

مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۳ - شماره ۲۵ - پاییز و زمستان ۱۴۰۰

صفحات ۱۷۷ - ۲۱۲ (مقاله پژوهشی)

جریان یا عدم جریان قاعده درأ در قصاص با تأکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

احمد حاجی ده آبادی*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۴/۲۹

چکیده

گرچه انعکاس قاعده درأ در کتاب کلیات قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ گویای آن است که قاعده درأ، در قصاص هم جاری می شود اما ظاهر مواد متعددی در کتاب (باب) قصاص قانون مذکور، این معنا را به ذهن خطور می دهد که قاعده درأ، در قصاص جاری نمی شود. سه راه در جمع میان ماده ۱۲۰ و ۱۲۱ و مواد مورد اشاره متصور است: جریان قاعده درأ در قصاص به استثنای مواد مورد اشاره؛ جریان قاعده درأ در قصاص به طور کلی و حاکمیت مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ بر مواد مذکور و عدم جریان قاعده درأ در قصاص به طور کلی. مقاله حاضر با بررسی هر سه راه و با پیش فرض این که اولاً، قاعده درأ تنها در صورتی کارکرد انحصاری دارد که ادله و اصول مثبت مجازات اند و ثانیاً، تنها در شبهات مصداقیه که برای قاضی پیدا می شود معنا دارد، از عدم جریان قاعده درأ در قصاص و به طور کلی در حق الناس، اعم از حدود، قصاص، دیات و تعزیرات دفاع می کند.

کلیدواژه: قاعده درأ، ماده ۱۲۰ ق.م.ا. ۱۳۹۲، استصحاب، اماره، اصل عملی.

مقدمه

بی‌گمان قاعده درأ، معروف‌ترین و مشهورترین قاعده باب حدود است. مفاد این قاعده آن است که حدود با شبهه ساقط می‌شوند و حدّ در صورتی اجرا می‌شود که شبهه ای وجود نداشته باشد. پس از پذیرش قاعده درأ در حدود، آنگاه از قلمرو آن بحث می‌شود و از این که آیا در تعزیرات، قصاص و دیات هم جاری می‌شود یا خیر؟ این موضوع در مقالات و کتاب‌ها مطرح شده اما آن چه مهم است موضع قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در این زمینه است. ظاهر این قانون از یک سو جریان قاعده درأ در قصاص و از سوی دیگر، عدم جریان قاعده درأ در قصاص است. این مقاله به بررسی این موضوع و کشف سیاست قانونگذار در این زمینه می‌پردازد. در ابتدا مفروضات بحث تبیین می‌شود، آنگاه به تحریر محلّ نزاع پرداخته می‌شود و در ادامه به راه حلّ‌هایی که برای رفع تعارض میان ماده ۱۲۰ با مواد دیگر قانون مجازات اسلامی بیان می‌شود می‌پردازد و با نقد و بررسی آنها به جمع‌بندی نهایی می‌رسد.

۱. مفروضات

۱-۱. ماهیت قاعده درأ

آیا قاعده درأ مطلب جدیدی را بیان می‌کند یا در واقع، بیان دیگری از اصل عدم و اصولی همانند آن است؟ ممکن است تصوّر شود که قاعده درأ، مطلب جدیدی بیان نمی‌کند زیرا حکم به مجازات در صورتی داده می‌شود که موضوع یعنی جرم حدّی احراز شود و تا وجود جرم احراز نشود طبعاً حکم به مجازات داده نمی‌شود و در صورت شکّ، اصل عدم اقتضا می‌کند جرم محقّق نشده است. عبارات برخی فقها موهم این است که بود و نبود قاعده درأ در احکام اثری ندارد (کریمی جهرمی، ۱۴۱۲: ۱/ ۲۵-۲۴ و ۴۶). برخی سقوط حدّ با شبهه را مقتضای قاعده می‌دانند، زیرا استصحاب موضوعی (استصحاب عدم ارتکاب زنا و ...) یا استصحاب حکمی

(استصحاب عدم جواز اجرای حدّ) اقتضای سقوط حدّ از متهم را دارد (مؤمن قمی، ۱۳۸۰: ۲۸-۲۹ و ۷۹). وجود اصول و قواعد دیگر در موارد جریان قاعده در آنکه مقتضی عدم ثبوت حدّند، باعث شده که برخی «مطابقت قاعده در آن با ظواهر ادله» را از جمله مستندات این قاعده بدانند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۲: ۱۵۴) و به همین جهت است که برخی بحث و بررسی پیرامون مستند این قاعده را لغو و قاعده را بی‌نیاز از اثبات می‌دانند (سبزواری؛ ۱۴۱۷: ۲۷/۲۲۸-۲۲۹).

اما چنین نیست و قاعده در آن مطلب جدیدی را بیان می‌کند. توضیح این که موارد جریان قاعده در آن بر دو قسم است: گاه در کنار قاعده در آن، ادله و اصول نیز دلالت بر سقوط مجازات می‌کنند و گاه ادله و اصول، دلالت بر ثبوت مجازات دارند و قاعده در آن به تنهایی می‌خواهد مجازات را ساقط کند (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۹: ۵۹-۶۰). آن چه مهم است مورد دوم است و قسم اول محلّ بحث نیست. مثلاً اگر اصل وقوع قتل، مشکوک باشد اصل براءت و استصحاب عدم، بر عدم انتساب قتل به متهم دلالت داشته و دیگر نیازی به قاعده در آن نیست. همچنین اگر کسی کار نوعاً کشنده مطلقاً را انجام دهد که از نوعاً کشنده بودن آن آگاه باشد قاتل عمدی به شمار می‌رود. اگر شکّ شود که آیا قاتل از نوعاً کشنده بودن قتل آگاه بوده یا خیر؟ تبصره یک ماده ۲۹۰ ق.م.ا. ۱۳۹۲، حکم را مشخص نموده و اصل را بر علم گذاشته است:

«در بند (ب) عدم آگاهی و توجه مرتکب باید اثبات گردد و در صورت عدم اثبات، جنایت عمدی است مگر جنایت واقع شده فقط به علت حساسیت زیاد موضع آسیب، واقع شده باشد و حساسیت زیاد موضع آسیب نیز غالباً شناخته شده نباشد که در این صورت، آگاهی و توجه مرتکب باید اثبات شود و در صورت عدم اثبات، جنایت عمدی ثابت نمی‌شود.»

حال اگر کسی کار نوعاً کشنده مطلقاً انجام دهد که حساسیت زیاد موضع آسیب غالباً شناخته شده نیست و مدعی جهل به آن است و دادستان یا ولی دمّ نتواند علم و

آگاهی او را اثبات نمایند مطابق ذیل تبصره فوق، از اتهام قتل عمد مبراست و دیگر نیازی به استناد به قاعده درآ نیست.

همچنین این مورد هم از محل بحث خارج است:

«اگر کسی ماری را (به سمت دیگری) بیندازد و در کنار او، مار دیگری باشد و مجنی علیه بمیرد و ندانیم آیا بر اثر مار پرت شده مرده یا مار دیگر؟ علم اجمالی داریم که یکی از این دو سبب مرگ شده است اما قصاص جانی مشکل است؛ زیرا عرفاً علم به صحت استناد قتل عمد یا خطا به وی وجود ندارد و حدود با شبهه برداشته می شود» (علوی، ۱۳۷۸: ۱/۸۶).

همچنین گرچه برخی نویسندگان، مواد ۳۶۶ و ۴۷۹ و ۴۸۲ را شاهدهی بر جریان قاعده درآ در قصاص آورده اند (مرتاضی و امیران بخشایش، ۱۳۹۷: ۷۰-۷۱) اما در این مواد، در اصل استناد قتل به جانی تردید وجود دارد و به همین دلیل، حتی اگر محقق قاعده درآ را قبول نداشته باشد، مفاد این مواد را قبول دارد. به تعبیر دیگر، گرچه می توان در اینگونه موارد به قاعده درآ نیز استناد کرد ولی نیازی بدان نیست و این مقاله نافی قاعده درآ در این موارد نیست. به همین جهت، نباید آیه الله خوبی و مانند ایشان (مثل آیه الله تبریزی) را مخالف قاعده درآ به طور کلی دانست، زیرا موارد زیادی از مثال هایی که برای قاعده درآ در کتاب ها و نوشته ها آورده شده است

۱. مطابق این ماده: «اگر وقوع قتل های عمد از جانب دو یا چند نفر ثابت باشد، لکن مقتول هر قاتلی مردد باشد مانند این که دو نفر، توسط دو نفر به قتل رسیده باشند و اثبات نشود که هر کدام به دست کدام قاتل کشته شده است، اگر اولیای هر دو مقتول، خواهان قصاص باشند، هر دو قاتل قصاص می شوند و اگر اولیای یکی از دو مقتول، به هر سبب، حق قصاص نداشته باشند یا آن را ساقط کنند، حق قصاص اولیای مقتول دیگر نیز به سبب مشخص نبودن قاتل، به دیه تبدیل می شود.»

۲. «ماده ۴۷۹- هر گاه کسی در اثر رفتار عده ای کشته یا مصدوم شود و جنایت، مستند به برخی از رفتارها باشد و مرتکب هر رفتار مشخص نباشد، همه آنها باید دیه نفس یا دیه صدمات را به طور مساوی بپردازند.»

۳. «ماده ۴۸۲- در موارد علم اجمالی به انتساب جنایت به یکی از دو یا چند نفر و عدم امکان تعیین مرتکب، چنان چه جنایت، عمدی باشد قصاص ساقط و حکم به پرداخت دیه می شود.»

مواردی اند که اصول و ادله، دلالت بر سقوط مجازات می کند. طبعاً در این موارد، نیازی به استناد به قاعده در آن نیست ولی اگر هم استناد شود، منعی ندارد.

آن چه محور نقد و بحث است شبهات مصداقیه ای است که ادله و اصول، مثبت مجازات می باشند و به همین جهت است که صاحب جواهر در جریان قاعده در آن در قصاص اشکال می کند؛ بدان جهت که در حکم مخالف عمومات و اصول، باید به قدر متیقن اکتفا نمود و قدر متیقن، حدود است: «فلعلّ الاقتصار فی الأحکام المخالفه للأصول و العمومات علی الحدّ بالمعنی الأخصّ دون غیره إلّا ما یفهم من فحوی أو غیرها لایخلو من قوه، و من هنا یقوی عدم اندراج القصاص فی إطلاق الحدّ، و الله العالم» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵۷/۴۱-۲۵۸).

