

کاوشی در بایسته‌های اعمال قاعده درأ در اجرای مجازات از منظر فقه جزایی و حقوق موضوعه

محمدجعفر حبیب‌زاده^{۱*}، سید دُرید موسوی‌مجاب^۲، عرفان خرّمی عراقی^۳

۱. استاد گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
۲. استادیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
۳. دانشجوی دکتری فقه و حقوق کیفری، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۷/۰۶/۱۰

دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۰۲

چکیده

قاعده درأ، مهم‌ترین قاعده کاربردی در قواعد فقه جزایی است و در گستره حدود و سایر مجازات‌ها، نقش عمده‌ای ایفا می‌کند. مفاد قاعده که منطبق با شاخصه‌های جهان‌شمول حقوق بشر، اصل کرامت ذاتی انسان و ضامن دادرسی عادلانه است، گویای آن است که هرگاه اصل وقوع جرم، انتساب بزه به متهم یا وجود سایر شرایط اثبات اتهام مورد تردید و شبهه قرار گیرد، دادرس باید مقررات را به نفع متهم تفسیر کند. در این پژوهش، ضمن تبیین پشتوانه‌های حقوقی و مستندات فقهی قاعده، تعاریف و ضوابط «شبهه» بررسی می‌شود تا چارچوب کلی برای قاعده درأ ترسیم گردد. در قانون مجازات

Email: habibzam@modares.ac.ir

* نویسنده مسئول مقاله:

پژوهش‌های حقوق تطبیقی _____ دوره ۲۲، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۷

اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قانونگذار مفاد قاعده درأ را ضمن مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ بیان نموده است که شبهه در وقوع اصل جرم و شرایط آن، شبهه در ارکان جرم و شبهه در شرایط مسؤولیت کیفری را شامل می‌شود.

برخی از فقها، بویژه فقهای حنفی، قاعده را در دامنه وسیعی به کار گرفته‌اند و برخی دیگر همچون فقیهان ظاهری و امامی، از جمله ابن حزم اندلسی و محقق خوئی، تأملاتی حاکی از عدم پذیرش نشان داده‌اند. باید دید که محتوای قاعده مقوله‌ای جز فرض برائت کیفری را در پی دارد یا اینکه اصولاً تنها باید به پذیرش آن در حد اصول عقلایی همچون اصل برائت اکتفا نمود. بی‌شک محدودیت بی‌مورد در گستره قاعده درأ که برخاسته از کرامت ذاتی غیر قابل سلب از متهمان است، پیامدهای منفی در پی دارد؛ چرا که گستره قاعده، علاوه بر قوانین شکلی و ماهوی، حتی حقوقی همانند حق فرار از مجازات و حق عدم اعمال مجدد کیفر حدی را برای افراد به اثبات می‌رساند.

واژگان کلیدی: قاعده درأ، کرامت ذاتی، شبهه اثبات، دادرسی عادلانه.

۱. مقدمه

قاعده درأ یکی از شالوده‌های گرانمایه در نظام جزایی اسلام، و به عنوان ضامن اجرای عدالت در مورد متهم، همواره مورد تأکید قرار گرفته است. در حقوق کیفری نوین، این رهیافت غالباً با «فرض برائت کیفری» و «تفسیر شک به نفع متهم» تعبیر می‌شود که از جهاتی با قاعده درأ هم‌نوایی دارد. در قوانین کیفری سابق گرچه در موارد متعدد از اصل برائت سخن به میان آمده بود، اما مستقیماً به قاعده درأ استناد نشده بود تا آنکه در قانون مجازات ۱۳۹۲ این قاعده، ذیل جهات مسقطه حد پیش‌بینی شد.

اجمالاً «شبهه» همان‌گونه که گاه منجر به صدور حکم برائت متهم از عناوین مجرمانه انتسابی به وی در کیفرخواست می‌شود، قابلیت آن را دارد که با تغییر وصف اتهام، مجازات را به انواع خفیف‌تری تبدیل کند؛ اما دریافت نادرست از پهنه



شمول قاعده یا توسعه مصادیق شبهه، به کاهش قدرت بازدارندگی، حتمیت و گریزناپذیری اجرای کیفرهایی که قانونگذار، تشدید و عدم تخفیف در آنها را فرض نموده منتهی می‌شود. افراط در برتری دادن قاعده بر خطابات صریح و غیر قابل خدشه بدون توجه به روح قانون، چالش فروگذاری و برچیدن حدود الهی را در پی خواهد داشت و باعث تفویت مصالح تشریح کیفر حدی خواهد شد. مضمون قاعده، همانند قاعده لاضرر و لا حرج، حاوی دلالت بر نفی حکم شرعی در موارد بروز شبهات است. جدای از بحث تنصیصی یا اصطیادی بودن قاعده^۱، شایسته است مرزهای تبعدی و مولویت آن از جنبه عقلایی و ارشادیت بازشناسی شود تا با در دست داشتن ملاکها، اثربخشی قاعده را در برابر آن دسته از ادله و اصولی که مقتضی اجرای مجازات می‌باشند، مورد سنجش قرار داد.

این قاعده برگرفته از اهتمام شارع مقدس به کرامت انسانی و شدت تمایل به عفو در اجرای حدود، به عنوان یکی از بنیان‌های مترقی در نظام کیفری اسلام است و عقوبت حدی، آخرین مرحله تعامل با مجرم منظور شده است. تأکید قاعده بر این است که حتی‌الامکان مجازاتی در حق بی‌گناهان به اجرا درنیاید؛ هر چند که با این سازوکار امکان دارد احیاناً گناهکارانی تبرئه شوند. به تعبیر بهتر، میزان شدت و سنگینی مجازات مستلزم دقت حداکثری در زمینه اثبات جرم خواهد بود که شارع در عقوبت‌های شدیدی همانند حدود به حقیقت تأکید بسزا مبذول داشته است. بدین ترتیب، سیاست سخت‌گیری در اثبات جرایم حدی در اسلام و عدم شتابزدگی در تطبیق مجازات به همراه سیاست قاطعیت بازدارنده در اجرای حد پس از اثبات، به

۱. در صورتی که نص معتبری غیر از ادله لَبّی همچون اجماع در ارتباط با این قاعده به اثبات نرسد، با توجه به تمسک فقها به آن در جای جای فقه، این نکته به دست می‌آید که این قاعده، ضابطه جداگانه‌ای خارج از نظام اثبات جنایی در منابع فقهی محسوب نمی‌شود؛ بلکه در چارچوب عقلایی و رایج در کلیه نظام‌های جنایی قابل پذیرش است.

مثابه دو بال در نظام کیفری اسلام مد نظر قرار می‌گیرد. همین تعدیل و توازن ضمن برخورداری از واکنش‌های قاطع، در اجرای سیاست مؤثر کیفرزایی با توسل به تدابیر و گریزگاه‌هایی همچون قاعده درأ، می‌تواند بسیار راهگشا واقع شود. در یک نگاه کلی، علاوه بر معنای ظاهری این قاعده، سه گونه قرائت و تفسیر از مفهوم قاعده صورت گرفته است:

نخست، برخی فقها و حقوقدانان مدعی شده‌اند در دعاوی حق‌الله محض یا آن دسته از دعاوی که علاوه بر زمینه‌های حق‌اللهی از جنبه حق‌الناسی و خصوصی بهره‌مندند، قاعده درأ تا آنجا پیش می‌رود که به شکل کلی آن حتی در جرائم حق‌الناسی محض جاری می‌شود؛ اما دامنه‌اش بسیار تنگ‌تر و کاملاً مضیق خواهد بود. فحوای روایاتی نظیر قضیه ماعز^۱ (البیهقی، ۱۴۲۴ق، ص ۴۳۴) گویای آن است که در دعاوی جزایی غیر متلازم با دعاوی شخصی، قاضی اجازه دارد با تلقین متهم، به نحوی زمینه گریز وی از مجازات را فراهم نماید.

