



## کاربرد قاعده درء در جرایم غیر حدی

اسماعیل آقابابائی بنی\*

### چکیده

در اصل پذیرش قاعده درء از نظر فقهی با دو دیدگاه مخالف و موافق مواجهیم. بر فرض پذیرش، تسری قاعده به تعزیر و قصاص هم مخالفانی دارد. قانونگذار از بین آرای فقهی موجود، نظریه پذیرش قاعده و تسری آن از حدود به تعزیر و قصاص را مبنا قرار داده است. به نظر می‌رسد با توجه به ویژگی‌های قاعده درء و تفاوت اساسی آن با اصل برائت در حقوق کیفری، نمی‌توان در تعزیرات یا دست کم در تعزیرات عرفی، این قاعده را جاری دانست.

اصل قاعده و لوازم آن، گرچه در محدوده برخی جرایم از نظر فقهی پذیرفتنی است، بی‌توجهی قانونگذار به لوازم پذیرش این قاعده موجب می‌شود برخی از اصول حاکم بر حقوق کیفری در عمل نادیده انگاشته شده و موجبات سوءاستفاده را برای مجرمان فراهم آورد. این نوشته، ضمن پرهیز از مباحث موجود در مشروعیت و دامنه شمول قاعده، نحوه نگرش قانونگذار به قاعده و لوازم منفی آن را با توجه به آرای فقهی مسئله، بحث و بررسی می‌کند.

**کلیدواژه‌گان:** قاعده درء، شبهه، عوامل سقوط مجازات، قانون مجازات اسلامی.

## مقدمه

قانونگذار «اعمال قاعده درء» را یکی از موجبات سقوط مجازات می‌داند. ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با درنظر داشتن همه جرایم (اعم از جرایم موجب حد، دیه، قصاص و تعزیر) مقرر می‌دارد: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هریک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود». بر اساس مفاد مواد ۱۴۰-۱۴۵ شرایط مسئولیت کیفری عبارت‌اند از: ۱. عقل؛ ۲. بلوغ؛ ۳. اختیار؛ ۴. علم به موضوع جرم؛ ۵. قصد ارتکاب در همه جرایم، افزون بر قصد یا علم به نتیجه در جرایم مقید؛ ۶. احراز تقصیر در جرایم غیر عمدی.

در ادامه، در ماده ۱۲۱، با درنظر گرفتن جرایم حدی، مقرر شده است: «در جرائم موجب حد به استثنای محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف، به صرف وجود شبهه یا تردید و بدون نیاز به تحصیل دلیل، حسب مورد، جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود».

مواد یادشده، بازگویی برخی آرای فقهی مطرح در مسئله است. به‌طور خلاصه، در فقه راجع به شبهه رافع مجازات، چنین احتمال‌هایی مطرح است:

الف. صرف ادعای مرتکب بر داشتن شبهه، رافع مجازات است؛

ب. تازمانی که یقین به خلاف نداریم، شبهه جریان دارد؛

ج. اصل بر نبود شبهه است، مگر اینکه بعد از تحقیق یا وجود قراین، اصل شبهه ثابت

شود؛

د. در حق الله صرف، وجود شبهه، حتی شبهه القاشده از سوی قاضی، برای اسقاط

حد کافی است، ولی در موارد حقوق عمومی و حق الناس باید اصل وجود شبهه اثبات

گردد.

طبق ظاهر مواد یادشده قانونگذار احتمال اخیر را مبنا قرار داده است که در نتیجه، در حدود به جز محاربه، افساد در زمین، سرقت و کذف، صرف ورود شبهه مانع اجرای مجازات است. همچنین، در حدود یادشده و دیگر جرایم، ورود و رفع نشدن شبهه به رغم تلاش قاضی، مانع اجرای مجازات به شمار می‌رود.

این برداشت از مواد قانونی چند پرسش پدید می‌آورد:

۱. اگر، طبق ظاهر ماده ۱۲۱، لازم است قاضی در رفع شبهه تلاش کند، آیا این با قواعد حاکم بر قاعده درء هماهنگی دارد یا خیر؟

۲. اگر بگوییم در صورت بی نتیجه بودن تلاش در رفع شبهه، قاعده یادشده در ماده ۱۲۰ جاری می‌شود، تفاوت آن با قاعده «اصل بر برائت است تا خلاف آن ثابت شود»، چه خواهد بود؟

۳. بفرض جواز تسری قاعده درء از حدود به دیگر جرایم براساس مبانی فقهی، آیا آن را به جرایمی که جنبه حق الناسی دارند هم می‌توان سرایت داد و همانند حدود دارای جنبه حق الهی که مبتنی بر سهل‌گیری است، در حقوق مردم هم از این قاعده می‌توان بهره گرفت؟

۴. آنچه در برخی آرای فقهی پذیرفته شده، جریان قاعده درء در تعزیرات شرعی است؛ حال، آیا این قاعده را در تعزیرات عرفی که به مناسبت نیازهای جامعه از سوی حکومت وضع می‌شود نیز می‌توان جاری دانست؟

۵. باتوجه به آنکه قاضی می‌تواند خود در حدود شبهه افکنی کند، آیا در تعزیرات و دیگر مجازات‌ها هم از این راهکار می‌توان بهره گرفت؟

علاوه بر این سؤالات، درباره مفهوم شبهه و دایره شمول آن قول‌های متعددی در فقه مطرح است که عملاً به ابهامات فراوانی در مواد قانونی یادشده می‌انجامد.

