

## ضابطه مندی اجرای قاعده درأ در سیاست جنایی اسلام<sup>۱</sup>

علمی - پژوهشی

\* محمد میرزایی

\*\* محمدرضا رضوان طلب

### چکیده

قاعده درء به عنوان یکی از جلوه‌های بارز کیفرزدایی در سیاست جنایی اسلام محسوب می‌شود. هر چند در قوانین مدون تا قبل از سال ۹۲ به صراحت از این قاعده ذکری به میان نبود ولی در رویه قضایی برای درء و منع مجازات از آن استفاده می‌شد. در سال ۹۲ مقنن در دو ماده ۱۲۰ و ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی به صراحت به این قاعده اشاره نمود و به تبع رای مشهور فقها، حکم آن را در تمام جرائم جاری دانست. اما از یک سو تشتت آرا در کاربرد عملی قاعده در رویه قضایی وعدم تمایز حدود این قاعده در تزامن با سایر اصول فقهی مانند احتیاط و برائت و از طرف دیگر اعمال بدون ضابطه آن که ظاهراً با اصول بنیادین عدالت کیفری از جمله قطعیت و حتمیت مجازاتها در سیاست جنایی اسلام متزاحم است تدقیق و و تبیین زوایای مختلف قاعده را ایجاب می‌نماید. نتیجه بررسی نشان می‌دهد که مجرای قاعده اولاد در موارد حدوث شبهات قطعی و نوعی معتبر نزد عرف عقلاء است که باعث دفع مجازات یا تبدیل آنان به کیفرهای سهل تر می‌گردد. با این تاکید که صرف طرح یا استناد به یک احتمال غیرمستند ظنی نمی‌تواند مورد پذیرش قرار گیرد. ثانیاً مجرای قاعده در جرائم دارای جنبه حق‌اللهی و حق‌الناسی متفاوت و افتراقی است به نحوی که در جرائم حق‌اللهی اعمال قاعده موسع و در جرائم حق‌الناسی مضیق و محدود خواهد بود. در همین راستا نیز مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ مقنن ورود هر نوع شبهه یا تردیدی را در هر جرمی که فاقد جنبه حق‌الناسی (مانند محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف) است به نحو عام موجب عدم اثبات جرم دانسته که این اطلاق با عبارت «دلیلی بر نفی آن یافت نشود» تخصیص فلذا « شبهه غیرقابل رد» موجب عدم اثبات جرم دانسته شده و ماده ۲۱۱ نیز موید این نظر خواهد بود.

**کلید واژه‌ها:** قاعده درء، حدود، حق‌الله، حق‌الناس، شبهه

۱- تاریخ وصول: (۱۴۰۰/۱۱/۱۱) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۱/۰۶/۳۰)

\* استادیار، گروه حقوق، دانشگاه امین (نویسنده مسؤول) [md9۲.mirzaei@gmail.com](mailto:md9۲.mirzaei@gmail.com)

\*\* دانشیار، گروه فقه و مبانای حقوق اسلامی، دانشگاه تهران [Mrrezvan@ut.ac.ir](mailto:Mrrezvan@ut.ac.ir)

## ۱- مقدمه

توجه به حقوق کسانی که با برچسب اتهام در منزلت خاکستری در افکار عمومی جامعه قرار گرفته اند، و رفع اتهام از آنان و معاف کردن آنان از مجازات از هر مسیر ممکن، بیش از هر نشانگری می تواند نماد احیای حقوق بشرو رویکرد رحمانی حقوق اسلامی نسبت به امکان جستجوی راههای معافیت از مجازات، در جامعه باشد. لذا نظام‌های حقوقی، بیش و کم کوشیده‌اند با وضع قوانین و مقررات حمایتی و منصفانه و نیز تمهید نهادهای کارآمد قضایی، زمینه دفع و رفع اتهام را از متهمین فراهم و با استفاده از مواد حمایتی قانونی، حقوق آنان را تضمین کنند. در نظام کیفری و سیاست جنایی اسلام نیز توجه به حقوق و کرامت افراد، مورد تأکید بوده و در مواضع مختلف با تأسیس نهادهایی سعی در حفظ حقوق فرد و جامعه و تحقق عدالت دارد. در این باره پیامبر گرامی اسلام می فرماید: " تا حدّ امکان از مسلمانان حدود را بر دارید و مجازات‌ها را متوقف کنید و اگر راهی برای خلاصی آنان وجود دارد، رهایشان کنید؛ زیرا اگر امام مسلمین در عفو و بخشش، راه خطا پیماید، بهتر است از این که در مجازات اشتباه کند (ترمذی، بی تا، ۳۳/۴)۱.

اسناد حقوقی اسلامی، بگونه ای قابل توجه، در بردارنده چنین حمایتها و تضمیناتی است. قاعده «ادرتوا الحدود بالشبهات» یا «تدرء الحدود بالشبهات»، از جمله قواعد مهم و کاربردی در حقوق کیفری اسلام است که به «قاعده درء» مشهور است و فقها در مباحث مختلف فقه جزایی خصوصاً باب حدود به آن تمسک جسته‌اند. بر اساس این قاعده، در پدید آمدن هرگونه تردیدی در حرمت عمل، شک در وقوع یا انتساب آن به متهم، شبهه در علم متهم به حرمت عمل، و سوال در ماهیت موضوع یا اختیار فاعل در ارتکاب عمل، اجرای مجازات متوقف می گردد. به بیان دیگر به موجب این قاعده با وجود تردید در حرمت عمل یا وقوع یا انتساب آن به متهم یا تردید در علم متهم به حرمت عمل یا ماهیت موضوع یا اختیار وی در ارتکاب عمل نمی توان حکم به مجازات کرد. (احدی، ۱۳۹۹،

(۱۲)

۱. قال رسول الله (ص): «ادرتوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله، فان الامام ان يخطئ في العفو خير من ان يخطئ في العقوبة».

در نظام تقنینی ایران و پیش از انقلاب اسلامی، با آنکه قوانین حقوقی و جزائی ما عمدتاً از فقه تأثیری می‌پذیرد، اما به صورت صریح این قاعده مورد توجه مقنن قرار نگرفته است. هر چند به نحو ضمنی در قوانین مختلف شاهد آثاری از آن بودیم و یا در رویه قضایی به صورت پراکنده و غیر منسجم به آن استناد می‌شود. ولی در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، مفاد این قاعده، طی مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ به صورت صریح مورد اشاره قرار گرفته است. در ارتباط با قاعده درآ می‌توان گفت: اختلاف‌های اساسی زیادی میان فقها در پیوند با گستره حجیت و محدوده و مجرای آن وجود دارد (زنگی آبادی، ۱۳۹۹، ۴۱۶) که تفسیر ناصحیح از مفاد و حدود قاعده به دلیل تنزلی که در اصل حتمیت اجرای نصوص و اعمال مجازات ایجاد می‌کند، می‌تواند به اهداف نظام عدالت کیفری اسلام خدشه وارد کند و باعث تعطیلی حدود گردد. به بیان دیگر استفاده مطلق و غیرمنضبط از محتوای آن در تعارض و تزامم با اهداف و مصالح کلی نظام عدالت کیفری اسلام و حتی مخالف با عدالت خواهد بود. لذا پرداختن به آن از حیث منابع، زمینه اجرا، مبانی و مستندات قاعده و تبیین حدود و ثغور قاعده به ویژه در فقه، حقوق و رویه قضایی بیش از پیش احساس شده و امری اجتناب ناپذیر است. این پژوهش ضمن توجه به نقطه تلاقی یا تزامم این قاعده با اصول بنیادین لزوم اجراء عدالت به این نکته مهم که عدم اجرای صحیح آن باعث مخدوش شدن اصل قطعیت احکام می‌گردد، پرداخته و در پی پاسخ به این سوال است که اولاً گستره اعمال قاعده درآ در جرائم چیست و ثانیاً ضوابط اعمال این قاعده در تزامم با سایر اصول بنیادین عدالت کیفری از جمله حتمیت و قطعیت مجازاتها چیست و چگونه توجیه پذیر است؟ بنظر می‌رسد که بررسی مفاد قاعده و تطبیق قاعده با سایر اصول در بستر اهداف و فلسفه سایر مجازاتها مبین این مطلب است که امکان اعمال ضابطه مند و دقیق قاعده در تمام جرائم اعم از حق الهی و حق الناسی وجود دارد ولیکن در رویکردی افتراقی در جرائم حق الهی با رویکرد موسع و در جرائم دارای جنبه حق الناسی با رویکردی مضیق که متضمن حفظ حقوق افراد نیز باشد و البته با توجه به این نکته مهم که شرط لازم برای اعمال قاعده وجود شبهه ای است که «نوعی؛ منطقی، متعارف و واقعی» باشد و نه «شبهه ای ظنی، غیرمتعارف و غیرمستدل»

## ۲- مفردات قاعده درآ

بررسی مفردات قاعده « ادروا الحدود بالشبهات » نکات مهمی را از حدود شمول و مجرای قاعده

تبیین می‌کند لذا بررسی آن مفید به نظر خواهد رسید.

