

## مبانی فقهی قاعده درأ و مقایسه آن با اصل برائت با رویکردی به قوانین موضوعه

جمال رضایی<sup>۱</sup>، مجتبی نصیری<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> عضو هیئت دانشگاه تهران، استادیار بازنشسته.

<sup>۲</sup> دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران.

نام نویسنده مسئول:

مجتبی نصیری

### چکیده

بی گمان مشهورترین قاعده باب حدود که نخست در باب حدود مطرح شده و سپس از تسری آن به تعزیرات و سایر مجازات ها بحث شده است قاعده درأ میباشد. قانونگذار در اولین تجربه خود برای شناسایی این قاعده در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قدم مثبتی در پر کردن این خلا قانونی برداشته است و با توجه به اینکه این قاعده در امور کیفری مبنای عمل میباشد و با عنایت به اینکه در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مجازاتها را در ۴ قسم بیان شده است، و اینکه آیا قاعده ی درأ قابلیت اجرا در تمام اقسام مجازات دارد یا خیر؟

در همین راستا تلاش شده است ضمن بیان مبانی فقهی قاعده درأ در مجازات های شرعی و بیان نظرات مخالف و موافق در شمول یا عدم شمول قاعده درأ علاوه بر حدود در سایر مجازات ها و همچنین رابطه قاعده درأ با اصل برائت و اینکه آیا این دو نهاد تعریف مشابه داشته و به عبارتی مکمل هم هستند یا دو نهاد جداگانه می باشد.

**واژگان کلیدی:** قاعده درأ، اصل برائت، شبهه، مجازاتها.

**مقدمه**

مفاد اجمالی قاعده ی درأ این است که در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم و یا مسئولیت و استحقاق مجازات وی به جتهی محل تردید و مشکوک باشد به موجب این قاعده بایستی جرم و مجازات را منتفی دانست.

این قاعده از نظر حقوقدانان اسلامی از قواعد تفسیری است و با قاعده «تفسیر به نفع متهم» در حقوق جزای عرفی از جهاتی هم‌تایی دارد.

سابقه تاریخی این قاعده بسیار زیاد است. در کتب فقهی پیشینیان اعم از عامه و خاصه (سنی و شیعه) به آن استناد شده است، بدون تردید احادیث حاوی این مضمون که می‌تواند پشتوانه این قاعده قرار گیرد در کتب حدیث عامه و خاصه که در قرون اولیه اسلامی تدوین یافته به تعداد فراوان وجود دارد.

توضیح اینکه رویکرد شارع مقدس در حدود مبتنی بر امتنان و مسامحه می‌باشد و هدف شارع از وضع مجازات تسلط بر انسان و تحمیل درد و رنج نیست بلکه هدف پرورش روح انسانها و هدایت آنها به سمت پروردگار می‌باشد و مجازات نیز آخرین راهکار در این مسیر می‌باشد و چنانچه هدف شارع به نوعی محقق شود، علی القاعده دیگر اجرای مجازات مبنایی نخواهد داشت هر چند مطلب اخیر با رویکرد فلسفه مجازات و چرایی و چگونگی مجازات در خصوص مجازات های شرعی و امکان جایگزینی آنها با سایر مجازات ها از دیدگاه اندیشمندان حقوق عرفی با رویکرد فقها محل مناقشه می‌باشد، لکن به نظر می‌رسد همه اندیشه ها در اینکه هدف مجازات اصلاح و باز اجتماعی کردن مرتکب جرم می‌باشد وجه اشتراک دارند.

به نظر می‌رسد رویکرد به قاعده درأ نه می‌بایستی آنچنان افراطی باشد که موجب تعطیلی حدود الهی شود، حدودی که پیامبر اکرم (ص) اجرای آنها را موجب سعادت دنیوی و اخروی جامعه دانسته است و نه آنچنان بصورت مضیق به قاعده درأ توجه کرد که با کمترین شک و شبهه قضات حکم بر محکومیت متهمینی صادر کنند که در عمل اهداف سیاست جنایی در پیشگیری یا بازپروری و اصلاح متهمین و مجرمین نه تنها محقق نگردد بلکه باعث تورم جامعه کیفری زندانها نیز گردد.

**گفتار اول: بررسی واژگان «درأ» «حدود» «شبهه»****الف: درأ**

واژه درأ که مصدر تدرأ، ادرئو و دیگر الفاظ مشابه است در لغت به معنای دفع کردن، ساقط کردن و تعطیل کردن آمده است [1]. و در قرآن کریم نیز به همین معنا به کار رفته است. چنانکه در آیه لعان آمده است:

«ویدروا عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكذابين»

و اگر آن زن چهار بار به خدا سوگند خورد که آن مرد دروغ می‌گوید حد او برداشته می‌شود [2].

**ب: حدود**

حد، مجازاتی است که شارع برای ارتکاب معصیتی غیر جنایی مقدار و نوع آن را مشخص نموده است و اجرای آن پس از اثبات تنها به وسیله حکومت صورت می‌گیرد.

در قوانین مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ حد بدین صورت تعریف شده است: حد به مجازاتی گفته می‌شود که نوع و میزان و کیفیت آن در شرع تعیین شده است. در حالی که قانونگذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از بیان تعریف حد خودداری نموده و صرفاً در ماده ۲۱۶ به ذکر چگونگی مسئولیت در جرایم موجب حد بسنده نموده است.

**پ: واژه شبهه**

۱- **معنای لغوی:** شبهه در لغت به معنای شک، بدگمان، اشتباه و التباس درست به نادرست و حق به ناحق و همچنین واقع به موهوم است [3].

آقای قریشی در قاموس قرآن می‌نویسد: شبهه آن است که دو چیز در اثر مماثلت از همدیگر تشخیص داده نشود. در قرآن [4] کریم آمده است؟ «وَمَا قَتَلُوهُ وَمَا صَلَبُوهُ وَ لَكِنْ شُبِّهَ لَهُمْ» حضرت عیسی را نکشتند و به دار نزدند بلکه بر آنها مشتبه شد [5].

۲- **معنای اصطلاحی شبهه:** در اصطلاح فقهی، فقهای امامیه در تفسیر شبهه اختلاف نظر دارند. برخی گفته‌اند که منظور از شبهه در فقه و این قاعده به معنای عدم العلم و عدم القطع به حرمت و ممنوعیت عمل یا ترک عمل است که شامل ظن شک و احتمال می‌شود.

برخی از نظرات فقهی به شرح ذیل بیان می‌شود:

صاحب مبانی تکمله المنهاج می‌نویسد:

منظور از شبهه ای که موجب سقوط مجازات می شود عبارت از جهل قصوری یا تقصیری در مقدمات فعل ممنوع است. با این شرط که مرتکب در حال ارتکاب عمل معتقد به حلیت باشد. اما اگر کسی جاهل مقصر به حکم باشد ولی در حال ارتکاب عمل به جهالت خویش ملتفت باشد کیفر زنا بر او جاری خواهد شد [6].

صاحب ریاض در این باره می نویسد:

اگر مرتکب اعمال ممنوع، ظن بر اباحه و حلیت عمل ارتکابی داشته باشد مجازات از او برداشته می شود.»

نظر جلال الدین سیوطی نیز چنین است:

« زمانی شبهه موجب سقوط مجازات می شود که قوی باشد (در حد ظن و گمان باشد). در غیر این صورت، اثری در سقوط کیفر ندارد [3].

بنابراین زمانی شبهه صادق است که یا شخص معتقد به حلیت عمل باشد و یا اینکه جهل او ناشی از جهالت شرعی باشد، مثلاً زنی به مردی می گوید که من شوهر ندارم و در واقع شوهر دار است و یا اینکه بینه بر مرگ شوهر زن و یا بر طلاق او اقامه گردد. سپس مردی با او ازدواج کند، در چنین مواردی که شخص براساس صحبت شرعی اقدام کرده جهل او عذر آور است [3].

## ۲- اقسام شبهه

### ۲-۱- از نظر فقه عامه:

فقه‌های عامه به روش خاص شبهه را تقسیم بندی نموده اند که نزد فقهای شیعه این نوع تقسیم بندی و اصطلاحات به کار نرفته است از جمله فقهای حنفی شبهه را به دو نوع، شافعیه به سه نوع و برخی از حقوق دانان عامه به چهار نوع تقسیم کرده اند. محمد ابو زهره یکی از حقوق دانان اهل سنت شبهاتی که موجب سقوط مجازات می شود به شرح ذیل به چهار دسته تقسیم می کند:

- ۱- شبهه در رکن جرم: رکن جرم عبارت است از تحریم قانونگذار اسلامی نسبت به یک عمل معین که برای آن مجازات در نظر گرفته است. پس اگر اصل تحریم مورد تردید باشد، این تردید شبهه در رکن جرم است، این شبهه مشابه شبهه حکمی در فقه امامیه است.
- ۲- شبهات مربوط به جهل نافی قصد مجرمانه
- ۳- شبهات مربوط به مرحله اثبات جرم
- ۴- شبهات مربوط به تطبیق مواد قانونی با موارد و مصادیق [3].

