

بررسی مفهوم فقهی «شبهه دارئه»؛ سازوکاری کیفرزدایانه

سودابه رضوانی * اعظم مهدوی پور ** عرفان خرمی عراقی ***
(تاریخ دریافت: ۹۸/۵/۸ تاریخ پذیرش: ۹۸/۹/۱۱)

چکیده

طرح فرضیه‌های گوناگون در رابطه با قاعده حقوقی و مدل فقهی قاعده درآ به دلیل خلأ در معیارهای عینی بازشناسی شبهه دارئه، ابهام‌ها و تعارض آراء را برانگیخته است. از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قیود روشنی برای کیفرزدایی از رهگذر شبهه به دست نمی‌آید. پس از تحلیل مفهومی انگاره حقوقی شبهه مواردی از قبیل کارکرد شکلی یا ماهوی و در نظر گرفتن ملاک امتنانی بودن یا نبودن در حجیت آن، باید مورد بحث قرار گیرد. مسأله اساسی از دیدگاه نگارندگان آن است که کدام اثر از آثار شبهه باید اعمال و چه راهبردهایی باید در این حالت اتخاذ شود تا ضمن انطباق با نصوص شرعی، در نهایت، آسیب‌های حاصل از تطبیق کارکردی شبهه در نظام قضایی کاهش یابد. نتیجه این پژوهش، احراز تعامل مستقیم شبهه با بایسته‌های کارکردی مانند اصل فردی کردن کیفر و نگرش هدف‌محور به کیفرها خواهد بود.

واژگان کلیدی: شبهه دارئه، کیفرزدایی، مقاصد کیفری شریعت.

* استادیار حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (نویسنده مسئول): S.Rezvani@khu.ac.ir

** استادیار حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.

*** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.

مقدمه

بی تردید، مهم‌ترین راهبرد کیفرزدا که در مراحل تقنین، قضاء و اجرای کیفر در شریعت تعبیه شده، نهاد شبهه‌ی دارئه است. هرچند استنتاج پژوهش‌های گذشته مبتنی بر این بوده که: قاعده درأ به عنوان یک قاعده مستقل به گونه‌ای دقیق کیفرزدایی می‌کند (صفری، ۲۰۹: ۱۳۸۸)، اما مدل و معیار عینی برای تعامل پویا میان قاعده درأ و اصول حقوقی کیفرزدا و چارچوب آن ارائه نشده است. به دلیل ابهام‌هایی که در ضوابط شبهه دارئه وجود دارد اعمال آن، موجب اتخاذ سیاست کیفرزدایانه افراطی غیرهمسو با اهداف شریعت می‌شود که با خدشه بر «اصل قطعیت کیفرها»، قواعد متضمن اغراض کلی قانون‌گذار نیز زیر سوال خواهد رفت^۱.

هرچند سیاست کیفری اسلامی به گونه‌ای است که از ابزارهای کیفری برای حمایت از ارزش‌ها و مصالح موجه استفاده می‌کند و در بیشتر موارد، به‌ویژه در قبال ارزش‌های بنیادین جامعه، درصدد کاستن از عناوین مجرمانه نیست؛ اما با این وجود، فقیهان قواعدی را پایه‌گذاری نموده‌اند که تنها در صورتی به تعیین کیفر مبادرت می‌شود که سامانه قضایی، با دلایل و مستندات قطعی و بدون هیچ شبهه‌ای احراز نماید که اولاً، شریعت، آن کیفر را با تمام خصوصیات و شرایط آن مقرر داشته است و ثانیاً، همه تبصره‌های کیفرزدایانه^۲ در آموزه‌های شریعت تمام و کمال در قانون ذکر شوند. لذا به تعبیر علامه حلی، بایسته است ابزارهای گسترش‌دهنده دایره کیفرها و همچنین، فرآیندهای سهولت اثبات آن‌ها محدود یا لغو شود^۳ (علامه حلی: ۱۴۱۳ق: ج ۱۴: ۳۹۷).

۱. هر شبهه‌ای صلاحیت درأ و تحریک اسقاط کیفر را ندارد و برداشت ناصحیح از شبهه‌های مؤثر بر کیفر می‌تواند منجر به صدور آرا و احکامی شود که گرچه برحسب ظاهر، مستند به قانون و قاعده فقهی است، اما از روح قانون و غایت شرعی بسی دور مانده است. این برداشت ناروا و ابهام در معیارهای شبهه، افزون بر شکل‌گیری یک سیاست کیفرزدای معیوب، محذور تعطیلی حدود را در بردارد و تهدید بالفعلی نسبت به «بازدارندگی مجازات» به شمار می‌آید.

2. Depenalization.

۳. العقوبات مبئیة علی الدفع ولهدا قال: «ادروا الحدود بالشبهات» فینبغی إبطال الذرائع المؤدیة إلی توسیعها و تحصیلها.

حقوق دانان، اعمال کیفر را به عنوان «آخرین راه چاره» مطرح و سازوکارهای گاه، به شدت موسّع تر از اصل برائت را در هنگام تطبیق و اجرای فرآیند کیفردهی وضع نموده‌اند تا از این رهگذر، خطر توسل نابجا به ضمانت اجرای کیفری را به طور چشمگیری کاهش دهند. توسعه در عوامل محفّفه^۱، تعدیل و زدودن کیفر، البتّه با این قید که موجب تعطیل شدن کیفرها، کنندی یا بی‌اثر شدن قانون نشود، سیاست عمومی کیفرزدا برآورد می‌شود.^۲ نیز، نظام قضایی هر میزان خود را با معیارهای عدالت و علمی بودن تطبیق دهد، قادر خواهد بود معیارها و راهبردهای کلان برای خروج از نقطه انزوای «شبهه» به دادرسان پیشنهاد نماید. راهبردهای متکی بر اصل کیفرزدایی باید این ویژگی را داشته باشند که افزون بر حلّ و فصل پرونده‌ها، کارکرد حفظ حداکثری حقوق طرف یا طرف‌های دعوا را در برداشته باشد و تشّت آراء کمتری را میان دادگاه‌ها ایجاد نماید.

شبهه در لغت، اسم مصدر از ماده «اشتباه» به معنای حالتی است که در خلال آن امری قابل تمایز یا آشکار نباشد. دو معنی حول ماده «شَبّه» می‌چرخد، نخست، یکسان بودن و همانندی و دیگری اشکال، اختلاط، التباس و پوشیدگی امری است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ج ۱۳: ۵۰۶). واژه‌ی شبهه را می‌توان به: «پدیده مبهمی که با موضوع مرتبط با خود همراه شده و مانع تشخیص یا تمایز آن موضوع از سایر موضوع‌ها می‌شود»، تعریف نمود. لازمه‌ی عادی این معنی مقتضی آن است که برای فرد، اشتباه در حکم یا موضوع رخ و وی، امر دیگری را مطابق با واقع تشخیص دهد.

باید توجه داشت که «شبهه» در حقیقت ناتوانی قوه سنجش ذهن در ایجاد «حکم» سلبی یا ایجابی است که شامل تداعی معانی نیز می‌شود. جدای از پیچیدگی مفهومی شبهه، تحلیل اعتبار شبهه و تأثیرگذاری آن بر کیفرها جای تأمل بسیار دارد که این پژوهش، درصدد آن است که به

1. Mitigation (of Criminal Sentence)

۲. در بُعد و چشم‌انداز سیاسی، حکمتی که قاعده درأ به جهت آن وضع و مقرر گردیده آن است که شارع حکیم از حقوق فرد در قبال خطر شدید اتهام‌های حکومت و مخصوصاً در برابر کیفرهای سختی همچون حدود پشتیبانی نموده و به نحوی موازنه‌ای همه‌جانبه میان امکانات فرد با ابزارهای در دسترس حکومت پی‌ریزی نماید. حال که حکومت ابزارهای نیرومندی برای کشف حقیقت در اختیار دارد، در بعضی موارد شارع، از اعمال این ابزارها منع کرده و در موارد دیگر دست کم، هرگونه شبهه و نقطه تاریکی را نسبت به پاره‌ای از جرایم به منزله عدم اثبات آن دانسته است.

پرسش‌های محوری که تاکنون مغفول مانده یا کمتر مورد توجه پژوهشگران قرار گرفته پاسخ دهد. این پرسش‌ها، عبارتند از تحقق شبهه دارئه با چه شرایطی احراز می‌شود؟ ارتباط کارکردی شبهه با قواعد کیفری نظیر «اصل فردی‌سازی کیفرها» چگونه تعریف می‌شود؟ آیا با در نظر گرفتن اهداف مجازات و پس از احراز ارتکاز عقلایی مبتنی بر اسقاط کیفر، حالت شبهه دارئه به اثبات می‌رسد؟ و به فرض اثبات مؤلفه‌ی امتنانی بودن قاعده در آنچه تأثیری بر نتایج قاعده مانند تلقین برائت به متهم، کیفیت تحقیق و تفحص دادرسی نسبت به جرم و میزان محدودیت ابزارهای اثباتی مترتب خواهد شد؟

آسیب‌های موجود در اعمال کارکردهای مترتب بر شبهات، گاه، مؤلفه دستیابی به عدالت در حقوق کیفری ایران را به شدت تهدید می‌کند. به عنوان نمونه، جریان شبهه دارئه و تخفیف کیفر در مواردی چون زنا یا لواط در قالب زنا یا به عنف که جنبه‌ی حق‌اللهی محض ندارد، بلکه آمیخته با خصوصیت حق‌الناسی نیز است، با تشکیک مواجه شده تا آنجا که فقهی که خود سال‌ها ریاست دستگاه قضا را برعهده داشته در «فقه القضاء» از این مسأله تعبیر به «مشکل حل‌نشده» کرده و خواهان عدم تأثیر شبهه در این موارد برخلاف حدود حق‌اللهی است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق:ج ۲: ۱۹۷). در واقع، این اشکال ناشی از اختلال در شناخت بایسته‌های کارکردی شبهه دارئه است که در تألیف‌های فقهی و حقوقی کمابیش به چشم می‌خورد. با ملاحظه تهافت آرای محاکم کیفری و جهت‌گیری منبعث از قاعده درآ، لزوم صدور رأی وحدت رویه در خصوص تأثیرگذاری شبهه بر عدم مسئولیت مرتکب (موقعیت‌های کیفرزدایی شبهه) بیش از پیش، احساس می‌شود.

