده است مثلاً در آیه وَ مَنْ یَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فِجْرًاؤُهُ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِیْهَا وَ غَضِبَ اللَّهُ عَلَیْهِ وَ لَعْنَهُ وَ أَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِیْمًا: و هر کس مؤمنی را به عمد بکشد مجازات او (آتش) جهنم است، که در آن جاوید (معدّب) خواهد بود و خدا بر او خشم و لعن کند و عذابی بسیار شدید

بر او مهیا سازد. (نساء: ۹۳) تصریح می شود کسی که مرتکب قتل شود جایگاهش جهنم است. در این آیه به تلازم میان عمل و عقوبت اشاره می گردد. کما اینکه در آیه وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ: و آنان که به زنان با عفت مؤمنه نسبت زنا دهند آن گاه چهار شاهد (عادل) بر دعوی خود نیاورند آنان را به هشتاد تازیانه کیفر دهید، و دیگر هرگز شهادت آنها را نپذیرید، و آنان مردمی فاسق و نادرستند. (نور: ۴) اشاره می شود قذف و نسبت ناروا بدون داشتن شاهد موجب حد به میزان ۸۰ ضربه شلاق خواهد بود. همچنین ظهور سایر ادله ای که در مبحث حدود و تعزیرات وجود دارد دال بر این تلازم است.

این عموم با حکم عقل به قبح ارتکاب معصیت و قبیح نیز سازگار است. یکی از احکام عقل عملی قبح ارتکاب فعل قبیح و معصیت است هر چند این حکم در برخی از مصادیق خود متوقف بر صدور احکام شرعی در بیان معصیت است و در برخی از مصادیق عقل به نحو مستقل این حکم را می فهمد و نیازی حتی در موضوع به دلیل دیگر و ضمیمه شدن قضیه دیگری ندارد. برای روشن شدن بحث دو مثال ذکر می کنیم که در یکی از آنها عقل در حکم خود به قبح معصیت نیازمند به ادله شرعی است و در دیگری چنین وابستگی وجود ندارد.

مثال اول: دستور عقل به پرهیز از معصیت

در روایتی سب مومن علامت فسق و کشتن و جنگ با مومن سبب کفر تلقی شده است و غیبت وی (که به صورت کنایی از آن به خوردن گوشت تعبیر شده است) معصیت دانسته شده است.

سَبَابُ الْمُؤْمِنِ فُسُوقٌ وَ قِتَالُهُ كُفْرٌ وَ أَكْلُ لَحْمِهِ مَعْصِيَةٌ وَ حَرَمُهُ مَالِهِ كَحَرَمِهِ دَمِهِ: ناسزاگویی به مومن نشانه فاسق بودن و کشتن مومن سبب کفر و غیبت مومن معصت و مال او همانند جانش محترم است (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۲، ص ۲۹۷)

کما اینکه در روایتی ابوبصیر نقل می کند که امام صادق علیه السلام خرید و فروش شطرنج (ابزار بازی شطرنج) را حرام دانسته و ثمن در مقابل آن را سحت معرفی نموده نگهداری آن را کفر و بازی آن را نشانه شرک دانسته و در نهایت سلام دادن به کسی که شطرنج بازی می کند را معصیت قلمداد نموده و آن را گناه کبیره می داند

أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: بَيْعُ الشُّطْرَنْجِ حَرَامٌ وَ أَكْلُ ثَمَنِهِ سُحْتٌ وَ اتَّخَاذُهَا كُفْرٌ وَ اللَّعْبُ بِهَا شِرْكٌ وَ السَّلَامُ عَلَى اللَّاهِي بِهَا مَعْصِيَةٌ وَ كَبِيرَةٌ مُوبِقَةٌ: ابوبصير از امام صادق عليه السلام نقل می کند که حضرت فرمودند: فروختن شطرنج حرام و خوردن پول آن سحت و انتخاب آن به عنوان عمل کفر و بازی با آن شرک و سلام دادن به بازی کننده شطرنج معصیت و کبیره ای است که خداوند بر آن وعده عذاب داده است (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص ۳۲۳)

همچنین در روایتی حضرت رسول صل الله علیه و آله برگزارای نماز نافله ماه رمضان به جماعت و خواندن نماز ضحی (یعنی هنگامی که آفتاب در سطح زمین فراگیر شود) را بدعت دانسته و آن را معصیت نام گذاشتند.

أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ الصَّلَاةَ بِاللَّيْلِ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ - مِمَّنِ النَّافِلَةُ فِي جَمَاعَةٍ بِدْعَةٌ وَ صَلَاةُ الضُّحَى بِدْعَةٌ أَلَا فَلَا تَجْمَعُوا لَيْلًا فِي شَهْرِ رَمَضَانَ لِصَلَاةِ اللَّيْلِ وَ لَا تُصَلُّوا صَلَاةَ الضُّحَى فَإِنَّ تِلْكَ مَعْصِيَةٌ: ای مردم آگاه باشید که نماز نافله ماه رمضان به جماعت بدعت است، نماز ضحی «یعنی هنگامی که آفتاب در سطح زمین فراگیر شود» بدعت است، مراقب باشید که برای نافله هادر این شبها «شبهای ماه مبارک رمضان» جماعت بپا نکنید و نماز ضحی نخوانید که آن معصیه خداست. (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۸، ص ۴۵)

با بیان صغری از سوی شرع، عقل قبح ارتکاب معصیت را ضمیمه کرده دستور به پرهیز از آن اعمال را خواهد داشت.

مثال دوم: قبح خیانت در امانت

عقل به طور مستقل دستور می دهد نباید در امانت خیانت کرد زیرا چنین امری قبیح است.

