

نقش شبهه طریق در اسقاط حدود از دیدگاه اهل سنت

سالم افسری^۱، ابوبکر احمدی^۲

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۸/۱۸، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۴/۱۲)

چکیده

شبهه در اصطلاح فقهی التباس دو چیز به یکدیگر است، به گونه‌ای که محتمل دو حکم باشد. به عبارت دیگر، مورد شبهه‌دار از یک جهت جایز و حلال است، اما از جهتی دیگر حرام است و شبهه طریق که عبارت از اختلاف فقهی ناشی از ادله است، از این جمله است. در شبهه طریق یا اختلاف اجتهادی فقها چون ترجیح هیچ‌کدام از آراء به دلیل تقارب یا تعارض ادله متصور نیست و آرای موجود در مسئله حدی متعارض است، شبهه ثبوت حد عارض می‌گردد و عروض شبهه مستلزم اسقاط حد می‌شود. با توجه به استقراء و احصای دلیل در زمینه شبهه در شریعت اسلامی، مبانی شبهه طریق در اسقاط حدود عبارتند از: اصول احتیاطی، مراعات اختلاف، تعارض ادله و تصویب و تخطئه اصولی. دستاورد این نوشتار که با رویکردی تحلیلی توصیفی شبهه طریق را کنکاش کرده، این است که اختلاف فقهی در مسئله حدی مادام که آرای موجود از قوت دلیل برخوردار باشند موجب اسقاط حد می‌گردد.

کلیدواژه‌ها: شبهه طریق، اسقاط حدود، مراعات خلاف، شذوذ، خطا در اجتهاد.

۱. استادیار گروه فقه شافعی دانشگاه کردستان / salem.afsari@yahoo.com

۲. کارشناس ارشد فقه شافعی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) // a1373.ahmadi@gmail.com

طرح مسئله

قاعده درأ حدود به وسیله شبهات از مهم‌ترین مباحث شرعی در زمینه احکام جزایی است که مأخذ آن همان‌گونه که به نصوص کتاب و سنت برمی‌گردد، به اجتهاد فقهی نیز مرتبط است. مفاد اجمالی قاعده آن است که در موارد تردید در وقوع جرم یا انتساب آن به متهم و یا مسئولیت و استحقاق مجازات وی، اصولاً باید جرم و مجازات را منتفی دانست. اثر شبهه در مرتب بودن آن بر برائت متهم از فعل ارتكابی نمایانگر است که منجر به تغییر وصف تهمت می‌گردد؛ بدین‌گونه که شخص به جریمه یا مجازاتی غیر از آن چیزی که بدان متهم شده، محکوم می‌گردد. اگر ادله ثبوت حکم علیه متهم بین تحلیل و تحریم در تعارض بوده یا اینکه بین به سبب ضعف مدرک برای صدور حکم کافی نباشد، حکم به برائت متهم و اسقاط مجازات صادر خواهد شد. قاعده درأ در فقه اسلامی با اصل برائت متهم که شریعت اسلامی در دو ناحیه مدنی و جنایی بدان توجه داشته و هم‌چنین با اصل تفسیر شک به نفع متهم در نظام جزایی وضعی، پیوندی محکم دارد. باید یادآور شد که اجرای این قاعده منجر به ابطال کامل حدود نمی‌گردد، بلکه قیود یا شروطی را برای اقامه حدود قرار داده و از شدت آن می‌کاهد؛ چرا که ریختن خون مسلمان طبق نصوص کتاب و سنت حرام بوده و ریختن آن جز به یقین مباح نمی‌گردد و یقین در این زمینه شهادت قاطعانه و اقرار خود شخص است، پس در غیر این صورت اگر حاکم در صدور حکم عفو خطا کند بهتر است از اینکه در عقوبت به خطا رود. از آن جایی که شبهه طریق به دلیل فراوانی اختلافات اجتهادی در فقه اسلامی یکی از مهم‌ترین انواع شبهه‌هایی است که موجب دفع حد می‌شود در این پژوهش، ابتدا به تبیین دلایل مشروعیت قاعده «درأ» و سپس مفهوم و انواع شبهه از جمله شبهه طریق و بعد از آن، مبانی قاعده شبهه طریق و سرانجام چند نمونه فقهی به عنوان آثار شبهه طریق و در پایان به نتیجه‌گیری پرداخته خواهد شد.

دلایل مشروعیت قاعده «درأ»

در این مبحث دلایل مشروعیت قاعده «درأ» به عنوان قاعده کلی طرح خواهد شد که شبهه طریق را تحت پوشش قرار می‌دهد. فقهای اسلامی در تأیید مشروعیت قاعده به دلایل زیر استناد کرده‌اند:

۱. احادیث نبوی

فقه‌های مذاهب اسلامی در تأیید مشروعیت قاعده «درأ» به این حدیث استناد کرده‌اند: «ادفعوا الحدود ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله فإن الإمام لأن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة: تا جایی که امکان دارد، حد را از مسلمانان دفع کنید. پس اگر راه گریزی - به جهت فرار از حد - یافتید، او را رها سازید؛ زیرا خطای حاکم در عفو بهتر از خطای او در مجازات است» (ر.ک: دارقطنی، ۱۴۲۴ق، ۶۲/۴). البته این حدیث با طرق و اسانید دیگری روایت شده است (ر.ک: طبرانی، ۱۴۱۵ق، ۳۴۱/۹؛ ابن ماجه، ۱۴۳۰ق، ۵۷۹/۳).

این احادیث هر کدام به تنهایی ضعیف هستند و اما کثرت طرق روایت، اتحاد مضامین و همسویی مفاد آنها با شیوه پیامبر ﷺ و نیز عمل اصحاب و یاران وی به این گونه احادیث موجب شده است که قاعده درأ و اسقاط حدود به واسطه وجود شبهه، صلاحیت و احتیاج یابد و از سوی فقه‌های مذاهب مختلف قاعده‌ای مقبول و موجه تلقی گردد. ضعف مدارک موجود در میان امامیه نیز مطرح است. در کتب روایی این مذهب جز آنچه شیخ صدوق به نحو ارسال و بدون ذکر سند به پیامبر ﷺ نسبت داده هیچ روایتی که دلالت صریح بر اسقاط حد به واسطه شبهه داشته باشد موجود نیست (محقق داماد، ۱۳۹۵ش، ۴۷). با این همه قاعده درأ و عمل به مفاد آن در میان امامیه نیز قبول عام یافته و ظاهراً مخالفی برای آن نیست و لذا بر این مسئله تسالم اصحاب وجود دارد. یعنی تمامی اصحاب امامیه بلکه فقه‌های اسلام به این قاعده استناد کرده‌اند و مطابق آن فتوا داده و در اکثر مسائل جزایی هرگاه شبهه‌ای پیش آمده فقه‌های امامیه گفته‌اند: «لأنه من الشبهة الدائرة» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۱۱۷/۹؛ طباطبایی، ۱۳۸۲ش، ۵۲۳/۱۵). این تسالم از اجماع بالاتر است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵ش، ۱۳۵/۱).

ظاهریه روایت منقول از پیامبر ﷺ (ادراًوا الحدود بالشبهات) را صحیح نمی‌دانند و می‌گویند: اگر حدی ثابت شود، نباید با شبهه آن را ساقط کرد و هم‌چنین شبهه نباید باعث اقامه حد گردد؛ حد، حق الله است و تجاوز از آن جایز نیست. پس اگر حد ثابت نگردد، جایز نیست که با شبهه آن را ثابت کرد؛ زیرا پیامبر ﷺ می‌فرماید: «خونها و مالها و نوامیس شما بر دیگری حرام است» (بخاری، ۱۴۲۲ق، ۵۰/۹). اگر حد ثابت گردید، جایز نیست که با شبهه ساقط شود، چون خداوند می‌فرماید: «تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا: آنها حدود خدا هستند، از آنان تجاوز نکنید» (بقره، ۲۲۹) (ابن حزم، بی‌تا، ۵۸/۱۲-۵۷).