تسامحی بودن طبیعت قواعد کیفری^۱ در شریعت اقتضا دارد، به جای این که اعمال تأثیر شبهه از قواعد مخیره یا راهکار پیشنهادی^۲ قانونگذار باشد، یک حکم آمره و الزامی و منوط به

۱. يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا [النساء: ۲۸] و [عن] أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «يَسْرُوْا وَلَا تُعَسِّرُوا، وَسَكِّنُوا وَلَا تُتَفَرَّوْا» (البخاری؛ ۳۰/۸) وَعَنْ أَبِي ذَرٍّ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ فِي وَصِيَّتِهِ لَهُ: «ابْعَثْتُ بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّمْحَةِ» (حرعاملی، ۱۱۶/۸)

2. Default Rule.

مفهوم نظم عمومی محسوب شود. به همین دلیل، چنانچه، دادرسی، قاعده درأ را در فرض وجود شبهه اعمال نکند، از موارد تجویز نقض حکم و اعاده دادرسی خواهد بود. به عنوان نمونه، در پرونده‌ای عدم پذیرش درخواست وکیل متهم مبنی بر معرفی متهم به پزشکی قانونی در جهت تشخیص صحت قوای عقلی و حالت روانی متهم، سبب پیدایش موقعیت شبهه‌آمیز در عقل، اراده و عدم درک ماهیت جرم و سبب نقض رأی معترض عنه توسط دیوان عالی کشور شده است (ر.ک: مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور، ۱۳۹۵:۹۱۳).

بنابراین، پژوهش حاضر، از رهگذر پاسخ به پرسش‌های محوری بالا، پس از تحلیل اصطلاح فقهی و لوازم ذاتی شبهه، به واکاوی راهبردها و آثار مترتب بر آن می‌پردازد که با تنقیح این موارد، می‌توان انتظار داشت پس از یافتن مفهوم مناسب شبهه، راهکاری در جهت برآورد مؤلفه‌های فقهی و حقوقی وابسته به مدل کیفرزدایانه شبهه دارئه و درنهایت، رفع آسیب‌های قضایی پیش گفته فراهم آید.

۱- مفهوم‌شناسی «شبهه»

سیر در مقاله‌ها و کتاب‌های پژوهشگران معاصر و حقوق‌دانان، افزون بر تعریف پیش گفته، تعاریف دیگری را در میان ایشان به دست می‌دهد که به برخی از آنها اشاره می‌شود:

۱- ابوزهره در تعریف شبهه آورده: شبهه حالتی است که مرتکب در آن قرار می‌گیرد یا نسبت به موضوع ارتکاب رخ می‌دهد و با وجود آن مرتکب در انجام آن (به طور کلی) رفتار معذور بوده و یا این که معذوریت وی، تنها باعث برداشتن کیفر حدی و مجازات بنا بر نظر دادرسی یا تبدیل به عقوبتی کمتر از کیفر حدی می‌شود (ابوزهره، ۱۹۹۰م: ۱۷۹). وی، تلاش نموده است تا با این تعریف، حالت‌های زیر را که شبهه با تحقق آن‌ها به وقوع می‌پیوندد در تعریف شبهه داخل نماید: الف- شبهه مرتکب در حین انجام رفتار. ب- شبهه‌ای که به موضوع جنایت تعلق گرفته است. ج- شبهه در شروط و علل معذره نسبت به مرتکب در ارتکاب رفتار. اشکال اساسی تعریف مورد اشاره آن است که به شبهه‌ای که جرم با آن به اثبات می‌رسد، نپرداخته است.

همچنین، حتی به طور ضمنی به معنای واژه شبهه اشاره‌ای نشده و تنها حالتی عنوان شده که موجب تأثیر بر کیفر می‌شود، ولی نوع این حالت در تعریف ناشناخته بوده، از این رو، تعریف بالا فاقد شرط اطراد و مانع اغیار شدن است.

۲- مرحوم معرفت در تعریف خویش بیان نموده است: ضابطه در صدق شبهه دارئه چه در شبهه حکمی و چه در شبهه موضوعی، همان توهم جانی یا مرتکب در جواز عملی که می‌خواهد مرتکب شود، خواهد بود به شرط آن که متعلق توهم از امور واضح برای همه افراد و یا از اموری که پوشیدگی آن نسبت به جانی امکان ندارد، نباشد و بنابراین، پذیرش وجود شبهه نسبت به افراد و احوال مختلف متفاوت است. به همین دلیل، مجرد اجرای عقد نسبت به زنی که می‌داند ازدواج با او بر وی حرام است مثل مادرزن، ربیبه، موجب صدق شبهه نخواهد بود (معرفت، ۱۳۹۸ق: ۳۹۰).

۳- تعریف کتاب «مسقطات العقوبه الحدیثه»: شبهه گونه‌ای از التباس است که در اراده‌ی مرتکب یا خلل و نقص در ارکان مادی جرم یا ادله شرعی و یا قواعد اثبات جرم برجا گذاشته و سبب ایجاد شکمی شده که حکم یقین را در درأ عقوبت حدی به خود خواهد گرفت (محمد ابراهیم، ۱۹۸۹م: ۱۰۲).

۴- ابا الخیل شبهه را این چنین تعریف نموده است: شبهه در حالتی پدید می‌آید که امری که ظاهراً مجازاتی را اقتضا دارد با امر دیگری که مانع ترتب اثر یا مجازات است معارضه نماید و در نظر شارع منع ترتب قوی تر از اجرای حد باشد (أبالخیل، ۱۴۲۶ق: ۴۰). همسو با تعریف بالا، برخی از پژوهشگران مانند عبدالقادر عوده (۱۴۳۶ق: ج ۱: ۱۵۶)، (شیبانی، ۱۴۲۷ق: ۶۳۸)، بر تنصیصی بودن قاعده صحه گذاشته که طبعاً ثمره بحث اصطیادی بودن یا تنصیصی بودن کارکرد شبهه آن است که در صورت اصطیادی بودن، اصل آن است که کاربرد قاعده تنها در موارد و مصداق‌های متیقن به منصفه فعلیت برسد.

۵- محی‌الدین عوض در تعریف خود آورده است: شبهه دارئه حد حالتی است که به جهت تعارض ادله تحریم و نه صرف اختلاف فقیهان، حرمت در صورتی ثابت باشد، ولی در صورت دیگر ثابت نباشد و مقصود از آن نفس شبهه است نه شبهه‌ی شبهه؛ مثلاً، رجوع مقرر یا شهود از

مودای اقرار یا گواهی در ذات خود شبهه بوده که با آن کیفر حدی ساقط می‌شود؛ زیرا که، احتمال دروغ بودن رجوع در کار است، اما احتمال رجوع کردن مقرر یا شاهد، شبهه‌ی شبهه است که حد با آن ساقط نمی‌شود. در نتیجه از نظر وی معتبر در درأ کیفر حدی شبهه است نه شبهه در وجود شبهه، زیرا در غیر این صورت تمامی حدود، تعطیل خواهند شد (عوض، ۱۹۷۸م: ۱۰).

در مقابل عده‌ای دیگر از مؤلفان چون النبهان تعریف خاصی را برای شبهه ضروری ندانسته، بلکه شبهه را در همان معنای لغوی عام یعنی آنچه که با مطالعه پرونده مانع از شکل‌گیری قناعت وجدانی قاضی می‌شود به کار برده‌اند (نبهان، ۱۹۷۷م: ۲۱۹). اشکال عدم تعریف شبهه خصوصاً، بنابر تنصیصی بودن قاعده، مشهود است؛ زیرا، تا گستره «شبهه» یا میزان اعتبار آن از دیدگاه شرع معین نشود، پی‌بردن به محدوده آن ممکن نیست. ضمن این که نسبت میان شبهات مقتضی رفع عنوان حدی از نظر شارع و آن دسته از شبهاتی که از محتویات پرونده برای قاضی حاصل می‌شود، عموم و خصوص من وجه بوده است و شارع لزوماً، هر شبهه ضعیف در سقوط حد، معتبر ننموده است. همان‌گونه که برخی شبهات را که خلل چندانی در قناعت وجدانی قاضی ایجاد نمی‌کند، مسقط حد بر شمرده است. به عقیده شاطبی شک و تردید (ناشی از شکل‌یابی شبهه) به هر نسبت و درصدی که باشد و به هر موضوعی که تعلق یافته باشد و از هر طریقی که حاصل گردیده باشد، به نفع متهم اثربخش بوده و موجب الغا و درأ حد شمرده شده است. به این رو، وی بیان داشته: «فَإِنَّ الدَّلِيلَ يَقُومُ - هُنَاكَ - مُفِيدًا لِلظَّنِّ فِي إِقَامَةِ الْحَدِّ، وَمَعَ ذَلِكَ فَإِذَا عَارَضَتْهُ شُبُهَةٌ وَ إِنِ ضَعُفَتْ - غَلَبَ - حُكْمُهَا وَ دَخَلَ صَاحِبُهَا فِي مَرْتَبَةِ الْعَفْوِ» (شاطبی، ۱۴۱۷ق: ج ۲۷۱، ۱).

بعضی از حقوق‌دانان نیز میان شبهه‌ای که با آن جرمی مثل عنوان زنا، «نفی» می‌شود و شبهه‌ای که «مانع» از تنفیذ مجازات آن می‌شود، تفاوت قائل شده‌اند، به این معنا که گاه، جرم به واسطه قرائن و مدارک ظنی شرعی ثابت می‌شود، اما شبهه‌ای در کار است که اجرای کیفر را منتفی می‌کند. همین تفکیک میان دو مسأله، ایشان را بر آن داشته تا به طور جداگانه به تعریف شبهه‌ای که مجازات‌های حدی را ساقط کند، بپردازند و بیان دارند: «أَنَّ الشُّبُهَةَ الْمَسْقُطَةَ لِلْعُقُوبَةِ

الحدیة هی: ما یعتری أحد أركان الجريمة، أو دلیل إثباتها من خلل یدراً عقوبتها الحدیة» (حفاوی، ۱۴۰۶ق:ج ۱، ۲۵۰). به این ترتیب، در اثبات جرمی مانند زنا، وجود حجت شرعی، اعم از قطع، اماره معتبر و یا اصل شرعی - مبنی بر حرمت آن نزد مرتکب، اعتبار پیدا می کند، اما اثبات مجازات حدی خود موضوع دیگر است، که طبق تعریف بالا، هر شبهه ای که نسبت به رکن شرعی جرم خلل ایجاد کند، خواه در مرحله انطباق نص و خواه در نتیجه تعارض دلیل تحریم با دلیل اباحه یا در رکن معنوی جرم تاثیر بگذارد به گونه ای که شبهه با فاعل جرم همراه شده و در اهلیت او در ارتکاب جرم ایجاد شائبه نماید و یا نسبت به ادله اثبات جرم همچون اقرار متهم، شهادت شهود عارض شود، همین شبهه قابلیت درآ کیفر حدی را خواهد داشت.

به نظر می رسد، هر تردید مؤثر در اقتناع دادرس که ثبوت عنصری از عناصر قانونی، مادی یا روانی و یا ادله اثبات در جرائم حدی و تعزیری را با خلل جدی مواجه کند و سبب اسقاط کیفر و یا در شرایطی تبدیل مجازات حد به مجازات تعزیری شود شبهه دارنه است. البته می بایست کیفیت تأثیر این تردیدها با توجه به سیاست جنایی نظام کیفری تعیین شود، مثلاً آیا شبهه تنها کارکرد احتیالی^۱ و بدون تعیین هیچ ضابطه خاصی دارد یا تأثیر شبهه به عنوان عاملی در جهت تحقق عدالت کیفری^۲ باید قاعده مند شود و یا آنکه مصلحت تقلیل گرا^۳ در اجرای کیفر با توجه به واقعیات عینی جامعه اقتضا دارد که شبهه تنها در زمینه اسقاط شدیدترین مجازاتها از قبیل رجم و اعدام کاربرد داشته باشد.

