



تعارض استصحاب و قاعده درء در فقه جزایی و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

* رضا الهامی

** سیدسجاد محمدی

*** کمال آقاپور

چکیده

قاعده درء یکی از قواعد مهم فقه جزایی است. بر پایه این قاعده، مجازات‌ها در هنگام شبهه و تردید برداشته می‌شوند. در فقه جزایی و قانون مجازات اسلامی، مواردی ممکن است پیش آید که مفاد این قاعده با اصل استصحاب تعارض داشته باشد. این تعارض زمانی اتفاق می‌افتد که لازمه استصحاب ثبوت مجازات باشد؛ درحالی که قاعده درء بر رفع مجازات دلالت دارد. اما از آنجا که قاعده درء دلیل اجتهادی است، بر اصل عملی استصحاب، که دلیل فقاهتی است، تقدم می‌یابد. با وجود این، در باب قصاص، برخی از فقیهان و حقوق‌دانان در تعارض بین درء و استصحاب با استناد به اصل استصحاب به ثبوت مجازات حکم داده‌اند و قاعده درء را ملاحظه نکرده‌اند. در مقابل، برخی دیگر از آنها با استناد به قاعده درء به رفع مجازات حکم کرده‌اند. این اختلاف ناشی از میزان شمول این قاعده از دیدگاه آنهاست. اگر دلالت قاعده درء بر مطلق مجازات (اعم از حدود، قصاص و تعزیر) اثبات شود، در تمام مجازات‌ها قاعده درء بر اصل استصحاب مقدم می‌شود. با بررسی‌های انجام گرفته به نظر می‌رسد که شمول این قاعده بر مطلق مجازات‌ها امتیازهایی دارد.

کلیدواژه‌ها

استصحاب، قاعده درء، اصل، اماره، ورود، فقه جزا، قانون مجازات اسلامی.



تاریخ پذیرش: ۹۷/۱۰/۱

r.elhami@tabrizu.ac.ir

mohammadi_s@students.mofdu.ac.ir

k.aghapour@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۹۷/۵/۸

* استادیار دانشگاه تبریز (نویسنده مسئول)

** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه مفید قم

*** مربی پایه هشت گروه حقوق دانشگاه پیام نور

مقدمه

کلمه «استصحاب» مصدر باب «استفعال» و از ریشه «صَحَبَ، يَصْحَبُ، صُحْبَةٌ و صَحَابَةٌ» گرفته شده است. اصل ماده «صحب» به معنای همراهی و معاشرت و ملازم بودن با دیگری است (فیروزآبادی، ۱۴۱۲ق، ج ۱: ص ۱۸۷). بنابراین وقتی گفته می‌شود این شیء را استصحاب کردی، معنایش این است که آن را همراه و رفیق خود قرار دادی (مسعود، بی‌تا، ج ۱: ص ۱۲۳). رساترین و کوتاه‌ترین تعریف برای استصحاب، تعریف آن به «ابقاء ماکان» است (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۳: ص ۹). محل جریان استصحاب ملاحظه حالت سابقه است: با این توضیح که اگر وجود حکم یا موضوعی در زمان گذشته یقینی باشد، اما در بقای آن در زمان بعدی شک وجود داشته باشد، با ملاحظه حالت سابقه، حکم به وجود حکم یا موضوع می‌شود. فقیهان و حقوق‌دانان در فقه و حقوق کیفری برای احراز حکم یا موضوع مشکوکی که سابقه یقینی داشته است، به این اصل استناد کرده‌اند. مثلاً در صورتی که عاقل و بالغ بودن مرتکب جرمی مشکوک باشد، با استصحاب عدم بلوغ و عدم عقل، حکم به عدم بلوغ و عقل مرتکب می‌شود. همچنین، اگر حالت سابق مرتکب جرمی افاقه (عدم جنون) وی باشد، ولی در جنونش شبهه وجود داشته باشد، با اجرای استصحاب، حکم به عدم جنون او می‌شود. در اصل یا اماره بودن استصحاب بین پیشینیان و متأخران اختلاف نظر وجود دارد. مشهور متأخران استصحاب را از اصول عملیه قلمداد می‌کنند. در مقابل، پیشینیان تا زمان پدر شیخ بهائی، استصحاب را از امارات می‌دانستند. به عقیده این گروه، استصحاب نوعاً مفید ظن است و به همین سبب اعتبار یافته است (نائینی، بی‌تا، ج ۲: ص ۳۴۳). به عقیده اصولیان معاصر، استصحاب چه از اخبار و روایات اقتباس شده باشد و چه ریشه در حکم عقل و بنای عقلا داشته باشد، اصلی عملی است (امام خمینی، ۱۳۷۶: ص ۶؛ مظفر، ۱۳۸۹: صص ۶۱۱ و ۶۱۲). نظر حق نیز همین است زیرا هر چند اصولی‌ها برای حجیت استصحاب به روایات و بنای عقلا استناد کرده‌اند (مظفر، ۱۳۸۹: ص ۶۱۶)، اما دلیلی که برای اعتبار و حجیت چیزی اقامه می‌شود، لزوماً به ماهیت مدعا ربطی ندارد؛ اما از آنجا که اصولی‌ها در مقام شک به آن تمسک کرده‌اند و از





آنجا که ظنّ حاصل از استصحاب مورد توجه اصولی‌ها نبوده، بلکه صرفاً بیان حکم ظاهری مدنظر آنها است، از این رو، ماهیت استصحاب اصل عملی است.

از طرف دیگر، قاعده درء یکی از قواعد مهم فقه جزایی است. برپایه این قاعده، حد با بروز شبهه برداشته می‌شود. برای حجیت این قاعده در منابع فقهی به روایات وارده در منابع روایی اهل سنت و امامیه (از جمله حدیث معروف «تدرأ الحدود بالشبهات»)، اجماع، تسالم اصحاب و مطابقت آن با حکم عقل استناد شده است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۴: ص ۴۴-۴۸). هرچند برخی از فقیهان روایات وارده را مرسل و اجماع را مدرکی دانسته و دلالت سایر ادله را نپذیرفته‌اند (خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱ موسوعه: ص ۱۸۷)، اما این روایات قابل استنادند، چون: نخست، بعضی فقیهان روایات وارده در باب درء را در حد تواتر اجمالی می‌دانند (طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶: ص ۱۴۷)؛ دوم، مشهور فقیهان به این روایات عمل کرده‌اند و شهرت عملی جبران‌کننده ضعف روایت خواهد بود؛ سوم، در منابع شیعه این روایات از طریق شیخ صدوق نقل شده است و بسیاری از عالمان رجال اذعان کرده‌اند که مراسیل صدوق در حکم مسانید اوست (مامقانی، بی تا، ج ۳: ص ۱۵۴).

فقیهان در شمول و فراگیری این قاعده به مطلق مجازات‌ها اعم از حد، تعزیر و قصاص اختلاف نظر دارند: عده‌ای آن را ویژه حد به معنای خاص آن می‌دانند؛ ولی برخی از آنها این قاعده را در قصاص و تعزیر نیز جاری می‌دانند. قانونگذار قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ جمهوری اسلامی ایران در ماده ۱۲۰ این قانون با تعبیر «جرم» (که اعم از جرائم حدی، تعزیری و قصاص است) جریان این قاعده را در مطلق حدود پذیرفته است. با این حال، در برخی از مواد این قانون در باب قصاص، با استناد به اصل استصحاب احکامی وضع شده است که با مفاد قاعده مغایرت دارد. از جمله این موارد می‌توان به مواد ۳۰۷، ۳۰۸ و ۳۱۱ این قانون اشاره کرد. نمونه‌های این تعارض در فقه جزایی نیز فراوان است و فقیهان در باب قصاص در موضع تعارض مفاد استصحاب و قاعده درء با استناد به اصل استصحاب و بدون توجه به قاعده درء به ثبوت مجازات قصاص حکم داده‌اند.