همانطور که ملاحظه می شود عقل به صورت کلی دستور به اجتناب از قبیح و معصیت را صادر می کند چه اینکه موضوع را بدون مراجعه به شرع ثابت کرده باشد و چه موضوع از طریق شرع ثابت شود. از این حکم عقل می توان تلازم میان عمل و مذمت و یا عقوبت را نیز استفاده کرد پس اصل مستفاد از ادله نقلی موافق با این حکم عقل است.

حال که اصل اولی چنین است عدم اجرای عقوبت در برخی از حالات (مثل بروز

شبهه) چه در عقوبت‌های معین (حد) و چه عقوبت غیر معین (تعزیر) نیازمند به مخصص است. این مخصص گاه امری متفق علیه است و گاه امری مبنایی و اختلافی است. در صورتی که مخصص امری مبنایی و اختلافی باشد در برخی از حالات سبب خواهد شد در مخصص بودن آن در مصادیق ویژه تردید صورت بگیرد. در این صورت، وجود مخصص دیگری که تا حدی هم مضمون مخصص اول باشد سبب خواهد شد تردید مخاطب کم رنگ شود. همین امر یعنی هم افزایی میان ادله. در صورتی هم که قطع داشته باشیم مخصص اول اصلا در این مصداق کارایی ندارد وجود مخصص دوم خود دلیل مستقل خواهد بود و نقش تاسیسی ایفا خواهد کرد نه نقش تاکیدی.

برای واضح شدن این نکته می‌توان با مثال بحث را پیش برد. مطابق قاعده الحدود تدرء بالشبهات، بروز شبهه در حدود (عقوبت معین) سبب اسقاط عقوبت خواهد شد و اصل اولی که در بالا بدان اشاره شد، تخصص می‌خورد ولی نسبت به اسقاط عقوبت در تعزیرات (عقوبت غیر معین) اگر فقط به همین قاعده الحدود تمسک شود مشکلاتی رخ خواهد داد: زیرا در مفاد قاعده حدود بحث و اختلاف وجود دارد به گونه‌ای که برخی آن را در تعزیرات نیز جاری می‌دانند و برخی دیگر مفاد آن مختص به حدود دانسته‌اند.^۱

مخاطب با مشاهده این اختلاف نظر در گسترده قاعده در مخصص بودن آن در مبحث تعزیرات شک خواهد کرد و در واقع متحیر می‌ماند که در مبحث تعزیرات با رخ دادن شبهه به اصل اولی تمسک کرده و عقوبت را ساقط نکند و یا به مخصص (قاعده الحدود) مراجعه کرده و عقوبت را ساقط بداند در این صورت شک در مانعیت و مخصص بودن آن است که در اصول گاهی از آن به شک در مانعیة الموجود (نجم آبادی، ۱۳۸۰ ش، ج ۳، ص ۱۷۳؛ آملی، ۱۳۸۶ ق، ص ۱۶۹) تعبیر می‌کنند در این صورت باید به قواعد در باب عام و خاص مراجعه نمود؛ زیرا با وجود شک در گستره مخصص به نوعی اجمال در مخصص وجود دارد و این اجمال از ناحیه مفهوم مخصص است که آیا مفهوم حدود معنای خاص (عقوبت معین) و یا معنای عام (مطلق عقوبت) است. این اجمال از سنخ اقل و اکثر است نه از سنخ متباینین در نتیجه در باب سرایت اجمال خاص به عام باید گفت مطابق قواعد، اجمال خاص به عام سرایت نکرده و و می‌توان به عموم عام

۱. به این اختلاف در ادامه اشاره خواهد شد.

در مورد مشکوک تمسک کرد (مظفر، ۱۳۹۲ش، ج ۱، ص ۱۴۲) در نتیجه در بحث تعزیرات با شک در گستره قاعده الحدود باید قائل به عدم سقوط عقوبت شد در حالی که چنین امری مورد پذیرش فقها نیست و آنها در مبحث تعزیرات هم قائلند باید عقوبت با بروز شبهه ساقط شود در نتیجه نیاز به قاعده مستقلی است که در باب تعزیرات حاکم و جاری باشد. در این صورت قاعده مذکور نقش تاسیسی داشته و مرجع در باب تعزیرات خواهد بود.

۴. ضرورت تاسیس قاعده التعزیر یدرء بالشبهات: تبیین نقش تاسیسی

قاعده التعزیر

در تبیین ضرورت تاسیس قاعده التعزیر یدرء بالشبهه شایسته است به دیدگاههای مختلف درباره قاعده الحدود یدرء بالشبهه اشاره شود زیرا طبق برخی از تقریرهای قاعده الحدود هیچ ضرورتی برای تاسیس قاعده التعزیر نیست البته نه به این معنا که اگر قاعده التعزیر شکل بگیرد لغو است و یا با مشکل روبه رو است بلکه مقصود آن است که اگر قاعده مذکور طراحی نگردد خللی در مباحث فقهی و حقوقی رخ نمی دهد زیرا قاعده الحدود کماکان بیان گر حکم شبهه در باب تعزیر است.