مواد یادشده بر مبنای پذیرش قاعده درء و تسری آن از حدود به دیگر جرایم،





همچون قصاص و تعزیر، تنظیم شده است. به‌رغم اختلاف‌های فقهی در پذیرفتن یا نپذیرفتن قاعده ازیک‌سو، و تسری از حدود به دیگر جرایم ازسوی دیگر، باتوجه‌به برخی آرای فقهی، اصل مواد یادشده را می‌توان هم‌سو با موازین شرع ارزیابی کرد. باوجوداین، به‌نظر می‌رسد بی‌توجهی به ویژگی‌های قاعده و ناهمگونی آن با اصول حاکم بر حقوق کیفری، ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ را نقدپذیر می‌سازد. این مقاله می‌کوشد ضمن پرهیز از بحث‌های موجود درزمینه قاعده درء در فقه، محدوده قاعده درء در مباحث فقهی را مطرح کند؛ همچنین، درصدد است لوازم بی‌توجهی به آثار مترتب بر تسری قاعده درء به تعزیرات را از بعد قانونگذاری و انعکاس آرای فقهی در قانون و نیز رابطه آن را با دیگر اصول حاکم بر حقوق کیفری به بررسی گذارد.

در این نوشته، برای پرهیز از طولانی شدن مباحث، اصل قاعده درء و امکان تسری آن به تعزیرات شرعی را پیش‌فرض گرفته و چگونگی انعکاس آرای فقهی در قانون را به بحث می‌گذاریم.

### ۱. ویژگی‌های قاعده درء

در کلام فقیهان، قاعده فقهی ناظر و دربردارنده حکم شرعی است (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق: ص ۱۳). در تعریف آن آورده‌اند: «قواعد فقهی احکام عام فقهی‌اند که در ابواب مختلف فقه جریان دارند» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق: ج ۱، ص ۲۳؛ برای اطلاع از نقد و بررسی تعاریف قاعده فقهی، ر.ک: رحمانی، ۱۳۷۵: ص ۱۶۷). این تعریف درباره قاعده درء نیز صادق است و طرفداران آن تلاش کرده‌اند روایات فراوانی را مستند قاعده بسازند (برای نمونه، ر.ک: موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱ق: ج ۱، ص ۱۷۳-۱۷۸؛ استادی، ۱۳۸۲: ص ۴۶-۵۳) تا قبول آن به‌معنای پذیرش حکمی شرعی باشد. با این بیان و باتوجه‌به عباراتی که در بیان قاعده به‌کار رفته و همچنین، درنظر گرفتن آرای فقهی، به‌طورخلاصه، قاعده درء دارای ویژگی‌های ذیل است:

۱. قواعد فقهی یا متن روایت‌اند یا برگرفته از روایت؛ در نتیجه، بیانگر حکم شرعی‌اند و به‌همین دلیل، هیچ‌گاه میان قاعده و اصول عملیه تعارض رخ نمی‌دهد و نیز با استناد به اصول عملیه نمی‌توان به رفع شبهه پرداخت؛ به‌بیان‌دیگر، اصول عملیه در جایی کاربرد دارند که حکم شرعی مجهول باشد؛ حال آنکه، در صورت جریان قاعده درء، فرض بر آن است که حکم شرعی بیان شده و نوبت به اصول عملیه نمی‌رسد. بنابراین، با تمسک به اصل عدم نسیان، عدم غفلت، عدم اشتباه و عدم اکراه، نمی‌توان ادعای نسیان و غفلت و اشتباه و اکراه را پذیرفت. برخی باتوجه‌به همین نکته آورده‌اند:

«موضوع قاعده "درء الحد" عبارت است از حدوث شک و شبهه، و چنانچه

اصول عدمیه در این موارد جاری شود، موضوعی از برای جریان قاعده

نمی‌ماند و لغویت لازم می‌آید» (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱ق: ج ۱، ص ۱۸۱).

به‌سخن‌دیگر، صرف شبهه، موضوع جریان قاعده را تشکیل می‌دهد و برای رفع شبهه

اگر به اصول عملیه استناد شود، خروج از قاعده به‌شمار می‌آید.

۲. شبهه، معیار جریان قاعده است و از نظر دایره شمول، شبهات موضوعیه، حکمیّه،<sup>۱</sup>

شبهه عمد، شبهه خطا، شبهه اکراه و شبهه اختیار نداشتن را هم می‌تواند دربر گیرد

(همان، ص ۱۷۸؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق: ج ۱، ص ۳۸۴)؛ این تا جایی است که برخی، علاوه‌بر

شبهه برخاسته از موارد قصور، آن را به موارد تقصیر هم توسعه داده و تصریح کرده‌اند که

در فرض شمول قاعده بر شبهات حکمیّه، میان جاهل قاصر و مقصر تفاوتی وجود ندارد

(مکارم شیرازی، همان؛ موسوی بجنوردی، همان: ص ۱۷۸)؛ همچنین، گفته‌اند تفاوتی ندارد که

شبهه نزد متهم باشد یا حاکم یا هردو (موسوی بجنوردی، همان: ص ۱۷۹).