ادرتوا: «ادرتوا» فعل امر حاضر، مبنی بر حذف نون فاعل ضمیر بارز «واو»، به معنی اذفوا یعنی دفع کنید، است، که آن از ریشه درء به معنی: دفع کرد، دور کرد و رد کرد (عمید، ۱۳۷۲، ۲۳۴)، می‌باشد. همه نویسندگان کتب مشهور لغت عرب، «دفع» را اولین معنای «درء» ذکر کرده‌اند (علایی، ۱۹۷۴، ۳۹۳). خداوند در آیه ۸ سوره مبارکه نور می‌فرماید: «و یدرء عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الکاذبین». در این آیه «درء» به معنای دفع عذاب (مجازات) آمده است. الحدود: «الحدود»، مفعول به و منصوب لفظاً، جمع و محلی به (ال) که افاده عموم می‌کند بنابراین شامل همه حدود خواهد بود. حدود جمع حد است که در لغت به معنی منع، مرز، حائل بین دو چیز و نیز به معنی عقوبت آمده است (فیض، ۱۳۸۹، ۳۰۳). حدود در اصطلاح، مجازات‌هایی هستند که شارع مقدس اسلام نوع، میزان، موجب و نحوه اجرای آنها را معین و مشخص کرده است. از قبیل: زنا، لواط، مساحقه، قیادت، قذف، شرب خمر و ....

بالشبهات: «بالشبهات» جار و مجرور لفظاً متعلق به فعل «ادرتوا» است، الشبهات جمع محلی به (ال) که افاده عموم می‌کند، بنابراین شامل همه نوع شبهه خواهد بود. شبهه از «شَبَه» گرفته شده و به معنای التباس آمده است (زبیدی، ۱۳۰۶، ۳۹۳). از این جهت، برخی آن را «تلبیس الحلال بالحرام، و الحق بالباطل» معنا کرده‌اند (سماوی، ۱۴۰۹، ۵۵). در اصطلاح عبارت است از: گمان به حلیت و اباحه داشتن، آنچه موجب ظن یا اباحه شود، عقیده داشتن به حلیت چیزی که در واقع جرم است و شبهه در اثر جهل به وجود می‌آید (فیض، ۱۳۸۹، ۳۲۶). نتیجتاً، شبهه به معنای در هم آمیختگی و پوشیدن حقیقت است؛ به طوری که آدمی نتواند آن را دریابد.

### ۳- مختصات و ویژگی های مفاد قاعده

گاهی برخی به دلیل عدم شناخت کافی با مفاد و خصوصیات قاعده، شبهاتی را در مورد شمول آن و تراحماتی که اجرای قاعده ممکن است با مبانی و اصول کلی سیاست جنایی اسلام داشته باشد را مطرح می‌کنند که پاسخ به آنها مستلزم بررسی قاعده در بستر نظام عدالت کیفری است.

#### ۳-۱- همترازی و هماهنگی قاعده با اهداف سیاست جنایی اسلام

بایستی سیاست ها و راهبردهای هر مکتب در بستر آموزه ها و مبانی آن تفسیر و تحلیل گردد.

سیاست جنایی اسلام نیز متأثر از آموزه ها و تعالیم والای اسلام شکل می گیرد. نظام قضایی اسلام در حوزه سیاستگذاری های جنایی و کیفری همراستا با اهداف بنیادین و کلان شریعت مدون شده و به اجرا درمی آید. بر این اساس و با توجه به آیه شریفه «لقد أرسلنا بالبینات و أنزلنا معهم الكتاب و المیزان ليقوم بالقسط»<sup>۱</sup> از یک سو هدف از ارسال رُسل و انزال کُتب اقامه قسط و عدل معرفی شده است و از سوی دیگر بر اساس آیه شریفه «وما أرسلناک إلا رحمةً للعالمین»<sup>۲</sup> ارسال پیامبر در جهت تعمیم رحمت عامه برای نوع انسانها دانسته شده است. بر اساس این دو آیه و با نگاهی به سیره نبوی و ائمه هدی، می توان این گونه نتیجه گرفت که هدف از ارسال رُسل و انزال کُتب و به بیان دیگر منظور از هدایت تشریحی شارع که در قالب احکام شریعت نازل گردیده است چیزی جز برقراری و تعمیم «عدالت رحمانی و کریمانه» نیست. در موضوع مجازات به عنوان یکی از راهبردهای سیاست جنایی اسلام و اینکه اجرای مجازاتها که دارای ماهیتی زجرآور است چگونه می تواند جلوه رحمانی داشته باشد باید اذعان نمود که اجرای مجازاتها در بعد فردی دارای ماهیتی اصلاحی، بازدارنده، تادیبی و تطهیری و در ابعاد جامعه‌ی متضمن جلب منفعت عمومی و در راستای مصالح عامه و همچنین در جهت دفع مفسده از جامعه می باشد و این مفهوم ملازمه با رحمت دارد.<sup>۳</sup> از سوی دیگر رحمت ملازمه با تخفیف و تقلیل تکالیف و مداخله حداقلی و کمینه<sup>۴</sup> کیفری در حقوق و آزادی های افراد است، در این راستا پیامبر اسلام ضمن عدم تمایل در مداخله مستقیم در موضوعات جزایی به اصحاب توصیه می نمودند تا با در نظر گرفتن تساهل و تسامح از بسط و توسیع حدود تکلیف امتناع نموده و سکوت شارع مقدس را در برخی موضوعات نعمت بدانند (سیوطی، ۱۴۰۷، ۱۳۳) از سوی دیگر بسیاری از فرایندهای سختگیرانه اثباتی و یا اجرایی در نظام قضایی اسلام که در راستای بزه پوشی و

<sup>۱</sup> سوره مبارک حدید آیه ۲۵

<sup>۲</sup> سوره مبارکه انبیاء، آیه ۱۰۷

<sup>۳</sup> بعضی دیگر بر این باورند که مبنا و اساس شریعت بر حکمتها و مصلحت های بندگان در امر معیشت و معاد است که تماما عدالت، رحمت، مصلحت و حکمت محسوب می شوند. (ابن قیم الجوزیه، ۱۴۱۱، ص ۲) بنابراین، وقتی رحمت الهی مقتضی آن است که منفعت به انسانها رسیده، مفسده و ضرر از آنان دفع گردد، می توان گفت مبناى شریعت که کیفر نیز جزئی از آن است عبارت از جلب مصلحت برای آدمیان و دفع مفسده از آنان است.

<sup>۴</sup> این اصل با عنوان Principle of Minimalism Criminalization در حقوق غربی شناخته می شود برای مطالعه بیشتر بنگرید به غلامی، حسین (۱۳۹۱) "اصل حد اقل بودن حقوق جزا"، مجله پژوهش حقوق کیفری، ش ۲، صص ۶۵-۴۱ و نوبهار، رحیم (۱۳۹۰) "اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری"، مجله آموزه های حقوق کیفری، شماره ۱، صص ۹۱-۱۱۴

حفظ حرمت و کرامت انسانها اعمال می‌گردد و یا قواعد تخفیفی و امتنانی مانند قاعده درأ و یا نهاد توبه همگی همراستا و همتراز با این آموزه‌ها خواهد بود.