در قاعده الحدود می توان چهار نظر عمده یافت:

الف) اشکال به سند قاعده الحدود و همچنین اشکال در گستره قاعده نسبت

به تعزیرات

ب) اشکال به سند قاعده الحدود در عین پذیرش گستره قاعده نسبت به

تعزیرات

ج) پذیرش سند قاعده به همراه موافقت با گستره قاعده نسبت به تعزیرات

د) پذیرش سند قاعده در عین اشکال به گستره قاعده نسبت به تعزیرات

سه نظریه اول در نگاشته های فقها یافت می شود ولی اثری از نظریه چهارم

در تحقیقات پیشین نیست. نگارنده معتقد است نظریه صحیح در باب الحدود تدرء بالشبهات نظریه چهارم است یعنی سند این قاعده مشکلی ندارد و اجمالا می توان آن را از نصوص استنباط کرد منتهی قاعده مذکور گستره آنچنانی ندارد که تعزیرات را نیز شامل بشود بلکه فقط منحصر است در عقوبت های معین شده از سوی شارع (یعنی حد

به معنای اصطلاحی)

برای اثبات این دیدگاه می توان بحث را در دو محور پیش گرفت: اثبات بی اشکال بودن سند قاعده الحدود و اشکال به گستره قاعده مذکور:

۴-۱. محور اول: تبیین صحت سند قاعده الحدود:

از جمله مستندات نقلی قاعده الحدود، عهدنامه مالک اشتر و مرسله شیخ صدوق است. مهمترین مستمسک برای قاعده درء، مرسله شیخ صدوق است. به نظر نگارنده نقل شیخ صدوق قابل اعتماد است و از جهت سند مشکلی وجود ندارد اما نه به جهت تمسک به دلیل هایی مثل: تکیه بر اصل وثاقت صدور نه وثاقت سند (بجنوردی، ۱۳۸۵ش، ج ۱، ص ۱۷۵؛ محقق داماد، ۱۳۸۳ش، ج ۴، ص ۶۰)، تمسک به علو مضمون (محقق داماد، ۱۳۸۳ش، ج ۴، ص ۶۰)، متواتر دانستن روایت (طباطبایی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۵۲۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۳ش، ج ۴، ص ۶۰؛ بجنوردی، ۱۳۸۵ش، ج ۱، ص ۱۷۶)، تمسک به اجماع بر روایت (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۴۴۶ و ص ۴۷۵ و ص ۴۸۵) زیرا همه این ادله قابل نقد است بلکه مهمترین استدلال نگارنده این است که مرحوم صدوق در ابتدای کتاب خود می فرماید: «تمام روایاتی که در این کتاب است از جمله روایاتی است که از کتب مشهور استخراج شده است مثل کتاب حریز بن عبدالله سجستانی و کتاب عبیدالله بن علی الحلبی و... کتابهایی که از اصول اربعه مأه است. طریق من به آنها در فهرست کتابهایی که از مشایخ و استادان و گذشتان خود روایت کرده ام موجود است و در نقل آنها پس از استعانت از خداوند متعال و توکل بر او و توبه از تقصیر تلاش فراوان کرده ام.» (شیخ صدوق، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص: ۳-۴).

هر چند شهرت کتاب و مورد اعتماد و تکیه بودن احتمال زیاد یا نقصان و یا تحریف در آن را نفی نمی کند (ر.ک: ایراوانی، ۱۴۲۸ق، ص ۲۶۶) ولی می توان این احتمالات را باتوجه به اصل عدم منتفی دانست بدین معنا که وقتی در رخ دادن زیاد یا نقصان، و یا رخ دادن تحریف شک می کنیم اصل عدم اینهاست. اگر اشکال شود که این اصل می شود اصل مثبت در جواب گفته می شود اصل مثبت جایی است که بر اساس اصلی مطلبی اثبات شود سپس لوازم عقلی آن بر اصل حمل گردد. در اینجا صرفا احتمال زیاد و نقصان نفی شده است ولی استنتاجی از آن صورت نگرفته است

و با این اصل مطابقت کتابت با نسخه اصلی اثبات نگردید تا اصل مثبت شود بلکه مطابقت با توجه به امر دیگر (ظاهر) اثبات شده است زیرا ظاهر کتاب و کتابت اقتضا دارد نوشته مطابق نسخه اصل باشد و احتمال زیاده و نقصان با ظاهر در تنافی بود که با اصل دفع گردید و این امر داخل در اصل مثبت نیست.

احتمال مذکور را هر چند با اصل عقلایی هم می توان نفی کرد زیرا عقلاء به احتمال زیاده و نقصان و یا تحریف اعتنا نمی کنند مگر اینکه دلیل خاصی بر اثبات آن اقامه شده باشد. ولی در عین حال این اصل با مشکلی رو به روست زیرا این اصل عقلایی زمانی جاری است که وثاقت کاتب و نویسنده و نسخه بردار ثابت شده باشد و چنین امری محرز نیست تا بتوان با اجرای این اصل احتمالات مذکور را دفع کرد.

با توجه به کلام مرحوم صدوق می توان ادعا کرد روایاتی که ما مرسل تلقی میکنیم مرسل نبوده بلکه مسند هستند منتهی مسند به دو صورت قابل تصور است مسند تفصیلی و مسند اجمالی. مقصود از مسند تفصیلی یعنی دقیقا راویان هر روایت معین و مشخص است ولی در مسند اجمالی هر چند راویان تک تک روایات معلوم نیست ولی در کل می دانیم این روایات از چند منبع مشخص نقل شده است و منابع مذکور از چه ویژگی برخوردار هستند در نتیجه فرقی نمی کند که از کدام کتاب و با کدام سند باشد زیرا برای ما حجت هستند در نتیجه هر چند به ظاهر مرسل هستند ولی با تامل می توانیم به مسند بودن آن برسیم هر چند این اسناد اجمالی است.