۳. در مفهوم شبهه اختلاف هست و نظرات زیر مطرح شده است:

الف. شبهه یعنی جهل و اعتقاد به حلیت در زمان ارتکاب جرم: اعم از آنکه موجب

شبهه، قصور باشد یا تقصیر. به‌بیان‌دیگر، مقصود از شبهه موجب سقوط حد عبارت است

از: جهل قصوری یا تقصیری در مقدمات با اعتقاد به حلال بودن عمل ارتكابی (خوئی، ۱۴۲۲ق: ج ۴۱، ص ۲۰۶).

ب. برخی از جهل و اعتقاد به حلیت هم فراتر رفته و حتی توهم حلیت را برای تحقق شبهه و سقوط حد کافی دانسته‌اند. به بیان دیگر، همین که فاعل یا مفعول خیال کند عمل ارتكابی جایز است، برای سقوط حد کافی است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۴، ص ۳۲۹).

ج. گمان راجح به مباح بودن، ملاک تحقق شبهه است. صاحب ریاض، بعد از تصریح به اینکه ضابطه شبهه ساقط‌کننده حد هر چیزی است که موجب گمان به مباح بودن عمل شود، می‌گوید:

«در این مسئله مخالفی نیافتیم و صاحب غنیه به نبود خلاف تصریح کرده و گویا از نظر عرف و لغت همین مطلب از شبهه برداشت می‌شود» (طباطبائی، ۱۴۱۸ق: ج ۱۵، ص ۴۳۴).

همچنین، در کلام فقیهی دیگر آمده است:

«در جایی که گمان غیرمعتبر باشد، تحقق شبهه مشکل به نظر می‌رسد، تا چه رسد به جایی که صرفاً احتمال دهد. بنابراین، اگر جاهل به حکم بود ولی به جهل خود توجه داشت و احتمال حرمت داد، باین حال از حکم مسئله سؤال نکرد، ظاهراً شبهه به حساب نمی‌آید» (خمینی، بی‌تا: ج ۲، ص ۴۵۶).

د. هرگونه تردید، معیار است، هرچند با گمان یا اعتقاد یا توهم اباحه هم همراه نباشد (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۹: ص ۵۶). چنان‌که اگر کسی، به واسطه عکس یا نقاشی و نوشته، عمل مجرمانه موجب قذف را به کسی نسبت دهد، به‌رغم آنکه اصل عمل حرام است، به‌سبب شبهه، حد قذف از وی ساقط می‌گردد (فاضل لنگرانی، بی‌تا: ج ۱، ص ۴۹۴، سؤال ۱۸۷۴).

به نظر می‌رسد با توجه به اختلافات یادشده و «ال» موجود در واژه «الشبهه» در قاعده درء که افاده عموم می‌کند، تسری آن به همه موارد و دخالت دادن شبهه، حتی در حد توهم شبهه، هم موافق احتیاط است، هم با توجه به تسری ابهام یادشده به متن قانونی، آن را می‌توان تفسیر به نفع متهم قانون دانست. از آنجاکه حتی شبهه مبتنی بر تقصیر هم از مصداق‌های قاعده به‌شمار می‌آید، توسعه شبهه به شرح فوق تقویت می‌گردد و قابل دفاع است.

۴. با بروز شبهه، این سؤال مطرح می‌شود که شبهه بدوی معیار جریان قاعده است یا شبهه مستقر؟ به بیان دیگر، به محض بروز شبهه، قاعده جاری می‌گردد یا پس از آنکه تلاش‌های اولیه برای رفع شبهه به انجام رسید و بی نتیجه ماند؟

برخی روایات در کافی بودن شبهه بدوی ظهور دارند: مثلاً در قضیه رجم مالک بن معز پیامبر اکرم ۹ هربار تردیدی در اجرای حد ایجاد می‌کند تا در نهایت، با اقرار چهارم، حکم به رجم می‌دهد.<sup>۲</sup> این روایت با آنکه از نظر سند، مرسل است، در کتب فقهی شیعه بارها به آن استناد شده است. از آنجاکه طبق این روایت با القای شبهه می‌توان از اجرای حد خودداری کرد، با شبهه بدوی به طریق اولی می‌توان به قاعده درء تمسک کرده و مانع اجرای حد شد. این دیدگاه در ماده ۱۲۱ قانون مجازات هم درباره برخی حدود پذیرفته شده و قانونگذار عبارت «به‌صرف وجود شبهه یا تردید و بدون نیاز به تحصیل دلیل، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود» را به کار برده است. علاوه بر این، لزوم تحقیق، خود به لغو قاعده درء می‌انجامد، زیرا وقتی جرم بعد از تحقیق ثابت نشد، دلیلی بر مجازات وجود ندارد و نیازی هم به قاعده درء نیست.

از این رو، گرچه سخن کسانی که از لزوم تحقیق سخن گفته‌اند (محقق داماد، ۱۳۷۹: ص ۵۴) منطقیاً به‌جاست، با پذیرش قاعده درء هماهنگی ندارد یا دست‌کم می‌توان گفت، با شرحی که بیان شد، قانونگذار این مبنا را نپذیرفته است.