۲. مسامحه در اجرای حدود

از دیگر دلایل مشروعیت قاعده، این است که حدود الهی، مبتنی بر مسامحه است، به دلیل اینکه شارع در بسیاری از جرایم حدی، تسامح و تساهل به خرج داده است. به عنوان نمونه شارع برای اثبات حد زنا که معمولاً در خفا و پنهانی صورت می‌گیرد، شهادت چهار نفر عادل را لازم دانسته است و حال آنکه شهادت چهار نفر با هم و در یک مکان و یک زمان عملاً منتفی است، مگر آنکه شخص زانی آشکارا به ارتکاب جرم زنا اقدام کرده باشد. این شیوه تعامل شارع برای اثبات حد زنا، بیانگر این است که به صرف عروض شبهه حد را نباید اجرا کرد (آمدی، بی تا، ۲/۲۷۱؛ سبکی، ۱۴۱۶ق، ۳/۲۴۱).

درباره موضوع اثبات حدود یا اسقاط آن با شبهه دو دیدگاه متمایز وجود دارد؛ فقهای ظاهریه معتقدند اگر حدی ثابت شود نباید آن را به وسیله شبهه ساقط نمود؛ چرا که حدود از جمله حق الله بوده و تجاوز از آن جایز نیست. اما در مقابل، جمهور فقها با استناد به دلایل نقلی و عقلی با عروض شبهه - شبهاتی که نزد ایشان مقبول باشد - به اسقاط حد پرداخته‌اند. قاعده درآ برگرفته از رویکرد امتناعی شارع در تعیین و اجرای مجازاتهای شدید بدنی در حقوق الله است. لذا به نظر می‌رسد دیدگاه جمهور فقهای مذاهب اسلامی در اسقاط حدود به وسیله شبهه، در رویه کیفرزدایی شارع در تخفیف مجازاتها و به‌ویژه حدود، نهفته است. در پاسخ به اشکال مطرح شده از سوی مذهب ظاهریه نیز می‌توان گفت که مقصود از شبهه موجب اسقاط حدود، شبهه‌ای است که در هنگام اثبات و انتساب عمل به یک شخص عارض می‌گردد و بعد از مرحله ثبوت جرم هیچ شبهه‌ای قابل طرح نیست.

مفهوم شبهه

شبهه در لغت به معنای التباس و همانندی است. وقتی گفته می‌شود: «شبهه علیه الأمر تشبیهاً»، یعنی امر بر او ملتبس گشت (فیروزآبادی، ۱۴۲۶ق، ۱۲۴۷؛ حسینی زبیدی، بی تا، ۴۱۱/۳۶).

۱. شبهه در اصطلاح

فقه‌های مذاهب اسلامی تعاریفات متنوعی را از مفهوم «شبهه» ارائه داده‌اند. برخی از فقه‌های حنفیه در تعریف شبهه آورده‌اند: «ما یشبه الثابت و لیس بثابت» (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۱۸۰/۳؛ ابن‌عابدین، ۱۴۱۲ق، ۱۸/۴)، یعنی شبهه چیزی است که به امر ثابت و روشنی شباهت دارد و حال آن‌که ثابت و روشن نیست. ماوردی از فقه‌های شافعیه در تعریف شبهه آورده است: «الشبهه ما اشتبه حکمه بالإختلاف فی اباحتها» (ماوردی، ۱۴۱۹ق، ۲۱۹/۱۳)، شبهه آن است که حکمش به سبب اختلاف در مباح بودن آن، مشتبه گشته است. حنابله در تعریف شبهه آورده‌اند: «وجود المبیح صورة مع انعدام حکمه او حقیقته» (ابن‌قدمه، ۱۳۸۸ق، ۵۵/۹)، شبهه عبارت است از وجود سبب اباحه‌گر در ظاهر با وجود انعدام حکم یا حقیقت آن. فقه‌های امامیه هم در تعریف اصطلاحی شبهه اختلاف نظر دارند. برخی گفته‌اند: منظور از شبهه در فقه و در قاعده «درأ» 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 هم معتقدند که شبهه یعنی قطع به حلیت و اباحه آن‌چه در واقع حرام است. عده‌ای نیز آن را به ظن و گمان تفسیر نموده‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۵ش، ۵۱).

این تعاریفات خالی از عیب و نقص نیست، چرا که بعضی مشمول تعریف لغوی و بعضی نیز در تعریف معنای عام شبهات داخل می‌گردد. بعضی دیگر جامع بسیاری از شبهات مذکور در تعریف فقها نیست. بنابراین، شبهه را می‌توان با توجه به رویکرد فقهی و مقاصدی شریعت این‌گونه تعریف کرد: «حال تخل بکمال احد الأركان او الشروط التي يتوقف عليها العقاب» (عوض، ۱۴۰۳ق، ۶۴). شبهه عبارت است از حالتی که به کمال یکی از ارکان یا شروطی که مجازات متوقف بر آن است، خلل وارد می‌نماید.

۲. اقسام شبهه در فقه اسلامی

جمهور فقها اعم از حنفیه، مالکیه، شافعیه، برخی از حنابله، و امامیه اهتمام ویژه‌ای به تقسیم‌بندی شبهات، بیان انواع و آثار مترتب بر آن داشته‌اند. در این میان نقش فقه‌های حنفیه و شافعیه پررنگ‌تر است و دیگر مذاهب فقط به بیان اینکه چه چیزی شبهه است و چرا آن را شبهه می‌دانند، اکتفا کرده‌اند. اما در مجموع، همگی اتفاق نظر دارند که شبهات قابل شمارش و حصر نیستند، زیرا غالباً بر اساس وقایع و پیشامدها شبهه به وجود می‌آید و این وقایع را نمی‌توان حصر کرد.

۲-۱. شبیهه فعل

تسمیه این شبهه نزد فقهای حنفیه مطرح است، هر چند که در مفهوم و مصادیق ممکن است با بعضی دیگر از شبهات هم معنی باشد. این شبهه در حق کسی جاری و اعمال می‌شود که حلیت و حرمت فعل بر او مشتبه شده باشد و دلیلی که حلال بودن عمل را افاده کند موجود نباشد. مانند کسی که با همسر سه طلاقه و زنی که با بذل مال، طلاق بائن شده است، جماع کند (مرغینانی، بی تا، ۳۴۴/۲).

۲-۲. شبیهه محل

حنفیه از این شبهه به شبهه «حکمی» یا «ملک» نیز تعبیر کرده‌اند. و در نزد دیگر فقها شبهه مفعول نیز نامیده شده است. شبهه در محل این است که کسی گمان کند در فلان محل، حق دخل و تصرف دارد حال آنکه آن محل، نسبت به او این گونه نیست؛ مانند اینکه کسی مالی را با گمان اینکه مال پدرش است، اخذ کند و در آن، دخل و تصرف نماید در حالی که مال مذکور از آن شخص دیگری باشد (مرغینانی، بی تا، ۳۴۴/۲؛ ابن حجر هیتمی، ۱۳۵۷ق، ۱۰۳/۹).

۲-۳. شبیهه فاعل

به شبهه‌ای گفته می‌شود که در ذهن فاعل و انجام‌دهنده یک فعل، اشتباه و التباس حاصل شود، مانند کسی که با زنی بیگانه به گمان اینکه زنی است همخوابی کند (ابن شاس، ۱۴۲۳ق، ۳/۱۱۴۶؛ غزالی، ۱۴۱۷ق، ۶/۴۴۳).

۲-۴. شبیهه عقد

برخی فقهای حنفیه افزون بر دو شبهه فعل و محل، شبهه دیگری را به دو شبهه دیگر افزوده‌اند که شبهه عقد نام دارد و بر این باورند که ابوحنیفه قائل به این شبهه بوده است (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ۴/۲۵). لیکن اکثر پیروان ابوحنیفه قائل به «شبهه عقد» نیستند و در این موضوع مانند بقیه فقها نظر داده‌اند (عوده، ۱۳۹۴ش، ۲/۴۲۱). این شبهه به وسیله عقد ثابت می‌گردد، هر چند که فقها متفق بر تحریم عقد و عاقد عالم بر تحریم باشند. پس حدی بر کسی که با زنی که بر او محرم بوده و عقد نکاح با او بسته است، وجود ندارد و صورت اباحه‌کننده در چنین مثالی همان وجود عقد است که مانع اجرای حد بر شخص

جماع‌کننده شده است. بسیاری از علما نقدهای تندی را متوجه ابوحنیفه به دلیل عقیده داشتن به چنین شبهه‌ای مطرح نموده و حتی قائل به این شده‌اند که او زنا را مباح دانسته است.

