

بررسی فقهی-حقوقی جایگاه و قلمرو قاعده درأ در حقوق کیفری ایران

فہیم مصطفی زادہ^۱

مہرداد فیضی^۲

محمد حاجیان نژاد^۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۰۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۰۶

چکیده

قاعده درأ قاعده‌ای اصطیادی است که فقہا آن را در مجموعه‌ای از روایات اخذ نموده اند. قاعده درأ یعنی متوقف ساختن مجازاتهای حدود، قصاص و تعزیرات در مواردی که شبہه به میان باشد. قاعده درأ در برخی از موارد کیفر زدایی جزئی می‌کند و در برخی موارد کیفر زدایی کلی، با توجه به مستندات قرآنی و روایی واژه حد در مستندات قاعده نمی‌تواند به معنای مجازات خاص باشد و شامل تمامی مجازات‌ها می‌شود، قاعده درأ با توجه به ماده ۱۲۰ و ۱۲۱ قانون مجازات می‌تواند اثر جرم زدایی و کیفر زدایی داشته باشد و تفاوتی میان حدود الهی و حق الناس وجود ندارد، البته قانونگذار چهار جرم از جرایم حدی را استثنا کرده است. همچنین در جنایات مستوجب قصاص با توجه به شرایط جرم و مسئولیت کیفری جرم دو اثر جرم زدایی و محکومیت زدایی را دارد. در جرائم تعزیری با توجه به شرایط مسئولیت کیفری و شرط خود جرم اثر جرم زدایی و محکومیت زدایی را دارد و در اعمال قاعده‌ی درأ تفاوتی میان جرایم تعزیری و حکومتی وجود ندارد. به نظر می‌رسد که اصل رفتار در جرایم دیه مورد شک قرار گیرد قاعده‌ی درأ اثر جرم زدایی دارد.

واژگان کلیدی: قاعده درأ، شبہه، حدود، قصاص، تعزیرات، فقہ، حقوق.

^۱گروه فقہ و حقوق، دانشگاه عدالت، تهران، ایران.

^۲گروه فقہ و حقوق، دانشگاه عدالت، تهران، ایران.

^۳گروه فقہ و حقوق، دانشگاه عدالت، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

مقدمه

قواعد فقهی، قواعد کلی هستند که دارای تأثیر بنیادی در فرآیند اجتهاد و استنباط حکم شرعی از منابع می‌باشد، قدرت پویائی و انعطاف عقلانی فقه به میزان قابل ملاحظه‌ای ناشی از غنا بخشیدن به نظام حقوق اسلامی، از طریق پرداختن به اصول و قواعد کلی و فراگیر است. هر قاعده فقهی بیانگر هدف و مقصودی از مقاصد شریعت است، که با درک درست و تبیین هر قاعده فقهی می‌توان به مقاصد شریعت پی برد و حکم مصادیق جدید حقوق را با توجه به ملاک و مبنای هر قاعده دریابیم. در حقوق کیفری اسلامی از جمله قواعد مهم و کاربردی قاعده درأ است که فقها در مباحث مختلف فقه جزایی خصوصاً باب حدود به آن تمسک جستند. از آنجا که تمسک به مدلول این قاعده می‌تواند در براءت متهم موثر باشد حقوقدانان عرفی نیز با تشبیه این قاعده به قاعده تفسیر به نفع متهم آن را قاعده‌ای مترقی و مفید دانسته‌اند. از آنجا که قانون جدید مجازات اسلامی مفاد این قاعده را طی ۲ ماده قانونی مورد اشاره قرار داده است لزوم پرداختن به آن از حیث منابع و زمینه اجرای آن بیش از پیش احساس می‌شود. بدیهی است استنباط غلط از قاعده می‌تواند منجر به صدور آرائی شود که اگر چه ظاهراً مستند به قانون و قاعده فقهی است لیکن از روح قانون و شرع فاصله گرفته است.

بی‌گمان مشهورترین قاعده باب حدود - که نخست در باب حدود مطرح شده و سپس از تسری آن به تعزیرات و سایر مجازاتها بحث شده است - قاعده درأ است. ظاهر اصحاب و فقهای امامیه و حتی اهل سنت پذیرش این قاعده و تسالم بر آن است؛ به گونه‌ای که مرحوم آیت الله سبزواری این قاعده را «من القواعد التي ارسلوها ارسال المسلمات وجعلوها مما استدل بها لاعليها». (سبزواری، ۱۴۱۷ ق، ص ۲۲۶). این قاعده مستند به برخی اقوال مذکور در منابع حدیثی است؛ اقوالی که صحت انتساب هیچ کدام از آنها به شارع مقدس ثابت نیست، ولی وحدت مضمون مدارک منقول و هماهنگی مفاد آنها با مقاصد شارع مقدس اسلام سبب استقبال عامه فقها از چنین قاعده‌ای و استعمال آن در تفسیر و تطبیق نصوص جزائی شده است. لفظ «الحدود» در قاعده مورد بحث و روایاتی که متضمن این قاعده هستند «الحدود تدرأ بالشبهات» به معنای مطلق مجازات است. اما استعمال آن در خصوص مجازات معین یا نامعین از باب انطباق کلی بر یکی از مصادیق و افراد است و گرنه هیچ شاهد قرآنی و روایی وجود ندارد که ثابت کند لفظ حد در معنای مجازات معین حقیقت است و در دیگر معانی مجازی است. بنابراین به عموم خود قصاص و تعزیرات را نیز در برمی‌گیرد و چنانچه در این موارد نیز شبهه عارض شود باید مجازات را منتفی دانست.

۱. مفهوم قاعده درأ

واژه «تدرأ» یا «ادرئوا» از ریشه «درأ» اخذ و در قرآن مجید نیز به کار رفته است، در کتاب المفردات نیز آمده است: «درأت عنه، دفعت عن جانبه و دارأته دافعته و فی الحدیث ادرؤوا الحدود بالشبهات تنبیهاً علی تطلب حيله يدفع بها الحد» (اصفهانى، ۱۴۱۲، ص ۱۱۲). واژه «درأ» که مصدر «تدرأ»، «ادرئوا» و الفاظ مشابه دیگر است، در لغت به معنای «دفع کردن»، «ساقط کردن» و «تعطیل کردن» آمده است. (فراهیدی، ۱۴۰۹ ص ۶۱). بنابراین، منظور از درأ حد، دفع کردن و ساقط کردن و عدم اجرای آن است.

در اصطلاح قاعده درأ، قاعده‌ای اصطیادی است و فقها آن را از مجموعه‌ای از روایات اخذ نموده‌اند. ویژگی قاعده اصطیادی آن است که اطلاق ندارد و تمسک به اطلاقش صحیح نیست (خوئی، ۱۳۹۶ ق.ص ۲۳۳). ولی به اطلاق قاعده منصوص می‌توان تمسک کرد فقهای متقدم در تبیین این قاعده، نخست به بررسی مستندات آن پرداخته، سپس کلمات موجود در قاعده را شرح و بسط داده و در عین حال، از بیان مفاد اجمالی قاعده اجتناب کرده‌اند. (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ص ۳۶) لذا بیان مفاد اجمالی قاعده بیشتر در میان فقهای متأخر دیده می‌شود که به برخی از آنها اشاره می‌شود:

برخی گفته‌اند: « کلمه الحدود عام است و شامل حد و تعزیر و قصاص می‌شود و مراد از شبهات هر چیزی است که مشتبه شود، حتی اگر اشتباه آن به دلیل تعارض ادله یا به خاطر نبود دلیل باشد» (مجلسی، ۱۴۰۶ ق.ص ۲۲۹) این تعریف عام بوده و براساس اطلاق الفاظ قاعده بنا شده است. لیکن اشکال وارد بر این تعریف آن است که اطلاق لفظ حد، دیات را هم در بر می‌گیرد و بنا بر استدلال علامه مجلسی، کلمه الحدود باید شامل دیات هم بشود و برای خروج دیات از این اطلاق، مستندی از سوی ایشان ارائه نشده است. آیت الله محقق داماد در بیان مفاد این قاعده بیان داشته‌اند: «مفاد اجمالی قاعده درأ، آن است که در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم و یا مسؤولیت و استحقاق مجازات وی، به جهتی محل تردید و مشکوک باشد، به موجب این قاعده باید جرم و مجازات را منتفی دانست» (محقق داماد، ۱۳۹۱، ص ۴۳) براساس این دیدگاه که در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز مورد پذیرش قرار گرفته، شمول قاعده درأ بسیار گسترده دیده شده است، به گونه‌ای که با سایر قواعد و اصول فقهی نظیر اصل براءت، اصل احتیاط، قاعده قبح عقاب بلا بیان و همپوشانی دارد. همچنین در این دیدگاه، قاعده درأ علاوه بر سقوط مجازات موجب عدم تحقق جرم نیز می‌شود (ساداتی، ۱۳۹۵، ص ۱۱۷).

۲. مستندات قاعده

۱-۲. روایات

قاعده درأ به صورت های گوناگونی در منابع حدیثی اهل سنت و امامیه نقل شده است که ما به برخی از این منابع اشاره می‌کنیم. ترمذی در کتاب سنن که از منابع معتبر حدیثی اهل سنت است به نقل از عایشه از رسول گرامی اسلام چنین نقل می‌کند: « تا می‌توانید حدود را از مسلمانان دفع کنید، پس اگر راه گریزی برای مسلمانان به جهت فرار از حد پیدا کردید، او را رها سازید، زیرا اگر حاکم در عفو نمودن خطا کند بهتر از آن است که بی گناهی را مجازات نماید » (سیوطی، ۱۴۰۴ ه.ق.ص ۱۲۲). از ابن ماجه محمد بن یزید بن ماجه قزوینی در سنن المصطفی از ابوهریره چنین نقل می‌کند. قال رسول الله (ص): «ادرتوا الحدود بالشبهات» (ابن ماجه ، ج ۲ ، بی تا ، ص ۱۱۲). از پیامبر اکرم (ص) چنین نقل شده است: «ادرتوا الحدود بالشبهات» حدیث فوق دیگری مانند «ادرتوا الحدود» یا «ادرتوا الحدود بالشبهه» و یا «ادرتوا الحدود والقتل من عباده الله ما استطعتم» نیز نقل شده است. (سیوطی، ۱۴۰۴ ه.ق.ص ۱۲۲ و ۱۲۳).

شیخ صدوق چنین نقل می‌کند: «قال رسول الله (ص) «ادرنوا حدود بالشبهات»». (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ص ۵۳) همچنین ایشان در کتاب المقنع می‌نویسد «عن امیر المومنین (ع) انه قال «ادرنوا حدود بالشبهات». (همان، ص ۱۴۷) مرحوم محدث نوری در مستدرک الوسائل چنین نقل می‌کند «عن ابی عبدالله (ع) عن ابیه عن آبائه، عن امیر مومنین (ع) عن رسول الله (ص) انه قال: ادرنوا الحدود بالشبهات» (نوری، ۱۴۰۸ ق، ص ۲۶) همان گونه که ملاحظه می‌شود اخباری که در کتابهای روایی امامیه متضمن این قاعده‌اند همگی مرسله‌اند. (خویی، ۱۴۲۸، ص ۱۶۸) در این صورت از نظر موازین فن حدیث مضمول ادله حجیت خبر واحد نشده، علی القاعده قابلیت استناد برای اثبات چنین قاعده‌ای را ندارند.

