

مقالات و بررسیها، دفتر ۷۳، تابستان ۸۲، ص ۴۱-۵۶

## قاعده درء و تفسیر نصوص جزایی

جلیل امیدی

دانشکده الهیات و معارف اسلامی

### چکیده:

از جمله قواعد حاکم بر فقه جزایی قاعده درء است. 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 نمی‌توان حکم به مجازات کرد. اعتبار قاعده مستند به برخی اقوال مذکور در منابع حدیثی است؛ اقوالی که صحت انتساب هیچکدام از آنها به شارع معلوم نیست ولی کثرت طرق و وحدت مضمون مدارک منقول و هماهنگی مفاد با مقاصد شارع سبب استقبال عامه فقها از چنین قاعده‌ای و استعمال آن در تفسیر و تطبیق نصوص جزایی شده است. قاعده درء تا آنجا که به تردیدهای عارض بر حاکم در خصوص اصل وجود نص یا مفهوم آن یا شمول آن به مورد، مربوط می‌شود قاعده‌ای تفسیری است و در حدود و فواصل و تعزیرات از اعمال اجتهادات زیانبار و تأویل‌های نامساعد علیه متهم ممانعت می‌کند. قاعده درء از میان قواعد و ضوابط تفسیر در حقوق جزای عرفی با ضابطه تفسیر قانون مبهم به نفع متهم قابل مقایسه است. قاعده درء با وجود توفیقی که در دفاع از متهمان و رهایی آنان از تفسیرهای نامساعد یا اساساً خروج آنان از قلمرو نصوص جزایی دارد، از جهت تزلزلی که در حتمیت اجرای نصوص و اعمال مجازات ایجاد می‌کند قابل انتقاد است.

**کلید واژه‌ها:** قاعده درء، تفسیر قانون، شبهه، مجازات، فقه جزایی.

تفسیر قانون به طور کلی و تفسیر مقررات جزایی بخصوص از اهمیت بسیار برخوردار است. در حقوق جزای عرفی به عنوان یکی از لوازم و اقتضائات قاعده قانونی

بودن جرایم و مجازات‌ها ضوابط و معیارهای خاصی بر مسأله تفسیر قانون حاکم است. این ضوابط و معیارها بالجمله به منظور سوق دادن قانون به سمت مقاصد مقنن و جریان آن در مجاری مورد نظر در تنظیم و تصویب قانون و عدم انحراف از اصول و اهداف کلی نظام جزایی به کار گرفته می‌شوند. در فقه اسلامی هم تفسیر و تأویل نصوص جزایی از اهمیت مخصوص برخوردار است و علاوه بر قواعد عام تفسیر و اجتهاد از ضوابط و معیارهای خاص خود پیروی می‌کند. فقهای مسلمانان بیش و کم به شیوه‌ای متفاوت با شیوه‌های مرسوم در دیگر بخش‌های فقه اسلامی به تفسیر نصوص و احکام جزایی پرداخته‌اند و غالباً با تقریر و تطبیق قواعد و معیارهایی مستنبط از متون و منابع منقول یا دلایل و شواهد معقول، در مقام اجتهاد و تفسیر تلاش کرده‌اند دایره تطبیق و اجرای نصوص و احکام جزایی را در حد امکان به مدلول منطوقی و مفهوم منطقی آنها محدود نمایند و با بنای مسایل جزایی بر تخفیف و احتیاط از توسعه قلمرو احکام جزایی به زیان افراد اجتناب نمایند.

از جمله قواعد مورد نظر در این باره قاعده منع ثبوت حد با وجود شبهه است که در اصطلاح و به اختصار قاعده درء نامیده می‌شود. قاعده‌ای که با وجود پاره‌ای ایرادات و انتقادات موجود پیرامون مدارک و مستندات منقول آن تقریباً از سوی تمامی مذاهب معتبر اسلامی مورد قبول واقع شده و عمل به آن ضروری به شمار آمده است. ظاهراً تنها مذهب ظاهری از پذیرش و اعمال چنین قاعده‌ای خودداری کرده است. وجه ارتباط قاعده درء با بحث تفسیر نصوص جزایی چیست؟ قاعده درء با کدام یک از قواعد تفسیر در حقوق جزای عرفی قابل مقایسه است؟ پس از بیان مفهوم اجمالی و مستند روایی قاعده پاسخ این دو پرسش مطرح می‌شود و با نقد و نتیجه‌گیری، موضوع پایان می‌یابد.

### الف - مفهوم و مستند قاعده:

مفاد و مراد این قاعده اجمالاً این است که مادام که حرمت عمل و شمول نصوص مفید حرمت و ممنوعیت بر آن یقینی نیست یا وقوع اصل عمل انتساب آن به متهم یا علم او به حرمت عمل یا ماهیت موضوع یا اختیار او در ارتکاب عمل مورد تردید است حکم به مجازات و اجرای آن جایز نخواهد بود (السرخسی، ۵۹/۹).

اعتبار یا مشروعیت قاعده درء مستند به احادیثی است که با اسناد و عبارات گوناگون از پیامبر اکرم (ص) نقل شده است. از جمله این که «ادْفَعُوا الْحُدُودَ مَا وَجَدْتُمْ لَهَا مَدْفَعاً» (الشوکانی، ۲۷۱/۶)، یعنی مادام که راهی برای دفع و درء حدود می‌یابید از اجرای آنها خودداری کنید یا این که: «ادْرؤُوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ؛ فَإِنَّ الْإِمَامَ لَأَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ»<sup>۱</sup> (همو)، یعنی تا آنجا که می‌توانید مجازات حد را از مسلمانان دفع نمایید و اگر گریزی برای خروج از مهلکه مجازات یافید متهم را رها کنید و بدانید که اشتباه حاکم در تیرئه مجرمان از اشتباه او در مجازات بی‌گناهان شایسته‌تر است و نیز این که: «ادْرؤُوا الْحُدُودَ» (همو). حدود را دفع و درء نمایید. بنابه نوشته شوکانی فقیه و محدث بزرگ زیدی درست‌ترین حدیثی که در این باره نقل شده آن است که سفیان ثوری از ابن مسعود روایت کرده است: «ادْرؤُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ؛ اِدْفَعُوا الْقَتْلَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ» (همو). با وجود شبهه حدود را دفع نمایید و هر چه می‌توانید از تحمیل مجازات مرگ به مسلمانان پرهیز کنید.