با عنایت به اینکه ادله اثبات در حقوق‌الله محض، «موضوعیت» دارد، در نتیجه یگانه راه ترتیب اثر به هر ادعایی، وجود بینة تعیین شده توسط شارع در هر جرم است و بدون آن دعوی استماع نمی‌شود، و از سویی موضوعیت داشتن بینة، سبب شده تا در اثبات این نوع عناوین مجرمانه و یا مجازات‌های حدی آنها، قاضی مجاز به بهره‌گیری از راه‌های علمی اثبات جرم نباشد؛ به بیان بهتر، ادله اثبات در جرایمی که جنبه حق‌الناسی و خصوصی ندارند، «موضوعیت» دارد؛ به این مفهوم که تعدی از ادله منصوص و بهره‌گیری از راه‌های دیگر در اثبات جرم مجاز نیست. این مطلب هرگز به معنای انطباق نظام ادله اسلام در حقوق‌الله با «نظام ادله قانونی» نیست؛ زیرا اگرچه

۱. «عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَسْلَمَ جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ (ص) فَأَعْتَرَفَ بِالزَّانَا، فَأَعْرَضَ عَنْهُ، ثُمَّ اعْتَرَفَ، فَأَعْرَضَ عَنْهُ، ثُمَّ اعْتَرَفَ، فَأَعْرَضَ عَنْهُ حَتَّى شَهِدَ عَلَى نَفْسِهِ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، فَقَالَ النَّبِيُّ (ص): «أَبِكَ جُنُونٌ؟»، قَالَ: لَأَ، قَالَ: «أَحْصَنْتَ؟» قَالَ: نَعَمْ؛ فَأَمَرَ بِهِ النَّبِيُّ (ص)، فَرُجِمَ...».

محمدجفر حبیب زاده و همکاران کاوشی در بایسته های اعمال...



در فقه امامیه از جمله در حدود و قصاص راه‌هایی به عنوان ادله اثبات دعوی همراه با شرایطی مقرر شده است، اما فراهم شدن صوری ادله مورد نظر شارع همانند نظام ادله قانونی مستلزم محکومیت متهم نخواهد بود و قاضی با فراهم آمدن ادله، هرچند به شکل صوری و بدون رعایت طرق تحصیلی مجبور به حکم نمودن بر طبق مقتضای آن نیست؛ بلکه باید از صحت و قانونی بودن تحصیل آن نیز مطمئن شود و به‌علاوه، به اقناع وجدانی رسیده باشد.

دوم، قرائت و تفسیر دیگر از قاعده آن است که لزوماً تفحص و تحقیق، برای اثبات جرم لازم نیست و به محض عروض شبهه و ادعای آن از سوی متهم، وی مبری فرض می‌شود. مرحوم سبزواری در این باره اظهار داشته است: «الشبهة قد تكون حاصله فی الحال، و قد تحصل من الفحص و السؤال، و مقتضى إطلاق ما رواه الفريقان عن نبيِّنا الأعظم (ص) الشمول لِكلا القسمين...» (السبزواری، ۱۴۱۳ق، ص ۲۲۷)؛ به دیگر سخن، قاضی در حقوق الله محض مکلف نشده تا خود را نسبت به وقوع جرم، به یقین رسانده و تحصیل علم نماید؛ زیرا صاحب حق خداوند متعال است و او فرمان داده تا در این قبیل از حقوق، کتمان سر و جرم‌پوشی صورت گیرد و حدود به مجرد شبهه، دفع شود و چون هیچ‌کس حق مخاصمه و سلطنت بر دعوی را ندارد، حتی دیگر مجالی برای سوگند دادن متهم باقی نمی‌ماند (العراقی، بی‌تا، ۵۳۵). علاوه بر این، چنانچه شبهه بعد از بازپرسی، تفحص و صدور حکم عارض گردد، قاعده در آن همچنان ساری خواهد بود؛ چه اینکه فقیهان، حکمت روایات عدم اعاده رجم (الحرالعاملی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۱۰) نسبت به «مُحصَن» را - که با اقرار به جرم خود معترف شده، و در هنگام اجرای حکم فرار کرده است - از مصادیق حصول شبهه دارئه عنوان کرده‌اند (العراقی، پیشین، ص ۲۸۸).

سوم، برخی این احتمال را مطرح کرده‌اند که هرچند یکی از وظایف حاکم اقامه حدود و عدم سستی و تهاون نسبت به آن است، لیکن از بعضی نصوص چنین

استنباط می‌شود که قاعده درأ از حاکم مطالبه نموده تا نسبت به شبهاتی که موجب سقوط حد می‌شوند، تحقیق نماید تا حتی‌المقدور مؤمنان بی‌گناه از عذاب مبری شوند (الأسمر، ۱۴۲۶ق.، ص ۱۵۹). با این بیان، قاضی به استناد قاعده درأ می‌تواند با ایجاد شبهه به واسطه شیوه‌های علمی همچون معاینه کارشناسان، تحقیقات محلی و سایر قرائن، مجازات را از میان بردارد.

بر اساس نظر فقها، آرای مکتوب یک قاضی برای قاضی دیگر یا شهادت بر صدور حکم از سوی قاضی اول از طریق بینه در حدود حجت نیست و قاضی در حقوق‌الله محض مجاز نیست حکم قاضی دیگر را تنفیذ نماید؛ زیرا نسبت به تمامیت مقدمات قاضی اول، شائبه دارد و این از مصادیق رفع حدود با شبهات است (اسماعیل‌پور قمشه‌ای، بی‌تا، ص ۱۱۹)؛ چون قضای تنفیذی، اقناع وجدانی قاضی را در پی ندارد (الفاضل الهندی، ۱۴۱۶ق.، ص ۱۵۸) و به علاوه اگر قاضی بخواهد بر طبق قضای اول به ثبوت حد حکم کند، طبق موازین شرعی باید موجب ثبوت حد - مانند اقرار یا بینه مقرر شده - نزد خود قاضی ثابت گردد، و چون قاضی دوم، بینه یا اقراری را استماع نکرده و از کیفیت آن بی‌خبر بوده، شبهه همچنان نسبت به او پابرجاست و مشمول قاعده درأ خواهد بود (گلپایگانی، ۱۴۱۳ق.، ص ۲۰).

به هر رو، قاعده درأ، قاعده مصطاده از کلام و فعل پیامبر(ص) و امیر مؤمنان (ع) است و ناظر بر مطلب جدیدی است؛ لذا تعبیری از اصل یا اصول دیگر همچون اصل برائت، اصل احتیاط و اصل عدم - به‌رغم نتیجه احتمالی یکسان - نیست. هر یک از اصول یاد شده، اقتضای طرح و محل بحث خود را داراست.

در برخی نظام‌های حقوقی، قواعدی را می‌توان یافت که با قاعده درأ از جهاتی، شباهت‌هایی دارند. در نظام‌های کامن لو (حقوق مشترک) بویژه در کشورهای هم‌چون انگلستان و آمریکا، اثبات اتهام شخص پیش از صدور حکم محکومیت «بدون

محمدجعفر حبیب زاده و همکاران کاوشی در بایسته های اعمال...



هیچ شک معقول^۱ ضروری است؛ این موضوع به این معنی است که خطاکاری متهم باید بر اساس دلایل و واقعیت‌ها به طور منطقی، متعارف و با «اطمینان مطلق^۲» از سوی مقام تعقیب یا هیأت منصفه به اثبات برسد. در فرضی که دادرسی یا هیأت منصفه تردیدی در مورد خطاکاری متهم نداشته یا چنانچه شک آنها غیر منطقی باشد، خطای متهم «ورای هرگونه شک معقول^۳» ثابت شده و شخص باید مجرم شناخته شود. بر این پایه می‌توان گفت شک به معنای مصطلح در نظام حقوقی غرب، به مفهوم شبهه در اصطلاح فقهی نزدیک است.