این مقاله با روش کتابخانه‌ای و از دریچه بررسی دیدگاه‌های فقیهان در صدد این است که شمول و عدم شمول قاعده درء نسبت به قصاص را تبیین کند. بدین منظور، نمونه‌ای از مسائل فقهی و قوانین موضوعه بررسی شده که در آن مفاد استصحاب با قاعده درء در تعارض است. در پایان، با تحلیل ادله و مبانی فقیهان، حکم مقتضی در صورت تعارض درء با استصحاب نتیجه گرفته شده است. نوآوری پژوهش پیش‌رو در این است که نخست، نحوه تعارض اصل استصحاب با قاعده درء در فقه و قانون مجازات و مصادیق آن بیان شده است؛ دوم، مبانی اماره بودن قاعده درء تبیین شده است؛ سوم، با جمع‌بندی میزان دلالت این قاعده از نظر فقیهان، تأثیر آن در تقدم درء بر استصحاب یا برعکس، بررسی شده است.

۱. شمول قاعده درء نسبت به قصاص

میزان دلالت این قاعده از نظر فقیهان یکسان نیست. عده‌ای آن را در حد به معنای خاص جاری می‌دانند و بعضی از فقیهان آن را در مطلق حدود اعم از حد، تعزیر و قصاص جاری می‌دانند. در صورت تعارض قاعده درء با اصل استصحاب در جرائم مستوجب قصاص، فقیهان در اعمال قاعده درء یا عدم اعمال آن اختلاف نظر دارند. بنابراین، ضروری است که شمول یا عدم شمول این قاعده بر قصاص بررسی شود.

شیخ طوسی معتقد است که این قاعده در قصاص نیز جاری می‌شود (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸: ص ۷۲). شهید ثانی نیز قصاص را نوعی حد تلقی نموده و شبهه در قصاص را محل جریان این قاعده دانسته است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵: ص ۴۰). فاضل هندی، صاحب مفتاح‌الکرامه، مرحوم محمد تقی مجلسی و مکارم شیرازی نیز با ایشان هم عقیده هستند (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱: ص ۱۲۱؛ عاملی حسینی، بی تا، ج ۱۱: ص ۲۹؛ مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج ۱۰: ص ۲۲۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ق، ج ۳: ص ۳۸۴)؛ اما به عقیده مقدس اردبیلی، قصاص حد نیست که بتوان آن را با شبهه برداشت. وی در ادامه آورده است: «شبهه قصاص را بر نمی‌دارد، چون حق آدمی است؛ هر چند بر قصاص حد اطلاق شود» (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳: ص ۳۴۳). صاحب





جواهر نیز شمول قاعده درء به قصاص را محل تأمل می‌داند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱: ص ۶۳۶). مرحوم سبزواری نیز معتقد است احکام خاصه حدود مانند «تدرأ الحدود بالشبهات» شامل قصاص و تعزیر نمی‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷: ص ۲۲۶). بعضی از فقیهان معاصر نیز قاعده درء را شامل قصاص نمی‌دانند؛ ولی معتقدند که این قاعده در حدود و تعزیرات جاری می‌شود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱: ص ۹۶).

۱-۱. ادله طرفداران عدم شمول قاعده درء بر قصاص

کسانی که معتقد به عدم شمول این قاعده بر قصاص هستند، به ادله زیر استدلال کرده‌اند:

۱-۱-۱. حق الناس بودن قصاص

قصاص از جمله حقوق الناس است. مبنای حقوق الناس نیز مذاقه است. از این رو، چنانچه شبهه‌ای در باب قصاص عارض شود، نمی‌توان به این قاعده تمسک نمود (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳: ص ۳۴۴). به علاوه، جاری شدن اصول عقلائی‌ای مانند عدم نسیان، عدم خطا و غفلت، عدم اشتباه و عدم اکراه از جریان قاعده مورد بحث جلوگیری می‌کند. از طرف دیگر، این اصول در باب حدود جاری نمی‌شوند؛ چون حدود الهی مبنی بر تخفیف و تسامح است. با وجود این، در قصاص، که جزء حقوق الناس است، این گونه نیست؛ بلکه به دقت نیاز دارد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۴: ص ۶۵). بنابراین، در هر مورد که ادعای شبهه شود، خواه نزد حاکم، خواه متهم و خواه هر دو، حاکم باید اصول عقلائی فوق را جاری سازد؛ یعنی نباید به مجرد حصول شبهه، قصاص را که از حقوق الناس است، ساقط بداند. در نتیجه، جریان اصول مزبور مانع جریان قاعده درء در باب قصاص می‌شود.

در پاسخ به این دلیل می‌توان گفت: قصاص هم در واقع از زمره حدود الله است، زیرا حدود الهی منحصر در تازیانه و دیگر عقوبت‌های جرائم حدی نیست؛ بلکه هر کیفری که از جانب خداوند متعال معین شده باشد، جزء حدود الله است. قصاص نیز

حقی است که از جانب خداوند متعال معین شده است (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج: ۶، ص: ۵). بنابراین، هر چند حق الناس بودن قصاص مسلم است، اما قصاص نیز جزء حدود الهی به شمار می آید و مشمول قاعده درء است و در موارد شبهه ساقط می شود؛ چون در مسئله قصاص، سخن از جان و نقص عضو است و از این جهت حاکم باید بسیار دقت کند و در موارد وجود هرگونه تردید، از اجرای آن جلوگیری نماید. بله، تنها تفاوت بین قصاص (که حق الناس است) با حدود و تعزیرات حق اللهی در جریان قاعده درء این است که در حدود، قاضی باید با عروض شبهه حکم رفع مجازات صادر کند و لازم نیست برای کشف واقع، تحقیق و تجسس نماید؛ ولی در قصاص، به جهت رعایت حق مجنی علیه، تحقیق لازم است و پس از تحقیق، در صورت بقای شبهه، حکم به برائت از قصاص صادر می شود. چنان که در مجازات قذف نیز - با اینکه از حدود است ولی چون حق الناس است - تحقیق لازم است و به صرف عروض بدوی شبهه نمی توان به قاعده درء تمسک جست.

۱-۱-۲. خلاف اصل بودن قاعده درء

ممکن است گفته شود قاعده درء امری خلاف اصل است، زیرا اجرای مجازات اصل و قاعده است؛ پس باید به قدر متیقن از قاعده بسنده کرد که همان اجرای آن در حدود است.

در پاسخ به این اشکال گفتنی است که از طرفی، وجود چنین اصلی مسلم نیست و با مذاق شارع سازگار نیست؛ چون شارع گفته است: «اشتباه حاکم در عفو بهتر از اشتباه وی در عقوبت کردن است» (ترمذی، ۱۹۷۵م، ج: ۴، ص: ۳۳). از طرف دیگر، حتی اگر این اصل را بپذیریم، قاعده درء بر این اصل وارد است و با عمل به عموم این قاعده با وجود شبهه، مجازات برداشته می شود. در اینجا قدر متیقنی هم وجود ندارد زیرا هیچ حقیقت لغوی یا شرعی ای استعمال انحصاری لفظ حد در تعداد معینی از مجازات های شرعی را یاری نمی کند (فخلی، ۱۳۷۹: ص ۱۵۷).