۱-۱. اعتبارسنجی تردید دادرس در وقوع شبهه دارنه

کنکاش در فقه کیفری نشان می دهد که حجیت «شبهه در شبهه دارنه» در میان فقیهان امامیه تا حدودی مغفول واقع شده است. به عنوان نمونه طبق مفاد ماده ۱۹۸ ق.م.ا رجوع از شهادت شرعی، پیش از اجرای مجازات، موجب سلب اعتبار شهادت می شود و اعاده شهادت پس از رجوع آن،

-
1. Fraudulence
 2. Criminal Justice
 3. Reductionist Approach

مسموع نیست. مستند و مدرک چنین حکم قانونی، تحقق شبهه دارئه عنوان شده است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۴: ۱۳۲). رجوع گواهان تا زمان اجرای مجازات نوعی شبهه دارئه در عناوین مجرمانه بالا ایجاد نموده، که موجب سقوط کیفر مستند به گواهی گواهان و بالاتر از آن سبب نقض رأی دادگاه مبنی بر ثبوت کیفر می‌شود. اما، اگر دادگاه در رجوع یا عدم رجوع گواهان شک و تردید حاصل نماید، آیا «شبهه‌ی در رجوع شهود از گواهی‌شان»، موجب سلب اعتبار شهادت شده و در سقوط کیفر متهم تأثیر گذار خواهد بود؟ این، همان حالتی است که در اصطلاح از آن تعبیر به «شبهه در شبهه دارئه» می‌شود.

مبنای نگرش فقهایی مانند صاحب‌الفرقه بر این استوار شده است که هرگاه، در تحقق و بروز شبهه، شبهه و تردید حاصل شود، در این حال تمسک به عموماً حدود امکان‌پذیر نیست؛ چون این مورد با بقیه حالت‌هایی که با شک در مخصص، تمسک به عام جایز است تفاوت دارد؛ صرف پیشامد احتمال و تردید در پیدایش شبهه، مایه تکوین یک شبهه تازه می‌شود، از این رو، شک در وقوع شبهه، به خودی خود، «شبهه دارئه» محسوب شده و مخصص عموماً اجرای حدود است. وی به عنوان تنها فقیه‌ی که در این بحث وارد شده، نوشته است: از جنبه‌ی کیفیت مجازات، گاه حد باید محکم زده شود و گاه با شدت کمتر که اگر میان این دو کیفیت شک شود، باید کیفر با شدت کمتر اجرا شود و ظاهراً، مقصود از شبهه، اعم از آن است که دادرسی «علم به شبهه» داشته یا حالتی که «شبهه در شبهه» باشد. (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹ق: ۲۸). اگر برای قاضی در تحقق شبهه دارئه شک ایجاد شود، در این حال رجوع به عموماً حدود جایز نیست و مانحن فیه با سایر موارد رجوع به عام هنگام شک در مخصص تفاوت دارد؛ زیرا، مجرد شک در حصول شبهه، موجب ایجاد شبهه می‌شود و شک در شبهه، ذاتاً نوعی شبهه است. پس مخصص (عموم اجرای کیفر) به مجرد عروض نفس این شک قاضی در وقوع شبهه حاصل می‌شود، دقیقاً برخلاف موارد دیگری که در آن‌ها رجوع به عموم عام هنگام شک در مخصص موضوعی - اگر مخصص منفصل باشد و موجب تغییر عنوان گزاره عام، به عنوان ضدش، نشود - یا مخصص مفهومی مطلق، جایز می‌باشد (معرفت، ۱۳۹۸ق: ۳۹۲). منتهی در نقض این نظریه باید

گفت برآیند واکاوی موضوع شبهه نسبت به حصول شبهه دارئه به ما نشان می‌دهد که اگر نتوان گفت برخلاف شبهه دارئه فاقد ارزش اثباتی است، دارای ارزش و بار اثباتی بسیار نادر است. به جهت آن که صرف تردید در تکوین شبهه، گرچه ذاتاً موجب شبهه می‌شود، ولی این مخصّص نسبت به مخصّص ابتدایی که شبهه دارئه باشد از اعتبار به مراتب نازل تری برخوردار بوده و توان تخصیص زدن عمومات حدود را ندارد. به تعبیر بهتر مؤدای مفهوم شبهه دارئه، اسقاط کیفر از طریق یقین و قطع به خروج از عموم اقامه کیفرها، همان مواد قانونی جرم‌انگارانه کیفری است، درحالی که مفاد و مدلول «شبهه در شبهه‌دارئه» شک در حصول شبهه‌ای است که اگر تردید در آن نمی‌شد، آن را از عموم عام حد خارج نمی‌نمود. پس با حصول این تردید، همچنان، عموم عام حاکم بوده و شبهه دارئه به واسطه حصول شبهه، به لحاظ موضوعی منتفی و عموماً، بلامعارض باقی مانده و تمسک به آن جایز است.

شبهه موضوع بالا، یعنی رجوع شهود به سه گونه قابل تصور است: نخست، شبهه‌ای که به نسبت واقع امر درباره گواهی عارض می‌شود که چه بسا شاهدان به دروغ چنین گواهی داده و یا در شهادت خود، مرتکب سهو یا اشتباه و نظایر آن شده باشند که چنین احتمال‌هایی، حتی با عدم شک در رجوع شهود نیز ممکن است در ذهن دادرس خطور نماید. دوم آن که، شبهه در مورد حکم بر اثر رجوع گواهان رخ دهد، به این معنا که شک در وقوع رجوع بر طبق موازین شرعی رخ دهد که اطلاق ادله اعتبار دادرسی این شبهه را برطرف می‌کند و مقتضی تأثیر حکم دادگاه است، مگر در جرایم حدی و قصاص و تعزیرهای منصوص شرعی که به دلالت قاعده درآ از این حکم مستثنی می‌شوند (گلپایگانی، ۱۴۰۵:ق:۴۱۲). حالت سومی هم پیش می‌آید که در آن دادرس، پس از ادای گواهی شهود، بدو، احتمال رجوع شهود را بدهد که این حالت مصداق شبهه در شبهه است.

در بُعد کارکرد قضایی، دیوان عالی کشور در جرم زنا، دادنامه تجدیدنظر را به جهت عدم تحقیق در خصوص فاصله بین محل وقوع بزه و همسر متهمه به جرم زنا، محضن را مخدوش و در نقض رأی دادگاه آورده است:

«با این که در رأی دادگاه تصریح شده که متهمه قریب دو ماه زندگی و خانه خود را ترک کرده، اما از این حیث جریان را بررسی ننموده که بر فرض صحت تمکین به عمل زنا، فاصله بین محل وقوع بزه و همسر متهمه در حدود مسافت شرعی بوده یا خیر؟ در صورتی که طبق فتوای امام ... اگر زانیه چهار فرسخ از شوهرش دور باشد، حکم احصان ندارد و... طبق قاعده تدرأ الحدود بالشبهات، سقوط حد رجم وجود دارد...، (لذا)، دادنامه نقض می‌شود. (۲/۵۸/۷۱)» (بازگیر، ۱۴۲: ۱۳۸۹) انتقادی که بر این رأی وارد می‌شود این است که باید دادگاه احراز نماید که متهمه سفر بیش از چهار فرسخ رفته یا این که خود متهمه چنین ادعایی را مطرح نماید، و الا صرف شک و تردید در این مسأله شبهه در شبهه است و نمی‌تواند کیفر رجم را اسقاط نماید.

۲-۱. شبهه؛ دلیل ماهوی یا کارکردی شکلی

مسأله مهم دیگر در کارکرد شبهه آن است که چگونه باید میان قواعد ماهوی و قواعد شکلی تفکیک قائل شد؟ اگر شبهه در امور ماهوی باشد، مانند شبهه فرد در تشخیص زن نامحرم به عنوان همسر قانونی خویش، تردیدی نیست که شبهه‌ی صورت گرفته در ذهن مرتکب، در ارزیابی از مسئولیت کیفری مؤثر خواهد بود، ولی شبهه در امور شکلی، غالباً، تأثیر اندکی بر مسئولیت کیفری مرتکب در قبال ارتکاب جرم خواهد داشت، مانند شبهه در صلاحیت دادگاه یا مکان (قلمرو) اجرای قوانین کیفری. مانند این که مرتکب جرم زنا ی حدّی در خارج ایران تصور می‌کرده، ارتکاب این رفتار صرفاً در ایران جرم است، نه در خارج از قلمرو حاکمیت ایران که پس از مراجعه به ایران و تحت تعقیب قرار گرفتن همین شبهه را ادعا نماید.

ثمره ماهوی یا شکلی بودن قاعده درأ در مبنا بودن این بحث برای تمایز حالت‌های شبهه دارئه از شبهه‌های غیرمعتبر است، به گونه‌ای که اگر شبهه کارکردی ماهوی داشته و با خطای ارتکابی فرد دارای رابطه مستقیم باشد از لحاظ تأثیر در مسئولیت کیفری، کاملاً، متفاوت از حالتی می‌شود که شبهه منشأ شکلی دارد و بر این اساس شکل می‌گیرد که تنها در صورت انجام عمل در صورت علم به تمام زوایای حقوقی از سوی متهم قابل تعقیب خواهد بود. مثلاً، قانون مجازات

اسلامی در بند ج ماده ۲۶۸ سرقت پدر یا جد پدری را از اموال فرزند یا نوه قابل پیگرد و مجازات حدی ندانسته است. حال، اگر متهم مال را به تصور آن که متعلق به فرزند یا نوه پسر خود است، بر باید و بعدها معلوم شود که مال مسروقه متعلق به شخص دیگری است، در صورت ماهوی محسوب نمودن شبهه و عدم ارتباط شبهه به وجود آمده با خطای موجود در سرقت، متهم قابل تعقیب و کیفر خواهد بود، ولی بر مبنای شکلی بودن و انجام رفتار در صورت علم به همه جوانب آن، ربایش مال غیر به تصور مصون بودن از کیفر به دلیل اعتقاد بر تعلق مال به فرزند می تواند دفاع مناسبی محسوب و باعث دفع کیفر شود.

فارغ از این موضوع، بنابر دیدگاه برخی اصولاً، قاعده درأ، قاعده ای ماهوی است که اعمال آن در فرض بروز شبهه صورت می گیرد و شبهه نیز موجب تزلزل در رکن روانی و در نتیجه، عدم تحقق جرم می شود. بنابراین، برخلاف سایر عوامل سقوط دعوی عمومی مانند مرور زمان یا اعتبار امر مختوم که به دلیل شکلی و بدون اظهار نظر در ماهیت امر، ادامه تحقیق و رسیدگی امکان پذیر نیست، در مقام اعمال قاعده درأ مرجع قضایی در واقع، دست به یک اظهار نظر ماهوی مبنی بر عدم تحقق جرم یا عدم مسئولیت کیفری می زند. از این رو در این مقام وی باید حسب مورد اقدام به صدور قرار منع تعقیب یا حکم برائت نماید (خالقی، ۱۳۹۵: ج ۱: ۱۶۷).