لزوم اثبات خطاکاری بدون شک معقول، از اواخر سده هیجدهم و به حکم دادگاه عالی جنایی به سال ۱۷۹۸م. در انگلستان به مثابه یک قاعده حقوقی و اخلاقی، شناخته شد و به عنوان معیار استاندارد در جریان رسیدگی کیفری معرفی گردید (Whitman, 2005, p. 2-6). بر خلاف محاکمات مدنی، هرگونه شک و شبهه در جریان محاکمات کیفری به اعتبار مخاطرات غیر قابل جبران و ناشی از اعمال کیفر سخت همچون مرگ، به نفع متهم تفسیر می‌شود. حتی در فرض توازن احتمالات مبنی بر براءت و مجرمیت، متهم باید تبرئه شود. به هر رو، شرط محکومیت در یک دادرسی کیفری، وجود دلیل کافی مبنی بر مجرمیت - و نه حدس و گمان - است؛ در غیر این صورت، فرض بی‌گناهی^۴ حاکم است (Woods, 2008, p. 60-70). بحث بیشتر در این زمینه، مقتضی مجال گسترده‌ای است که به طور مستقل باید به بررسی موضوع پرداخت.

۲. قاعده درآ در سنجه حقوق بشر و «کرامت انسانی»

1. Without any reasonable doubt
2. Absolut certainty
3. Beyond any reasonable doubt
4. Presumption of Innocence

کرامت ذاتی انسان به عنوان مهم‌ترین مقصد شریعت اسلامی، به نوبه خود در فقه، می‌تواند منشأ سلب و ایجاد شود. مضمون قاعده از سویی با ارزش‌های مورد قبول شهروندان جامعه (وجدان عمومی) همخوانی دارد و از سوی دیگر با قوانین بالادستی همچون اصل ۲۰ قانون اساسی که مقرر نموده «حیثیت، جان، مال ... اشخاص از تعرض مصون است، مگر در مواردی که قانون تجویز کند» سازگاری دارد. دادرسی با الهام از قواعد اساسی و به کارگیری قاعده درآ، در موارد شبهه و تردید، تفسیر مضیق و به نفع متهم را برای تضمین حقوق فردی فرا روی خویش قرار می‌دهد و به دادگری می‌پردازد.

از لحاظ عقلی شاید بتوان گفت چون حدود مبتنی بر تقدیرات غیر معقول‌المعنی هستند و به‌درستی نمی‌توان دریافت که چرا چنان رفتار جزایی، مستوجب چنین مجازاتی است، لذا گسترش دامنه شمول نصوص جزایی و توسعه مصادیق آنها مسبوق به یقین و مبتنی بر اقناع وجدان نخواهد بود. به هر حال به موجب این قاعده بدون استناد به دلایل متقن و ثابت در شریعت و جز در مواضع قطع نمی‌توان به توسعه مفهوم نصوص جزایی و تعمیم مصادیق آنها پرداخت. پایبندی به منطوق صریح نصوص و اخذ به قدر متیقن مفاد آنها ضروری است. نصوص مبهم، مجمل و موارد شک در شمول نص به مورد و نیز موارد سکوت نصوص، به نفع متهم تفسیر می‌شوند. مفاد این قاعده با مضمون دیگر قواعد حاکم بر تفسیر و تطبیق نصوص جزایی نظیر اصالت اباحه، منع ثبوت حد با وجود شبهه و برتری تبرئه متهمان بر اشتباه در مجازات بی‌گناهان هماهنگ است.

۳. مدارک قاعده

۳-۱. روایات و مستندات نقلی

شیخ صدوق در کتاب المُنْع، روایتی به نحو مرسل نقل نموده است: «و قال أمير المؤمنين: إدروا الحدودَ بالشبهات» (ابن بابویه، ۱۴۱۵ق، ص ۴۳۷). مشابه این



روایت در عهد و فرمان امیر مؤمنان(ع) خطاب به مالک اشتر در تَحَفِّ الْعُقُولِ چنین آورده شده: «وَأَسْتُرِ الْعَوْرَةَ مَا اسْتَطَعْتَ يَسْتُرِ اللَّهُ مِنْكَ مَا تُحِبُّ سِتْرَهُ مِنْ رَعِيَّتِكَ وَ أَطْلُقَ عَنِ النَّاسِ عُقْدَ كُلِّ حَقْدٍ وَ أَقْطَعُ عَنْكَ سَبَبَ كُلِّ وَتْرٍ وَ أَقْبِلِ الْعُدْرَةَ وَ ادْرَأِ الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ وَ تَغَابَ عَنْ كُلِّ مَا لَأَ يَضِحَ لَكَ» (ابن شعبه حرانی، ۱۳۶۳ق، ص ۱۲۸).

برخی روایات، درباره شبیهه قاضی در موارد خاص به قاعده درآ اشاره دارد که با الغای خصوصیت و اجماع مرکب از آن، می‌توان به سایر موارد تعمیم داد که به دو مورد از آنها اشاره می‌شود: در صحیح ابوعبیده، امام باقر(ع) فرموده‌اند: زنی را با مردی که با وی زنا کرده بود نزد امیر مؤمنان(ع) آوردند. زن گفت: یا امیرالمؤمنین! به خدا قسم این مرد مرا اکراه به زنا کرده است. پس حضرت حد را از وی برداشت. سپس امام باقر(ع) فرمود: اگر از اینان(فقیهان مخالف) در این مورد سؤال می‌شد، همانا ایشان می‌گفتند که قول زن مسموع نیست؛ درحالی‌که امیر مؤمنان چنین کرد (الحر العاملی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ص ۱۱۰).

روایت دیگر، فرازی از حسنه حلبی است که از امام صادق(ع) نسبت به شخصی پرسیده شده که وی در حالی‌که باری از لباس‌های مردی را حمل می‌کرده دستگیر شده و ادعا نموده که آن مرد، این لباس‌ها را به وی عطا کرده است. حضرت می‌فرماید: قطع دست از وی ساقط می‌شود، مگر آنکه بینه به سرقت وی شهادت دهد که در این حالت دستش قطع می‌شود (همان، ص ۲۶۲). در این روایت نیز قاضی در صدق و کذب متهم شبیهه دارد و با اینکه به مقتضای اصل عدم هبه یا عدم اذن، می‌توان مجرم بودن وی را احراز نمود، با این حال امام به جهت عروض شبیهه نسبت به حاکم، به سقوط حد، امر نموده است.

۲-۳. ادله عقلی

۱-۲-۳. تسالم و مفروغیت قاعده

تسالم، نزد اصحاب امامیه و اهل سنت، بلکه اکثریت قریب به اتفاق فقها، جای هیچ تردیدی را در اصل قاعده درأ باقی نگذارده است. بویژه با نگاهی به کتب فقهی متقدمان به دست می‌آید مدلول روایت «إِدْرُؤُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ» به عنوان یکی از اصول متلقاه از شریعت، مورد توافق ایشان واقع شده و از قدیمی‌ترین فقیه یعنی ابن ابی‌عقیل عمانی در عصر غیبت صغری تا شیخ طوسی به استناد آن به تفریع و استنباط پرداخته‌اند. چنین استنهادات و اتکای قدما به مضمون قاعده درأ، خود کاشف از قول معصوم (ع) بوده و اجماعی ناگسستنی و تواتری معنوی را پدید آورده است؛ به گونه‌ای که به اعتقاد عده‌ای از فقیهان حتی با اسقاط اعتبار روایات نیز قاعده حجیت داشته و به تعبیر مرحوم سبزواری قاعده مزبور از قواعد مسلمة است و نیاز به تقریر و بیان روایی ندارد؛ به همین جهت بحث‌های سندی یا رجالی درباره آن لغو و بی مورد است (السبزواری، پیشین، ص ۲۲۹). البته تعابیر فقیهانی همچون ابن ادریس در «مُجْمَعٌ عَلَيْهِ» دانستن روایت (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ص ۴۶) - با آنکه خبر واحد را حجت نمی‌داند - و صاحب ریاض در متواتر خواندن آن (الطباطبائی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۴۷)، مؤید همین تسالم و توافق است. افزون بر اینکه محقق خوئی، با وجود اینکه معتقد به عدم صحت روایت است و به عموم آن قائل نیست، اما در تقریرات خویش به بنا نداشتن اسلام در اجرای حد نسبت به موارد شبهه و تسالم فقها بر این مطلب اعتراف نموده است (الخوئی، ۱۴۲۶ق، ص ۲۰۶).