مسند دوم قاعده درء عهد نامه مالک اشتر است در توصیه حضرت امیر علیه السلام به مالک اشتر چنین آمده است:

وَ أَطْلِقْ عَنِ النَّاسِ عُقْدَ كُلِّ حِفْدٍ وَ أَقْطَعْ عَنْكَ سَبَبَ كُلِّ وَثْرٍ وَ أَقْبِلِ الْعُدْرَ وَ ادْرَأِ الْخُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ؛ عقده هر کینه‌ای را از مردم (در دل خویش) بگشای و از خود دستاویز هر انتقامی را بگسل و پوزش را بپذیر و در مورد اشتباه، اجرای حدود را دست به دست کن (و به تأخیر انداز) (حرانی، ۱۴۰۴ ق، ص: ۱۲۸؛ علامه مجلسی، ۱۴۰۳ ق، ج ۷۴، ص: ۲۴۳).

نگارنده با محققان پیشین در این زمینه موافق است که عهد نامه مالک اشتر قابل تمسک نیست زیرا عهدنامه مالک اشتر از دو سند برخوردار است: یکی از طریق مرحوم نجاشی و دیگری از طریق شیخ طوسی. سند مرحوم نجاشی که تمام نیست

و مرحوم شیخ نیز چون متن عهدنامه رو گزارش نکرده بلکه سند و مضمون را به اجمال اشاره کرده اند نمی توان مطابقت میان نقل نجاشی و شیخ را احراز کرد در نتیجه مشکل سندی همچنان به حال خود باقی است (ر.ک: حائری، سید کاظم، ۱۳۸۱ش، ص ۵۱-۶۶؛ حاجی ده آبادی و علی عسگری، ۱۳۸۹ش، ص ۷۴-۷۵) علاوه بر اینکه متن روایت نیز مضطرب است به این معنا که در نقل بحار و تحف العقول روایت مشتمل بر قاعده درء است ولی نقل سید رضی از این عهدنامه فاقد این فراز است و به صورت زیر نقل می شود: *أُطْلِقُ عَنِ النَّاسِ عُقْدَةَ كُلِّ حِفْدٍ وَ أَقْطَعُ عَنْكَ سَبَبَ كُلِّ وَتْرٍ*: عقده آنها را که کینه دارند (با برخورد خوب و محبت آمیز) بگشا و اسباب عداوت و دشمنی را درباره خود قطع نما (شریف رضی، ۱۴۱۴ ق، ص: ۴۲۹)؛ در روایت مستدرک هم به نحو دیگری این روایت نقل می شود: *وَ أُطْلِقُ عَنِ النَّاسِ عَقْدَ كُلِّ حِفْدٍ وَ أَقْطَعُ عَنْهُمْ سَبَبَ كُلِّ وَتْرٍ وَ لَا تَرَكَبَنَّ شُبُهَةً* (نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳، ص: ۱۴۷). هر چند روایت مستدرک تا حدودی با روایت تحف در بحث شبیهه هماهنگی دارد ولی این فرق هم وجود دارد که مرتکب کار شبیهه ناک شدن شاید بسیار از جهت معنایی متفاوت باشد با ادروا الحدود بالشبهات.

همین نقل های متفاوت از یک عهد نامه ممکن است این شبیهه را به ذهن نزدیک کند که از کجا معلوم نقل بحار از حضرت صادر شده است و نقل مستدرک و یا نقل نهج البلاغه اصل نباشد؟ برای پاسخ به این سوال ابتدا نسبت میان نقل نهج البلاغه و بحار مقایسه و اعلام نظر می شود سپس نقل مستدرک مورد استناد قرار بگیرد.

نقل نشدن برخی از مضمون روایت تحف و بحار در نهج البلاغه مضر نیست زیرا اگر در یک حدیث دو نقل متفاوت داشتیم که یکی از جهت مضمون نسبت به دیگری کاستی دارد امر دائر است بین اینکه یا راوی عمدا و یا سهوا به روایت بخشی را اضافه کرده باشد و یا بخشی را عمدا یا سهوا نقل نکرده باشد. از این دو فرض احتمال اول مورد پذیرش نخواهد بود زیرا احتمال افزودن عمدی بخشی به روایت با اصالة العدالة در راوی سازگار نیست و احتمال افزودن آن به صورت سهوی عقلاء نادر است و قابل اعتماد نمی باشد پس اصل آن است که متن مذکور جزء روایت است در نتیجه می توان به احتمال دوم رسید که راوی دوم حدیث را کامل نقل نکرده است که بیشتر یا به جهت سهو است و یا به جهت اهمیت دادن به بخشی و حذف کردن بخشی که به نظرش خیلی مهم نبوده است (ر.ک: حاجی ده آبادی و علی عسگری، ۱۳۸۹ش، ص ۶۳)

نسبت به روایت مستدرک که در دعائم هم نقل شده است امر دائر است بین اینکه نقل تحف صادر شده باشد یا نقل دعائم و چون هیچ اولویتی بر هم ندارند به نظر می‌رسد در این بخش اجمال وجود دارد و نمی‌توان یکی را صادر از معصوم دانست و بر آن پافشاری کرد در نتیجه از دایره تمسک و استدلال خارج خواهد بود. در مجموع نسبت به محور اول باید گفت مستند اول (روایت شیخ صدوق) مورد پذیرش است در نتیجه از جهت سند می‌توان قاعده را مستند به نصوص دانست.