۲-۲. تسالم اصحاب بر حجیت قاعده

منظور از تسالم اصحاب این است که فقها در طول زمان طبق این قاعده فتوا می‌دادند، در اکثر مسائل جزایی هرگاه شبهه‌ای پیش آمد و فقهای ما گفته‌اند «لانه من الشبهه الدرأئه» حکم به سقوط یا حد یا قصاص و تعزیر داده اند (سبحانی، ۱۳۹۰، ص ۳۲۰). حتی برخی تسالم اصحاب را بالاتراز اجماع دانسته اند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۲). امام خمینی مکرر در درس‌هایشان فرمودند: «اگر فقهای عظام، متقدمان و کسانی که قریب العصر به معصوم (ع) هستند همگی منطوقاً در امری فتوا دادند برای ما این بزرگترین دلیل است، حتی اگر روایتی مطابق آن فتوا نباشد و یا روایات ضعیف باشد، زیرا این اتفاق در فتوی دلیلی بزرگتر است و بدین ترتیب اتفاق فقهای اسلام در این قاعده دلیلی قوی براعتبار آنان است (خمینی، ص ۱۸۲).

۲-۳. همگرایی و واگرایی قاعده با اصول عملیه

معتقدیم یکی از جهاتی که باعث شده است فقها قاعده درأ را به سایر موارد نیز تسری دهند عدم توجه به همخوانی این قاعده با اصولی چون اصل برائت است تفصیل این بحث به طور مفصل در بحث قلمرو قاعده درأ خواهد آمد، امام مختصراً چنین می‌توان گفت که هرچند باتمسک به هر دو حکم به بی گناهی متهم صادر می‌شود، اما تفاوت بین این دو بسیار است.

۱- محل اعمال قاعده درأ زمانی است که رکن مادی جرم تحقق یافته ولی رکن روانی آن مورد تردید است، اما محل اعمال اصل برائت اعم از آن است و حتی موردی را که رکن مادی جرم تحقق نیافته و یا در تحقق آن تردید وجود دارد شامل می‌شود.

۲- تفاوت بعدی در جواز یا عدم جواز فحص و تلاش بسیار برای رسیدن به یقین قبل از اعمال قاعده درأ است. زمانی که قاضی رسیدگی کننده پرونده، با شبهه مواجه شد و با توجه به شرایط و اوضاع و احوال متهم، شبهه را در حق وی صادق یافت، باید بدون تفحص و جستجو برای رسیدن به دلایل قطعی به منظور کشف حقیقت، حکم به بی گناهی متهم صادر کند. بدیهی است در صورت عدم صادق بودن شبهه در حق متهم حق جستجو برای رسیدن به دلایل را خواهد داشت، اما در اصل برائت قاضی بعد از مایوس شدن از جستجوی آن برای رسیدن به ادله و یا عدم دلالت ادله موجود بر انتساب جرم به متهم،

حکم به برائت می دهد. البته در شبهات موضوعیه برخی عقیده دارند، همانند قاعده درأ بدون تفحص و جستجو در محتویات پرونده حکم به برائت داده می شود. (حیدری، ۱۳۷۹، ص ۲۲۸)

۳- تفاوت دیگر این قاعده با اصول عملیه در این است: در مواردی که حکم قضایی یا تمسک به قاعده درأ منجر به بی گناهی متهم می شود، در واقع او از تمامی اثار حکم رهایی می یابد و به عنوان مثال هیچ گونه جزای نقدی و یا دیه ای بر ذمه او مستقر نمی شود اما زمانی که تبرئه متهم به پشتوانه اصل برائت یا اصول دیگری همچون اصل احتیاط باشد، این امکان که دیه یا جزای نقدی بر ذمه وی مستقر شود وجود دارد. به عنوان مثال آنچه علامه حلی ذیل مسئله ای که اگر دو نفر به قاتل بودن شخصی شهادت دهند و دونفر دیگر شهادت بدهند که شخص دیگری قاتل است، آورده است، قصاص به خاطر شبهه ساقط، ولی حکم به تنصیف دیه از سوی آنها می دهد (حلی، ۱۳۱۴، ص ۲۴). بیانگر این است که در این مسئله از یک طرف شبهه قاتل بودن هریک از مشهود علیهما وجود دارد، لذا نمی توان حکم به قصاص هریک از آنها نمود و از طرفی علم اجمالی وجود دارد که یکی از آن دو قاتل است، لذا اصل عدم هدر رفتن خون مسلمان و اعمال اصل احتیاط است نه محل اعمال قاعده درأ به همین علت است که حکم به تنصیف دیه از سوی آنها داده می شود. (دانشور ثانی، ۱۳۹۲، ص ۸۶-۸۸)

۳. بررسی قاعده درأ در نظام کیفری ایران با تاکید بر ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی

۱-۳. حدود

در مورد شمول قاعده ی مورد بحث نسبت به حدود به معنای اخص، بین فقهای شیعه بلکه بین اکثر مذاهب اسلامی اختلاف نظر وجود ندارد؛ ولی این مقدار، قدر متیقن مابین همه فرق اسلامی است. بنابراین، هر جرمی که مطابق نظر فقها مستوجب حد به معنای اخص باشد، مشمول قاعده خواهد شد. به عنوان نمونه، صاحب جواهر در بحث سرقت و شرایط حد در این مورد می گوید: «هیچ اختلاف و اشکالی [میان فقها] در مورد اینکه حد سرقت همانند سایر حدود با فرض وجود شبهه ساقط می شود وجود ندارد.» (نجفی، ۱۳۶۸، ص ۴۸۱)

بررسی آرای فقهای شیعه نشان می دهد که در مورد حدود به معنای اخص، شمول قاعده نسبت به آن، مورد قبول همگان بوده و مخالفی در این میان نیست تا موافقین در صدد استدلال و اقامه حجت بر آیند؛ بلکه شمول آن نزد همه مفروغ عنه بوده است. کاربرد این قاعده در موارد مختلف حدود شاهد بر این مدعاست. همچنین آرا و اقوال فقهای عامه نیز گویای این مطلب است که در مورد شمول قاعده نسبت به حدود به معنای اخص بین آنان اختلافی نیست. اگر اختلافی هم باشد در مورد توسعه دامنه شمول قاعده نسبت به تعزیرات و قصاص است (عوده، بی تا، ج ۱، ص ۲۰۸). در میان فرق اهل تسنن تنها فقهای ظاهریه منکر چنین قاعده ای هستند. البته نسبت به شمول قاعده بحثی ارائه نمی دهند؛ بلکه اساساً مستندات قاعده را قبول ندارند.

قانونگذار به اصل حقوقی و فقهی قاعده «درأ» در قانون جدید پرداخته است. قاعده درأ در باب حدود و قصاص باید دلایلی مبنی بر اثبات بزه داشته باشد و اگر شک و شبهه ای به وجود آمد در آن شرایط قاعده درأ حاکم است. وجود

این قاعده در قانون مجازات جدید نکته ای بسیار مثبت است. درجه بندی مجازات ها از یک به ۸ درجه، دلیلی برای تشدید مجازات در قوانین مجازات اسلامی نیست، بلکه به دلیل این است که قانونگذار توانایی و قدرت را به قاضی داده است که از بین درجات متعدد بتواند تخفیفات را قائل شود که این امر، پسندیده است. مسئله درک شبهات که قاعده دراً (که به حدود اختصاص داده شده) در قانون جدید مجازات اسلامی به تعزیرات نیز اختصاص داده شده است. با تصویب قانون مجازات جدید، قاعده دراً نیز در مفاد آن پیش‌بینی شده است. بر این اساس، در مورد همه جرایم در صورتی که شبهه برطرف نشود، قاعده دراً جاری خواهد بود. ماده ۱۲۰ این قانون بیان می‌کند که هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن یا هر یک از شرایط مسئولیت کیفری موردشبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نخواهد شد. هم چنین ماده این قانون نیز می‌گوید که در جرایم موجب حد به استثنای محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف، به صرف وجودشبهه یا تردید و بدون نیاز به تحصیل دلیل، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نخواهد شد مطابق ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی (هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هر یک از شرایط مسئولیت کیفری موردشبهه و تردید قرار گیرد و دلیلی بر آن یافت نشود حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود). مطابق ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی (در جرائم حد به استثنای محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف به صرف وجودشبهه یا تردید و بدون نیاز به تحصیل دلیل، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود). با بررسی دو ماده مربوط می‌توان گفت که دامنه قاعده دراً در قانون مجازات اسلامی جدید نسبت به قانون سابق افزایش یافته و شامل تمامی جرایم اعم از حد و تعزیرات می‌شود. چراکه قانونگذار در ماده ۱۲۰ به طور مطلق بیان نموده است هرگاه وقوع جرم مورد شبهه و تردید قرار گیرد آن جرم ثابت نمی‌شود. لذا می‌توان گفت که این مورد با آموزه های کیفرشناسی نوین سنخیت و تعاملی ندارد. ولی در خصوص ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی قانونگذار نسبت به برخی از جرائم حدی مانند محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف سیاست کیفری سخت گیرانه داشته است. یعنی در جرائمی که مربوط به نظم و امنیت عمومی می‌شود قانونگذار صرف وجود شبهه یا تردید را باعث سقوط مجازات نمی‌داند و نیاز به تحصیل دلیل دانسته است. در کیفرشناسی نوین با استفاده از ابزارهای آماری مجرمان به دو گروه مجرمان پر خطر و مجرمان کم خطر تقسیم بندی می‌شوند. برای مجرمان پر خطر سیاست کیفری سخت گیرانه ای از قبیل حبس مدنی، حبس های طولانی مدت، بازداشت های پیش گیرانه و... در نظر گرفته می‌شود. بنابراین می‌توان گفت قانونگذار ایرانی در مورد جرایم محاربه و افساد فی الارض که از جمله جرایم خطرناک محسوب می‌شود و مرتکبان این گونه جرایم افراد با ریسک بالا هستند سیاست کیفری سخت گیرانه‌ای در نظر گرفته است و برای سقوط آن تنها صرف وجود شبهه و تردید راکافی ندانسته و نیازمند تحصیل دلیل می‌باشد. (حیدر نژاد، ۱۳۹۵، ص ۴۶ و ۴۷).

۲-۳. قصاص

صاحب جواهر گفته است که چون قاعده درأ خلاف اصل است، پس به قدر متیقن اکتفاء می‌شود و قدر متیقن همان حدود است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱: ۲۵۷). بر اساس این نظر برخی از نویسندگان قائل شده‌اند که در جرایم موجب قصاص، قاعده درأ جاری نمی‌شود (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۹: ۹۴). در مقابل، در برخی از آثار فقهای عظام مطالبی بدست می‌آید که دلالت بر اجرای قاعده درأ در جرایم موجب قصاص دارند. از جمله آنها شامل موارد زیر است:

(۱) محقق اول و علامه در این رابطه می‌نویسند: «اگر دو نفر به قاتل بودن فردی شهادت بدهند و دو نفر دیگر علیه مردی دیگر آن قتل را شهادت دهند، قصاص ساقط می‌شود و دیه بر آن دو به صورت نصف واجب می‌شود، چون با تعارض دو بینه، شبهه ایجاد می‌شود» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴: ۲۰۶؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵: ۴۷۳). مشاهده می‌گردد که از نظر این فقها، در این فرض چون با شهادت دو نفر نسبت به ارتکاب قتل از سوی شخص دیگر، برای مقام قضایی شبهه و تردید حاصل می‌شود، به استناد قاعده درأ کیفرزدایی اعمال خواهد شد.