۲-۲-۳. بنای حدود بر تخفیف

سمحه بودن طبیعت احکام اسلامی، سنت و سیره قطعی پیامبر اکرم و نیز امیر مؤمنان - علیهماالسلام - همه و همه، گویای آن است که حدود جز در مواردی که به دلیل قاطع به اثبات رسیده جاری نمی‌شود. شیخ در مبسوط در مسأله تفویت محل حد در سرقت گفته است: «کسی که در اثر سرقت قطع دست راست بر او واجب آید، حال آنکه دست راست او قطع شده باشد، حد قطع بدون اختلاف از او ساقط است؛

محمدجعفر حبیب زاده و همکاران کاوشی در بایسته های اعمال ...



زیرا از حقوق الله بوده و بنای این حقوق بر تسهیل و تخفیف است» (الطوسی، ۱۳۸۷ق، ص ۱۰۱). ابن ادریس برای اثبات مسأله تداخل حدود به بنای آن بر تخفیف استدلال کرده (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ص ۴۹۴) و مقدس اردبیلی نیز در هر جا که به قاعد درأ استناد کرده، گریزی به بنای حدود بر تسامح زده است (المقدس الاردبیلی، ۱۴۰۳ق، ص ۷). به عقیده این فقیهان، جنبه حق اللهی حدود سبب تسهیل و تخفیف آن شده و ثمره قاعده درأ در راستای همین مسأله و تسامح، ظاهر می شود. می توان اثر مسامحه و تخفیف در حدود را به معنای عدم اصرار بر اثبات با محدود کردن دامنه ادله اثبات، سخت گیری مضاعف در ادله اثبات و احراز شرائط آنها و به طور کلی تساهل و کيفرزدايي در هر چهار مرحله تعقيب، اثبات، صدور حکم و بالأخره اجرای مجازات مد نظر قرار داد. ظاهراً بنای حدود بر تخفیف مسأله ای فراتر از قاعده احتیاط - که برخی آن را مدرک قاعده درأ پنداشته اند - مطرح شده است؛ زیرا قاعده احتیاط در عموم کيفرهای شرعی قابل جریان بوده و کيفر حدی نسبت به آن خصوصیت ندارد.

۳-۲-۳. اصل کرامت ذاتی انسان

از مبانی فرض بی گناهی در فقه، لزوم احترام به کرامت ذاتی انسانی است و کرامت ذاتی انسان ها مقتضی مقدم داشتن عفو و صفح از عمد و خطاهای ایشان است^۱. حراست از کرامت انسان، آرمان نهایی نظام قضایی دستگاه عدالت و چنین برداشتی تعارض ظاهری میان شاخصه های جهان شمول حقوق بشری را با برخی از مجازات ها یا احکام فقهی برطرف می نماید.

۱. امیرالمؤمنین (ع) در نهج البلاغه - در نامه ای خطاب به مالک اشتر - به کرامت ذاتی بشر اشاره نموده: «فَأِنَّهُمْ صِنْفَانِ؛ إِمَّا أَعْكَ فِي الدِّينِ وَإِمَّا نَظِيرٌ لَكَ فِي الْخَلْقِ يَفْرُطُ مِنْهُمْ الرِّئْلُ وَتَعْرِضُ لَهُمُ الْعِلْلُ وَتُؤْتِي عَلَى أَيْدِيهِمْ فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَا؛ فَأَعْطِهِمْ مِنْ عَفْوِكَ وَصَفْحِكَ مِثْلَ الَّذِي تُحِبُّ وَتَرْضَى أَنْ يُعْطِيَكَ اللَّهُ مِنْ عَفْوِهِ وَصَفْحِهِ».

حق کرامت و برخورداری از رفتار انسانی از جمله حقوقی است که مطلق و تحت هیچ شرایطی قابل تحدید و تقیید نیست. در صورت پذیرش کرامت ذاتی انسان، باید بپذیریم که انسان پاک و مبرا از هرگونه پلیدی رفتارهای مقتضی کیفر حدی است. قاعده ترجیح اشتباه در عفو بر ترجیح اشتباه در کیفر نیز همین انگاره را تأیید می‌کند که تبرئه یک مجرم در موارد تردید، بهتر از مجازات یک فرد بی‌گناه است؛ بنابراین، اگر در ارتکاب جرم از سوی متهم یا در انطباق عنوان مجرمانه بر فعل منتسب به جانی شبهه باشد، باید حکم به بی‌گناهی متهم شود؛ چرا که در حالت تردید، برائت متهم برای جامعه بهتر و از جهت اجرای عدالت سزاوارتر است. بیزاری قاضی از شک و شبهه و توسل به قاعده درآ در مجازات‌های سنگین حدی توسط قاضی همگی به جهت احترام گذاشتن به اصل قانونی بودن جرم و مجازات است که ضامن بقای جامعه از هرگونه تعرض خودکامه از طرف دولت و قاضی به حقوق و آزادی‌های انسانی است.

۴. مفهوم شبهه و دامنه قاعده درآ

۴-۱. مفهوم «شبهه» مندرج در قاعده

فقه‌های امامیه متفقاً قاعده درآ را تنها در صورت توهم جواز و جهل به حرمت، جاری دانسته‌اند؛ چنانکه شهید ثانی در مسالک بیان نموده: «ضابطُ الشبهة المسقطه للحدِّ توهمُ الفاعل أو المفعول أن ذلك الفعل سائغ له لعموم ادروءا الحدود بالشبهات لا مجرد وقوع الخلاف فيه مع اعتقاد تحریمه» (الشهید الثانی، ۱۴۱۳ق، ص ۳۲۹). محقق خوبی در بیان مناط شبهه گفته است: «المراد بالشبهة الموجبه لسقوط الحدِّ هو الجهل عن قصور أو تقصیر فی المقدمات مع اعتقاد الحلیّه» (الخوئی، ۱۴۲۶ق، ص ۳۲۹). در مقابل، فقهایی چون ابوحنیفه و سفیان ثوری افراط نموده و شرط علم به حرمت را به تنهایی موجب برطرف شدن شبهه ندانسته‌اند؛ بلکه مواردی نظیر ازدواج با محارم (الشهید الثانی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۳۹)، استیجار زن برای زنا (السمرقندی، ۱۴۱۴ق،

ص ۵۸) و ازدواج با زن پس از زنا با او (همان، ص ۵۸) را سبب تحقق شبهه و سقوط حد عنوان نموده‌اند. شهید ثانی ضمن تعریف شبهه در روضه (ما أوجبَ ظن الإباحه) در حقیقت این برداشت ابوحنیفه از مفهوم شبهه را به چالش کشیده است (السرخسی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۰). پیش از او علامه، ظن به اباحه را به عنوان شبهه در سقوط قصاص مطرح نموده است (الشهید الثانی، ۱۴۱۰ق، ص ۳۴۳). چنین تعریفی از شبهه ممکن است به نظر مجمل آید؛ زیرا مشخص نیست مراد از «ظن»، ظنون شرعی معتبر است یا اینکه هر ظن غیر معتبر را نیز شامل می‌گردد. همین موضوع، سبب شده تا برخی از معاصران بر این تعریف اشکال بگیرند که با وجود عدم حجیت ظن از نظر شارع، چطور ممکن است عذر به حساب آید؟ به عنوان نمونه مردی به ظن اینکه زنی، همسر اوست با آن زن نزدیکی نماید، این ظن، از نظر شرع ارزش ندارد تا بتواند حد زنا را درآورد (السرخسی، ۱۴۱۴ق، ص ۳). البته شهید ثانی در باب نکاح مسالک و در بیان مفهوم «وطء الشبهه» چنین اظهار داشته: «المراد به الوطاء الذی لیس بمستحق مع عدم العلم بتحريمه» (الشهید الثانی، ۱۴۱۳ق، ص ۲۰۲) که ظاهراً مجرد احتمال اباحه، در تحقق مفهوم شبهه کافی دانسته شده که در این صورت، فرقی میان احتمال راجح، مساوی و حتی مرجوح در صدق عنوان شبهه وجود ندارد. با این حال علامه بحرالعلوم در تعریف وطی به شبهه اظهار داشته: «الوطاء الذی لیس بمستحق فی نفس الأمر مع اعتقاد فاعله الاستحقاق، أو صدوره عنه بجهاله المغتفره فی الشرع، أو مع ارتفاع التكليف بسبب غیر محرّم، و المراد بالجهاله المغتفره أن لا یعلم الاستحقاق» که بر خلاف تعریف قبل مجرد احتمال اباحه کافی دانسته نشده، بلکه بالاتر از آن، ظنونی که دلیل شرعی در اعتبار آنها قائم نشده نیز کفایت نمی‌کند (به نقل از: النجفی، بی تا، ص ۲۶۳) تا آنکه به مرحله جهالت مغتفره (نادیده‌انگاشته) برسد و با چنین جهالتی تکلیف ساقط شود. طبق این ملاک، میان ثبوت تکلیف تحریمی و موارد ثبوت حدود، ملازمه برقرار است و جایی که حجت شرعی در کار باشد و