به تعبیر دیگر، آن چه مهم است مواردی است که شخصی مرتکب جنایتی شده باشد که مطابق ظواهر پرونده و اصول و ادله، عمد و مستحقّ قصاص به شمار می رود، اما شبهه ای وجود دارد که اگر جریان قاعده در آن در قصاص ثابت شود مانع از حکم به قصاص خواهد شد. مثلاً قاتل مدّعی است که یک لحظه دچار جنون آنی شده، یا در حین قتل، مجنون بوده است، در حالی که سابقه وی بر خورداری از عقل است. در اینجا مطابق استصحاب عقل داشتن، باید حکم به قصاص داد، اما به فرض جریان قاعده در آن در قصاص، باید به سقوط قصاص حکم کرد. یا مثلاً کسی به طور عمد دیگری را کشته است اما ادّعا می کند که مقتول، مهدورالدم بوده و مثلاً در دفاع مشروع او را کشته است. قاتل دلیلی بر مدّعی خود نمی تواند اقامه کند و ادله ای که آورده است برای قاضی یقین ایجاد نکرده، اما قاضی شبهه یا تردید در صحّت ادّعی او دارد. اینجا مطابق اصل عدم باید گفت تجاوزی صورت نگرفته و قاتل را به قصاص محکوم کرد؛ گرچه بنا بر جریان قاعده در آن در قصاص باید حکم به سقوط قصاص داد. یکی از مصادیق خوب برای این قاعده آن است که اگر کسی لقیط را بکشد و ثابت نشود که

جریان یا عدم جریان قاعده درأ در قصاص با تأکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ — ۱۸۲

مقتول برده است یا حرّ، برخی فقها علی‌رغم آن که اصل را بر حرّیت می‌دانند، قائل به سقوط قصاص می‌باشند (علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۲۰۴/۲).

۲-۱. قاعده درأ، قاعده ای قضائی

در مورد این که شبهه باید برای چه کسی حاصل شود تا مجازات ساقط شود؟ سه احتمال می‌رود: متهّم، قاضی و مجتهد. گرچه ممکن است با تمسّک به این که واژه «الشبهات»، جمع محلّی به الف و لام می‌باشد که افاده عموم می‌کند هر سه شبهه در قاعده درأ، باعث سقوط مجازات دانسته شود، اما محلّ بحث ما شبهه قاضی می‌باشد و نه شبهه متهّم و مجتهد.

توضیح این که به نظر می‌رسد شبهه متهّم هیچ تأثیری در قاعده درأ ندارد، زیرا شبهه متهّم از دو حالت خارج نیست: یا این شبهه هیچ تأثیری در سقوط مجازات ندارد، یا شبهه واقعاً مجازات را ساقط می‌کند؛ در هر صورت، حکم قضیه قطعاً و یقیناً ثابت می‌شود و نیازی به جریان قاعده درأ نیست (حاجی ده آبادی، ۱۴۰۰: ۳۶). مثلاً اگر متهّم به سرقت نمی‌دانسته که مال ربوده شده، مال دیگران است و فکر می‌کرده است مال خودش است در این صورت، یقیناً حدّ سرقت ثابت نیست؛ چون از شرایط ثبوت سرقت، علم رباینده به تعلق مال به دیگری است که در اینجا مفقود است. از سوی دیگر، اگر متهّم مثلاً بداند که مال، متعلق به دیگری است اما نداند مالی را که می‌برد به الف تعلق دارد یا به ب، این شبهه هیچ تأثیری در سقوط حدّ ندارد. مثال دیگر، اگر شراب مسکر نمی‌دانسته است که آن چه می‌خورد مسکر است، حدّ شرب مسکر اصلاً ثابت نیست، زیرا یکی از شرایط جرایم عمدی و از جمله شرب مسکر، علم به موضوع است که در اینجا مفقود است. اما اگر می‌دانسته مسکر بوده و نوشیدن مسکر، حرام است ولی نمی‌دانسته شراب انگور است یا شراب جو، این شبهه هیچ تأثیری در سقوط حدّ ندارد. بنابراین، شبهه متهّم در قاعده درأ هیچ اثری ندارد.

مثال دیگر، مردی زنش کشته می‌شود و او به زعم این که ولی دم است قاتل را قصاص می‌کند و بعد می‌فهمد که او ولی دم نبوده بلکه ولی دم، اقوام نسبی زن است که در حال حاضر، پسرعموی زنش است و در خارج از کشور اقامت دارد و سال هاست با او ارتباطی ندارند. در اینجا نیاز به جریان قاعده در آن نیست و به راحتی می‌توان حکم به سقوط قصاص داد، زیرا این مرد، مرتکب قتل به اعتقاد مهدور الدم بودن و قتل به اعتقاد قصاص شده است و چنین قتلی، عمد مستوجب قصاص نمی‌باشد (بند ب ماده ۲۹۱ و ماده ۳۰۳ ق.ا.م.ا). نیز اگر پسری، مردی را در حال زنا با مادرش ببیند و او را بکشد و مدعی شود که خیال می‌کرده می‌توانسته او را بکشد در حالی که ماده ۶۳۰ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۰ چنین اجازه ای را تنها به شوهر داده‌است و حتی پدر و برادر هم چنین حقی ندارند، اگر جهل وی ثابت شود حکم به قصاص داده نمی‌شود. از سوی دیگر، اگر کسی دیگری را بکشد به خیال این که ثروتمند است و بعد از بررسی جیب لباس هایش بفهمد مقتول، شخص فقیری بوده است این شبهه هیچ تأثیری در سقوط قصاص ندارد. بنابراین، شبهه متهم یا یقیناً مجازات را بر می‌دارد و یا این که هیچ تأثیری در سقوط مجازات ندارد و در هر صورت، محلی برای جریان قاعده در آن نیست. همچنین شبهه مجتهد هم از محل بحث خارج است.^۱ این که در شبهات حکمیّه، آیا مجتهد باید مطابق اطلاق و عموم ادله حدود و قصاص و تعزیرات عمل کند یا در صورت وقوع شبهه، به سقوط مجازات حکم دهد؟ از محل بحث خارج است، چون اولاً، مربوط به استنباط احکام شرعی است در حالی که ما فعلاً در صدد بررسی قانون مجازات اسلامی هستیم. ثانیاً، نتیجه وجود شبهه در حکم این است که یا شبهه هیچ تأثیری در حکم ندارد؛ یا اگر هم تأثیر داشته باشد راه های دیگری مثل شک در اطلاق و عموم ادله کیفر هم نتیجه سقوط مجازات را خواهد داد؛ یعنی قاعده در آن کار منحصر به فرد انجام نداده است (همان: ۳۶). مثلاً جماع مرد از دبر با زنی که علقه

۱. گاه از شبهه حکمیّه تعبیر به شبهه در عنصر قانونی می‌شود. برای نمونه: ساداتی، ۱۳۹۵: ۱۳۰.

زوجیت میانشان برقرار نیست، لواط نیست؛ اما آیا زناست؟ مشهور فقها این را زنا می دانند؛ چنان که تبصره ۱ ماده ۲۲۱ ق.م.ا. نیز آن را زنا می داند. اما برخی فقها در صدق زنا تردید داشته و احتمال داده اند که به علت انصراف زنا به وطی از قُبُل و شبهه، حدّ زنا جاری نشود (خوانساری، ۱۴۰۵: ۳/۷). حال، در این مورد می توان فقط به انصراف تمسک کرد؛ یعنی چون در صدق زنا بر چنین عملی تردید است به استصحاب عدم جواز اجرای حدّ تمسک کرده و حکم به سقوط حدّ زنا داد (برای این استصحاب ر.ک. به مؤمن قمی، ۱۳۸۰: ۲۸ و ۲۹ و ۷۹). عین این وضعیّت در موردی جاری است که همسر مردی فوت کند و او بلافاصله با خواهر زنش ازدواج کرده و بعد با زوجه میته جماع کند و مجتهد نداند که آیا حدّ زنا بر او جاری می شود یا تنها تعزیر می شود؟

نیز در مورد صدق قذف با نسبت دادن زنا و لواط به وسیله ای غیر از لفظ همچون نوشته و عکس و فیلم و نقّاشی و مجسمه، اختلاف نظر است. برخی از معاصرین معتقدند: «نسبت دادن به زنا و لواط چه به لفظ یا به کتابت، قذف است و موجب حدّ می باشد» (تبریزی، ۱۳۷۸: ۴۲۶) اما برخی به استناد قاعده در اُ، نسبت دادن به غیر لفظ را قذف نمی دانند: «قدر متیقّن، لفظ است و الحدود تدرأ بالشبهات؛ بنابراین شامل اشاره و نوشتن نمی شود ولی ... حاکم ... او را تعزیر می کند» (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۵: ۵۲۵/۱).^۲ به نظر می رسد می توان علاوه بر استناد به قاعده در اُ، از راه تردید در شمول ادله قذف نسبت به قذف غیر لفظی، حکم به سقوط حدّ قذف داد. به تعبیر دیگر، حتی اگر فقیهی قاعده در اُ را قبول نداشته باشد، ممکن است در این دو مورد نیز حکم به

۱. مطابق تبصره ماده ۲۴۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲: «قذف علاوه بر لفظ با نوشتن هرچند به شیوه

الکترونیکی نیز محقق می شود.»

۲. ایشان در استفتائوی دیگر، نسبت دادن نوشتاری را قذف می داند (گنجینه استفتائات قضائی،

سؤال شماره ۹۰۱۶).

صدق زنا و قذف ندهد؛ بنابراین شبهه مجتهد، شبیه شبهه متهّم از محلّ بحث خارج است.

بهرتر است با توجه به موضوع مقاله مثال هایی برای شبهه حکمی در جنایات بیان شود. قانونگذار اشتباه در هویت را مؤثر ندانسته و قتل صورت گرفته را عمد می داند (ماده ۲۹۴)، اما حکم اشتباه در سایر موارد را مشخص نکرده است. مثلاً اگر کسی دیگری را بکشد به خیال این که دیوانه است یا فرزند خودش است و بعد بفهمد عاقل بوده یا فرزندش نبوده است آیا قتل صورت گرفته، عمد مستوجب قصاص است یا عمد فاقد قصاص و یا غیر عمد؟ اینجا چون شبهه حکمیّه است رفع آن به دست مجتهد است؛ ممکن است مجتهد بر اساس اطلاق ادله «العمد قود» (حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۴۰/۲۸) و «کتب علیکم القصاص فی القتلی» (بقره: ۱۷۸) و «النفس بالنفس» (مائده: ۴۵) حکم به قصاص دهد؛ و ممکن است مجتهدی در اطلاق ادله قصاص نسبت به این موارد، تردید داشته باشد. چنین مجتهدی می تواند بجای استناد به قاعده درأ، از باب استصحاب عدم استحقاق قصاص و ... به سقوط قصاص حکم دهد. همین وضعیّت در موردی که کسی دیگری را اکراه بر قتل خویش کرده و مُکرّه او را کشته باشد، جود دارد. محقّق حلّی برای عدم قصاص، به وجود شبهه استناد نمی کند بلکه به این که چون مقتول اذن در قتل خویش داده است حقّ قصاص را ساقط کرده و دیگر وارث او بر قاتل تسلّط ندارد (محقّق حلّی، ۱۴۰۸: ۱۸۵/۴)؛ اما شهید ثانی به شبهه نیز اشاره می کند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۸۹/۱۵).