(۲) علامه حلی در جای دیگر می‌آورد: «هرگاه دو نفر نسبت به طفل صغیر مجهول‌النسبی ادعای ابوت بکنند و سپس آن دو نفر آن کودک را به قتل برسانند، قصاص صورت نمی‌گیرد، چون احتمال ابوت در هر یک از دو طرف وجود دارد. پس با وجود شبهه خون ریخته نمی‌شود» (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۵: ۴۶۰). با توجه به اینکه به لحاظ قانونی و شرعی «نبود رابطه ابوت» یکی از شرایط اعمال قصاص محسوب می‌شود، اگر در رابطه با این مسئله برای مقام قضایی شبهه ایجاد شود، امکان کیفرزدایی قاعده درأ وجود دارد؛ بدین نحو که کیفر قصاص به خاطر شبهه در وجود رابطه ابوت برداشته می‌شود. اما این به معنای آن نیست که هیچ کیفر دیگری اعمال نمی‌شود، بلکه امکان اعمال کیفر تعزیر و پرداخت دیه وجود دارد؛ این همان اثر کیفرزدایی قاعده درأ است.

(۳) برخی از فقهای امامیه معتقدند: «اگر یابنده آزاد (حر)، لقیطی را که احتمال بردگی آن می‌رود به قتل برساند به علت حصول شبهه قصاص نمی‌شود» (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۶: ۱۲۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷: ۶۰۲). با توجه به اینکه هم کفو بودن میان مقتول و قاتل به لحاظ بردگی و حریت طبق نظر مشهور لازم است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴: ۱۸۰؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق: ۲۶۷؛ خویی، ۱۴۱۰ق: ۵۹)، اگر در رابطه با بردگی شخص یافته‌شده برای حاکم شبهه ایجاد شود، به استناد قاعده درأ کیفرزدایی می‌شود.

(۴) با اینکه صاحب جواهر در قسمتی از کتاب خود، اعمال قاعده درأ را در قصاص جاری نمی‌داند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱: ۲۵۷)، در مبحث مربوط به حکم ارتداد می‌نویسد: «چنانچه مرتد توبه نموده، سپس کسی که معتقد است او همچنان مرتد می‌باشد، وی را بکشد، از نظر شیخ طوسی باید قصاص شود، زیرا عنوان قتل عدوانی مسلمان صادق است؛ چراکه پس از توبه، عنوان مرتد بر او صادق نیست». سپس در ادامه در خصوص این مسئله می‌نویسد: «چه بسا تأیید شود که قصاص حد بوده و با شبهه درأ شود» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱: ۶۳۶). شهید ثانی نیز در تبیین همین مسئله قائل بر عدم قصاص است و می‌نویسد: «علت عدم قصاص این است که هرچند قاتل قصد کشتن را داشته، ولی قصد کشتن مسلمان را نداشته است و از طرف دیگر،

قصاص هم مانند حد، مجازات الهی بوده و عنوان حد بر آن اطلاق می‌شود و از سوی دیگر، با گمان قاتل بر بقای مرتد بر حال ارتداد، شبهه حاصل شده است. از این رو، مشمول قاعده درآ شده و کیفر قصاص از او ساقط می‌شود» (شاهد ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵: ۴۰). بدین ترتیب، مشخص گردید که چون یکی دیگر از شرایط اعمال قصاص، «تساوی در دین» است، اگر در این رابطه شبهه‌ای وجود داشته باشد، قاعده درآ اثر کیفرزدایی خواهد داشت.

(۵) مورد دیگر مسئله‌ای است که در فروع موضوع قصاص مطرح شده است:

محقق حلی ذیل بحث قصاص می‌آورد: «اگر شخصی به کسی بگوید مرا بکش و گرنه تو را خواهم کشت، قتل او جایز نمی‌شود؛ زیرا اذن او حرمت قتل را از بین نمی‌برد. با وجود این، اگر او را به قتل برساند، قصاص واجب نیست؛ زیرا مقتول شخص ممیزی است و حق خود را با اذن خود ساقط کرده و وارث هم در این مورد حقی ندارد» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴: ۱۸۵). شاهد ثانی در شرح این مسئله دو وجه را شامل وجوب قصاص و عدم وجوب قصاص مطرح می‌کند و برای هر کدام استدلالی ارائه می‌دهد. سپس قول به عدم قصاص را به عنوان قول مشهورتر پذیرفته و مقرر می‌دارد: «در ثبوت قصاص دو توجیه وجود دارد. توجیه نخست که نظر قاطع مصنف (مؤلف شرایع) است عدم قصاص می‌باشد، با این استدلال که شخص مقتول با اذن، حق خویش را اسقاط نموده است. بنابراین، وارث نسبت به اجرای قصاص قادر نخواهد بود، بدین دلیل که وارث تنها نسبت به آنچه از مورث به وی منتقل می‌شود ذی‌حق است و با توجه به اذن مورث، حقی برای او متصور نخواهد بود. افزون بر آن، اذن موجب شبهه می‌شود و شبهه، دارئه است» (شاهد ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵: ۸۹).

ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی که در رابطه با قاعده درآ در غیر جرایم موجب حد است، عبارت «دلیلی بر نفی آن یافت نشود» را بیان کرده است؛ این عبارت نشان‌دهنده عدم قبول قاعده درآ در جرائم موجب قصاص به صرف شبهه است. به عبارتی قانونگذار صرف شبهه را برای اثر کیفرزدایی یا محکومیت‌زدایی قائل نشده است. از این رو، این ماده مرجع رسیدگی‌کننده را مکلف کرده که تحقیق و تفحص کند و اگر دلیلی بر نفی شبهه پیدا نشد، آنگاه اثر کیفرزدایی و یا محکومیت‌زدایی اعمال می‌شود، حال آنکه در بحث لوث و اعمال قسامه می‌تواند دلیل - به معنای عام آن - بر ارتکاب جرم محسوب شود. در نتیجه، بحث لوث و قسامه خارج از بحث قاعده درآ و یک مرحله پیش از آن است. همچنین، در ماده ۳۱۷ قانون مجازات اسلامی قانونگذار مقرر می‌دارد: «در صورت حصول لوث، نخست از متهم، مطالبه دلیل بر نفی اتهام می‌شود...»؛ این ماده بیانگر این است که مقام قضایی در صورت حصول لوث به دنبال دلیل می‌گردد و به خاطر همین، از متهم دلیل بر نفی اتهام می‌خواهد. از این رو، می‌توان گفت لوث و قسامه یک مرحله پیش از اعمال قاعده درآ است، زیرا در ماده ۱۲۰ عبارت «دلیلی بر نفی آن یافت نشود»، قید شده است. پس این دلیل برای رد اعمال قاعده درآ در جرایم موجب قصاص پذیرفته نمی‌شود. برخی قائلند که قصاص نیز از حدودالله است، بدین معنی که هر کیفری که از سوی خداوند معین می‌شود، جزء حدودالله خواهد بود (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۶، ج ۱: ۹۷). اما بعضی از این کیفرها در زمره حقوق الهی و برخی در زمره حقوق الناس هستند و نیاز به مطالبه مدعی خصوصی دارند، مثل قطع ید سارق یا حد قذف. طبق این استدلال، قصاص کیفری است که از جانب خدا همانند حد قذف و حد سرقت معین شده است. چنانکه مطرح شد، در رابطه با شمول

یا عدم شمول قاعده در نسبت به جنایات موجب قصاص، قانونگذار در ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌کند: «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 عبارت «وقوع جرم» مشخص می‌شود که طبق نظر قانونگذار، جرم موجب قصاص نیز مشمول قاعده درآمی‌شود. در این زمینه اکثر حقوقدانان به استناد این ماده، قاعده درآ را شامل جرایم موجب قصاص دانسته‌اند. برای نمونه می‌توان به موارد پیش‌رو اشاره کرد:

دکتر گلدوزیان در رابطه با قاعده درآ چنین نوشته‌اند: «قاعده درآ عام است و قابل تسری به همه جرایم اعم از جرائم مستوجب حد، قصاص و تعزیر ... است» (گلدوزیان، ۱۳۹۳: ۱۴۳). به نظر می‌رسد طبق استدلال ایشان، فلسفه قاعده درآ ایجاب می‌کند که جنایات موجب قصاص نیز در قلمرو آن قرار گیرد. افزون بر ایشان استاد میرمحمدصادقی در بررسی «نبود شبهه» به عنوان موارد سقوط یا عدم اجرای قصاص، چنین می‌نویسند: «قاعده درآ تنها شامل حدود به معنی اخص آن نمی‌شود، بلکه قصاص نیز از جمله حدودالله است و با حصول شبهه ساقط می‌شود، چنانکه فقهای شیعه و سنی گاه بر اساس همین قاعده، حکم به سقوط قصاص داده‌اند» (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳: ۲۱۱). بدین سان، ایشان قصاص را از حدودالله می‌دانند و در رابطه با قلمرو شمولی قاعده درآ بر جنایات موجب قصاص تردید ندارند.

افزون بر این موارد، در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به صورت موردی، موادی تصویب شده‌اند که نشان‌دهنده اعمال قاعده درآ در جنایات موجب قصاص هستند. قانونگذار در ماده ۳۶۶ مقرر می‌کند: «اگر وقوع قتل‌های عمد از جانب دو یا چند نفر ثابت باشد، لکن مقتول هر قاتلی مردّد باشد مانند اینکه دو نفر، توسط دو نفر به قتل رسیده باشند و اثبات نشود که هر کدام به دست کدام قاتل کشته شده است، اگر اولیاء هر دو مقتول خواهان قصاص باشند، هر دو قاتل قصاص می‌شوند و اگر اولیای یکی از دو مقتول، به هر سبب، حق قصاص نداشته باشند یا آن را ساقط کنند، حق قصاص اولیاء مقتول دیگر نیز به سبب مشخص نبودن قاتل، به دیه تبدیل می‌شود». این ماده دو فرض را بیان کرده است: فرض نخست اینکه اولیاء دم هر دو مقتول خواستار قصاص باشند که در اینجا چون لطمه‌ای به ارکان مسئولیت وارد نمی‌شود، قصاص هر دو صورت می‌گیرد، ولی اگر اولیاء دم یکی از مقتولین درخواست قصاص کند و اولیاء دم مقتول دیگر چنین درخواستی نکند یا حق قصاص نداشته باشد، به خاطر وجود شبهه (زراعت، ۱۳۹۳، ج ۱: ۴۵۷)، قصاص نمی‌تواند صورت گیرد؛ هرچند امکان دارد که اشکال شود که حکم این ماده بر اساس اصل احتیاط است، در مقابل می‌توان گفت که با قبول اعمال قاعده درآ در جنایات موجب قصاص، حکم این ماده می‌تواند بر اساس قاعده درآ باشد. در واقع، در این ماده هرچند اصل قتل ثابت است، اصل استناد به هر یک از دو قاتل مردّد است و امکان اعمال قصاص وجود ندارد. بنابراین، اثر کیفرزایی قاعده درآ اعمال می‌شود.

قانونگذار در ماده ۴۷۹ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌کند: «هرگاه کسی در اثر رفتار عده‌ای کشته یا مصدوم شود و جنایت، مستند به برخی از رفتارها باشد و مرتکب هر رفتاری مشخص نباشد، همه آنها باید دیه نفس یا دیه صدمات را به طوری مساوی بپردازد». در این ماده نیز به نظر می‌رسد قصاص به خاطر شبهه در تعیین مرتکب، ساقط شده و اثر کیفرزایی داشته باشد و چنانکه مطرح شد برخی از نویسندگان وقوع شبهه را از موارد سقوط قصاص محسوب می‌کنند.