۵. شبهه ممکن است موجود باشد یا با سؤال و امثال آن ایجاد شده یا ازسوی قاضی القا گردد. برخی همه این موارد را مصداق شبهه موجب سقوط حد دانسته و آورده‌اند:

«شبهه گاهی موجود است و گاه با فحص و پرسش به دست می‌آید و مقتضای روایتی که شیعه و سنی از پیامبر اکرم ۹ نقل کرده‌اند، شمول شبهه بر هر دو قسم است» (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۷، ص ۲۲۷).

چنان‌که اشاره شد، در قضیه رجم ماعز، شبهه ایجادشده هم تلویحاً از موجبات سقوط مجازات به شمار آمده است.

## ۲. رابطه اصل برائت با قاعده درء

در علم اصول، برائت از اصول عملیه است و در موارد تحیر و نبود دلیل کافی بر حکم شرعی به آن استناد می‌گردد؛ ولی در علم حقوق این اصل با بیانی متفاوت و برای تبریئه متهم در موارد فقدان دلیل، پایه‌ریزی شده است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در مقام پایه‌گذاری این اصل در اصل سی‌وهفتم مقرر می‌دارد: «اصل، برائت است و هیچ‌کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد». حال سؤال این است که اگر در اجرای قاعده درء تفحص را لازم بدانیم، چه تفاوتی با اصل برائت به معنای یادشده خواهد داشت؟

شماری از نوشته‌های حقوقی و برخی آثار فقهی به یکسان بودن قاعده درء با اصل برائت پرداخته‌اند. مثلاً در یکی از آثار فقهی آمده است: «ظاهراً بر رفع کردن حدود با شبهه، ثمره‌ای مترتب نیست، زیرا مجازات هیچ‌کس بدون دلیل شرعی و قبل از اثبات موجب مجازات، روا نیست و تفاوتی ندارد که این مجازات از نظر مقدار معین باشد که بدان حد می‌گویند یا نامعین باشد که از آن به تعزیر یاد می‌کنند. بنابراین، مجازات کردن با وجود شبهه به‌طور کلی جایز نیست حتی اگر این مجازات از قسم تعزیر باشد و اصل بر



عدم جواز مجازات است تا اینکه شبهه به طور کلی مرتفع گردد. ظاهراً فرقی هم در این نیست که مجازات نکردن به خاطر اصل عدم جواز مجازات به دلیل ثابت نشدن موجب مجازات باشد یا به دلیل آنچه در روایات آمده است که حدود با بروز شبهه جریان نمی‌یابد» (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲ق: ج ۱، ص ۲۴). طبق بیان فوق، قاعده درء تفاوتی با اصل برائت ندارد و به دلیل همین تشابه، وقتی اصل برائت پذیرفته شود، به بحث از قاعده درء و پذیرش قاعده بودن آن نیازی نیست.

برخی در مقام نقد این دیدگاه، تفاوت قاعده درء با اصل برائت را در این نکته دانسته‌اند که:

«هرگاه چهار نفر به زنا شهادت بدهند در حالی که نه عدالت آنان ثابت شده باشد و نه فسقشان، اصل برائت از وجود حد قذف در مورد آنان جاری نمی‌شود، زیرا دلیل بر وجود حد وجود دارد و اصل وقتی دلیل است که دلیل وجود نداشته نباشد. با این حال به دفع حد از ایشان قائل می‌شویم، به جهت وجود شبهه»<sup>۳</sup> (استادی، ۱۳۸۲: ص ۷۱).

به نظر می‌رسد این اشکال نمی‌تواند نقد دیدگاه یادشده باشد؛ با این توضیح که در اینجا چون اصل جرم قذف، به دلیل ثابت نشدن قذف و پی نبردن به سوءنیت شاهدان، محرز نیست، مجازات آنان نیز قابل اجرا نخواهد بود و تفاوتی با اصل برائت ندارد. گویا به کار رفتن عبارت رفع حد در موارد شبهه درباره شهود مجهول الحال در کتاب‌های فقهی موجب این تحلیل شده است. برای نمونه برخی نوشته‌اند:

«اگر شاهدان ناشناخته بودند به گونه‌ای که نه عدالت آنان محرز بود و نه فسقشان، در این صورت، به دلیل وجود شبهه، حد قذف بر آنان جاری نمی‌شود» (خمینی، بی‌تا: ج ۲، ص ۴۶۲).

در حالی که در این عبارت اگر به جای شبهه از برائت سخن گفته شده بود، اشکالی به وجود نمی‌آمد. چنان که منکران قاعده درء نیز برای جاری نشدن حد به دلایلی جز

قاعده درء استناد کرده‌اند. برای نمونه، آیت‌الله خوئی در مقام انکار قاعده درء، نخست روایاتی که بر دفع حد در شبهات موضوعیه و حکمیه دلالت دارند، بیان می‌کند؛ پس از آن، روایت نبوی معروف «ادروا الحدود بالشبهات» را مرسل و مؤیدی برای اجرا نشدن حد می‌داند (خوئی، ۱۴۲۲ق: ج ۴۱، ص ۲۰۶) و بدین سان، این قاعده را در حدود نمی‌پذیرد. در ادامه نیز از پذیرش و استناد به قاعده درء از سوی برخی فقیهان در اسقاط حد سرقت، اظهار تعجب می‌کند (همان).