مثال دیگر در ماده ۳۷۵ است که قانونگذار مقرر داشته است: «اکراه در قتل، مجوّز قتل نیست و مرتکب قصاص می شود و اکراه کننده به حبس ابد محکوم می شود». حال اگر برای مجتهد این شبهه مطرح شود که اگر وعید، قتل عدّه زیادی باشد آیا باز اکراه، مجوّز قتل نیست یا اکراه شونده می تواند مرتکب قتل ثالث شود؟ مثلاً الف به ب بگوید ج را بکش و گرنه تو را و پدر و مادر و فرزندان هم را می کشم. آیا باز

برای ب جایز نیست که مرتکب قتل ج شود یا از باب قاعده اُهم و مهم می تواند مرتکب قتل شود؟ این شبهه حکمیّه بوده و مربوط به مجتهد و قانونگذار است. حتی اگر پرونده ای هم در این زمینه تشکیل شده و برای قاضی شبهه در اطلاق و عدم اطلاق ماده ۳۷۵ پیدا شود چون منشأ آن شبهه در حکم است که رفع آن به دست مجتهد و قانونگذار می باشد از محلّ بحث خارج می باشد.^۱ حال ممکن است مجتهدی با تمسک به اطلاق ادله قصاص و ادله عدم پذیرش اکراه در قتل، باز حکم به قصاص اکراه شونده قاتل بدهد و ممکن است فقیهی با تمسک به قاعده در اُ یا با تردید در اطلاق ادله عدم پذیرش اکراه در قتل نسبت به این مورد، حکم به عدم قصاص دهد. در هر صورت، برای این مجتهد، دلیل عدم قصاص، تنها و تنها قاعده در اُ نمی باشد.

ممکن است گفته شود با وجود اصاله الاطلاق، مجتهد باید در موارد فوق، به وقوع زنا و قذف و قتل عمد موجب قصاص و ... فتوا دهد و تنها راه فتوا به عدم زنا و ...، قاعده در اُ است اما چنان که برخی از مراجع محقق معاصر گفته اند: «تمام اصولی که در مقام استنباط به کار گرفته می شود، همچون اصاله عدم الغفله، اصاله عدم الخطأ، اصاله العموم، اصاله الظهور، اصاله الاطلاق، اصاله الحقیقه و ... تنها در صورت اطمینان، حجت است؛ مگر دلیل انسداد صغیر را تمام بدانیم که ظنّ نیز معتبر خواهد بود» (شیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۱۱۷۸/۴).

۲. تحریر محلّ نزاع مواد متعارض

قانونگذار در قسمت کلیات قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۲۰، قاعده در اُ را آورده و ظاهر این ماده آن است که قاعده در اُ در قصاص هم جاری می شود؛ زیرا در این ماده، واژه جرم آمده که مطلق است. این ماده مقرر می دارد:

۱. چنان که در تبصره ماده ۲۴۶ ق.م.ا. ۹۲ نیز اگر برای قاضی این سؤال پیش آید که آیا قذف با نقاشی و مجسمه سازی و مونتاژ فیلم و عکس تحقّق می باید یا خیر؟ شبهه حکمیّه می باشد.

«هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هریک از شرایط مسؤولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود.»

اما مواد متعددی از قصاص، حاکی از عدم پذیرش قاعده درآ است. ذیلاً به اهمّ این مواد و موارد آن اشاره می‌شود. آن چه کار را مشکل کرده است واژه تردید در ماده ۱۲۰ و ۱۲۱ با حرف «یا» می‌باشد که بر دوگانگی آن با شبهه دلالت دارد و موهم این معناست که شبهه ضعیف هم باعث سقوط مجازات از جمله قصاص می‌شود؛ چنان که گاه در نوشته‌ها با چنین عبارتی و نظیر آن مواجه می‌شویم:

«شبهه در این قاعده، تمامی مراتب شبهه اعمّ از احتمال، شکّ و تردید، ظنّ و گمان و اعتقاد را در بر می‌گیرد. علاوه بر این، شبهه می‌تواند هم برای متهم و هم قاضی و یا هر دو مطرح شود ... به مجرد حدوث شکّ و شبهه، موضوع قاعده فعلیت می‌یابد و نوبت به جریان استصحابات عدمیه نمی‌رسد» (رحیمی نژاد، ۱۳۹۶: ۷۸).

آنگاه آیا موردی باقی می‌ماند که برای قاضی احتمال (ضعیف) و شکّ و تردید در آن نباشد؟ و اگر به مجرد حدوث شکّ، قاعده جریان پیدا کند آیا موردی برای مجازات باقی می‌ماند؟ حتی در جایی که شخص با پای خود آمده و اقرار می‌کند، بالاخره شبهه در عقل یا انگیزه وی و ... هست.^۱

۲-۱. ادّعی‌ای اکراه بر جنایات مادون نفس (ماده ۳۷۸)

اگر شخص الف، گوش ب را بریده و مدّعی شود که از سوی ج اکراه شده و تهدید به قتل شده است قضیه سه حالت دارد: اول- یقین داریم که اکراه بوده است؛

۱. این که یکی از قواعد باب حدود آن ست که انکار پس از اقرار به حدّ، باعث سقوط حدّ نمی‌شود آیا دلیل بر آن نیست که نباید به صرف شبهه و شکّ، حکم به سقوط مجازات کرد؟ بدیهی است کسی که اقرار کرده و سپس انکار می‌کند برای قاضی، شبهه در صحت اقرار باقی می‌ماند و با وجود این، روایات متعدد می‌گویند حدّ ساقط نمی‌شود.

در این صورت، ج مطابق ماده ۳۷۷ به قصاص محکوم می‌شود: «اکراه در جنایت بر عضو، موجب قصاص اکراه کننده است.» دوم - یقین داریم که اکراهی نبوده و الف دروغ می‌گوید، که در این صورت به قصاص محکوم می‌شود. سوم - شک داریم که الف راست می‌گوید یا دروغ. در اینجا ماده ۳۸۷ حکم قضیه را مشخص کرده است. مطابق این ماده: «ادعای اکراه بر جنایت بر عضو باید در دادگاه ثابت شود و در صورت عدم اثبات، با سوگند صاحب حق قصاص، مباشر قصاص می‌شود.» لحن ماده آن است که ادعای اکراه پذیرفته نیست و حتماً باید اثبات شود تا قصاص ساقط شود. در فرض شبهه چه باید کرد؟ مثلاً الف نتوانست اکراه را اثبات کند ولی قاضی در پرونده می‌بیند که میان ج و ب، خصومت و دشمنی است، اما میان الف و ب خصومت و دشمنی اصلاً نبوده و یا خصومت زیادی نیست. این مقدار، باعث علم قاضی نشده است اما باعث شبهه او شده است. ظاهر ماده ۳۷۸ آن است که در اینجا باید حکم به قصاص داد و شبهه باعث سقوط قصاص نمی‌شود؛ بخصوص این که اگر شبهه باعث سقوط قصاص شود چه باید کرد؟^۱

۲-۲. شبهه در توجه و آگاهی به نوعاً کشنده بودن عمل ارتكابی (تبصره ۱ ماده ۲۹۰)

قتل در دو صورت عمد است: یکی آن که قاتل، قصد قتل داشته باشد و دیگر، آن که کاری انجام دهد که نوعاً کشنده باشد هرچند قصد قتل نداشته باشد. کار نوعاً کشنده نیز بر دو قسم است: مطلق (موضوع بند ب ماده ۲۹۰)، و نسبی (موضوع بند پ

۱. از یک طرف به خاطر شبهه الف قصاص عضو نمی‌شود و از سوی دیگر، ج را هم نمی‌توان به قصاص محکوم کرد چون اکراه ثابت نشده است. حال آیا الف را می‌توان به دیه محکوم کرد؟ اگر واقعاً اکراه باشد او نه به قصاص و نه به دیه محکوم نمی‌شود. آیا ج را به دیه می‌توان محکوم نمود؟ اکراهی ثابت نشده است. مشکل وقتی مضاعف می‌شود که واژه جرم در ماده ۱۲۰ شامل دیات هم می‌شود و طبعاً نمی‌توان نه الف و نه ج را به دیه محکوم نمود. به تعبیر دیگر، اگر قاعده در اُ در قصاص جاری شود چرا در دیات جاری نشود؟ آنگاه آیا نتیجه گرفته شده که هیچ کدام به قصاص و دیه محکوم نشوند پذیرفته است؟

ماده ۲۹۰). قانونگذار انجام کار نوعاً کشنده مطلق را به شرط این که قاتل «آگاه و متوجه بوده که آن کار نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می‌شود» قتل عمد می‌داند. البته مطابق صدر تبصره یک این ماده: «در بند (ب) عدم آگاهی و توجه مرتکب باید اثبات گردد و در صورت عدم اثبات، جنایت عمدی است...» مفروض آن است که قاتل از نوعاً کشنده بودن کارش مطلع بوده و برای نجات از اتهام قتل عمد و قصاص باید جهل خویش را ثابت نماید. حال اگر قاتل نتواند جهلش را اثبات کند ولی برای قاضی این شبهه پیش آید که او راست می‌گوید که نمی‌دانسته چنین کاری عمل نوعاً کشنده مطلق است و با بررسی و تحقیق به هیچ نتیجه‌ای - نفیاً یا اثباتاً - نرسد ظاهر تبصره آن است که به جنایت عمدی محکوم می‌شود و این به معنای آن است که قاعده درأ در قصاص جاری نمی‌شود؛ اما مطابق ماده ۱۲۰ باید به سقوط قصاص حکم داد.