قانونگذار در ماده ۴۸۲ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌کند: «در مورد علم اجمالی به انتساب جنایت به یکی از دو یا چند نفر و عدم امکان تعیین مرتکب، چنانچه جنایت عمدی باشد، قصاص ساقط و حکم به پرداخت دیه می‌شود». در این ماده نیز مرتکب به صورت تفصیلی مشخص نیست. از این رو، شبهه در اعمال قصاص وجود دارد. در نتیجه، قصاص منتفی و دیه پرداخت می‌شود. بدین سان، می‌توان گفت در اینجا اثر کیفرزدایی محقق است.

جهت بررسی نقش کیفرزدایی یا محکومیت‌زدایی قاعده درآ در جنایات موجب قصاص، ابتدا باید ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی با در نظر گرفتن جنایات موجب قصاص بررسی شود. قانونگذار در این ماده مقرر می‌کند: «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». باید هر یک عبارات این ماده جهت رسیدن به اثر قاعده درآ (کیفرزدایی یا محکومیت‌زدایی در جنایات موجب قصاص) بررسی شوند.

(۱) «وقوع جرم»: به نظر می‌رسد اثر کیفرزدایی یا محکومیت‌زدایی قاعده درآ در رابطه با این عبارت مختلف باشد.

رکن مادی: عبارت است از رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که تجلی نیت مجرمانه و یا تقصیر جزایی در عالم واقع است و سبب تحقق رفتار مجرمانه می‌شود (اردبیلی، ۱۳۹۳، ج ۱: ۳۰۱؛ جعفری لنگرودی: ۴۷۶). به نظر می‌رسد در این خصوص در برخی حالات اثر کیفرزدایی محقق باشد و در برخی دیگر اثر محکومیت‌زدایی. وقتی فردی متهم به جنایت موجب قصاص باشد و در رابطه با عنصر مادی جرم به لحاظ استناد جرم به این فرد برای قاضی شک و تردید ایجاد شود و روند تحقیقات در نفی این شبهه کمکی به قاضی پرونده نکنند، در این صورت به نظر می‌رسد به استناد ماده ۱۲۰ قاعده درآ اثر محکومیت‌زدایی خواهد داشت. اما شک و تردید در عنصر مادی در برخی موارد می‌تواند فقط اثر کیفرزدایی داشته باشد. چنانکه در ماده ۴۸۲ قانون مجازات اسلامی به آن اشاره شده، اگر اصل قتل ثابت باشد، ولی قاتل در میان چند نفر مردد باشد، کیفر قصاص ساقط می‌شود و دیه تعلق خواهد گرفت.

عنصر روانی: عبارت از وضعیت ذهنی مرتکب در زمان انجام رفتار مجرمانه است و فعل یا ترک فعل مجرمانه باید نتیجه خواست و اراده فاعل باشد (گلدوزیان، ۱۳۹۰: ۱۷۸). وانگهی، قتل به لحاظ عنصر روانی به قتل عمد، شبه عمد و خطایی تقسیم می‌شود. اگر اصل استناد قتل به متهم اثبات شود، ولی برای قاضی در رابطه با عنصر روانی تردید ایجاد شود، چنانکه نتواند آن شک و تردید را نفی بکند، به نظر می‌رسد در چنین صورتی به استناد ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی قاعده درآ اثر کیفرزدایی داشته باشد. در واقع، اگر اصل استناد ثابت باشد و شک و شبهه در عمدی یا غیرعمدی بودن قتل ایجاد شود، اگرچه قصاص منتفی می‌شود، دیه و در برخی موارد تعزیر نیز وجود خواهد داشت. در قتل شبه عمد به استناد ماده ۲۹۱ قانون مجازات اسلامی که شخص یا تقصیر می‌کند یا قصد فعل دارد ولی قصد نتیجه ندارد یا در مواردی که شخص جهل به موضوع دارد، اعمال تعزیر و دیه به استناد ماده ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی خواهد بود. این ماده چنین مقرر می‌کند: «هرکس مرتکب قتل عمد شود و شاکی نداشته یا شاکی داشته ولی از قصاص گذشت کرده باشد و یا به هر علت قصاص نشود، در صورتی که اقدام وی موجب اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه یا بیم تجری مرتکب یا دیگران گردد، دادگاه مرتکب

را به حبس از سه تا ده سال محکوم می‌نماید». در این ماده عبارت «یا به هر علت قصاص نشود» مؤید دلیل کیفرزدایی در مبحث قصاص به خاطر شبهه در عنصر روانی است، چنانکه اصل استناد عنصر مادی نسبت به متهم متیقن است، اما در عنصر روانی (عمد یا شبه عمد) شک و تردید وجود دارد که به استناد ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی قاعده در اثر کیفرزدایی خواهد داشت. در جنایات خطای محض نیز به استناد ماده ۲۹۲ قانون مجازات اسلامی اگر اصل استناد رفتار موجب جنایت مسلم باشد و شبهه‌ای ایجاد شود، قاعده در آن صورت عدم نفی شبهه، اثر کیفرزدایی خواهد داشت. مثلاً به استناد بند (الف) ماده ۲۹۲ اگر شبهه در خواب بودن یا بی‌هوش بودن مرتکب جنایت باشد (شبهه در عنصر روانی)، به فرض عدم امکان رفع شبهه، کیفر قصاص ساقط می‌شود، ولی امکان تعزیر و دیه وجود دارد.

در رابطه با عنصر قانونی که عبارت از رویکرد قانون نسبت به فعل یا ترک فعل مجرمانه که به صورت ماده قانونی تجلی یافته است، به نظر می‌رسد در صورت شبهه و عدم رفع شبهه از سوی مقام قضایی، در صورت جهل قصوری، اثر کیفرزدایی اعمال شود.

۲) شبهه در «برخی از شرایط جرم»: به استناد ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی نکته بعدی، شبهه در برخی از شرایط جرم موجب قصاص است. با توجه به اینکه قصاص در جرایم عمدی است، یکی از شرایط جنایت عمدی، عمد در رفتار است (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳: ۱۰۴). عمد در رفتار یعنی مرتکب از روی اختیار و اراده مرتکب قتل شود. از این رو، اگر شخص ادعای عدم اراده در ارتکاب رفتار مجرمانه داشته باشد مانند ادعای جنون یا اجبار، اصولاً قاضی باید رفع شبهه بکند. با توجه به اینکه ماده ۱۲۰ به گونه‌ای تقریر شده است که نشان می‌دهد شبهه در ذهن مرجع قضایی ایجاد شده و او باید نتیجه بگیرد که جرم در عالم خارج واقع نشده است یا مسئولیت کیفری محقق نیست (شمس ناتری، ۱۳۹۳، ج ۱: ۲۶۲؛ خالقی، ۱۳۹۳: ۳۲)، اگر در مجنون یا عاقل بودن مرتکب شبهه ایجاد شود، اصولاً باید برای دفع شبهه و بررسی مسئولیت یا عدم مسئولیت کیفری، خود مقام قضایی وارد عمل شود. حال آنکه ماده ۳۰۸ قانون مجازات اسلامی اثبات را بر عهده مجنی‌علیه یا اولیاء دم و یا مرتکب گذاشته است. قانونگذار در ماده ۳۰۸ مقرر می‌کند: «اگر پس از تحقیق و بررسی به وسیله مقام قضایی، در بالغ یا عاقل بودن مرتکب، هنگام ارتکاب جنایت، تردید وجود داشته باشد و ولی‌دم یا مجنی‌علیه ادعا کند که جنایت عمدی در حال بلوغ وی یا افاقه او از جنون سابقش انجام گرفته است لکن مرتکب خلاف آن را ادعا کند، ولی‌دم یا مجنی‌علیه باید برای ادعای خود بی‌بینه اقامه بکند. در صورت عدم اقامه بی‌بینه، قصاص منتفی است. اگر حالت سابق بر زمان جنایت، افاقه مرتکب بوده است، مرتکب باید جنون خود در حال ارتکاب جرم را اثبات کند تا قصاص ساقط شود، در غیر این صورت با سوگند ولی‌دم یا مجنی‌علیه یا ولی او، قصاص ثابت می‌شود».

همین ایراد بر ماده ۳۰۷ قانون مجازات اسلامی نیز وارد است. این ماده چنین مقرر کرده است: «ارتکاب جنایت در حال مستی و عدم تعادل روانی در اثر مصرف مواد مخدر، روان‌گردان و مانند آنها موجب قصاص است مگر اینکه ثابت شود بر اثر مستی و عدم تعادل روانی، مرتکب به کلی مسلوب‌الاختیار بوده است که در این صورت علاوه بر دیه به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم تعزیرات محکوم می‌شود. لکن اگر ثابت شود که مرتکب قبلاً خود را برای چنین عملی مست کرده و یا

علم داشته است که مستی و عدم تعادل روانی وی ولو نوعاً موجب ارتکاب آن جنایت یا نظیر آن از جانب او می‌شود، جنایت عمدی محسوب می‌گردد». چون در قسمت اول این ماده اصل را بر قصاص گذاشته است، پس عبارت «مگر اینکه ثابت شود» دلالت بر اثبات عدم اختیار بر عهده مرتکب دارد و این عمل با ماده ۱۲۰ همخوانی ندارد. البته قرار دادن اثبات عدم اختیار بر عهده مرتکب با توجه به واقعیت‌های اجتماعی، عملی صحیح و اصولی است، اما از آنجایی که قانونگذار قاعده درأ را قبول کرده و صریحاً به آن پرداخته است، نمی‌توان از قانون چشم‌پوشی کرد.

هرچند قصاص مجازات اولیه برای جرایم علیه تمامیت جسمانی محسوب می‌شود، ثبوت این مجازات نیازمند شرایطی است که قانونگذار در ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی به آن پرداخته است. این ماده چنین مقرر می‌کند: «قصاص در صورتی ثابت می‌شود که مرتکب پدر یا از اجداد پدری مجنی‌علیه نباشد و مجنی‌علیه، عاقل و در دین با مرتکب مساوی باشد». به استناد این ماده برای قصاص سه شرط بیان شده است که آنها را جهت مشخص شدن اثر کیفرزدایی یا محکومیت‌زدایی به استناد ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی (شبهه در برخی از شرایط جرم) بررسی می‌کنیم:

الف) فقدان رابطه پدری: این شرط برگرفته از روایاتی از پیامبر گرامی اسلام (ص) است که در قانون سال ۱۳۷۰ نیز به آن پرداخته شده بود و فقها در بیان شرایط قصاص نیز به آن پرداخته‌اند (علّامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۲۰۳؛ خمینی، ۱۴۰۴ق: ۲۳۲). از این رو، اگر شخصی مرتکب قتل شود و ادعای رابطه ابوت بکند، در چنین صورتی برای قاضی در اعمال کیفر قصاص شبهه ایجاد می‌شود. در نتیجه، به استناد ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی باید نفی شبهه بکند. اگر قاضی نتواند شبهه را نفی نماید، قصاص محقق نخواهد شد. در این زمینه حتی برخی از فقها در تقریرات خود به استناد قاعده درأ، حکم به سقوط مجازات قصاص داده‌اند. برای نمونه علّامه حلی می‌نویسد: «هرگاه دو نفر نسبت به طفل صغیر مجهول‌النسبی مدعی ابوت شوند و سپس همان دو نفر او را به قتل برسانند، قصاص اجراء نمی‌شود، زیرا احتمال ابوت در مورد هر یک از دو طرف وجود دارد و با وجود شبهه، خون ریخته نمی‌شود» (علّامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵: ۴۶۱). ولی با وجود ظاهر ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی قانونگذار در ماده ۳۰۹ همان قانون اصل را بر عدم رابطه ابوت گذاشته و شخصی را که مدعی رابطه ابوت است، مکلف به اثبات رابطه پدری کرده است. قانونگذار در ماده ۳۰۹ چنین مقرر می‌کند: «این ادعا که مرتکب، پدر یا یکی از اجداد پدری مجنی‌علیه است، باید در دادگاه ثابت شود و در صورت عدم اثبات، حق قصاص، حسب مورد، با سوگند ولی‌دم یا مجنی‌علیه یا ولی او ثابت می‌شود». با وجود این مقرر به نظر می‌رسد به سختی بتوان در چنین مواردی به قاعده درأ استناد کرد، زیرا به استناد آن یا رابطه ابوت ثابت می‌شود و یا نمی‌شود. پس حالت تردید برطرف خواهد شد مگر اینکه قائل بر این شویم که اگر با وجود این ماده باز شبهه رفع نشود، قاعده درأ اعمال می‌شود. حال به فرض اعمال، قاعده درأ اثر کیفرزدایی خواهد داشت، بدین معنی که کیفر قصاص ساقط می‌شود، ولی به استناد ماده ۶۱۲ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ کیفر تعزیر و نیز دیه تعیین خواهد شد.