در تقابل با این رویکرد ماهوی نگرانه به شبهه، برخی حقوق دانان برداشتی شکلی و اثبات محور از شبهه ارائه می دهند. به عنوان نمونه، دکتر زراعت در تشابه قاعده درأ، با نهاد عفو و مرور زمان، که در آن ها جرمی با تمام شرایط آن به اثبات رسیده لکن مقنن به دلایلی، حکم به سقوط مجازات دهد، تشکیک نموده و در این رابطه چنین می نویسد: فرض بر آن است که وقوع جرم یا یکی از شرایط آن، محل تردید است و با دلیل معتبری ثابت نمی شود پس قانون گذار، حکم به عدم ثبوت آن می دهد. ملاحظه می شود که با این وصف نمی توان عنوان «سقوط مجازات» را برای آن برگزید. از همین روی قاعده درأ به قواعد شکلی و اثباتی نزدیک تر می شود تا اینکه قاعده ای ماهوی باشد. بر اساس قواعد کلی اثبات، چنان چه کسی ادعایی علیه دیگری داشته باشد باید آن را اثبات کند و منظور از اثبات، ثابت کردن جرمی و قطعی است. پس، اگر مدعی نتواند

چنین دلیلی ارائه دهد، نمی‌توان بر اساس ادعای او حکم داد، هر چند قرائن ضعیفی، ادعای او را تأیید نماید. همچنین، جرم زمانی رخ می‌دهد که عنصر معنوی جرم به صورت کامل تحقق یابد و بخشی از عنصر معنوی، علم به ارکان جرم است. پس اگر مرتکب، علم به موضوع یا نتیجه جرم نداشته باشد نمی‌توان او را مجرم محسوب نمود، هر چند گمان و ظن ضعیفی [وجود] داشته باشد. ممکن است گفته شود در این جا نیز جرم ثابت می‌شود، اما، نسبت به تحقق شرایط آن، تردید وجود دارد. مثلاً، فردی، زنا می‌کند و تردید وجود دارد که آیا مرتکب در مورد همسر نبودن وی، آگاهی داشته است یا خیر تا در نتیجه مجازات از وی ساقط شود. به نظر می‌رسد این توجیه، صحیح نیست؛ زیرا، گرچه عنصر مادی جرم داده است، اما افزون بر عنصر مادی، عنصر معنوی نیز باید ثابت شود که در این جا، به اثبات نمی‌رسد. (زراعت، ۱۳۹۲: ج ۲: ۵۱۲).

به نظر می‌رسد اگر «قوانین شکلی» را گزاره‌هایی که صرفاً به وسایل و کیفیت اعمال یک حق اشاره داشته باشند و «قوانین ماهوی» را نیز قواعدی که تأثیر مستقیم بر محکومیت یا سقوط مجازات بگذارند، تعریف کنیم؛ در جرائم حدی، قاعده درأ یک ضابطه دو وجهی حاکم بر قواعد شکلی (قابلیت طرح ادعا، ادله اثبات) و نیز قوانین ماهوی خواهد بود، اما در سایر جرائم، نهایتاً «شبهه» ممکن است تنها بر قواعد ماهوی تأثیر گذار باشد.^۱

۱. به همین خاطر قاعده درأ بر «اتهام» که نوعاً روال شکلی^۱ است تأثیر گذار نیست زیرا هر چند باید به حدی از دلایل برسد اما صرف «احتمال منطقی و نوعی» در صحت استناد رفتار مجرمانه (ماده ۱۶۸ ق.آ.د.ک.)، تا بر شخصی وصف متهم بودن صدق کند و شبهه در آن تأثیر خاصی ندارد. پس از ثبوت وصف اتهام و در مرحله اثباتی و در مقام تجزیه و تحلیل ادله، تردیدها و احتمالاتی که عمدتاً جنبه ماهوی دارند حین دادرسی بروز می‌کنند که شبهه به عنوان «معیار اثباتی» در این مرحله کار کرد خود را به نمایش گذاشته و تکلیف هر کدام از این تردیدها را مشخص می‌کند.

۳-۱-۱- انطباق موقعیت شبهه بر «اصل فردی کردن کیفر»

اصل فردی سازی کیفرها، به معنای شناخت دقیق وضع روانی و اجتماعی بزهکار و شرایط و چگونگی ارتکاب و شکل گیری پدیده مجرمانه به منظور گزینش کیفر مناسب است. گاه ملاحظاتی نظیر مصالح اجتماعی، اختیار قاضی را در تعیین نوع و میزان مجازات را محدود می سازد و قاضی در صدور حکم بیش از فاعل (بزهکار)، فعل (بزه) او را در معرض داوری قرار می دهد (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۳: ۱۳۶). همسو با فرضیه فقهی برخی از فقیهان نظیر میرزای قمی^۱، امکان دارد که افزون بر تعزیرات که به موجب ضابطه «بما یراه الحاکم» در خصوص مجازات تعزیری مجال فردی سازی کیفر را فراهم می آورد، در کیفرهای حدی نیز به موجب قاعده درأ، این ضابطه قابل پیاده سازی باشد.

بنابر فرضیه عبدالقادر عوده در «الموسوعه العصریه» کیفرهایی که به عنوان حد مقرر شده است، بدون ملاحظه شخصیت جانی، به اثبات نمی رسند و این گونه نیست که شریعت، کاهش یا افزایش و یا تبدیل مجازات حدی را بر قاضی حرام کرده باشد، به گونه ای که بدون مراعات شرایط بزهکار و شخصیت وی، ناگزیر از اجرای مجازات معین حدی باشد، بلکه منشأ چنین اعتراضی ناآگاهی از مبدأ بنیادین و مهم یعنی «نظام اسقاط حدود با شبهه»، است. به تعبیر دیگر، خواست و مقصود شارع از معین نمودن دقیق کیفرهای حدی، تبیین کران و حد نهایی کیفرهاست، بدین شکل که قاضی مجاز نیست که از این حدود مقدر شده فراتر رود و به شدت آن بیافزاید (عوده، ۱۴۲۲: ۲۷)^۲. در واقع، علل مخففه ای که ناشی از شبهه و به طور کلی عدم احراز

۱. میرزای قمی در جامع الشتات در رابطه با اجرای حدود تقریر نموده است: «حقیر در جواز اجرای حدود در زمان غیبت، توقف و تأمل دارم. بلی حاکم شرع، این جماعت را تعزیر می کند به هر چه صلاح داند، و آن هم وظیفه حاکم شرع است. بلی هر گاه حاکم شرع را آن اقتدار نیست، بر دیگران تنبیه ایشان از باب امر به معروف و نهی از منکر، به هر نحو که اقتضا کند و شرایط آن متحقق شود جایز، بلکه واجب است. بالأسهل فالأسهل..» (میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۱: ۳۹۵)

۲. وی، این گونه نقطه نظر خویش را تبیین می کند: «ونحن نرى أن الشبهات التي ندرأ الحد أو القصاص يدخل ضمنها ما تستلزمه ظروف الجانی وشخصيته كما قدمنا من قبل و أن التعزیر فی هذه الحالة یعنی عن الحد أو القصاص وهو أقل منها. وعلى ذلك فاننا لا نوافق على القول بأن النص الشرعی على عقوبه مقدره معناه أن الشریعة تحرم على القاضی أن ینقص من تلك العقوبه...».

شروط حد است، سبب تخفیف مجازات و تبدیل آن به تعزیر می‌شود. به تعبیر وی: «مجازات‌های اصلی در کلیه‌ی جرایم، همان تعزیرات هستند، اگرچه در حالت پدید آمدن شرایط مشخصی که موجب تشدید^۱ کیفر تا حدی که شارع تعیین نموده است، شود، همان نهایت کیفر تعیین شده از سوی شارع، به اجرا درمی‌آید، در غیر این صورت، همان جزای تعزیری که بنابر عقیده ما اصل است، اعمال می‌شود.»

وی در تمایز منهج شرعی و چارچوب‌های قوانین وضعی به دو شاخصه نظام کیفری اسلامی اشاره می‌کند:

۱- فرض کیفرهای ثابت (حدود) برای تحدید^۲ محدوده خاصی از رفتارها برای حمایت از جامعه و ارزش‌های تغییرناپذیر آن. ۲- توجه به ویژگی‌های متهم در تقدیر و اندازه‌گیری کیفر، به گونه‌ای که شریعت مقدس، شخصیت مجرم را به بهانه این که آن جرم‌ها به کیان و هنجارهای جامعه آسیب زده، نادیده نگرفته است. سپس، خاطر نشان نموده است: قاعده درأ، ضامن آن است که ویژگی‌های متعلق به شرایط متهم و قربانی جرم هنگام مشخص کردن مواردی که شبهه محسوب شده یا به عنوان سبب تجویزکننده تبدیل کیفرهای ثابت به تعزیرات مطرح هستند، با دیده اهمیت نگریسته شود^۳ (همان: ۴۳).

به این ترتیب، حدود و قصاص حد و مرز نهایی تعزیرات هستند که کاربست آن‌ها جز با نص آسمانی جایز نیست و هنگام شبهه باید جزای تعزیری کمتر از آن کیفر حدی به اجرا درآید. وی در نهایت، پیشنهادی مطرح کرده است مبنی بر این که: شورای اجتهاد یا مجلس اعلیٰ قضایی مجاز نیست که قرار عفو عام یا عفو خاص را به شکل ارتجالی و بدون مبرر و توجیه شرعی و تنها به جهت مصلحت اجتماعی اجرا نماید، بلکه چنین قراری قضایی، با ملاحظه اسباب شرعی و نه کارکرد سیاسی یا اداری حاکمان جامعه یا حاکمیت و یا احزاب سیاسی باید اتخاذ

1. Aggravation.

2. Limitation.

۳. «...أن مبدأ درء الحدود بالشبهات کفیل بفتح باب یسمح بأن تأخذ الحسابات المتعلقة بظروف الجانی بل والمجنی علیه بعین الاهتمام عند تحدید ما یُعَدُّ شبهات أو أسباباً تجیز النزول من العقوبات المقدره الی التعزیر.»

شود. قرار عفو مادام که دارای مبنا و توجیه شرعی به مصلحت جامعه می باشد، باید در گستره‌ی تخصص فقهی و اجتهادی، به ویژه در حوزه شبهاتی که باعث منع حدود می گردند، داخل شود؛ زیرا، قاعده درأ حدود با شبهات، ضابطه عمومی و تأمین کننده مصالح جامعه است و تعیین مقصود از شبهات در حوزه اجتهاد است که به همین خاطر استبعاد وجود ندارد که عفو، کیفرهای حدی و بلکه تمامی کیفرها (چه حد و چه تعزیر) را شامل شود. نظر به این که همگی جرایمی که با حد، مجازات می شود، جرم‌های خطرناک و مهم هستند، باید شورای عالی قضایی یا شورای اجتهاد در شرایط خاصی به صدور قرار عفو عمومی یا خصوصی مبادرت ورزد، آن هم در صورتی که اسباب قوی که محدوده کیفرهای حدی را بر اساس وجود شبهه‌ای که مانع اجرای آنهاست، توضیح نماید. (همان: ۶۱). بنابر نظریه عوده چون حدود، از نظر شدت حد پایانی مجازات‌ها هستند، شارع فرمان درأ آنها را با شبهات صادر نموده، ولی این بدان معنا نیست که وجود شبهه در رکنی از ارکان جرم، ارتکاب رفتاری را مباح می گرداند، بلکه زمینه را برای اجرای کیفر تعزیری مهیا می نماید.