### ۲-۲- تقسیمات شبهه از نظر فقه امامیه:

در فقه امامیه، شبهه گاهی مربوط به حکم است و گاهی مربوط به موضوع، بر همین اساس شبهات به دو قسم کلی حکمی و موضوعیه تقسیم می شوند.

#### ۱-۲-۲- شبهات حکمی:

منظور از شبهه حکمی آن است که حکم کلی چیزی مورد تردید باشد. جهل به حکم کلی یا ناشی از فقدان نص معتبر است یا اجمال نص و یا تعارض نصوص مثلاً. به علت فقدان نص معتبر در ممنوعیت عملی - مانند استعمال دخانیات - تردید می شود در این مورد شبهه حکمی است، یعنی در حقیقت نمی دانیم که آیا حکم این عمل ترد شارع حرمت است یا جواز و اباحه، لذا در مواردی حاکم، در جرم بودن عمل ارتکابی متهم، تردید می کند، همچنین در خصوص موضوع بحث شبهه حکمی آن است که شخص جاهل به حرمت و ممنوعیت اعمال از ناحیه قانونگذار اسلامی باشد و به گمان اینکه عمل مزبور حلال است مرتکب آن شود. مثلاً نمی داند که نوشیدن آبجو حرام است یا خیر و در اثر جهل به حرمت آن را می نوشد و یا اینکه نمی داند که ازدواج با زن مطلقه در ایام عده حرام است و با او ازدواج می کند. در تمام این موارد، مرتکب عمل، جهل به حکم حرمت و ممنوعیت عمل دارد [3].

## ۲-۲-۲- شباهت موضوعیه:

مقصود از شبهه موضوعیه آن است که شخص حرمت و ممنوعیت عمل را می داند و لی جهل به موضوع حکم دارد. مثلاً می داند که شرب خمر در اسلام حرام است ولی نمی داند که مایع حاضر از مصادیق خمر است یا آب، در اینجا در حقیقت به علت اشتباه خارجی، تردید حاصل شده است، ولی نه در اصل حکم [3].

اینک این پرسش مطرح می شود که آیا قاعده ی درأ مختص شبهات موضوعیه است یا شامل شبهات حکمیه نیز می باشد؟ همچنین آیا شبهه، عمد و خطا و اکراه و غیر اختیار را هم در بر می گیرد؟

تردید نیست که قاعده مورد بحث شامل شبهات موضوعیه می شود، زیرا همانگونه که در ضمن مدارک این قاعده اشاره شد حتی در صورت فقدان این قاعده و روایات مربوط به آن بنا به مقتضای قواعد اولیه، تا موضوع احراز نگردد حکم بر آن مترتب نمی شود، پس نتیجه می گیریم از آنجا که مجازات یک نوع حکم و معلول موضوع است، با عدم احراز موضوع (جرم)، حکم (مجازات) بر آن مترتب نمی شود. از این رو فقها در مورد شمول قاعده نسبت به شبهات موضوعیه بحثی ندارند و اساساً مخالفی در این مساله وجود ندارد. بنابراین شمول قاعده نسبت به این گونه شبهات، قدر متیقن حجیت این قاعده ما بین فقهاست [3].

- چند نمونه فقهی:

- محقق حلی در شرایع موی گوید: « و کذا یسقط الحدّ فی کلّ موضوع یتوهّم الحلّ، کمن وجد علی فراشه امرأهً فظنّها زوجته »

[3].

صاحب جواهر ذیل این عبارت به روایت ابی روح اشاره می کند که مربوط به قضیه ای بدین شرح است: در زمان خلیفه دوم، زنی خود را به صورت مردی در آورد. به نحوی که هنگام شب، مرد گمان کرد که این زن کنیز اوست. از این رو با او همبستر شد. موضوع به اطلاع عمر رسید او هم قضیه را به سوی علی (ع) ارجاع داد. حضرت فرمودند «مرد را در خفا و پنهان حد بزن و زن را آشکارا» نظر صاحب شرایع این است که این روایت متروک است. صاحب جواهر هم در شرح آن می نویسد: علاوه بر اینکه سند روایت مزبور صحیح نیست، بزرگان فقها به جهت مخالفت آن یا قواعد، آنرا ترک کرده و بدان عمل نکرده اند [7].

همانگونه که ملاحظه می شود جریان قاعده در شبهات موضوعیه به درجه ای میان فقها مهم است که روایت مخالف با آن را طرد می کنند. همچنین صاحب جواهر در مورد کسی که مایعی را که در واقع شراب بوده و به گمان آب، نوشیده است می نویسد، «بدون هیچ مخالفی مجازات از چنین شخصی برداشته می شود و هیچ اشکالی در این مورد به نظر نمی رسد [7].

و اما در خصوص شبهات حکمیه، گروهی از فقها قائل به تفصیل شده، معتقدند که وقتی جهل قصوری باشد مشمول قاعده می شود ولی اگر جهل تقصیری بوده و ناشی از کوتاهی مرتکب در یادگیری احکام باشد قاعده جاری نمی شود. توضیح اینکه جاهل مقصر کسی است که می تواند از احکام قانونی و شرعی تحصیل آگاهی نماید. ولی در این امر کوتاهی و سهل انگاری کرده به دنبال کسب آگاهی نرفته با وجود احتمال حرمت و ممنوعیت در یک عمل بدون اینکه پرسش نماید و از حقیقت آگاه شود بی پروا آن عمل را به جا می آورد. سپس معلوم می شود که مرتکب یک عمل مجرمانه شده است. این ناآگاهی را «جهل تقصیری» می نامند براساس این تفصیل ناآگاهی چنین شخصی عذر تلقی نمی شود و حقوق جزای اسلامی او را مجرم و در خور کیفر می شناسد. جاهل قاصر در شرایطی است که به هیچ وجه نمی توان به قانون دسترسی و آگاهی پیدا کند مثل اینکه در مکان دور افتاده ای زندگی می کند که رابطه ای با مراکز علمی و دینی و رسانه ای ندارد و نمی تواند داشته باشد. این نوع ناآگاهی به «جهل مقصوری» مرسوم است و در حقوق جزای اسلامی موجب سقوط حد است. همچنین از مصادیق جهل قصوری موردی است که شخص کوتاهی نکرده، تفحص و تحقیق می کند اما در عین حال از مفاد قانون اطلاع حاصل نمی کند در چنین حالی جهل او عذر محسوب می شود [3].

به نظر می رسد قاعده ی مزبور عام است و تمام اقسام شبهات را در بر می گیرد به جهت اینکه «الف و لام» در الشبهات که با لفظ جمع همراه شده مفید عموم است و شامل کلیه ی مصادیق شبهه می شود، علاوه بر این هیچ قیدی همراه قاعده و مستندات آن وجود ندارد که حاکی از تخصیص شبهات به شبه خاصی باشد. همچنین از اطلاق قاعده بر می آید که تفاوتی بین جهل قصوری و جهل تقصیری وجود ندارد مضافاً به اینکه روایاتی که جاهل به حکم را معذور می دارند مطلق و عام بوده و شامل کلیه شبهات می شوند مثل روایت صحیحه حلبی، محمد بن مسلم و صحیحه ابی خداد.

بنابراین باید گفت که کلمه الشبهات عام بوده، شامل تمام مصادیق شبهه می شود در دلالت قاعده نسبت به شمول اقسام شبهه، کوتاهی و نقصی وجود ندارد. از این رو باید بررسی شود که آیا دلیل خاصی مبنی بر تخصیص این قاعده وجود دارد یا خیر؟ [3].

علی رغم عمومیت و اطلاق قاعده می توان گفت که عذر جاهل مقصر مسموع نیست و چنین جاهلی عقوبت می شود، زیرا دلایل دیگری چون روایات، عقل و اجماع وجود دارد که یادگیری احکام را واجب می داند، همچنین روایات زیادی وارد شده که جاهل مقصر را

مذمت کرده است، در برخی از این روایات آمده است که وقتی به مرتکب جاهل گفته می شود: «چرا چنین کردی؟». پاسخ می دهد؟ «نمی دانستم» به وی می گویند: «چرا نیاموختی؟» [8].

از این ادله مجموعاً استناد می شود که جاهل مقصر از مجازات معاف نیست و جهل او عذر محسوب نمی شود، در واقع این ادله مفاد عام قاعده ی مورد بحث را تخصیص می زند.

**۳-۲-۲- شبهه خطا و شبهه ی اکراه:** آیا قاعده ی مورد بحث، شبهه خطا و اکراه را هم در بر می گیرد یا خیر؟ یعنی اگر در عمد و خطا شبهه حاصل شد با توجه به اینکه حکم جرایم عمدی با جرایم شبهه عمد و خطایی تفاوت دارد آیا می توان از قاعده مزبور استفاده کرد؟ همچنین آیا در صورت شبهه اکراه و عدم اختیار نیز قاعده ی مزبور جاری می شود یا خیر؟

با توجه به عمومیت قاعده و عدم وجود دلیل مخصوص به نظر می آید که چنانچه شبهه حاصل شود که عمل ارتكابی از ناحیه متهم، عمد بوده یا شبهه عمد خطا براساس قاعده مزبور، شبهه عمد و خطا را اختیار نموده، حد جرم عمدی را ساقط می کنیم. همچنین در مورد اکراه و اختیار، چنانچه شبهه اکراه باشد با توجه به عمومیت قاعده می توان گفت که شامل شبهه اکراه نیز شده و در نتیجه، کیفر عمل ارتكابی منتفی می شود. روایت و ارای فقها نیز موید و شاهد بر این است از جمله روایات ابن عبیده از امام باقر (ع) است: «زنی را همراه مردی که به او به طور نامشروع آمیزش نموده بود نزد حضرت علی (ع) آوردند زن عرضه داشت «یا امیرالمومنین، به خدا سوگند این مرد مرا به زور وادار به این کار کرد و من از خود اختیار نداشتم.» حضرت در پس این ادعا حد را از او برداشته، وی را تبرئه نمود [3].