۳-۱-۱. ناشی از اصول احتیاط و برائت بودن توجه به شبهه در باب قصاص

توجه به شبهه در باب قصاص ناشی از اصل احتیاط است نه قاعده درء؛ چون از یک طرف در صورت تفسیر موسع قاعده درء، بسیاری از اصول عقلی و قواعد فقهی مانند اصل احتیاط و اصل برائت، عبث و بیهوده خواهند بود و از طرف دیگر با هم پوشانی این قواعد با قاعده درء، مجالی برای جاری شدن آنها نخواهد ماند (ساداتی، ۱۳۹۵: ص ۱۲۰).

این دلیل نیز در جای خود مردود است، زیرا بر فرض توسعه شمول درء به قصاص، این قاعده در بعضی از موارد با اصل برائت و احتیاط هم پوشانی و وحدت مجرا پیدا می کند. در توضیح این امر باید گفت: اگر جریان قاعده درء بر مبنای شبهه در عنصر مادی یا معنوی جاری شود، این قاعده هیچ رابطه ای با برائت ندارد؛ زیرا قاعده برائت منحصرأ برای برداشتن تکلیف است؛ آن هم در زمانی که حکم واقعی الهی مجهول باشد؛ درحالی که در هنگام شبهه در عنصر مادی و عنصر معنوی، بحث از تکلیف نیست؛ بلکه سخن در این است که آیا عنصر مادی و معنوی محقق است یا نه. به عبارت دیگر، آیا بر این شخص مجازات شرعی را می توان اجرا کرد یا خیر؟ اما اگر جریان قاعده مورد بحث براساس شبهه در عنصر قانونی جرم باشد، با قاعده برائت وحدت مجرا پیدا می کند. رابطه اصل احتیاط و قاعده درء نیز به این صورت است که این دو قاعده فقط در هنگام شبهه در عنصر مادی و عنصر معنوی وحدت مجرا پیدا می کنند و هنگام شبهه در عنصر قانونی هیچ رابطه ای با اصل احتیاط نخواهند داشت (محقق داماد، ۱۴۰۶: ج ۴: ص ۸۷). همچنین، هم پوشانی و وحدت مجرا در بعضی از موارد، سبب عبث و بی فایده شدن اصول مذکور نخواهد بود؛ بلکه اگر این قاعده با اصل احتیاط و برائت در همه موارد شبهه، وحدت مجرا پیدا می کرد، با اعمال قاعده درء، اصول مذکور بی فایده می شد.

۴-۱-۱. تعارض وجوب ترک تحقیق در قاعده درء با وجوب تحقیق در قصاص

به عقیده برخی از فقیهان، از قاعده درء، وجوب ترک تحقیق و جست و جو برداشت می شود و این امر با قصاص در تعارض است که مبتنی بر مذاقه و دقت نظر است؛ چون

تحقیق و تفحص در قصاص بر قاضی واجب است. از این رو، با اعمال قاعده درء، مجالی برای تحقیق و تفحص قاضی باقی نمی ماند. در نتیجه، قدر متیقن آن است که قاعده درء در جرائم مستوجب قصاص جاری نمی گردد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱: ص ۹۶).

در پاسخ می توان گفت: اگر وجوب تحقیق و بررسی موجب عدم اعمال قاعده درء در باب قصاص شود، در این صورت، در سرقت حدی نیز این قاعده نباید اجرا شود؛ چون سرقت حدی نیز جنبه حق الناسی دارد و تحقیق و بررسی برای مشخص شدن رباینده مال و رد مال رבוده شده لازم است؛ حال آنکه فقیهان در اعمال درء در باب سرقت حدی هیچ شک و شبهه ای ندارند.

۱-۵. امتنانی بودن قاعده درء

قاعده درء قاعده ای امتنانی است^۱ و در حق الناس، یعنی قصاص و دیه، اجرا نمی شود؛ زیرا اجرای قاعده درء در قصاص با امتنانی بودن آن منافات دارد (ساداتی، ۱۳۹۵: ص ۱۱۹). توضیح آنکه، با اجرای قاعده درء در باب قصاص و برداشتن قصاص در موارد شبهه، حق قصاص مجنی علیه و اولیای دم از بین می رود و این خلاف امتنانی بودن این قاعده است.

این استدلال نیز پذیرفتنی نیست زیرا امتنانی بودن این قاعده با حقوق مجنی علیه و اولیای دم هیچ منافاتی ندارد؛ چون هر چند اولیای دم با اجرای قاعده درء نمی توانند قاتل را قصاص کنند، حق دریافت دیه دارند؛ بنابراین، خون مقتول و حق اولیای دم به هدر نمی رود و با اجرای این قاعده چه بسا از ریختن خون انسان بی گناه جلوگیری می شود. این رویه مصداق آیه شریفه «وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا؛ هر کس انسانی را از مرگ رهایی بخشد، چنان است که گویی همه مردم را زنده کرده است» (مائده: ۳۲) خواهد بود. بنابراین امتنانی بودن این قاعده نه تنها سبب عدم شمول آن بر قصاص

۱. قاعده ای است که بر اساس امتنان و آسان گیری است و در مواردی جاری می گردد که برداشتن حرمت یا وجوب برای امتنان باشد.





نمی‌شود، بلکه مقتضای امتنایی بودن قاعده این است که با وجود شبهه در عمدی بودن قتل یا وجود هریک از شرایط مسئولیت کیفری، اجرای قصاص برداشته شده و دیه ثابت شود تا جمع بین حقین (جلوگیری از قصاص شخصی که مستحق قصاص نیست و پایمال نشدن خون نفس محترم) شود. این مطلب (سقوط قصاص هنگام شبهه و پرداخت دیه) ادعای جدیدی نیست. فقیهان در موارد زیادی در باب جنایات، در صورت وجود شبهه، قصاص را برداشته و حکم به ثبوت دیه نموده‌اند. برای نمونه به چند مورد اشاره می‌شود:

الف. فردی قبلاً مرتد بوده است و توبه می‌کند. شخص دیگری که معتقد به بقای او به حالت ارتداد است، وی را می‌کشد. شهید ثانی در این باره معتقد به عدم قصاص شده است. ایشان گفته است:

قصاص هم مانند حد، مجازات الهی است و عنوان حد بر آن اطلاق می‌شود. از سوی دیگر، با گمان قاتل بر بقای مرتد بر حال ارتداد، شبهه حاصل شده است؛ از این رو، مشمول قاعده درء شده، کیفر قصاص از او ساقط می‌شود. پس، پرداخت دیه بر قاتل واجب می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵: ص ۴۰).

بنابراین، از نظر شهید ثانی، از سویی قصاص هم نوعی حدّ شرعی است و عنوان حد بر آن صادق است و از سوی دیگر، ظنّ حاصل شده برای قاتل درباره بقای مرتد بر حال ارتداد و قتل وی با این گمان، شبهه‌ای است که حدّ و قصاص را ساقط می‌کند.

ب. دو نفر مدعی ابوت فرزند مجهول‌النسبی هستند. پیش از الحاق فرزند به یکی از آنها با رعایت مقررات باب نسب، یکی از آنان این فرزند را می‌کشد. در قصاص یا عدم قصاص قاتل اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای از فقیهان مثل محقق حلی، صاحب جواهر و علامه حلی با استناد به قاعده درء، قائل به عدم قصاص شده‌اند (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵: ص ۴۶۰؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴: ص ۱۹۹؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲: ص ۱۷۱). علامه حلی در این باره می‌گوید:

هرگاه دو نفر مدعی ابوت طفل صغیر مجهول‌النسبی شوند و سپس یکی از آن

دو نفر او را به قتل رسانند، قصاص اجرا نمی‌شود؛ زیرا احتمال ابوت در مورد هریک از دو طرف وجود دارد و باوجود شبهه، خون ریخته نمی‌شود (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج: ۵، ص: ۴۶۰).