۴-۲. محور دوم: عمومیت نداشتن قاعده درء در مبحث تعزیر

برخی از اشکالات دلالتی بر این ادله، به مفهوم الفاظ به کار رفته بر می‌گردد برخی به محتوای کلی روایات مذکور. مثلاً نسبت به عهدنامه مالک اشتر گاه می‌گویند: جای تامل وجود دارد که بخواهیم از این روایت اطلاق را استفاده کنیم و بگوییم حضرت در مقام بیان بوده‌اند به خصوص که این روایت مباحث اخلاقی را مطرح می‌کرد و بعید به نظر می‌رسد در این میان به بیان همه جوانب حکم فقهی بحث حدود اشاره داشته باشند:

اینکه امام(ع) در مقام بیان بوده باشد و بخواهد بفرماید هر شبهه‌ای، اعم از جهل تقصیری و یا قصوری، مرکب و یا بسیط و یا شبهه متهم یا شبهه قاضی، با وجود اصول عقلایی مَحْرُزِ موضوع و مثبت حد، حدود را دفع می‌کند، محل تأمل و تردید است. نگاهی به جملاتی که قبل و بعد از این جمله آمده که بیشتر مباحث اخلاقی است تا حقوقی، همچون «گره هر کینه را که از مردم داری بگشای و رشته هر دشمنی را پاره نمای و عذر را بپذیر» و نیز توجه به قرینه وحدت سیاق و ساختار، می‌رساند که نمی‌توان از این جمله - آن گونه که ادعا می‌شود - قاعده درء را استنباط کرد (حاجی ده آبادی و علی عسگری، ۱۳۸۹ش، ص ۷۵-۷۶)

در نقد این اشکال دلالتی می‌توان گفت: اولاً اصل در متکلم حکیم در مقام بیان بودن است و عدم آن نیازمند به دلیل است و با این احتمال که مطرح شد نهایتاً شک می‌شود که آیا متکلم در مقام بیان حکم شرعی بوده است یا در مقام بیان حکم اخلاقی در این صورت به اصل تمسک می‌کنیم. ثانیاً ما از این روایت نمی‌خواهیم همه موارد را استخراج کنیم ما صرفاً می‌خواهیم ثابت کنیم این بخش از روایت از معصوم صادر

شده است مفاد آن که آیا مجمل است یا مبین است آیا اطلاق دارد یا ندارد حتی اگر از این روایت هم بر نیاید روایات دیگر از مبین باشد می تواند اجمال این روایت را حل نماید در نتیجه در مقام بیان نبودن فعلا مضر به بحث نیست.

گاه نیز چنین اشکال مطرح می کنند که: عهدنامه مالک اشتر حکم حکومتی است نه حکم شرعی. زمانی می توان به روایت مذکور به عنوان مستند قاعده در آن نگاه کرد که لسان روایت، لسان بیان حکم شرعی باشد ولی اگر لسان روایت بیان حکم حکومتی باشد یعنی حضرت از این جهت که حاکم بر دولت اسلامی بودند به یکی از استانداران خود چنین دستوری داده اند و از این نمی توان کشف کرد که حکم شرعی چنین است. در این صورت تمسک به این روایت محل اشکال خواهد بود:

ممکن است کسی بگوید آنچه امام(ع) بیان کرده، حکم ولایی و حکومتی و خاص مالک اشتر است نه حکم شرعی؛ زیرا مردم مصر از استاندار منصوب از سوی خلیفه سوم ناراضی بودند و عده ای از ایشان به مدینه آمدند و از خلیفه سوم تعویض و برکناری وی را خواستار شدند و قاضیایی پیش آمد که منجر به کشته شدن خلیفه سوم شد حال امیر مومنان علی علیه السلام استاندار جدیدی را برای مصر انتخاب نموده و در عهدنامه نیز به او دستور می دهد که در اجرای حدود سختگیری مکن و حد را با شبهه بردار زیرا در آغاز ورود به مصر و به دست گرفتن استانداری آن نباید موحبات بدبینی مردم فراهم شود از این رو این دستور یک حکم حکومتی بوده است (حاجی ده آبادی و علی عسگری، ۱۳۸۹ش، ص ۷۶)

در نقد این اشکال هم می توان گفت: هر چند این احتمال وجود دارد ولی احتمالی است که خلاف اصل است و نیاز به مونه زائد دارد در نتیجه دلیل مورد اعتماد و مطمئن لازم دارد و تا قرینه ای بر آن اقامه نشود نمی توان از اصل عدول کرد لذا حکم شرعی بودن آن مطابق اصل است.

به نظر می رسد مهمترین اشکال دلالی تاکید بر قصور دلالی این روایات در باب تعزیر آنها تمرکز بر کلمه الحدود است که در این متون به کار رفته است. واژه حد در روایات به چهار معنا استعمال شده است: احکام و قوانین الهی، مطلق عقوبت، عقوبت معین شرعی، عقوبت غیر معین (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۸۳ش، ج ۴، ص ۸۲). در میان فقها کسی یافت نشده است که معتقد باشد مقصود از الحدود در این روایت، معنای اول

(احکام و قوانین الهی) و چهارم (عقوبت غیر معین) است بلکه باید دو احتمال باقی مانده را پی گیری کرد. شکی نیست هر جا قرینه ای باشد که مقصود از حد را مشخص کند مطابق آن عمل می کنیم ولی بحث در این است که اگر قرینه ای نباشد آیا اصل این است که حد یعنی مطلق عقوبت؟ یا اصل این است که حد یعنی عقوبت معینه؟ هر کدام یک از این دو معنا مطابق اصل باشد اراده دیگری نیازمند به دلیل و قرینه است. در این مقام سه احتمال مطرح است:

احتمال اول: حد مشترک لفظی در عقوبت معین و مطلق مجازات است. مطابق این احتمال اراده هر معنا نیازمند به قرینه است و اگر قرینه ای در کار نباشد کلام مجمل است و نمی توان از آن به نفع هیچ یک استفاده کرد.