هیچکدام از احادیث فوق از حیث اسناد مصون از انتقاد نیستند. محدثان بزرگ حدیث اول را ضعیف و حدیث‌های دوم و سوم را منکر خوانده‌اند. به علاوه جز آنچه امام علی بن ابی طالب (ع) مرفوعاً روایت کرده که آن هم فاقد قید شبهات است سایر احادیث از نوع موقوف هستند<sup>۲</sup> (الشوکانی، ۲۷۲/۶؛ علی ناصف، ۳۷۲/۲). با وجود این، کثرت طرق و نقل و وحدت مضمون احادیث مزبور و هماهنگی مفاد آنها با شیوه پیامبر (ص) در اثبات و اجرای حدود و نیز عمل اصحاب و یاران وی به این گونه احادیث موجب شده است که قاعده درء و اسقاط حدود به واسطه وجود شبهه صلاحیت استناد

۱. بنا به نوشته ترمذی قریب به همین معنی از بسیاری از یاران پیامبر (ص) نقل شده است (نک: الشوکانی، ۲۷۱/۷).

۲. منکر حدیثی است که شخص واحدی متن آن را برخلاف آنچه راویان مورد اعتماد نقل کرده‌اند باز گوید. موقوف نیز آن است که از صحابی نقل شده باشد بدون آنکه او خود آن را به پیامبر (ص) نسبت داده باشد در مقابل آن حدیث مرفوع است یعنی آنچه صحابی به تصریح از پیامبر (ص) نقل کرده است (نک: الخطیب، ۳۴۸ و ۳۷۷).

و احتجاج یابد و از سوی فقهای مذاهب مختلف قاعده‌ای مقبول و موجه تلقی گردد تا جایی که در کتاب‌هایی چون شرح فتح‌القدر و الفروق مشروعیت قاعده و لزوم رعایت آن در تفسیر نصوص و اثبات حدود اجماعی تلقی شده است (ابن‌الهام، ۳۲/۵؛ القرافی، ۱۷۲/۴). حق این است که در این ادعای اجماع مخالفت ظاهری‌ها نادیده گرفته شده است، به همین خاطر شاید اجماع را هم نتوان از عداد مدارک و مبانی مشروعیت قاعده مورد بحث به شمار آورد.

ضعف مدارک منقول قاعده در میان امامیه نیز مطرح است. در کتب روایی این مذهب جز آنچه شیخ صدوق به نحو ارسال و بدون ذکر سند به پیامبر (ص) نسبت داده هیچ روایتی که دلالت صریح بر اسقاط حد به واسطه شبهه داشته باشد موجود نیست. به اعتقاد بعضی معاصران امامیه هیچ روایت معتبری برای اثبات درء حدود با شبهه در دست نیست (الخویی، ۱/۱۵۴؛ المصطفوی، ۱۱۳) و هر جا برای اسقاط حد به استناد شبهه یک قیاس منطقی تشکیل شده کبرای آن مخدوش است (الخویی، ۳۳۸). با این همه قاعده درء و عمل به مفاد آن در میان امامیه نیز قبول عام یافته و ظاهرأ مخالفی برای آن یافت نشده است. تا آنجا که بعضی با تعابیری نظیر نص متواتر و خبر مجمع علیه از مدارک منقول آن یاد کرده‌اند. هر چند این گونه تعابیر به حق اعجاب و شگفتی دیگران را برانگیخته است (الخویی، ۱/۱۶۸؛ الارdebیلی، ۸۴). آنچه مهم است این است که در تمامی مباحث به حدود و طرق اثبات آنها ردپای شبهه و تأثیر آن مشهود است. ثبوت و اقامه حد همه جا مشروط به عدم تحقق شبهه است و قید نبود شبهه همه جا در تعریف موجبات حدود مندرج است. جهل به حکم و اشتباه در موضوع در زنا و سرقت و شرب خمر و نیز ادعای اکراه در زنا و ارتداد و رجوع شهود از شهادت همه جا با استناد به قاعده درء موجب سقوط حد است و شبهه ناشی از رجوع شهود به حدی قوی است که به اعتقاد مشهور حتی بعد از صدور حکم نیز مؤثر و موجب نقض حکم است (الخویی، ۱/۱۵۴ و ۱۶۹ و ۲۸۳ و ۳۲۸).

### ب - مفهوم شبهه و وجه ارتباط قاعده با تفسیر نصوص:

شبهه مسقط حد در اصطلاح فقهی آن است که شباهتی با حقیقت و واقعیت دارد اما

خود عین حقیقت و واقعیت نیست. به تعبیر بعضی از فقها «ما شبهه الثابت و لیس بثات» (ابن الهام، ۳۳/۵). این یک تعریف کلی است و شبهات حکمی و موضوعی را به صورت توأمان در برمی گیرد. تصرف مخفیانه مال متعلق به فرزند از سوی پدر یا مال مشاع از سوی احد شرکا هر دو از مصادیق شبهه حکمی هستند و شباهت ظاهری با سرقت دارند اما حقیقت شرعی آنها سرقت نیست یا دست کم سرقت موجب حد نیست. نوشتن مشروبات مستی‌زا در اثر اشتباه در ماهیت آنها، شبهه موضوعی است و شباهت و مماثلت ظاهری با شرب خمر دارد اما از نظر شارع ماهیت این گونه اعمال مجرمانه نیست. بعضی از نویسندگان شبهه را حاصل اوضاع و احوالی دانسته‌اند که انجام فعلی را بر خلاف حقیقت مجاز جلوه می‌دهد؛ یعنی: «وجود المبیح صورة لا حقیقه» (الربکان، ۶۰). این تعریف نیز بیشتر به ذهنیت مرتکب و تصور او از حکم یا موضوع فعل ارتكابی برمی‌گردد تا تلقی حاکم از عمل ارتكابی و تفسیر او از نصوص شرعی.