جلوی فعلیت تکلیف را بگیرد، این شبهه، حد را مرتفع خواهد کرد. در غیر این صورت که حجت شرعی موجود نباشد و تنها ظن، شک و یا وهم غیر معتبر رخ دهد نمی‌تواند در اصل تکلیف خللی ایجاد نماید و به همین سبب، شبهه‌ای که قابلیت درأ حدود را دارد، ایجاد نخواهد شد.

از طرفی فقهای عامه، قوی بودن را از شروط شبهه ذکر کرده‌اند (الحلی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۱۲۴) و به ملاحظه همین جهت، شبهه را «مَا يُشْبِهُ الثَّابِتَ وَلَيْسَ بِثَابِتٍ» تعریف نموده‌اند تا مفید این معنی باشد که شبهه باید از چنان قوتی برخوردار باشد که با حکم ثابت نفس‌الامری، همانندی کند.

۲-۴. مخاطب مضمون و محل عروض شبهه

برخی فقها، در تعیین هویت مشتبه، تنها شبهه نزد مرتکب عمل را از روایت برداشت کرده‌اند (السیوطی، ۱۴۱۱ق، ص ۴۶) و برخی محل عروض شبهه را قاضی در ضمن رسیدگی (روحانی، بی‌تا، ص ۲۹)، و دسته سوم نیز شبهه هر یک از مرتکب و قاضی را مشمول حکم قاعده برشمردند (المؤمن، بی‌تا، ص ۹۴). با رفع اشکال سندی روایت، چون مخاطب امر «ادرؤوا» دادرسان هستند، بدون تردید این ظهور را می‌توان اخذ کرد. جدای از این، با عدم پذیرش سببیت در مورد ادله، می‌توان گفت بواقع دلیلی چون اقرار یا شهادت، طریقت دارند و دستیابی به حقیقت، مناط صدور حکم است و مجرد نمایاندن و ادای اقرار یا شهادت، اثبات جرم را به همراه ندارد؛ در غیر این صورت، باید ملتزم گردید که مضمون به خاطر اعترافات خود و یا شهادت گواهان محکوم می‌شود و نه به خاطر عملی که انجام داده است.

تعیین و گزینش ادله اثبات جرایم حدی، به منظور محدود کردن طریق تحصیل واقع می‌باشد. در نتیجه طبق قاعده «إقامة الحدود إلى من إليه الحكم» (الموسوی الاردبیلی، ۱۳۸۵، ص ۱۴۵) تنها حاکم اسلامی صلاحیت اجرای حدود الهی یا دفع و اسقاط آن را بر عهده دارد.

با این وجود، گرچه تعریف «شبهه» مندرج در قاعده درأ ضروری می‌نماید، اما ظاهراً احادیث و مدارک قاعده خطاب به دادرسان و به عنوان عاملی در جهت عدم شکل‌گیری قناعت وجدانی ایشان می‌باشد؛ هرچند در پاره‌ای موارد عروض شبهه نزد متهم، سبب تکوین شبهه در نظر دادرس گردد. از این حیث شبهات عموم مکلفان از قبیل شبهه جهل به حکم یا موضوع نزد متهم را شامل نمی‌شود، بلکه در چنین شبهاتی، در صورت احراز آن از سوی دادرس، حدود و سایر مجازات‌ها با عموم «حدیث رفع» منتفی می‌شود. ظهور «شبهه» در روایت، شبهه قاضی و طبق قواعد با همین نوع شبهه، قابلیت اسقاط مجازات امکان‌پذیر است و شایسته است از آن تعبیر به «شبهه اثبات» شود تا تمام موارد مربوط به اثبات را فراگیرد که مفهوم آن، تردید از ناحیه مستندات و مدارک احکام قضایی شکلی یا ماهوی که زمینه‌ساز ابطال یا تضعیف و متزلزل نمودن یک دلیل و راهنمای اثبات جرم حدی گردد.

به نظر می‌آید اصطلاحاً شبهه‌ای که قابلیت اسقاط حدود را دارد، عبارت است از هر احتمال مؤثر در نظر دادرس که ثبوت رکنی از ارکان شرعی (قانونی)، مادی یا معنوی و یا ادله اثبات در جرائم حدی را تحت شعاع قرار دهد. تأثیر و قابل اعتنا بودن این احتمال آن‌گونه که عقلاً به آن اعتماد و جنبه مُعذّریّت آن را تصدیق کنند، شرط اساسی شکل‌گیری شبهه در نظر قاضی خواهد بود (الحلی، ۱۴۰۸ق، ص ۴۳۳)؛ به تعبیر بهتر، اگر قرائن و شواهد حال در پرونده نسبت به چنین گمانی عادتاً و در نظر عرف تطبیق نیابد، اعتباری بر آن مترتب نخواهد بود (السبحانی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۷). همچنانکه با پدیدار شدن حقیقت از طریق اقرار یا شهادت و احراز شدن بی‌بنیادی شبهه در وجدان و اندیشه دادرس، وی می‌باید بر پایه شمول عموم ادله حدود و تعزیرات حکم صادر کند. می‌توان گفت که در روند ارزیابی ادله اثبات در جرائم حدی، شبهه خود به عنوان اماره بی‌گناهی فرض خواهد شد و با استناد به آن دادرس امکان می‌یابد که از مرتکب، رفع اتهام نماید. سبک و سیاق مرسله صدوق بویژه دنباله آن

که پیامبر(ص) می‌فرماید: «وَلَا شَفَاعَةَ وَ لَا كَفَالَهَ وَ لَا يَمِينَ فِي حَدِّ» (گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ص ۷۴) به مسئولیت و نقش قاضی در فرایند دادرسی و صدور حکم اشاره دارد و مقصود فراز پایانی آن است که دادرس در صورت عدم وجود بینه بر وقوع جرم، نباید متهم را بر سوگند به جهت اثبات براءت و بی‌گناهی خویش الزام و وادار نماید. پذیرش ادعاهای منطقی و معقول متهم از سوی دادرس در جرائم حدود، به این مفهوم است که اظهارات وی بر صحت و درستی حمل شود و در نتیجه دادرس موظف شده تا از تحقیق و پی‌کاوی و گردآوری قرائن و امارات خودداری نماید.

افزون بر این، دادرس مجاز نیست که صرفاً بر پایه قرینه‌ها و نشانه‌هایی حاصل از تحقیق محلی، بازرسی امکان و افراد یا کارشناسی علمی مبادرت به صدور رأی نماید، و اثبات حد، منحصر در اقرار یا گواهی شاهدان می‌شود، و در صورتی که اقرار یا شهادت نیز، به لحاظ دارا نبودن بایسته‌ها و شروط، قناعت وجدانی و سکون نفس را برای دادرس به همراه نیاورد، ضروری است که این ادله فاقد وجاهت و پشتوانه کیفی، تلقی گردد.