احتمال دوم: حد در معنای عقوبت معینه به نحو حقیقت شرعیه یا متشرعه است و در مطلق عقوبت به صورت مجاز به کار رفته است. مطابق این احتمال هر جا حد بدون قرینه به کار رود معنای عقوبت معینه را دارد و صرفاً زمانی می تواند مطلق عقوبت از آن اراده بشود که قرینه صارفه وجود داشته باشد.

احتمال سوم: موضوع له لفظ حد مطلق عقوبت است و اگر بخواهد در عقوبت غیر معین یا عقوبت معین به کار رود از باب استعمال کلی و انطباقش بر یکی از افرادش است. مطابق این احتمال وقتی حد بدون قرینه به کار رود شامل عقوبت معین و غیر معین می شود در نتیجه اگر مقصود از حد در قاعده همین معنا باشد قاعده شامل تعزیرات هم می شود (ر.ک: حاجی ده آبادی و علی عسگری، ۱۳۸۹ش، ص ۴۷)

مطابق احتمال دوم بلاشک، این روایات شامل تعزیر نخواهد بود مگر اینکه قرینه ای وجود داشته باشد پس تعزیرات از دایره معنای حدود خارج خواهد بود. مطابق معنای اول هر چند لفظ دائر است بین اینکه آیا معنای اعم اراده شده باشد یا معنای اخص. در هر دو صورت معنای خاص قدر متیقن است زیرا معنای خاص معنای مطابقی یکی از وضع هاست (وضع حد برای عقوبت معین) و معنای تضمینی وضع دیگر (وضع حد برای مطلق عقوبت) در نتیجه عقوبت خاص و معین قدر متیقن خواهد بود و نسبت به مازاد از این معنا لفظ اجمال داشته و به دلیل عدم صراحت در بقیه، نمی توان به آن استناد جست در نتیجه نمی توان یقین داشت این قاعده شامل تعزیرات هم هست. به عبارتی احتمال اول و دوم از جهت نتیجه (عدم تمسک به عموم قاعده الحدود در

مبحث تعزیرات) با هم مشترک خواهند بود منتهی در اینکه آیا این عدم تمسک به جهت اجمال در لفظ است یا به جهت عدم شمول وضع با هم اختلاف دارند. اما نسبت به احتمال سوم، هر چند مطابق این احتمال، قاعده مذکور شامل تعزیرات می شود ولی نسبت به این احتمال چند ملاحظه وجود دارد: اولاً این مبنا زمانی قابل پذیرش و محتمل است که در روایت هیچگاه تعزیر و حد با هم بکار نرفته باشد زیرا در صورتی که تعزیر و حد به کار رفته باشد یعنی تقابل شی با خودش و مصادقش و چنین امری قابل التزام نیست. در روایاتی واژه حد و تعزیر با هم بکار رفته است و حتی قائلان به احتمال سوم خود تصریح دارند که مقصود از حد در این روایت عقوبت معین است مثل:

حَمَادِ بْنِ عَثْمَانَ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عِ التَّعْزِيرُ كَمْ هُوَ فَقَالَ دُونَ الْحَدِّ قَالَ قُلْتُ دُونَ ثَمَانِينَ قَالَ لَا وَ لَكِنَّهَا دُونَ الْأَرْبَعِينَ فَإِنَّهَا حَدُّ الْمَمْلُوكِ قَالَ قُلْتُ وَ كَمْ ذَاكَ قَالَ قَالَ عَلِيٌّ ع عَلَى قَدْرِ مَا يَرَى الْوَالِي مِنْ ذَنْبِ الرَّجُلِ وَ قُوَّةِ بَدَنِهِ: حماد بن عثمان می گوید: به امام صادق علیه السلام عرض کردم: مقدار تعزیر چقدر است حضرت فرمودند کمتر از حد. گفتم آیا کمتر از هشتاد ضربه شلاق؟ فرمودند نه بلکه کمتر از چهل ضربه شلاق زیرا چهل ضربه حد مملوک است. حماد می گوید از حضرت پرسیدم چه مقدار از آن (نحوه تعیین تعزیر) حضرت فرمودند امیر المومنین علیه السلام می فرمود به میزانی که حاکم پس از ملاحظه جرم و توان مجرم صلاح بداند. (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۱۰، ص: ۹۲)

در نتیجه نمی توان گفت حد به معنای مطلق عقوبت است.

ثانیا خود این اشخاص تصریح دارند که این معنا مخالف با متسالم علیه بین اصحاب است نهایتاً اشکال وارد می کنند که این تسالم بدون دلیل است (محقق داماد، ۱۳۸۳ ش، ج ۴، ص ۷۰)

نسبت به اینکه حد در معنای عقوبت معین حقیقت متشرعه است یا حقیقت شرعیه می توان از اصولی کمک گرفت و ثابت کرد حقیقت شرعیه است در نتیجه احتمال سوم را تضعیف نمود در نتیجه قاعده درء شامل تعزیرات نخواهد بود.

برای اثبات حقیقت شرعیه می توان اصله عدم النقل بهره گرفت. اصله عدم النقل به نوعی یکی از اصول متسالم فیه عقلایی است و یکی از مصادیق بارز استعمال

این اصل، در مبحث وضع است. اگر لفظی در زمان متاخر حقیقت در معنایی بود و شک داشتیم در زمان سابق هم در همین معنا حقیقت داشته است یا معنای موضوع له سابق آن غیر از این معناست و در نتیجه لفظ از آن معنای سابق خود به معنای فعلی منتقل شده است در اینجا علما اصاله عدم النقل را جاری کرده و ثابت می کنند در زمان سابق نیز معنای موضوع له این لفظ همین معنای فعلی است. (ر.ک: سبحانی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص: ۱۶).