ج. اگر بینه‌ای بر قاتل بودن فردی اقامه شود و بینه دیگری، شخص دومی را قاتل معرفی کند، از باب تعارض دو بینه، هر دو ساقط می‌شوند. در اینجا محقق حلی و علامه حلی و فرزندش فخرالمحققین، با عنوان شبهه، قصاص را از هر دو مرتفع می‌دانند هر دو متهم را به پرداخت دیه مقتول به‌طور مساوی مکلف می‌نمایند (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج: ۵، ص: ۴۷۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج: ۴، ص: ۲۰۵).

بنابراین، درباره شمول یا عدم شمول قاعده درء بر قصاص می‌توان به این نتیجه رسید: نخست، قصاص مانند حدود مجازات الهی است؛ دوم، لفظ «حد» در لغت و لسان ائمه علیهم‌السلام به معنای قصاص و تعزیر نیز استفاده شده است و بنابراین عموم «الحدود» در قاعده «تدرأ الحدود بالشبهات» شامل قصاص و تعزیر نیز می‌شود؛ سوم، از آنجا که در قصاص، سخن از جان و نقص عضو است و در صورت اشتباه در اجرای قصاص، جان انسان بی‌گناه به خطر می‌افتد، شایسته است که در موارد شبهه با اعمال قاعده درء قصاص برداشته شود؛ چهارم، امتنانی بودن قاعده مانع از آن نیست که شامل قصاص نیز بشود. همچنین، امتنانی بودن این قاعده با حقوق متهم منافاتی ندارد، زیرا حقوق اولیای دم با پرداخت دیه جبران شدنی است.

۲. تعارض اصل استصحاب با قاعده درء در فقه و حقوق کیفری

«تعارض» مصدر باب تفاعل و مشتق از ماده «عرض» است. در لغت به معنای عرض‌اندام کردن، اظهار وجود کردن، در مقابل هم قرار گرفتن، و متعرض و مزاحم یکدیگر شدن آمده است (عمید، ۱۳۶۲: ص ۱۱۷). در اصطلاح اصول فقه، تنافی و ناسازگاری دو یا چند دلیل را تعارض می‌گویند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق: ص ۴۳۷). تنافی بین دو دلیل گاهی به صورت واقعی و گاهی به صورت ظاهری اتفاق می‌افتد. صورت نخست را «تعارض





مستقر» و صورت دوم را «تعارض غیرمستقر» یا «تعارض ظاهری» می‌گویند (سبحانی، ۱۳۸۸، ج ۲: ص ۱۹۰). به عبارت دیگر، اگر تنافی بین دو دلیل از نوع تناقض یا تضاد باشد، تعارض مستقر است (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۴: ص ۱۱) و اگر تنافی بین دو یا چند دلیل از نوع تناقض یا تضاد نباشد، بلکه امکان جمع عرفی، تخصیص، تخصص، حکومت و ورود باشد، تعارض غیرمستقر و ظاهری خواهد بود (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۴: ص ۴۵). به نظر می‌رسد تعارض بین استصحاب و قاعده درء از نوع تعارض غیرمستقر است که توضیح آن بیان می‌شود.

۲-۱. مصادیق تعارض استصحاب و درء در فقه

در فقه جزایی اسلام، اصل استصحاب و قاعده درء در موارد متعددی با یکدیگر تعارض پیدا می‌کنند. در صورتی که مقتضای اصل استصحاب ثبوت حد باشد، مفاد آن با قاعده درء تعارض پیدا می‌کند. در توضیح باید گفت اگر در ثبوت حکم یا موضوع حد در زمان گذشته یقین داشته باشیم و در زمان بعد در بقای آن حکم یا موضوع دچار شبهه شویم، اصل استصحاب جاری می‌شود و اقتضای چنین اصلی ثبوت حکم یا موضوع حد است؛ در حالی که به علت وجود شبهه، قاعده درء بر رفع حد دلالت دارد. در نتیجه، بین مقتضای اصل استصحاب و قاعده درء تعارض پدید می‌آید. مثلاً شخصی ادعا می‌کند که نمی‌دانسته زنی در عده است و با عدم علم به عده با چنین زنی ازدواج کرده و نزدیکی انجام شده است (شبهه موضوعیه). در اینجا استصحاب عدم زوجیت بر مجازات چنین شخصی دلالت دارد، اما با اعمال قاعده درء حکم به عدم مجازات می‌شود.

در فقه جزای اسلام موارد متعددی وجود دارد که در آنها مفاد استصحاب و درء تعارض دارند. فقیهان در برخی از این موارد با استناد به قاعده درء، حکم به رفع مجازات داده‌اند و در موارد دیگری، با استصحاب حالت سابقه حکم به ثبوت مجازات را برگزیده‌اند. در صورتی که شبهه در باب حدود پیش آمده باشد، بیشتر فقیهان با اعمال قاعده درء، حکم به رفع مجازات داده‌اند؛ اما در صورتی که شبهه در باب قصاص پدید آمده باشد، اغلب فقیهان جانب استصحاب را مقدم داشته‌اند؛ چون آنها این قاعده را در

قصاص جاری نمی‌داند. برای نمونه به چند مورد از این رویه‌ها اشاره می‌شود:

الف. فردی شراب نوشیده است ولی ادعای اکراه دارد؛ اما شاهد و دلیلی بر ادعایش نمی‌آورد و قاضی نمی‌داند که وی راست می‌گوید یا دروغ. در این باره گفته شده است: در اینجا هر چند اصل اختیاری بودن اعمال (استصحاب عدم اکراه) اقتضای آن دارد که حدّ شرب مسکر بر وی جاری شود، اما ادعای اکراه از او پذیرفته و حد برداشته می‌شود (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ص ۳۸۵).

ب. شخصی مایعی دارد که قبلاً شراب بوده است؛ ولی نمی‌داند که اکنون تبدیل به سرکه شده است یا خیر. او آن مایع را می‌نوشد. سپس روشن می‌شود که چنان‌که بود، شراب است. در این باره گفته شده است: در اینجا هر چند استصحاب خمر بودن، مقتضی ثبوت حدّ شرب مسکر است، اما بعید نیست با استناد به قاعده درء، حد از وی ساقط می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ق: ص ۳۷).

ج. مردی با زنی نزدیکی می‌کند؛ در حالی که نمی‌داند عقد نکاحی که میان خود و آن زن جاری کرده، صحیح است یا خیر. سپس روشن می‌شود که عقد باطل بوده است. در این باره گفته شده است: در اینجا هر چند استصحاب حرمت وطی این زن مقتضی ثبوت حد زناست، اما بعید نیست به استناد قاعده درء، حدود فوق را ساقط بدانیم (همان).

د. شیخ صدوق درباره زنی که به جرم زنا دستگیر شده و ادعای اکراه می‌کند، گفته است: حد از او برداشته می‌شود، زیرا شبهه ایجاد شده است؛ در حالی که استصحاب عدم اکراه بر ثبوت حد بر زن زناکار دلالت می‌کرد (شیخ صدوق، ۱۴۱۵ق: ص ۴۳۶). مستند این فتوا روایت ابوعمیده از امام صادق علیه السلام است. در این روایت آمده است:

ابوعمیده از امام صادق علیه السلام نقل کرده است: مرد و زنی را نزد علی علیه السلام آوردند؛ در حالی که مرد به زن تجاوز کرده بود. زن گفت: یا امیرالمؤمنین علیه السلام! قسم به خدا، این مرد مرا اکراه کرده است. امام علیه السلام حد را از زن برداشت (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: ص ۱۹۶).