### ۳-۲- هماهنگی با اصول کلی حاکم بر نظام عدالت کیفری

قاعده درأ نه در تعارض و یا تزامم با اصول نظام عدالت کیفری بلکه کاملاً منطبق و هماهنگ با آنهاست. دلیل این مدعا با تطبیق نتایج و آثار قاعده با سیاست‌های کلی حاکم بر نظام اسلامی که همانا تعمیم عدالت و کرامت در جامعه است و همراستا با اهداف اعمال قاعده درأ نیز می‌باشد مشخص می‌شود ضمن اینکه شبهات مطرح شده درباره مجرای قاعده درأ نیز به دلیل شناخت ناکافی از مفاد و مجرای قاعده می‌باشد. مثلاً یکی از شبهات مهمی که مطرح می‌شود این است که اعمال قاعده درأ بحث حتمیت، قطعیت و لزوم اجرای حدود در معنای خاص و مجازات را در مفهوم عام را مخدوش یا تضعیف می‌نماید. در پاسخ باید اذعان نمود که اولاً حتمیت قطعیت و لزوم اجرای مجازات پس از اثبات یقینی موضوع خواهد بود و نه هنگام وجود شبهه در حالی که زمان اعمال قاعده در زمان حدوث شبهه است و با این وصف نیز اصولاً حدوث تعارض و یا تزامم به دلیل تفاوت در موضوع منتفی است. ثانیاً اعمال قاعده در مرحله اثباتی و با وجود علم یقینی و متعارف به صورت ضابطه مند و دقیق خواهد بود و آنچه که ممکن است باعث تعطیلی حدود و وقوع ظلم گردد اعمال بدون ضابطه و موسع قاعده در صورت اعمال آن برای هر نوع شبهه ظنی و یا غیرمتعارف خواهد بود. به بیان دیگر در مرحله اثبات جرم اعمال دقیق، مضیق و ضابطه مند قاعده درأ به منظور نیل به عدالت، حقیقت و واقعیت نه تنها تعارض و یا تزاممی با اصول کلی نظام عدالت کیفری از جمله حتمیت قطعیت و لزوم اجرای مجازات ندارد بلکه موافق با فلسفه تشریح مجازات‌ها و اصول بنیادین نظام عدالت کیفری نیز هست.

### ۴- دامنه شمول «قاعده درأ»

این که «قاعده درأ» مختص به حدود الله است، یا قصاص و تعزیرات، اختلاف وجود دارد. اهمیت این مطلب از آن جهت است که تبیین دامنه شمول قاعده مبین ماهیت و فلسفه تاسیس و ویژگی‌های قاعده خواهد بود. برخی معتقدند که مبنای حدود الله مبتنی بر تسامح و تخفیف است، پس عروض شبهه در آن مسقط حد است. ولی در حقوق الناس مانند قصاص، اصل بر تدقیق است و اصل عدم النسیان و الاکراه و الغفلة است، پس شبهه مسقط نیست (بجنوردی ۱۳۷۳، ۱۳۰). البته این سخن

صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا درست است که حقوق الناس مبتنی بر تدقیق است، ولی این حقوق مختص مسائل مدنی و مالی است نه در مسائل دماء و نفوس که با توجه به روایات بسیار و تسامح اصحاب و مذاق شرع، برای ما مسلم می‌شود تا جایی که ممکن است باید احتیاط کرد. بنابراین، اگر حد را به معنای اعم از حدود و قصاص و تعزیر بدانیم، در این صورت عروض شبهه در حد فرقی با عروض شبهه در قصاص و تعزیر ندارد. حد در اصطلاح فقهای نزدیک به عصر معصوم<sup>(۴)</sup>، به معنای لغوی خود در برگیرنده قصاص، تعزیر و شامل جمیع احکام قرآن، از جمله احکام عبادی، مدنی و کیفری است و تمایز آن در آثار فقهای متأخر و انحصار آن در معنای خاص، اصل معنای لغوی را زائل نمی‌کند.

از عبارات فقها مشخص می‌شود که در خصوص قصاص نیز قاعده را جاری نموده‌اند. برای نمونه، صاحب جواهر<sup>(۵)</sup> می‌گوید: در وجوب حد قطع ید سارق شروطی وجود دارد که از جمله آنها ارتفاع شبهه است که مقتضی سقوط حدی است که از جمله آن حدود قطع ید است. همچنان که خلاف و اشکالی نیست در این که حد قطع به واسطه عروض شبهه، مانند دیگر حدود ساقط می‌شود. بنابراین، اگر کسی از مال مشترک بردارد، به گمان این که به اندازه سهم خود برداشته است و این مقدار بدون اذن شریک از آن وی است. در این حال، حتی اگر فرض شود بیش از سهم خود برداشته که به میزان نصاب سرقت (حد قطع) می‌رسد، باز مشمول شبهه است و فرقی نمی‌کند که مال از مواردی باشد که برای تقسیم آن اجبار به کار می‌رود زیرا در هر دو مورد شبهه محقق است (انصاری، بی تا، ۳۹۰).

در مورد دو نفر که مدعی ابوت یک فرزند باشند، اگر قبل از آنکه بر اساس قواعد مقرر در باب نَسَب «فرزند» به یکی از آنها ملحق شود، یکی از دو مدعی ابوت، فرزند انتسابی خود را بکشد، آیا حکم قصاص درباره وی جاری می‌شود؟ صاحب جواهر<sup>(۶)</sup> (نجفی، ۱۴۰۱، ۲۱۹/۴۲) قائل به عدم قصاص شده‌اند؛ آن هم به این بیان که احتمال ابوت در طرف قاتل وجود دارد؛ بنابراین، شرط قصاص که انتفای ابوت در واقع باشد، ثابت نشده است. به علاوه در این مورد اشکال هجوم بر دماء با عروض شبهه نیز مطرح می‌گردد. فخر المحققین در شرح کلام والد خود، علامه حلی، در این مسئله که قاتل مشتبه در دو نفر باشد و بر هر یک بینه اقامه شده باشد، در بیان دلیل سقوط قصاص گفته است: «اما سقوط قصاص به دلیل تعارض دو بینه است. عمل به دو بینه از جهت تعارضی که دارند محال است و عمل به یکی از آن دو نیز محال است، زیرا ترجیحی در بین نیست. قصاص نفس زمانی است که

سبب وجوب آن معلوم باشد در این جا نیز ثابت نشده است پس به دلیل سقوط حد به واسطه عروض شبهه خونی ریخته نمی‌شود. در نهایت نیز می‌گوییم خون مهم است، پس به غیر سبب معلوم، ثابت نمی‌شود» (فخر المحققین، ۱۳۸۷، ۶۰۸/۴). در صورت تعارض دو بینه می‌توان بیان داشت قصاص ساقط و دیه بین دو نفر تنصیف شود؛ حال آنکه این دیه بدل از قصاص است و با سقوط قصاص به واسطه تعارض، وجهی برای تنصیف دیه وجود ندارد و به جهت رعایت «لا یطل دم امرء مسلم» دیه باید از بیت المال پرداخت گردد.

پس می‌توان به طور کلی دلایل موافقان جریان قاعده درء را به قصاص به این نحو بیان نمود: اولاً، همان گونه که قبلاً توضیح داده شد، حد دو معنای عام و خاص دارد. چنانچه قرینه ای در دست نباشد، حد به معنای عام است؛ یعنی عقوبتی که خداوند برای گناه بندگان جعل کرده است. قصاص نیز از جمله اینهاست.

ثانیاً، صحیح است که حقوق الناس مبنی برمداقه است، اما این دقت نظر، مربوط به مسائل حقوقی و مالی صرف است، ولی در مسائل کیفری چون دماء و نفوس، تا آنجا که ممکن است باید احتیاط کرد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۶، ۹۷/۱). این مطلب یعنی چنانچه به موضوع از طرف بزه دیده که متحمل ضرر مادی یا معنوی از سوی مرتکب شده است بنگریم بایستی جریان قاعده باعث تضييع حقوق او نشده و این مهم نیز مستلزم مذاقه در امر اثبات و سعی در ثبوت و مشخص شدن حقیقت امر است. چنانچه به مسئله از طرف حقوق و التزاماتی که باید نسبت به جان و عرض مرتکب در امر رسیدگی رعایت شود نگریم، باز هم تدقیق در حفظ حقوق او امری مهم‌تر و اولی‌تر از مسئله اول خواهد بود و دلیل آن نیز تاکید بر این مطلب است که «اگر امام مسلمین در عفو و بخشش، راه خطا و اشتباه پیماید، بهتر است از این که در مجازات و عقوبت اشتباه کند». تا اینجا که موید لزوم مذاقه در حقوق الله و حقوق الناس در امر اثبات حقیقت است اشکالی نیست؛ ولی چنانچه پس از فحص و بررسی موضوع باز هم امر برای قاضی مشتبه بماند قاعده درء فرصت جریان خواهد یافت و به منظور فصل دعوی جاری خواهد گردید. جریان این قاعده به احتیاط نزدیک‌تر و از لحاظ عقلی حافظ منافع و مصالحی اساسی‌تر است؛ زیرا متضمن حفظ دماء و عرض افراد خواهد بود. با فرض عدم جریان قاعده، احتمال هجمه به دماء افراد از یک سو و عرض ایشان از سوی دیگر محتمل بوده و تحقق این احتمال با فرض عدم جریان قاعده و اجرای مجازات‌هایی که معمولاً غیر قابل جبران، موضوعی عقلانی و