تعاریف رایج در میان امامیه نیز این گونه‌اند: «عدم علم به حکم یا ماهیت موضوع»، «اعتقاد یا ظن به جواز عمل»، «قطع به حلیت»، «اوضاع و احوال منتهی به حصول ظن به جواز عمل» و سرانجام «توهم جواز عمل» (محقق داماد، ۱۰؛ النجفی، ۲۶۴/۴۱؛ الارdebیلی، ۸۵). ظاهر نوشته‌های فقهای امامیه بیانگر آن است که از نظر آنان قاعده درء ناظر به شبهات عارض بر متهم است و ظاهراً جز صاحب جواهر کسی متعرض تردیدهای عارض بر حاکم و تأثیر آن در مجازات متهم نشده است (النجفی، ۴۹۴/۴۱). اگر چنین ظهوری حمل بر اختصاص قاعده به شبهات عارض بر ادراک و ذهنیت متهم شود دیگر نمی‌توان قاعده درء را به بحث تفسیر نصوص مربوط دانست. بعضی از معاصران امامیه عدم تعرض را ناشی از بداهت موضوع دانسته‌اند. اینکه حاکم با وجود تردید مبادرت به صدور حکم نمی‌کند یک امر بدیهی است و نیاز به تعرض و تحقیق ندارد. شبهه مسقط حد اعم است از تصورات نادرست متهم و تردیدهای عارض بر حاکم (الارdebیلی، ۸۸). با وجود این باز از ظاهر عبارات معاصران قائل به عمومیت قاعده درء و شمول آن به متهم و حاکم چنین برمی‌آید که تنها شبهات اثباتی عارض بر حاکم مورد نظر بوده است یعنی تردید حاکم در امور موضوعی نظیر شک در وقوع مادی فعل یا انتساب آن به متهم (همو). در این صورت نیز نمی‌توان قاعده درء مورد بحث را با مسأله

تفسیر نصوص در ارتباط دانست. در مقابل فقهای مذاهب چهارگانه به ویژه حنفی‌ها قاعده دره را در معنای عام آن به کار گرفته‌اند و تردید قاضی را چه در امور موضوعی و چه در مسائل حکمی همچون تصورات نادرست متهم مسقط حد دانسته‌اند. نگاهی به جلد نهم کتب مبسوط سرخسی به تأیید این برداشت خواهد انجامید. اساساً برداشت فقهای صحابه از مفهوم این قاعده یک برداشت عام بوده است. از معاذ بن جبل و عبدالله بن مسعود نقل شده که به قضات آن زمان سفارش می‌کرده‌اند که با وجود تردید در ثبوت یا اثبات حد از اقامه آن خودداری کنند (الخیاط، ۴۹). آنچه مهم است این است که شبهات عارض بر ادراک و ذهنیت مرتکب و نیز شبهات اثباتی یعنی تردیدهای مربوط به اصل وقوع فعل و انتساب آن به متهم به بحث تفسیر نصوص مربوط نمی‌شوند.

قاعده دره از طریق تردیدهای عارض بر حاکم یا هر مفسر نصوص شرعی، در اصل وجود نص یا مفهوم آن یا شمول آن به مورد ارتباط پیدا می‌کند، یعنی شبهات حکمی، مفهومی و مصداقی. چنین شبهه‌ای مسقط حد است و تصور مرتکب از حکم یا موضوع رفتار خود مورد توجه نیست. منشأ شبهه عارض بر حاکم گاه نقص و سکوت نص است. همچون تردید در این که آیا کسی که شاهد صحنه مرگ یا مصدومیت دیگری بوده و با وجود استطاعت در منع هیچ اقدامی به عمل نیاورده قابل مجازات است؟ یا تردید در این که آیا درباره منع فروش اعضای بدن دلیل شرعی وجود دارد؟ گاه منشأ شبهه اجمال و ابهام نصوص و کیفیت شمول‌شان به موارد و مصداق است. همچون تردید در شمول نصوص جزایی بر جرایم واقعه در خارج از دارالاسلام و تردید در شمول عموم ادله راجع به حرمت زنا و سرقت و مجازات شرعی آن دو بر مواردی نظیر نکاح معاطاتی. نزدیکی با زوجه مطلقه یا مختلعه پیش از انقضای عده یا تصرف پنهانی موقوفات عامه یا اموال متعلق به اصول و فروع و نیز شبهه مربوط به پذیرش یا عدم پذیرش گواهی قذف‌کنندگان حتی بعد از توبه و اصلاح حال. گاه میز شبهه از تعارض نصوص برمی‌خیزد. تعارض مورد نظر در اینجا چنین است که مفاد نصی موجب تردید در شمول نصی دیگر بر پاره‌ای از مصداق خود می‌گردد. به طور مثال قذف فرزند یا سرقت و خیانت در مال او ظاهراً باید شمول احکام عام راجع به قذف و سرقت و خیانت باشد اما وجود نصی دیگر که فرزند و اموال او را متعلق به پدر می‌داند یعنی حدیث «انت و مالک