۲-۳. ادعای مهدور الدم بودن یا اعتقاد به مهدور الدم بودن (ماده ۳۰۳)

از جمله شرایط تعلق دیه و قصاص، محقون الدم بودن مقتول، و از جمله شرایط قصاص، علم قاتل به محقون الدم بودن مقتول است (بند ب ماده ۳۰۲ و ماده ۳۰۳). بنابراین، اگر مقتول، مهدور الدم بوده یا قاتل اعتقاد داشته که مقتول مهدور الدم بوده است به قصاص محکوم نمی‌شود. حال اگر قاتل مدعی باشد که مقتول، مهدور الدم است یا فکر می‌کرده که مقتول مهدور الدم است قضیه سه حالت دارد: اول- اگر یقین داشته باشیم که راست می‌گوید، قصاص ساقط است و اگر یقین داشته باشیم که دروغ می‌گوید قصاص ثابت است ولی اگر شک داشته باشیم چه باید کرد؟ ظاهر ماده ۳۰۳ آن است که قاتل به قصاص محکوم شود و برای سقوط قصاص، اثبات مهدور الدم بودن یا اثبات اعتقاد به مهدور الدم بودن لازم است. این ماده مقرر می‌دارد:

«هرگاه مرتکب، مدعی باشد که مجنی علیه، حسب مورد در نفس یا عضو، مشمول ماده (۳۰۲) این قانون است یا وی با چنین اعتقادی، مرتکب جنایت بر او شده است

جریان یا عدم جریان قاعده در ا در قصاص با تأکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ — ۱۹۰

این ادعا باید طبق موازین در دادگاه ثابت شود و دادگاه موظف است نخست به ادعای مذکور رسیدگی کند. اگر ثابت نشود که مجنی علیه مشمول ماده (۳۰۲) است و نیز ثابت نشود که مرتکب بر اساس چنین اعتقادی، مرتکب جنایت شده است مرتکب به قصاص محکوم می شود ولی اگر ثابت شود که به اشتباه با چنین اعتقادی، دست به جنایت زده و مجنی علیه نیز موضوع ماده (۳۰۲) نباشد مرتکب علاوه بر پرداخت دیه به مجازات مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می شود.»

ظاهر ماده این است که شبهه، باعث سقوط قصاص نیست؛ چون اثبات را لازم دانسته است. مثلاً شخص الف، ب را کشته و مدعی است که در دفاع مشروع، کشته است؛ یا این که ب، سب نبی کرده است. او نمی تواند ادعایش را ثابت کند ولی برای قاضی ظن و گمان قوی بر صحت ادعایش ایجاد شده است؛ مثلاً قاتل با مقتول، خصومت شخصی قبلاً نداشته اند و مقتول انسانی لاًابالی و فاسق است، اما این شبهه یقین آور نمی باشد و قاضی در صحت ادعای وی تردید دارد. در اینجا آیا باید حکم به قصاص بدهد یا نه؟ ظاهر ماده ۳۰۳ این است که در اینجا باید حکم به قصاص داد.

۲-۴. شک در بقا و زوال اختیار در مست قاتل (ماده ۳۰۷).

مستی با دو شرط، نسبت به جرمی که در حال مستی رخ داده، مانع مسئولیت کیفری است: زوال اختیار به طور کامل و خود را برای جرم مست نکردن. قانونگذار به این مطلب، هم در ماده ۱۵۴، و هم به طور خاص در ماده ۳۰۷ در مورد جنایت در حال مستی اشاره کرده است. مطابق این ماده:

«ارتکاب جنایت در حال مستی و عدم تعادل روانی در اثر مصرف مواد مخدر، روان گردان و مانند آنها، موجب قصاص است مگر این که ثابت شود بر اثر مستی و عدم تعادل روانی، مرتکب به کلی مسلوب الاختیار بوده است که در این صورت، علاوه بر دیه به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می شود.»

صدر ماده، اصل را بر قصاص گذاشته و حکم شکّ را مشخص نموده است؛ به این معنا که در فرضی که قاضی شکّ در صحت و عدم صحت ادّعی وی دارد باید حکم به قصاص بدهد. مثلاً شخصی در حال مستی دیگری را کشته و بعد از یک سال دستگیر شده و مدّعی است که موقع قتل، اختیارش به کلی از بین رفته بوده است. اگر قاضی بداند که او درست می‌گوید یا بداند که او دروغ می‌گوید مشکلی در صدور حکم نیست؛ اما اگر نداند چه باید کرد؟ ماده ۳۰۷ اصل را بر قصاص گذاشته است. مبنای این ماده می‌تواند یکی از این دو امر باشد: استصحاب (فاضل لنکرانی؛ ۱۴۲۱: ۱۸۲) و ظاهر حال.

استصحاب اراده با این بیان که، قاضی با خود می‌اندیشد که او تا وقتی که مسکر مصرف نکرده بود اختیار داشت و بعد که مسکر را استعمال کرد شکّ دارم که اختیارش از بین رفته یا از بین نرفته است؟ اختیار او را استصحاب می‌کنم؛ و به همین خاطر است که ماده ۳۰۷، اصل را بر قصاص گذاشته است. البته این استصحاب مشکل دارد: «این استصحاب اصل مثبت است؛ زیرا استصحاب اراده [اختیار]، اثبات نمی‌کند که عمل‌کننده نیز از روی اراده صورت گرفته است» (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۸: ۴۸۳). استصحاب اختیار اثبات نمی‌کند که قتل او هم اختیاری و عمدی بوده است. آن چه مهمّ است اختیاری بودن قتل است که با استصحاب اختیار ثابت نمی‌شود؛ یعنی این که شخص دارای اختیار بوده است اثبات نمی‌کند که ازهاق النفس المعصومه المكافئه به صورت عمدی و اختیاری صورت گرفته است. به تعبیر دیگر، اکنون من و شما دارای اختیار هستیم، اما در عین حال، ممکن است افعالی غیر اختیاری از ما سرزند. دومین نکته ای که بر اساس آن ممکن است قانونگذار اصل را بر قصاص گذاشته است ظاهر حال است؛ به این معنا که ظاهر حال افراد آن است که هر کاری که انجام می‌دهند با اختیار انجام می‌دهند و اگر مدّعی زوال اختیارند باید آن را اثبات

جریان یا عدم جریان قاعده در ادر قصاص با تأکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ — ۱۹۲

نمایند. به نظر می‌رسد بر همین مبناست که قانونگذار در ماده ۳۰۷ و نیز ماده ۱۵۴، اصل را بر بقای اختیار نهاده است:

«ماده ۱۵۴: «مستی و بی ارادگی حاصل از مصرف اختیاری مسکرات، مواد مخدر و روان گردان و نظایر آنها، مانع مجازات نیست مگر این که ثابت شود مرتکب حین ارتکاب جرم به طور کلی مسلوب الاختیار بوده است.»

گاه قاضی یقین به صحّت ادّعی قاتل دارد؛ مثلاً قاتل مادرش را در حال مستی کشته و مدّعی است که اختیارش به طور کامل از بین رفته است. در بررسی پرونده، متوجه می‌شویم که قاتل علاقه زاید الوصفی به مادرش داشته و هیچگونه اختلافی میانشان وجود نداشته است و چند بار بعد از قتل، از شدّت ناراحتی دست به خودکشی زده است. در اینجا یقین داریم که ادّعی او صحیح است اما ظاهر ماده آن است که اگر قاضی، شبهه در صحّت ادّعی قاتل داشته باشد باید او را به قصاص محکوم نماید. مثلاً اگر قاتل، دوستش را که اندکی اختلاف میان ایشان بوده، کشته باشد و ادّعا کند که اختیارش از بین رفته است و قاضی احتمال دهد که اختیار او از بین رفته است اما به یقین نرسد باید مطابق ماده ۱۵۴ و ۳۰۷ به قصاص حکم دهد.

۲-۵. شکّ در جنون و عقل جانی (ماده ۳۰۸)

اگر دیوانه ای مرتکب قتل شود قصاص نمی‌شود؛ چرا که مطابق قاعده «عمد الصبیّ و المجنون خطأ تحمله العاقله»، اگر کسی دیگری را عمدأ به قتل برساند و مدّعی شود که در هنگام قتل، دیوانه بوده است و برای قاضی در صحّت و سقم ادّعی وی شکّ حاصل شود مطابق ماده ۳۰۸ باید حالت سابق، استصحاب شود. اگر حالت سابق، جنون باشد ولیّ دم باید عقل او را در حین ارتکاب جنایت ثابت کند و اگر حالت سابق، برخوردار از عقل باشد قاتل باید جنون خود را اثبات کند و گرنه با قسم خوردن ولیّ دم، قصاص می‌شود. ماده ۳۰۸ مقرر می‌دارد:

«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 ولیّ دم یا مجنیّ علیه یا ولیّ او قصاص ثابت می‌شود.»

ظاهر ماده این است که در فرضی که سابقه قاتل، عقل است قصاص صورت می‌گیرد حتی اگر شبهه در عقل او باشد، مگر این که جنون به اثبات برسد. مثلاً الف شخصی است که جنون ادواری دارد و روز شنبه عاقل و روز دوشنبه دیوانه بوده و روز یکشنبه مرتکب قتل شده است. الف مدّعی است که روز یکشنبه دیوانه بوده است ولی نمی‌تواند آن را اثبات کند. این که روز دوشنبه یقیناً دیوانه بوده است شبهه ایجاد می‌کند که ادّعی وی ممکن است صحیح باشد. مطابق اطلاق ماده ۳۰۸ باید حکم به قصاص داد. گفتنی است که شهید ثانی احتمال داده است در اینجا حرف جانی پذیرفته شده و قصاص ساقط شود: «لقيام الاحتمال المانع من التهجم على النفس معه» (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۶۴/۱۵) و گرچه اسمی از قاعده درآ نیاورده اند ولی برخی فقها از این عبارت، قاعده درآ را برداشت کرده اند.^۱

۲-۶. شکّ در پدر بودن قاتل (ماده ۳۰۹)

از جمله شرایط قصاص آن است که قاتل، پدر مقتول نباشد. اگر کسی دیگری را بکشد و مدّعی شود که پدر مقتول بوده است مطابق ماده ۳۰۹ باید ادّعایش را به اثبات برساند و در صورت عدم اثبات با سوگند ولیّ دم، قصاص می‌شود:

«این ادّعاء که مرتکب، پدر یا یکی از اجداد پدری مجنیّ علیه است، باید در دادگاه ثابت شود و در صورت عدم اثبات، حقّ قصاص، حسب مورد، با سوگند ولیّ دم یا مجنیّ علیه یا ولیّ او ثابت می‌شود.»

۱. آیه الله خوئی می‌نویسد: «و ذلك لاستصحاب عدم تحقّق الجنون في زمان تحقّق الجنايه فما ذكره الشهيد الثاني (ره) في المسالك من احتمال تقديم قول الجاني أيضاً، لقيام الاحتمال المانع من التهجم على الدماء ضعيف جداً و ذلك لأنه لا أثر لهذا الاحتمال بعد ثبوت موضوع القصاص و هو القتل العمدي من العاقل بضمّ الوجدان إلى الأصل، على أنّك قد عرفت غير مرّه أنه لا أصل لدرء الحدود بالشبهة» (خوئی، ۱۴۲۲: ۹۵ ۴۲).