ه. شیخ طوسی در مسئله نکاح دختر بالغ بدون اجازه ولی گفته است: این عقد





صحیح است و اگر زوج زوجه خود را وطی نماید، مستحق حد نیست. حتی در صورتی که قائل به فساد چنین عقدی باشیم، حدی نخواهد بود؛ چون باوجود شبهه، حد ساقط می‌شود (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴: ص ۲۵۳). در اینجا نیز استصحاب عدم زوجیت اقتضای حد دارد، ولی اجرای قاعده درء دلالت بر رفع حد دارد.

و. صاحب جواهر در مسئله «اختلاف ولی دم مجنی‌علیه و جانی» گفته است: اگر جانی‌ای با دارا بودن سابقه جنون، مرتکب قتل شود و ادعا کند که در حال ارتکاب قتل، مجنون بوده است، ولی اولیای دم خلاف آن را ادعا کند، قول جانی با سوگند ثابت می‌شود؛ اما اگر جنون جانی در زمان سابق بر جنایت معلوم نباشد، در این صورت با اجرای اصل سلامت افراد، حکم به قصاص داده می‌شود (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲: ص ۱۸۳). در توجیه این حکم به استصحاب جنون در فرع اول و استصحاب سلامت و عدم جنون جانی در فرع دوم تمسک می‌شود. در فرع اول، مقتضای استصحاب و قاعده درء همسو است؛ ولی در فرع دوم به حکم قاعده درء، در صورتی که با ادعای جانی به مجنون بودن وی در زمان ارتکاب جرم، برای قاضی شبهه پیش آید، علی‌الاصول باید قصاص برادشته شود. چنان‌که شهید ثانی در مسالک‌الافهام، عدم قصاص را تقویت کرده و گفته است: «احتمال دارد ادعای جانی درست باشد، زیرا باوجود احتمال و شک، قصاص ثابت نمی‌شود» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵: ص ۱۶۳)؛ اما مرحوم خوئی (خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱ موسوعه: ص ۹۴)، امام خمینی رحمته‌الله (امام خمینی، بی‌تا: ص ۵۲۳) و سیدشهاب‌الدین مرعشی نجفی (مرعشی نجفی، بی‌تا، ج ۱: ص ۴۱۵) در این مسئله قائل به ثبوت قصاص هستند و دلیل آن را استصحاب عدم جنون دانسته‌اند. بنابراین، این فقیهان در تعارض استصحاب و قاعده درء، استصحاب را مقدم نموده‌اند. البته، گفتنی است که در این مورد، استصحاب با ظاهر مستفاد از غلبه یا «اصل سلامت» تقویت شده است.

با عنایت به نمونه‌های فقهی‌ای که از فقیهان نقل شد، ملاحظه می‌شود که فقیهان در باب حدود به معنای خاص آن، به تقدیم قاعده درء حکم داده‌اند. مثلاً در قضیه شرب خمر و نزدیکی زن و مرد با عقد فاسد، جانب قاعده درء مقدم شده است. باوجود این،

حکم فقیهان در باب قصاص متفاوت است. کسانی همچون شهید ثانی که جریان این قاعده در باب قصاص را پذیرفته‌اند، معتقد به تقدیم قاعده درء شده‌اند و باوجود شبهه، قصاص را منتفی می‌دانند؛ اما از آنجا که صاحب جواهر جریان قاعده درء را در قصاص نمی‌پذیرد، در نتیجه معتقد است که در این صورت، درء جاری نمی‌شود. بنابراین، با ضمیمه کردن سوگند، جانب اصل استصحاب را تقویت کرده است. مرحوم خوئی نیز حجیت قاعده درء را از اساس نمی‌پذیرد (خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱ موسوعه: ص ۲۰۹). از این رو، ایشان نیز جانب استصحاب را تقویت کرده است.

۲-۲. مصادیق تعارض استصحاب و قاعده درء در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

در حقوق کیفری ایران، به‌ویژه قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، باوجود اینکه قانونگذار قاعده درء را به رسمیت شناخته و به صراحت اعلام کرده است که در موارد شبهه، مجرمیت و مسئولیت کیفری منتفی است، اما با این حال، به نظر می‌رسد در مواردی مقرراتی وضع شده که با مقتضای قاعده ناسازگار است. از جمله این موارد می‌توان به مواد ۳۰۷، ۳۰۸ و ۳۱۱ قانون مجازات اسلامی اشاره کرد.

ماده ۳۰۷ این قانون مقرر می‌دارد:

ارتکاب جنایت در حال مستی و عدم تعادل روانی در اثر مصرف مواد مخدر، روان‌گردان و مانند آنها، موجب قصاص است مگر اینکه ثابت شود بر اثر مستی و عدم تعادل روانی، مرتکب به کلی مسلوب‌الاختیار بوده است که در این صورت، علاوه بر دیه به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم (تعزیرات) محکوم می‌شود. لکن اگر ثابت شود که مرتکب قبلاً خود را برای چنین عملی مست کرده و یا علم داشته باشد که مستی و عدم تعادل روانی وی ولو نوعاً موجب ارتکاب آن جنایت یا نظیر آن از جانب او می‌شود، جنایت عمدی محسوب می‌گردد.





حال اگر شخصی در حالت مستی مرتکب قتل شود و ادعا کند که در حال انجام جنایت مسلوب‌الاختیار بوده است ولی نتواند ادعای خود را ثابت کند، اما قرائن و امارات موجود به گونه‌ای باشد که قاضی را دچار شبهه و تردید کند، اینجا تکلیف چیست؟

از ظاهر این ماده تکلیف روشن است: چنین شخصی با استصحاب عدم مسلوب‌الاختیاری محکوم به قصاص خواهد بود. برخی از فقیهان (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲: ص ۱۸۶) و حقوق‌دانان (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۰: ص ۲۸۴) در تأیید این مطلب به اصل استصحاب استناد کرده‌اند و به‌عنوان مؤید از این اصل کمک گرفته‌اند. لازم به توضیح است که اقتضای استصحاب نیز همین است، چون سابقه وجودی یا وضعیت سابق این شخص انسانی آزاد و مختار بودن است؛ حال که ادعا می‌کند مست و مسلوب‌الاختیار است و با این ادعا ما را دچار شبهه و تردید می‌کند که آیا به واسطه مستی واقعاً مسلوب‌الاختیار شده یا نه، بنابر استصحاب باید حالت سابق یقینی او را در نظر گرفت و آن را با شک لاحق از بین نبرد. به عبارت دیگر، با استصحاب عدم مسلوب‌الاختیار بودن وی، مسلوب‌الاختیار بودن او را رد می‌کنیم و اگر چنین شخصی نتواند مسلوب‌الاختیار بودن خود را ثابت کند، به حکم استصحاب، محکوم به قصاص می‌شود.

اگر دادگاه با استعلام از نظریات پزشکی قانونی و امارات دیگر متقاعد شده و مسلوب‌الاختیار بودن او را احراز کند، بحثی نیست؛ ولی اگر متهم نتواند ثابت کند و در عین حال، قاضی را دچار شبهه کند، تکلیف چیست؟ قاعده درء تکلیف را مشخص کرده است: با وجود شبهه، حد برداشته می‌شود. البته، این مطلب و این استناد به قاعده درء از فحوی این ماده برداشت نمی‌شود. این ماده گویای این است که اگر متهم ثابت کرد که مسلوب‌الاختیار بوده است، حکم برائت داده می‌شود؛ ولی اگر ثابت نکرد یا نتوانست ثابت کند، محکوم به قصاص است.