با وجود این، ایشان درباره ادعای اکراه از سوی زن، ادعا را مسقط حد دانسته و در تعلیل آن می‌نویسد:

«این سخن نه به خاطر حدیثی است که می‌گوید حدود با شبهات برداشته می‌شوند، زیرا چنان که گذشت، وجود چنین روایتی ثابت نشده است، بلکه به خاطر روایت صحیح عبیده از امام باقر ۷ است» (همان، ص ۲۰۹).

از اهل سنت نیز ابن حزم پس از بررسی مفصل مستندات قاعده درء و نادرست شمردن همه آنها می‌نویسد:

«برداشتن حدود با شبهه، نه از صحابه پیامبر ۹ نقل شده و نه از تابعین؛ مگر در روایتی که قابل قبول نیست و ما آن را از طریق ابراهیم بن فضل از عبدالله بن دینار از فرزند عمر نقل کرده‌ایم» (بی‌تا: ج ۱۱، ص ۱۵۴).

بنابراین می‌توان گفت حتی اگر قاعده درء را هم نپذیریم، در مثال شهادت شهود، توجیهی بر مجازات شاهدانی که عدالت یا فسق آنان محل تردید است، وجود ندارد. این موضوع می‌تواند همسان با اصل برائت تلقی گردد.

با وجود این، به نظر می‌رسد اصل دیدگاه مساوی دانستن قاعده درء با اصل برائت، از زاویه دیگری نقدپذیر است: تفاوت آن دو در قاعده و اصل بودن.

توضیح اینکه، چنان که گذشت، با جریان قاعده درء از هیچ‌یک از اصول عملیه

مثل اصل عدم نسیان و اصل عدم اکراه نمی‌توان بهره گرفت؛ درحالی‌که جاری دانستن اصل برائت منافاتی با جریان دیگر اصول ندارد؛ تاجایی که گفته می‌شود با جریان اصول محرز نوبت به اصل برائت نمی‌رسد. بنابراین، اصل برائت را باید کاملاً متفاوت با قاعده درء ارزیابی کرد.

به‌همین شکل، در اصل برائت در حقوق کیفری هم برخی اصول را باوجود اصل برائت می‌توان جاری دانست؛ مثلاً با اصل علم به قانون، مرتکب را عالم فرض کرد یا از اصل عدم اکراه سخن گفت و درعین حال، اصل را هم بر برائت دانست. چنان‌که اصل بر مشروع نبودن دفاع است مگر خلاف آن ثابت شود و تازمانی که خلاف آن ثابت نشده، نمی‌توان به استناد اصل برائت از قصاص مرتکب قتل، که مدعی دفاع مشروع است، چشم‌پوشی کرد.

نتیجه اینکه، عدم جریان اصول عملیه در موارد قاعده درء و امکان بهره‌گیری از دیگر اصول درکنار اصل برائت، نقطه تفاوت آن دو است و نمی‌توان آن دو را همسو و یکسان پنداشت.

### ۳. فرض علم به قانون و رابطه آن با قاعده درء

در اینکه برای تحمیل مسئولیت جزایی، علم به قانون لازم است یا خیر، دو دیدگاه در حقوق کیفری مطرح است: برخی گفته‌اند علم یا جهل به قانون تأثیری در مسئولیت کیفری ندارد؛ باوجوداین، برخی دیگر، شرط ثبوت مسئولیت کیفری را داشتن علم قبلی به قانون بر شمرده‌اند؛ بنابراین، ازنظر گروه دوم، جهل به قانون می‌تواند عذری در رفع مجازات به‌شمار آید (برای مطالعه تفصیلی آرای یاد شده و نقد و تأیید هریک ر.ک: قیاسی و دیگران، ۱۳۸۹: ج ۲، ص ۲۲۵-۲۲۷؛ میرسعیدی، ۱۳۸۱: ص ۱۵۵-۱۷۶). در مقررات ایران، ماده ۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «قوانین، پانزده روز پس از انتشار، در سراسر کشور لازم‌الاجرا است مگر آنکه در خود قانون، ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر شده باشد». باتوجه‌به این



ماده، چنان که حقوقدانان در جای خود به تفصیل مطرح کرده‌اند، بعد از انتشار قانون، افراد جامعه عالم به قانون فرض می‌شوند.

همین فرض در ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز مدنظر قانونگذار قرار گرفته و مقرر شده است: «جهل به حکم، مانع از مجازات مرتکب نیست مگر اینکه تحصیل علم عادتاً برای وی ممکن نباشد یا جهل به حکم شرعاً عذر محسوب شود». تصریح به عذر نبودن جهل از نکات مثبت این قانون است؛ باین حال، استثنایی هم در ادامه ماده آمده که به رغم تعدیل این اصل، به دلیل گستره وسیع، جای نقد دارد و عملاً به نابسامانی در اجرای مقررات جزایی می‌انجامد.

حال صرف‌نظر از انتقادات و نکات مثبتی که در فرض قانونی یادشده مطرح است، به مناسبت موضوع این نوشته، سؤال این است که آیا قاعده درء را با فرض علم به قانون می‌توان سازگار دانست؟

به نظر می‌رسد، از آن جاکه اجرای قاعده درء به معنای چشم‌پوشی از اصول عملیه و فروض قانونی است، پذیرش این اصل با فرض علم به قانون نیز هماهنگی ندارد و نمی‌توان به استناد مواد یادشده، اصل را بر علم به قانون نهاده و با استناد به رفع شبهه، از اجرای قاعده درء سر باز زد. به‌دیگرسخن، پذیرش جریان قاعده درء به معنای تعدی از فرض عالم بودن افراد به قانون است؛ در صورت تردید تازمانی که علم به قانون ثابت نشده است - برفرض لزوم تحقیق - قاعده درء جریان خواهد داشت. بنابراین، به استناد فرض عالم بودن افراد به قانون، نمی‌توان از اجرای قاعده درء ممانعت کرد.