در فقه امامیه، شبهه گاهی مربوط به حکم است و گاهی مربوط به موضوع. بر همین اساس شبهات به دو قسم کلی حکمیه و موضوعیه تقسیم می‌شوند (صدر، ۱۴۱۲ق، ۱۳۴/۱؛ محقق داماد، ۱۳۹۵ش، ۵۴). منظور از شبهه حکمیه آن است که حکم کلی چیزی مورد تردید باشد؛ مثلاً به علت فقدان نص معتبر در ممنوعیت عملی مانند استعمال دخانیات تردید می‌شود. مقصود از شبهه موضوعیه آن است که شخص حرمت و ممنوعیت عمل را می‌داند، ولی جهل به موضوع حکم دارد؛ مثلاً می‌داند که شرب خمر در اسلام حرام است و ولی نمی‌داند که مایع حاضر از مصادیق خمر است یا آب (محقق داماد، ۱۳۹۵ش، ۵۵).

تقسیمات یادشده گاهی از جهت معنی تداخل دارند، یا اینکه یکی از آنها با بقیه شبهات در مذهب دیگر مترادف است، یعنی گاهی حقیقت متفق، ولی تسمیه مختلف است و بالعکس. یا ممکن است برای یک شبهه در یک مذهب بیشتر از یک تسمیه وجود داشته باشد، برای مثال آنچه شافعیه و دیگران از آن به شبهه فاعل یاد کرده‌اند، حنفیه آن را شبهه فعل، اشتباه و یا مشابهت نام نهاده‌اند و همگی در تسمیه شبهه محل متفقند، هر چند که حنفیه از آن به شبهه حکمیه یا شبهه ملک نیز یاد کرده‌اند. هم‌چنین شبهه فعل در نزد حنفیه شباهت زیادی با شبهه طریق و یا جهت نزد شافعیه دارد. هر چند در این میان ابوحنیفه، در اعتقاد به شبهه عقد، منفرد است.

مفهوم شبهه طریق

شبهه طریق، همان اختلاف فقهاست در حکم یک مسئله فقهی که نزد گروهی از ایشان حلال و نزد گروه دیگر حرام می‌باشد که در همه این‌گونه اختلافات اجتهادی، حد قابل اجرا نیست (سیوطی، ۱۴۱۱ق، ۱۲۳؛ رافعی قزوینی، ۱۴۱۷ق، ۱۱/۱۴۶). پس هر عملی که در جواز و یا حرمت آن اختلاف نظر باشد، در آن شبهه ایجاد شده و شبهه حد را ساقط می‌کند (عوده، ۱۳۹۴ش، ۲/۴۱۹). این شبهه، شبهه جهت نیز نام گرفته است (نوی، ۱۴۱۲ق، ۱۰/۹۳؛ رافعی قزوینی، ۱۴۱۷ق، ۱۱/۱۴۷). فقها در بحث از شبهه طریق بیشتر مثالها را متوجه نکاح شبهه‌دار کرده‌اند - نکاحی که بعضی از فقها آن را زنا و دیگران جایز

دانسته باشند- و قلمداد کردن این اختلاف به عنوان شبهه مسقط حد، نمایانگر است، هر چند در مواردی عمل به شبهه طریق را به سایر حدود نیز تسری داده‌اند. بنابراین در هر نکاحی که محل اختلاف فقهاست، عمل نزدیکی به عنوان زنا مستلزم حد به شمار نمی‌آید، بلکه وجود اختلاف در جواز این نوع ازدواجها به عنوان شبهه مانع اجرای حد بر شخص فاعل تلقی می‌گردد (زیدان، ۱۳۹۵ش، ۲۳۲).

این مسئله نزد اهل سنت به‌ویژه در دو مذهب مالکی و شافعی سبب شده که در بیشتر مواردی که حرمت و حلیت یا صحت و بطلان فعل از نظر فقهی و اجتهادی محل اختلاف است، از مصادیق شبهه و تردید در شمول نصوص مفید حرمت و بطلان به شمار آیند. بدون آنکه تصور ذهنی و مذهب مورد تقلید متهم و حتی مذهب و اجتهاد حاکم مورد نظر باشد. مبنای شبهه طریق ظاهراً این است که درستی مذهب مخالف هم‌چون نادرستی مذهب موافق همیشه محتمل است. هیچ مجتهدی نمی‌تواند صحت اجتهادات خود و بطلان آرای مخالفین را تضمین کند، هر چند به درستی نظر خود و نادرستی نظر مخالف معتقد باشد.

جوینی گوید: «قاعده معتمد در مذهب بر این است که هر نکاحی را که امامی از ائمه حکم به صحیح بودن آن داده باشد- گرچه چنین نکاحی نزد شافعیه حرام و در حکم زنا باشد- اگر در این حالت وطی هم صورت بگیرد، حکم مذهب بر سقوط حد از چنین شخصی است، هر چند که شخص اقدام‌کننده معتقد به حلیت وطی در چنین حالتی نباشد» (جوینی، ۱۴۲۸ق، ۲۰۷/۱۷). ابن‌قدامه حنبلی نیز می‌گوید: «حد در نکاح مختلف فیه مانند نکاح متعه، شغار، تحلیل و نکاح بدون ولی و شهود ثابت نمی‌گردد و این قول اکثر اهل علم می‌باشد؛ چرا که اختلاف در حلیت وطی منجر به ایجاد شبهه گشته و حدود به وسیله شبهات ساقط می‌گردند» (ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ۵۷/۹).

مبانی نظری شبهه طریق

شبهه طریق مانند هر قاعده یا نظریه فقهی دیگری، چهارچوب و مبانی نظری دارد که در این بخش به شرح و بررسی آنها پرداخته می‌شود.

۱. مراعات خلاف

فقها و عالمان دین توجه و اهتمام ویژه‌ای به مراعات خلاف، هم از جنبه تفریع و تخریح فروع و هم از جنبه نظری داشته‌اند. مراعات خلاف گرچه در تمام مذاهب اهل سنت اعمال و اجرا شده است، اما از لحاظ نظری مذهب مالکیه و شافعیه بیش از دیگران به آن پرداخته و بها داده‌اند (افسری، ۱۳۸۸ش، ۱۳۸-۱۰۹).

شبهه طریق پیوندی محکم با قاعده مراعات خلاف داشته و مصادیق آن با مصادیق مراعات خلاف ارتباط تام دارد. محققان و علمای مذاهب مختلف تعاریف مختلفی از مراعات خلاف ارائه داده‌اند. «ابن عرفه» در تعریف مراعات الخلاف می‌نویسد: «اعمال دلیل فی لازم مدلوله الذی عمل فی تقيضه دلیل آخر»؛ «مراعات خلاف عبارت است از اعمال دلیل در لازم مدلولش که در تقيض آن، دلیل دیگری اعمال شده است» (ونشیرسی، ۱۹۹۵م، ۳۷۱/۶). همان‌گونه که واضح است، این تعریف دارای پیچیدگیهای زیادی است. شاید بهترین تعریفی که از مراعات خلاف ارائه شده و با بحث شبهه طریق ارتباط تام داشته باشد، تعریف «محمد حسن خطاب عمار» است. او می‌گوید: «الإعتداد بالرأی المعارض لمسوّغ هو المراجعة»؛ «مراعات خلاف همان اهمیت دادن و ملاحظه قرار دادن رأی مخالف به خاطر مجوز شرعی است» (سعیدی، ۱۴۲۴ق، ۷۸). مقصود از «اعتداد» همان ملاحظه کردن و اعتبار دادن به رأی مخالف چه به طور کلی یا جزئی است و رأی معارض برای اینکه محقق گردد باید رأی معارض وجود داشته باشد. رأی معارض درحقیقت همان قولی است که مجتهد قبل از مراعات خلاف بدان اعتقاد دارد. و رأی معارض همان رأی مخالف است که بدان عدول و عمل می‌شود. اما مسوغ و مجوز برای انتقال و عدول از عمل کردن به مرجوح یا احتیاط است یا تیسیر و تساهل. به عنوان مثال، نکاح شغار در مذهب مالکیه، شافعیه و حنابله فاسد و باطل است و اما در مذهب ابوحنیفه صحیح است. حال اگر چنین نکاحی واقع شود، به فساد آن حکم می‌شود اما خلاف ابوحنیفه در مورد ثبوت ارث و نسب و دیگر آثار شرعی مراعات می‌گردد. در این مثال قول امام مالک و شافعی مبنی بر فساد نکاح شغار و عدم ترتب آثار شرعی بر آن، همان رأی معارض است و قول ابوحنیفه راجع به صحت نکاح شغار و ترتب آثار شرعی بر آن همان رأی معارض است و مسوغ و مجوز در این مثال همان تیسیر و تساهل و دفع حرج است.