این اصاله عدم النقل غیر از استصحاب قهقرائی است که حجیت آن در اصول مورد تردید است (حیدری، ۱۴۱۲ق، ص: ۲۸۵)

در مثال مورد بحث ما می گوئیم در زمان حاضر می دانیم و یقین داریم معنای حد یعنی عقوبت معین شرعی ولی نسبت به معنای زمان شارع شک داریم که آیا همین معنا بوده است یا نه بلکه معنای آن اعم از این معنا است در این صورت شک در معنای موضوع له در زمان شارع را داریم که اصاله عدم النقل می گوید در زمان شارع نیز همین معنا مد نظر بوده است در نتیجه معنای حد ثابت می شود.

با این نکته می توان احتمال سوم را باطل دانست. از میان دو احتمال هر کدام هم مورد پذیرش باشد قاعده شامل تعزیرات نخواهد بود کما اینکه تصریح شد در نتیجه تمسک به الفاظ این قاعده و استفاده از اطلاق آن برای اثبات عمومیت قاعده بی نتیجه خواهد بود کما اینکه برخی چنین تمسکی را دارند (محقق داماد، ۱۳۸۳ش، ج ۴، ص ۷۹).

با توجه به اصاله عدم النقل هم می توان گفت ادعای ایشان در نبود دلیل خاص برای اثبات معنای عقوبت معین مورد تردید خواهد بود.

برآمد

امکان سنجی طراحی قاعده التعزیر یدرء بالشبهه با تکیه بر فرآیند اثبات مقتضی و عدم وجود مانع پیگیری می شود. در این روش با تکیه بر ادله ای همچون نصوص، سیره و عقل به وجود مقتضی برای این قاعده دست یافته و با تکیه بر دلیل هم افزائی میان قواعد عدم مانع و خروج از لغویت بدست می آید در نتیجه با این الگو می توان امکان شکل دهی به قاعده مذکور را استنباط کرد. از جمله نتایج این امکان، تاکید بر نقش تاسیس به نحو مشارکت است بدین معنا که فارغ از گستره قاعده درء نسبت به تعزیرات، می توان به قاعده التعزیر یدرء بالشبهه تمسک کرد و از آن جهت که از امکان نمی توان ضرورت را نتیجه گرفت چاره ای جز این نیست که تاکید گردد بر نقش استقلالی قاعده التعزیر بدون اینکه تصریح بشود بر انحصاری بودن این نقش و یا عدم انحصار لذا تاسیس ناظر به نقش استقلالی آن است و مشارکتی ناظر به سکوت از انحصار و عدم انحصار.

در ضرورت طراحی این قاعده تاکید بر نارسائی قاعده الحدود تدرء بالشبهات در مبحث تعزیر است. امری که در عین پذیرش اجمالی مستند قاعده الحدود بر نارسائی دلالی این قاعده استوار است نظریه ای که از سوی پیشینیان تبیین و اشاره نگردیده است. در تبیین نقصان دلالی، بر کلمه الحدود تمرکز صورت می گیرد و پرسش اصلی این است که اگر قرینه ای وجود نداشته باشد آیا اصل این است که حد یعنی مطلق عقوبت؟ یا اصل این است که حد یعنی عقوبت معینه؟ هر کدام یک از این دو معنا مطابق اصل باشد اراده دیگری نیازمند به دلیل و قرینه است.

در این مقام سه احتمال مطرح است: احتمال اول: حد مشترک لفظی در عقوبت معین و مطلق مجازات است احتمال دوم: حد در معنای عقوبت معینه به نحو حقیقت شرعیه یا متشرعه است و در مطلق عقوبت به صورت مجاز به کار رفته است احتمال سوم: موضوع له لفظ حد مطلق عقوبت است و اگر بخواهد در عقوبت غیر معین یا عقوبت معین به کار رود از باب استعمال کلی و انطباقش بر یکی از افرادش است.

احتمال سوم به جهت مخالفت با تسالم فقهی و قواعد زبانی باطل می گردد در نتیجه از میان دو احتمال اول هر کدام پذیرفته شود قاعده الحدود شامل تعزیرات نخواهد بود در نتیجه تمسک به الفاظ این قاعده و استفاده از اطلاق آن برای اثبات

عمومیت قاعده بی نتیجه خواهد بود کما اینکه برخی چنین تمسکی را دارند. نتیجه مبحث ضرورت طراحی قاعده التعزیر تاکید بر نقش تاسیسی انحصاری است و چنین نخواهد بود که اصل با قاعده الحدود باشد و اگر قاعده ای مثل التعزیر یدرء بالشبهه طراحی گردید این قاعده فرع باشد و نقش تأکیدی داشته باشد و در نتیجه ضرورت طراحی قاعده التعزیر به اثبات نرسد بلکه نهایتاً اولویت شکل گیری آن پذیرفته گردد و حتی چنین نخواهد بود که در مبحث رخ دادن شبهه در اجرای تعزیر، قاعده الحدود دلیل مستقل باشد و قاعده التعزیر نیز دلیل مستقل دیگر تا نقش تاسیسی مشارکتی برای قاعده التعزیر به ذهن خطور کند بلکه از میان این دو قاعده صرفاً التعزیر قابل تمسک است و باید بر نقش تاسیسی انحصاری آن پای فشرده و لزوم طراح ریزی قاعده التعزیر را نتیجه منطقی آن دانست