ب) تساوی در عقل: با توجه به اینکه قصاص مبتنی بر برابری کامل بین جرم و مجازات است، هم در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ بدین شرط اشاره شده بود و هم فقها در میان شرایط اعمال قصاص به آن پرداخته‌اند (خمینی، ۱۴۲۵ق، ج ۴: ۲۹۳).

اگر فردی دیگری را به قتل رساند و یا جرم موجب قصاص عضو مرتکب شود و اصل استناد قتل و یا قطع عضو این فرد محرز باشد، ولی با توجه به اینکه یکی از شرایط ثبوت قصاص، تساوی در عقل است، مرتکب ادعا کند که مقتول یا مجنی علیه (در بحث قصاص عضو) مجنون بوده، در این صورت در قطع عضو یا سایر جرایم موجب قصاص عضو، شاید به خاطر در قید حیات بودن مجنی علیه بتوان جنون یا عدم جنون را ثابت کرد، اما وقتی مجنی علیه در قید حیات نباشد، برای قاضی شبهه ایجاد می شود که در این صورت باید دلیلی برای رفع شبهه پیدا کند. در بند آخر ماده ۳۱۱ قانون مجازات اسلامی قید شده است: «حکم این ماده در صورتی که در مجنون بودن مجنی علیه تردید وجود داشته باشد نیز جاری است». این ماده فرضی را بیان می کند که نوعی «حالت سابقه» مدنظر است و قانونگذار در جهت حمایت از مقام قضایی بحث رفع شبهه را در اختیار طرفین دعوا گذاشته است، ولی با توجه به اینکه در این ماده حکم ظاهری مشخص می شود، امکان شبهه همچنان باقی است و به فرض عدم رفع شبهه از قاضی، به استناد قاعده در اثر کیفرزدایی اعمال خواهد شد؛ زیرا قانونگذار در ماده ۳۰۵ قانون مجازات اسلامی بیان می کند: «مرتکب جنایت عمدی نسبت به مجنون علاوه بر پرداخت دیه به تعزیر مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» نیز محکوم می شود». از این رو، کیفر قصاص ساقط می شود، اما دیه و تعزیر اعمال خواهند شد.

۳-۳. امکان اعمال یا عدم اعمال قاعده در نسبت به مجازات تعزیری

۳-۳-۱- بررسی فقهی

در خصوص مبنای تعزیر فقهای عظام هر یک مطالبی را بیان فرموده اند از مجموع نظرات آنان استفاده می شود که تعزیر در مفهوم اخص مبتنی بر انجام معصیت و گناه و نیز اعمالی است که موجب اخلال در انجام وظایف الهی می شود. که برخی از دیدگاه فقها در این خصوص را مورد مذاقه قرار می دهیم.

آیه الله خویی می فرماید: «کسی که از روی علم و عمد حرامی را انجام داده یا واجبی را ترک کند حاکم او را به اندازه ای که مصلحت بداند تعزیر می کند» (خوئی، همان، ص ۴۰۷).

ابن ادریس (ره) در کتاب سرائر می نویسد «تعزیر عقوبتی تبعیدی برای باز داشتن مرتکب و سایر مکلفین (از ارتکاب گناه) است. و ملاک آن در جایی است که در امر واجبی اخلال شود یا فعل قبیحی ارتکاب یابد که شارع برای آن حد در نظر نگرفته است... از جمله رد امانت و پرداخت بدهی...» (ابن ادریس، ج ۳، صص ۵۳۴-۵۳۵).

چنانچه شهید اول در کتاب القواعد و الفوائد در بیان اختلاف میان حد و تعزیر در فایده چهارم می فرماید: «انه تابع للمفسده وان لم تکن معصیه...» یعنی، تعزیر تابع مفسده است هر چند آن عمل معصیت نباشد (عاملی، بی تا، ص ۱۴۳). و حضرت امام خمینی (ره) در یکی از نظراتشان فرموده اند: «در احکام سلطانی که خارج از تعزیر در حکم اولی است متخلفین را به مجازات های بازدارنده به امر حاکم یا وکیل او می توانند مجازات کنند. (مهرپور، ص ۱۰۰). در برخی از کتب فقهی صریحاً، در جرائم تعزیری بخاطر وجود شبهه، مجازات را دفع کرده اند، چنانچه امام خمینی می فرماید: «اگر کسی یکی از

محرمات الهی را که حرمت آن بین مسلمانان مورد اتفاق است؛ همانند خوردن گوشت مردار، خون، گوشت خوک و ربا را حلال بشمارد، اگر مسلمان زاده باشد، در صورتی که انکار وی به تکذیب پیامبر اکرم (ص) و یا انکار شریعت اسلام برگردد، کشته خواهد شد. در غیر این صورت، تعزیر می شود؛ اما انکار وی به جهت حصول شبهه باشد، در صورتی که احتمال شبهه در حق او صحیح باشد تعزیر نخواهد شد». (خمینی، ج ۲، ص ۴۸۱). موضوعاتی که در این مسئله مطرح شده است همانند خوردن گوشت مردار، خون و..... به استناد بند آخر انکار شریعت و پیامبر اسلام محسوب نشود از جمله مواردی هست که در قالب جرایم تعزیری قابل طرح است. خوردن گوشت مردار، خون، و گوشت خوک به استناد مادهی ۶۳۸ قانون تعزیرات در صورتی که در انظار عمومی باشد، از موارد تظاهر به عمل حرام باشد. مادهی ۶۳۸ بیان می کند: «هرکس غالباً در انظار عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید علاوه بر کیفر عمل به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می گردد». در رابطه با جرم ربا نیز مادهی ۵۹۵ قانون تعزیرات را می توان بیان کرد ولی در صورتی که شبهه در این موضوعات وجود داشته باشد می توان قاعدهی جرم زدایی و محکومیت زدایی را صادر کرد. (امیران بخشایش، ۱۳۹۵، ص ۸۶)

آیت الله لنکرانی بلوغ عقل و اختیار را در جرایم تعزیری شرط دانسته و نوشته است: «در صورتی که کسی با حیوانی نزدیکی کند تعزیر می شود و میزان و نوع آن به نظر حاکم بستگی دارد. در اجرای این نوع مجازات وجود بلوغ، عقل، اختیار و انتقای شبهه در مرتکب شرط است. از این رو اگر کسی که بر این عمل اکره شود یا برای او شبهه ایجاد شود، در صورتی که در حق او چنین شبهه ای صادق باشد از مجازات معاف می شود» (لنکرانی، ۱۴۲۲، ص ۷۱۵). با توجه به اینکه در رابطه با جرایم تعزیری بودن یا حدی بودن عمل شنیع و طی با حیوانات اختلاف نظرهایی وجود دارد (فیض کاشانی، ج ۲، بی تا، ص ۷۸). اما نظر مشهور تعزیری بودن چنین عملی است پس در صورت حصول شبهه در این جرم تعزیری نیز اثر جرم زدایی و محکومیت زدایی قاعده در اعمال می شود. (فاضل هندی، ج ۱۰ ص ۵۱۲).

ثالثاً حکمت این قاعده ایجاب می کند که قاعده در آن رابطه با جرایم تعزیری نیز اعمال شود. (حاجی ده آبادی، ص ۱۰۰). حکمت این قاعده این است که وقتی جرمی حدی مورد شبهه قرار می گیرد قاعده در آن اثر جرم زدایی یا محکومیت زدایی اعمال می کند. پس این حکمت در جرائم تعزیری نیز وجود دارد مثلاً اگر شخصی با الفاظی یا رفتاری، جرم توهین را انجام می دهد ولی نسبت به یکی از شرایط جرم توهین ادعای نفی علم می کند یا ادعا می کند که از روی اکره بوده عنصر روانی جرم از بین می رود و دلیلی بر نفی این شبهه یافت نمی شود، بنابراین، شبهه جرم زدایی یا محکومیت زدایی صورت می گیرد حتی این نظر را برخی از محققین پذیرفته اند (محقق داماد، ج ۴، ص ۷۸). نکته ای که اینجا مطرح است این است که مطابق با این مثال اصولاً قاعده در آن با اصل «اختیاری بودن اعمال» با اصل «عدم غفلت و نسیان» تعارض خواهد داشت بیان کننده این مطلب است که مرتکب جرم تعزیری با اختیار تام این جرم را انجام داده است و صرف ادعای ایشان اثر جرم زدایی یا محکومیت زدایی را ندارد در مقابل ادله قاعدهی در آن دلالت بر اثر کیفر زدایی یا محکومیت زدایی دارد. اصل عدم نسیان بیان

کننده این است که مرتکب جرم تعزیری را با اراده و توجه کامل انجام داده است. در مقابل ادعای مرتکب جرم مبنی بر غافل بودن خود، ظاهر ادله قاعده‌ی درأ اثر جرم زدایی و کیفر زدایی دارد. اصولاً در صورت تعارض بین اصل و قاعده، قاعده بر اصل مقدم می‌شود چرا که با وجود قاعده اصول عملیه مرتفع می‌گردند. مراجعه به اصول عملیه زمانی است که مجتهد حکم شرع را از قرآن و سنت پیدا نمی‌کند ولی روایتی وجود داشت باشد اصول عملیه کنار خواهد رفت (محقق داماد، ج ۲، ص ۳۰). رابعاً وقتی جرایم حدی که به خاطر شدت و اهمیت آنها شارع خود مجازات آنها بیان کرده است با وقوع شبهه مجازات دفع می‌گردد و به طریق اولی در جرایم تعزیری که نوع و مقدار و کیفیت آن در نزد حاکم می‌باشد، کیفر زدایی یا محکومیت زدایی قاعده درأ اعمال می‌گردد. پس به لحاظ فقهی با توجه به دلایل مطرح شده قاعده درأ شامل جرایم تعزیری می‌شود (موسوی اردبیلی، ج ۱، ص ۹۵).