صاحب جواهر در شرح این روایت توضیح می دهد: «احتمال دارد که مجرد ادعای اکراه تا زمانی که کذب آن معلوم نشده است، موجب سقوط حد شود زیرا حدود مبنی بر تخفیف و مسالحه است [7].

در مورد شبهه خطا و عمد هم مطلب چنین است: یعنی با توجه عدم وجود مخصص، عمومیت قاعده این گونه شبهه را هم در بر می گیرد. در اینجا به یک نمونه فقهی اشاره می کنیم:

مرحوم محقق حلی در شرایع می گوید، اگر مردی توبه کرد ولی کسی به گمان اینکه هنوز وی بر ارتداد و کفر خویش باقی است او را بکشد، نظریه شیخ طوسی را مطرح می سازد که گفته است: «باید قاتل را قصاص نمود، زیرا مسلمانی را عدواناً به قتل رسانده است، چرا که پس از توبه عنوان مرتد بر او اطلاق نمی شود.» اما محقق حلی در وجوب قصاص تردید می کند زیرا قصد قتل مسلمان را نداشته است. شهید ثانی در کتاب مسالک الانهزام توضیحی برای این تردید ارائه داده می گوید: دلیل عدم وجوب قصاص این است که قاتل مزبور قصد کشتن مسلمان را نداشته، هر چند قصد مطلق کشتن را داشته است و قصاص هم حد الهی است، زیرا حد بر آن صادق است. از طرف دیگر، گمان قاتل به بقای مقتول بر ارتداد شبهه حساب می آید، لذا مجازات قصاص از او برداشته می شود. این نظریه قوی و قابل قبول است. بنابراین بر قاتل است که از مال خویش دیه مقتول را بپردازد. زیرا عمل او قتل شبهه عمد شمرده می شود.

ملاحظه می کنید که در این جا شهید ثانی به دلیل وجود شبهه عمد و خطا، قصاص را از این شخص برداشته و او را به پرداخت دیه شبهه عمد موظف کرده است [3].

#### ۴-۲-۲- شبهه یا تردید در شرایط جرم

شرایط جرم از اجزای رکن مادی جرم است. رکن مادی به معنای تظاهر خارجی عملی ناشی از قصد مجرمانه یا خطای جزایی توسط فاعل است که جرم به وسیله آن آشکار می شود [9].

در ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی عبارت «شرایط جرم» استفاده شده است، سوال این است که آیا این عبارت صرفاً شرایط و اوضاع و احوال جرم که از اجزای عنصر مادی است را قصاص می شود یا سایر اجزای عنصر مادی را هم دربرمی گیرد.

برخی از نویسندگان در این زمینه معتقدند از ظاهر عبارت «برخی از شرایط جرم» مذکور در ماده ۱۲۰ چنین به ذهن متبادر می شود که فقط شرایط و اوضاع و احوال مادی جرم داخل در مفهوم شرایط جرم است اما این تفسیر به نظر صحیح نمی رسد و اقرب به صواب آن است که منظور از «شرایط جرم» را هر یک از اجزای رکن مادی بدانیم زیرا شرایط جرم در مفهوم عام شامل تمامی اجزای عنصر مادی است.

عدم پذیرش این تفسیر توالی فاسدی را در پی خواهد داشت. برای مثال نتیجه ی مجرمانه جرم کلاهبرداری بردن مال غیر است که مستلزم اضرار به غیر و انتفاع مجرم یا شخص مورد نظر وی است، حال چنان چه قاضی در این که آیا متهم منتفع شده است یا خیر شبهه دانسته باشد تکلیف چیست؟

طبق تفسیر نخست قاضی بلاتکلیف است این در حالی است که وفق اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی نمی تواند به بهانه ی سکونت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدون شده از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد برای گریز از این نتیجه نادرست باید تفسیر دوم را

پذیرفت، بدین مضمون که منظور قانونگذار از اصطلاح، «شرایط جرم» تمامی اجزای عنصر مادی است. اصل برائت نیز مؤید این تفسیر است [10].

#### گفتار دوم: مفاد اجمالی و محدوده قاعده درأ

گرچه ظاهر اصحاب و فقهای امامیه و حتی اهل سنت پذیرش این قاعده و تسالم بر آن است به گونه‌ای که مرحوم آیت‌الله سبزواری این قاعده را «من القواعد التي ارسلوها ارسال المسلمات وجعلوها مما استدل بها لاعليها» یعنی قاعده درأ از زمره قواعدی است که فقها آن را از مسلمت دانسته و به وسیله آن فروعات زیادی را اثبات کرده‌اند نه این که برای اثبات آن دلیل و استدلال بیاورند [1]. به نظر می‌رسد از میان فقهای امامیه، مرحوم آیت‌الله خویی قاعده درأ و روایت «ادراً الحدود بالشبهات» و عمومیت آن را صحیح نمی‌داند [6].

کلمات و عبارات برخی فقها نیز مرهوم همین معنا است که بود و نبود قاعده درأ تأثیری در احکام ندارد برای مثال گرچه صاحب جواهر بحث از تعداد حدود و انواع آن را مهم دانسته و ثمره بحث را آن می‌داند که حد موضوع بسیاری از احکام همچون درأ حد با شبهه و عدم پذیرش کفالت و قسم در حدود است [7]. اما مرحوم آیت‌الله گلپایگانی پس از بیان نظر صاحب جواهر می‌گوید: «ظاهراً این بحث نسبت به [قاعده] درأ حدود به وسیله شبهه ثمری ندارد، زیرا مجازات کردن کسی بدون دلیل شرعی و قبل از آن که موجب آن شرعاً اثبات گردد، جایز نیست.

حال فرق نمی‌کند مقدار مجازات معین باشد که حد نامیده می‌شود یا مقدارش معین نباشد که تعزیر نامیده می‌شود، در هر صورت با وجود شبهه مجازات کردن مطلقاً جایز نیست گرچه به عنوان تعزیر باشد همچنین تا زمانی که شبهه به طور کامل برطرف نشده است اصل عدم جواز مجازات است و در این معنا فرق میان اصل عدم جواز مجازات پیش از اثبات موجب آن و قاعده درأ حدود به وسیله شبهات نیست [1].

برخی از نویسندگان در مخالفت با عمومیت قاعده درأ و این که صرفاً در باب حدود می‌باشد می‌فرمایند: حدود عمده حق الله است و در حق الله مبنای شارع بر مسامحه و تخفیف است و لذا اجرای قاعده در آن مشکلی ایجاد نمی‌کند. اما قصاص حق الناس است و در صورت اقتضای اصول و ضوابط بر اجرای آن نمی‌توان به صرف شبهه حق الناس را تضييع کرد همچنین چون قصاص حق الناس است و مبنای آن بر دقت و بررسی بیشتر است چنان چه شبهه‌ی در باب قصاص عارض شود، نمی‌توان به این قاعده تمسک کرد و اصالت عدم النسیان، عدم الاشتباه، عدم الاکراه و غیره مانع از جریان آن است در حالی که این اصول عقلایی در حدود الله جاری نمی‌شود [11].

برخی از فقها قاعده درأ را در قصاص اعمال نموده‌اند، در موردی که دو نفر مدعی ابوت یک فرزند باشند اگر پیش از آن که بر اساس قواعد مقرر در باب نسبت فرزند به یکی از آنها محقق شود، یکی از دو مدعی ابوت، فرزند انتسابی خود را بکشد قائل به عدم قصاص شده‌اند [12].

در باب این که نیت و قصد قانونگذار از وضع ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی (قاعده درأ) چیست؟ آیا ماده یاد شده منحصرأ در باب حدود است یا شامل سایر مجازات‌ها نیز می‌شود؟

قانونگذار با به کار بردن کلمه «جرم» به صورت مطلق و بدون این که آن را تخصیص دهد نظر به شمول قاعده بر کلیه جرایم دارد. با مراجعه به قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰، هر چند که ماده مشخصی در باب قاعده درأ وجود نداشت؛ لکن از مضمون مواد ۶۳ و ۶۶ قانون ۱۳۷۰ می‌شد استنباط کرد که مواد یاد شده صرفاً در باب حدود می‌باشد.