قبا ب گوید: حقیقت مراعات خلاف همان عمل کردن به حکم هر دو دلیل است. او در توضیح تعریف مذکور می‌گوید: «برخی از دلایل شرعی قوت آنها به گونه‌ای روشن است که ناظر در آنها به صحت یکی از دو دلیل و عمل کردن به یکی از دو اماره، جزم و قطع پیدا می‌کند که البته در این حالت، مراعات خلاف معنا و مفهومی ندارد. اما برخی دیگر از ادله به گونه‌ای هستند که یکی از دو دلیل قوی و یکی از دو امارت، راجح است اما نه بدان گونه که ناظر در آن، جزم و قطع پیدا کند، بلکه در این حالت، دل و عقل ناظر متحیر و متردد گشته و نسبت به مقتضای دلیل دیگر میل پیدا می‌کند که مراعات خلاف در این گونه موارد، نیک و پسندیده است» (ونشریسی، ۱۹۹۵م، ۶/۳۸۸).

بیشتر قائلان به مراعات خلاف، آن را از حیث فعل به یک حالت خاصی مقید نکرده‌اند بلکه از نظر آنان ضابطه مراعات خلاف همان قوی و موجه بودن دلیل مخالف است. اما در مذهب مالکیه، بسیاری از فقها میان حالت قبل از وقوع و بعد از آن، فرق قائل شده‌اند. برخی از آنان خلاف را قبل از وقوع فعل بنا بر اصل احتیاط مراعات کرده و برخی دیگر خلاف را پس از وقوع بنا بر ملاحظه قرار دادن مصلحت و معتبر دانستن پیامدها - اعتبار مآل - که دلیل مخالف نسبت بدان از قوت کافی برخوردار می‌گردد، مراعات کرده‌اند (بلکا، ۱۴۲۴ق، ۳۳۱-۳۳۲). در واقع پیوند بین مراعات خلاف و شبهه طریق طبق دیدگاه مالکیه از نوع خلاف پس از وقوع و اعتبار مآل است.

با توجه به این توضیح، ارتباط بین شبهه طریق و مراعات خلاف آشکار می‌گردد؛ چرا که هم در بحث مراعات خلاف و هم در شبهه طریق موضوع حول اختلافات اجتهادی مذاهب است، آن هم اختلافی که راجع به مسائل اجتهادی و ادله ظنی و متعارض باشد. در واقع باید رأی معارض یا مرجوح یارای مقابله با رأی معارض و راجح را داشته باشد وگرنه چنانچه ضعف مدرک عیان باشد، دلیل مخالف نادیده گرفته شده و نباید مراعات شده و به عنوان شبهه مسقط حد در نظر گرفته شود.

۲. احتیاط

«بلکا» در تعریف اصطلاحی احتیاط گوید: «احتیاط عبارت است از انجام فعل به خاطر احتمال وجوب و یا ترک فعل به خاطر احتمال تحریم» (شامی، ۱۴۳۶ق، ۳۴). اما مناسب ترین تعریف از احتیاط که متناسب با بحث شبهه هم باشد این تعریف است: «انجام دادن

یک فعل در هنگام شک معتبر به خاطر احتمال امر به آن، یا ترک یک فعل به خاطر احتمال نهی از آن» (همان، ۳۵). تفاوت این تعریف با تعریف پیشین در قید «شک مورد اعتبار» است.

شوکانی می‌گوید: «اگر عالمان دین درباره یک شیء اختلاف کنند و عالمی بگوید آن حلال است و فقیه دیگری بگوید آن حرام است و هر کدام از آن دو فقیه از نظر مقلد در یک رتبه علمی باشند، در این حالت شک و تردیدی وجود ندارد که درباره آن شیء محل اختلاف نباید گفت که آن حلال آشکار یا حرام آشکار است و هر چیزی که حلال آشکار یا حرام آشکار نباشد، بدون شک در زمره شبهات جای دارد» (بلکا، ۱۴۲۴ق، ۲۶۸). برای مثال شافعیه به خاطر احتیاط، آثار شرعی از جمله: نگه داشتن عده، ثبوت نسب و حرمت مصاهره و ثبوت مهرالمثل را در نکاح فاسد مانند نکاح بدون ولی یا بدون شهود یا نکاح شغار مترتب ساخته‌اند و خلاف را پس از وقوع، مراعات کرده و دلیل مخالف را راجح دانسته‌اند؛ زیرا ترجیح با کمترین محرک و برانگیزاننده ظن حاصل می‌گردد (نوی، بی تا، ۳۷۸/۹).

در واقع ارتباط میان احتیاط با بحث اختلافات اجتهادی از نوع مراعات قبل از وقوع فعل است. با این توضیح که: مجتهد پس از اجتهاد، دلایل مخالف را قوی دانسته و آن را بر جهت احتیاط مراعات کرده و بر اساس رأی اجتهاد مخالف حکم می‌دهد و مقتضای آن قبل از شروع فعل را جایز می‌داند. بنابراین می‌توان چنین گفت که احتیاط پرهیز از شبهه است و از جمله انواع شبهه‌ها اختلاف علماست.

۳. تعارض ادله

گاهی اصول یا دلایل و قواعد در نظر مجتهد متعارض می‌گردد و این تعارض هم‌چنان ادامه پیدا می‌کند تا آنکه به شبهه تبدیل گردد. غزالی می‌گوید: «دلایل شرع متعارض می‌گردد، مانند تعارض دو عام در قرآن یا سنت یا تعارض دو قیاس یا تعارض قیاس و عموم که تمام این موارد موجب شک است» (غزالی، بی تا، ۱۱۵/۲). گاهی ممکن است در یک مسئله دو وجه متعارض گردد؛ وجه اباحه و وجه تحریم که این تعارض یا به اصل مأخذ مسئله مانند دو حدیث متعارض یا دو قیاس یا به تطبیق صورت حادثه با دو حکم اباحه و تحریم که در شریعت مقرر گردیده است برمی‌گردد و در این حالت رابطه میان انسان و پروردگار جز با ترک چنین مواردی و عمل کردن به موارد خالی از شبهه، خالص

و پاک نمی‌گردد (دهلوی، ۱۴۲۶ق، ۲/۱۵۶). بنابراین می‌توان چنین گفت که تعارض ادله، شبهه است و اختلاف فقها به تعارض ادله برمی‌گردد و اگر این دو مسئله را در قالب منطقی قرار بدهیم، این نتیجه به دست می‌آید که اختلاف فقها موجب شبهه است. هم‌چنین شبهه طریق و اختلافات اجتهادی ارتباطی تام با بحث تصویب و تخطئه اصولی دارند. برای فهم این ارتباط لازم است به تعریف تصویب و تخطئه اصولی پرداخته شود.