با اثبات قاعده درأ در جرم تعزیری حال سوال مهم این است که آیا قاعده درأ شامل تمام جرایم تعزیری می‌شود؟ در پاسخ می‌توان گفت جرایم تعزیری شامل دو نوع تعزیر شرعی و تعزیر حکومتی تقسیم می‌شوند برخی حقوق دانان معتقدند که سیاست جرم زدایی و محکومیت زدایی قاعده درأ فقط شامل تعزیرات شرعی می‌شود و تعزیرات حکومتی را شامل نمی‌شود (مکارم شیرازی، ج ۱، ص ۱۸۵). و علت آن هم این است که تعزیرات حکومتی طبق نظر این حقوق دانان به ولی امر و حاکم است که جزء احکام سلطانیه و بازدارنده باشد و حاکم جهت اداره حکومت از آنها استفاده می‌کند طبق این نظر اگر ماهیت تعزیری بودن جرم شکلی در آن نباشد اما در شرعی یا حکومتی بودن آن شبهه وجود داشته باشد، بایستی این شبهه حل شود چون در سیاست جرم زدایی اثر دارد اما اگر تفاوتی بین تعزیر حکومتی و تعزیر شرعی نباشد همین که تعزیری بودن جرم ثابت شد و شبهه ای در ارتکاب آن باشد به استناد قاعده درأ باید سیاست جرم زدایی و محکومیت زدایی اعمال شود. مثلاً به تعزیری بودن جرم قاچاق مواد مخدر یقین وجود داشته باشد ولی نسبت به اینکه جرم تعزیری، تعزیر شرعی است یا حکومتی شبهه وجود داشته باشد، بایستی شرعی بودن یا حکومتی بودن این جرم ثابت شود زیرا اگر در شبهه تردیدی در عنصر مادی و روانی متهم وجود داشته باشد تشخیص شرعی بودن یا حکومتی بودن، در سیاست کیفر زدایی یا محکومیت زدایی اثر خواهد داشت ولی اگر اعمال قاعده درأ در تعزیرات به طور مطلق پذیرفته شود همین که ارکان تشکیل دهنده رفتار مجرمانه تردید حاصل شود جرم زدایی و محکومیت زدایی اعمال خواهد شد. به نظر می‌رسد که از نظر گروهی از حقوق دانان این استدلال زمانی می‌تواند معتبر باشد که تحقق شبهه در جرم زدایی و محکومیت زدایی اثر داشته باشد. اما با توجه به قانون مجازات اسلامی مشخص می‌شود که صرف تحقق شبهه در تعزیرات اثر جرم زدایی و محکومیت زدایی ندارد. ماده ۱۲۰ ق.م.ا بیان داشته است: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هریک از مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرارگیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود». عبارت دلیلی بر نفی آن یافت نمی‌شود مستند این ادعاست. بنابراین قاضی باید تحقیقات خود را ادامه بدهد و اگر بعد از تحقیقات دلیلی نیافت در آن هنگام قاعده درأ اثر کیفر زدایی و محکومیت زدایی پیدا می‌کند. در جرایم موجب حد غیر از چهار استثنا به استناد ظاهر ماده ۱۲۱ ق.م.ا به صرف وجود شبهه مجازات دفع می‌شود. اما در تعزیرات به استناد ماده ۱۲۰ ق.م.ا قانونگذار به این قید اشاره‌ای نکرده است. مثلاً در جرم تعزیری شرعی مثل بغل کردن و بوسیدن دیگری از روی شهوت اگر برای قاضی در رابطه

با عنصر روانی و یا در شخص ارتکاب دهنده شبهه ایجاد شود، به استناد ماده‌ی ۱۲۰ ق.م.ا اگر دلیلی بر شبهه نیافت، جرم ثابت خواهد شد پس این عملکرد قاضی، در جرایم تعزیری حکومتی نیز جاری است و چون تا زمانی که جرمی ثابت نشود اعمال مجازات صورت نخواهد گرفت پس دلیلی وجود ندارد که جرائم تعزیری حکومتی از شمول قاعده استثنا شوند. ثانیاً از طرف دیگر همانطور که قبلاً مطرح شد قاعده در اصولاً قاعده ماهوی است و با وجود تردید در تحقق رفتار مجرمانه وجود دارد از این رو وقتی شبهه در تحقق گران فروشی از طرف یک فروشنده می‌رود قاضی در ارتکاب این جرم دچار شبهه می‌شود پس در این موارد نیز جرم باید ثابت شود تا اعمال مجازات صورت بگیرد. ثالثاً بسیاری از حقوق دانان اعمال قاعده‌ی در را در برخی از حدود موجه می‌دانند و قائل بر این هستند که در جرائم تعزیری به صورت مطلق قاعده‌ی در اعمال می‌شود (گلدوزیان، ۱۳۹۲، ص ۱۴۴).

۳-۳-۲. بررسی حقوقی

حصول شبهه در جرایم تعزیری هم در دادسرا امکان دارد هم در دادگاه اما با توجه به اینکه هم مرجع رسیدگی کننده شبهه هم می‌تواند دادگاه باشد و هم دادسرا بنابراین حکم برائت و قرار منع تعقیب مطرح است. در دادگاه وقتی قاضی نسبت به تحقق جرم تعزیری دچار شبهه می‌گردد و دلیلی برای این رفع تردید پیدا نمی‌کند، جرم زدایی و محکومیت زدایی اعمال می‌شود به این نحو که در محکومیت زدایی حکم برائت صادر خواهد شد. و اگر این حکم به حکم قطعی تبدیل شود بعد از قطعی شدن، اعتبار امر مختومه خواهد شد. اعتبار امر مختومه این است که وقتی به جرم رسیدگی شود و حکم قطعی صادر می‌شود رسیدگی دوباره آن پس از قطعیت بنا به دلایلی قانونی نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۱۳۰). به همین جهت به نظر می‌رسد بعد از قطعی شدن حکم در جرایم تعزیری، رفع شبهه اثری نخواهد داشت (خالقی، ۱۳۹۳، ص ۲۴۲). اما اگر شبهه در دادسرا ایجاد شود، اصولاً بعد از تحقیق اگر دلیلی برای نفی شبهه پیدا نشود، قرار منع تعقیب صادر می‌شود. به استناد ماده ۲۶۵ آیین دادرسی کیفری جدید در قرار منع تعقیب دو حالت باید بررسی شود، یک وقتی دلایل کافی در دست نیست و قرار منع تعقیب صادر می‌شود و یک وقت عمل، ارتکاب به جرم نیست. به استناد ماده‌ی ۲۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری اگر به خاطر جرم نبودن عمل، قرار منع تعقیب صادر شود، این قرار پس از قطعیت اعتبار امر مختوم ندارد و در صورت کشف دلیل جدید به وقوع جرم یا ارتکاب به آن از سوی متهم تعقیب با تشریفات مقرر در ماده ۲۷۸ برای یکبار دیگر امکان پذیر است (امیران بخشایش، ۱۳۹۵، ص ۹۵ ص ۹۵).

نکته‌ای که باید گفت این است که با استناد به ماده‌ی ۳۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری جدید برخی جرائم تعزیری مستقیماً در دادگاه مطرح می‌شوند از این رو بحث قرار منع تعقیب در جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸ وجود ندارد بلکه دادگاه به آنها رسیدگی می‌کند پس اگر در صورت تحقق شبهه برای قاضی و نبود دلیل بر نفی آن به استناد ماده ۱۲۰ ق.م.ا حکم برائت صادر می‌گردد، بعد از قطعی شدن این حکم اعتبار امر مختومه دارد. به لحاظ فقهی نیز قاعده‌ی بنام «الساقط ممّن لایعود» (مغنیه، اق، ج ۶، ص ۲۷۶) وجود دارد که تاحدودی بیان کننده این مطلب است. قاعده‌ی نامبرده می‌گوید هرگاه به وسیله عذر یا

مسقط شرعی حقوق و احکامی ساقط شود، با زوال و مسقط شرعی آن حقوق به حالت اول بر نمی‌گردد. برای مثال اگر مجازات اعم از مجازات حدی یا تعزیری، به دلیل حصول شبهه ساقط شود و سپس آن شبهه برطرف گردد بنا بر مفاد این قاعده، مجازات حدی یا تعزیری اعمال نمی‌شود. نکته ای که در رابطه با این قاعده وجود دارد این است که اگر مسقطات احکام و حقوق در قالب موانع باشد، با زوال مانع حکم اجرا خواهد شد (عمید زنجانی، ج ۲، ص ۲۳۹). البته برخی از نویسندگان قائلند که این قاعده در مورد مسقطی است که رافع حکم باشد مثل حدیث رفع. (همان) به نظر می‌رسد قاعده‌ی درأ همانند حدیث رافع می‌باشد به عبارتی حدیث رفع می‌تواند به عنوان یکی از مستندات قاعده درأ باشد. مثلاً وقتی که عنصر روانی مرتکب ثابت نشده و یا متهم بدون سؤنیت عملی را انجام می‌دهد و یا شخصی از مجرمانه بودن رفتاری اطلاعی ندارد و به استناد ماده‌ی ۱۵۵ ق.م.ا عرفاً جهل و عذر ایشان پذیرفته شود و برای قاضی شبهه ایجاد شود مثل حدیث رفع می‌باشد. (امیران بخشایش، ۱۳۹۵، ص ۹۵)

۴. بررسی اعمال قاعده درأ نسبت به شرایط تحقق جرم

قانون گذار در ماده‌ی ۱۲۰ ق.م.ا می‌گوید: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هریک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود حسب مورد جرم با شرط مذکور ثابت نمی‌شود»

اولین مورد طبق ماده ۱۲۰ قانون مجازات بحث وقوع جرم است. همان طور که قبلاً ذکر شد برای تحقق یک جرم باید سه عنصر روانی، مادی، و قانونی وجود داشته باشد. عنصر مادی عبارت است از رفتار و عملیات خارجی که از مرتکب در عالم واقع سر می‌زند اعم از فعل مثبت یا منفی. در جرایم تعزیری اگر عنصر مادی جرم مورد تردید باشد با استناد به ماده ۱۲۰ ق.م.ا قاضی به تحقیق و بررسی می‌پردازد و اگر دلیلی جهت رفع این تردید پیدا نکند جرم تحقق نمی‌یابد. مثلاً شخص نسبت به دیگری طرح شکایت مبتنی بر انجام جرم یا توهین یا افتراء می‌کند، حال قاضی در روند تحقیقات نسبت به ارتکاب جرم تعزیری توهین یا افتراء به لحاظ عنصر مادی از سوی متشکی عه دچار تردید و شک می‌شود و شروع به تحقیقات می‌کند و دلیلی بر اثبات عنصر مادی و رفع تردید پیدا نمی‌کند. در این صورت با استناد به قاعده درأ، محکومیت زدایی اعمال خواهد شد. عنصر روانی نیز عبارت است از وضعیت ذهنی مرتکب هنگام ارتکاب جرم از باب داشتن سوءنیت یا عدم سوءنیت می‌باشد. در صورت حصول شبهه و تردید در عنصر روانی مرتکب، در صورتی که قاضی دلیلی بر نفی آن تردید حاصل نکند قاعده درأ می‌تواند هم اثر جرم زدایی داشته باشد هم اثر محکومیت زدایی. مثلاً شخصی متهم به ارتکاب جرم تعزیری توهین قرار می‌گیرد در روند تحقیقات برای قاضی شک و شبهه ایجاد می‌شود که این فرد اصلاً قصد توهین نداشته و یا نسبت به موهن بودن کلمه اصلاً آگاهی نداشته پس در این صورت به استناد قاعده درأ محکومیت زدایی صورت خواهد گرفت همانطور که ذکر شد قاعده درأ در جرایم تعزیری نیز می‌تواند اثر جرم زدایی داشته باشد مثلاً شخصی متهم به جاسوسی است و با استناد به ماده ۵۰۱ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ بایستی، اسرار یا اسناد و تصمیمات را عالماً و عامداً در اختیار افراد فاقد صلاحیت قرار ندهد، حال چنین شخصی ادعا می‌کند در اختیار قرار دادن اسناد عاملاً و عامداً نبوده پس عنصر