یکی دیگر از موادی که به نظر می‌رسد در آن، مفاد دو قاعده تعارض دارند، ماده

۳۰۸ ق.م.ا است. در این ماده آمده است:

اگر پس از تحقیق و بررسی به وسیله مقام قضایی، در بالغ یا عاقل بودن مرتکب، هنگام ارتکاب جنایت، تردید وجود داشته باشد و ولی دم یا مجنی علیه ادعا کند که جنایت عمدی در حال بلوغ وی یا افاقه او از جنون سابقش انجام گرفته است لکن مرتکب خلاف آن را ادعا کند، ولی دم یا مجنی علیه باید برای ادعای خود بینه اقامه کند. در صورت عدم اقامه بینه، قصاص منتفی است...

چرا قصاص منتفی است؟ فقیهان و حقوق دانان با استناد به استصحاب عدمی (عدم بلوغ) یا استصحاب وجودی (وجود جنون سابق) قصاص را در این گونه موارد منتفی دانسته اند؛ یعنی وضعیت یقینی و سابق متهم قبل از وقوع جنایت، حسب مورد، عدم بلوغ یا وجود جنون سابق است و با ادعای مجنی علیه یا ولی دم شبهه پیش می آید که آیا در زمان وقوع جنایت، وضعیت مرتکب بلوغ یا افاقه بوده یا نه؟ در این صورت، عدم بلوغ یا جنون سابق او استصحاب می شود. مقصود در اینجا روشن است و استصحاب هیچ مخالفتی با قواعد و امارات دیگر، از جمله قاعده درء ندارد. با وجود این، در ادامه این ماده آمده است:

اگر حالت سابق بر زمان جنایت، افاقه مرتکب بوده است، مرتکب باید جنون خود در حال ارتکاب جرم را اثبات کند تا قصاص ساقط شود؛ در غیر این صورت با سوگند ولی دم یا مجنی علیه یا ولی او قصاص ثابت می شود.

در قسمت دوم که قانونگذار به ثبوت قصاص حکم داده است، به نظر می آید باز هم مبنایش اصل استصحاب است. عنایت به ادبیات این ماده نیز این نظر را تقویت می نماید؛ چون حکم ماده با لحاظ حالت سابق انجام گرفته و لحاظ حالت سابقه نیز همان استصحاب است. اینجا با اینکه مفاد قاعده درء، تبرئه مرتکب از قصاص است؛ ولی مفاد ماده فوق با استناد به استصحاب قصاص وی خواهد بود. سوگند مجنی علیه یا ولی دم نیز مؤیدی بر مطلب است. بنابراین، در قسمت دوم ماده ۳۰۸ ق.م.ا نیز مفاد قاعده درء و اصل استصحاب ناسازگارند.



مادهٔ بعدی مادهٔ ۳۱۱ ق.م.ا است. این ماده مقرر می‌کند:

اگر پس از تحقیق و بررسی به وسیلهٔ مقام قضایی در مسلمان بودن مجنی‌علیه هنگام ارتکاب جنایت تردید وجود داشته و حالت سابق او پیش از جنایت عدم اسلام باشد و ولی دم یا مجنی‌علیه ادعا کند که جنایت عمدی در حال اسلام او انجام شده است و مرتکب ادعا کند که ارتکاب جنایت پیش از اسلام آوردن وی بوده است، ادعای ولی دم یا مجنی‌علیه باید ثابت شود و در صورت عدم اثبات، قصاص منتفی است...

در اینجا نیز استصحاب عدمی جریان دارد: عدم مسلمان بودن مجنی‌علیه حالت سابق بوده و در هنگام جنایت در مسلمان شدن وی شبهه پیش می‌آید؛ ولی عدم مسلمان بودن مجنی‌علیه استصحاب می‌شود و چون مسلمان در مقابل غیرمسلمان قصاص نمی‌شود، قصاص منتفی است. با وجود این، در قسمت بعدی این ماده می‌خوانیم:

اگر حالت پیش از زمان جنایت، اسلام او بوده است، وقوع جنایت در حالت عدم اسلام مجنی‌علیه باید اثبات شود تا قصاص ساقط گردد و در صورت عدم اثبات، با سوگند ولی دم یا مجنی‌علیه یا ولی او قصاص ثابت می‌شود. حکم این ماده در صورتی که در مجنون بودن مجنی‌علیه تردید وجود داشته باشد نیز جاری است.

در اینجا نیز بحث‌های قبلی پیش می‌آید: حالت سابق مجنی‌علیه قبل از جنایت، اسلام وی بود و در زمان جنایت در مسلمان بودن او شبهه هست؛ به این ترتیب که متهم ادعا می‌کند که مجنی‌علیه را در حالت کفر او به قتل رسانده است؛ هر چند قبلاً مسلمان بوده باشد. این در حالی است که با وجود تحقیق و بررسی به وسیلهٔ مقام قضایی، در صحت ادعای مرتکب شبهه وجود دارد و ادعای او نزد قاضی ثابت نمی‌شود. در چنین شرایطی، مطابق قاعدهٔ درء، قاضی حق ندارد حکم به محکومیت به قصاص دهد؛ ولی مادهٔ ۳۱۱ این قانون نیز، که به نظر فقیهان و حقوق‌دانان و به استناد ادبیات ماده بر مبنای اصل استصحاب وضع شده است، دلالت بر قصاص مرتکب دارد و مفاد آن با قاعدهٔ درء



تعارض دارد. در قسمت انتهایی ماده فوق هم حکم مزبور در صورت شک در مجنون بودن مجنی علیه جاری دانسته شده است. در اینجا نیز حالت سابق مجنی علیه قبل از انجام جنایت، عدم جنون او بوده و در صورت بروز شبهه در جنون وی در هنگام ارتکاب جنایت، همان حالت یعنی عدم جنون مجنی علیه استصحاب می شود و استصحاب جاری در این ماده نیز با قاعده درء ناسازگار است.

۳. تقدم قاعده درء بر اصل استصحاب

گفته شد که تعارض بین استصحاب و قاعده درء از نوع تعارض غیرمستقر است، چون تعارض بین آنها واقعی نیست؛ زیرا قاعده درء از ادله اجتهادی است و ادله اجتهادی بر ادله فقاهتی (اصول عملیه) مقدم اند. این تقدم از نوع ورود است، زیرا با اجرای قاعده درء، موضوع استصحاب (شک) تعبداً از بین می رود. در توضیح باید گفت: وقتی در ثبوت جرمی شک شود، با اجرای قاعده درء و حکم به بی گناهی متهم، به حکم تعبد، دیگر شکی باقی نمی ماند تا بتوان با اجرای استصحاب، آن جرم را اثبات کرد.

بحثی که باقی می ماند، این است که چرا قاعده درء اماره بوده و از ادله اجتهادی است و مانند استصحاب، اصل عملی محسوب نمی شود؟

اماره در لغت به معنای علامت و نشانه است (جوهری، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ص ۴۸۵) و در اصطلاح اصول فقه به آن دلیل ظنی ای گفته می شود که شارع آن را معتبر شناخته است. به عبارت دیگر، هر چیزی که متعلق خود را ثابت نماید، اما به درجه قطع و یقین نرسد، اماره است، مانند خبر واحد، ظواهر و بنای عقلا. منشأ اعتبار اماره و حجت بودن آن این است که اماره دائماً یا در بیشتر موارد با افاده ظن، کاشف از واقع است و شارع آن ظن را معتبر دانسته است. مراد از ظن، «ظن نوعی» است؛ یعنی در بین نوع و اغلب مردم افاده ظن می کند. اما اصول عملیه اموری هستند که متعلق خود را اثبات نمی کنند؛ بلکه برای رفع تحیر و سرگردانی مکلف درباره حکم واقعی قرار داده شده اند تا مکلف برای نجات از سرگردانی به آنها تمسک نماید (مظفر، ۱۳۸۹: ص ۳۷۳).