#### ۴. آثار پذیرش قاعده درء در تعزیرات

چنان که اشاره شد، پذیرش قاعده درء به معنای پذیرش ویژگی‌ها و لوازم آن است. از آنجاکه این قاعده بر محور شبهه بنا نهاده شده و رفع شبهه با اصول عملیه یا حتی تلاش قاضی، با روح قاعده ناهماهنگ است، در تقنین دو راه حل را می‌توان در نظر گرفت:



۱. پذیرش قاعده درء صرفاً در حدودی که جنبه شرعی دارند، و تبرئه مجرمان با استفاده از اصل برائت در دیگر جرایم؛

۲. نفی قاعده درء به طور کلی و الزام به تفحص در موارد شبهه، به جز مواردی که به طور خاص از تحقیق و تفحص نهی شده است.

راه حل اول در بخشی از ماده ۱۲۱ قانون مجازات با شرحی که گذشت، مدنظر قانونگذار قرار گرفته است. در ماده ۸ آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ ویژگی برخی جرایم، تجاوز به حدود و مقررات الهی دانسته شده است.<sup>۴</sup> در این دست جرایم از اجرای قاعده درء می توان سخن گفت.

با این بیان، مسئله تخفیف در اثبات حدود و برداشتن حدود با بروز شبهه، به ویژه در عصر غیبت که با مخالفت های فقهی قابل توجهی همراه است، به شرط جایگزینی تعزیر به جای حد، دو برآیند خواهد داشت: ازسویی، مانع سوءاستفاده مجرمان خواهد بود و ازسوی دیگر، از اصول حاکم بر حدود هم تخطی نمی شود. با وجود این، پذیرش راه حل دوم، که همان لزوم تفحص در حدود مستوجب افساد، محاربه، کذب و سرقت، و الزام قاضی به تحقیق در دیگر جرایم (مفاد ماده ۱۲۰) است، در واقع به خروج از قاعده درء و به بیان دیگر، از اصل برائت می انجامد که شرح آن گذشت.

گذشته از اشکال مبنایی یادشده، ظاهر ماده قانونی ۱۲۰ پیامدهایی را به شرح زیر در حقوق کیفری در پی خواهد داشت:

۱. مسئله فرض علم به قانون که شرط اصلی در تامین نظم و امنیت جامعه است، کارایی خود را از دست خواهد داد. دیگر نمی توان با فرض عالم بودن به مجازات مرتکبان روی آورد؛ بلکه در صورت ادعای جهل از سوی متهم، این قاضی است که یا باید طبق قاعده درء این ادعا را بپذیرد و از مجازات مرتکب چشم پوشی کند و یا با نادیده گرفتن قاعده درء در مقام اثبات علم بر آید؛ افزون بر این، تازمانی که دلیلی بر خلاف آن نیابد،

نمی‌تواند به مجازات مرتکب اقدام کند. البته، واگذاری بار اثبات علم مدعی به قاضی، مشکلاتی را در اجرا فراهم می‌آورد. حال آنکه، در فرض برائت، برخلاف قاعدهٔ درء، فرض بر عالم بودن مرتکب است مگر اینکه بتواند جاهل بودن خود را در مواردی که علم به قانون شرط است، ثابت کند.

۲. چنان‌که گذشت، قاعدهٔ درء حتی در موارد جهل از روی تقصیر هم پذیرفته شده است (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۷۹: ص ۵۸-۵۹). در فرض خوش بینانه، اگر مرتکب ادعای جهل کند و در نهایت، به جهل وی از روی تقصیر هم پی ببریم، با قبول جریان قاعدهٔ درء، مجازات قابل اجرا نخواهد بود؛ در حالی که با حذف مادهٔ ۱۲۰ و اتکا کردن به اصل برائت هرگز چنین اشکالی رخ نمی‌دهد. برای نمونه، در جرایم رانندگی متهم ادعا می‌کند که از یک طرفه بودن خیابان بی اطلاع بوده و بی‌اطلاعی وی هم به دلیل سهل‌انگاری محرز می‌گردد؛ طبق مفاد مادهٔ ۱۲۰ که مقرر می‌دارد: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هریک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود.» مجازات وی ممکن نخواهد بود.

۳. چنان‌که گذشت، قاضی در حدود می‌تواند با ایجاد شبهه از اجرای مجازات خودداری کند. حال سؤال این است که آیا قانونگذار در تعدی از حدود به تعزیرات و قصاص هم به این لازمه پایبند است؟

اگر در تعزیرات هم ایجاد شبهه را رافع مجازات بدانیم، عملاً اجرای تعزیرات با مشکل روبه‌رو خواهد شد؛ زیرا کمتر تعزیری را می‌توان یافت که فاقد شبهه باشد یا دربارهٔ آن نتوان شبهه‌ای ایجاد کرد.