روانی مرتکب قاضی دچار شک و شبهه قرار می‌گیرد و شروع به تحقیقات می‌کند و دلیلی بر نفی این ادعا پیدا نمی‌کند از این رو کیفر جاسوسی زدوده می‌شود ولی این شبهه باعث نمی‌شود چنین شخصی تحت عنوان دیگری قابل تعقیب و محکومیت نباشد و چه بسا با استناد به ماده ۵۰۶ قانون تعزیرات به جرم تخلیه اطلاعاتی از سوی دشمن مورد پیگرد قرار بگیرد. بنابراین عنصر قانونی جرم عبارت است از وصف مجرمانه ای به تعیین قانون، که در صورت شک و تردید، می‌تواند اثر محکومیت زدایی داشته باشد. شبهه قانونی می‌تواند به دو حالت تقسیم شود: الف) آنجایی که شبهه در عنصر قانونی جرم برای مرتکب رفتار مجرمانه ایجاد می‌شود. ب) آنجایی که شبهه در عنصر قانونی برای قاضی حاصل می‌شود. شبهه در عنصر قانونی برای مرتکب جرم وقتی است که متهم به ارتکاب جرم تعزیری ادعای عدم علم به قانون می‌کند. و با استناد ماده ۱۵۵ ق.م.ا عرفاً این ادعا از ایشان مورد پذیرش باشد و جهل، جهل قصوری بوده و دلیلی بر رفع این شبهه وجود نداشته باشد پس نایستی چنین شخصی محکوم شود و این ادعا از چنین شخصی مورد پذیرش است پس در این صورت با استناد به قاعده درأ، سیاست محکومیت زدایی اعمال و حکم برائت صادر می‌شود. منظور از شبهه در عنصر قانونی برای قاضی آن است که قاضی نسبت به جرم بودن رفتار خاص دچار شک و تردید شود (محقق داماد، ج ۴، ص ۶۱)

مثلاً به استناد مواد ۵۱۸ و ۵۲۰ ق.تعزیرات شرط تحقق جرم ساختن سکه قلب آن است که سکه ساخته شده شبیه به سکه اصلی باشد. (میر محمد صادقی، ۱۳۹۳، ص ۳۳۷). از این رو ضابطه نوعی، جهت احراز از این جرم لازم است. حال اگر کسی که سکه ای بسازد که به لحاظ عرفی با سکه اصلی مشابهت نداشته باشد ولی افراد خاصی را دچار اشتباه سازد، امکان حصول شبهه برای قاضی در ارتکاب به جرم وجود دارد. در چنین صورتی جرم ساختن سکه تقلبی محقق نمی‌شود (همان، ص ۳۳۸).

مرحله دیگر به استناد ماده ۱۲۰ ق.م.ا برای تعیین اثر شبهه در برخی شرایط جرایم تعزیری است مثلاً توهین که یک جرم تعزیری است حقوق دانان برای تحقق این جرم، شرایطی نام برده اند که عبارت است از: ۱- موهن بودن رفتار که ملاک تشخیص موهن بودن رفتار عرف هست از این رو امکان دارد در رابطه با موهن بودن یا نبودن رفتاری برای قاضی شبهه ایجاد کند در این صورت قاضی بنا به عدم نفی این شبهه باید نسبت به جرم توهین قائل بر عدم تحقق آن شود هر چند امکان دارد از لحاظ جرائم دیگری قابل پیگرد و محکومیت باشد. پس قاعده درأ در چنین صورتی اثر محکومیت زدایی و جرم زدایی دارد ۲- وجود مخاطب معین: در رابطه با جرم توهین با حاصل شدن شبهه دو اثر جرم زدایی و محکومیت زدایی می‌تواند حاصل شود. مثلاً چون وجود مخاطب معین از شرایط ضروری در جرم توهین محسوب می‌شود از این رو با ادعای متهم مبنی بر اینکه توهین به فرد معینی نبوده اگر قاضی دلیل بر نفی این شبهه پیدا نکند امکان محکومیت زدایی وجود دارد هر چند محکومیت به طور مطلق زدوده نشود بلکه در صورت اثر غیرمستقیم قاعده، جرم دیگری قابل اثبات باشد مثلاً شخصی در باب توهین قابل محاکمه نباشد ولی از باب هیاو و جنجال و اخلال در نظم و آسایش عمومی به ماده ۶۱۸ ق.م.ا قابل محاکمه باشد. شرایط دیگری نیز مثل شخص حقیقی بودن مخاطب، عدم لزوم ارتجاعی بودن توهین، صریح بودن توهین، وجود دارد که به علت گستردگی آن شرایط برای جلوگیری از اطاله کلام به آن پرداخته نمی‌شود پس به طور کلی

می‌توان گفت در رابطه با شرایط جرم تعزیری اگر شبهه ای و تردیدی وجود داشته باشد چه از ناحیه متهم و چه از ناحیه قاضی، و قاضی نتواند در روند تحقیقات این شبهه رانفی کند، به استناد قاعده درأ هر دو اثر جرم زدایی و محکومیت زدایی را می‌توان اعمال کرد و از آنجا که قلمرو جرائم تعزیری بسیار گسترده است نمی‌توان تک تک آنها و شرایطشان را بررسی کرد. علت اینکه شبهه متهم نیز می‌تواند مبنای اعمال قاعده درأ قرار گیرد این است که اصولاً رکن روانی جرم بسیار مهم است و کسی که خبائث باطنی دارد همیشه مورد مذمت قرار گرفته، بنابراین وقتی متهم در اعمال و رفتار مجرمانه دچار شبهه شده و سؤنیت ایشان مورد خدشه قرار می‌گیرد برای قاضی هم شبهه ایجاد خواهد شد همانطوری که محققان به آن پرداخته اند: «در بعضی موارد وجود شبهه نزد متهم با عروض شبهه نزد قاضی ملازمه دارد؛ یعنی هر جا که قاضی یقین به کذب متهم ندارد اگر شبهه بر متهم عارض شود این امر با عروض شبهه نزد حاکم ملازمه می‌یابد. بنابراین اگر متهم ادعای نسیان و غفلت و خطا و اضطراب و اکراه و غیر اینها را کند و حاکم احتمال خلاف گویی متهم را ندهد برای وی نیز شبهه ایجاد شده و سبب رفع حد از متهم می‌شود» (بجنوردی، ج ۱، ص ۱۸۰).

از دیگر شرایط استناد به ماده ۱۲۰ ق.م.ا شرایط مسئولیت کیفری می‌باشد. به استناد به ماده ۱۴۰ ق.م.ا شرایط مسئولیت کیفری در جرایم تعزیری عبارت است از عقل و بلوغ و اختیار. در رابطه با شرط عقل، اگر نسبت به عاقل بودن یا نبودن مرتکب جرم تعزیری برای قاضی شبهه ایجاد شود، به استناد ماده ۱۲۰ ق.م.ا بایستی تحقیقات را در این زمینه انجام دهد و همین مسئله را قانون آیین دادرسی کیفری با اصلاحات ۱۳۹۴ در ماده ۲۰۲ پیش‌بینی کرده است حال اگر دلیلی برای رفع این شبهه پیدا نشود اثر محکومیت زدایی اعمال خواهد شد. در رابطه با ویژگی بلوغ همین نظر وجود دارد و همچنین ماده ۳۰۸ قانون مجازات اسلامی نیز گویای همین مطلب است با توجه به اینکه شخص مسئولیت کیفری دارد که رفتار مجرمانه را با اختیار انجام می‌دهد از این رو اگر چنین شخصی ادعای عدم اختیار یا اکراه کند و قاضی دلیلی بر رفع این شبهه پیدا نکند با استناد به ماده ۱۵۰ ق.م.ا بایستی قائل به محکومیت زدایی شد (امیران بخشایش، ۱۳۹۵، ص ۹۵، ص ۹۳).

نتیجه گیری

در پایان می‌توان به این جمع بندی و نتیجه گیری رسید که قاعده درأ یکی از قواعد فقهی است که در مورد حدود در قانون مجازات اسلامی جایگاه شفاف تری به خود اختصاص داده است. برخی نیز معتقدند قاعده درأ در تعزیرات و قصاص نیز جاری می‌شود. این عده معتقدند واژه الحدود در قاعده به معنی مطلق مجازات است و نه معنای خاص مجازات حدی، ضمن اینکه با (الف و لام) آمده است و افاده عموم می‌کند یعنی هر مجازاتی. به علاوه در قصاص لزوم احتیاط در دماء نیز می‌تواند دلیلی بر اجرای قاعده باشد. اما مخالفان معتقدند حدود عمدتاً حق الله است و اجرای قاعده در آن مشکلی را ایجاد نمی‌کند اما قصاص حق الناس است و وقتی اصول و ضوابط اقتضای اجرای آن را داشته باشد نمی‌توان به صرف شبهه حق الناس را تزییع کرد. دلیل دیگر مخالفان اجرای قاعده در قصاص این است که قاعده درأ امری خلاف اصل است زیرا اصل و قاعده اجرای مجازات است. لذا باید به قدر متیقن از قاعده که همان اجرای آن در حدود است اکتفا کرد. دلیل دیگر و مهم مخالفان این است که قاعده درأ قاعده‌ای امتنانی است و لذا در حق الناس (قصاص و دیه) اجرا نمی‌شود زیرا

اجرای قاعده درأ در قصاص با امتنایی بودن آن منافات دارد. مانند قاعده اکراه که به جهت امتنایی بودن در قتل جاری نمی شود. دلیل دیگری که می توان در رد اجرای قاعده درأ در قصاص گفت این است که در قتل بحث لوث و اجرای قسامه پذیرفته شده است در حالیکه اگر بنا بود قاعده درأ اجرا شود به اقتضای قاعده البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر نوبت به قسامه در قتل نمی رسید. در حالیکه اگر لوث محقق شود شخص مظنون مکلف به اجرای قسامه و اثبات بی گناهی خویش است. دلیل دیگر در رد اجرای قاعده در قصاص مواردی است که شبهه وجود داشته ولی فقها قاعده درأ را جاری نکرده و حکم به قصاص داده اند. مثلاً اگر کسی دیگری را در منزل خود به قتل برساند و ادعا کند مقتول در حال زنا با همسر قاتل بوده است قصاص می شود مگر اینکه دلیل کافی در اثبات ادعای خود اقامه کند. در حالیکه در اینجا شبهه وجود دارد و اجرای قاعده درأ مستلزم سقوط قصاص می باشد.