قانونگذار در سال ۱۳۹۲، با به کار بردن آگاهانه و عمدانه کلمه جرم به نحو مطلق بنا دانسته است که قاعده درأ را تسری دهد بر کلیه جرایم نه صرفاً حدود فلذا از جهت قانونی و با لحاظ نکات یاد شده اجرای قاعده درأ در کلیه جرایم منعی به نظر نمی‌رسد. برخی از نویسندگان معتقد به دو گونه بودن موارد جریان قاعده درأ می‌باشند و می‌فرمایند، موارد جریان قاعده درأ بر دو گونه است: در مواردی در کنار قاعده درأ اصول و قواعدی اقتضای سقوط حد را دارند مثل این که شخصی مالی را به خیال این که مال خود اوست بردارد. و بعد معلوم شود ملک دیگری است

در این جا چون عنصر معنوی جرم به علت جهل مرتکب به تعلق مال به دیگری محقق نشده، شخص، مجرم محسوب نمی‌شود، پذیرش و عدم پذیرش قاعده درأ در این موارد یکسان است. گونه دوم آن است که اصول و یا ادله اقتضای ثبوت حد را دارند، مثل این که مجرم ادعای اکراه می‌کند ولی شاهی بر ادعای خود ندارد، این جا اصل اختیاری بودن اقتضای ثبوت حد را دارد ولی قاعده مقتضی سقوط آن است، اینجاست که قاعده درأ نقش مهمی ایفا می‌کند در حقیقت بحث از قاعده درأ به همین موارد مربوط می‌شود [1].

برخی از نویسندگان پذیرش قاعده درأ را در حد عقلاتی می‌دانند و می‌فرمایند، اگر قاعده درأ، قاعده تنصیصی و عین عبارت «ادرتوا الحدود بالشبهات» کلام معصوم بود، امکان داشت که با تمسک به عموم «الشبهات» هر شبهه‌ای اعم از قوی و ضعیف را ساقط کننده حد

دانست، چنان که برخلاف شهید اول که شبهه را اماره‌ای می‌داند موجب گمان به حلیت عمل ممنوع می‌شود، شهید ثانی با استناد به عموم روایت، وهم به حلیت را نیز شبهه می‌داند. حال که ثابت شد قاعده در آن تنصیصی نیست دیگر جای تمسک به عموم «الشبهات» نیست و در نتیجه هر شبهه‌ای نمی‌تواند ساقط کننده حد باشد. به سخن دیگر در قاعده در آن نباید افراط نمود و تفریط کرد بلکه باید حد عقلائی آن را پذیرفت، حدی که می‌توان گفت مستفاد از ادله است.

زیرا افراط در قاعده در آن به گونه‌ای که هر نوع شبهه‌ی ساقط کننده مجازات باشد صحیح نیست، پیشتر بیان شد که مفاد قاعده در آن بی‌اعتنایی به ادله دیگر همچون ادله عدم معذوریت جاهل مقصر ملتفت نیست اگر قاعده در آن به این کلیت که گاه ادعا شده است وجود داشت دیگر معنا نداشت که انکار پس از اقرار به حد جز در حد رجم پذیرفته نشود. زیرا چه بسا انکار برای قاضی در اصل ارتکاب حد باعث شبهه می‌شود.

همچنین دیگر نباید در اجرای حد تعجیل نمود زیرا چه بسا تأخیر باعث روشن تر شدن وضعیت و در نهایت ایجاد شبهه و سقوط حد می‌گردد، در حالی که یکی از قواعد باب حدود قاعده «لا تأخیر فی حد» است [1].

### گفتار سوم: واژه الحدود

آیا «الحدود» در قاعده ی مورد بحث در معنای مصطلح مرسوم که مقرر میدارد. حد مجازاتی است که نوع و میزان آن در شرع معین و مقدر شده است می باشد یا معنای آن عام بوده و اختصاص به مجازات معین شرعی ندارد؟ در فقه، فقهای گذشته و متأخر ضمن اشاره به معنای لغوی، متذکر شده اند که در شرع حد به معنای عقوبت و مجازات خاص معین شده از ناحیه شارع است.

اینک سخن در این است که آیا معنای الحدود که در ضمن قاعده ی مورد بحث آمده همین معنایی است که مورد تسالم فقهاست؟ به نظر می رسد اگر منظور از حقیقت شرعی، استعمالات قرآنی باشد صدق چنین معنایی در مورد الحدود فاقد دلیل است، درست است که مسلمانان در اثر کثرت علاقه به قرآن و تکرار عبارت آن اگر لفظی در معنای جدید استعمال می شد به آن معنا انس گرفته در مدت زمان کوتاهی آن لفظ در همان معنای جدید حقیقت می شد، ولی این مطلب درباره لفظ الحدود صادق نیست به این دلیل که لفظ ح به این معنا هرگز در قرآن استعمال نشده است.

در قرآن این لفظ اساساً به صورت مفرد ذکر نشده اما در چهارده مورد به صورت جمع آمده است، هیچ یک از این چهارده مورد به معنای عقوبت استعمال نشده است تا چه رسد به اینکه به معنای عقوبت معین باشد. بلکه به معنای احکام، مقررات و غیره آمده است مثل «تلك حدود الله فلا تقربوها» [3].

اینها احکام خدا هستند، پس پیرامون آنها مگردید [13]. یا «تلك حدود الله فلا تعتدوها» اینها مرزهای خدایند از آنها فراتر مروید و یا «... الا ان يخافا الا يقيما حدود الله، مگر آنکه هر دو بترسند که نتوانند حدود (مرزها و احکام) خدا را بر پا دارند» [13]. بنابراین در استعمالات قرآنی شاهی بر این ادعا نداریم که حد به معنای عقوبت معین از ناحیه شرع باشد، اما این پرسش مطرح است، آیا این مطلب از نظر استعمالات روایی نیز درست و قابل اثبات است یا خیر؟

آنچه از تتبع و تفحص در روایات از منابع حدیثی امامیه به دست می آید نمی تواند مثبت این مدعا باشد، یعنی نمی توان از آنها استفاده کرد که «حد» از معنای لغوی خود انتقال یافته، در معنای عقوبت معین استعمال شده است به درجه ای که منحصر آن معنا به صورت حقیقت شرعی باشد.

در کلیه روایاتی که لفظ حد در آنها به کار رفته چهار نوع استعمال وجود دارد:

**الف:** استعمال حد در معنای لغوی، یعنی به معنای ردع، منع، بازداشتن تادیب و مرز

**ب:** استعمال حد در معنای مطلق عقوبت و نه در خصوص عقوبت معین و نه در خصوص عقوبت غیر معین

**ج:** استعمال حد در معنای عقوبت غیر معین

**د:** استعمال حد در معنای عقوبت معین [3].

### گفتار چهارم: ملاک در عروض شبهه

مساله که در رابطه با قاعده ی در آن مطرح می شود این است که ملاک در حصول شبهه چیست؟ یعنی عروض شبهه نزد چه کسی معتبر است؟ آیا باید شبهه برای قاضی حاصل شود تا مجازات ساقط گردد یا برای متهم و یا اینکه برای هر دو حاصل شود کفایت می کند؟ سه احتمال برای این مساله متصور است:

- **احتمال اول:** ممکن است گفته شود که ملاک در سقوط مجازات حصول شبهه نزد قاضی است زیرا فی مخاطب اوامری مانند «درنوا الحدود بالشبهات» قضات هستند، این قضات هستند که اختیار صدور حکم به مجازات و اجرای آن را دارند.

- **احتمال دوم:** همچنین ممکن است گفته شود که ملاک عروض شبهه نزد متهم است بدین معنا که مصود قاعده این است که، ری قضات! به خاطر شبهاتی که نزد متهمان حاصل می شود مجازات را ساقط کنید.

- **احتمال سوم:** این احتمال هم وجود دارد که ملاک عروض شبهه برای هر یک از قاضی یا متهم باشد. البته خطاب های قرآن و سنت در اجرای مجازات های اسلامی نوعاً متوجه حکومت اسلامی به معنای اعم یا احکام شرع به معنای اخص است.

مثلاً، خطاب « الساق و السارقه فاقطعوا ایدیهما » [14] یا « الزانیة و الزانی فاجلدوا کل واحد منهما مائة جلدة و لا تاخذکم بهما رافه فی دین الله » [2]، متوجه حکومت اسلامی است، فلذا مخاطب فعل ادرئوا حاکم مسلمانان یا قاضی شرع است. واقعیت این است که اساساً در این مقام و موارد دیگر عموماً وارد شده که در مقام قانونگذاری تشریح می شود، همیشه به نحو قضیه ی حقیقیه است در قضایای حقیقیه، نظر به مخاطب یا صنف خاص نیست به عبارت دیگر در مقام قانونگذاری و بیان انون هیچ گاه اشخاص و اصناف مورد نظر نیستند. بلکه قانونگذار، موضعه ها مقدار الوجود را در نظر گرفته و حکم را برای نفس طبیعت وضع می کند. بر این اساس در قاعده مورد بحث، حکم و جوب دفع مجازات بر نفس طبیعت شبهه بار شده است و دیگر ضعف خاصی از شبهه (نزد قاضی و متهم) مورد نظر نیست، از این رو شبهه مورد بحث ممکن است شبهه حاصله برای قاضی یا متهم و با هر دو باشد، البته در برخی موارد وجود شبهه نزد متهم با عروض شبهه نزد قاضی ملازمه دارد بنابراین اگر متهم ادعای نسیان، خطا، اضطراری، اکراه و جهل به موضوع یا حکم و نظایر اینها نماید و قاضی به خلاف گویی متهم یقین نداشته باشد برای ایشان هم ایجاد شبهه می شود در نتیجه مجازات از متهم باید برداشته شود. ممکن است ایراد شود که در مواردی از این قبیل (یعنی ادعای نسیان، خطا و ...) اصول عقلایی یعنی اصل عدم نسیان، خطا، غفلت و نظیر آنها جاری شده و در نتیجه جایی برای وجود شبهه نمی ماند [3].