منطبق با سیاست جنایی اسلام که هماهنگ با عدالت و امتنان است نخواهد بود. از لحاظ فلسفه مجازات نیز صاحب التشریح الجنائی در همین راستا می‌گوید: گر چه اصل «قاعده درء» به حدود به معنای اخص (موارد معین) اختصاص دارد، در اجرای آن در موارد تعزیر هم منعی در کار نیست؛ زیرا «قاعده درء» برای تحقق عدالت و نیز رعایت مصلحت متهمان وضع شده است. وی سپس اشاره می‌کند که تطبیق قاعده بر جرائم تعزیری در حالاتی است که تطبیق تعزیر با قاعده مانند حدود موجب برائت شود؛ زیرا خود همین تبدیل به جهت شبهه‌ای بود که در حد عارض شده است و دیگر تعزیری که بدل از حد است، مشمول قاعده نمی‌شود. (عوده، ۱۴۰۲، ۱/۲۱۶) این تفسیر مطابق «اصل ترجیح خطا در عفو بر خطا در کیفر» که از سخن پیامبر استنباط می‌شود، بوده و شامل همه کیفرها می‌شود، زیرا دلیل اطلاق دارد و تخصیص دلیل به مورد خاص «حدود»، ترجیح بلامرجح و تخصیص بی دلیل است. ضمناً از لحاظ اصولی و به طریق اولی امکان تعمیم قاعده به تعزیرات از آنجایی که حدود ثقیل تر از تعزیرات بوده و تعزیرات از لحاظ نوع مجازات خفیفتر از حدوداند وجود دارد. از طرف دیگر مقتضای این قاعده که برای رعایت عدالت، منافع و مصالح متهمان وضع شده است، موید شمول آن به هر نوع کیفری است و تفاوتی ندارد؛ چه مستوجب حد (به معنای خاص) باشد و چه مستوجب تعزیر.

#### ۵- تازه بودن مفاد قاعده درء در مقایسه با موارد مشابه

ممکن است به ذهن چنین خطور کند که قاعده درء مطلب جدیدی را بیان نمی‌کند، زیرا حکم به مجازات (حد) در صورتی صادر می‌شود که موضوع، یعنی وجود جرم حدی، احراز شود و تا وجود جرم احراز نشود، طبعاً به مجازات حکم داده نمی‌شود و در صورتی که در تحقق جرم شک و شبهه‌ای باشد، اصل عدم اقتضا می‌کند جرمی محقق نشده باشد و در نتیجه حکم به مجازات داده نمی‌شود. در واقع وجود شباهت‌های فراوانی که قاعده درء از حیث نتیجه با اصول و قواعد دیگر که مقتضای عدم ثبوت حدند، دارد باعث شده که برخی «مطابقت قاعده درء با ظواهر ادله» را مستند شرعی این قاعده در شبهات موضوعیه بدانند (بجنوردی، ۱۳۷۳، ۱۵۴) و شاید به همین جهت است که برخی بحث و بررسی پیرامون مستند این قاعده را لغو و قاعده را بی نیاز از اثبات می‌شمارند. (سبزواری، ۱۴۱۷، ۲۲۸) از سوی دیگر برخی از فقها نیز معتقدند که بود و نبود قاعده درء تاثیری در نتیجه حکم

ندارد (کریمی جهرمی، ۱۴۱۴، ۲۴) فلذا حاوی مطلب جدیدی نیست. علی‌رغم آنچه گذشت، می‌توان گفت موارد جریان قاعده در دو قسم است. گاه دلیل یا اصلی شرعی مانند برائت و احتیاط اقتضای سقوط حد را دارد و در این موارد نتیجه اعمال قاعده با آن اصول یکی شده و همه آنها موید هم خواهند بود. مثلاً فقها در مورد زنی که خود را به جای همسر مردی وارد و مرد از روی ناآگاهی با او نزدیکی کند، به سقوط حد زنا از مرد نظر داده‌اند. حال مستند این عقیده را برخی قاعده در (طباطبایی، ۱۴۱۳، ۴۱۸) و برخی عدم ثبوت موضوع حد می‌دانند. ولیکن گاهی دلیل یا اصلی مانند استصحاب و یا اختیاری و آگاهانه بودن افعال افراد مقتضی ثبوت حد است. مثلاً در مورد کسی که شراب نوشیده است ولی ادعای اکراه دارد، اما شاهد و دلیلی بر ادعایش نمی‌آورد و قاضی نیز به دروغ بودن ادعایش علم ندارد و در عین حال نمی‌داند راست می‌گوید یا دروغ. در اینجا اصل اختیاری بودن اعمال (خوانساری، ۱۳۹۴، ۱۵) اگر در این موارد که موضوع مشمول ثبوت حد است قاعده در جاری و حد برداشته شود، قاعده در پیام تازه و یا به تعبیری کاربرد جدیدی داشته و از این حیث ارزش فحص و بررسی را خواهد داشت.

قبل از بیان ارتباط بین قاعده مذکور و سایر اصول، لازم است توجه شود که اجرای اصول عملیه فقط در صورتی ممکن خواهد بود که دلیل معتبری در مورد حکم موضوع مورد نظر، وجود نداشته باشد و گرنه با وجود دلیل قطعی یا ظنی معتبر، نوبت به اصل عملی نمی‌رسد (خویی، ۱۴۲۲، ۵۷۲/۱؛ نائینی، ۱۳۷۶، ۵۳۹/۲) (الاصل دلیل حیث لا دلیل). لذا هدف از وضع اصل عملی، کشف حقیقت و احراز واقع به صورت قطعی یا ظنی نیست، بلکه هدف، خروج از بن بست بلاتکلیفی و شک و تردید است (تبریزی، ۱۳۸۷، ۳۱۶/۵) زیرا فرض آن است که راه روشن و قابل اعتمادی به کشف واقع موجود نیست. از طرفی قاعده در قاعده اصطیادی و برگرفته از مجموع روایات می‌باشد و نه تنصیصی. این قاعده، کاشفیت از واقع دارد، اگرچه این کاشفیت ضعیف باشد، ولی شارع به این کاشفیت اعتبار بخشیده است. لذا قاعده در یک اماره و دلیل شرعی و از ادله اجتهادی در حدود پذیرفته شده است، و قدرت مقابله و معارضه با سایر امارات و ادله را داراست. پس در این مبحث باید گفت: اگر مفاد قاعده در بر خلاف مقتضای اصل عملی همچون برائت، احتیاط یا استصحاب باشد و در مقام تعارض با یکدیگر قرار گیرند، قاعده در مقدم و به آن عمل می‌شود؛ لذا در جایی که مجرای قاعده در باشد و این قاعده قابلیت جریان داشته باشد، دیگر نوبت به اصول دیگر نمی‌رسد. بر این مبنا مثلاً در مورد

زن بدون شوهری که حامله شده ولی اقرار به زنا نکرده است و شهودی به زنا شهادت نداده‌اند، حد زنا جاری نمی‌شود. زیرا حد زنا در صورتی جاری می‌شود که زنا ثابت شود، اما با این احتمال که حامله شدن ممکن است به سبب امری غیر از نزدیکی، مثل جذب شدن نطفه به رحم زن، یا به علت وطی به شبهه یا از روی اکراه و اجبار صورت گرفته باشد، زنا ثابت نمی‌شود. حال می‌توان اجرا نکردن حد را مستند به قاعده در (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸، ۱۹۰/۱) و یا مستند به «عدم ثبوت موضوع» دانست (الخوئی، بی‌تا، ۱۷۸)

در باب شبهه متهم نیز گاه اصول و یا ادله شرعی مانند استصحاب اقتضای مجازات دارند، در حالی که قاعده درء مقتضی سقوط آن است. مثلاً کسی با زنی نزدیکی کند، در حالی که نمی‌داند عقد نکاحی که میان خود و آن زن جاری کرده صحیح است یا خیر؟ و سپس روشن شود که عقد باطل بوده است. در این مورد، استصحاب حرمت وطی این زن،<sup>۱</sup> مقتضی ثبوت حد زناست، اما برخی به استناد قاعده درء، حدود فوق را ساقط می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸، ۳۷). که در این حالت بنا بر آنچه گفته شد از آنجایی که مفاد قاعده درء برخلاف اصول عملی مانند اصل عدم، استصحاب و ... است و در مقام تعارض قرار گرفته‌اند، قاعده درء مقدم و به سایر اصول حاکم شده دیگر نوبت به اصول دیگر نمی‌رسد و باعث دفع حد می‌گردد و این مهم، وجه بدیع و ممیز این تفسیر از قاعده خواهد بود.