جریان یا عدم جریان قاعده در اُ در قصاص با تأکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ — ۱۹۴

ظاهر ماده آن است که تنها اثبات ابوت می‌تواند قاتل را از قصاص رها نماید و شبهه تأثیری در سقوط قصاص ندارد. بنابراین، اگر قاتل، مدعی ابوت مقتول شود و فرزندان مقتول منکر آن شده و بگویند پدر مقتول بیست سال قبل مرده است و شباهت بسیار زیاد چهره قاتل و عکس مقتول و عدم شباهت کسی که فرزندان مقتول می‌گویند پدر مقتول است با مقتول، شبهه در صحت ادعای قاتل ایجاد کند، باز قاتل با سوگند ولی دم قصاص می‌شود و شبهه تأثیری در سقوط قصاص ندارد.

۲-۷. شبهه در مسلمان یا کافر بودن مقتول (ماده ۳۱۱)

یکی از شرایط قصاص، تکافوی قاتل و مقتول در دین و یا برتری مقتول نسبت به قاتل در دین است (ماده ۳۰۱). حال اگر مسلمان، مسلمانی را بکشد و مدعی شود که او پیش از قتل، کافر شده است حالت سابق استصحاب می‌شود و باید ادعایش را ثابت کند، و گرنه با قسم ولی دم به قصاص محکوم می‌شود. ماده ۳۱۱ مقرر می‌دارد:

«اگر حالت پیش از زمان جنایت، اسلام او بوده است، وقوع جنایت در حالت عدم اسلام مجنی علیه باید اثبات شود تا قصاص ساقط گردد و در صورت عدم اثبات، با سوگند ولی دم یا مجنی علیه یا ولی او قصاص ثابت می‌شود.»

ظاهر ماده ۳۱۱ آن است که تنها اثبات عدم اسلام مقتول می‌تواند حکم قصاص قاتل را از بین ببرد و شبهه کفایت نمی‌کند. بنابراین، اگر قاتل ادعا کند که مقتول، سبّ النبّی کرده و یا مرتدّ شده است و سوابق دینی مقتول این شبهه را تقویت کند اما منجر به علم قاضی نشود قاتل به قصاص محکوم می‌شود. این در حالی است که مطابق ماده ۱۲۰ باید به سقوط قصاص و دیه حکم داد.

۲-۸. شبهه در مجنون بودن مقتول (ماده ۳۱۱)

یکی از شرایط قصاص، عاقل بودن مقتول است و کشتن دیوانه ولو عمدی قصاص ندارد (ماده ۳۰۱). اگر قاتل ادعا کند که مقتول در حین قتل، دیوانه بوده و یقین به صدق یا کذب ادعای وی باشد حکم قضیه روشن است؛ اما اگر ندانیم ادعایش

درست است چه باید کرد؟ محلّ بحث در مواردی است که یا مقتول به هیچ وجه سابقه جنون نداشته یا جنون ادواری داشته و سابقه او عقل بوده است. مثلاً مقتول در ایامی از ماه به طور نامرتّب عاقل و دیوانه می شود؛ او هفته قبل از شنبه تا دوشنبه دیوانه و از سه شنبه تا جمعه عاقل بوده و روز شنبه رفتارهایی که موهم جنون بوده است از او سرزده، اما کشته شده است و قاتل، مدّعی جنون اوست ولی نه می توان یقیناً ادّعایش را پذیرفت و نه یقیناً ردّ کرد. ماده ۳۱۱ این مورد را شبیه شکّ در اسلام و کفر مقتول می داند: «در صورتی که در مجنون بودن مجنیّ علیه تردید وجود داشته باشد نیز جاری است.»

علاوه بر موارد گفته شده، موارد دیگری در ابواب دیگر هست که نشانگر عدم پذیرش قاعده درأ می باشد؛ مثلاً مطابق ماده ۱۱۴: «در جرائم موجب حدّ به استثنای قذف و محاربه هرگاه متّهم قبل از اثبات جرم توبه کند و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود حدّ از او ساقط می گردد» و مطابق ماده ۱۱۵: «در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت چنان چه مرتکب توبه نماید و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود مجازات ساقط می شود.» مطابق این دو ماده، توبه در صورتی باعث سقوط مجازات می شود که احراز گردد. بنابراین، اگر مرتکب، مدّعی توبه شده و توبه او احراز نگردد قاضی بر اساس استصحاب عدم توبه باید حکم به مجازات بدهد. این مطلب در ماده ۱۱۷ هم تکرار شده است: «در مواردی که توبه مرتکب، موجب سقوط یا تخفیف مجازات می گردد، توبه، اصلاح و ندامت وی باید احراز گردد و به ادّعای مرتکب اکتفا نمی شود.»

۳. راه حلّ رفع تعارض در جمع میان ماده ۱۲۰ و مواد مطروحه

سه راه حلّ می توان ارائه داد که ذیلاً به تبیین و بررسی آنها می پردازیم.

۳-۱. تخصیص یا تقیید ماده ۱۲۰ به مواد مذکور

راه حلّ اول آن است که قاعده درأ در قصاص جاری می‌شود اما در مواد مورد اشاره، جاری نمی‌شود. در واقع، اطلاق ماده ۱۲۰ شامل قصاص می‌شود اما در مواد مورد اشاره، قاعده درأ جاری نمی‌شود و این مواد استثنائی بر ماده ۱۲۰ می‌باشند. این راه به هیچ وجه پذیرفته نیست؛ چون مواد مذکور، ویژگی خاصی ندارند که قاعده درأ در آنها جاری نشود و در سایر موارد جاری بشود.

مثلاً از جمله شرایط قصاص آن است که قتل عمدی باشد و کار کشنده با اراده و اختیار صورت گرفته باشد. اگر کسی دیگری را بکشد و مدّعی شود که یک لحظه از خود بی اختیار شده و عمل کشنده را با اراده انجام نداده است و از فرط عصبانیت نفهمیده چه می‌کند آیا می‌توان به جریان ماده ۱۲۰ در فرضی که احتمال صدق او را بدهیم قائل شد؟ این که او عصبانی شده و عصبانیتش شدید بوده، محرز است اما این که به اندازه ای بوده است که اختیارش را زایل کند محلّ تردید است و برای قاضی احتمال صدق ادّعای وی می‌رود. آیا در اینجا می‌توان بر اساس ماده ۱۲۰ حکم به سقوط قصاص داد؟ البته سؤال این است که چرا در اینجا قاعده درأ جاری می‌شود، اما در جایی که قاتل، مدّعی جنون و یک لحظه عروض جنون می‌شود یا مدّعی زوال اختیار بر اثر مستی شده است جاری نشود؟

مثال دیگر این که از جمله شرایط قتل، زنده بودن انسان موضوع قتل است؛ حال اگر کسی پیرمردی را که سابقه سکته قلبی داشته است بکشد و مدّعی شود که پیش از جنایت، او مرده بوده و او در واقع، مرتکب جنایت بر میت شده است و پزشکی قانونی به علّت از بین رفتن جسد و باقی ماندن چند استخوان نتواند علّت مرگ را روشن کند، چگونه حکم باید داد؟ آیا می‌توان بر اساس قاعده درأ، حکم به سقوط قصاص داد؛ علیرغم آن که حیات را تا زمان ارتکاب جنایت می‌توان استصحاب کرد؟ آیا این مورد نکته خاصی دارد که قاعده درأ در آن جاری شود و در مواد مورد اشاره جاری

نشود؟ نیز اگر الف، ب را با عمل نوعاً کشنده ای مجروح کند و ج او را آتش بزند و او بمیرد و الف ادعا کند که عمل او باعث مرگ ب نشده و ج ادعا کند که جنازه ای را آتش زده و به علت این که استخوان هایی بیش باقی نمانده است پزشکی قانونی نتواند علت مرگ را تشخیص دهد که آیا مرگ در اثر جرح بوده یا آتش زدن یا هر دو عمل؟ مقتضای این راه، سقوط قصاص و حتی انتساب قتل به هر دو است؛ یعنی الف تنها به قصاص یا دیه جرح محکوم می شود و ج به دیه جنایت بر میت. شبیه همین وضعیت در جایی است که الف ب را مجروح می کند و ب خود را با دارویی مسموم معالجه می کند و می میرد و ندانیم که مرگ بر اثر جرح بوده یا داروی سمی یا هر دو؟ گرچه اگر بدانیم که علت مرگ چه بوده است حکم هر سه حالت روشن بوده و فقها آن را بیان کرده اند (برای نمونه ر.ک: خوئی، ۱۴۲۲: ۹/۴۲).

مثال دیگر، جایی است که شخصی، دیگری را بکشد و مدعی شود که در حال خواب یا بیهوشی او را کشته است و صحت و سقم ادعای وی مورد تردید باشد و حالت احراز شده قبلی وی، بیداری یا هوشیاری باشد، آیا می توان به جریان قاعده در آنجا حکم داد؟ نیز اگر کسی دیگری را بکشد و مدعی شود که در هنگام قتل، رشد نداشته و سن او در هنگام قتل بالای هیجده سال باشد در اینجا چه باید کرد؟ مطابق ماده ۹۱ ق.م.ا. رشد برای قصاص و دیه شرط می باشد: «ماده ۹۱: «در جرائم موجب حد یا قصاص هرگاه افراد بالغ کمتر از هیجده سال، ماهیت جرم انجام شده و یا حرمت آن را درک نکنند و یا در رشد و کمال عقل آنان شبهه وجود داشته باشد، حسب مورد با توجه به سن آنها به مجازات های پیش بینی شده در این فصل محکوم می شوند.»

حال در جایی که سن قاتل در هنگام قتل بیش از هیجده سال بوده ولی مدعی است که در هنگام ارتکاب قتل، رشد نداشته و برای قاضی شبهه پیدا شود که ادعایش صحیح است چگونه باید تصمیم گرفت؟

نیز اگر کسی را در آب و آتش بیندازند و او بیرون نیاید و بمیرد و ندانیم که نتوانسته بیرون بیاید - تا این که مُلّقی، قاتل عمد به شمار رود و قصاص شود - یا نخواسته بیرون بیاید تا خودکشی کرده باشد و شبهه ای هم در میان باشد (مثل این که او چند ماه قبل اقدام به خودکشی کرده که نجات یافته است یا کلاً سابقه یک بار خودکشی را داشته) آیا می توان به سقوط قصاص و انتساب قتل حکم داد؟

مثال دیگر این که، از جمله شرایط قصاص عضو، تساوی عضو جانی و مجنی^۲ علیه در سالم و کامل بودن است (ماده ۳۹۳)، حال اگر کسی چشم دیگری را کور کند و بعد از سال ها جنایتش ثابت شده و دستگیر شود و مدّعی شود که مجنی^۲ علیه چشمش بینایی نداشته و ظاهر آن سالم بوده و او آن را کتمان می کرده است آیا می توان به جریان قاعده درآ قائل شد، علیرغم این که اصل بر صحّت و سلامت عضو است؟ مقتضای راه حلّ اول آن است که در تمام این موارد، قاعده درآ جاری می شود، زیرا قانونگذار مقرّره خاصی بر عدم جریان قاعده در این موارد وضع نکرده است؛ اما در مواد مورد اشاره جاری نشود. این در حالی است که تمام موارد فوق و مواد مورد اشاره از یک سنخ می باشند.