در پاسخ باید گفت که اساساً از مذاق شارع، روایات، احوال و آرای فقها استفاده می شود که حدود و مجازات های الهی مبنی بر تخفیف و مسالمة است پس در چنین مواردی اصول عقلایی جاری نمی شود.

محقق حلی در شرایط در مسایل ضد سرقت یا طرح یک فرض به مساله اشاره می کند: چنانچه کسی کالایی را از منزل دیگری خارج کند و صاحب منزل مدعی شود که خارج کننده این متاع را دزدیده است ولی خارج کننده ادعا کند که صاحب خانه این متاع را به او بخشید، یا مدعی شود که در خارج ساختن آن از ناحیه ایشان ماذون بوده است. در چنین فرضی به دلیل حصول شبهه مجازات سرقت ساقط می شود [3].

### گفتار پنجم: دایره مشمول قاعده درأ

می دانیم که مجازات های اسلامی به انواع مجازات های شرعی، تعزیرات (مجازات های که تعیین میزان آن به دست حاکم است) قصاص و یا دیات تقسیم شده اند. حال این پرسش مطرح است آیا قاعده ی مورد بحث مختص حدود است یا شامل دیگر مجازات های اسلامی نیز می شود؟

#### ۱- حدود به معنای اخص

آنچه امروزه در تعریف این قسم مجازاتها در فقه مصطلح و متعارف است. این است که حد یعنی مجازات مورد مخصوص که نوع و مقدار آن از سوی قانونگذار اسلامی دقیقاً معین شده است.

راجع به تعداد مصادیق اعمال مستلزم حد بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. دلیلش این است که برخی فقها چند نوع جرم تحت یک عنوان بیان داشته اند و گاهی هم فقیهی یک جرم را تحت عنوان حدود مورد بحث قرار داده است و فقیه دیگر آن را در باب تعزیرات طبقه بندی کرده است. مثلاً در کتاب شرایط محقق حلی در مبحث الحدود و التعزیرات با شمردن شش جرم مستلزم حده جرایمی چون لواط، تفخیز و مساحقه را تحت عنوان واحد یعنی از توابع زنا برشمرده و جرایمی دیگر چون بغی و ارتداد را از مصادیق اعمال مستلزم تعزیر دانسته است [12]. در حالی که دیگران همه آنها را از مصادیق مستقل اعمال مستلزم حدود آورده اند. بررسی آرای فقهای شیعه نشان می دهد که در مورد حدود به معنای اخص مشمول قاعده نسبت به آن مورد قبول همگان بوده و مخالفی در این میان نیست اگر اختلافی هم باشد در مورد قبول همگان بوده و مخالفی در این میان نیست اگر اختلافی هم باشد در مورد توسعه دامنه مشمول قاعده نسبت به تعزیرات و قصاص است. پرسشی که در اینجا مطرح است این است که پس از قبول مشمول قاعده نسبت به حدود چه آثاری بر آن مرتبت می شود؟ آیا پس از آنکه اجرای حد در مورد متهم به دلیل حصول شبهه متوقف شد هیچ مجازات دیگری بر او تحمیل نمی شود؟

در پاسخ باید گفت که حکم مساله نسبت به چگونگی شبهه و نوع جرم متفاوت است گاهی ممکن است به طور کلی هر نوع مجازات ساقط شده حتی آثار عملی حلال بر آن بار شود. گاهی هم مجازات حد به تعزیر تبدیل می شود. مثلاً اگر کسی متهم به زنا باشد و شبهه موضوعیه برای وی حاصل شده یا نه بدین صورت که به علت تشابه بین همسرش و کسی که در بستر او خوابیده تاریکی شب امر را بر او مشتبه ساخته است و چون اصل عمل به طریق شرعی ثابت شده باشد ولی اگر مرتکب در این مورد تقصیری نداشته باشد هیچ مجازاتی بر



او تحمیل نمی شود. همچنین آنچه که بر نزدیکی حلال مترتب است از قبیل اثبات نسب وجود عده و غیره ... در اینجا نیز وجود خواهد داشت در همین مورد اگر به جای شبهه موضوعیه در کیفیت اثبات زنا نسبت به زن و مرد نامحرمی که صرفاً در یک بستر دیده شده اند شبهه حاصل شود به دلیل وجد شبهه حد ساقط می شود. اما ممکن است عنوان جرم عوض شده و به جای مجازات حد زنا تحت عناوینی چون مضاجعه و روابط نامشروع تعزیر شوند [3].

## ۲- تعزیرات

در خصوص این مساله که آیا قاعده مورد بحث شامل مجازات های غیر معین (تعزیرات) هم می شود و یا خیر باید به این نکته توجه داشت که طبق تفسیری که از معنای (الحدود) در این قاعده ارائه شد معنای این لفظ مطلق مجازات الهی است زیرا از آنجا که این لفظ جمع همراه با الف و لام بوده و مفید عموم است شامل مجازات های تعزیری نیز می شود و هیچ دلیل خاصی وجود ندارد که عموم این قاعده را تخصیص زده و آنرا به مجازات های معین (حدود) اختصاص دهد.

همچنین در کلام فقها بسیار اتفاق است که لفظ حد بر مجازات های تعزیری اطلاق شده است حتی برخی این مطلب را صریحاً اظهار داشته اند از جمله مرحوم محمد تقی مجلسی از کتاب روضه المتقین گفته است "حدود شامل حد تعزیر و قصاص نیز می شود" [3].

افزود بر اینها می توان با تفتیح مناط و لحاظ وحدت ملاک که بر پایه های عقلانی و فلسفه ای اجرای مجازات در شرع اسلام بنا شده است بر این عقیده بود که هیچ منعی در شمول قاعده نسبت به تعزیرات وجود ندارد.

نظر موافقین قاعده در آنجا در تعزیرات:

حکمت قاعده در آنجا تحقق عدالت و کمک به متهمان است و این حکمت در جرائم تعزیری نیز وجود دارد. عدالت اقتضا می کند بر کسی که مرتکب جرم حدی شده ولی در مسئولیت داشتن وی شبهه وجود دارد حد جاری نشود. همین نکته در باب تعزیرات هم اقتضا می کند که با وجود شبهه مجازات تعزیری برداشته شود.

در اصل قاعده دفع حدود به شبهات برای جرم های حدی وضع شده است ولی چیزی که مانع تطبیق آن بر جرائم تعزیری می شود موجود نیست چون قاعده مزبور برای تحقق عدالت و تضمین مصلحت اشخاص متهم وضع گردیده و هر متهمی به جرم تعزیری باشد و خواه متهم به جرم حدی به وجود این دو اعتبار احتیاج دارد [15].

دلیل دیگر عموم فرمایش رسول اکرم (ص) می باشد در سنن ترمذی آمده است که پیامبر اکرم (ص) فرمود:

«ادروا الحدود من المسلمین فان الامام ان یخطا فی العفیف خیر من ان یخطا فی العقوبه» رسول خدا (ص) در این حدیث علت تشریح قاعده در آنجا را این نکته بیان می کند که اگر قاضی در عفو و خطا اشتباه کند بهتر است که در عقوبت و مجازات خطا و اشتباه کند و بی گناهی را به ناحق به مجازات کشد این علت در باب تعزیرات نیز جاری است و خطای قاضی در عفو مجازات تعزیری از خطای او در مجازات تعزیری بهتر است [16].

مخالفین معتقدند، گرچه ادله موافقان جریان قاعده در آنجا در تعزیرات قابل مناقشه است. ولی حق با آنان است زیرا در رد ادله ایشان می توان چنین گفت که اولاً چنان که دیدیم روایت قاعده در آنجا ثابت نشد و در نتیجه یک عموم لفظی روایی به نام «ادروا الحدود بالشبهات» نداریم تا بحث کنیم که آیا مراد از الحدود مطلق مجازات هاست یا مجازات های معین شرعی، ثانیاً روایت ترمذی نیز چون سند معتبری ندارد قابل تمسک نیست. ثالثاً اولویت قطعیه ای هم وجود ندارد بلکه بر عکس می توان گفت از آنجا که حدود شدت و حدت زیادی دارد به گونه ای که در اجرای آن ها شفاعت و کفالت و تاخیر پذیرفته نیست و مرتکب آن در صورت تکرار در بار سوم و یا چهارم کشته می شود. لذا قاعده در آنجا تشریح شده است. پس شدت و غلظت حدود وضع قاعده در آنجا را می طلبد و از آنجا که این شدت وحدت در تعزیرات نیست قاعده در آنجا جاری نمی شود و از همین جا فهمیده می شود که حکمت وضع قاعده در آنجا اجرای عدالت نیست بلکه سنگینی و شدت مجازات های حدی است.