لایبیک»، تردید شارح و مفسر نصوص را در شمول آنها به چنین مصادیقی برمی‌انگیزد. گاهی خاستگاه شبهه تردید در استحقاق مرتکب و جواز عمل نسبت به اوست. چنانکه شافعی‌ها تصرف پنهانی در اموال متعلق به اصول و فروع را به واسطه شبهه استحقاق نفقه مشمول عنوان سرقت و ادله مربوط به آن ندانسته‌اند. شبهه استحقاق در حقیقت شبهه مصداقی است و از نوع تردید در شمول نص بو مورد به شمار می‌آید. گاه نیز شبهه از اختلافات اجتهادی برمی‌خیزد. طبیعت وحدت‌گرای اهل سنت به ویژه در دو مذهب شافعی و مالکی سبب شده که در بیشتر مواردی که حرمت و حلیت یا صحت و بطلان فعل از نظر فقهی و اجتهادی محل اختلاف است، از مصادیق شبهه و تردید در شمول نصوص مفید حرمت و بطلان به شمار آیند. بدون آنکه تصور ذهنی و مذهب مورد تقلید متهم و حتی مذهب و اجتهاد حاکم مورد نظر باشد. چنین شبهه‌ای را شبهه طریق گویند. نکاح بدون اذن ولی یا بدون شاهد، نکاح شغار، نکاح موقت و معالجه با نوشیدنی‌های مستی‌زا نمونه‌هایی از احکام اختلافی هستند که هر کدام در مذهبی صحیح و در مذهب یا مذاهبی دیگر باطل تلقی می‌شوند. با وجود این ارتکاب این گونه اعمال موجب ثبوت حد نیست. مبنای شبهه طریق ظاهراً این است که درستی مذهب مخالف همچون نادرستی مذهب موافق همیشه محتمل است. هیچ مجتهدی نمی‌تواند صحت اجتهادات خود و بطلان آرای مخالفان را تضمین کند هر چند به درستی نظر خود و نادرستی نظر مخالف معتقد باشد. از همین جاست که آن جمله معروف شافعی که گفته بود: «اجتهاد من صواب محتمل الخطاست و اجتهاد دیگران خطای محتمل الصواب» در میان مفتیان و مجتهدان مذهب او قبول عام یافته است. با وجود این شبهه طریق یا شبهه ناشی از اختلاف در افتا و اجتهاد بیشتر به ازدواج‌های اختلافی اختصاص یافته است و در زمینه‌های دیگر همچون نوشیدن آنچه اهل فقه نبیذ می‌خوانند و کشتن قاتل از سوی یکی از اولیای مقتول ذمی اختلاف فتوا مؤثر و مسقط مجازات تلقی نشده است (ابن نجیم، ۳۷۹/۱). به علاوه گاه ضعف استدلال نظر مخالف موجب بی‌اعتنایی و اعتقاد به عدم تحقق شبهه می‌شود. چنانکه شافعی‌ها و همفکران آنان از مذاهب دیگر از پذیرش مواردی همچون شبهه عقد ابوحنیفه و سرقت اشیاء مسوق به اباحه سرباز زده‌اند و چنین اعمالی را بی‌هیچ تردید مشمول ادله و عناوین شرعی حدود به شمار آورده‌اند

(السیوطی، ۱۶۱).<sup>۱</sup>

از همین جا به نکته اساسی دیگر می‌رسیم و آن این که مصادیق شبهه در مذاهب مختلف اسلامی مورد اختلاف است. ممکن است عمل یا موقعیت خاصی در یکی از مذاهب مصداق شبهه تلقی شود و مشمول مجازات نگردد اما همان عمل یا موقعیت در مذهب یا مذاهب دیگر بی‌هیچ تردید موجب مجازات فاعل باشد. مشارکت با پدر در کشتن فرزندی، کشته شدن مسلمانان قاتل ذمی به دست اولیای مقتول، شرب نیبذ، همکاری با کودک و دیوانه در سرقت، سرقت پرنده و گل و گیاه و حبوبات، سرقت از محارم، سرقت اموال سریع الفساد، اموال مباح الاصل، قطع راه بر شریک و محارم نزد ابوحنیفه از مصادیق شبهه است (السرخسی، ۱۵۱/۹). در حالی که مذاهب دیگر هیچ کدام از این اعتبارات موجب خروج عمل از شمول ادله قتل و شرب خمر و سرقت موجب حد ندانسته‌اند. همچنین ازدواج با محارم یا زنانی که حرمت و بطلان ازدواج با آنان مورد اتفاق و اجماع است، نزد ابوحنیفه به واسطه وجود شبهه‌ای که شبهه عقد گفته می‌شود، موجب حر نیست. این در حالی است که هیچ کدام از مذاهب دیگر حتی شاگردان بلا فصل ابوحنیفه چنین رفتاری را مقرون به شبهه مسقط حد ندانسته‌اند (السیوطی، ۱۶۱؛ العوده، ۲۰۹/۱).

در این که تردید در رکن شرعی جزم یا شبهه شمول نص به مورد موجب سقوط حد است تردیدی نیست. اما باید دانست که اولاً، در بیشتر موارد سقوط حد، مجازات‌های تعزیری نظیر مجازات‌های بدنی، مجازات‌های سالب یا محدود کننده آزادی، مجازات‌های مالی یا اداری جانشین می‌شوند (ابن عبدالسلام، ۳۰۷/۲؛ الزرقاء، ۶۱۲؛ السرخسی، ۱۷۷/۹). نزدیکی با زوجه در موارد حرمت‌های عارضی همچون حیض و نفاس و احرام، در مذهب شافعی اگر به استناد شبهه ملکیت موجب حد نیست در عوض سبب تعزیر است. شبهه عقد ابوحنیفه گرچه مسقط حد است اما مثبت اشد انواع تعزیر است. همین طور شک در شمول عنوان سرقت به تصرف مخفیانه اشیاء مباح الاصل

۱. به طور کلی معیار تحقق شبهه طریق، قوت مدرک مذهب مخالف است نه نفس اختلاف فتوی. این که در مواردی اختلاف فتوی را سبب ثبوت شبهه طریق دانسته‌اند و در مواردی به مذهب مخالف اعتنایی نکرده‌اند به همین معیار برمی‌گردد (نک: الشربینی، ۱۴۵/۴).



مانند حیوانات شکار شده و ماهی‌های صید شده و ربودن اشیاء کم ارزش موجب جایگزینی مجازات تعزیر است. ثانیاً، سقوط حد به واسطه وجود شبهه هیچ تأثیری در دیگر آثار وضعی اعمال ارتكابی نظیر الحاق نسب و پرداخت مهر و نگهداری عده و رد مال و جبران خسارت مجنی علیه ندارد (همان). در فقه امامیه نیز اعمالی که جامع شروط ثبوت حد نباشد موجب تعزیر مرتکب می‌گردند (محقق داماد، ۱۰۹).