۴. نکتهٔ مهم دیگر، تسری قاعدهٔ درء به همهٔ تعزیرات است. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مجازات بازدارنده حذف گردیده و تعزیرات شرعی و مجازات‌های بازدارندهٔ سابق را مجازات تعزیر نامیده‌اند (مفاد مادهٔ ۱)؛ بنابراین،

عملاً باید مفاد ماده ۱۲۰ را در تعزیرات عرفی یا مجازات‌های بازدارنده سابق هم قابل اجرا دانست. این درحالی است که حتی طرفداران تعدی قواعد حدود به تعزیرات، از استثنا بودن تعزیرات عرفی و مجازات‌های بازدارنده سخن گفته و به صراحت نوشته‌اند: «منظور از تعزیرات، معنای مصطلح آن در فقه است: یعنی مجازات شرعی که برای محرمات شرعی مقرر گردیده است؛ ولی آنچه که حکومت اسلامی جهت حفظ نظم جامعه و جریان صحیح امور مجازات‌هایی را پیش بینی می‌نماید که اصطلاحاً بدان تعزیرات حکومتی گفته می‌شود، مشمول قاعده مزبور نخواهد شد» (محقق داماد، ۱۳۷۹: ص ۸۱). با وجود این، قانونگذار با غفلت از این مسئله، ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی را به گونه‌ای تنظیم کرده است که شبهه در مجازات‌های بازدارنده را هم دربر می‌گیرد.

### جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

قاعده درء یکی از قواعد فقهی است که به‌رغم اختلاف در داشتن مستند روایی قابل قبول، در بیشتر نوشته‌های فقهی قاعده‌ای پذیرفته شده است. این موضوع سبب می‌شود در جایی که قاعده درء جریان می‌یابد، اصول عملیه دیگر کارایی خود را از دست بدهند و دیگر به اصولی چون اصل عدم نسیان، عدم غفلت، عدم اشتباه و عدم اکراه نتوان استناد کرد. از آنجاکه مجازات‌های حدی در شرع مبنی بر تخفیف‌اند، قاعده درء به‌صرف بروز شبهه در حدود جریان می‌یابد؛ از این‌رو، قاضی نه تنها مکلف به تحقیق نیست، بلکه با القای شبهه می‌تواند زمینه‌ای را فراهم آورد که از اجرای حد به استناد آن جلوگیری شود.

این رویکرد در حدودی که صرفاً جنبه حق‌اللهمی دارند، از نظر بسیاری از فقیهان پذیرفتنی است؛ ولی در تسری آن به دیگر مجازات‌ها با مخالفت‌هایی روبه‌رویم. حتی کسانی که تسری قاعده را به دیگر مجازات‌ها پذیرفته‌اند، در مجازات‌هایی که حکومت برای نظم و امنیت جامعه وضع می‌کند، به جاری نشدن قاعده درء تصریح کرده‌اند. قانون



مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با کم‌توجهی به آرای یادشده، به‌صراحت، آن را از حدود به دیگر مجازات‌ها هم سرایت داده است. این موضوع دو پیامد دارد: از یک‌سو، دست‌کم در مجازات‌های بازدارنده، مخالف آرای فقهی است و از سوی دیگر، به‌دلیل تفاوت ماهوی قاعده درء با اصل برائت، تحقیق در رفع شبهه را هم با مشکل روبه‌رو می‌کند؛ اگر طبق ظاهر قانون، تحقیق را لازم بدانیم، به‌واقع، فاصله گرفتن از قاعده درء و تمایل به اصل برائت پدید خواهد آمد که در این صورت مفاد ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی لغو خواهد بود.

اشکال دیگر، از بین رفتن کارایی اصل علم به قانون است؛ در نتیجه آن، مدعی در هر جایی می‌تواند ادعای جهل کند. بنابراین، به‌جای فرض عالم بودن به مفاد قانونی، باید طبق مفاد قاعده درء از این فرض چشم‌پوشی کرده و به استناد شبهه، از مجازات مدعی جهل به قانون خودداری شود.

از آنجاکه این رویکرد نمی‌تواند به ایجاد نظم و امنیت در جامعه کمک کند و عمل به آن موجب سوءاستفاده از برخی اصول حاکم بر حقوق کیفری مثل اصل برائت و فرض علم به قانون می‌گردد، پیشنهاد می‌شود قانونگذار با اصلاح ماده ۱۲۰، درنهایت، قاعده درء را به حدود و یا حداکثر، تعزیرات مصرح در شرع منحصر سازد؛ به‌گونه‌ای که اصل برائت نیز، به‌شرحی که در این تحقیق گذشت، کارایی خود را از دست ندهد.