## ۶- ضابطه مندی قاعده درء در قانون مجازات اسلامی

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ صراحتاً از قاعده درء سخنی به میان نیامده بود ولی انعکاساتی از آن را در برخی از مواد (مانند ۶۳ تا ۶۶ و ۱۳۰، ۱۴۱، ۱۶۶، ۱۸۷، ۱۹۸ ق.م.ا مصوب

<sup>۱</sup> هرگاه زنی مطلقه با وجود شک در پایان یافتن زمان عده، اقدام به ازدواج کرده یا مرتکب زنا شود آیا می‌توان با تمسک به قاعده درء مجازات را منتفی دانست؟

آیت الله سیستانی: اگر جاهل به حرمت ازدواج در این حال بود حد ندارد.

آیت الله صافی گلپایگانی: این مورد نیز مورد استصحاب است و مورد درء نیست. موفق باشید.

آیت الله نوری همدانی: در فرض مذکور در صورت ازدواج فقط (بدون دخول) تعزیر است ولی اگر مرتکب زنا شده بعد از اثبات، حد جاری می‌گردد (سؤال ۶۶۵۸)

۱۳۷۰) که درباره اشتباه بحث می‌کرد وجود داشت. در قانون جدید مجازات اسلامی در مبحث ششم صراحتاً قاعده درء به عنوان یک مبحث از قانون آمده است. این مبحث شامل دو ماده ۱۲۰<sup>۱</sup> و ۱۲۱<sup>۲</sup> است. بر اساس ظاهر ماده ۱۲۰ در مطلق جرایم با وجود شبهه در شرایط تشکیل دهنده جرم که شامل ارکان مادی و معنوی و قانونی می‌باشد یا در شرایط مسئولیت کیفری مثل بلوغ و عقل و ... و موجود نبودن دلیلی برخلاف آن، جرم یا شرط مسئولیت کیفری ثابت نمی‌شود. در رویه قضایی گاهی مشاهده می‌شود که دادگاه‌ها و شعب دیوان عالی کشور در برخی از آرای خود، با وجود اینکه ظواهر پرونده نشان از مجرم بودن متهم می‌کند، به صرف وجود اندک شبهه ای حکم به برائت متهم نموده‌اند که موجبات سلب اعتماد مردم نسبت به دستگاه قضائی را در پی داشته است.<sup>۳</sup> در حالی که در اکثر موارد ثبوت حد، وجود شبهه امری عادی است و تمسک غیرمنضبط به مفاد قاعده درء خود به نوعی باعث تعطیلی حدود الهی و از بین رفتن قبح گناهان و جرائم خواهد شد. در این باره توجه به این روایت صحیح مفیدفایده است: راوی از امام صادق درباره ازدواج زن شوهرداری سوال می‌کند که: اگر زن نسبت به حرمت این عمل جاهل باشد، حکمش چه خواهد بود؟ امام صادق فرمودند: آیا در سرزمین اسلام سکونت دارد؟ گفتیم: آری. فرمود: امروزه زنی از مسلمانان نیست مگر اینکه می‌داند زن مسلمان نمی‌تواند با دو شوهر ازدواج کند. آنگاه فرمود: اگر بنا باشد زن زنا کند و بگوید نفهمیدم یا نمی‌دانستم که این عمل، حرام است و حد بر او اجرا نشود، حدود تعطیل می‌شود. (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۱۲۵-۱۲۶) پس افزون بر روایات مربوط به حرمت تعطیل شدن حدود، پذیرفته نشدن شبهه در مسائل ضروری و بدیهی، از این گونه روایات استفاده می‌شود. لذا پذیرش مطلق و غیرمنضبط اجرای قاعده درء به صرف وجود شبهه صحیح نبوده و نیازمند تحلیل دقیق است. ولی آیا می‌توان بر اساس ظاهر ماده ۱۲۰ و با این شبهه متهم را تبرئه کرد؟ پاسخ بدون تردید منفی است و ملاحظه می‌گردد که اطلاق ماده ۱۲۰ و سیاق آن ممکن است موجب اشتباه شده و چنین برداشت شود که با

<sup>۱</sup> . ماده ۱۲۰: 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 نگردد حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود.

<sup>۲</sup> . ماده ۱۲۱: در جرایم موجب حد به استثنای محاربه و افساد فی الارض، سرقت و کذب به صرف وجود شبهه یا تردید و بدون نیاز به تحصیل دلیل، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود.

<sup>۳</sup> جهت اطلاع از آرای قضایی در این خصوص ر.ک: باگزیر، ۱۳۸۲، صص. ۲۰۳-۲۰۴

وجود هر شبهه یا تردیدی در شرایط تشکیل دهنده جرم یا ارکان مسئولیت باید قرار منع تعقیب یا رأی برائت صادر کرد. مطلق بودن کلمه «جرم» باعث می‌شود ادعا شود هر جرمی ولو «حق الناس» و حتی موجب «قصاص و دیه» مشمول این قاعده است. به علاوه وجود قید «... دلیلی بر نفی آن یافت نگردد...» چنین به ذهن متبادر می‌کند که قانونگذار متهم را از اثبات ادعای خود معاف دانسته و به عبارت دیگر اصل را بر صحت شبهه با تردید قرار داده است. در حالیکه این برداشت ناصحیح است. از جمله دلایل دیگری که در رد این برداشت (حداقل در قصاص و دیات) قابل طرح است پذیرش مقوله لوث و قسامه در قانون مجازات اسلامی است. تحقق لوث مصداق بارز شبهه و تردید است و بنا به ماده ۱۲۰ با وجود آن جرم نباید ثابت شود. در حالیکه قانونگذار لوث را مقدمه ای برای بررسی بیشتر جهت اثبات قصاص و اقامه قسامه دانسته است. با توجه به آنچه بیان شد می‌توان گفت، نباید ماده ۱۲۰ را ترجمه ای حقوقی از قاعده درء دانسته و آن را در تمامی جرایم و بدون توجه به سایر اصول و ادله پذیرفته شده در اثبات جرم جاری دانست. بلکه این ماده که منشأ شرعی و فقهی دارد و در مبحث قاعده درء آمده است باید با استدلالی مبتنی بر موازین شرعی تحلیل و تفسیر و اعمال شود که متضمن حفظ حقوق طرفین دعوی و مطابق با مذاق شرع و مقاصد شریعت نیز باشد. این تفسیر مبتنی بر دیدگاه عینی و نه ذهنی یا شخصی است لذا نگاه ما به قاعده درء می‌بایست نگاه عقلایی باشد و آن را فقط در حد عقلایی پذیرفت (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۷، ۸۸). به این معنا که قاعده درء باید آخرین تدبیری باشد که دادگاه‌ها هنگام برخورد با متون مبهم یا متعارض شرعی به کار می‌گیرند. این تدبیر تنها در مواردی قابل اتخاذ و اعمال است که با تکیه بر هیچ قاعده و اصلی نتوان به اراده شارع دست یافت. بر این اساس شبهه ای باعث جریان قاعده درء است که اولاً عینی و واقعا و نوعاً شبهه آور و مبتنی بر قرائن، امارات و مستندات بین باشد<sup>۱</sup>. به بیان دیگر علم قاضی باید قریب به واقع و یقین و به بیان دیگر ظن متاخم به یقین و مبتنی بر ظواهر ادله نوعاً اطمینان آور باشد. قاضی نیز مکلف به فحص و بررسی دقیق موضوع در کلیه جرائم است و از آنجایی، نخستین شرط

<sup>۱</sup> موبد این موضوع نظر آیت الله خویی است که در این باره می‌فرماید «و قد تقدم أنه لا شبهة فی أمثال المقام، فإنما قد ذكرنا أن المراد بالشبهة إن كان هو الشبهة الواقعية فهي متحققه فی أكثر موارد ثبوت الحد» (خویی، ۱۴۲۲ ق.الف، ص. ۳۹۷)؛ و در کتاب محاضرات خود دلیلش را بدین گونه بیان داشته «لأن الاحتمال و الشبهة بالنسبة إلى الواقع محتملة فی أكثر الحدود من الزنا و شرب الخمر و السرقة و غیر ذلك احتمال أنه كان معذورا موجود فی الخارج، إذا رأينا أحدا يشرب الخمر مثلاً أو يزني أو غیر ذلك مما يجب فيه الحد فاحتملنا أنه معذور فی الواقع، أ يكتفي بذلك و لا يحد؟ ففي أكثر موارد الحدود نجد أن الشبهة الواقعية موجودة» (خویی، ۱۴۲۴، ص ۱۹۲)