### ج - قلمرو اجرای قاعده:

درباره قلمرو اجرایی قاعده درء باید گفت جریان آن در حدود جز آنچه از مذهب از میان رفته ظاهری نقل شد با هیچ‌گونه مخالفتی روبه‌رو نیست و اساساً وضع اولیه و قدر متقین مجرای قاعده مورد بحث جرایم حدود است. در خصوص مجازات قصاص نیز هر چند تصریحی از سوی شارع درباره شمول قاعده بر آن در دست نیست اما دلالت ضمنی بعضی از احادیث نظیر حدیث «ادفعوا القتل عن المسلمین» در کنار استناد مکرر به شبهه در جرایم قتل و قطع عضو عمدی از سوی فقها و تأثیر آن در تغییر عنوان جرم و تبدیل نوع مجازات تلویحاً نشان از جواز جریان قاعده درء در مجازات قصاص دارد. کسی که تحت تأثیر اکراه، اکراه‌کننده را به قتل می‌رساند قابل قصاص نیست یکی از دلایل مسأله شبهه ناشی از اذن و اکراه مجنی علیه است (الشربینی، ۱۱/۴). همانطور که مسلمان در برابر کشتن ذمی قابل نیست. یکی از طرفداران این قول وجود شبهه اباحه خون ذمی است. شبهه‌ای که از کفر او برمی‌خیزد (زیدان، ۲۰۴). در یک بیان کوتاه باید گفت شبهه در جرایم مستوجب قصاص سبب تغییر عنوان جرم و تبدیل مجازات آن می‌گردد. بعضی بر این باورند که چون قاعده درء وجوب فحوص و تحقیق را از عهده قاضی برمی‌دارد نمی‌توان چنین قاعده‌ای را در جرایم مستوجب قصاص جاری دانست. چرا که در جرایم اخیر تحقیق و جستجو بر قاضی واجب است (الاردبیلی، ۹۰). این اعتقاد نادرست است چرا که اولاً کبرای استدلال آن مخدوش است و ثانیاً فحوص همیشه به حصول یقین منتهی نمی‌شود و تحقیق و جستجو احتمال وجود شبهه را از میان نمی‌برد.

در مجازات‌های تعزیری نیز هیچ تصریحی نه از سوی شارع و نه از سوی فقها راجع

به شمول یا عدم شمول قاعده دره در دست نیست. آنچه جلال الدین سیوطی شافعی (د. ۹۱۱) و ابن نجیم مصری حنفی (د. ۹۷۰) در دو کتاب خود که هر دو موسوم به «اشباه و نظائر»ند آورده‌اند دلالت بر عدم تحقیق و تأثیر شبهه در تعزیرات ندارد (السیوطی، ۱۶۱؛ ابن نجیم، ۳۷۹/۱). منظور آن دو این بوده که در جرایم مستوجب حد، سقوط حد ملازمه‌ای با سقوط تعزیر و ممنوعیت اجرای آن ندارد. ممکن است حدی به واسطه وجود شبهه ساقط گردد و در عین حال تعزیری جایگزین آن گردد. فقها خود در موارد زیادی با استناد به تحقق شبهه قائل به سقوط تعزیر شده‌اند (محقق داماد، ۴۲). جریان قاعده دره در تعزیرات ظاهراً نه مغایرتی با اصول و قواعدی شرعی دارد و نه منافاتی با ضوابط و معیارهای عقلی بلکه خود عین عمل به اقتضای عقل و شرع است و هماهنگی و همسویی تمامی با اصول و عقاید حاکم بر فقه جزایی دارد. تأثیر شبهه در حدود که اشد انواع مجازات‌هاست و عدم تأثیر آن در تعزیر که به مراتب خفیف‌تر از حدود و گناه اخف انواع مجازات است بی‌معنی خواهد بود. همانطور که بعضی از معاصران امامیه گفته‌اند قاعده دره به طریق اولی در جرایم قابل تعزیر جریان دارد (الاردیلی، ۹۰). به علاوه لفظ حدود مندرج در مدارک منقول قاعده اختصاص به مجازات‌های مقرر و معهود شرعی ندارد. درست است که در اصطلاح فقهی و عرف متشرعه مراد از حد همیشه این‌گونه مجازات‌ها بوده است و در میان آنان تبادر ذهنی حد همین‌گونه مجازات‌هاست اما باید دانست که عرف متشرعه و مصطلحات آنان به هیچ وجه حجت شرعی تلقی نمی‌شود. دلیلی هم در دست نیست که نشان دهد لفظ حد حقیقت شرعی و حتی لغوی برای مجازات‌های مقرر و مقدر شرعی است. خصوصاً تعلیل ذیل حدیث یعنی برتری اشتباه حاکم در عفو مجرمین بر خطای او در مجازات بی‌گناهان را باید مفید عموم قاعده دانست. افزون بر اینها تسری قاعده دره به مجازات‌های تعزیری از قبیل تفسیر موسع به نفع متهم است و چنین تفسیری با توجه به ویژگی‌های عامی که برای شریعت برمی‌شمارند از جمله رحمت و عدالت و اعتدال و تسامح اصولاً مقبول و موجه به نظر می‌آید.

سرانجام این که چون ماهیت شرعی و حقوقی دیه مورد اختلاف است و بیشتر صاحب‌نظران آن را جبران خسارت و پرداخت غرامت می‌دانند لذا بیشتر از نوع ضرر و

زبان‌های خصوصی به شمار می‌آید تا مجازات‌های حافظ نظم و امنیت عمومی و نیز چون کفاره مجازاتی است تعبدی و غالباً بر نقض عمدی عبادات مترتب می‌گردد و عبادت نیر خارج از حیطه امور جزایی بلکه مطلق علم حقوق است، شمول یا عدم شمول قاعده درء بر آنها ارتباط چندانی به حقوق و فقه جزایی ندارد. در اینجا تنها به ذکر این نکته اجمالی اکتفا می‌گردد که شبهه موجب سقوط دیه نمی‌شود (محقق داماد، ۵۰). هر چند ممکن است سبب سقوط کفاره گردد (السیوطی، ۱۶۱).