### پی‌نوشت:

- مانند آنکه قاضی نمی‌داند خنثای مشتبه بین زن و مرد، ملحق به مرد است تا در صورت مرتد شدن حتی با توبه کشته شود یا ملحق به زن است که باید توبه وی را پذیرفت. در اینجا به‌استناد قاعده درء باید از کشتن وی چشم‌پوشی کرد.
- متن روایت چنین است: «وَرَوَى أَنَّ مَاعِزَ بْنَ مَالِكٍ أَتَى النَّبِيَّ ﷺ فِي أَرْبَعِ مَوَاضِعَ وَ النَّبِيُّ يَرُدُّهُ وَيَقِفُ غَرْمَهُ [يُوقِفُ غَرْمَهُ] تَعْرِضاً لِرُجُوعِهِ فَقَالَ لَهُ قَبِلْتُ أَوْ غَمَزْتُ أَوْ نَطَرْتُ قَالَ لَا قَالَ أَفَيْكُتْهَا لَا تُكِنِّي قَالَ نَعَمْ قَالَ حَتَّى غَابَ ذَلِكَ مِنْكَ فِي ذَلِكَ مِنْهَا قَالَ نَعَمْ قَالَ كَمَا يَتَّيَّبُ الْمَرْوُودُ فِي الْمُكْحَلَةِ وَ الرَّشَاءِ فِي الْبَيْتْرِ قَالَ نَعَمْ قَالَ هَلْ تَدْرِي مَا الرِّنَاءُ قَالَ نَعَمْ أَتَيْتُ مِنْهَا حَرَاماً مَا يَأْتِي الرَّجُلُ مِنْ امْرَأَتِهِ خَلَالاً فَعِنْدَ ذَلِكَ أَمَرَ بِرَجْمِهِ» (احسائی، ۱۴۰۵ق: ج ۳، ص ۵۵۱).



۳. در این عبارت گرچه اصل برائت به معنای برائت عقلی یا شرعی است و به برائت به کاررفته در علم اصول و کلمات فقیهان اشاره دارد، به جهت هماهنگ بودن با برائت در حقوق کیفری، همین برداشت را در مقایسه قاعده درء با اصل برائت در حقوق کیفری هم می‌توان مطرح کرد.

۴. در این ماده آمده است: «محکومیت به کیفر فقط ناشی از ارتکاب جرم است و جرم که دارای جنبه الهی است می‌تواند دو حیثیت داشته باشد: الف - حیثیت عمومی از جهت تجاوز به حدود و مقررات الهی یا تعدی به حقوق جامعه و اخلال در نظم عمومی؛ ب - حیثیت خصوصی از جهت تعدی به حقوق شخص یا اشخاص معین». این در حالی است که در قانون سابق با صراحت بیشتر از جرم بودن عمل به صرف تعدی به حدود الهی سخن به میان آمده بود و ماده ۲ آن مقرر می‌کرد: «کلیه جرائم دارای جنبه الهی است و به شرح ذیل تقسیم می‌گردد: اول. جرائمی که مجازات آن در شرع معین شده مانند موارد حدود و تعزیرات شرعی؛ دوم. جرائمی که تعدی به حقوق جامعه و یا مخل نظم همگانی می‌باشد؛ سوم. جرائمی که تعدی به حقوق شخص یا اشخاص معین حقیقی یا حقوقی است».



## کتابنامه

۱. ابن حزم (بی‌تا)، المحلی، بی‌جا، دارالفکر.
۲. احسائی، محمدبن علی (ابن ابی‌جمهور) (۱۴۰۵ق)، عوالی اللثالی العزیزیه، چهار جلد، قم، دار سیدالشهداء 7 للنشر، چاپ نخست.
۳. استادی، رضا (۱۳۸۲)، «قلمرو قاعده درء»، فقه اهل بیت :، ش ۳۴، ص ۴۶-۷۱.
۴. حاجی‌ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۹)، قواعد فقه جزایی (حدود و تعزیرات، قصاص و دیات)، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ دوم.
۵. خمینی، سیدروح‌الله (بی‌تا)، تحریر الوسیله، دو جلد، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ نخست.
۶. خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۲ق)، مبانی تکملة المنهاج، دو جلد، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی، چاپ نخست.
۷. رحمانی، محمد (۱۳۷۵)، «پژوهشی در قواعد فقهی»، فقه اهل بیت :، ش ۷، ص ۱۶۳-۱۸۸.
۸. سبزواری، سیدعبدالأعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحكام، سی جلد، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
۹. شهید ثانی (زین‌الدین عاملی جبعی) (۱۴۱۳ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، پانزده جلد، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ نخست.
۱۰. طباطبائی، سیدعلی‌بن‌محمد (صاحب ریاض) (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل، شانزده جلد، قم، مؤسسه آل‌البیت :، چاپ نخست.
۱۱. فاضل لنکرانی، محمد (بی‌تا)، جامع المسائل، دو جلد، قم، امیر قلم، چاپ یازدهم.
۱۲. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۶ق)، القواعد الفقهیة، قم، چاپخانه مهر، چاپ نخست.
۱۳. قیاسی، جلال‌الدین، عادل ساریخانی و قدرت‌الله خسروشاهی (۱۳۸۹)، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی (اسلام و حقوق موضوعه)، دو جلد، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ دوم.
۱۴. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۹)، قواعد فقه (بخش جزایی)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ نخست.

۱۵. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق)، القواعد الفقهية، دو جلد، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین 7، چاپ سوم.

۱۶. موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۴۰۱ق)، قواعد فقهية، دو جلد، تهران، مؤسسه عروج، چاپ سوم.

۱۷. موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا (۱۴۱۲ق)، الدر المنضود فی أحكام الحدود، سه جلد، قم، دارالقرآن الکریم، چاپ نخست.

۱۸. میرسعیدی، منصور (۱۳۸۱)، «بررسی نقش علم به قانون در حقوق جزا»، رهنمون، ش ۱، ص ۱۵۵-۱۷۶.