اجرای اصول عملیه، تفحص و جستجو برای یافتن ادله معتبر است و تنها در صورت فحوص و ناامیدی از یافتن دلیل معتبر، نوبت به اصول عملیه می‌رسد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ۱۹۷/۳). و در نهایت اگر پس از طی این مراحل چنانچه شبهه ای باقی بود احکام قاعده درء از باب امتنان جاری می‌شود که مقتضای این جریان نیز حفظ حقوق اطراف دعوی و مطابق با مصالح و مقاصد شریعت در احتیاط در دماء و نفوس مسلمین است. در همین راستا ماده ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد که اگر متهم ادعای فقدان علم یا قصد یا وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری کند در صورتی ادعای وی پذیرفته می‌شود که احتمال صدق مدعی داده شود. یعنی همان معقول بودن شبهه که در تفسیر قاعده بیان کردیم. ضمن اینکه مطابق تبصره یک ماده در جرایم منافی عفت با عنف و اکراه و ربایش و اغفال صرف ادعا مسقط حد نمی‌باشد. ملاحظه می‌گردد در اینجا نیز به جهت غلبه ظواهر ادله قاعده جاری نمی‌گردد. بنابراین حتی این ادعا که قاعده درء در مطلق حدود از جمله حد زنا به عنف یا اغفال به صورت یکسان جاری می‌شود با وجود این تبصره محکوم به بطلان است. این رویکرد قانونگذار در ذیل ماده ۲۴۱ قانون که شبیه تبصره ماده ۴۳ قانون آیین دادرسی دستگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری است نیز به خوبی آشکار است. احکام این مواد خود دلیل دیگری بر این فرض است که اولاً قاضی در احراز حقیقت مکلف به بررسی و مذاقه در موضوع است و ثانیاً تنها شبهه ای قابل اعتناست که مبتنی بر قرائن و امارات باشد و جریان قاعده نیز تنها در صورت وجود این شبهه است که قابل توجیه می‌باشد. امتنانی بودن قاعده درء نیز تنها در این معنا و مطابق با سایر اصول و

قواعد حاکم بر سیاست جنایی اسلام در کنار هم تفسیر می‌گردد. از یک جهت این سیاست جنایی بر اصول سمحه و سهله تأکید و از سوی دیگر ضمن تأکید بر حتمیت و قطعیت مجازاتها و لزوم اجرای آنها در صورت اثبات و عدم پذیرش شفیع و کفیل در اجرا، هدف غایی احکام اسلام را نیل به عدالت معرفی می‌نماید. به نظر می‌رسد که تنها تفسیری که جامع این مطالب باشد در فرایندی حاصل می‌شود که در آن نهایت دقت در رسیدگی موجود بوده و اجرای آن نیز باعث تضییع حقوق هیچ طرفی نگردد. دستیابی به این فرایند نیز از لحاظ اثباتی از وظایف قاضی است و آن چه مهم است اقناع وجدانی او نسبت به موضوع از طریق مبادی حسی و واقعی و نه حدسی یا ظنی خواهد بود.<sup>۱</sup> با این اوصاف منطبق حقوقی حکم می‌کند از اطلاق و ظاهر ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی خودداری نماییم.

از توجه به ظاهر ماده ۱۲۱ مشخص می‌شود که تأکید موجود در ماده ۱۲۱ در مستثنی کردن برخی از حدود و وجود عبارت «در جرائم موجب حد» در ابتدای ماده نیز این مطلب را به ذهن متبادر می‌نماید که اولاً ماده ۱۲۰ ماده ای است که به تمام جرائم در مفهوم عام در شمول قاعده نظر داشته که در ماده ۱۲۱ موکداً در مورد اجرای قاعده برای حدود در مفهوم خاص آن که صرفاً دارای جنبه حق الهی

<sup>۱</sup> در اثبات این فرضیه به پاسخ این استفتاء دقت فرمایید:

سوال: هرگاه کسی به امری اقرار و بعد ادعای اشتباه نماید، بفرمایید:

۱. آیا ادعای او مسموع است؟

۲. بر فرض پذیرش ادعای مقر، در کدام یک از فروض زیر، اقرار اولیه ساقط می‌شود: الف. در صورت احتمال عقلایی بر وجود اشتباه. ب.

در فرض وجود قرائن و شواهد منطقی حاکی از اشتباه. ج. در صورت اثبات اشتباه.

۳. در فروض فوق آیا بین امور کیفری و مالی فرق وجود دارد؟

۴. آیا میان ادعای اشتباه در حکم با اشتباه در موضوع تفاوت وجود دارد؟

آیت الله موسوی اردبیلی: اگر مقر از اشخاص آگاه به مسائل شرعی باشد به طوری که اشتباه در موضوع و یا در حکم در حق او معقول و باورکردنی نباشد در این صورت باید اشتباه از طرق شرعی ثابت شود و الا مسموع و قابل قبول نیست خواه در امور کیفری باشد و یا در امور مالی و اگر از اشخاصی باشد که آگاه به مسائل و موضوعات شرعی نیست و بی سواد است در این صورت اگر از شواهد و قرائن برای حکم شرع اطمینان به صحیح بودن ادعای اشتباه حاصل شود و در امور مالی باشد قابل قبول است و اگر در دماء و فروج باشد باید احتیاط را رعایت کرد تا ثابت نشود، نمی‌شود به این ادعا ترتیب اثر داد چون قاعده درء حدود و احتیاط در دماء و فروج جاری است. (گنجینه،

اند حتی بدون تحصیل دلیل و به محض حدوث شبهه تاکید دارد. ضمن اینکه برخی از حدود که اغلب دارای جنبه حق الناسی و مخل حقوق عمومی‌اند، از جمله قذف، سرقت، محاربه و افساد فی الارض از شمول قاعده مستثنی شده‌اند. به عبارت دیگر مستثنی شدن برخی از حدود در ماده ۱۲۰ خود مویدی است بر اینکه ماده ۱۲۰ دارای مفهوم عامی از انواع مجازات هاست زیرا اگر این چنین نبود وجود ماده ۱۲۱ کفایت می‌کرد و وجود ماده ۱۲۰ نیز زائد می‌بود و اگر چنان چه مقنن نظرش بر صرف حدود در شمول قاعده درء می‌بود بایستی مانند ماده ۱۲۱ در ماده ۱۲۰ نیز به آن اشاره صریح می‌نمود.<sup>۱</sup>

از توجه به متن مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ مشخص می‌شود که محل عروض شبهه ممکن است مرتکب یا قاضی باشد ولی آن چه مهم است اثبات این شبهه نزد شخص قاضی و رسیدن وی به اقرار وجدانی است. مقنن در ماده ۲۱۱ بیان می‌دارد:

«علم قاضی عبارت از یقین حاصل از مستندات بین در امری است که نزد وی مطرح می‌شود. در مواردی که مستند حکم، علم قاضی است، وی موظف است قرائن و امارات بین مستند علم خود را به‌طور صریح در حکم قید کند. تبصره - ... در هر حال مجرد علم استنباطی که نوعاً موجب یقین قاضی

<sup>۱</sup> نظریه مشورتی شماره ۳۲۰۳/۹۳/۷ مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۰ موید این مطلب است و بیان می‌دارد «ماده ۱۲۰ و ۱۲۱ تعارضی با هم ندارند با این توضیح که ماده ۱۲۰ درباره اعمال قاعده درء در خصوص کلیه جرائم اعم از تعزیری و ... می‌باشد. که اگر در این موارد یعنی در وقوع جرائم 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 ثابت نمی‌شود و ماده ۱۲ در مقام بیان اعمال قاعده درء در خصوص جرائم موجب حد است بجز موارد استثنا شده در این ماده در سایر جرائم موجب حد به محض ایجاد تردید و شبهه بدون نیاز به تحصیل دلیل حد منتهی می‌گردد»



نمی‌شود، نمی‌تواند ملاک صدور حکم باشد.» لذا چنان چه این علم یقینی برای قاضی اثبات نگردد در واقع برای او شبهه وجود دارد و محل جریان قاعده درء فراهم است.

گاهی اوقات در صحت ادله اثباتی ارائه شده و در بعد اثباتی جرم، شبهه ای برای قاضی حادث می‌گردد که توجه مجازات را به متهم با تردید مواجه می‌سازد. در این حالت به دلیل حدوث شبهه دارئه مجازات منتفی می‌گردد گاهی نیز در وقوع اصل جرم تردید نیست ولیکن در نوع آن شبهه است که در این مورد نیز بنا بر قاعده درء و اصل احتیاط بایستی به مجازات مخففه اکتفا و یا نسبت به تبدیل مجازات اقدام نمود. مواردی در قانون مجازات اسلامی در مواد ۴۷۲؛ ۴۸۲ و ۴۷۷ مورد اشاره واقع شده است. این مطلب با عبارات مختلف توسط فقها<sup>۱</sup> نیز مورد اشاره واقع شده است.