### د - قاعده درء و اصول تفسیر قانون در حقوق جزای عرفی

از میان اصول و قواعد تفسیر قانون در حقوق جزای عرفی قاعده درء را از جهاتی می‌توان با قاعده «تفسیر قانون مبهم به نفع متهم»<sup>۱</sup> مورد مطالعه تطبیقی قرار داد. قاعده درء چنان که گذشت یک قاعده عام است و موارد و مجاری متعددی دارد. هم شبهات عارض بر ادراک و ذهنیت متهم را دربرمی‌گیرد و هم تردیدهای وارد بر حاکم را. به علاوه هم جنبه موضوعی دارد و هم حیثیت حکمی. بنابراین هم به مسأله جهل مرتکب به قانون و موضوعات آن مربوط می‌شود و هم به افتناع وجدانی حاکم در وقوع مادی عمل، انتساب آن به متهم و شمول نصوص جزایی بر آن. این در حالی است که قاعده تفسیر قانون مبهم به نفع متهم جنبه قضایی صرف دارد و تنها به تردیدهای عارض بر دادگاه اعم از تردیدهای مربوط به امور موضوعی و تردیدهای مربوط به تفسیر قانون بررسی شمول یا عدم شمول مقررات جزایی بر وقایع مورد رسیدگی مربوط می‌شود. از این رو باید گفت دو قاعده مورد بحث تنها از آن جهت که به مسأله تفسیر نصوص و تردید قاضی در تشخیص مفهوم و مصداق آن و یک در شمول احکام و مقررات جزایی بر واقعه

۱. در حقوق جزای عرفی تفسیر شک به نفع متهم یا «In dubio pro reo» از جمله نتایج منطقی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها یا «Nullum crimen Nulla poenasine lege» شمرده می‌شود. مفهوم این قاعده تا آنجا که به تفسیر قانون مربوط می‌شود این است که هر جا اجمال، ابهام یا تعارض قوانین به شارح و مفسر آنها مجال برداشت‌های متقابل می‌دهد بی آن که به یقین بتوان گفت کدام یک از آن برداشت‌ها مورد نظر بوده، تأویل یا برداشتی که به حال متهم مساعدتر است به اجرا گذاشته می‌شود. حقوقدانان بزرگ و مراجع معتبر قضایی بر اعتبار این اصل یا قاعده تفسیری و لزوم مراعات آن در فرایند تفسیر و تطبیق قانون تأکید کرده‌اند (نک: استفانی، ۱/۱۷۳؛ العوجی، ۳۰۷؛ عالی، ۹۷۴ و آشورث، ۶۸).

منتسب به متهم مربوط می‌شوند، قابل مقایسه‌اند و از این حیث دارای زمینه‌های کاربردی مشترک و نجات متهم از اصل مجازات یا دست‌کم از تفسیرهای مخاطره‌آمیز و توصیف‌های زیانبار رفتار وی نتیجه یکسان این دو قاعده است. قاعده تفسیر قانون مبهم به نفع متهم؛ یا انهام انتسابی را مضمول مساعدترین قانون از قوانین جزایی متعارض یا ملاطفت‌آمیزترین تفسیر از تفسیرهای متقابل قانون واحد می‌داند یا اساساً رفتار متهم را از حوزه حقوق جزا و قلمرو قوانین جزایی خارج می‌سازد. قاعده دره نیز گاه رفتار متهم را از حوزه حدود به قلمرو تعزیرات می‌کشد - هر چند دست قاضی را در انتخاب نوع و میزان تعزیر باز می‌گذارد - گاه نیز اساساً متهم را غیر قابل تعقیب و مجازات می‌شمارد. از این نکته هم نباید غافل بود که کارکرد هر دو قاعده از حیث عدم تأثیر در سقوط آثار غیر جزایی رفتار متهم یکسان اند.

با وجود این باید دانست که کنترل هوشمندانه‌ای که رویه قضایی عرفی بر اعمال قاعده تفسیر قانون مبهم به نفع متهم دارد و ضوابط و محدودیت‌هایی که برای آن برمی‌شمارد در فقه اسلامی چندان مورد توجه واقع نشده است. فقهای اسلامی تنها به طرح این نکته سربسته که شبهه باید محتمل باشد اکتفا کرده‌اند (الشوکانی، ۲۷۱/۷). این نکته اجمالی نمی‌تواند شبهه را تحت کنترل معیاری منسجم و قابل ارزیابی درآورد. شبهه، مفهومی غیرمنضبط است و ملاک مشترک و منسجمی ندارد. همین بی‌انضباطی از سویی موجب بی‌ضابطگی اصل قاعده و بروز اختلافات گسترده و آشکار در تشخیص موارد و مصادیق اعمال یاد شده و از سویی دیگر مخالفت برخی از مذاهب اسلامی را با اعتبار اصل قاعده برانگیخته است؛ مذاهبی که به هیچ وجه نمی‌توانند بپذیرند که قاعده‌ای از قواعد شریعت بر وصفی منعطف یا مفهومی غیر منضبط مبتنی باشد. برخلاف آنچه در حقوق جزای عرفی مطرح است فقهای اسلامی در اعمال قاعده دره و اسقاط مجازات به استناد شبهه افراط بسیار کرده‌اند. تا جایی که برخی با استناد به این قاعده قاضی را از فحص و تحقیق معاف دانسته‌اند (الاردبیلی، ۹۰) و برخی دیگر جستجوی شبهه را به منظور یافتن دست‌آویزی برای منع ثبوت و اجرای حد امری مستحب و مستحسن شمرده‌اند (السرخسی، ۳۸۹ و ۱۰۲).