۴. تصویب و تخطئه اصولی

تصویب و تخطئه یکی از مباحث علم اصول فقه است. این اصطلاح بیان می‌دارد که آیا همه اجتهادهایی که توسط مجتهدین صورت می‌گیرد، برحق و صوابند؟ یا تنها یک اجتهاد از میان آنها صواب و مابقی در زمره تخطئه قرار می‌گیرند. در صورت اختلاف اهل اجتهاد در حکم فقهی یک موضوع آیا همه آرای مطرح‌شده را باید صائب و قابل انتساب به شارع دانست و آن را حکم الله خواند؟ یا باید گفت حقیقت واحدی وجود دارد و رأی منطبق با آن حق و صائب و مابقی خطا و غیرقابل انتساب به شارعند؟

در اصطلاح اصولیون تصویب، حکم دادن به درستی تمام آرای مجتهدان در یک حکم شرعی است. یا متعدد بودن حق در یک مسئله را تصویب گویند (غزالی، ۱۴۱۳ق، ۳۵۲/۱). تخطئه نیز عبارت است از اینکه در میان اجتهادهای صورت‌گرفته، تنها یک اجتهاد صواب و برحق باشد و مابقی خطا تلقی شوند (همانجا).

در صورت پذیرش هر دو قول تصویب و تخطئه اختلافات اجتهادی قابل مراعات است؛ چه اگر قائل به تصویب باشیم، در این صورت چون قول دیگری نیز برحق است، لذا پذیرش اختلافات دیگران به‌راحتی قابل مراعات و پذیرش است، چه آنکه قول مجتهد دیگر نیز صواب است. قاعده: «لا ینکر المختلف فیه و انما ینکر المجمع علیه»؛ «امری که در آن اختلاف وجود داشته باشد، منطقیاً با انکار مواجه نمی‌شود، اما امری که در آن اجماع وجود دارد را می‌توان انکار نمود.» نیز، مفید همین معنی است (سیوطی، ۱۴۱۱ق، ۱۵۸). دیگر اینکه اعتبار هیچ مذهب فقهی فراتر از دیگر مذاهب نیست، به دلیل اینکه اختلافات اجتهادی مبتنی بر ظنون است و ظنون، همسان و برابرند. و در صورت قائل بودن به تخطئه نیز برای برای مجتهد قائل به خطا بودن نظر دیگر مجتهد، از باب احتیاط و تورع لازم

است که به دلایل دیگران نظر افکنده تا مبدا که حق و حقیقت در نظر مخالف باشد یا دلایل دیگری هر چند که مرجوح بوده اما از قوت قابل قبول برخوردار باشد.

۵. ضابطه شبهه مسقط حد در بحث شبهه طریق

همه شبهات در یک مرتبه نیستند؛ برخی از این شبهات در نهایت قوت بوده و برخی دیگر در نهایت ضعف قلمداد می‌شوند. برخی دیگر نیز متردد بین قوت و ضعف هستند. فقهای شافعی و بعضی از فقهای مالکیه به این تقسیم‌بندی اهتمام ورزیده‌اند و گاهی نیز در تعلیل بعضی از احکام نمونه‌هایی از این تقسیم‌بندی نزد حنفیه و حنابله به چشم می‌خورد. سبکی گوید: «ضابطه شبهه مؤثر در اسقاط حد این است که ناشی از تقابل ادله باشد و نه مجرد اختلاف اهل علم» (سبکی، ۱۴۱۱ق، ۳۸۱/۱). همچنین مأخذ و دلیل مخالف باید به گونه‌ای باشد که در زمره خطا و شذوذات به شمار نیاید؛ چه، اگر دلیل مخالف، ضعیف و از مأخذ و دلایل شرع به دور باشد، در زمره خطا و لغزش و نه خلافیات اجتهادی به شمار می‌آید. بر همین اساس است که خلاف ابوحنیفه مبنی بر عدم اجرای حد در قتل به وسیله «متقل» و در نظر گرفتن آن به عنوان شبهه دافع حد، غیرقابل مراعات است، زیرا دلیل این قول ضعیف و سست است (همانجا). بنابراین خلاقی قابل مراعات است که از دلیل قوی برخوردار باشد. مقصود از قوت مدرک - دلیل قوی - آن است که موجب توقف ذهن در نزد آن گردد و انسان فرهیخته بدان متمایل شود.

قوت مدرک و مأخذ با نزدیک بودن ادله منضبط می‌گردد؛ بدین گونه که رأی مخالف آن‌چنان به دور از مأخذ و دلایل شرع نباشد و جز مواردی که حکم آنها نقض می‌گردد به - شمار نیاید؛ زیرا اگر جزو موارد نقض حکم باشد، فاقد اعتبار خواهد بود. بنابراین خلاف عطاء بن ابی‌رباع در مورد مباح بودن همبستر شدن با کنیزان به وسیله عاریه، غیرقابل - مراعات است، چرا که از دلیل ضعیفی برخوردار است (همانجا). همچنین اگر مسلمانی یک شخص ذمی را به قتل برساند و ولی آن ذمی، مسلمان قاتل را به قتل برساند، ولی ذمی قصاص می‌شود و به رأی ابوحنیفه در این مسئله نباید توجه کرد که گفته است: مسلمان در برابر ذمی قصاص می‌شود، چرا که رأی مذکور، غیرقابل مراعات است، زیرا دلیل رأی

ابوحنیفه ضعیف است.^۳ هم‌چنین بر شخص شارب نبیذ- شراب غیرانگور- حد شراب، اجرا می‌شود و بر خلاف نظر ابوحنیفه، شبهه طریق به‌شمار نمی‌آید، زیرا مبنای خلاف ابوحنیفه ضعیف است، به دلیل آنکه با نص صریح تحریم خمر در تضاد است^۴ (قرافی، بی- تا، ۲۱۵/۱؛ ماوردی، ۱۴۱۹ق، ۴۰۵/۱۳؛ انصاری، بی‌تا، ۱۵۹/۴).

ابن عبد السلام نیز می‌گوید: «در موارد خلافاً اگر ادله نزدیک به هم باشد به گونه‌ای که قول مخالف آن‌چنان به‌دور و ضعیف نباشد، خروج از این‌گونه اختلاف به دلیل بر حذر ماندن از اینکه مبدا صواب در جانب مخالف باشد، مستحب است» (ابن‌عبدالسلام، ۱۴۱۴ق، ۲۵۴/۱)

۳. جمهور فقهای مالکیه، شافعیه، و حنابله معتقدند که فرد مسلمان در ازای قتل ذمی کشته نمی‌شود و اما حنیفه گفته‌اند: مسلمان با قتل ذمی، قصاص می‌شود. جمهور به عدم همسانی میان مسلمان و ذمی استناد کرده و گفته‌اند: بر اساس آیه: «الحر بالحر و العبد بالعبد: آزاد عوض آزاد و بنده عوض بنده» (بقره، ۱۷۸). همسانی واجب است. این در حالی است که مسلمان همسان کافر نیست. هم‌چنین بخاری روایت کرده که پیامبر ﷺ فرمود: «لا یقتل مسلم بکافر» (بخاری، ۱۴۲۲ق، ۱۲/۹). «هیچ مسلمانی به علت قتل کافری کشته نمی‌شود» و این نص صریح است در عدم قصاص مسلمان در صورت به قتل رساندن ذمی (ابن‌رشد حنفیه، ۱۴۲۵ق، ۱۸۱/۴؛ ابن‌شاس، ۱۴۲۳ق، ۱۰۹۶/۳؛ نووی، ۱۴۱۲ق، ۱۵۰/۹؛ ابن‌قدمه، ۱۳۸۸ق، ۲۷۳/۸). اما حنیفه به اطلاق آیات «کُتِبَ عَلَیْکُمُ الْقِصَاصُ فِی الْقَتْلِ: درباره کشتگان بر شما قصاص مقرر شده است» (بقره، ۱۷۸) و «وَكُتِبْنَا عَلَیْهِمْ فِیْهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ: بر آنان مقرر کردیم که جان در برابر جان» (مائده، ۴۵) استناد کرده‌اند (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۳۷/۷).