در یک جهت گیری مشابه، صاحب‌الفقه با تقسیم بندی مجرمان به هفت گونه، درباره‌ی فردی سازی کیفرها در قبال هر یک از اقسام مجرمان و ارتباط آن با قانون الحدود تدرأ بالشبهات اظهار داشته است: «ممکن است افزون بر این هفت مورد، اقسام دیگری از مجرمان نیز وجود داشته باشد که پس از به دست آوردن سوابق هر مرتکب، با توجه به آن مجازات نفیاً و اثباتاً صادر و نیز، شدت و ضعف آن نیز مبتنی بر همین سوابق خواهد بود. در غیر این صورت، لازم است که شدید یا خفیف بودن مجازات بر حسب قانون تدرأ الحدود بالشبهات تعیین شود؛ زیرا، این قاعده اعم از اصل کیفرها و شدت آنها است (حسینی شیرازی، ۱۴۲۱ق: ۸۲).^۱

۱. «وقد تكون هناك أقسام أخرى للمجرم، حيث أن مثل هذا التصنيف الذي ذكرناه بحاجة إلى علماء النفس، و علماء الاجتماع، مضافاً إلى علماء الشريعة، ثم استقصاء سوابق كل مجرم ثم الحكم بالعقوبة نفياً أو إثباتاً، شده أو ضعفاً، فإن أمكن توفير كل ذلك فهو، وإلا فاللازم أن تكون شده العقاب و خفته مضافاً إلى أصله حسب قانون (الحدود تدرأ بالشبهات) وغيره، فإنه أعم من أصل الحد أو شدته، والمتبع الشرع على ما ذكره الفقهاء»

۴-۱. توجه به ملاک امتنانی بودن کارکرد شبهه

به عقیده برخی فقها (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۸، ۷۱)، قاعده درأ قاعده‌ای امتنانی نسبت به امت اسلامی است، به این معنا که از طرفی در مقام اجرا یا تفسیر، به‌ویژه، در جرایم حق‌اللّٰهی با بزه‌دیده (نظیر زنا یا عنف) یا حق‌النّاسی (مانند قذف) نباید نتیجه آن امتنان نسبت به متهم و در عین حال، تضییع حق مجنی‌علیه باشد. افراط بی‌قید و شرط بدون توجه به سازوکار امتنانی این قاعده، از یک سو، محذور تعطیلی کیفرهای حدّی را در پی دارد و از سوی دیگر، با راهبرد و مقاصد شریعت همخوانی ندارد. از طرف دیگر، شبهه درباره غیرمسلمانان اقتضای الغای کیفر را ندارد، مثلاً درباره بند پ ماده ۲۲۴ق.م.ا. ۱۳۹۲^۱ یعنی، زنا یا مرد غیرمسلمان با زن مسلمان که موجب اعدام زانی است، در کتاب «اجماعیات فقه الشیعه» آمده است: «وکذا یثبت الحدّ بالقتل والجلد للذمی إذا زنی بمسلمه... ولا یدرأ عنه الحدّ بالشبهه، ولا یسقط عنه الحدّ یا سلامه» (حسینی مرعشی، ۱۴۱۹ق: ج ۴: ۲۴۹) چه آن‌که شبهه دلیلی برای برداشتن کیفر زنا نبوده و حتّی چنان‌چه کافر ذمی پس از زنا ادعای مسلمان شدن کند، این ادعا شبهه‌ای مؤثر در جهت برداشتن کیفر اعدام و تبدیل مجازات به کیفر تازیانه نخواهد بود.

علامه حلّی در قواعد الاحکام در فرض جهل غیرمسلمان به بطلان عقد نکاح وی با زن مسلمان (شبهه حکمیه) را به نوعی مطمح نظر و اشکال دانسته است^۲ (علامه حلّی، ۱۴۱۳ق: ج ۳: ۵۲۶) و ناگزیر از سویی شبهه در موضوع حد زنا وجود دارد و مشمول عموم قاعده درأ می‌شود و از دیگر سو، قاعده فقهی «حقوق الله مبنیه علی التخفیف و التسهیل» (طوسی، ۱۳۸۷ق: ج ۷: ۱۰۱) - که از مصادیق آن حدود الهی بدون بزه‌دیده است و نتیجه آن محدود کردن حیطة اثباتی کیفرهای حدّی به احکام محل وفاق یا دست‌کم دارای شهرت فقهی یا موضوعات یقین‌آور

۱. پ- زنا یا مرد غیرمسلمان با زن مسلمان که موجب اعدام زانی است.

۲. فخرالمحققین در شرح این اشکال تقریر نموده: «اشکال ینشأ (من) انه شبهه فیسقط الحد لعموم قوله (پ): ادراءوا الحدود بالشبهات (و من) أن الرخصة والتخفيف انما جاءت فی حق المسلمین اما الذمی فلا یرخص له و جهله منسوب الی تقصیره و تجریه علی المسلمین یقتضی تشدید العقوبه علیه» (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق: ج ۴: ۴۷۷).

است (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق:ج:۱۴:۱۴) فرض مذکور را دربر نمی‌گیرد؛ زیرا، سازوکار قاعده مبتنی بر امتنان و مسامحه در مورد مسلمانان و علت آن اهتمام شرع بر خون فرد مسلمان و احتیاط تام در آن است، اما جهل حکمی منتسب به تقصیر غیرمسلمانان و تجرّی وی نسبت به جامعه اسلامی، مقتضی تشدید کیفر است.

به هر ترتیب، فقها در مواردی که ملاک امتنان، نه تنها شفاف نیست، بلکه قابل مناقشه نیز می‌باشد به شبهه تمسک نموده‌اند، مثلاً، با توجه به اینکه در جرم محاربه نسبت به این که «قصد اخافه» در شکل‌گیری جرم معتبر است یا خیر، اختلاف دیدگاه فقهی میان فقها وجود دارد، در جایی که مهاجم مسلحی به دلیل اختلاف شخصی، با سلاحش، افراد معدودی را بترساند، هر چند امتنان در حق چنین شخصی که شاهر سلاح و مهاجم است، بعید به نظر می‌رسد اما صاحب‌جواهر به مجرد اختلاف فقها و بدون در نظر گرفتن فقدان ملاک امتنان در این فرض، در نفی حد محاربه به شبهه تمسک کرده است (نجفی، ۱۹۸۱م:ج:۴۱:۵۶۹). در تأیید این برداشت باید گفت که به نظر می‌رسد با توجه به اطلاق نصوص، مفاد آنها از تقیید به ملاک امتنان برکنار شده است و اگر ملاک امتنان به عنوان حکمت ضابطه شبهات پذیرفته شود، بی‌گمان انحصار و دایرمدار کردن قاعده بر این دلیل، فاقد دلیل است.^۱

۱. از دیدگاه ما، از حیث دفع آثار محکومیت کیفری به سبب اشتباه مرتکب بیش از آن که جنبه تبعیدی و امتنانی داشته باشد و ویژه جامعه اسلامی باشد، واجد جنبه‌ها و ریشه‌های عقلانی و انسانی است و می‌توان از زیرساخت‌های حقوقی نظیر تسامح برخاسته از کرامت انسانی در پذیرش اشتباه مرتکب هر چه بیشتر بهره برده و با شاخصه‌های آن تطبیق داد. لذا لازم نیست پذیرش شبهه مرتکب در دفع کیفر را تنها به مسلمانان جامعه اختصاص داده و مقید سازیم و یا حتی در بسیاری از موارد ملاک امتنان را برای تطبیق قاعده درء احراز نماییم.

۲. اصول راهبردی کیفرزدا از رهگذر حصول شبهه

اصطلاحاتی نظیر «عدالت خشن^۱» و «بازگشت کیفرگرایی^۲» در سه دهه اخیر برای توصیف نظام‌های کیفری مانند ایالات متحده آمریکا، حاکی از تحوّل به سوی شدت غیرقابل توجیه پاسخ کیفری و یا عدم تناسب میان جرم و کیفر است (Kury, 2011: p.133). این گونه رویکردهای سخت‌گیرانه^۳ معمولاً با انواعی از توسل توده‌گرایانه و فراگیر به دامان توده‌ها پیوند دارد (هینز، ۱۳۹۲: ۲۹۴) که مجازات عملاً به عنوان صورتی از تلافی اجتماعی ظاهر که می‌تواند در چهره واکنشی جلوه‌گر شود که با جرم انجام شده، تناسب ندارد. زیربنای این اندیشه آن است که «نظم» را باید بر همه چیز از جمله «عدالت» مقدم داشت (همان: ۳۰۴-۳۰۵). کیفرزدایی توسط قانون‌گذار، شفاف‌ترین نوع کیفرزدایی است که گاه، با اقدام‌هایی همچون افزودن قید یا قیودی به عناصر سازنده جرم، تأکید مضاعف بر اصل برائت و آثار آن که گاه سبب خروج از ضوابط استناد به یک اصل عملی نیز می‌شود که آثاری غیر واقعی برای آن فرض شده است (شاملو، ۱۳۸۳: ۳۶۵). اما، با توجه به این که کرامت ذاتی انسان به عنوان مهم‌ترین مقصد شریعت اسلامی، به نوبه خود در فقه کیفری، می‌تواند منشأ سلب و ایجاب شود (حبیب‌زاده و خرّمی عراقی، ۱۳۹۷: ۶۷)، می‌تواند مدرک محکم و متقنی برای قاعده درآ تلقی شود که با ملاحظه این جنبه، «تسامح» برخاسته از این بنیان اقتضا دارد که از سویی در هیچ حالتی، عدالت، قربانی نظم اجتماعی نشود و از سوی دیگر، قوانین توسعه‌یافته مرتبط با مسائل اخلاقی حذف و در مرحله قضایی از تحمیل کیفرهای شدید صرف نظر شود.

در یک رویکرد جامع، پس از تعیین تفسیر نگارندگان از حالت شبهه‌دارئه، باید گفت که این عنوان مشتمل بر راهبردها، مؤلفه‌ها و یا اثرات متفاوتی بر فرآیند دادرسی شده است که اتخاذ این موارد طبعاً، به صورت مستقیم یا غیر مستقیم بر کیفر متهم تأثیرگذار خواهد بود. بنابراین، تحلیل راهبردها در هنگام تشخیص حالت شبهه دارئه در برخی موارد لازم است.

-
1. Harsh justice.
 2. Punitive turn
 3. Get-tough movement.