اگر مفاد قاعده درء را مبتنی بر سیره و بنای عقلا بدانیم، این قاعده نیز همانند «سوق مسلمین» اماره می‌شود. روشن است که مفاد قاعده درء مبتنی بر سیره و بنای عقلاست؛ با این توضیح که عقلا در موارد شبهه، اصل را بر بی‌گناهی متهم می‌گذارند و متهم را مجازات نمی‌کنند؛ مگر اینکه خلافش ثابت شود؛ چون در صورت وجود شبهه در موضوع یا حکم، قطعاً موضوع یا حکم محقق نمی‌شود و در نتیجه مجازات نیز ثابت نخواهد شد. به عبارت دیگر، نبود بینه بر انجام عمل مجرمانه، نشانه عدم احراز آن عمل و به تبع آن عدم مجازات برای آن است و وجود اصل عملی نمی‌تواند زمینه مجازات را محقق سازد. نتیجه اینکه، چون قاعده درء مبتنی بر بنا و سیره عقلاست و بنای عقلا پس از تأیید صریح یا ضمنی شارع، تعبداً کاشف از واقع است و در این زمینه نه تنها ردعی از طرف شارع وارد نشده، بلکه با «تدرأ الحدود بالشبهات» چنین بنایی تأیید هم شده است. پس در صورت شک در مجرمیت، ظنّ نوعی به عدم مجرمیت پیدا می‌شود؛ مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. شارع مقدس نیز این ظن را از باب مصلحت و ترجیح اهم بر مهم (فرار از مجازات مجرم واقعی بهتر از مجازات شدن غیر مجرم است) اعتبار داده است. بنابراین، قاعده درء اماره است و در صورتی که مفاد استصحاب و قاعده درء تعارض داشته باشد، قاعده درء جاری شده و محلی برای اجرای اصل استصحاب نمی‌ماند.

دلیل دیگر بر تقدیم قاعده درء بر اصل استصحاب این است که قاعده درء یکی از قواعد مسلم فقهی است. فقیهان در تعریف قاعده فقهی گفته‌اند: «قاعده فقهی حکم فقهی کلی‌ای است که برای استنباط احکام فقهی جزئی به کار می‌رود» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱: ص ۲۳). در مقابل، استصحاب اصل عملی است و در مقام حیرت و سرگردانی، حکم ظاهری قضیه را بیان می‌کند (انصاری، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۱۳). بنابراین، با وجود حکم فقهی‌ای همچون قاعده درء، نوبت به اجرای اصل عملی‌ای همچون استصحاب نمی‌رسد.

قاعده درء حتی اگر اماره هم نباشد، باز هم بر اصل استصحاب مقدم خواهد بود؛ هر چند اصل استصحاب بر خلاف مفاد آن باشد. بنابراین، اگر متهم ادعای نسیان، غفلت، خطا، اضطرار، اکراه و غیر اینها را مطرح کند و برای حاکم شبهه ایجاد شود،

همین بروز شبهه باعث درء حد از متهم می‌شود و اصل عدم نسیان یا عدم خطا یا عدم اضطرار یا عدم اکراه جاری نمی‌شود؛ زیرا موضوع قاعده «درء الحد» حدوث شک و شبهه است و چنانچه اصول عدمیه در این موارد جاری شود، موضوعی از برای جریان قاعده نمی‌ماند و لغویت لازم می‌آید. از سوی دیگر، هنر قاعده درء این است که در صورتی که اصول دیگر (از جمله استصحاب) با آن مغایر باشد، بتواند مجازات را رفع کند؛ زیرا دایره شمول استصحاب از دایره شمول قاعده درء عام‌تر است و در هر موردی که قاعده درء جاری می‌شود، اگر بتوان با اجرای استصحاب، هر چند استصحاب عدمی، جلوی قاعده درء را گرفت، دیگر محلی برای اجرای قاعده درء باقی نمی‌ماند.

اینکه بعضی از فقیهان در پاره‌ای از موارد جانب استصحاب را مقدم دانسته‌اند، به سبب آن است که قاعده درء را در آن مورد جاری نمی‌دانند. مثلاً ممکن است جانی قبل از انجام جنایت، سابقه جنون نداشته نباشد، ولی ادعای جنون نماید. صاحب جواهر در این فرض به قصاص حکم داده است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲: ص ۱۸۴)؛ زیرا ایشان قاعده درء را در قصاص جاری نمی‌دانند. در مقابل، از آنجا که شهید ثانی جریان این قاعده را در قصاص اجازه داده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۴۰)، در نتیجه، به سقوط قصاص حکم داده است. صاحب مبانی تکملة المنهاج نیز در این مسئله به ثبوت مجازات حکم داده است؛ به این علت که ایشان اصلاً قاعده درء را نمی‌پذیرد (خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱ موسوعه: ص ۹۶). از سوی دیگر با مطالعه باب «حدود» (سرقه، زنا و...) روشن می‌شود که فقیهان در صورت وجود شبهه در این موارد، به اتفاق، حکم به سقوط مجازات داده‌اند؛ مگر اینکه مانند محقق خوئی، حجیت این قاعده را از اساس نپذیرفته باشند.

نتیجه‌گیری

با مطالعه فقه جزایی اسلام و قانون مجازات اسلامی ایران روشن می‌شود که اگر در ثبوت حکم یا موضوع حکم حدی در زمان گذشته یقین داشته باشیم و در زمان بعد در بقای آن حکم یا موضوع دچار شبهه شویم، مقتضای اصل استصحاب ثبوت حد است؛





در حالی که به علت وجود شبهه، قاعده درء بر رفع حد دلالت دارد. در نتیجه، بین مدعی اصل استصحاب و قاعده درء تعارض حاصل می‌شود. چنین تعارضی در فقه و قوانین موضوعه جزایی زیاد است. از آن موارد به مواد ۳۰۷، ۳۰۸ و ۳۱۱ قانون مجازات اسلامی می‌توان اشاره نمود. فقیهان و حقوق‌دانان در برخی موارد با استناد به اصل استصحاب، حکم به مجازات داده‌اند و در موارد دیگری با استناد به قاعده درء، حکم به سقوط مجازات داده‌اند. با بررسی مبنای فقهی و اصولی فقیهان معلوم می‌شود که کسانی که حجیت قاعده درء را پذیرفته‌اند و شمول آن بر حدود، قصاص و تعزیر را قبول دارند، در صورت وجود شبهه، به تقدیم قاعده درء حکم داده‌اند. از طرف دیگر، فقیهانی مانند محقق خوئی که این قاعده را از اساس نمی‌پذیرند، جانب استصحاب را مقدم دانسته‌اند. بعضی از فقیهان از جمله صاحب جواهر و مقدس اردبیلی و هم‌مسلك‌های آنها نیز، که جریان قاعده درء را در قصاص نمی‌پذیرند، در صورت تعارض مفاد استصحاب و قاعده درء در باب قصاص، جانب استصحاب را مقدم دانسته‌اند.