۴. مالکیه، شافعیه، حنابله و محمد بن حسن شیبانی شاگرد ابوحنیفه معتقدند که فرقی بین خمر گرفته- شده از انگور و غیر آن از انواع نبیذ وجود نداشته و اگر شخصی آن را بنوشد، خواه کم باشد یا زیاد به دلیل حدیث: «ما اسکر کنیره فقلیله حرام: آنچه مقدار زیاد آن مستی‌آور باشد، مقدار کم آن نیز حرام است» (دارقطنی، ۱۴۲۴ق، ۴۵۷/۵). ابن‌حجر نیز در فتح الباری این حدیث را صحیح دانسته است (ابن- حجر عسقلانی، ۱۳۷۹ق، ۴۳/۱۰). اما ابوحنیفه معتقد است که شرب نبیذهای غیر از انگور حلال بوده مگر اینکه شخصی با آن به مستی افتد، به دلیل حدیث ابن‌عباس: «حرمت الخمره بعینها قلیلها کثیرها و المسکر من کل شراب» (قرشی اطرابلسی، ۱۴۰۰ق، ۷۴). خمر به عینه چه کم و چه زیاد آن حرام بوده، هم‌چنین هر شراب مستی‌آوری حرام است. قول جمهور برگزیده است چرا که حدیث نسائی موقوف بوده و علماء رأی به ضعیف بودن آن داده‌اند. احمد بن حنبل گوید: در مورد رخصت در سکریات، حدیث صحیحی وجود ندارد (طیار و دیگران، ۱۴۳۲ق، ۱۴۹/۷).

پس شرط اجرای شبهه آن است که مبتنی بر دلیل قوی باشد و خلاصه سخن این است که خلاقی معتبر و شایسته مراعات است که جزو موارد ظنون و محل اجتهاد باشد، به گونه‌ای که میان اطراف آن از جهت ثبوت دلایل یا از جهت مقتضیات آن دلایل یا از جهت اینکه کدام یک مقصود شارع را محقق می‌سازد، تردید حاصل گردد و بنابراین هر خلاقی که جزو این موارد نباشد، به کارگیری دلیل شرعی در مورد آن واجب است و خلاف شاذ و ضعیف به دلیل ضعیف بودن و سستی مآخذ نیازی به نقد و رد ندارد.

ممکن است این سؤال در ذهن برخی مطرح گردد که «اختلاف» از چه جهتی شبهه به-شمار می‌آید به گونه‌ای که مستلزم پرهیز و خودداری از آن می‌گردد؟ در جواب این سؤال باید گفت که مردد بودن ظن میان دو طرف نفی و اثبات در صورتی که آن ظن در هیچ کدام از آن دو جهت، تقویت نگردد، به تساوی احتمالات مستلزم احتیاط یا توقف در مورد صحیح می‌انجامد (افسری، ۱۳۸۸ ش، ۱۷۱). شاطبی درباره زمینه اجتهاد معتبر و مردد میان دو طرف احتمال بدون آنکه یکی از دو جهت راجح و تقویت شده باشد، تعبیر ظریف و دقیقی دارد. او می‌گوید: «مجال اجتهاد معتبر آن جایی است که میان دو طرف مردد باشد و قصد شارع در آن دو یعنی در جهت اثبات و در جهت نفی، واضح و روشن است اما به هیچ کدام از جهت نفی یا جهت اثبات به طور جزم و قطعی قابل الحاق نیست. زیرا مراتب ظنون در نفی و اثبات از لحاظ شدت و ضعف متفاوت است؛ به گونه‌ای که سرانجام یا به علم یا به شک منتهی می‌گردد، جز اینکه این احتمال گاهی در یکی از دو جهت، قوت می‌یابد و گاهی قوت نمی‌گیرد، که در این حالت یعنی اگر قوت نگیرد آن در زمره متشابهات می‌باشد. بنابراین، شبهه ناشی از این اصل آن است که قسم متشابهات ترکیبی از تعارض میان نفی و اثبات است؛ زیرا اگر متعارض نمی‌بودند، جزو واضحات به شمار می‌آمدند (شاطبی، ۱۴۱۷ ق، ۵/۳۴۴).

برای تبیین قاعده شبهه طریق و آثار مترتب بر آن از جمله اسقاط حد، اختلاف فقها در نکاح بدون ولی و جواز یا عدم جواز استعمال شرب خمر به قصد درمان بررسی می‌شود.

اختلاف فقها در نکاح بدون ولی

دیدگاه مالکیه، شافعیه و حنابله بر این است که چنین نکاحی صحیح نیست و اگر زن به غیر اذن ولی، خود را به نکاح دیگری در آورد، نکاحش باطل است (ابن رشد حفید، ۱۴۲۵ ق، ۳/۳۶؛ نووی، ۱۴۱۲ ق، ۷/۵۰؛ عثیمین، ۱۴۲۲ ق، ۱۱/۲۰۴). اما ابوحنیفه معتقد

است که زن بالغ و عاقل می‌تواند بدون ولی، خودش را به نکاح دیگری در آورد (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ۱۰/۵). جمهور فقها در تأیید رأی خود به دلایل زیر استناد کرده‌اند:

۱. دلایل جمهور فقها

۱-۱. قرآن

الف) خداوند متعال می‌فرماید: «فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ» مانع آنان نشوید که با همسران سابق خود یا کسان دیگری ازدواج کنند» (بقره، ۲۳۲). وجه استدلال به آیه این است که اگر ولی در عقد نکاح معتبر نبود، پس معنایی برای منع یا عضل او وجود نمی‌داشت (ابن‌رشد حنفی، ۱۴۲۵ق، ۳۷/۳).

ب) خداوند متعال نکاح را به اولیاء نسبت داده و می‌فرماید: «وَأَنْكِحُوا الْأَبْأَمَى مِنْكُمْ» مردان و زنان مجرد خود را به ازدواج یکدیگر در آورید» (نور، ۳۲). این آیه دال بر این است که متولی عقد نکاح، همان ولی است (ابن‌رشد، ۱۴۰۸ق، ۴۷۱/۱؛ نووی، بی‌تا، ۱۵۹/۱۶؛ عیثمین، ۱۴۲۲، ۶۹/۱۲).

۲-۱. سنت

حدیث رسول الله ﷺ به روایت عایشه: «ایما امرأة نکحت نفسها بغیر اذن ولیها فنکاحها باطل، فنکاحها باطل فنکاحها باطل: هرگاه زنی بدون اذن ولی خود را به نکاح مردی درآورد، پس نکاح او باطل است، نکاح او باطل است، نکاح او باطل است» (ترمذی، ۱۳۹۵ق، ۳۹۹/۳). وجه استدلال به این حدیث این است که پیامبر ﷺ در آن به بطلان نکاح بدون ولی تصریح کرده است.

۲. دلایل مذهب حنفی

۱-۲. قرآن

الف) خداوند می‌فرماید: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ» و هنگامی که زنان را طلاق دادید و مدت عده خود را به پایان رسانیدند، مانع آن نشوید که با شوهران سابق یا با کسان دیگری ازدواج کنند» (بقره، ۲۳۲). وجه دلالت: نکاح به این زنان نسبت داده شده است و اولیاء از منع آنان در ازدواج نهی شده‌اند (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۴۸/۲).

ب) «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ: پس اگر او را طلاق داد، از آن به بعد زن بر او حلال نخواهد بود، مگر اینکه با شوهر دیگری ازدواج کند» (بقره، ۲۳۰). این آیه دلالت دارد بر اینکه زن مجری انشاء عقد نکاح بدون موافقت ولی است (انصاری خزرچی، ۱۴۱۴ق، ۶۵۶/۲).

۲-۲. عقل

نکاح حق خالص زن است که او نیز دارای اهلیت می‌باشد، پس نکاح او مانند بیع صحیح است (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ۱۲/۵). اما جمهور این قیاس حنفیه را قیاس مع الفارق دانسته و می‌گویند مقیس‌علیه که همان بیع است، متعلق به مال بوده و مال حق خالص خود زن است و کسی شریک او نمی‌گردد اما مقیس که ازدواج باشد، هرچند که متعلق به خود زن است اما دیگران هم که خویشاوندان وی باشند، در عقد وی مشارکت دارند و از این جهت با بیع مفارقت دارد (حمادو، ۱۴۳۲ق، ۳۶۳/۱).