۱-۲. تلقین بی گناهی به متهم: «الحدود تُحتال لدرئها»

فحوای روایاتی^۱ نظیر قضیه ماعز (بیهقی، ۱۴۲۴ق: ج ۴۳۴، ۲) گویای آن است که در دعاوی جزایی غیر متلازم با دعاوی شخصی، قاضی اجازه دارد با تلقین به متهم، به نحوی زمینه گریز وی از مجازات را فراهم نماید (اسماعیل پور؛ ۱۳۷۹: ج ۱، ۲۴۵-۲۴۴).^۲ محمدتقی جعفری در رابطه با کیفر قطع گفته است: «بر حاکم است که تا می تواند متهم را از اقرار صریح به ارتکاب سرقت باز دارد، به این معنا که عذرهایی را که محتمل باشد به او تلقین کند. مثل این که پرسش کند آیا اضطراب نداشتی؟ آیا مال در حرز بود؟ آیا حکم سرقت را می دانستی؟ تا آنجایی که سارق از رفتار خود پشیمان شود و توبه کند و حد از او ساقط شود عروض هر شبهه ای اعم از موضوعی و حکمی در هر یک از ارکان سرقت موجب سقوط حد است» (جعفری، ۱۴۱۹ق: ۱۳۶).

ابن همام نیز با استناد به ضابطه «الحدود تُحتال لدرئها»^۳، استفسارها و پرس و جوهای متعدد را به قصد احتیال برای رفع کیفر حدی، حتی پس از اقرار صریح و ثبوت آن لازم دانسته و تردید در مورد این مفهوم را شک در ضروری دین و امر مقطوع شرعی دانسته و خاطر نشان نموده است

۱. القانات حضرت علی خطاب به شراحه‌ی همدانیه به هنگام اعتراف به زنا همانند «العله وقع علیک وأنت نائمه»، «لعله استکرهک» و «لعلَّ رُوْجُکَ مِنْ غُلُوْنَا هَذَا أَنَاکَ، فَأَنْتَ تَكْرَهِيْنَ أَنْ تَأْتِيْ غُلُوْنَا» همگی به نقش مؤثر شبهه در روال دادرسی جرایم حدی، اشعار می نماید. امثال این پرسش ها جدای از آن که سنجش و ارزیابی از شرایط و خصوصیات رفتار ارتكابی باشد، به نوعی درصدد کیفرزدایی از طریق ایجاد شبهه و تردید به عنوان مانعی برای اثبات عنوان مجرمانه به حساب می آید استفسارهای پیامبر اکرم و امیرالمؤمنین از مجرمان پس از اقرار نکته ای است که از نظر شرع حتمی و بلکه، ضروری است. حتی امتداد این سیره در مدت کوتاه خلافت امام حسن نیز مشاهده می شود و در روایت روبه رو به خوبی برداشت می شود: «... قَالَ: سَمِعْتُ سُبَيْحًا أَبَا سَالِمٍ يَقُولُ: شَهِدْتُ الْحَسْنَ بْنَ عَلِيٍّ وَأَتَيْتُ بِرَجُلٍ أَقْرَبَ بِسَرِقَةٍ، فَقَالَ لَهُ الْحَسَنُ: لَعَلَّكَ اخْتَلَسْتَ لِيْكَ يَقُولُ: نَلَا» (ابن ابی شیبیه، ۱۴۰۹: ج ۵، ۵۲۰) ابوسالم نقل کرده است: حسن بن علی را دیدم هنگامی که مردی را پیش او آوردند که اقرار به سرقت کرده بود، فرمود: شاید اختلاس کرده ای، تا بلکه او سرقت را انکار نماید.

۲. اما فی حقوق الله تعالی... يجوز تلقين المتهم فيها لئلا يظهر الواقع ومع ما ورد بان الحدود تدرأ بالشبهات درء عنه الحد...

۳. با پژوهشی که در مجامع فقهی اهل سنت انجام شد، نخستین فقیهی که به این ضابطه استناد نموده سرخسی (م ۴۸۳هـ) در المبسوط (۱۴۱۴، ۲۰/۲۴) است که بیان می کند: «وَفِي الْحُدُودِ يُخْتَالُ لِلدَّرِّ، وَلِلْإِسْقَاطِ»

که اختلاف فقیهان تنها در این مطلب است که آیا فلان شبهه صلاحیت اسقاط کیفر را خواهد داشت یا خیر (ابن‌الهام، ۱۳۸۹ق:ج:۵:۲۴۹). در نتیجه، در سراسر رویه‌های شکلی از جمله بازجویی و جلسات پرسش و پاسخ از متهم و همچنین، در جلسات دادرسی، پرسش‌ها باید به صورت تلقینی در جهت نفی و اسقاط مسئولیت کیفری صورت پذیرد. حتی، پس از اقرار صریح و منجز که بنابر تعریف برخی حقوقدانان: «پذیرش عنصر مادی بزه از طرف متهم و خبر دادن وقوع آن» (آخوندی، ۱۳۹۲:ج:۷:۲۱۹) می‌باشد، لازم است که مقام قضایی با ایجاد تردید نسبت به رفتار مادی در ذهن متهم، به نحوی مانع تبدیل کیفر تعزیری ناشی از یک اقرار به کیفر حدی شود. دادرس پرسش‌های بیشتری برای القاء انصراف از تکرار اقرار به دفاعاتی که مثبت عمل محسوب است از او بکند، یا تحقیقات بیشتری تنها در جهت احراز سلامت دماغی مُقر و ایجاد شک و شبهه نسبت به اعتبار اقرار وی بعمل آورد تا مجرای قاعده دراء (تدرأ الحدود بالشبهات) و رهایی از عقوبت فراهم شود» (زارعی محمودآبادی، ۱۳۹۶:۳۰۸).

مدلول روایات حاکی از آن است که برخی از این استفسارها پس از چهار مرتبه اقرار و ثبوت جرم صورت گرفته است (الأسمر، ۱۴۳۷ق:۱۳۴)، اما، پیش از آن و در فواصل اقرارها پیامبر اکرم از اقرار کننده به جهت پرده‌پوشی و عدم قیام حجت و دلیل شرعی اعراض نموده است. این رویه یعنی، تسری دامنه ایجاد شبهه به پس از اثبات با ادله قضایی مسئله مهمی است که در سایر جرایم غیرحدی چنین برخوردی گزارش نشده است.

۲-۲. اثبات بزه بدون تردید معقول: «قاعده الدرء تدفع القضاء بالقرائن»

یکی از شیوه‌های اثبات‌زدایی، استفاده از قاعده درأ است که در مرحله اثبات اتهام، مقوله دلیل‌آوری را با ضوابط سخت‌گیرانه‌ای همراه ساخته و در واقع از اثبات جرم و در نهایت محکومیت به مجازات و اعمال آن نیز اجتناب می‌شود (صادقی، ۱۳۹۷:۳۳). قوانین کیفری اسلامی به عنوان سامانه احتیاط‌های گسترده در فرآیند جرم‌انگاری و اثبات کیفر با دو شالوده اصلی خود یعنی: «الخطأ فی العفو خیر من الخطأ فی العقوبه» و «قاعده درأ» اصرار بر تحقیق همه‌جانبه درباره

جرم و به نوعی ایجاد شبهه تأکید دارد (التسخیری، ۱۳۸۹ق: ۸۷). در حیطه سیاست جنایی اسلامی این احتیاط‌ها تا آن جا گسترش می‌یابد که در نهایت، مطالعه و ریشه‌یابی وسیعی در ابعاد و شرایط اجتماعی و علل و اسباب وقوع جرم صورت گیرد و در صورتی که تقصیر دولت یا نظام اجتماعی در تأمین نیاز تهی‌دستان احراز شود، «شبهه» می‌تواند پاسخ کیفری را از مرتکب جرم ساقط کند (صادقی تهرانی، ۱۳۶۵: ج ۸: ۳۵۲)!

وفق همین مبنا، صدور حکم کیفر حدی صرفاً، بر اساس اصول عملیه در فقه کیفری ممنوع است؛ با این حال قانونگذار به‌رغم پیش‌بینی قاعده درآ در مواد دیگر قانون مجازات اسلامی از جمله مواد ۱۱۴، ۱۱۵، ۳۰۸، ۳۰۷ و ۳۱۱ بر مبنای اصل استصحاب مقرراتی را وضع کرده است که در مواردی با مقتضیات قاعده درآ در تعارض است (رحیمی‌نژاد، ۱۳۹۶: ۷۸). مواردی که با در نظر گرفتن حالت سابق، مجازاتی بر متهم ثابت شود یا حتی بار اثبات معکوس و از عهده شاکی یا دادستان برداشته و بر عهده‌ی متهم قرار داده می‌شود، نیاز به بازنگری دارد؛ زیرا، حالت سابق تنها اوضاع و احوال متهم را نشان می‌دهد و یا حداکثر در حکم قرینه و اماره است و نمی‌توان با استناد صرف به حالت سابق، مسئولیت کیفری متهم احراز کرد. از این رو، بنیان‌های شریعت اقتضا دارد قاعده درآ مانعی برای دادرسی به صیرف قرائن باشد (ربانی، ۱۴۲۸ق: ۱۳۵) و از آن جا که حالت سابق نیز جنبه قرینه‌بودن دارد، لذا بایسته آن است که استصحاب دلیلی برای اثبات بزهکاری یا احراز مسئولیت کیفری قلمداد نشود.

۱. «ولابد أن یفتش عن علل السرقة هل هی التقصیر من الشعب و الدولة عن كفالة المعوزین؟ فلا حدّ - إذا - فی هذه السرقة! أم إنه یسرق وهو مكفی الحاجة الضروریة من سعيه حسب المقدره أو من بیت المال، فهی - إذا - سرقة غیر معذوره، فإنها تطاول علی أموال الآخیرین دون حق، و بطالة عن الحصول علی المال الحلال، و خلق جو اللأمن بین المسلمین الآمنین، فأما حين توجد شبهة فی سبب السرقة، فعلها لضرورة أم حق أمأهیه فلا حد إذ تدرء الحدود بالشبهات.»

۲-۳. رابطه قاعده درأ با اصل «تفسیر مضیق»^۱ و اصل «تفسیر به نفع متهم» از خط‌مشی‌های راهبردی و اصول مترقی شارع در برخورد با متهمان و احتمالاً، مجرمان، اسقاط مجازات آنان در موارد شبهه‌های دارای اعتبار است. قاعده درأ، به عنوان یک سازوکار در مواجهه با متهمان نه تنها، سبب می‌شود که عنوان جرم بر رفتار آنان منطبق نشود، بلکه عروض شبهه، حتی با وجود احراز ضمنی مجرمیت فرد، موجب اسقاط کیفر خواهد گردید.