با وجود این می توان گفت که در باب تعزیرات نیز در حدود اندازه عقلانی می توان به سقوط مجازات تعزیری در صورت وجود شبهه قائل شد بیشتر بیان شد که قاعده در آنجا در حد عقلانی پذیرفته می شود در این مقدار عقلانی تعزیرات نیز قابل سقوط هستند.

بنابراین اگر کسی بپرسد که قاعده در آنجا با آن وسعت ادعایی در باب حدود آیا در تعزیرات هم جاری است یا نه، در پاسخ باید گفت حق با مخالفان است ولی اگر پرسش این باشد که آیا قاعده در آنجا در حد عقلانی در تعزیرات نیز جاری می شود پاسخ آری است و در این صورت حق با موافقان است [1].

## ۳- شمول قاعده در مورد قصاص

به نظر برخی از فقها چون قصاص از جمله حقوق الناس بوده و مبنای حقوق الناس نیز مذاقه است. از این رو چنانچه شبهه ای در باب قصاص عارض شد نمی توان به این قاعده تمسک نمود به علاوه اصول عقلایی چون اصل عدم نیسان عدم خطا و غفلت عدم اشتباه عدم اکراه و نظایر آن جاری شده است. مانع جریان قاعده مورد بحث می شود.

در مقابل بعضی گفته اند که قصاص هم در واقع از زمره حدود الله است زیرا حدود الهی منحصر در تازیانه نیست بلکه هر کیفری که از جانب خداوند متعال معین شده باشد جزو حدود الله است قصاص نیز از این قبیل است "من قتل مظلوما فقد جعلنا اولیة سلطانا" کسی که به ستم کشته شود همانا برای ولی او تسلطی (اختیار اینکه قصاص کند یا دیه بستاند) قرار داده ایم [17].

همانگونه که می دانیم قصاص از حقوق الناس است یعنی حقی که شرع برای جبران خسارت جنایت دیده وضع نموده که می تواند از این طریق جبران کند یا با گرفتن عوض مالی و یا بدون آن در گذرد ولی به نظر می رسد در عین حال قصاص مشمول قاعده در است و در موارد شبهه ساقط می شود به جهت آنکه در مساله قصاص جان و نقص عضو در کار است و از این جهت حاکم باید در حمایت از حق مزبور نهایت دقت را به خرج دهد و در موارد وجود هر گونه تردید از اجرای آن جلوگیری نماید. ممکن است گفته شود که حدود الله به تسامح و تخفیف بنا شده اند و اصول عقلایی در آنها جریان ندارد و بر عکس در مورد قصاص اصول عقلایی جاری می شود در پاسخ باید گفت در خصوص قصاص هم اصول عقلایی جاری نمی شود زیرا درست است که حقوق الناس مبنی بر مذاقه است اما این دقت نظر مربوط به مسایل حقوقی و مالی است ولی در دماء و نفوس آنچه از روایات کثیره و تسالم اصحاب و مذاق شرع استفاده می شود این است که تا آنجا که امکان دارد باید احتیاط نمود [3].

شاهد ادعا موارد بسیاری در فقه وجود داد که فقها به استناد قاعده درأ و حصول شبهه حکم به سقوط مجازات قصاص داده اند، از جمله:

۱- محقق حلی در بحث مربوط به حکم ارتداد ضمنی طرح مساله قتل مرتد می گوید: چنانچه مرتد توبه نمود، سپس کسی که معتقد به بقای او به حالت ارتداد است وی را بکشد از نظر شیخ طوسی باید قصاص شود زیرا عنوان قتل عدوانی مسلمان صادق است چرا که پس توبه به عنوان مرتد بر او صادق نیست. آنگاه ضمن تردید در این حکم، علت تردید را عدم قصد کشتن مسلمان توسط قاتل بیان نموده است [12].

شهید ثانی در شرح مساله فوق پس از ذکر ادله ی شیخ طوسی در مورد وجوب قصاص استدلال دارد که جالب توجه است: دلیل عدم وجوب قصاص این است که هر چند قاتل قصد کشتن را داشت ولی هرگز قصد کشتن یک مسلمان را نداشته است و از یک سو قصاص هم مانند حد مجازات الهی است و عنوان حد بر او اطلاق می شود و از سوی دیگر باگمان قاتل بر بقای مرتد بر حال ارتداد شبهه حاصل شده است از این رو مشمول قاعده درأ شده کیفر قصاص از او ساقط می شود [18].

۲- مورد دیگر مساله ای است که محقق حلی در فروع موضوع قصاص مطرح ساخته است: اگر شخص به کسی بگوید مرا بکش و گرنه تو را خواهم کشت قتل او مباح نمی شود زیرا اذن او حرمت قتل را از بین نمی برد اما با این حال اگر اقدام به قتل او نماید قصاص واجب نیست زیرا او شخص ممیزی است و حق خود را با اذن خود ساقط کرده و وارث هم در این مورد حقی ندارد [12].

شهید ثانی در شرح این مسئله دو وجه یکی وجوب قصاص و دیگری عدم وجوب آنرا بیان کرده و برای هر کدام استدلالی را ارائه می دهد آن گاه قول به عدم قصاص را به عنوان قول مشهورتر پذیرفته و بیان می دارد.

در ثبوت قصاص دو توجیه وجود دارد توجیه نخست که نظر قاطع (مولف شرایع) است عدم قصاص می باشد با این استدلال که شخصی مقتول با اذن حق خویش را اسقاط نموده است بنابراین وارث نیست به اجرای قصاص قادر نخواهد بود چرا که وارث تنها نسبت به آنچه از مورث به وی منتقل می شود ذی حق است و با توجه به اذن مورث حقی برای او متصور نخواهد بود به علاوه آنکه اذن موجب شبهه می شود و شبهه ارائه (رافع از حد) است [18].

ملاحظه می شود که از نظر شهید ثانی شبهه حاصل از اذن مقتول موجب سقوط قصاص می شود منشا شبهه این است که تسلط وارث و ولی دم بر قاتل ناشی از حق مورث است که پس از کشته شدنش به ورثه منتقل می شود و با توجه به اذنی که خود مقتول به قاتل خویش داده است در واقع از چینی حقی محروم شده است. بنابراین ورثه دارای حق منتقل از مورث خویش نیست تا تسلط بر قاتل داشته و او را قصاص می نماید [3].

مخالفین اجرای قاعده درأ در قصاص می گویند:

قاعده درأ در باب قصاص جاری نمی شود، دست کم باید این گونه گفت که موارد اجرای قاعده درأ در باب قصاص نسبت به باب حدود بسیار کمتر است البته جاری نشده قاعده درأ در باب قصاص به معنای آن نیست که در دماء و نفوس احتیاط نشود و پرونده هر متهم به جنایتی با حکم قصاص مختومه اعلام شود بلکه مدعا آن است که اگر در جایی ادله و یا اصول شرعی اقتضای عدم قصاص جانی را داشته باشد بر طبق آن ادله و اصول قصاص را منتفی می دانیم ولی این موارد نشانگر آن نیست که قاعده درأ در باب قصاص جاری شده است.

برای اثبات این عقیده چند دلیل بیان می شود:

### دلیل اول:

سخن صاحب جواهر است، او می‌گوید: چون قاعده در امری خلاف اصول و ضوابط است باید به قدر متیقن آن اکتفا نمود و قدر متیقن این است که تنها در باب حدود جاری است [7].

### دلیل دوم:

این است که چون قاعده در امر امتنان است از این رو در قصاص (حق الناس) و نیز دیات جاری نمی‌شود، این استدلال شبیه استدلالی است که درباره اجرا نشدن حدیث رفع در اکراه بر قتل گفته شده است توضیح این که اگر کسی دیگری را بر قتل شخص سومی اکراه کند بیشتر فقها معتقدند که مکروه حق کشتن شخص سوم را ندارد و اگر او را بکشد قاتل (مکره) قصاص و مکروه به حبس ابد محکوم می‌شود در این جا اشکالی مطرح شده که چرا حدیث رفع در این مورد جاری نمی‌شود؟

در پاسخ گفته‌اند: که چون حدیث رفع برای امتنان است نمی‌شود که بر یک طرف دارای امتنان باشد و برای طرف دیگر خلاف امتنان، مانند همین استدلال درباره جریان قاعده در امر قصاص مطرح می‌شود [1].

دلیل سوم و یا دست کم شاهد مدعا، عدم پذیرش قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» در باب قصاص در صورت وجود لوث است توضیح آن که این قاعده معروف در باب قصاص هنگام لوث جاری نمی‌شود، بدیهی است در موارد لوث دلیل قطعی و یقینی بر وقوع قتل از سوی متهم وجود ندارد با وجود این ولی باید برای بی‌گناهی خود بینه اقامه کند و الا با قسامه ولی دم مجرم شناخته می‌شود این نکته شاهد آن است که قصاص به مجرد شبهه برداشته نمی‌شود.