۳-۲. جریان قاعده درآ در مواد یاد شده

راه حلّ دوم آن است که به حاکمیت قاعده درآ و ماده ۱۲۰ در مواد یادشده قائل شده و بگوئیم در این مواد هم شبهه، مؤثر بوده و باعث سقوط قصاص می شود. مثلاً در ماده ۳۰۳، قاتل برای فرار از قصاص یا باید ثابت کند که مقتول، مهدورالدم بوده است و یا برای قاضی ایجاد شبهه کند. اما اثبات شیء نفی ماعدا نمی کند؛ یعنی حتی اگر قاتل نتواند مهدورالدم بودن مقتول را ثابت کند اما بتواند برای قاضی شبهه در صدق ادّعایش ایجاد کند به قصاص محکوم نمی شود.

نیز اگر مقتول، محقون الدّم باشد و قاتل بتواند ادّعای خود را مبنی بر اعتقاد به مهدورالدم بودن اثبات نمایند بنا به نصّ ماده ۳۰۳ به قصاص محکوم نمی شود. اگر

نتواند اعتقاد به مهدور الدّم بودن را اثبات کند اما برای قاضی در صحّت ادّعی‌ای وی شبهه حاصل شود و احتمال برود که او راست می‌گوید بنا به ماده ۱۲۰ به قصاص محکوم نمی‌شود. خلاصه این راه حلّ، حاکمیت ماده ۱۲۰ بر مواد یاد شده می‌باشد؛ یعنی مواد مورد اشاره را باید در پرتو ماده ۱۲۰ تفسیر کرد.

سؤال این است که مبنای این راه حلّ چیست؟ مبنای این راه حلّ می‌تواند این نکته باشد که قاعده درّ اماره است و مبنای این مواد، استصحاب است و در تعارض اماره و اصل، اماره مقدّم می‌شود. مثلاً مبنای ماده ۳۰۳ که بر قاتلی که مدّعی است مقتول مرتکب زنای به عنف شده است الزام می‌کند آن را اثبات نماید، استصحاب عدم ارتکاب این عمل توسط مقتول است. یا مبنای ماده ۳۰۸ در جایی که قاتل ادّعا می‌کند در حین ارتکاب جنایت دیوانه بوده، استصحاب عقل اوست. البته قاعده درّ اماره است و می‌گوید به صیرف حصول شبهه و تردید، مجازات اعمّ از حدود و قصاص و تعزیرات ساقط شود و بر استصحاب که اصل عملی است مقدّم می‌شود.

برخی نوشته‌اند: قاعده درّ از ادلّه اجتهادی است و در صورت تعارض با اصل استصحاب بر آن وارد و مقدّم خواهد بود (رحیمی نژاد، ۱۳۹۶: ۸۱). ایشان توضیح نداده‌اند که چرا قاعده درّ از ادلّه اجتهادی می‌باشد و صرفاً ادّعی‌ای بدون دلیل شده است.

برخی دیگر نیز نوشته‌اند: قاعده درّ، اماره بوده و از ادلّه اجتهادی است و بر استصحاب که اصلی عملی است مقدّم می‌شود (الهامی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۲۵). ایشان در مورد این که چرا قاعده درّ از امارات می‌باشد چنین نوشته‌اند:

«اگر مفاد قاعده درّ را مبتنی بر سیره و بنای عقلا بدانیم این قاعده نیز همانند سوق مسلمین اماره می‌شود روشن است که مفاد قاعده درّ مبتنی بر سیره و بنای عقلاست؛ با این توضیح که عقلا در موارد شبهه، اصل را بر بی‌گناهی متّهم می‌گذرانند و متّهم را مجازات نمی‌کنند مگر این که خلافش ثابت شود، چون در صورت وجود شبهه در

جریان یا عدم جریان قاعده درأ در قصاص با تأکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ — ۲۰۰

موضوع یا حکم قطعاً موضوع یا حکم محقق نمی شود و در نتیجه، مجازات نیز ثابت نخواهد شد. به عبارت دیگر، نبودن بینه بر انجام عمل مجرمانه، نشانه عدم احراز آن عمل و به تبع آن، عدم مجازات برای آن است و وجود اصل عملی نمی تواند زمینه مجازات را محقق سازد. نتیجه این که چون قاعده درأ 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 بنائی تأیید هم شده است؛ پس در صورت شک در مجرمیت، ظنّ نوعی به عدم مجرمیت پیدا می شود مگر این که خلاف آن ثابت شود. شارع مقدس نیز این ظنّ را از باب مصلحت و ترجیح اهمّ بر مهمّ (فرار از مجازات مجرم واقعی بهتر از مجازات شدن غیر مجرم است) اعتبار داده است. بنابراین، قاعده درأ اماره است و در صورتی که مفاد استصحاب و قاعده درأ تعارض داشته باشد قاعده درأ جاری شده و محلّی برای اجرای اصل استصحاب باقی نمی ماند» (الهامی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۲۶).

اما این راه حلّ هم با اشکال مواجه است: اولاً، لحن مواد مذکور، آبی از تخصیص و تقیید است. به تعبیر دیگر، ظاهر مواد مذکور آن است که تنها اثبات اکراه و اثبات مهدور الدّم بودن و اثبات اعتقاد به مهدور الدّم بودن و ... باعث سقوط قصاص است و نه چیز دیگر.

ثانیاً، مبنای برخی از این مواد استصحاب نیست تا گفته شود در تعارض اماره و اصل، اماره مقدّم است، بلکه مبنای گاه ظاهر حال است و ظاهر حال، اماره است و به فرض که بپذیریم قاعده درأ، اماره است در تعارض اماره با اماره باید وجه خاصی برای تقدیم یکی بر دیگری باشد. مثلاً مبنای ماده ۳۰۷ در این که اصل را برای جنایت در حال مستی بر قصاص گذاشته، ظاهر حال است. ظاهر حال افراد آن است که کاری که انجام می دهند با اختیار انجام می دهند و اگر مدعی شوند که اختیار نداشته اند باید آن را اثبات بنمایند. گذشت که مبنای ماده ۳۰۷ استصحاب اختیار نیست، زیرا استصحاب

اختیار، اصل مثبت است و اثبات نمی‌کند که کاری که انجام گرفته از روی اختیار بوده است. نیز مبنای تبصره یک ماده ۲۹۰ ظاهر حال است؛ یعنی گرچه اصل بر جهل است و اصل آن است که قاتل از نوعاً کشته‌شده بودن کارش اطلاع نداشته، اما ظاهر حال افراد آن است که از عمل نوعاً کشته‌شده مطلق خبر دارند (صادقی، ۱۳۹۴: ۱۸۰). این ظاهر می‌تواند مستند به زندگی اجتماعی باشد. قاتل در زندگی اجتماعی با حوادث آشنا شده و دیده است که اگر با آهن به سر کسی بکوبند می‌میرد و اگر سر کسی را به دیوار محکم بزنند می‌میرد و مانند اینها؛ بر همین اساس است که قانونگذار در تبصره یک ماده ۲۹۰ اصل را بر علم گذاشته است.

ثالثاً، همچنان که بارها تکرار شد محلّ بحث در مواردی است که اصل وقوع جرم محرز است و شبهه در موانع مسؤلیت یا مانند آن وجود دارد، نه در مواردی که اصل وقوع جرم مشکوک باشد.

رابعاً، در این استدلال، مسلم گرفته شده است که اگر دلیل اعتبار امری، سیره و بنای عقلا باشد حتماً آن امر جزو امارات خواهد بود؛ درحالی که ضعف این مطلب روشن است. مثلاً یکی از ادله‌ای که برای حجیت استصحاب گفته می‌شود سیره و بنای عقلاست و این در حالی است که استصحاب، جزو اصول عملیه است.

خامساً، مهم‌ترین دلیل این است که چه دلیلی بر اماره بودن قاعده درآ وجود دارد؟ با توجه به تعریف اصل و اماره روشن می‌شود که قاعده درآ، اماره نیست و اصل است. دکتر لنگرودی در تعریف اصل می‌نویسد: «به معنی دستور العمل شارع نسبت به افراد در حالات شکّ و تردید بدون این که در دستور مزبور، جهت کشف از واقع ملحوظ باشد. اصل به این معنی در مقابل ظاهر و دلیل به کار می‌رود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۴۸). ایشان در تعریف اماره می‌نویسد:

«هر چیزی که اولاً، جنبه کاشفیت و حکایت از چیز دیگری را داشته باشد، مانند تصرف که ظاهراً حکایت از مالکیت در شیء مورد تصرف می‌کند (قاعده ید). ثانیاً،

جریان یا عدم جریان قاعده درأ در قصاص با تأکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ — ۲۰۲

کاشفیت مزبور قطعی نبوده، بلکه ظنی باشد (مانند تصرف). ثالثاً، قانونگذار کاشف مزبور را مورد توجه قراردادده و آن را وسیله اثبات قرار دهد (مانند ماده ۳۵ ق.م.ا.ج). چنین چیزی را اصطلاحاً اماره گویند» (همان: ۷۷).

خلاصه اماره آن است که کاشف از واقع باشد. اماره یعنی اماره به واقع؛ مثلاً اقرار بخصوص اگر متعدّد باشد اماره به واقع است. یا ید اماره ملکیت بوده و کاشف از ملکیت واقعی است. در محلّ بحث، لسان قاعده درأ که مقرر می‌دارد حدود را با شبهه ساقط کنید کاشفیت از واقع نیست بلکه لسان قاعده درأ آن است که راه حلّی عملی در فرض و شکّ می‌باشد. بنابراین نمی‌توان گفت که قاعده درأ، اماره است و اماره بر اصل مقدّم می‌باشد.