از میان بنیان‌ها و اصول حقوق جزای عرفی کارکردهای قاعده درأ از جهاتی با کارکرد اصل تفسیر مضیق قانون جزایی به نفع متهم^۲ برابر است. مفهوم این اصل آن است که افزون بر آن که قاضی به «تفسیر محدود قوانین کیفری نامساعد، یعنی قوانین مربوط به عناصر تشکیل دهنده جرم و تعیین میزان مجازات می‌پردازد، مکلف است که قوانین مساعد به حال فرد نظیر عوامل موجهه جرم را به طور وسیع تفسیر کند. افزون بر این، قوانین شکلی تضمین کننده عدالت کیفری، تضمین کننده آزادی فردی و حقوق دفاع متهم، جزء قوانین مساعد به حال متهم شناخته شده‌اند. البته در مواردی رویه قضایی قوانین مساعد به حال متهم را، تفسیر مضیق نموده تا حقوق جامعه را تقویت نماید (استفانی، ۱۳۸۳: ج ۱: ۱۷۳).

در شبهه حکمی، زمانی که قانون تردیدآمیز است، دادگاه از اظهار نظر معاف نیست و باید نخست به کمک اقدامات معمولی تفسیر، معنای حقیقی قانون را پیدا کند، با این حال اگر تردید باقی بماند، باید به نفع متهم رأی بدهد. همچنین، قاضی می‌تواند از هدف مورد تعقیب قانونگذار برای تعیین وسعت یک متن از روش موسوم به «غایت‌شناسی»^۳ الهام بگیرد (همان: ج ۱، ۱۷۵).

تمایز قاعده درأ و اصل تفسیر مضیق قانون به نفع متهم در آن است که اصل تفسیر به نفع متهم، صرفاً در صورت وجود شبهه از نظر انطباق عنصر قانونی بر رفتار متهم، محور اقدام‌هایی قرار می‌گیرد که به نفع متهم صورت پذیرد، یعنی در اجمال یا ابهام قانون، از انطباق قانونی که وی را

1. Restrictive interpretation

2. Narrow interpretation in favor of the defendant

3. Teleology

مجرم قلمداد کند، خودداری می‌شود؛ برخلاف قاعده در آن که از کلیه جنبه‌ها، اعم از شبهه در موضوع عنصر قانونی یا در عنصر مادی و یا معنوی زمینه اقدامات را فراهم می‌کند. بر این اساس، چنانچه انطباق قانون مبهم و مجمل نباشد، ولی متهم در زمان ارتکاب، دارای شبهه باشد، از انطباق قانون بر وی خودداری می‌شود. به نظر می‌رسد قاعده در آن تنها در بخشی از کیفرهای حدی و در نهایت، تا اندازه‌ای در قصاص و تعزیرات منصوص شرعی، نمود یافته است و با احراز شبهه مؤثر، روال دادرسی را به نفع متهم تغییر می‌دهد، اما اصل تفسیر مضیق، به عنوان یک ضابطه‌ی عام در سراسر گزاره‌های قانونی، تردیدهای دادگاه مربوط به امور موضوعی یا تردیدهای تفسیر قانون و یا احتمال شمول یا عدم شمول گزاره‌های جزایی بر وقایع مورد رسیدگی را پس از جستجو و مایوس شدن از غرض قانونگذار به نفع متهم ابهام‌زدایی می‌نماید. نتیجه آن که این اصل، جنبه قضایی صرف دارد و تنها در صورت وجود شبهه از نظر انطباق عنصر قانونی بر عمل شخص متهم محور اقداماتی قرار گرفته و نسبت به همه نصوص قانونی قابل اعمال است. در مقابل، کارکرد قاعده در آن در سه حوزه عنصر قانونی، مادی و روانی بروز یافته و حتی در بعضی موارد همچون ماده ۲۱۷ ق.م.ا^۱ با شبهه‌های عارض شده بر ذهنیت یا ادراک مرتکب نسبت به حرمت شرعی قابل انطباق بوده و در ماده ۲۱۸^۲ ادعاهای متهم جز در چند جرم حدی دارای جنبه حق الناسی، چنانچه تنها احتمال صدق گفتار وی داده شود و بدون این که دادرسی تحقیق نموده و عملیات دستیابی به واقع امر را پی‌گیری نماید، پذیرفته می‌شود.

۱. ماده ۲۱۷- در جرائم موجب حد، مرتکب در صورتی مسؤول است که علاوه بر داشتن علم، قصد و شرایط مسؤولیت کیفری به حرمت شرعی رفتار ارتكابی نیز آگاه باشد.

۲. ماده ۲۱۸- در جرائم موجب حد هرگاه متهم ادعای فقدان علم یا قصد یا وجود یکی از موانع مسؤولیت کیفری را در زمان ارتکاب جرم نماید در صورتی که احتمال صدق گفتار وی داده شود و اگر ادعاء کند که اقرار او با تهدید و ارباب یا شکنجه گرفته شده است ادعای مذکور بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می‌شود.

۴-۲. کیفرزدایی با سنجش مقاصد شریعت

واقعیت آن است که در فقه سنتی، قواعد کیفری اسلامی به عنوان یک ساختار دارای اهداف مشخص و دغدغه جدی فقها تبیین نشده تا در مسائل و چالش‌های آن درنگی صورت گیرد. بیشتر فقیهان تمام نیروی فقهی خود را صرف استناد به دلیل‌های متنی و عملکرهای مقبول فقهی مثل اصول عملیه نموده‌اند تا حکم همان مسأله را بدون در نظر گرفتن هدف یا انگیزه شارع از قرارداد کیفر، استنباط نمایند. مثلاً، در مورد شخصی که در حالت سلامت عقلی مرتکب رفتار مستوجب حد شده و پس از محکوم شدن به کیفر، مجنون شود، آیا حد همچنان، باید اجرا شود یا خیر، نوعاً کانون رویکرد فقیهان معطوف بر صحیحه ابی عبیده^۱ و عموم ادله وجوب حد بوده و حتی با تمسک به اصول عملیه‌ای همچون استصحاب بقای وجوب کیفر حدی^۲ حکم مسئله را لزوم اعمال کیفر حدی تشخیص داده‌اند.

اگر چنین نگرش محدودی را با اهداف مجازات‌ها وسعت بدهیم، پرسش محوری این است که قطع نظر از مستندات خاص، قاعده اولیه و مقصود شارع از اجرای کیفر حدی چه بوده است و آیا چنین غایتی با اعمال کیفر بر فرد دیوانه تحصیل می‌شود؟ اگر مبنای اتخاذی این باشد که ارتکازهای عقلایی درباره اهداف مجازات‌ها حجیت دارند، بعید نیست که بتوان از تعارض اماره شرعی، مثل صحیحه ابی عبیده و استصحاب با ارتکاز عقلایی سخن گفت و شبهه حاصل از چنین تعارضی را مؤثر تلقی نمود. فقیهی در ذیل این فرع فقهی اظهار داشته است: «لکن هل مثل هذا التفکیر و الحسابات یکفی فی ردّ الصحیحۃ المفتی بها؟ هذا أمر مشکل، وأشکل منه التمسک بدرء

۱. امام باقر (علیه السلام) در باره مردی که حد بر او واجب، ولی اجرا نشده تا دچار اختلال عقلی (جنون) شد، فرمود: اگر او در وقتی که سالم بوده و عقلش را از دست نداده بود، حد را بر خودش واجب کرده بود، حد بر او جاری می‌شود (حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۸: ۱۲۵).

۲. جریان استصحاب در شبهات حکمی‌ای مانند این مسئله -در نزد اکثر اصولیان- ضعیف بوده و افزون بر این ایراد تغییر کردن موضوع محتمل است چرا که عقل و جنون در اینگونه مسائل که مرتبط با کیفر اعمال است، از حالات محسوب نمی‌گردند

بلکه از مقومات موضوع بوده و لااقل شک در بقای موضوع وجود دارد. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ق: ۳۴۴)

الحدّ بالشبهه مع وجود الدلیل المعتبر، واللّه العالم». نتیجه آنکه ارتکاز عقلی توان کنار زدن صحیحه مزبور را نداشته و با وجود نص، به کارگیری قاعده در آن نیز اشکالش دوچندان می‌باشد (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۵: ج ۵۳۵، ۱). اما، فقیه معاصری دقیقاً، دیدگاهی در تقابل با دیدگاه بالا دارد و به طور کلی صحیحه را کنار زده است و با اشاره به اشکال کیفر دادن شخص مجنون که هیچ ادراکی ندارد، آن را خلاف موازین شرعی و ارتکاز عرفی یا عقلایی و اهداف بنیادین کیفری در تمام دادگاه‌های جهان که کیفر دیوانه را امری قبیح یا لااقل بی‌فایده دانسته‌اند، برشمرده است (منتظری، ۱۴۰۰: ۹۹). به جهت نادیده گرفتن اهداف مجازات، صاحب‌الفقه عبارتهای فقها را در این مسأله، غیر منقح دانسته و ادامه داده است: «وعلى كل حال فالمسألة غیر منقحه فی کلماتهم، و ترک العمل بالروایة فی موردها مشکل، كما أن العمل بها مشکل، أما التعدی عن موردها فأشکل» (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ج ۱۵۳، ۸۷). همگی این اشکال‌ها می‌تواند ناشی از شبهه‌ای باشد که در گرداگرد اهداف کیفر حدی و تطبیق آن بر فرد مجنون شکل گرفته است. از دیدگاه نگارندگان، اعتقاد صاحب‌جوهر که مطرح نمودن احتمال سقوط کیفر را «اجتهاد در برابر نص و فتوی» دانسته است، (نجفی، ۱۹۸۱: ج ۴۱: ۳۴۳) قابل پذیرش نیست؛ زیرا، مجموع نصوص روایی را که به طور تلویحی و با تعبیر مختلف بر اهداف مدنظر شارع از اجرای کیفر حدی دلالت دارند، باید حجتی در مقابل نص صحیحه مزبور به حساب آورد. اطلاق قوی روایت رفع قلم از مجنون (حرعاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۳، ۲۸) که هم شامل فرض ارتکاب رفتار در حال جنون می‌شود و هم فرض عروض جنون پس از محکومیت به حد را در بر می‌گیرد. چنانچه با نگرش هدف‌گرایانه به این روایات، نتیجه بگیریم که اجرای حد بر دیوانه تأمین‌کننده مقصود شارع از کیفر حدی نیست، شبهه‌ای موثر در اندیشه فقیه شکل می‌گیرد و صحیحه ابی‌عبیده، شبهه را از اعتبار نمی‌اندازد و برخلاف نظر آیت‌الله موسوی اردبیلی اشکالی در اعمال قاعده در آن به وجود نمی‌آید.