## ۵- نقد و نتیجه

اعمال قاعده درء و اسقاط مجازات به واسطه وجود شبهه چه در آنجا که به عنصر قانونی و شمول نصوص به وقایع و قضایا مربوط می‌شود و چه در موارد راجع به جنبه‌های مادی و اثباتی جرم بسیار سودمند است و با آنچه امروزه تفسیر تردید به نفع متهم خوانده می‌شود هماهنگی و همسویی تمامی دارد. به ویژه سبقت تاریخی آن از اصول و قواعد مترقی حقوق جزای عرفی در خور تحسین است و از این حیث باید از محاسن شریعت به شمار آید. طرح این قاعده انسانی و اعمال آن در تفسیر نصوص و دادرسی‌های جزایی به روزگاری برمی‌گردد که تمدن‌های بزرگ آن متهم را برای اثبات بی‌گناهی خود مجبور به تن دادن به اوردالی و آزمایش‌های الهی همچون عبور از کوه آتش و راه رفتن با آهن گذاخته در دست و ریختن سرب مذاب بر سر و تن می‌نمودند؛ به روزگاری که مجرمیت متهم مفروض و برائت وی دست کم در پاره‌ای از اتهامات نیازمند اثبات از سوی خود او آن هم به شیوه‌ای غیرمعقول و غیرانسانی و غالباً ناموفق بوده است.<sup>۱</sup>

اما واقعیت دیگری نیز وجود دارد که از توجه به آن نباید غافل بود. گسترش دامنه قاعده درء و توسعه مصادیق شبهه و در نتیجه افزایش احتمال عدم اجرای مجازات از ارزش و اعتبار و قدرت بازدارندگی مجازات‌ها می‌کاهد و این چیزی است که با آنچه در حقوق جزای امروز حتمیت اجرای مجازات‌ها نام دارد ناسازگار است. حقوقدانان و جرم‌شناسان امروز که ملاحظات‌شان حاصل مطالعات نظری و تجربه‌های عینی و عملی است به این نکته توجه داده‌اند که اثر بازدارندگی مجازات‌ها به حتمیت اجرای آنها بازمی‌گردد نه به شدت و حدت آنها. یک مجازات خفیف اما حتمی‌الاجرا به مراتب سودمندتر و بازدارنده‌تر از مجازات شدیدی است که توأم با احتمال عدم اجراست. سزار بکاریا (د. ۱۷۹۴ م.) (۹۹) اندیشمندی که با نوشتن رساله کوچک جرایم و مجازات‌ها، انقلابی عظیم در حقوق کیفری اروپای قرن هجدهم به پا کرد در این باره می‌گوید: «یکی از مهم‌ترین موانع ارتکاب جرم گریز ناپذیری کیفرهاست... حتمی بودن عقوبتی حتی معتدل همیشه تأثیری شدیدتر از مجازاتی موحش که امید رهایی در آن راه

۱. برای آگاهی بیشتر از انواع آزمایش‌های غیر انسانی و کیفیت جزایی آنها (نک: آشوری، ۲۲).

دارد به جا می‌گذارد. زیرا وقتی گریز از کیفر محال باشد ملایم‌ترین رنج‌ها روح بشر را متوحش می‌کند در حالی که امید این موهبت آسمانی که اغلب در دل ما جایگزین همه چیز می‌شود رفته رفته جانکاه‌ترین رنج‌ها را از ذهن دور می‌کند... اگر مردم دریابند که می‌توان از سر تقصیرات‌شان گذشت و مجازات نتیجه ضروری اعمال‌شان نیست، امید فریبنده‌ی رهایی از کیفر در نهادشان پرورش می‌یابد.<sup>۱</sup> و البته امید رهایی از کیفر برابر است با بی‌پروایی در نقض محدودیت‌های اجتماعی و روی آوردن به ارتکاب جرم و این نوعی نقض غرض است و از شأن قانون‌گذاران فهیم و فرزانه به دور است. اگر در پیش‌بینی کیفرهای پیش‌گیری و بازدارندگی فردی و جمعی مورد نظر باشد باید دانست که گذاشتن گریزگاه‌های فراوان در پیش پای مجرمان و برافروختن شعله‌ی امید در دل‌های آنان با این منظور هماهنگی و همسویی ندارد. براین اساس تا آنجا که ممکن است در کنار حفظ حقوق متهم باید از گسترش موارد گریز از مجازات و افزایش احتمال عدم اجرا جلوگیری نمود. بی‌انضباطی شبهه و توسعه‌ی چشمگیر موارد اعمال قاعده‌ی دره اعتراض فقیهانی چون ابن حزم اندلسی (۵۷/۱۲)<sup>۲</sup> را برانگیخته و آنان را به انکار اصل اعتبار قاعده‌ی کشانده است. عدم اجرای مجازات با وجود احراز وقوع جرم به صرف ادعای اکراه آن‌گونه که در برخی منابع روایی امامیه آمده است (العاملی، باب ۲۱، حدیث ۲). سقوط حد به مجرد ادعای شبهه بدون نیاز به تحقیق پیرامون درستی آن. کفایت ادنی شبهه برای منع اجرای حد (ابن عابدین، ۳/۱۵۰؛ السرخسی، ۱۸۸/۹). شبهه عقد

۱. نظر بکار یا از لحاظ مبانی شرعی نیز درست است: در احادیث نبوی آمده است که مقبول‌ترین عمل نزد خدا آن است که توأم با پی‌گیری، جدیت و حتمیت اجرا باشد؛ اندازه‌ی عمل مورد نظر نیست: «أَنْ أُحِبَّ الْأَعْمَالَ عِنْدَ اللَّهِ مَادَامَ وَ أَنْ قُلَّ» (بخاری، مسلم و مالک).