گاهی اوقات نیز ادله اثباتی پس از واقعه ارائه می‌شود که صحت ادله ارائه شده قبلی را زیر سوال می‌برد که در این موارد نیز امکان جریان قاعده درء وجود دارد و در برخی مواد قانون مجازات اسلامی مانند مواد ۱۶۹؛ ۱۷۱ و ۱۷۳ و ۲۱۸ و ۴۸۳ مورد اشاره واقع شده است. برخی از استفتائات<sup>۲</sup> نیز از باب نمونه، موید این موضوع می‌باشد.

**از لحاظ ثبوتی نیز** هرگاه شبهه و یا تردید در عناصر متشکله جرم اعم از عنصر مادی، قانونی و یا معنوی جرم حادث شود می‌توان آن را از موارد جریان قاعده درء محسوب نمود. مصادیق فراوانی از این موضوع در قانون مجازات اسلامی وجود دارد که در واقع انعکاس جریان قاعده درء بوده و قابل تامل است. برای نمونه تردید و نامعین بودن رفتارهای هر مرتکب در صورت تعدد مرتکبین نیز از

<sup>۱</sup> . سوال: اگر دو نفر اقرار به قتل عمدی یک نفر به نحو انفراد نمایند؛ با توجه به علم اجمالی به کذب یکی از دو اقرار و با عنایت به «قاعده درء و احتیاط در دماء» حکم مسأله را بیان فرمایید.

آیت الله العظمی بهجت(ره): مخیر است ولی در قصاص هر کدام یا صلح بر دبه.

آیت الله ناصر مکارم شیرازی: دبه در میان آنها تصنیف می‌شود. همیشه موفق باشید. (گنجینه استفتانات قضایی، سؤال ۳۷۱)

<sup>۲</sup> . سوال: در خصوص انکار بعد از اقرار، با توجه به روایت جمیل بن درع (وسائل الشیعه، ج ۱۸ ص ۳۲۰ باب ۱۲ ح ۴) قاعده درء و احتیاط در دماء، بفرمایید:

الف. اگر کسی به قتل عمدی دیگری اقرار و بعد آن را انکار نماید، آیا مقرّ قصاص می‌شود؟

ب. در فرض عدم قصاص، آیا مقرّ مکلف به پرداخت دبه است؟

ج. اگر کسی به قتل عمدی دیگری اقرار و بعد آن را انکار نماید سپس شخص دیگری پس از انکار وی، به همان قتل اقرار نماید، چه حکمی دارد؟

آیت الله العظمی بهجت: الف و ب. قصاص ساقط و موجب دبه است. ج. از هر دو ساقط است و دبه از بیت المال داده می‌شود. (گنجینه، سؤال ۳۵۹)

موارد شبهه در عنصر مادی محسوب که باعث تبدیل مجازات اصلی قصاص به دیه است. به عبارت دیگر در قانون مجازات اسلامی در واقع مبنای تبدیل قصاص به دیه در موارد وجود علم اجمالی یا تفصیلی بدون معین بودن قاتل، باعث حدوث شبهه تلقی گردیده و از موارد جریان قاعده درء محسوب می‌گردد و از جهت دیگر بنا بر رعایت «لا یطل دم امرء مسلم» دیه جایگزین قود خواهد گردید.<sup>۱</sup>

یکی دیگر از موارد حدوث شبهه در رکن مادی، زمانی است که در عمل خطای در هدف حادث می‌گردد که باعث می‌شود جنایت تبدیل به خطای محض گردد. (صادقی، ۹۳، ۲۹۱) مقنن در بند پ ماده ۲۹۲ یکی از مستندات تبدیل جنایت به خطای محض ایجاد شبهه در هدف بوده که محقق شده است.

نمونه دیگر حالتی است که تردید و شبهه ای در وجود عنصر روانی ایجاد شود، که در این حالت جرم محقق نخواهد بود و نتیجتاً عمل ارتكابی مجازاتی در برنخواهد داشت. در قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ در مواضع مختلف و طی مواد گوناگونی در قانون مجازات اسلامی مانند ماده ۲۱۸؛ ۲۹۱ و ۱۵۳ به شبهه در عنصر روانی اشاره شده است که باعث درء حد و مجازات می‌گردد.

استفتائی<sup>۲</sup> در مورد جرم عمدی قوادی در این مورد صورت گرفته است که موید لزوم وجود قصد نتیجه یا علم نوعی به وقوع آن از طرف مرتکب است.

یکی دیگر از موارد ایجاد شبهه در مرتکب حالتی است که مرتکب در تشخیص شخصیت یا هویت مجنی علیه دچار اشتباه می‌گردد. در این حالت جانی به تصور این که مجنی علیه به موجب قانون مستحق مرگ است مرتکب جنایت می‌گردد. اینجا اشتباه باعث تزلزل در رکن معنوی خواهد بود. اشتباه در موضوع مندرج در مواد ۲۹۴ و ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی نیز مشمول همین حکم بوده و

<sup>۱</sup> برای نمونه بنگرید به مواد ۳۶۶ و ۴۷۹ و ۴۸۲ مراجعه شود.

<sup>۲</sup> سوال: الف. آیا وحدت قصد بین قواد و طرفین برای زنا یا لواط لازم است؟

ب. اگر پس از این که واسطه، طرفین را به یکدیگر مرتبط نمود، یکی از آنها پشیمان شود اما العیاذ بالله تعالی عمل زنا یا لواط به عنف صورت گیرد، آیا قوادی محقق شده است؟

ج. اگر فردی دو یا چند نفر را برای روابط نامشروع در حد تقبیل و مضاجعه و... جمع نماید ولی وضع به طوری باشد که نوعاً و معمولاً نتیجه کار او زنا یا لواط می‌شود آیا قوادی محقق می‌شود؟<sup>۲</sup>

آیت الله مکارم شیرازی: ۱. اگر منظور از سؤال این است که قواد مثلاً قصد واسطگی در زنا دارد ولی طرفین قصد ازدواج موقت دارند در چنین مواردی عنوان قواد صادق نیست و اگر منظور دیگری از سؤال دارید روشن‌تر بنویسید. ۲. مورد از موارد شبهه است که درء حد می‌شود. ۳. آری قوادی صدق می‌کند. همیشه موفق باشید. (گنجینه استفتانات قضایی، سؤال ۵۷۶۷)

باعث تبدیل جنایت به شبه عمد و انتفای قصاص خواهد بود.

بر مبنای ماده ۱۲۰ چنانچه در شرایط مسئولیت کیفری مانند بلوغ عقل و اختیار نیز شبهه حادث شود از موارد اجرای قاعده درء تلقی خواهد شد. مثلاً چه در بلوغ فردی که به سن بلوغ رسیده است و سایر نشانه‌های بلوغ در وی متظاهر نیست شبهه ایجاد گردد بر اساس قاعده درء و بنا بر احتیاط بایستی حدود به طور خاص و مجازات به نحو عام را منتفی دانست و شاید بر همین مبناست که بنا بر حکم ماده ۱۴۸ ق.م.ا اقدامات تامینی و تربیتی مندرج در ماده ۸۸ جایگزین مجازات گشته است.

### ۷- نتیجه گیری:

مستندات «درء الحدود بالشبهات» احادیث مختلفی می‌باشد، که مهمترین آنها «ادراء الحدود بالشبهات» است که از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل شده که مورد پذیرش اکثر فقیهان فریقین بوده و ایشان آن برای تمام جرائم اعم از حدود، قصاص و تعزیرات مطابق با مقاصد شریعت و اصول حقوقی جاری می‌دانند. خطاب قاعده به قضات است و ملاک در اعمال حد یا دفع آن، عدم حصول یا تحقق شبهه نزد قاضی در امور اثباتی، ثبوتی و یا شرایط مسئولیت کیفری باشد. حال اگر شبهه بر قاضی عارض شود، نمی‌تواند حکم به اجرای حد بدهد؛ زیرا قاضی باید بدون شک و تردید و مستند بر علم متعارف (ظن متاخم به یقین) و مطابق با ادله بین و نه ادله غیریقینی و مشکوک، دعوای کیفری را ثابت کند و سپس رأی دهد. در این مورد، حتی مطلق ظن - نه ظن معتبر شرعی - نیز داخل در شبهه بوده و در حدودالله باعث سقوط مجازات است. البته اگر این حدود دارای ابعاد حق الناسی بود مثلاً سرقت حدی و یا قذف، و یا مواردی که موضوع با حقوق عامه مانند امنیت عمومی مرتبط است مانند محاربه و افساد فی الارض، موضوع نیازمند تدقیق بوده و صرف حدوث هرگونه ظن، شبهه و یا تردید باعث جریان قاعده درء نخواهد بود و این تحلیل منطبق با ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی می‌باشد. تحلیل مفهوم شبهه نیز در قاعده نیز دارای اهمیت است و باید توجه نمود که در جریان قاعده درء شبهه باید واقعی و فراتر از ظن باشد زیرا اساساً عمومات وارده در مقام تشریح، همیشه به نحو قضایای حقیقیه و موجود و به نفس طبیعت موضوعات که مبتنی بر امارات و قرائن واقعی و حسی هستند مرتبط می‌باشند نه ارتکازات ذهنی ناشی از مبادی حدسی و تراکم ظنون و آن چه در اثبات وقایع حقوقی موضوعیت دارد حصول اقتناع وجدانی برای قاضی است که بایستی از طریق