منابع

۱. آملی، میرزا هاشم، (۱۳۸۶ ق)، *تحریر الأصول، مقرر سید علی فرحی، قم، مکتبه الداوری، چاپ اول.*
۲. ابن ادريس، (۱۴۱۰ق)، *السرائر، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم.*
۳. ابن فارس، ابی الحسین احمد، (۱۳۹۱ق)، *معجم مقاییس اللغة، مصر، مطبعه البابی الحلبي و اولاده.*
۴. ابن منظور، (۱۴۱۴ ق) *لسان العرب، سید جمال الدین میر دامادی، بیروت، دار الفکر- دار صادر، چاپ سوم.*
۵. ایراوانی، محمد باقر، (۱۴۲۸ق)، *دروس تمهیدیه فی القواعد الرجالیه، قم، القلم، چاپ دوم.*
۶. بجنوردی، سید محمد، (۱۳۸۵)، *قواعد فقهیه، تهران، مجد.*
۷. جرجانی، میر سید شریف، (۱۴۱۲ق)، *التعریفات، تهران، ناصر خسرو، چاپ چهارم.*
۸. حائری، سید کاظم، (۱۳۸۱)، *القضاء فی الفقه الاسلامی، قم، مجمع الفکر الإسلامی، چاپ دوم.*
۹. حاجی ده آبادی، احمد و سعیدرضا علی عسگری، (۱۳۸۹)، *قواعد فقه جزائی، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.*
۱۰. حرانی، حسن بن علی ابن شعبه، (۱۴۰۴ق)، *تحف العقول، علی اکبر غفاری، قم، جامعه مدرسین، چاپ دوم.*
۱۱. حیدری، سید علی نقی، (۱۴۱۲ق)، *اصول الاستنباط، قم، لجنة ادارة الحوزة العلمیة بقم المقدسة.*
۱۲. خمینی، روح الله، (۱۳۷۹)، *تحریر الوسیله، قم، دارالعلم.*
۱۳. خوئی، ابوالقاسم، (۱۳۹۴)، *تکملة المنهاج، قم، خرسندی.*
۱۴. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲ق)، *المفردات فی غریب القرآن، صفوان عدنان داودی، دمشق، دارالعلم الدار الشامیة، چاپ اول.*
۱۵. زبیدی، (۱۴۱۴ق)، *تاج العروس، علی شیری، بیروت، دار الفکر.*
۱۶. سبحانی، جعفر، (۱۴۱۴ق)، *المحصول فی علم الاصول، مقرر سید محمود جلالی مازندرانی، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام،*

١٧. سبزواری، **مهذب الأحكام**، (١٣٨٨)، قم، دار التفسير.
١٨. شريف رضى، (١٤١٤ ق)، **نهج البلاغه (للمبجى صالح)**، فيض الإسلام، قم، هجرت، چاپ اول.
١٩. شهيد ثانی، (١٤١٩ ق)، **مسالك الافهام**، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه.
٢٠. شيخ حر عاملی، (١٤٠٩ ق)، **وسائل الشيعه**، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول.
٢١. شيخ صدوق، (١٤٠٦ ق)، **من لا يحضره الفقيه**، بيروت، موسسه الاعلمی.
٢٢. شيخ صدوق، **المقنع**، (١٤١٥ ق)، قم، پیام امام هادی عليه السلام.
٢٣. شيخ طوسی، (١٤٠٧ ق)، **تهذيب الأحكام**، حسن الموسوی خراسان، تهران، دار الكتب الإسلاميه، چاپ چهارم.
٢٤. صاحب بن عباد، اسماعيل بن عباد، (١٤١٤ ق)، **المحيط في اللغة**، تحقيق محمدحسن آل ياسين، بيروت، عالم الكتب.
٢٥. طباطبایي، سيد علی، (١٤٠٤ ق)، **رياض المسائل في بيان الاحكام (شرح كبير)**، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام،
٢٦. عباسعلی عميد زنجانی، (١٣٩٧)، **قواعد فقه**، بخش حقوق خصوصي، تهران، سمت، چاپ اول.
٢٧. علامه مجلسی، (١٤٠٣ ق)، **بحار الأنوار**، بيروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ دوم.
٢٨. غروی، سيد محمد و ياسر مازح، (١٤١٩ ق)، **الفقه على المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت**، بيروت، دارالثقلين.
٢٩. فاضل مقداد، **التنقيح الرائع لمختصر الشرائع**، (١٤٠٤ ق)، قم، مكتبة آية الله العظمی المرعشی النجفی (ره).
٣٠. فراهیدی، خليل بن احمد، (١٣٨٣)، **كتاب العين**، تحقيق مهدي المخزومي، ابراهيم السامرائي و اسعد الطيب، انتشارات اسوه، قم.
٣١. فيومي، احمد بن محمد بن علی المقرئ، (١٤١٤ ق)، **المصباح المنير**، دارالقلم، بيروت.
٣٢. محقق داماد، سسيده مصطفى، (١٣٨٣)، **قواعد فقه**، تهران، نشر علوم اسلامي.

۳۳. مصطفوی، حسن، (۱۴۰۲ ق)، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، مرکز الکتب للترجمه و النشر، تهران، چاپ اول.
۳۴. مظفر، محمد رضا، (۱۳۹۲ ش)، *اصول الفقه*، نشر اسماعیلیان، قم، چاپ بیست و دوم.
۳۵. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۷۰)، *سلسله القواعد الفقهیه*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ اول.
۳۶. نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۰)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار الحیاء التراث العربی
۳۷. نجم آبادی، ابوالفضل، (۱۳۸۰ ش)، *الأصول*، قم، مؤسسه آیه الله العظمی البروجردی، لنشر معالم اهل البيت، چاپ اول.
۳۸. نوری، حسنین، (۱۴۰۸ ق)، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.