دلیل چهارم نشان دادن مواردی از باب قصاص است که با وجودی که شبهه وجود داشته و قاعده در امر می‌توانسته جاری شود اما فقها حکم بر قصاص داده‌اند و قصاص را منتفی ندانسته‌اند. برخی از این موارد چنین است:

اگر مردی همسرش و مرد بیگانه‌ای را با این ادعا بکشد که آنان مرتکب عمل زنا شده بودند و بینه‌ای برای ادعایش نیاورد قصاص می‌شود حتی شیخ طوسی پا از این فراتر نهاده در جایی که ظاهر حال، ادعای قاتل را تایید می‌کند مثل این که مقتول به چنین کاری شهره باشد باز هم قاتل به قصاص قاتل است.

- ابن ادریس حلی در بخش حدود کتاب سرائر خود در موارد بسیار به قاعده در امر استناد می‌کند، ولی در بخش دیات و جنایات به این قاعده استناد نمی‌کند و در مواردی با وجود شبهه باز هم قصاص را جاری می‌داند برای نمونه وی نخست کلام شیخ طوسی را از کتاب الخلاف نقل می‌کند که گفته است:

اگر کسی عضو فرد دیگری را قطع کند ولی مدعی باشد که آن عضو فلج بوده است و در نتیجه نه قصاص صورت می‌گیرد و نه دیه کامل پرداخت شود اما از سوی دیگر مجنی علیه بگوید که این عضو صحیح بوده است و قطع آن باعث قصاص یا دیه کامل است، نظر شیخ طوسی آن است که اگر آن عضو از اعضای ظاهری مثل دو دست و دو پا و دو چشم و بینی و مانند آن باشد حرف جانی با قسم یاد کردن او پذیرفته می‌شود و مجنی علیه باید برای اثبات مدعای خود بینه اقامه کند ولی اگر آن عضو باطنی و درونی باشد حرف مجنی علیه پذیرفته می‌شود، ابن ادریس پس از بیان و نقل این کلام شیخ طوسی می‌نویسد:

نظری را که شیخ ما برگزیده است همان نظر شافعی است. اما آن چه اصول مذهب ما اقتضا می‌کند این است که حرف مجنی علیه در هر دو نوع اعضای ظاهری و باطنی پذیرفته می‌شود به علت اجماع اصحابمان بر این مطلب و به علت فرمایش پیامبر که بر منکر قسم و بر مدعی بینه لازم است و اصل سلامت اعضا است و جانی که فلج بودن و معیوب بودن عضو مجنی علیه را ادعا می‌کند باید بینه بیاورد و هر کس تفصیل می‌دهد و بین اعضای ظاهری و باطنی فرق می‌گذارد نیاز به دلیل دارد.

گرچه برخی از این ادله ممکن است قابل مناقشه باشد اما در مجموع می‌توان گفت قاعده در امر باب قصاص جاری نمی‌شود [1].

### ۴- دیات

در مقررات جزایی کشورمان دیه به عنوان یکی از انواع مجازات اسلامی معرفی شده است. لفظ حدود مندرج در قاعده و ادله آن حداکثر شامل تعزیر و قصاص است و به طور مسلم شامل دیات نمی‌شود زیرا در ماهیت حقوقی دیه بحث است که یا دیه نوعی مجازات است یا پرداخت غرامت با این تردید در ماهیت حقوقی دیه تمسک به عام (الحدود) جهت شمول دیه جایز نیست چرا که از قبیل تمسک به عام در چنین مواردی صحیح نیست، بنابراین نمی‌توان با تمسک به عموم الحدود، دیات را مشمول حکم قاعده‌ی مزبور دانست به علاوه در فقه موردی مشاهده نشده است که فقیهی در صورت شک، شبهه صرفاً به استناد به قاعده فوق حکم به سقوط دیه دهد، دلیلش این است که دیه را قانونگذار اسلامی برای احترام خون مسلمان وضع نموده است که در زمره ی حقوق مالی اشخاص محسوب می‌شود و در باب حقوق مالی اصل بر مذاقه بوده و در این عرصه اصول عقلایی مثل اصل عدم اشتباه، اکراه، غفلت و نظایر آن جاری می‌شود.

### گفتار ششم: رابطه قاعده‌ی درأ با اصل برائت

به منظور فهم دقیق رابطه فیما بین قاعده درأ و اصل برائت ناگزیر از بیان نکاتی مهم به شرح ذیل هستیم، همانگونه که بیان شد شبهه را به گمان بردن بر اباحه عمل تعریف کرده‌اند [19].

و برخی از نویسندگان در بحث عروضی شبهه معتقد هستند که این شبهه چه برای قاضی حاصل شود و چه برای متهم باعث سقوط حد می‌شود [11].

با مراجعه به قانون مجازات اسلامی، ماده ۱۲۰ که مشخصاً در بیان قاعده درأ می‌باشد بیان می‌دارد: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هر یک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود».

با توجه به اطلاق ماده به نظر می‌رسد که شبهه موضوع ماده یاد شده هر دو شبهه عارضی بر قاضی و متهم را در بر می‌گیرد و هر چند که چون ملاک شبهه‌ی دارنه شبهه‌ی عارضی نزد قاضی می‌باشد لذا مقام قضایی در مقام اجرا و دفع مجازات می‌باشد.

در همین راستا بحث عروضی ابتدای شبهه بر متهم و متعاقباً عروضی آن بر مقام قضایی می‌باشد و به نظر می‌رسد در قانون مجازات اسلامی و در ماده ۲۱۸ که بیان می‌دارد: «در جرائم موجب حد هر گاه متهم ادعای فقدان علم یا قصد یا وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری را در زمان ارتکاب جرم نماید در صورتی که احتمال صدق گفتار وی داده شود و اگر ادعا کند که اقرار او با تهدید و ارباب یا شکنجه گرفته شده است ادعای مذکور بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می‌شود».

به نظر می‌رسد در این ماده عروض شبهه بر قاضی و متهم ملازم یکدیگرند. در ماده یاد شده عبارت «احتمال صدق گفتار وی داده شود» بکار رفته است و ظاهراً قانونگذار رویکرد اکثریت فقها مبنی بر این که شبهه نزد متهم بایستی قابل قبول عرف باشد را پذیرفته است، یعنی از یک حداقل مبنای عقلی برخوردار باشد به عنوان مثال از یک فارغ‌التحصیل حقوق ادعای عدم آگاهی نسبت به حرمت زنا، قوادی و... قابل قبول نیست.

در همین راستا برخی از نویسندگان در خصوص رابط قاعده‌ی درأ و اصل برائت می‌فرمایند. «اصل که در برابر شک قرار دارد. استثناء برادر است ولی قاعده حکم است، حکمی کلی که دارای زیرمجموعه است. به عنوان مثال قاعده‌ی لاضرر که از آن خیار غبن استخراج می‌شود، قاعده‌ی گویای قانون است. اصل برائت از اصول عملیه است که مجرای اعمال این اصول شک و شبهه می‌باشد. اصولیون و فقهای اسلامی مجرای اصل برائت را شبهه و شک در تکلیف یا در حکم قضیه (و نه مکلف به) دانسته‌اند.

زیرا در هنگام شک در متعلق تکلیف و مکلف به و در زمان اجرای تکلیف بسته به مورد محل اجرای اصل تخیر یا احتیاط است. پس شک در تکلیف گاه از باب شبهه‌ی حکمی و گاه در شبهه‌ی موضوعی است [20]. در بحث منابع و مستندات اصل برائت، ضمن این که برخی از این منابع الزام آور بوده یعنی مقام قضائی مکلف به تبعیت از آن می‌باشد مانند قانون اسلامی، قوانین موضوعه و اسناد الزام آور بین‌المللی که حسب قانون آیین دادرسی مدنی در صورت تصویب در مجلس شورای اسلامی حکم قانون را دارد و از طرف دیگر منابعی وجود دارد که جنبه الزامی برای دادگاه‌ها ندارد مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶ میلادی که توسط مجلس عمومی سازمان ملل متحد به تصویب رسید.

### گفتار هفتم: رویکرد قوانین موضوعه در خصوص اصل برائت

#### ۱- قانون اساسی

قانون اساسی در هر جامعه‌ای میثاق ملی آن جامعه بوده که بیانگر ایدئولوژی حاکم بر نظام سیاسی آن جامعه می‌باشد. و غالباً سیاست‌های کیفری، اجتماعی، مدنی، فرهنگی، بهداشتی نشأت گرفته از آن می‌باشد.

اصل ۳۷ قانون اساسی ایران که بیان می‌دارد: «اصل برائت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود مگر این که جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد». به عنوان مهمترین منبع اصل برائت می‌باشد و می‌توان به اصول دیگر قانون اساسی از قبیل ۲۲، ۲۳، ۲۵، ۳۲، ۳۳، ۳۵، ۳۶ و ۳۸ قانون اساسی در همین زمینه اشاره کرد.