از آنچه گفته شد به دست می‌آید که قاعده درأ، قاعده‌ای ماهوی است که اعمال آن در فرض رُخداد شبهه انجام می‌گیرد و شبهه سبب اعتقاد به عدم تحقق جرم یا مسئولیت کیفری برای تحمل کیفر می‌شود. بر خلاف سایر عوامل سقوط دعوای عمومی مانند مرور زمان یا اعتبار امر مختوم که به دلیل شکلی و بدون اظهار نظر در ماهیت امر، ادامه تحقیق و رسیدگی امکان پذیر نیست، در مقام اعمال قاعده درأ، مرجع قضایی دست به یک اظهار نظر ماهوی مبنی بر عدم تحقق جرم یا عدم مسئولیت کیفری می‌زند؛ از این رو وی باید حسب مورد، اقدام به صدور قرار منع تعقیب یا حکم براءت نماید. از سویی باید توجه داشت که مفاد قاعده در دادگاه و دادرس با یکدیگر متفاوت است و آنچه گفته شد در ارتباط با صلاحیت دادگاه در کاربرد قاعده درأ بود؛ اما در دادرس حتی در صورت وجود تردید و شبهه، دادرس

محمدجعفر حبیب زاده و همکاران کاوشی در بایسته های اعمال ...



مكلف است که کیفرخواست صادر نماید؛ چرا که کیفرخواست بر خلاف حکم دادگاه، لازم نیست بی تردید و مستند به جزم باشد.

۳-۴. قاعده درأ و مجازات قصاص

به باور دسته‌ای از فقها (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ص ۳۹۵) قلمرو قاعده درأ، باب قصاص را در بر نمی‌گیرد و تنها حدود یا حداکثر تعزیرات را شامل می‌شود. یکی از شواهد عدم اجرای قاعده درأ در قصاص، جاری نبودن قاعده معروف «البینه علی المدعی والیمین علی من أنکر» در حالت لوث است (الحر العاملی، ج ۲۷، ۱۴۰۹ هـ.ق، ص ۲۳۴). اگر بنا بود قاعده درأ اجرا شود به اقتضای این قاعده، نوبت به قسامه در قتل نمی‌رسید و در صورت لوث، قاضی دلیل قطعی و یقینی بر ارتکاب قتل از سوی مظنون ندارد؛ ولی با این وجود، مظنون برای اثبات بی‌گناهی خویش باید بینه اقامه کند؛ در غیر این صورت با اقامه قسامه، مجرم شناخته می‌شود. بویژه در حکمت جعل قسامه گفته شده: «لَوْلَا يَبْطُلُ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ» که این نشان‌دهنده آن است که مذاق شارع در قصاص بر جلوگیری از هدر گشتن خون اشخاص استوار گردیده و به مجرد شبیه، قاضی نمی‌تواند قصاص را از متهم بردارد و پرونده را مختومه اعلام نماید.^۱ با این حال، در عبارات فقهایی چون شیخ طوسی، موارد متعددی از تمسک به قاعده درأ در باب قصاص به چشم می‌خورد. همین استنادهای فراوان سبب شده تا این دیدگاه شکل گیرد که قاعده در باب قصاص هم جاری است. اگر حد را به معنای اعم از قصاص در نظر بگیریم، دیگر عروض شبیه در قصاص فرقی با حدود ندارد و گرچه

۱. دیگر جهات محل بحث در اثبات معنای حقیقی حد و تنصیصی بودن قاعده و عدم انصراف به قصاص، وجود نهاد عفو، شفاعت و کفالت در باب قصاص برخلاف حدود، ورود قاعده در مقام امتنان بر جمیع و عدم امکان انصراف واحد به یک طرف در قتل (جانی) و نیز مسأله قتل در فراش و ثبوت قصاص بر شوهر در فرض عدم ارائه بینه از سوی اوست.

پژوهش‌های حقوق تطبیقی _____ دوره ۲۲، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۷

قصاص از جمله حقوق الناس بوده و در حقوق الناس اصل بر تدقیق و تحقیق است، ولی با وجود شبهه، حکم به سقوط قصاص می‌شود. البته، قاضی به مجرد شبهه نباید بر بی‌گناهی متهم حکم نماید؛ بلکه ملزم به فحص در پرونده بوده و نفس شبهه، مدرک معتبری بر صدور حکم برائت متهم محسوب نمی‌شود (همان، ج ۲۹، ص ۱۶۰). مستند این دیدگاه - علاوه بر استناد برخی از فقها به مضمون قاعده در باب قصاص - در موارد زیر خلاصه می‌شود:

نخست اینکه، لفظ «الحدود» جمع مُحَلّی به «ال» است و از نظر اصولیان برای دلالت بر عموم استغراقی وضع گردیده که به معنای عموم عقوبت‌های شرعی و مختص «حد اصطلاحی» نیست؛ بلکه قصاص را نیز به دلیل آنکه نوعی مجازات محسوب می‌شود، در برمی‌گیرد.

دیگر آنکه، وقتی عقوبات به درجه نقص عضو یا سلب حیات می‌رسند، به جهت اهمیت و ضرورت تخفیف و احتیاط در دماء، حاکم می‌باید نهایت دقت را به خرج داده و در هر گونه موارد تردید، از اجرای آن جلوگیری نماید (السبحانی، ج ۱، پیشین، ص ۱۸۳). از سویی بنابر اولویت، وقتی شلاق به عنوان یکی از عقوبات حدی، با شبهه منتفی شود، به طریق اولی قصاص نفس و عضو - به جهت غیر قابل جبران بودن آن - با شبهه ساقط می‌شود (گلپایگانی، ج ۵، ۱۴۱۲ق، ص ۲۰۳).

۴-۴. قاعده درأ و مجازات‌های تعزیری

آنچه از عبارات اصحاب لغت و اکثر فقها و ظاهر برخی از روایات استفاده می‌شود، این است که «حد» از حیث لفظ، تعزیرات را در بر نمی‌گیرد. البته اکثر برداشت‌های لغویان نسبت به واژه «تعزیر» از کلمات فقیهان (حقیقت شرعی) در فقه ناشی می‌شود. محقق حلی در تعریف تعزیر می‌گوید: «کل ما له عقوبه مقدره یسمی حدّا، و ما لیس كذلك یسمی تعزیرا» (المحقق الحلی، ۱۴۳۸ق، ص ۳۹۴) و شهید ثانی تعریف شرعی آن را چنین بیان می‌کند: «عقوبه أو إهانه لا تقدیر لها بأصل الشرع غالباً» (الشهید

محمدجعفر حبیب زاده و همکاران کاوشی در بایسته های اعمال ...



الثانی، ج ۱۴، ۱۴۱۳ق.، ص ۳۲۵). همه این تعریف‌ها می‌رساند تعزیر قسمی از حد اصلاحی محسوب نمی‌شود؛ بلکه قسم آن است. لذا اصل اولیه در قاعده درأ، جعل و وضع آن نسبت به جرائم حدی است که به همین دلیل اغلب فقهای عامه، قاعده مزبور را به تعزیرات تسری نمی‌دهند. فقهای شافعی چون سیوطی (السیوطی، پیشین، ص ۱۱۱)، زرکشی (الزرکشی، ۱۴۰۵ق.، ص ۲۲۶) و ماوردی (الماوردی، ۱۴۱۹، ص ۲۳۵) شبهه را مانع اجرای تعزیر ندانسته‌اند. به نظر می‌رسد پذیرش این مطلب که تعزیر حکم حد را دارد، اجرای احکام جزایی را در اسلام به تعطیلی می‌کشاند. چنانچه در جرایمی همچون کلاهبرداری، تصرف عدوانی یا جعل، همچون زنا و لواط بخواهیم به قاعده درأ تمسک جوئیم، اثبات جرایم با دشواری بیش از حدی رو به رو خواهد شد.