جمهور فقها نکاح زن بدون اذن ولی را باطل و فاسد می‌دانند و اما اگر زن بدون اذن ولی خود را به نکاح دیگری در آورد به دلیل شبهه طریق که ناشی از مراعات دیدگاه مخالفین در این مسئله است، حد را بر چنین ازدواجی ساقط دانسته‌اند (سیوطی، ۱۴۱۱ق، ۱۲۳؛ ابن عبدالسلام، ۱۴۱۴ق، ۱۱۰/۲).

جمهور فقها از جمله شافعیه در این مسئله دلیل مخالفین را مراعات کرده و با وجود باطل بودن نکاح بدون ولی و شهود نزد ایشان، آثار شرعی از جمله نگه داشتن عده، حرمت مصاهره، و ثبوت مهرالمثل را بر چنین نکاح فاسدی مترتب ساخته‌اند و خلاف در این باره را پس از وقوع، مراعات نموده‌اند.

شرب خمر به قصد مداوا و درمان

بنا بر اتفاق عالمان دین، محرمات در شرایط ضروری، مباح می‌گردند. در تطبیق این قاعده با مسئله فقهی شرب خمر به قصد تداوی، نخست دیدگاه فقها در این مسئله به شرح ذیل بیان می‌شود:

دیدگاه حنفیه، مالکیه، قول اصح شافعیه و حنابله بر این است که اگر شخصی به قصد مداوا شرب مسکر کند، این فعل حرام بوده و نزد مالکیه و حنابله چنین شخصی حد زده می‌شود. اما بعضی از شافعیه در مقابل قول اصح گفته‌اند که اگر شخص به مقدار اندکی که

مستی آور نباشد آن هم به قصد ضرورت از آن بنوشد، این کار جایز بوده و حرام نیست و بر چنین شخصی حد زده نمی‌شود (دمیاطی، ۱۴۱۸ق، ۱۷۶/۴). دلیل تحریم این است که طارق بن سوید وقتی به پیامبر ﷺ گفت که من شراب را برای مداوا و درمان می‌سازم، پیامبر ﷺ در جواب فرمود: «انه لیس بدواء و لکنه داء: به‌راستی شراب درمان نیست و لیکن درد است» (مسلم، بی‌تا، ۱۵۷۳/۳). هم‌چنین ابوداود از ابودرداء روایت کرده که پیامبر ﷺ فرمود: «إن الله انزل الداء و الدواء، فجعل لكل داء دواء، فتداووا و لا تداووا بالحرام: به‌راستی خداوند هم درد آفریده و هم درمانش را، پس برای هر دردی درمانی است و بنابراین مداوا کنید، ولی با حرام مداوا نکنید» (ابوداود، بی‌تا، ۷/۴).

برخی از اهل علم مداوای با شراب را جایز دانسته‌اند به شرط آنکه درمان حلالی برای آن درد نباشد، که جانشین آن حرام باشد و مشروط بر آنکه بیمار هدف لذت و شهوت را نداشته باشد و برای مستی آن را ننوشد و از اندازه مجاز پزشک تجاوز نکند. همان‌گونه که نوشیدن شراب را در حال اضطرار جایز دانسته‌اند، برای تداوی نیز جایز دانسته‌اند (سابق، ۱۳۹۷ق، ۳۹۹/۲). اما در مورد اجرای حد بر چنین کسی علما اختلاف کرده‌اند؛ مالکیه و حنابله رأی به وجوب حد بر چنین کسی داده‌اند (خرشی، بی‌تا، ۱۰۹/۸) و اما مالکیه و شافعیه حد را بر چنین شخصی ساقط کرده‌اند، هر چند نوشیدن آن حرام است. انصاری می‌گوید: فقهای شافعی در مورد شخصی که شراب را برای مداوا بنوشد اختلاف کرده‌اند. غزالی گفته است: هر چند که حرام است، اما حد به سبب شبهه اختلاف در امکان حلال بودن شرب در این حالت، ساقط می‌گردد. اما جوینی گفته است: قول ائمه معتبر بر عدم اسقاط حد از چنین شخصی است. انصاری در مقام ترجیح بین دو قول از قیاس بهره برده و می‌گوید: همان‌گونه که زنا در حالت اکراه مسقط حد است، چنین شخصی هم که در حالت ضرورت و به قصد مداوا شراب نوشیده، باید حد از وی برداشته شود (انصاری، بی‌تا، ۱۵۹/۴).

نتیجه

قاعده درأ حدود به وسیله شبهات از اهم مبادی شریعت در احکام جنایی اسلام است و مبانی آن نصوص واردشده در شریعت، مقاصد شریعت و اجتهادات اصولی است. تصنیف شبهات و تقسیم آن قضیه‌ای اجتهادی بوده و می‌توان از جهات متعدد بدان نگرست.

شبهات از جهت منشأ، درجه قوت و تأثیر، متفاوت بوده و به همین جهت تصنیفات، انواع و اسماء این شبهات با یکدیگر متمایز است. قاعده درأ حدود به سبب شبهات در فقه اسلامی با قاعده برائت و هم‌چنین با قاعده تفسیر شک به نفع متهم در نظام جنایی وضعی کنونی، پیوند دارد. شبهه طریق یکی از شبهات مسقط حدود است که غالباً مورد اهتمام همه مذاهب به‌ویژه دو مذهب مالکی و شافعی بوده و قصد ایشان از اسقاط حد به سبب این شبهه، مراعات اختلاف سایر مذاهب فقهی و تحلیل بر اساس مقاصد شریعت و رعایت احتیاط است. تحلیل مبنای این شبهه در اجتهاد از نوع مراعات‌الخلاف احتیاطی، این است که درستی مذهب مخالف هم‌چون نادرستی مذهب موافق همیشه محتمل است. هیچ مجتهدی نمی‌تواند صحت اجتهادات خود و بطلان آرای مخالفان را تضمین کند، هرچند به درستی نظر خود و نادرستی نظر مخالف معتقد باشد. همان‌گونه که تحلیل مبنای اجتهاد از نوع مراعات‌الخلاف مقاصدی، از باب جلب مصلحت و دفع مضرت است.

با توجه به ضابطه شبهات مسقط حد می‌توان گفت هر مسئله‌ای در باب حدود که فقها بین جواز و منع آن مردد باشند، به این شرط که نظر مخالف از قوت کافی برخوردار باشد را می‌توان از اقسام شبهه طریق به حساب آورد. اما اگر دلیل شبهه ضعیف باشد، غیرقابل-مراعات بوده و حد به وسیله چنین شبهه‌ای ساقط نمی‌گردد. به نظر می‌رسد ثمره چنین موضوعی، ایجاد وحدت بین مذاهب فقهی و ارج نهادن و اعتبار دادن به دیدگاه مخالف است؛ چرا که اعتبار هیچ مذهب فقهی فراتر از دیگر مذاهب نیست. به این دلیل که اختلافات اجتهادی مبتنی بر ظنون است و ظنون، همسان و برابرند، رأی اجتهادی قایل به نفی یک شیء بهتر از رأی اجتهادی قایل به اثبات آن شیء نیست و نباید یک مذهب را بر اساس مذهبی دیگر محاکمه کرد، به دلیل اینکه مطابق با قاعده فقهی «الإجتهد لا ینقض بالإجتهد» (یک اجتهاد با اجتهادی دیگر نقض نمی‌شود).

بنابراین بایسته است که مجتهدین مذاهب اسلامی اهتمام بیشتری به این مسئله نشان داده و به نظریات یکدیگر اهتمام بیشتری دهند تا دایره اختلافات تنگ‌تر و مختصرتر شود؛ آن هم زمانی ممکن است که مباحثات نظری، مناظره و گفت‌وگو میان مجتهدین بیشتر شده تا از این طریق بتوانند به بیان دیدگاه‌های خود پرداخته و از این طریق بتوانند با قوت و ضعف رأی مخالف آشنایی یابند. پس مجتهد از آنجایی که در فروع ظنی، خلاف غالب بر ظن خود را جایز می‌داند و به خطای مخالف به طور قطع اعتقاد ندارد، شایسته است که هرگاه در مأخذ مخالف نظر بیفکند و آن را موجه بیابد، آن را مراعات کند، به‌ویژه اگر در

مراعات اختلاف، احتیاط و ورع و عمل به یقین وجود داشته باشد. مبنا و اساس این رأی همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، احتمال اصابت به حق در طرف مقابل است.