به تعبیر دیگر، برای این که ببینیم آیا قاعده درأ، جزو امارات است یا اصول؟ باید به ادّله آن مراجعه کرد و دید که آیا شارع در ادّله حجّیت قاعده درأ بحث شکّ را لحاظ کرده یا لحاظ نکرده است. بر این اساس، به نظر می‌رسد که قاعده درأ به عکس آن چه ادّعا شد اصل عملی است؛ زیرا در فرض شکّ، جعل شده است؛ به این معنا که در فرضی که شبهه در مجازات وجود داشته باشد قاعده درأ جاری می‌شود. چه فرقی میان قاعده درأ و استصحاب است؟ وقتی می‌گوئیم چیزی را که شکّ دارید بر حالت سابقش عمل کنید و وقتی گفته می‌شود هرگاه شکّ در مجازات دارید مجازات را ساقط کنید. در هر دو صورت، شکّ در لسان دلیل اخذ شده و در نتیجه، قاعده درأ جزو اصول عملی به شمار می‌رود. حال در تعارض دو اصل عملی به نام قاعده درأ و استصحاب، استصحاب مقدّم است؛ چون اصل محرز است.

دلیل دیگری که برای تقدّم درأ بر استصحاب مطرح شده، این است که:

«قاعده درأ یکی از قواعد مسلّم فقهی است در مقابل استصحاب که اصل عملی است و در مقام حیرت و سرگردانی حکم ظاهری قضیه را بیان می‌کند؛ بنابراین با وجود حکم فقهی همچون قاعده درأ، نوبت به اجرای اصل عملی همچون استصحاب

نمی‌رسد» (الهامی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۲۶).

ضعف این دلیل نیز روشن است؛ این که قاعده درأ، حکمی فقهی و قاعده‌ای فقهی است آیا باعث می‌شود که بر استصحاب که آن هم حکمی فقهی است مقدم شود؟ هم قاعده درأ و هم استصحاب، هر دو حکمی فقهی می‌باشند و نمی‌توان گفت که یک حکم فقهی بر حکم فقهی دیگر مقدم است مگر این که دلیلی بر ترجیح یکی بر دیگری باشد.

ممکن است گفته شود که اگر قاعده درأ بر استصحاب مقدم نشود و با وجود استصحاب، نوبت به قاعده درأ نرسد قاعده درأ لغو خواهد بود و دیگر محلی برای اجرای آن باقی نخواهد بود. اما پاسخ آن است که اولاً، ممکن است تعارض میان قاعده درأ و اصولی غیر از اصل استصحاب باشد و در نتیجه، در آن موارد، قاعده درأ بر آن اصول مقدم شده و مشکلی ایجاد نشود. به تعبیر دیگر، اگر در همه موارد جریان قاعده درأ، استصحاب وجود داشته و استصحاب، مانع جریان قاعده درأ می‌شد می‌توان لغویت قاعده درأ را نتیجه گرفت؛ اما ممکن است که قاعده درأ با اموری غیر از استصحاب تعارض کند، مثل آنجا که وضعیّت سابق وجود نداشته باشد، یا مثل آنجا که با ظاهر حال در تعارض باشد. ثانیاً، در حدود حقّ اللّهی و تعزیرات حقّ اللّهی، استصحاب با اجرای قاعده درأ کنار گذاشته می‌شود اما در حقّ الناس یعنی قصاص و تعزیرات حقّ الناس و دیات، استصحاب مانعی به نام قاعده درأ ندارد؛ لذا نمی‌توان لغویت قاعده درأ را نتیجه گرفت.

۳-۳. عدم حاکمیت قاعده درأ در قصاص

راه حلّ سوم آن است که از این مواد استفاده کنیم که قاعده درأ در قصاص جاری نمی‌شود و سیاست قانونگذار مبنی بر عدم جریان این قاعده در قصاص است و این مواد از باب نمونه می‌باشد. مبنای این راه هم امور ذیل است:

جریان یا عدم جریان قاعده درأ در قصاص با تأکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ — ۲۰۴

اول، الغای خصوصیت از این مواد؛ یعنی این مواد و این موارد، نکته خاصی ندارند که قاعده درأ در آنها جاری نشود.

دلیل دوم، استناد به ماده ۱۲۱ می باشد. این ماده مقرر می دارد:

«در جرائم موجب حدّ 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 نمی شود.»

قانونگذار در این ماده، چهار جرم را استثناء کرده است و مبنای استثنای قذف و سرقت، حقّ الناس بودن این دو است. این مبنا و این ملاک در قصاص که حقّ الناس است جاری می باشد و حتی می توان در همه جرائم حقّ الناسی اعمّ از حدود، قصاص، دیات و تعزیرات چنین سخنی را معتقد بود.

دلیل سوم، می توان تبصره ۱ ماده ۱۵۰ ق.م.ا. ۱۳۹۲ و تبصره ۲ ماده ۱۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ را هم شاهد آورد. تبصره ۱ ماده ۱۵۰ در ابتدا مقرر می دارد: «هرگاه مرتکب یکی از جرائم موجب حدّ پس از صدور حکم قطعی دچار جنون شود حدّ ساقط نمی شود.» این تبصره در ادامه در خصوص عروض جنون قبل از صدور حکم قطعی مقرر می دارد: «نسبت به مجازات هایی که جنبه حقّ الناسی دارد، مانند قصاص و دیه و همچنین ضرر و زیان ناشی از جرم، جنون مانع از تعقیب و رسیدگی نیست.» این عبارت ظهور در آن دارد که تعقیب و رسیدگی می تواند تا صدور حکم قصاص ادامه داشته باشد؛ خاصه آن که تبصره ۲ ماده ۱۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ هم مقرر می دارد:

«هرگاه مرتکب جرم پیش از صدور حکم قطعی مبتلا به جنون شود، تا زمان افاقه، تعقیب و دادرسی متوقّف می شود؛ مگر آن که در جرائم حقّ الناسی شرایط اثبات جرم به نحوی باشد که فرد مجنون یا فاقد هوشیاری در فرض افاقه نیز نتواند از خود رفع اتهام کند. در این صورت، به ولیّ یا قیم یا سرپرست قانونی وی ابلاغ می شود که ظرف مهلت پنج روز نسبت به معرفی وکیل اقدام نماید. در صورت عدم معرفی،

صرفنظر از نوع جرم ارتكابی و میزان مجازات آن وفق مقررات برای وی وکیل تسخیری تعیین می‌شود و تعقیب و دادرسی ادامه می‌یابد.»

بنابراین عروض جنون بعد از ارتكاب جرم و پیش از صدور حکم قطعی، مانع تعقیب و دادرسی نمی‌شود. این در حالی است که جنون متهّم و عدم امکان دفاع وی از خودش یقیناً در صحّت دادرسی شبهه ایجاد می‌کند. گویا قانونگذار در حقّ الناس شبهه را مؤثر نمی‌داند. لازم به ذکر است نویسنده، تبصره ۱ ماده ۱۵۰ و تبصره ۲ ماده ۱۳ را دارای ایراد می‌داند.^۱

دلیل چهارم، ادّله فقهی عدم جریان قاعده درأ در قصاص می‌باشد. توضیح این که طرفداران جریان قاعده درأ در قصاص، ادّله ای آورده اند^۲ که مهمّ ترین دلیل ایشان عموم الحدود می‌باشد. مطابق این دلیل، واژه الحدود، «جمع محلیّ به الف و لام است و افاده عموم می‌کند و در نتیجه، همه مجازات ها اعمّ از حدّ و قصاص و ... با شبهه ساقط می‌شود. اما این دلیل، قاصر از اثبات مدّعاست؛ زیرا اولاً، روایت «ادرتوا الحدود بالشبهات» ثابت نشده است تا درباره واژه الحدود بحث کنیم و به نظر، قاعده ای اصطیادی است، نه تنصیصی؛ و توجّه به سخنان مخالفان قاعده همچون آیه الله خوئی^۳

۱. «مجنون امکان دفاع از خود را ندارد. اگر بگوئیم «شرایط اثبات جرم به نحوی باشد که فرد مجنون یا فاقد هوشیاری در فرض افاقه نیز نتواند از خود رفع اتهام کند»، به صدور حکم پیش از دادرسی مبادرت ورزیده ایم. آیا قاضی در مورد فرد عاقل می‌تواند به بهانه این که شرایط اثبات جرم به نحوی است که نمی‌تواند از خود رفع اتهام کند، از شنیدن دفاعیات وی خودداری ورزد؟ پاسخ منفی است. پس در خصوص دیوانه نیز وضع به همین منوال است» (حاجی ده آبادی، ۱۴۰۰: ۱۶۵).

۲. برای مطالعه بیشتر ر.ک: ساداتی، ۱۳۹۵: ۱۱۹-۱۲۲.

۳. گرچه صاحب ریاض این حدیث را متواتر می‌داند (طباطبائی، ۱۴۲۲: ۱۳/۶۱۱ - ۶۱۲)، باید با آیه الله خوئی همعقیده بود که این سخن غریبی است (خوئی، ۱۴۲۲: ۲۰۶/۴۱)؛ برای دیدن نظرات ایشان نیز ر.ک: ص ۱۸۷، ۲۰۹، ۲۸۴، ۳۹۷؛ همو، ۱۴۲۲: ۱۹۱-۱۹۲. چرا این روایت را تنها شیخ صدوق آن هم به شکل مرسله نقل کرده است؟ چرا اثری از آن در کافی و تهذیب و استبصار نیست؟ چگونه می‌توان ادّعای تواتر این حدیث را با این وضعیّت پذیرفت.

و ابن حزم اندلسی^۱ در این زمینه مفید است. ثانیاً، الحدود دلالت بر عموم مدخول ال، یعنی هر حدی دارد. اما بر این که حدّ در عبارت مذکور، به معنای حدود خاصّ است یا مطلق مجازات ها و از جمله قصاص، دلالتی ندارد. این که گفته شود حدود گاه در معنای عامّ بکار می‌رود که شامل قصاص هم می‌شود، دلالت ندارد بر این که در این عبارت هم به معنای عامّ بکار رفته است. چگونه است که در عبارت «لا تأخیر فی حدّ و لا شفاعه فی حدّ و ...»، حدّ به معنای عامّ نمی‌باشد؟ چرا در عبارت «من قتله الحدّ أو القصاص فلا دیه له» که عبارت روایی است (حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۶۳-۶۵) حدّ به معنای عامّ نیست که شامل تعزیر شود و به همین جهت، قانونگذار برای کسی که در اثر اجرای تعزیر می‌میرد پیش بینی دیه از بیت المال را نموده است^۲ اما در عبارت «ادروا الحدود بالشبهات»، حدّ معنای عامّی دارد که شامل قصاص و تعزیرات هم می‌شود؟

علاوه بر این که ادله جریان قاعده درأ در قصاص صحیح نیست، مخالفین جریان قاعده درأ در قصاص به ادله ای استناد کرده اند از جمله، اولاً قاعده درأ، خلاف اصول است و در خلاف اصل باید به قدر متیقّن اکتفا کرد و قدر متیقّن، حدود می‌باشد. صاحب جواهر می‌نویسد:

«انّ فی عدّ القصاص من الحدود التي تدرأ بالشبهة بحثاً بل منعاً (نجفی؛ ۱۴۰۴:

۱. ابن حزم ابتدا می‌نویسد: «کسانی که به شدت به قاعده درأ قائل اند و بدان عمل کرده اند، در مرحله اول ابوحنیفه و یاراننش و سپس مالکیه و در مرحله بعد شافعیه اند. اصحاب ما (ظاهره) معتقدند حدود نه با شبهه برداشته می‌شود و نه با وجود شبهه اجرا می‌شود.» سپس سند حدیث درأ را بررسی می‌کند و تمام اسناد ذکر شده برای این روایت را مخدوش می‌شمرد (ابن حزم، بی تا: ۱۱/۱۵۴-۱۵۳).