اما نقطه اشتراک حد و تعزیر، جنبه‌های حق‌اللهی آن دو است که فقط از حیث تعیین شرعی یا عدم تعیین، از یکدیگر مجزا شده‌اند؛ لذا گفته شده همین اشتراک و همسانی، برای اجرای اصاله‌العموم و از باب استعمال کلی در مصادیق آن کافی است؛ چه آنکه در پاره‌ای روایات (الموسوی الخوانساری، بی‌تا، ص ۳۹۳) نسبت به عقوبت‌های تعزیری واژه «حد» اطلاق گردیده که از باب اطلاق در مصداق تعزیر بوده و شمولش از باب الغای خصوصیت نیست.

به نظر می‌رسد در تعزیراتی که جنبه خصوصی یا عمومی ندارند و حقا لله محض باشند، از این حیث در ردیف کیفرهای حدی قرار می‌گیرند و با تنقیح مناط، حکم قاعده درأ در این دسته جریان می‌یابد. شایان ذکر است از مجموع ادله و اصول قضایی اسلام به دست می‌آید، در فرضی همچون اقرار کمتر از چهار بار در زنا، مرتکب همچنان در سایه فرض برائت قرار دارد، و با تزلزل یکی از ارکان و یا فراهم نشدن وسایل اثبات جرم، شرعا جرم حدی به اثبات نمی‌رسد و متهم همچنان بی‌گناه فرض می‌شود و قاعدتا نباید تعزیری جایگزین حد ساقط شده گردد. البته در مواردی

خاص در فقه دیده شده، که شبیه به عنوان عاملی در تبدیل مجازات حدی به تعزیر مطرح شده است؛ زیرا گرچه شبیه حد را ساقط می‌کند، اما در صورتی که حاکم مصلحت قطعی را در تعزیر بداند، با لحاظ اماره بی‌گناهی و به منظور حفظ نظام اجتماعی و از بین نرفتن قبح رفتار به صدور حکم تعزیری مبادرت می‌ورزد.

۵. رویکرد قانونگذار در قبال قاعده درأ

قانونگذار در قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ در ماده ۱۲۰، اعمال قاعده درأ را نسبت به مطلق جرایم با وجود شبیه در شرایط تشکیل دهنده جرم شامل ارکان قانونی، مادی و معنوی یا شرایط مسئولیت کیفری پذیرفته که این اطلاق، پای قاعده را در حق الناس نیز باز گذارده، و سیاق این ماده ممکن است موجب این اشتباه شود که با وجود شبیه باید قرار منع تعقیب یا رأی برائت صادر کرد؛ در حالی که آنچه از دلایل فقهی مستفاد می‌شود آن است که قاعده درأ و اماره بی‌گناهی با یکدیگر مغایر هستند. به علاوه، از وجود قید «دلیلی بر نفی آن یافت نگردد» متبادر می‌شود که قانونگذار متهم را از اثبات ادعای خود معاف دانسته و اصل را بر صحت شبیه یا تردید قرار داده است؛ در صورتی که این برداشت ناصحیح است. بی‌تردید، چنانچه موضوع جرم یا برخی شرایط آن یا هرگونه سبب و بایسته مسئولیت کیفری، برای دادگاه احراز نشود و دادگاه دلیلی بر نفی آن نیابد، نمی‌تواند حکم به بزهکاری صادر نماید و نتیجه منطقی آن بی‌گناهی متهم است؛ ولی این مطلب هیچ ارتباطی با قاعده درأ ندارد.

در ماده ۱۲۱ قانونگذار، به صرف وجود شبیه و بدون نیاز به تحصیل دلیل در جرائم حدی به غیر از محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف، به عدم اثبات جرم یا شرط حکم نموده و با توجه به مفهوم مخالف، این جرایم به صرف وجود شبیه یا تردید منتفی نمی‌شود؛ بلکه باید دلایل معتبر دال بر اصالت و اعتبار شبیه حاصل شود تا بدین طریق بتوان از انتفای چنین جرایم حدی سراغ گرفت. استثنای محاربه، بغی، افساد، و قذف، کاملاً بجاست، اما اکتفا به همین تعداد جرائم حدی نادرست است؛

محمدجعفر حبیب زاده و همکاران کاوشی در بایسته های اعمال ...



بلکه زنا، لواط، تجاوز به عنف و به اکراه و اغفال به همان ملاک جرایم مذکور قابل استثناست. ماده ۲۱۸ ق.م.ا. مقرر نموده: «در جرایم موجب حد، هرگاه متهم ادعای فقدان علم، قصد یا وجود یکی از موانع مسؤولیت کیفری را در زمان ارتکاب جرم نماید، در صورتی که احتمال صدق گفتار وی داده شود ... ادعای مذکور بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می‌شود»؛ یعنی تأثیر و قابل اعتنا بودن شبهه، آن‌گونه که عقلاً به آن اعتماد و جنبه معذرت آن را تصدیق کنند.

استثنای جرم سرقت از جرایم موجب حد نیز صحیح به نظر نمی‌آید؛ چرا که حد سرقت، فی‌نفسه صرفاً جنبه حق‌اللهی دارد و علاوه بر آن با توجه به روایات مبتنی بر تخفیف و به قول صاحب جواهر «لا خلاف و لا إشکال فی درئه (حد السرقة) بالشبهه، کغیره من الحدود» (النجفی، پیشین، ص ۴۸۱)، مشخص نیست که قانونگذار طبق چه مدرک و مستندی، حد سرقت را از شمار حدود دیگر خارج نموده است؟! مسلماً قاعده درأ و برداشته شدن کیفر به سبب شبهه ضمانات و عقوبات مالی را در بر نمی‌گیرد، و در سرقت اگر قاضی نسبت به اجتماع شرایط قطع دست تردید نماید، با اینکه مجالی برای اجرای حد در کار نیست، اما ضمان مال همچنان پابرجاست. بنابراین اوصاف، منطبق حقوقی حکم می‌کند از اطلاق و ظاهر ماده ۱۲۰ ق.م.ا دست بکشیم و قاعده درأ را در جرایم حدی بدون شاکی خصوصی و قاعده‌ای جدای از اصل برائت جاری نماییم.^۱

۶. نتیجه‌گیری

۱. از دیگر جهات قانونی قابل بحث، شبهه در توبه (ماده ۱۱۴ ق.م.ا) و شبهه در مصلحت اجرای حکم حسب تحول گفتمان قانونی است که در جای خود باید بررسی شود.

کرامت ذاتی انسان به عنوان مهم‌ترین مقصد شریعت اسلامی می‌تواند مدرک محکم و متقنی برای قاعده درأ تلقی شود. به موجب قاعده درأ، مرجع قضایی موظف است در صورت روشن نبودن واقعیت و وجود شبهه، از پی‌کاوی و تفحص بیشتر جهت اثبات جرائم حدی بپرهیزد یا به اثبات جرم کم‌اهمیت‌تر اکتفا نماید. هرگاه متهم، ادعایی را مطرح نماید، اگر احتمال عرفی صحت چنین ادعایی داده شود، دادرس باید بدون تقاضای دلیل یا سوگند، ادعای وی را بپذیرد. همچنین هر احتمال مؤثر در نظر مرجع قضایی که ثبوت رکنی از ارکان شرعی، مادی یا معنوی و یا ادله اثبات را مورد خدشه قرار دهد، موجب سقوط مجازات حدی می‌شود.

فقه عامه در مفهوم شبهه و مصادیق آن قائل به گسترش حداکثری و بیش از اندازه شده است؛ به گونه‌ای که در تقسیم‌بندی شبهه‌ها شبهه فاعل، شبهه محل، شبهه طریق (شبهه مجتهد) و حتی شبهه عقد نزد فقهای حنفیه از مصادیق شبهه‌های مسقط حد برشمرده شده است. اما از دیدگاه فقیهان امامیه «عقد» نمی‌تواند حکم تحریم زنا را بردارد، لذا شبهه بودن آن را در اسقاط حد رد نموده‌اند.