فهرست منابع

- قرآن کریم.
- آمدی، علی بن ابی‌علی، *الإحكام فى اصول الأحكام*، بیروت، المکتب الإسلامی، بی‌تا.
- ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی، *فتح الباری شرح صحیح البخاری*، بیروت، دارالمعرفة، ۱۳۷۹ق.
- ابن حجر هیتمی، احمد بن محمد، *تحفة المحتاج فى شرح المنهاج*، مصر، المکتبة التجارية الكبرى، ۱۳۵۷ق.
- ابن حزم، علی بن احمد، *المحلى بالآثار*، بیروت، دارالفکر، بی‌تا.
- ابن رشد حفید، محمد بن احمد، *بداية المجتهد و نهاية المقتصد*، قاهره، دارالحديث، ۱۴۲۵ق.
- ابن رشد، محمد بن احمد، *المقدمات الممهدات*، بیروت، دارالغرب الإسلامی، ۱۴۰۸ق.
- ابن شاس، عبدالله بن نجم، *عقد الجواهر الثمينة فى مذهب عالم المدينة*، بیروت، دارالغرب الإسلامی، ۱۴۲۳ق.
- ابن عابدین، محمد امین بن عمر، *رد المحتار على الدر المختار*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۲ق.
- ابن عبدالسلام، عبدالعزيز بن عبدالسلام، *قواعد الأحكام فى مصالح الأنام*، قاهره، مکتبة الكليات الأزهرية، ۱۴۱۴ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المغنى*، قاهره، مکتبة القاهرة، ۱۳۸۸ق.
- ابن ماجه قزوینی، محمد بن یزید، *سنن ابن ماجه*، بیروت، دارالرسالة العالمية، ۱۴۳۰ق.
- ابوداود سجستانی، سلیمان بن اشعث، *سنن ابی داود*، بیروت، المکتبة العصرية، بی‌تا.
- افسری، سالم، *مراعات اختلاف اجتهادی در فقه اسلامی*، سنندج، دانشگاه کردستان، ۱۳۸۸ش.
- انصاری خزرجی، علی بن زکریا، *اللباب فى الجمع بين السنة و الكتاب*، دمشق، دارالقلم؛ بیروت، الدار الشامیة، ۱۴۱۴ق.
- انصاری، زکریا بن محمد، *اسنى المطالب فى شرح روض الطالب*، بیروت، دارالکتاب الإسلامی، بی‌تا.
- بخاری، محمد بن اسماعیل، *صحیح البخاری*، دمشق، دارطوق النجاة، ۱۴۲۲ق.
- بلکا، الیاس، *الإحتیاط*، بیروت، مؤسسة الرسالة، ۱۴۲۴ق.
- ترمذی، محمد بن عیسی، *سنن الترمذی*، مصر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ۱۳۹۵ق.
- جوینی، عبدالملک بن عبدالله، *نهاية المطلب فى دراية المذهب*، بی‌جا، دارالمنهاج، ۱۴۲۸ق.
- حسینی زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، ریاض، دارالهدایة، بی‌تا.
- حمادو، نذیر، *امتاع اهل العقول بحقائق علم الأصول*، بیروت، دارابن حزم، ۱۴۳۲ق.
- خرشی، محمد بن عبدالله، *شرح مختصر خلیل*، بیروت، دارالفکر، بی‌تا.

- دارقطنی، علی بن عمر، *سنن الدارقطنی*، بیروت، مؤسسة الرسالة، ۱۴۲۴ق.
- دمیاطی، عثمان بن محمد، *اعانة الطالبین علی حل الفاظ فتح المعین*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۸ق.
- دهلوی، احمد بن عبدالرحیم، *حجة الله البالغة*، بیروت، دارالجلیل، ۱۴۲۶ق.
- رافعی قزوینی، عبدالکریم بن محمد، *العزیز شرح الوجیز المعروف بالشرح الكبير*، بیروت دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۷ق.
- زیدان، عبدالکریم، *مختصری در قواعد فقه*، ترجمه سالم افسری، سندج، آراس، ۱۳۹۵ش.
- سابق، سید، *فقه السنة*، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۳۹۷ق.
- سبکی، عبدالوهاب بن علی، *الأشباه و النظائر*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۱ق.
- سبکی، علی بن عبدالکافی؛ سبکی، عبدالوهاب بن علی، *الإبهاج فی شرح المنهاج*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۶ق.
- سرخسی، محمد بن احمد، *المبسوط*، بیروت، دارالمعرفة، ۱۴۱۴ق.
- سعیدی، یحیی، *مراعاة الخلاف فی المذهب المالکی*، ریاض، مکتبة الرشد، ۱۴۲۴ق.
- سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر، *الأشباه و النظائر*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۱ق.
- شاطبی، ابراهیم بن موسی، *المواقفات*، عربستان، دارابن القیم؛ دارابن عفان، ۱۴۱۷ق.
- شامی، محمد بن ابراهیم، *الأخذ بالاحتیاط عند الأصولیین (دراسة تأصيلیة تطبیقیة علی القواعد الأصولیة)*، پایان نامه کارشناسی ارشد، ریاض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامیة، ۱۴۳۶ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
- صدر، سید محمدباقر، *دروس فی علم الأصول*، قم، مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۱۲ق.
- طباطبایی، سید علی بن محمد علی، *ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام لإحياء التراث، ۱۳۸۲ش.
- طبرانی، سلیمان بن احمد، *المعجم الكبير*، قاهره، مکتبة ابن تیمیة، ۱۴۱۵ق.
- طیار، عبدالله بن محمد؛ مطلق، عبدالله بن محمد؛ موسی، محمد بن ابراهیم، *الفقه المیسر*، ریاض، مدار الوطن، ۱۴۳۲ق.
- عثیمین، محمد بن صالح، *الشرح الممتع علی زاد المستقنع*، دمام، دار ابن الجوزی، ۱۴۲۲ق.
- عوده، عبدالقادر، *حقوق جزای اختصاصی*، ترجمه حسن فراهودی نیا، تهران، نشر احسان، ۱۳۹۴ش.
- عوض، عوض محمد، *دراسات فی الفقه الجنائی الإسلامی*، کویت، دارالبحوث العلمیة، ۱۴۰۳ق.
- غزالی، محمد بن محمد، *احیاء علوم الدین*، بیروت، دارالمعرفة، بی تا.

- همو، *المستصفی من علم الأصول*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۳ق.
- همو، *الوسیط فی المذهب*، قاهره، دارالسلام، ۱۴۱۷ق.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، *التاموس المحیط*، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۲۶ق.
- قرافی، احمد بن ادريس، *انوار البروق فی انواء الفروق*، بیروت، عالم الکتب، بی تا.
- قرشی اطرابلسی، خيثمة بن سليمان، *من حديث خيثمة بن سليمان القرشي الأطرابلسي*، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۰۰ق.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۰۶ق.
- ماوردی، علی بن محمد، *الحاوی الكبير فی فقه مذهب الإمام الشافعی و هو شرح مختصر المزنی*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۹ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه بخش جزایی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۵ش.
- مرغینانی، علی بن ابی بکر، *الهدایة فی شرح بدایة المبتدی*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
- مسلم بن حجاج نیشابوری، *صحیح مسلم*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
- موسوی بجنوردی، سید محمد، *قواعد فقهیه*، تهران، مجد، ۱۳۸۵ش.
- نووی، یحیی بن شرف، *المجموع شرح المذهب*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- همو، *روضه الطالبین و عمدة المفتین*، بیروت، المکتب الإسلامی، ۱۴۱۲ق.
- ونشریسی، احمد بن یحیی، *المعیار العرب و الجامع المغرب عن فتاوی علماء افريقية و الأندلس و المغرب*، بیروت، دارالغرب الإسلامی، ۱۹۹۵م.