اسباب قرائن و امارات معتبر و بین حاصل گردد.<sup>۱</sup>

ارجحیت علم قاضی که مبتنی بر ادله غیرظنی و نوعاً یقینی است نسبت به سایر ادله اثبات دعوا و اقتناع وجدانی وی<sup>۲</sup> به عنوان شرط صدور حکم در این بستر قابل توجه بوده و با وجود شبهه دارئه این علم مخدوش بوده در نتیجه امکان صدور حکم نیز منتفی خواهد بود. مبتنی بر قاعده «تعرف الاشیاء باضدادها» جایی که علم نیست شبهه هست و در جایی که شبهه هست علم موجود نیست و در واقع در این موارد علم به وجود شبهه موجود است و همین موضوع باعث جریان قاعده درء خواهد بود. با پذیرش این فرض دیگر محل عروض شبهه شرط نخواهد بود و آن چه در طریق اثبات موضوعیت دارد فحص و بررسی در کشف حقیقت و نیل به عدالت در کمال دقت و بررسی تمام زوایای موضوع مبتنی بر اصول مشروع و عقلانی بوده و چنان چه علی رغم این جهد، باز هم شبهه ای باقی بماند آن گاه قاعده درء جاری گردد. عمل به قدر متیقن قاعده قاعده درء، خود منطبق با سیاست جنایی اسلام در حفظ حقوق طرفین و ترجیح در حفظ مصالح برتری مانند دماء و عرض مسلمین خواهد بود. از آثار این استدلال این است که در موارد اثباتی، هر شبهه‌ای اعم از موضوعیه یا حکمیه نزد متهم باشد و چه نزد قاضی باعث دفع مجازات از متهم خواهد شد.

اگر قاعده را بر مبنای رویکرد رحمانی و امتنانی سیاست جنایی اسلام و مطابق با اصول سهله و سمحه نیز تحلیل نماییم نتیجه این خواهد شد که جریان قاعده درء منطبق با این اصول و همراستا با آنها و همزمان حافظ منافع طرفین دعواست و نباید این قاعده به گونه ای تفسیر و اجرا کرد که نتیجه آن، امتنان بر متهم و ظلم بر شاکی باشد.<sup>۳</sup> بنابراین تفسیر صحیح از قاعده این است که مجرای قاعده پس از بررسی سایر ادله و ظواهر امر و وجود داشتن شبهه واقعی خواهد بود. لذا صرف وجود شبهه ای که همراه با قرائن و امارات بین نبوده و ناشی از مبادی حدسی و یا تراکم ظنون باشد قابل اعتنا نیست و شبهه ای که معقول بوده و در شبهات حکمیه نیز ناشی از تقصیر نباشد قابل پذیرش است و این تفسیرمی تواند راهکاری بینابین و مطابق مذاق شریعت باشد.

<sup>۱</sup> به ماده ۱۶۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مراجعه شود.

<sup>۲</sup> به ماده ۲۱۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مراجعه شود.

<sup>۳</sup> مقنن در ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی و در عبارت «...دلیلی بر نفی آن یافت نگردد...» و در ماده ۱۲۱ نیز بر ارجحیت فحص و بررسی در اجرای قاعده بخصوص در جرائمی که مرتبط با حقوق الناس و مخل نظم و امنیت عمومی است مانند جرائم محاربه و افساد فی الارض و جرائم منافی عفت با عنف، اکراه، ربایش یا اغفال، تاکید دارد

## منابع

- ابن قیم الجوزیه (۱۴۱۱). اعلام الموقعین ج ۳. بیروت: دار الکتب العلمیه .
- احدی، فاطمه؛ پورقهرمانی، بابک (۱۳۹۹). قاعده درء در سنجه نظریه استراتژی دوگانه کیفرشناسی نوین، فصلنامه پژوهشهای فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۷، شماره ۶۲، صص ۲۶-۱۱.
- انصاری، ابراهیم (بیتا). مباحث فی القضا. در مجموعه شرح آقا ضیاء الدین عراقی بر تبصره علامه حلی.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۹). کفایة الاصول. قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- بازگیر، یدالله (۱۳۸۲). قانون مجازات اسلامی در آئینه آراء دیوانعالی کشور (حدود). تهران: نشریازگیر.
- بجنوردی، میرزا حسن (۱۳۷۳). القواعد الفقه. ج ۱، نجف: مطبعه الآداب.
- تبریزی، جواد (۱۳۸۷). دروس فی مسائل علم الاصول. قم: دار الصدیقه الشهیده (س).
- ترمذی، (بیتا). سنن الجامع الصحیح و هو السنن الترمذی. ج ۴، کتاب الحدود.
- چرخلیل، (۱۳۷۳). فرهنگ لاروس. ج ۱، ترجمه سید حمید طیبیان، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۸۷). قواعد فقه جزایی. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- حراعلمی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حلی، علامه، حسن بن یوسف (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد. ج ۱، قم: المطبعه العلمیه.
- خمینی (ره)، روح الله (۱۳۸۸). تحریر الوسیله. ج ۲، قم: انتشارات علمیه اسلامیة.
- خوانساری، سید احمد (۱۳۹۴). جامع المدارک. ج ۶، تهران: مکتبه الصدوق.
- الخوئی، ابوالقاسم، (بیتا). مبانی تکملة المنهاج. ج ۱، بیروت: دارالز هراء.
- الزبیدی، محمد مرتضی (۱۳۰۶). شرح تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- زنگی آبادی، حمیدرضا؛ حاج ده آبادی، احمد (۱۳۹۹). تقدم یا تأخر (ادله) استصحاب بر قاعده درأ،

- دوفصلنامه علمی پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۲۱، شماره دوم (پیاپی ۵۲)، صص. ۴۱۵-۴۳۸
- سبزواری، سید عبدالعلی (۱۴۱۷). مهذب الاحکام. ج ۲۷، نجف: دفتر آیت الله العظمی سبزواری.
- السماوی الیمانی، محمد (۱۴۰۹). الموسوعة العربية. ج ۲، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- سیوطی، جلال الدین (۱۴۰۷). الاشباه والنظائر. بیروت: دارالکتب العربیه.
- صادقی، محمد هادی (۱۳۹۳)، جرائم علیه اشخاص. چاپ ۲۰، تهران: نشر میزان.
- طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۳). ریاض المسائل. ج ۱۳، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- العلایی، عبدالله (۱۹۷۴). الصحاح فی اللغة و العلوم، بیروت: دارالحضارة العربیة.
- عمید، حسن (۱۳۷۲). فرهنگ فارسی عمید. تهران: موسسه انتشارات دانشگاه امیر کبیر.
- العودة، عبدالقادر (۱۴۰۲). التشريع الجنایی الاسلامی. ج ۱، تهران: موسسه البعثة.
- غلامی، حسین (۱۳۹۱). اصل حداقل بودن حقوق جزا. مجله پژوهش حقوق کیفری، دوره ۱، شماره ۲، صص ۴۱-۶۵
- فیض، علیرضا (۱۳۸۷). مقارنه و تحقیق در حقوق جزای اسلام. تهران: سازمان چاپ و انتشارات.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۷). آشنایی با علوم اسلامی. تهران: نشر نسل نو اندیش.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸). انوار الاصول. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب (ع).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۸). انوار الفقهاه، کتاب الحدود والتعزیرات. قم: مدرسه امام علی (ع).
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۱). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. ج ۴۱، تهران: چاپخانه اسلامی.
- نوبهار، رحیم (۱۳۹۰). اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری. مجله آموزه های حقوق کیفری، دوره ۸، شماره ۱، صص ۹۱-۱۱۴