ظاهر روایات قاعده درأ، «شبهه اثبات» است که در طریق اثبات جرم حدی و در حیطة و ارسی و امعان نظر در ادله اثبات شرعی برای قاضی رخ می‌دهد و بعید نیست که عموم آن افزون بر شبهه قاضی، شبهه شهود و شبهه در حکم شرعی را در برمی‌گیرد. به نظر می‌رسد شبهه در قاعده درأ عام است و شامل شبهات حکمی، مفهومی و موضوعیه می‌شود. در هر حال، در پذیرش قاعده نباید بر وجه افراط یا تفریط عمل کرد؛ بلکه باید حد عقلایی و متعارف آن را پذیرفت. در حقیقت، با وجود شبهه عقلایی می‌توان درأ حد نمود.

اکثر فقها، قاعده درأ را علاوه بر حدود در قصاص و تعزیرات جاری نموده‌اند و معتقدند واژه «الحدود» به معنای مطلق مجازات است؛ درحالی که مستندهای قاعده، ظاهراً تنها دلالت بر حدود دارد که چه بسا این چنین استدلالی تسامحاً و بیشتر به

محمدجعفر حبیب زاده و همکاران کاوشی در بایسته های اعمال ...



عنوان مؤیداتی برای قاعده احتیاط به کار رفته است. گرچه در تعزیراتی که جنبه حق-
اللهی محض دارند، با وحدت مناط می توان حکم سقوط مجازات را سریان داد.
ظاهراً قانونگذار ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی را مطلق و نهاده و بر طبق آن،
مفاد قاعده به قصاص، دیات و سایر جرایم تعزیری تسری داده شده، که چنین
توسعه ای بر خلاف ظاهر روایات قاعده است. در ماده ۱۲۱ این قانون نیز حد سرقت
که به اجماع فقها، مشمول قاعده درأ است، به صراحت از ردیف دیگر حدود مستثنی
شده است.

۷. منابع

۱-۷. منبع فارسی

۱. روحانی، محمد صادق، استفتائات قوه قضائیه و مؤسسه حقوقی وکلای بین الملل، بی-
جا، بی نا، بی تا.

۲-۷. منابع عربی

۲. ابن ادریس، محمد بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات
اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن بابویه، محمد بن علی، المقنع، قم، مؤسسه امام هادی (ع)، ۱۴۱۵ ق.
۴. ابن بابویه، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، ج ۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی
وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.
۵. ابن شعبه حرانی، حسن بن علی، تحف العقول عن آل الرسول (ص)، جامعه
مدرسین، قم، چاپ: دوم، ۱۴۰۴/۱۳۶۳ ق.
۶. اسماعیل پور قمشه ای، محمد علی، البراهین الواضحات: دراسات فی القضاء،
مصحح: مصطفی عظیمی، ناشر: محمد علی اسماعیل پور قمشه ای، قم، بی تا.

پژوهش‌های حقوق تطبیقی _____ دوره ۲۲، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۷

۷. الأسمر، نضال مصطفى حسن، *صلاحيات الإمام في إسقاط و تخفيف العقوبات*، بی-نا، جامعه النجاح الوطنيه، ۱۴۲۶ق.
۸. البيهقي، أحمد بن الحسين، *السنن الكبرى*، ج ۲، المحقق: محمد عبدالقادر عطا، بيروت - لبنان، دارالكتب العلميه، الطبعة الثالثة، ۱۴۲۴ ق.
۹. الحر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشيعه إلى تحصيل مسائل الشريعه*، تحقيق و نشر: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ۱۴۰۹ ق.
۱۰. الحلّي، حسن بن يوسف، *تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإماميه*، ج ۱ و ۵، تحقيق: ابراهيم بهادری، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، ۱۴۲۰ ق.
۱۱. الخوئی، ابوالقاسم، *مبانی تکمله المنهاج*، قم، بی‌نا، ۱۴۲۶ ق.
۱۲. الزركشي، محمد بن عبدالله، *المنثور في القواعد الفقيهيه*، ج ۲، الكويت، وزاره الأوقاف الكويتيه، الطبعة الثانيه، ۱۴۰۵ ق.
۱۳. السبجاني، جعفر، *نظام القضاء و الشهاده في الشريعه الإسلاميه الغراء*، ج ۱ و ۲، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، ۱۴۱۸ ق.
۱۴. السبزواری، السيد عبدالأعلى، *مهذب الأحكام في بيان الحلال و الحرام*، قم، مؤسسه المنار - دفتر معظمه، ۱۴۱۳ ق.
۱۵. السرخسی، محمد بن أحمد، *المبسوط*، بيروت، دار المعرفه، ۱۴۱۴ ق.
۱۶. السمرقندی، محمد بن احمد، *تحفه الفقهاء*، دار الكتب العلميه، بيروت - لبنان، ج ۹، الطبعة الثانيه، ۱۴۱۴ ق.
۱۷. السيوطی، عبد الرحمن بن أبي بكر، *الأشباه والنظائر*، ج ۱، بيروت، دار الكتب العلميه، الطبعة: الأولى، ۱۴۱۱ ق.
۱۸. الشهيد الثاني، زين الدين بن علي، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، تحقيق: مؤسسه معارف اسلامی، قم، مؤسسه المعارف الإسلاميه، ۱۴۱۳ ق.

- محمد جعفر حبيب زاده و همکاران کاوشی در بایسته های اعمال ...
۱۹. الشهيد الثاني، زين الدين بن علي، *الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه*، تحقيق: سيّد محمد كلانتر، قم، كتابفروشي داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۰. الطباطبائی، سيّد علي بن محمد، *رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل*، محقق: محمد بهره مند و ديگران، مؤسسه آل البيت، قم، ۱۴۱۸ ق.
۲۱. الطوسي، محمد بن حسن، *المبسوط في فقه الإماميه*، تحقيق: سيّد محمد تقی كسفي، تهران، المكتبه المرتضويه لإحياء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۲۲. العراقي، آقا ضياء الدين، *كتاب القضاء*، ج ۱، ۱، قم، بی نا، بی تا.
۲۳. الفاضل الهندي، محمد بن حسن، *كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۶ ق.
۲۴. الماوردي، علي بن محمد، *الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي و هو شرح مختصر المزني*، ج ۱۴، المحقق: الشيخ علي محمد معوض، بيروت - لبنان، دار الكتب العلميه، ۱۴۱۹ ق.
۲۵. المحقق الحلّي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، *شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، الجزء الرابع*، تحقيق: عبدالحسين محمدعلي البقال، قم، مؤسسه اسماعيليان، ۱۴۰۸ ق.
۲۶. معرفت، محمد هادي، *تعليق و تحقيق عن أمهات مسائل القضاء*، قم، بی تا، بی نا.
۲۷. المقدس الاردبيلي، احمد بن محمد، *مجمع الفائده و البرهان في شرح إرشاد الأذهان*، تحقيق: آقا مجتبی عراقی و ديگران، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۰۳ ق.
۲۸. الموسوی الاردبيلي، عبدالكريم، *فقه الحدود و التعزيرات*، ج ۷، ۲، مؤسسه النشر لجامعه المفيد، ۱۳۸۵.
۲۹. الموسوی الخوانساری، احمد بن يوسف، *جامع المدارك في شرح مختصر النافع*، ج ۷، تحقيق: علي اكبر غفاری، قم، مؤسسه اسماعيليان، بی تا.

پژوهش‌های حقوق تطبیقی _____ دوره ۲۲، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۷

۳۰. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، کتاب القضاء، تحریر تقریر: سید علی حسینی میلانی، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۳۱. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، الدر المنضود فی أحكام الحدود، مقرر: علی کریمی جهرمی، ج ۴ و ۵، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۲ ق.
۳۲. النجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۱، تحقیق: عباس قوچانی و علی آخوندی، بیروت، دار إحياء التراث العربی، بی تا.
۳۳. المؤمن، محمد، مبانی تحریر الوسيله - کتاب الحدود، چاپ اول، بی جا، بی تا.

۳-۷. منابع انگلیسی

34. Whitman, James Q.; the Origins of "Reasonable Doubt", Yale Law School Legal Scholarship Repository, 3-1, 2003.
35. Woods, John; "Beyond Reasonable Doubt: An Abductive Dilemma in Criminal Law", Informal Logic, Vol. 28, No. 1, 2008.