#### ۲- قوانین کیفری ماهوی

قانونگذار به عنوان ضمانت اجرای اصل ۳۷ قانون اساسی اقدام به جرم‌انگاری رفتارهایی که خدشه به اصل برائت وارد می‌آورد نموده است. به عبارتی چنانچه بدون دلیل و مدرک آزادی، جان و مال افراد مورد تعرضی قرار گیرد مرتکبین این گونه اقدامات قانونی مجازات می‌شوند، در فصل دهم (تقسیرات مقامات و مأمورین دولتی) مواد مختلفی از قبیل ۵۷۰، ۵۷۱، ۵۷۲، ۵۷۳، ۵۷۴، ۵۷۵، ۵۷۸، ۵۷۹، ۵۸۰ وجود دارد که این موضوع پرداخته شده است، به عنوان مثال ماده ۵۷۰ مقرر میدارد «هر یک از مقامات و مأمورین وابسته به نهادها و دستگاه‌های حکومتی که برخلاف قانون آزادی شخصی افراد ملت را سلب نماید یا آنان را از حقوق مقرر در قانون اساسی جمهوری اسلامی

ایران محروم نماید علاوه بر انفصال از خدمت و محرومیت یک تا پنج سال، از مشاغل حکومتی به حبس از دو ماه تا سه سال محکوم خواهد شد.»

### ۳- قوانین کیفری شکلی

اندیشمندان سیاست جنائی معتقدند هر چه دامنه حقوق کیفری ماهوی و میزان جرم‌انگاری محدود شود و به همان نسبت دامنه حقوق و آزادی مردم گسترده‌تر می‌شود و به عبارتی کم حجم شدن قوانین کیفری بیانگر احترام به حقوق مردم می‌باشد. و در مقابل و با توجه به این که فلسفه تدوین و تصویب قوانین مربوط به آیین دادرسی کیفری و رعایت عدل و انصاف در محاکمه متهم می‌باشد لذا هر چه قدر دامنه این نوع قانون گسترده‌تر شود بیانگر توجه به اصل برائت و دادرسی منصفانه می‌باشد.

در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۴ در بخش‌های مختلف می‌توان آثار اصل برائت را مشاهده کرد.

در بخش دوم و مواد مربوط به کشف جرم و تحقیقات مقدماتی مواد مختلفی از جمله ۲۳، ۲۴، ۳۷ اشاره نمود که به وضوح می‌توان آثار اصل برائت را مشاهده نمود. به عنوان مثال در ۲۲ و اشاره به این که متهم را بیش از ۲۴ ساعت نمی‌توان تحت نظر نگهداری کرد و تاکید قانونگذار به عدم نگهداری متهم در بازداشت اشاره صریح بر این است که متهم تا با دلایل و مستندات متقن محکوم نشده است از تضمینات اصل برائت برخوردار می‌باشد.

همچنین در خصوص قوانین خاص کیفری شکلی در رابطه با اصل برائت می‌توان به «قانون احترام به آزادیهای مشروع و حفظ حقوق شهروندی» مصوب ۱۳۸۳/۲/۱۵ اشاره نمود. در قانون اشاره شده و در بندهای ۲ و ۵ به صراحت به اصل برائت اشاره شده است. در بند ۲ بیان می‌دارد در محکومیت‌ها باید بر طبق ترتیبات قانونی و منحصر به مباشر، شریک و معاون جرم باشد و تا جرم در دادگاه صالح اثبات نشود و رأی مستدل و مستند به مواد قانونی و یا منابع فقهی معتبر (در صورت نبودن قانون) قطعی نگردیده اصل بر برائت متهم بوده و هر کس حق دارد در پناه قانون از امنیت لازم برخوردار باشد.»

### گفتار هشتم: رویکرد قوانین موضوعه در خصوص قاعده درأ

تبصره ۱ ماده ۸۲ قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ بیان می‌داشت: «هر گاه زن یا مردی حرام بودن ازدواج با دیگری را ندارند ولی احتمال حرمت آن را بدهد و بدون تفحص حکم شرعی با او ازدواج نماید و دخول کند محکوم به حد خواهد شد.» این جهل که جهل تقصیری بسیط می‌باشد بر اساس قانون مزبور عذر محسوب نمی‌شد. لکن تبصره یاد شده در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ حذف گردید. در نتیجه به نظر می‌رسد که این جهل عذر محسوب می‌شود.

در مواد متعددی از قانون مجازات اسلامی از قبیل ۶۳، ۶۴، ۶۵، ۱۶۶ و ۱۹۸ که در رابطه با حد زنا، شرب خمر و سرقت می‌باشد اثبات حد منوط به علم و آگاهی مرتکب به حکم و موضوع دانسته است.

در ماده ۶۶ قانون مجازات اسلامی که مقرر میدارد: «هر گاه مرد یا زنی که با هم جماع نموده‌اند ادعای اشتباه و ناآگاهی کند در صورتی که احتمال صدق مدعی داده شود ادعای مذکور بدون شاهد و سوگند پذیرفته می‌شود و حد ساقط می‌گردد.» که به نظر می‌رسد ماده ناظر به عروزی شبهه بر قاضی باشد.

- و در ماده ۶۷ که بیان می‌دارد: «هر گاه زانی یا زانیه ادعا کند که به زنا اکراه شده است ادعای او در صورتی که یقین برخلاف آن نباشد قبول می‌شود.»

- تبصره ۱ ماده ۱۶۶ هم بیان می‌دارد: «اگر شرابخوار مدعی جهل به حکم یا موضوع باشد و صحت ادعای وی محتمل باشد محکوم به حد نخواهد شد.

- ماده ۱۷۳ نیز بیان می‌دارد: «اقرار یا شهادت در صورتی موجب حد می‌شود که احتمال عقلانی بر معذور بودن خورنده مسکر در

بین نباشد.»

### نتیجه گیری

با توجه به اینکه ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی به این نکته مهم اشاره دارد که شاخص و ملاک شبهه آن است که نزد قاضی ایجاد شود و او باید نتیجه بگیرد که آیا جرمی در عالم خارج واقع شده است یا نه، ولی منشا این شبهه ممکن است که هنگام عمل بر مرتکب عارض شده باشد و یا مرتکب در دفاعیات خود باعث عروضی شبهه بر قاضی شده باشد، در خصوص اجرای قاعده درأ به نظر می رسد، روایات متعددی که از معصومین نقل شده است که اصل را بر چشم پوشی از خطا و عفو آن در نظر گرفته اند که با اطلاق عام روایات شامل همه ی کیفرها حتی تعزیرات نیز می شود و همچنین با توجه به سیاق نگارش ماده ی ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی و بکار بردن واژه ی «جرم» که اطلاق به ذهن متبادر می شود و از طرف دیگر با توجه به رویکرد قانونگذار در قانون مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری که با نگاهی جرم زدا مواد قانونی را تصویب نموده است لذا به نظر می رسد مانعی برای اعمال قاعده ی درأ بر همه مجازات ها وجود نداشته باشد. تنها تفاوت موجود ظاهراً میان جرائم از لحاظ نحوه اثبات شبهه است که در ذیل ماده ۱۲۰ و ماده ۱۲۱ بدان پرداخته شده است، همچنین شبهه در قانون مجازات اسلامی در فضای تردید به کار رفته و لذا ظن غیر معتبر و شک نیز داخل در معنای شبهه خواهد شد از طرف دیگر علی رغم تصریح به پذیرش شبهه در تمامی عناصر تشکیل دهنده جرم بررسی سایر مواد قانونی از جمله مواد ۹۱، ۲۱۸ و ۳۰۳ قانون مجازات موید آن است که شبهه تنها در عنصر روانی مورد توجه بوده است.

### منابع و مراجع

- [۱] حاجی ده‌آبادی، احمد، قواعد فقه جزایی، چاپ چهارم، ۱۳۹۷
- [۲] سوره نور
- [۳] محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه بخش جزایی، چاپ ۳۴، ۱۳۹۶
- [۴] سوره نساء
- [۵] قریشی، علی اکبر، قاموس قرآن، دارالکتب الاسلامیه، بی تا
- [۶] خوی (آیت اله) ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، مطبعه الاداب، نجف، بی تا
- [۷] نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، بیروت، دارا حیات التراث، ۱۹۸۱
- [۸] مجلسی، محمد باقر، بهار الانوار، بیروت، موسسه الوفاء، ۱۴۰۳
- [۹] نوربها، رضا، حقوق جزای عمومی، گنج دانش، چاپ ۲۸، ۱۳۸۹
- [۱۰] کلانتری، کیومرث و همکاران، قلمرو و شرایط اعمال قاعده دراه، فصل نامه تعالی حقوق، شماره ۲۰
- [۱۱] اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، نشر میزان، ۱۳۸۷، جلد ۲
- [۱۲] نجم الدین، ابو القاسم (محقق حلی) شرایع الاسلام، جلد دوم، بیروت دارالکتب الاحیاء، ۱۴۱۰
- [۱۳] سوره بقره
- [۱۴] سوره مائده
- [۱۵] عوده، عبدالقادر، حقوق جزای اسلامی، چاپ اول، معاونت فرهنگی جهاد دانشگاهی شهید بهشتی، ۱۳۷۲، جلد ۱
- [۱۶] بجنودی، سید محمد، قواعد فقهیه، چاپ دوم، میعاد، ۱۳۷۲
- [۱۷] سوره اساء
- [۱۸] شهید ثانی، مسالک الافهام، جلد ۲، کتاب حدود
- [۱۹] مکی، جمال الدین (شهید اول)، القواعد و الفوائد، جلد نخست، ۱۳۷۵
- [۲۰] آقایی، محمد علی، قاعده دراه و اصل برائت، فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۴، پاییز ۱۳۷۸