۲. ابن حزم برای مخالفت با اعمال قاعده‌ی دره سه دلیل آورده است: ضعف مدارک منقول قاعده، عدم قابلیت انضباط مفهوم شبهه و بی‌فایده بودن اعمال چنین قاعده‌ای از نظر او علاوه بر تردیدهایی که در صحت اسناد قاعده‌ی دره وجود دارد و اساساً قواعد شرعی نمی‌تواند بر اوصاف و مفاهیم غیر منضبط استوار باشند همین‌طور از نظر وی انتساب اتهام به متهم و شمول نصوص جزایی بر عمل وی یا به یقین ثابت است و حاکم در این باره به اقتناع وجدانی رسیده است یا چنین نیست؟ در صورت اول در حکم به مجازات و اجرای آن نباید درنگ کرد. در صورت دوم نیز تبریته متهم تردید جایز نیست. در هر حال جایی برای اعمال چنین قاعده‌ای باقی نمی‌ماند (نک: ابن حزم: ۵۷/۱۲).

ابوحنیفه، شبهه سبق اباحه اموال مسروقه و نظایر آنها فتاوی‌ایی هستند محل تردید و انکار. شبهه را باید از بی‌انضباطی به درآورد و چارچوب آن را مشخص نمود تا دیگر روابط جنسی نامشروع با استناد به دلایلی واهی نظیر این که «متهمان پیش از برقراری رابطه جنسی با هم نکاح معاطاتی کرده‌اند و بعضی از بزرگان نکاح معاطاتی را صحیح دانسته‌اند و الحدود تدرأ بالشبهات» (رای ۲۶/۵۶۸۱/۶۹ دیوان عالی کشور). از شمول نصوص جزایی خارج نگردد و هوس بازان نفس پرور راه‌های تقلب نسبت به قانون را فرانگیرند. وظیفه حاکم تلاش برای احراز نظر شارع و تطبیق احکام بر وقایع مورد رسیدگی است و حاکم مجری احکام شرعی است نه مدافع متهم.

احکام شرع را باید به نفع خود احکام و منطوق و مبانی آنها تفسیر کرد نه بر یکی از اصحاب دعوی، مراعات مقصود شارع و منطوق احکام بر ملاحظه مصلحت اصحاب دعوی ترجیح دارد. کشف مراد شارع و اعمال مدلول منطقی احکام بر هر قاعده و ضابطه دیگری برتری دارد. قاعده درء آخرین تدبیری است که دادگاه هنگام برخورد با متون مبهم یا متعارض شرعی به کار می‌گیرد. این تدبیر تنها در مواردی قابل اتخاذ و اعمال است که با تکیه بر هیچ قاعده‌ای از قواعد تفسیر نتوان به اراده شارع دست یافت. در رویه قضایی عرفی چنان که شعبه جزایی دیوان کشور فرانسه در رأی ۱۲ مارس ۱۹۴۸ مقرر داشته: «دادگاه نمی‌تواند به بهانه ابهام قانون یا غیر قابل اعتماد بودن نتایج حاصل از تفسیر آن متهم را از شک و تردید موجود بهره‌مند سازد و او را تبرئه نماید بی آن که به وظایف قضایی خود عمل کند و مفاد ماده ۴ قانون مدنی را (راجع به تلاش برای تشخیص احکام قضا یا از میان قوانین و مقررات موضوعه) مراعات نماید (ژان دیدیه، ۱۱۱).

### کتابشناسی

- آشوری، محمد، آئین دادرسی کیفری، تهران، ۱۳۷۵.
- ابن حزم اندلسی، ابو محمد، المحلّی بالأثار، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- ابن عابدین، محمد، ردّ المختار علی الدرّ المختار، بیروت، ۱۹۸۷م.
- ابن عبدالسلام، عزیز الدین، قواعد الاحکام فی مصالح الانام، بیروت، دارالمعرفه، بی تا.
- ابن نجیم، زین العابدین، الاشباه و النظائر، بیروت، ۱۹۸۵م.

- ابن الهمام، کمال الدین، شرح فتح القدير، بيروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
- استفانی، گاستون و همکاران، حقوق جزای عمومی، ترجمه حسن دادبان، تهران، ۱۳۷۷.
- بازگیر، یدالله، علل نقض آرای کیفری در دیوان کشور، تهران، ۱۳۷۵.
- بکاریا، سزار، جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمد علی اردبیلی، تهران، ۱۳۶۸.
- الحر العاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل البيت، بی تا.
- الخطیب، محمد العجاج، اصول الحدیث، بیروت، ۱۹۸۹م.
- الخویی، ابوالقاسم، مبانی تکلمة المنهاج، نجف، مکتبه الآداب، بی تا.
- الخیاط، عبدالعزیز، المؤیدات التشريعیة، نظریة العقوبة، قاهره، ۱۹۸۶م.
- الربکان، عبدالعلی، النظرية العامة لاثبات موجبات الحدود، بیروت، ۱۹۸۱م.
- الزرقاء، مصطفى احمد، المدخل الفقهي العام، بیروت، ۱۹۶۸م.
- الزیدان، عبدالکریم، احکام الذمیین و المستأمنین فی الاسلام، بیروت، ۱۹۸۸م.
- السیوطی، جلال الدین، الاشباه و النظائر، بیروت، ۱۹۹۴م.
- الشربینی الخطیب، مغنی المحتاج، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- الشوکانی، محمد بن علی، نیل الاوطار فی شرح منتقى الاخبار، بیروت، دارالجیل، بی تا.
- عالیه، سمیر، موسوعة الاجتهادات الجزائیه، بیروت، ۱۹۹۳م.
- العوجی، مصطفى، النظرية العامة للجريمة، بیروت، ۱۹۸۸م.
- عوده، عبدالقادر، التشريع الجنائي الاسلامی، بیروت، ۱۹۸۵م.
- القراقی، شهاب الدین، الفروق، بیروت، دارالمعرفة، بی تا.
- محقق داماد، سید مصطفى، قواعد فقه، پلی کپی، تهران، ۱۳۷۰.
- المصطفوی، محمد کاظم، القواعد الفقهیه، قم، ۱۴۱۲ق.
- الموسوی الاردبیلی، السید عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، قم، ۱۴۱۳ق.
- النجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.

Ashorth, Andrew, *The Principles of Criminal Law*, 1 st ed, Oxford University, 1992.

Jeandictier, Wilfrid, *Droit Pénal général*, Paris, 1988.