۲. ماده ۴۸۵: «هرگاه محکوم به قصاص عضو یا تعزیر یا حدّ غیر مستوجب سلب حیات در اثر اجرای مجازات کشته شود یا صدمه ای بیش از مجازات مورد حکم به او وارد شود، چنان چه قتل یا صدمه، عمدی یا مستند به تقصیر باشد، مجری حکم، حسب مورد به قصاص یا دیه محکوم می‌شود. در غیر این صورت در مورد قصاص و حدّ ضمان منتفی است و در تعزیرات، دیه از بیت المال پرداخت می‌شود.»

۲۲۳/۴۱) فلعلّ الاقتصار في الأحكام المخالفه للأصول و العمومات على الحدّ بالمعنى الأخصّ دون غيره إلّا ما يفهم من فحوى أو غيرها لا يخلو من قوه، و من هنا يقوى عدم اندراج القصاص في إطلاق الحدّ، و الله العالم» (همان: ۲۵۷-۲۵۸).

لازم به ذکر است که مقصود از اصل در کلام صاحب جواهر، اصل اجرای مجازات که برخی نویسندگان (الهامی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۱۳) گفته اند، نیست؛ زیرا اولاً، چنان که خود ایشان نوشته اند وجود چنین اصلی مسلم نیست (همان) و فقیهی را نمی‌شناسیم که گفته باشد اصل بر اجرای مجازات است؛ البته اگر جرم و مجازات ثابت شود و شکّ در سقوط آن رود استصحاب، اقتضای بقای آن را دارد ولی این کجا و اصل اجرای مجازات کجا؟ ثانیاً، صاحب جواهر تعبیر جمع بکار برده و به عمومات و اصول تعبیر کرده است، نه اصل؛ لذا به نظر می‌رسد اصول و عموم متعدّد، حسب مورد با قاعده درآ ممکن است در تعارض باشند؛ مثل اصل حریت، استصحاب عقل، استصحاب زنده بودن و ...، اصل اختیاری بودن اعمال و ...

ثالثاً، قاعده درآ، قاعده ای امتنانی است و امتنان می‌طلبد که شبهه حقّ الناس را بر ندارد. در واقع، چون ادلّه و اصول، مقتضی ثبوت مجازاتند بر مجرم منّت نهاده و به علّت شبهه، مجازات برداشته می‌شود. این وضعیّت در مجازات های حقّ اللّهی ممکن است؛ و گرنه در حقّ الناس، نتیجه امتنان بر مجرم، عدم امتنان بر بزه‌دیده یا اولیای دم اوست. شبهه آن چه در اضطرار و ... گفته می‌شود که مثلاً اضطرار به تخریب مال دیگری، حرمت اتلاف مال دیگری را بر می‌دارد، اما ضمان را بر نمی‌دارد؛ چون حدیث رفع برای امتنان است و برداشتن ضمان، منّت بر مضطرّ است اما در حقّ صاحب مال، عدم منّت است. به همین جهت، در همه امور حقّ الناسی اعمّ از قصاص و دیه و حدود حقّ الناسی و تعزیرات حقّ الناسی، قاعده درآ جاری نمی‌شود.

ممکن است گفته شود که برای جلوگیری از این مشکل، دیه ثابت می‌شود. به تعبیر دیگر، جریان قاعده درآ در قصاص در صورتی خلاف امتنان است که هم

جریان یا عدم جریان قاعده درآ در قصاص با تأکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ — ۲۰۸

قصاص ساقط شود و هم دیه؛ در حالی که می‌توان با سقوط قصاص و ثبوت دیه هم بر جانی منت نهاد (با حکم به سقوط قصاص) و هم بر مجنی علیه یا اولیای او (با حکم به ثبوت دیه). پاسخ این است که اولاً، در تعزیرات حق الناسی با سقوط تعزیر، چیز دیگری باقی نمی‌ماند تا امتنان بر قربانی جرم حفظ شود. ثانیاً، اقتضای جریان قاعده درآ در قصاص، گاه آن است که دیه ای هم ثابت نشود و ثبوت دیه دلیل می‌خواهد. مثلاً اگر با شبهه در مهدور الدم بودن مقتول، قصاص ساقط شود دیه نیز ساقط خواهد شد، چون محقون الدم بودن، شرط قصاص و دیه هر دو است. یا اگر کسی که عضو دیگری را بریده است مدعی اکراه از جانب ثالث شود و برای قاضی شبهه در اکراه باشد و قرار باشد قاعده درآ جاری شود، همچنان که قصاص ساقط است دیه نیز ساقط خواهد بود؛ چون قاضی احراز نکرده است که قطع عضو با اراده بوده است تا این که حکم به دیه بدهد.

نتیجه گیری

ظاهر ماده ۱۲۰ و ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ آن است که قاعده درآ در قصاص نیز جاری می‌شود؛ اما ظاهر مواد متعددی از کتاب قصاص این قانون آن است که قاعده درآ در قصاص جاری نمی‌شود. در رفع تعارض میان این مواد، سه راه حل متصور است: راه حل اول، تخصیص مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ به مواد یاد شده است. این راه صحیح نیست، چون این موارد نکته خاصی ندارند که قاعده درآ در آنها جاری نشود و در بقیه موارد جاری شود. راه حل دوم، حاکمیت مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ بر مواد دیگر است و به تعبیر دیگر، در این مواد نیز شبهه باعث سقوط قصاص می‌شود. مبنای این راه حل آن است که علت عدم جریان قاعده درآ در این موارد، استصحاب است و قاعده درآ از امارات است و اماره بر اصل مقدم می‌باشد. این راه حل نیز ناتمام است، زیرا اولاً، ظاهر این مواد آن است که تنها اثبات، حسب مورد ساقط کننده قصاص است؛ یعنی

حتی با وجود شبهه باید حکم به قصاص داد و به تعبیر دیگر، این مواد آبی از تخصیص اند. ثانیاً، مبنای برخی از این مواد، استصحاب نیست و ثالثاً، قاعده درأ اماره نیست بلکه خود اصل عملی است و در تعارض با اصل عملی استصحاب، استصحاب مقدم است، چون اصل محرز است و شبهه را برمی دارد هر چند تعبداً. راه حل سوم آن است که با الغای خصوصیت از این مواد، به عدم جریان قاعده درأ در قصاص و کلاً جرائم حق الناسی معتقد باشیم. به نظر، راه سوم صحیح است.

منابع

- قرآن کریم.

- ابن حزم اندلسی، علی بن احمد (بی تا)، **المحلی بالآثار**، بیروت: دار الفکر.
- الهامی، رضا؛ محمدی، سید سجاد؛ آقاپور، کمال (۱۳۹۷)، **تعارض استصحاب و قاعده درأ در فقه جزایی و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲**، فقه، ۳، ۱۰۸-۱۳۲.
- تبریزی، میرزا جواد (۱۳۷۸)، **استفتائات جدید**، قم: سرور.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، ج ۱۵، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲)، **ترمینولوژی حقوق**، ج ۶، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۹۸)، **جرائم علیه اشخاص**، ج ۲، تهران: میزان.
- حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۹۹)، **قواعد فقه جزایی**، ج ۵، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- حاجی ده آبادی، احمد (۱۴۰۰)، **درسنامه قواعد فقه جزایی**، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)، **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۲۸، ج ۳، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ق)، **قواعد الاحکام**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۴، قم: اسماعیلیان.
- خمینی (امام)، سید روح الله (بی تا)، **تحریر الوسیله**، ج ۲، ج ۲، قم: دار العلم.

جریان یا عدم جریان قاعده در آ در قصاص با تأکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ — ۲۱۰

- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق)، جامع المدارك في شرح المختصر النافع، ج ۷، ج ۲، قم: اسماعیلیان.

- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق)، مبانی تکمله المنهاج (موسوعه الإمام الخوئی)، ج ۴۱ و ۴۲، قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی.

- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۴ق)، محاضرات فی المواریث، قم: مؤسسه السبطين العالمیه.

- رحیمی نژاد، اسماعیل (۱۳۹۶)، تعارض اصل استصحاب با قاعده در آ در قانون مجازات اسلامی، فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۱/۵۵، ۷۷-۸۶.

- ساداتی، سید محمدمهدی (۱۳۹۵)، شرایط اعمال قاعده در آ در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۴، ۱۱۳-۱۴۶.

- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۷ق)، مهذب الاحکام، ج ۲۷، ج ۴، دفتر آیه الله العظمی سبزواری.

- شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق)، کتاب نکاح، قم: رأی پرداز.

- صادقی، محمدهادی (۱۳۹۴)، جرائم علیه اشخاص، ج ۲۱، تهران: میزان.

- طباطبائی (صاحب ریاض)، سید علی (۱۴۲۲ق)، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، ج ۱۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- علوی، عادل (۱۳۷۸)، القصاص (تقریرات درس آیه الله مرعشی نجفی)، قم: کتابخانه آیه الله العظمی مرعشی نجفی (ره).

- فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۷۵)، جامع المسائل؛ ج ۱، بی جا: بی نا.

- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق)، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسيله (القصاص)، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.

- گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۲ق)، الدر المنضود فی احکام الحدود، ج ۱، تقریر: علی کریمی جهرمی، ج ۱، قم: دار القرآن الکریم.

- مرتاضی، احمد؛ امیران، بخشایش امیر (۱۳۹۲)، اثر محکومیت زدایی و کیفرزدایی قاعده در آ در جانیات موجب قصاص با رویکردی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، فصلنامه

پژوهش حقوق کیفری، ۲۵، ۵۹-۸۷.

- مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا (۱۳۹۰)، گنجینه استفتانات قضایی، قم.

- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۷۲)، قواعد فقهیه، ج ۲، تهران: میعاد.

۲۱۱ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۳ - شماره ۲۵ - پاییز و زمستان ۱۴۰۰

- مؤمن قمی، محمد (۱۳۸۰)، **مبانی تحریر الوسيله: الحدود**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۴۱، ج ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