با بررسی‌های انجام‌شده به نظر می‌رسد که قاعده درء در مطلق مجازات‌ها اعم از حد، قصاص و تعزیر جریان دارد؛ زیرا: نخست، قصاص مانند حدود، مجازات الهی است؛ دوم: لفظ «حد» در لغت و لسان ائمه علیهم‌السلام در معنای قصاص و تعزیر نیز استفاده شده است و بنابراین، عموم «الحدود» در قاعده «تدرأ الحدود بالشبهات» شامل قصاص و تعزیر نیز می‌شود؛ سوم، از آنجا که در قصاص، سخن از جان و نقص عضو است و در صورت اشتباه در اجرای قصاص، جان انسان بی‌گناه به خطر می‌افتد، شایسته است که در موارد شبهه با اعمال قاعده درء قصاص برداشته شود؛ چهارم، امتنانی بودن قاعده مانع از آن نیست که شامل قصاص نیز بشود و امتنانی بودن این قاعده با حقوق متهم منافاتی ندارد، زیرا حقوق اولیای دم با پرداخت دیه جبران‌شدنی است. از سوی دیگر، طبق احادیث معصومان علیهم‌السلام، خطا کردن در عفو، بهتر از خطا کردن در اجرای مجازات است.

بنابراین، از آنجایی که مفاد قاعده درء مبتنی بر بنای عقلاست و بنای عقلا کاشف از واقع است و اماره محسوب می‌شود، از این‌رو، قاعده درء اماره است و با اجرای آن

موضوع استصحاب (شک) ازین می‌رود. در نتیجه، قاعده درء بر اصل استصحاب وارد است. حتی اگر این قاعده اماره شرعی هم نباشد، باز هم بر استصحاب مقدم است؛ زیرا دایره شمول استصحاب از دایره شمول قاعده درء عام‌تر است و در هر موردی که قاعده درء جاری می‌شود، اگر بتوان با اجرای استصحاب (هرچند استصحاب عدمی) جلوی قاعده درء را گرفت، دیگر محلی برای اجرای قاعده درء باقی نخواهد ماند و لغویت لازم می‌آید. از طرف دیگر، قاعده درء یکی از قواعد مسلم فقهی است. اصولیان در تعریف قاعده فقهی گفته‌اند: «قاعده فقهی حکم فقهی کلی‌ای است که برای استنباط احکام فقهی جزئی به کار می‌رود»؛ اما استصحاب اصل عملی است و در مقام حیرت و سرگردانی، حکم ظاهری قضیه را بیان می‌کند. بنابراین، با وجود حکم فقهی‌ای همچون قاعده درء، نوبت به اجرای اصل عملی‌ای همچون استصحاب نمی‌رسد.



کتابنامه

- * قرآن کریم، ترجمه ناصر مکارم شیرازی.
۱. آخوند خراسانی (محمد کاظم بن حسین) (۱۴۰۹ق)، کفایة الأصول، چاپ نخست، قم: آل البيت علیهم السلام.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. انصاری مرتضی (۱۴۲۸ق)، فرائد الأصول، چاپ نهم، قم: مجمع الفكر الإسلامی.
۴. ترمذی، محمد بن عیسی (۱۹۷۵م)، سنن الترمذی، چاپ دوم، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي.
۵. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۸ق)، الصحاح، بیروت: دارالفکر.
۶. خمینی (امام)، سید روح الله موسوی (۱۳۷۶)، الإستصحاب، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۷. _____ (بی تا)، تحریر الوسيلة، چاپ نخست، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۸. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۲۲ق)، مبانی تکملة المنهاج (ج ۴۱ و ۴۲ موسوعة الإمام الخوئی)، چاپ نخست، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی علیه السلام.
۹. ساداتی، سید محمد مهدی (۱۳۹۵)، «شرايط اعمال قاعدة دره در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۴، ص ۱۱۳-۱۴۶.
۱۰. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۸)، الوسيط فی أصول الفقه، چاپ چهارم، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۱. سیزواری، سید عبدالأعلى (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحكام، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار.
۱۲. شهید ثانی (زین الدین بن علی) (۱۴۱۳ق)، مسالک الأفهام، چاپ نخست، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
۱۳. شیخ صدوق (ابو جعفر محمد بن علی) (۱۴۱۵ق)، المقنع، چاپ نخست، قم: مؤسسه امام هادی علیه السلام.
۱۴. شیخ طوسی (محمد بن حسن) (۱۳۸۷ق)، المبسوط، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.



۱۵. _____ (۱۴۰۷ق)، الخلاف، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۶. صاحب جواهر (محمدحسن نجفی) (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۱۷. صدر، محمدباقر (۱۴۱۷ق)، بحوث فی علم الأصول، چاپ سوم، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۱۸. طباطبائی، سیدعلی بن محمد (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل، چاپ نخست، قم: آل البيت علیهم السلام.
۱۹. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق)، مجمع البحرین، چاپ سوم، تهران: کتاب فروشی مرتضوی.
۲۰. عاملی حسینی، سید جواد (بی تا)، مفتاح الکرامه، چاپ نخست، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۱. علامه حلی (حسن بن یوسف بن مطهر) (۱۴۲۰ق)، تحریر الأحکام، چاپ نخست، قم: مؤسسه امام صادق علیهم السلام.
۲۲. عمید، حسن (۱۳۶۲)، فرهنگ فارسی عمید، تهران: انتشارات امیرکبیر.
۲۳. فاضل هندی (محمد بن حسن) (۱۴۱۶ق)، کشف اللثام، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۴. فخلعی، محمدتقی (۱۳۷۹)، «پژوهشی در قاعده فقهی درء الحد»، مطالعات اسلامی، ش ۴۷ و ۴۸، ص ۱۲۱-۱۶۴.
۲۵. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (۱۴۱۲ق)، القاموس المحیط، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۶. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۲۷. مامقانی، عبدالله (بی تا)، تنقیح المقال فی علم الرجال، نجف: مطبعة المرتضویه.
۲۸. مجلسی اول (محمدتقی) (۱۴۰۶ق)، روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: مؤسسه فرهنگی - اسلامی کوشانبور.
۲۹. محقق حلی (جعفر بن حسن) (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
۳۰. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۱. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین (بی تا)، القصاص علی ضوء القرآن و السنة، ج ۱، قم: بی تا.



۳۲. مسعود، جبران (بی‌تا)، فرهنگ الفبائی الرائد، ج ۱، چاپ سوم، مشهد: آستان قدس رضوی، شرکت به‌نشر.
۳۳. مظفر، محمدرضا (۱۳۸۹)، أصول الفقه، چاپ هفتم، قم: بوستان کتاب.
۳۴. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۸ق)، انوار الفقاهه - کتاب حدود و تعزیرات، چاپ نخست، قم: مدرسه امام علی علیه السلام.
۳۵. _____ (۱۴۱۱ق)، القواعد الفقهية (لمکارم)، چاپ سوم، قم: مدرسه امام علی علیه السلام.
۳۶. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۲ق)، الدر المنضود فی أحكام الحدود، چاپ نخست، قم: انتشارات دار القرآن الکریم.
۳۷. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۷ق)، فقه الحدود و التعزیرات، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید.
۳۸. موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۴۰۱ق)، قواعد فقهية، چاپ سوم، تهران: عروج.
۳۹. میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۰)، حقوق کیفری اختصاصی - جرائم علیه اشخاص، چاپ هشتم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۴۰. نائینی، محمدحسین (بی‌تا)، أجود التقریرات، به تقریر ابوالقاسم خوئی، قم: کتاب‌فروشی مصطفوی.