تحلیل دقیق مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ و ۲۱۸ و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ حاکی از آن است در رویکرد قاعده درأ می توان در قبال بعضی جرایم کم اهمیت سیاست اغماض را در پیش گرفت که این نوع رویکرد مطلوب سیاست کیفری عدالت تخمینی یا استراتژی دو گانه می باشد. قاعده درأ پس از اصلاحات قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ به صراحت مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است. در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ صریحاً به آن پرداخته شده است. در بحث کیفر زدایی چنین نیست که خود جرم منتفی شود بلکه فعل یا ترک فعل همانند قبل جرم است ولی برای کاهش زیانبار مجازات ها یا از شدت مجازات کم می شود و یا اعمال کیفر از جهات دیگر موجه می باشد و در جایی که بعد از وقوع جرم کیفر ان جرم زدوده می شود با توجه به مبنای کیفر زدایی می توان کیفر زدایی را به قانونی و قضایی تقسیم کرد علاوه بر این تقسیم بندی کیفر زدایی نسبت به مجرم می تواند به دو شکل کلی و جزئی صورت بگیرد که قاعده درأ از نوع قانونی و جزئی محسوب می شود. و آنچه مد نظر است خارج کردن فرد متهم و مظنون از فرایند رسیدگی و تیره ساختن متهم و درأ محکومیت اوست. جنایات مورد قصاص نیز مشمول سیاست کیفر زدایی یا محکومیت زدایی قاعده درأ شده و به استناد ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی در صورت تردید وقوع جرم در برخی از شرایط جرم و یا شرایط مسئولیت کیفری جرم می تواند آثار متفاوتی داشته باشد. اما در خصوص اجرای قاعده در تعزیرات نیز همین اختلاف نظرها وجود دارد. گروهی که اجرای قاعده تعزیرات نیز جاری می دانند و حتی می گویند اگر در حدود و قصاص که مجازات های سنگین تری است قاعده اجرا شود به طریق اولی می توان در تعزیرات نیز نظر بر اجرای قاعده داشت. اما مخالفان معتقدند این قاعده خلاف اصل است و در حدود که بنای شارع بر تخفیف و مسامحه است اجرای قاعده توجه پذیر است اما در تعزیرات چنین مبنایی نداریم و اگر بنا باشد قاعده در تعزیرات نیز اجرا شود باب اجرای مجازات بسته می شود در حالیکه مجازات بخشی از سیاست جنایی اسلام است و نباید زمینه اجرای آن به کلی یا غالباً از بین برود. علاوه بر آن نمی توان با تمسک به اینکه هدف از اجرای این قاعده برقراری عدالت و حمایت از متهمین است آن را به تعزیرات نیز تسری داد. و یا اینکه به طور قطع می توان گفت هدف وضع قاعده چیزی جز عدالت نیست مورد تردید است. این رویکرد مورد پذیرش قانونگذار در سال ۱۳۹۲ نیز قرار گرفته و بر اساس آن اعمال قاعده درأ به عنوان یکی از راه های سقوط مجازات ها در قسمت کلیات ذکر شده است، نه باب حدود به طور خاص. ثانیاً منظور از شبهات در متن قاعده، شبهه در مقام عمل است که صاحب آن شبهه قاضی

و متهم (هر دو) می تواند باشد. البته شایان ذکر است که بر اساس آنچه تحت عنوان ضابطه شبهه مورد پذیرش قرار دادیم، منظور ما اعتقاد و قطع به جواز و حلیت بود و ثمره چنین ضابطه ای را در این امر خلاصه نمودیم که تردیدهای عارض بر قاضی و دادرس در تفسیر قانون خارج از مفهوم شبهه موجود در ساختار قاعده درآ هستند.

فهرست منابع

قرآن کریم.

۱. ابن ماجه، حافظ ابی عبدالله محمد بن یزید قزوینی (بی تا)، **سنن ابن ماجه**، ج ۲، بی جا،
۲. اردبیلی، محمد علی، (۱۳۹۵) **حقوق جزای عمومی**، ج ۲، چ اول، تهران: نشر میزان؛
۳. میران بخشایش، امیر (۱۳۹۵) **بررسی نقش کیفرزدایی و محکومیت زدایی قاعده درآ از دیدگاه فقه و حقوق موضوعه ایران**، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تبریز
۴. جعفر لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۷) **شرح مبسوط ترمینولوژی حقوق**، ج ۳، تهران، انتشارات گنج دانش،
۵. الجوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۹۵۶) **الصاحح: تاج اللغة و صحاح العربیة**، بیروت، ج ۶، دارالعلم للملایین،
۶. حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۸۹)، **قواعد فقه جزائی**، چ دوم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه،
۷. حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۸۴)، **قاعده درآ در فقه امامیه و حقوق ایران**، فقه و حقوق، ۶،
۸. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۳۱۴) **تحریر الاحکام**، موسسه البیت للطباعة و نشر.
۹. حیدر نژاد، کیوان، میرجعفرپور، سید ابو الفضل (۱۳۹۵) **تحولات قاعده درآ در قانون مجازات اسلامی با رویکرد آموزه های کیفرشناسی نوین** فصلنامه علمی پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی سال نهم، شماره ۱
۱۰. حیدری سید علی نقی، (۱۳۷۹) **اصول استنباط فی اصول الفقه و تاریخ باسلوب حدیث**، چ ۵، دارالکتب الاسلامیه .
۱۱. خالقی، علی، (۱۳۹۳) **نکته ها در ایین دادرسی کیفری**، چاپ سوم، تهران، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوق کیفری،
۱۲. خمینی روح الله، (۱۴۲۵) **تحریر الوسیله**، ج ۲، تهران، مرکز نشر آثار امام خمینی (ره)
۱۳. خویی، ابوالقاسم، **مبانی تکمله المنهاج** (۱۴۲۸)، ج ۴۱، چ سوم، قم، انتشارات الامام الخوئی

۱۴. دانشور ثانی، رضا (۱۳۹۲)، **تقریرات درس متون فقه جزایی، (مبانی تکمله المناهج، مشهد؛ دانشگاه آزاد اسلامی،**
۱۵. دانشور ثانی، رضا، (۱۳۹۲) **تقریرات درس متون فقه جزایی، (مبانی تکمله المناهج، مشهد؛ دانشگاه آزاد اسلامی**
۱۶. الراغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲) **المفردات فی غریب القرآن، چاپ اول، بیروت، نشر دارالعلم الدار الشامی،**
۱۷. زراعت، عباس، (۱۳۹۵) **قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، چ دوم، تهران: انتشارات ققنوس؛**
۱۸. زراعت، عباس، (۱۳۹۳) **شرح مختصر قانون مجازات اسلامی، ج ۱، چ ۲، تهران، انتشارات ققنوس.**
۱۹. ساداتی، سید محمد مهدی، (۱۳۸۵) **شرایط اعمال قاعده درأ در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی،**
مطالعات فقه و حقوق اسلامی سال ۸ شماره ۱۴ بهار و تابستان
۲۰. سبحانی، جعفر، (۱۳۹۰) **الموجز فی اصول الفقه، انتشارات ولایت،**
۲۱. سیزواری، سید عبدالاعلی، (۱۴۱۷) **مهذب الاحکام، دفتر آیت الله العظمی سیزواری، چهارم،**
۲۲. سیاح، احمد، (۱۳۶۵) **فرهنگ بزرگ جامع نوین، تهران، انتشارات اسلام، دهم،**
۲۳. سیوطی، جلال الدین، (۱۴۰۴) **الدار المشور فی تفاسیر الماثور ج ۱، قسم: مکتبه آیه الله المرعشی النجفی،**
۲۴. شیخ صدوق، محمد بن علی الحسین بابویه، (۱۴۱۳)، **من لایحضره الفقیه، ج ۹، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی**
۲۵. صادقی، محمد هادی، (۱۳۷۶) **حقوق جزای اختصاصی (جرائم علیه اشخاص)، ج اول، تهران: نشر میزان**
۲۶. عاملی، بهاء الدین محمد بن حسین (بی تا)، **جامع عباسی، تهران: موسسه انتشارات فراهانی؛ عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، (بی تا) القواعد و الفوائد ج ۲، چ اول، قم، انتشارات مفید؛**
۲۷. عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۳۸۷) **قواعد فقه، بخش جزاء، ج ۲، چ ۳، تهران، انتشارات سمت،**
۲۸. عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۳۹۴) **قواعد فقهی بخش جزایی، ج ۲، تهران، میزان.**
۲۹. عوده، عبدالقادر، (بی تا) **التشريع الجنائی الاسلامی مقارنا بالقانون الوضعی، بیروت، مؤسسه الرساله، بی تا**

۳۰. فراهیدی، الخلیل بن احمد، (۱۴۰۹) *العین جز ثانی*، طبعه الاولی، ایران، موسسه دارالهجر،
۳۱. فیض کاشانی، ملامحسن (۱۳۷۷)، *مفاتیح الشرایع*، قم انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی، ج ۲،
۳۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۳) *اعتبار امر قضاوت شده در دعاوی حقوقی و مدنی*، تهران انتشارات کانون وکلای مرکز، چ ۴،
۳۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، *الزامهای خارج از قرارداد ضمان قهری*، چ ۳، تهران، انتشارات دانشگاه تهران،
۳۴. کلینی، محمد بن یعقوب اسحاق (۱۳۷۵)، *اصول کافی*، ترجمه محمد باقر کمره ای، ج ۱، چ سوم، قم: انتشارات اسوه؛
۳۵. گلدوزیان، ایرج، (۱۳۹۵) *محصای قانون مجازات اسلامی* ۱۳۹۲، تهران، انتشارات میزان
۳۶. لنکرانی، محمد فاضل لنکرانی، (۱۴۲۲) *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله*، قم، انتشارات ائمه اطهار،
۳۷. مجلسی، محمد تقی، (۱۴۰۶) *روضه المتقین*، ج ۱۰، قم، موسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور،
۳۸. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۹۱) *قواعد فقه* بخش جزائی، ج ۴، چ ۲۵، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی،
۳۹. محقق داماد، مصطفی، (۱۳۹۲) *قواعد فقه*، بخش مدنی، ج ۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۰. محمدی گیلانی، محمد، (۱۳۶۱) *حقوق کیفری اسلام*، تهران: انتشارات المهدی؛
۴۱. مغنیه، محمد جواد، (۱۴۲۱) *فقه الامام صادق علیه سلام*، قم، موسسه انصاریان، چاپ دوم، ج ۶،
۴۲. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۵) *تعزیر و گستره آن*، قم، موسسه علی ابن ابی طالب،
۴۳. مهرپور، حسین، (۱۳۷۴) *دیدگاههای جدید در مسائل حقوقی*، ج ۱، چ ۲، تهران، اطلاعات؛
۴۴. موسوی بجنوردی، سید محمد، (۱۳۷۹) *القواعد الفقهیه*، ج ۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ه)
۴۵. موسوی بجنوردی، سید محمد، (۱۳۸۲) *فقه تطبیقی، (بخش جزایی)* تهران، پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی،
۴۶. موسوی، سید محمد صادق، (۱۳۸۲) *مبانی نظری جهل و اشتباه*، چاپ اول، تهران، انتشارات امیرکبیر،
۴۷. موسوی بجنوردی، محمد، (۱۴۰۱) *قواعد الفقهیه*، ج ۱، چ ۳ تهران، موسسه عروج،
۴۸. موسی اردبیلی، عبد الکریم، (۱۳۱۴ق) *فقه الحدود و التعزیرات*، ج ۱، (قم: نشر دارالعلم مفید؛

۴۹. میر محمد صادقی، حسین (۱۳۹۳) **جرایم علیه امنیت و آسایش**، تهران، انتشارات میزان.
۵۰. میر محمد صادقی، حسین (۱۳۹۳)، **جرایم علیه اشخاص**، چ ۱۵، تهران، انتشارات میزان،
۵۱. میر محمد صادقی، حسین (۱۳۹۴)، **جرایم علیه اموال و مالکیت**، تهران، انتشارات میزان،
۵۲. نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن، (۱۳۶۸) **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۴۱، تهران، دار الکتب الاسلامیه،
۵۳. نوری، میرزا حسن، (۱۴۰۸) **مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل**، ج ۱۸، چ اول، بیروت، موسسه آل بیت علیهم السلام.