مقاصد کیفری شریعت در صورتی در شمار ادله قرار می‌گیرند و با دیگر ادله در اجتهاد ایفای نقش می‌کنند که برای مجتهد یا قانونگذار به شکل نوعی و نه شخصی، موجب یقین شوند

که تنها در این صورت، دارای حجیت ذاتی خواهند بود. رسیدن به قطع در مقاصد شارع امری صعب و دست نیافتنی نیست (احمدی ابهری، ۱۳۹۵: ۸۰). در نتیجه، با تکیه بر آمیزه‌ای از تحلیل ادله و مستندات یک حکم کیفری به همراه نگرش هدف محور به مقاصد مجازات‌ها می‌توان به این نکته دست یافت که اگر شبهه در هدف مجازات رخ دهد، مثلاً در خصوص ماده ۲۲۹ ق.م.ا.ا اگر مردی همسر دائم داشته و قبل از دخول مرتکب زنا شود، یا در ماده ۲۴۳ درباره مردی برای بار دوم به حد قوادی محکوم شود و یا درباره مجازات حدی نفی بلد برای محارب^۱ در ماده ۲۸۲، در هر سه حالت، پس از صدور حکم قطعی مجنون شود، باید پرسید که مقاصد کیفری شارع با تراشیدن سر، تبعید^۲ و نفی بلد مجنون محقق می‌گردد؟ پس از مطالعه رهیافت‌های کلی شارع همچون بازدارندگی خاص، یعنی عبرت گرفتن مجنون یا بازدارندگی عام، به سختی می‌توان هدف از اجرای این کیفر حدی را برای مجنون متصور شد. از این رو، چنین شبهه‌ای، خود عاملی برای رفع و اسقاط این سه کیفر حدی نسبت به مجنون خواهد شد.

فقیهی در مقاله خود در این باره عنوان نموده: «از آن جا که مجنون در ارتکازات عرفی مانند میّت است، ... در اذهان مردم مانند کسی است که مرگ بر وی عارض شده و به همین جهت، در تمامی محاکم دنیا، دیوانه را محاکمه نمی‌کنند و محاکمه وی را امری غریب می‌دانند، حتی اگر کسی در زندان و یا دادگاه دیوانه شود، دیگر در موردش قوانین دادگاه اجرا نمی‌شود. بنابراین اجرای حدود بر مجنون مشکل است، مگر این که اجماعی بر آن وجود داشته باشد، و چنین اجماعی ثابت نیست و حداقل در این مسئله شبهه وجود دارد و مطابق قاعده درأ حد عمل می‌شود؛ هر چند در مورد حد زنا و مانند آن که حد آن زدن و تازیانه است نه قتل، به دلالت صحیحه ابو عبیده، قائل به ثبوت حد می‌شویم» (استادی، ۱۳۸۷: ۶۲). تفصیل میان مجازات جلد با اعدام و رجم که منتهی به قتل می‌شود، شاید به دلیل عبارت «فلم یضرب» در صحیحه و یا قاعده احتیاط در دماء باشد اما وجه تخصیص زنا از سایر جرایم حدی نزد نگارندگان مشخص نیست.

1. Belligerent
2. Exile

به هر ترتیب، طبق مبنای نویسنده فوق، که به قاعده درأ به عنوان مدرک فتوای رفع کیفر از مجرمی که پس از محکومیت مبتلا به جنون شده، استناد نموده است، این استناد در برداشتن کیفرهای حدی دارای بزه‌دیده یا دارای جنبه حق‌الناسی و قصاص-که هدف یا حداقل یکی از اهداف این کیفرها اجرای عدالت است-به ویژه در مرحله پس از صدور حکم قطعی و به دلیل «اصالت بقای حق»، تأثیری ندارد. اما، در حدود دارای جنبه‌ی حق‌اللّهی محض که به اصطلاح «جرایم بدون بزه‌دیده»^۱ هستند و هدف از آنها بازپروری و تطهیر بزه‌کار است، در جایی که دلیل اثبات، اقرار است، کارکرد درأ به عنوان اسقاط‌کننده‌ی کیفر حدی برآورد می‌شود. حتی چنانچه تأثیر قاعده درأ محدودتر شود، طبق ماده ۱۷۳ ق.م.ا در مواردی که اقرار به جرمی که مجازات آن رجم یا قتل است، انکار پس از اقرار، ولو در حین اجرای مجازات، نافذ است و مجنون در عمل، از اعمال حق خود ناتوان می‌باشد، لذا، دست کم در این موارد که مجازات رجم یا قتل با اقرار ثابت شده، قاعده درأ بدون تردید، موثر است و مجازات مزبور را ساقط می‌نماید.

نتیجه

۱- شبهه از نظر حقیقت مفهومی، انگاره‌ی مبهمی است که با موضوع مرتبط با خود همراه و به جهت ابهام یا نارسایی‌اش مانع ایجاد حکم سلبی یا ایجابی در ذهن و اندیشه شخص مشتبه می‌شود. تحلیل تطبیقی اصطلاح شبهه گویای آن است که هر احتمال مؤثر که ثبوت رکنی از ارکان شرعی، مادی یا معنوی و یا ادله اثبات در جرائم حدی را از حیث رفع کیفر، و نه لزوماً برداشتن حکم تکلیفی حرمت یا نفی عنوان مجرمانه به صورت ماهوی اقتضا نماید، می‌تواند تعبیر به «شبهه دارنه» شود. تردید در تحقق شبهه، آثار و عوارض شبهه دارنه را نخواهد داشت؛ زیرا، مبنای الغای مجازات از رهگذر یقین به خروج از عمومات اقامه حدود است، درحالی که در «شبهه در شبهه»، یقین جای خود را به شک خواهد داد و حجیتش زایل خواهد شد. بنابراین، اماره قرار دادن مرور زمان به منظور احراز توبه ممنوع بوده و باعث اعتبار یافتن شبهه‌ی توبه نخواهد شد؛

1. Victimless crimes

زیرا، صرف احتمال توبه مرتکب بدون طرح ادعای آن، «شبهه در شبهه» است که حجیت ندارد؛ و شک در تحقق توبه ناشی از شبهه نسبت به دخالت مرور زمان در احراز توبه خواهد بود، نه این که تردید در نفس وقوع توبه از سوی مرتکب باشد. همچنین، تردید قاضی در وقوع یا عدم وقوع نکاح معاطاتی، تردید در شبهه دارئه می باشد که اصل آن است که قابلیت برداشتن مجازات زنا را ندارد^۱.

۳- پس از ثبوت حالت شبهه دارئه، ملاک امتنانی بودن اقتضا دارد که در جرایم حق الهی دارای بزه دیده یا دارای جنبه حق الناسی راهبردهایی در نظام کیفری اتخاذ شود که موجب ضرر به زیان دیده یا قربانی جرم نشود. در این شرایط، مانعی از تحقیق و تفحص دادرس، ولو در جرایم جنسی وجود ندارد. قانون گذار در قانون مجازات مصوب سال ۹۲ در ماده ۱۲۰، اعمال قاعده درأ را نسبت به مطلق جرایم پذیرفته که این اطلاق، پای قاعده را به حق الناس و حدود دارای جنبه خصوصی نیز باز کرده در حالی که عدالت اقتضا دارد برخی از جنبه های محدودیت در ابزار اثبات یا اثر مترتب بر شبهه، از جمله عدم تفحص دادرس یا تلقین براءت به متهم اعمال نشود.

۴- با اعمال نگرش هدف محور شارح در مقاصد کیفرها، عدم انطباق این مقاصد بر مواردی خاص و احتمال سقوط کیفر ناشی از آن مصداق «اجتهاد در برابر نص و فتوی» نبوده، بلکه با حصول ارتکاز مسلم عقلائی مبنی بر اسقاط کیفر، مانعی از به حساب آوردن این وضعیت به عنوان شبهه دارئه در کار نیست. تطابق و هماهنگی میان «قاعده درأ» و «مقاصد شریعت» سبب شده تا علاوه بر تأثیر گذاری در حوزه تفسیر و تطبیق نصوص کیفری که وظیفه فقیه است، شبهه های و تردیدهای نسبت به اصل وجود نص جزایی یا شمول مفهومی را در بر گیرد و به عنوان بازدارنده

۱. نمونه این تردید قاضی در حکم دیوان عالی کشور جلوه گر شده: «با توجه به محتویات پرونده... در رابطه با زنا، نظر به اینکه طرفین از ابتدا قصد ازدواج داشته و اظهار ندامت نموده اند و حسب نظر برخی از فقهای عظام نکاح به الفاظ فارسی، مورد تصدیق هست، حتی بعضی از بزرگان نکاح معاطاتی را صحیح دانسته اند، اجرای حد زنا نسبت به هردو، مشکل و مورد شبهه است والحدود تدرأ بالشبهات لذا رأی صادره نقض می گردد.» با وجود اینکه مجرد قصد ازدواج، تردید در شبهه دارئه است و اثری بر اسقاط کیفر ندارد (بازگیر، ۱۳۸۹: ۱۴۱).

از اجتهادها و تأویل‌های ناسازگار علیه شخص در مظان اتهام در لسان فقها مطرح شود. تنها تشویش خاطر قابل اعتنا نسبت به قاعده که در اندیشه فقیهان و آثار ایشان احساس می‌شود، سستی در حتمیت اجرای نصوص و به اصطلاح تعطیلی کیفرهای حدی می‌باشد که دغدغه به جایی خواهد بود.

افزون بر این برخی از پژوهشگران مصلحت ملزومه اجتماعی را نیز دارای چنین اثری می‌دانند؛ زیرا، تعیین مقصود از شبهه را در حیطه اجتهاد جای داده و رجوع به اسباب بازدارنده دیگر را با ملاحظه اصل فردی کردن کیفرها ناممکن ندانسته‌اند. برای رفع دغدغه حقوق دانان در زمینه کیفرزدایی نخست، باید خاطر نشان ساخت که حصول شرایط اثبات و اجرای کیفرهای حدی در شریعت شاق و پیچیده قرار داده شده و با توجه به ارتقای شبهه به سطح دلیل و مستند حکم کیفری، می‌توان ادعا نمود قاعدتاً مبنای جعل مجازات حدی، پیشگیری از ارتکاب بزه‌های حدی است و نه سزادهی و اجرای حتمی کیفر. نقش مصلحت‌های الزام آور در اجرای کیفرهای حدی و احتمال‌های قوی نشأت گرفته از مصلحت‌های جامعه اسلامی می‌تواند به عنوان شبهه، سد راه کیفرها را فراهم نماید. برای مثال، شرط «اجرای مجازات زنا در ملاء عام» به لحاظ اعتبار داشتن اصل شخصی بودن کیفر در قواعد اسلامی در شرایطی که حاکم شرع احتمال دهد با اعمال چنین شرطی کیان خانواده فرد متلاشی شده و موجب لطمه به افراد دیگری غیر از محکوم می‌شود، شبهه دارئیه شرط مزبور که در واقع یک کیفر اضافی محسوب می‌شود، با استناد به این مصلحت، تحقق خواهد یافت.

در نهایت، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار با استفاده سنجیده از ظرفیت تعزیری، مانند رویکردی که در جرم‌انگاری جرم سرقت حدی دنبال و اقدام به پذیرش جرم‌انگاری سرقت‌های تعزیری ساده و مشدد نموده، در سایر جرائم حدی برای آنکه از سویی احتیاط‌های شارع مقدس در جای خود باقی بماند و از سوی دیگر اسقاط کیفرهای حدی به منزله فرار مرتکب از کلیه ضمانت‌های اجرا تلقی نشود و احیاناً موجب تضييع حقوق بزه‌دیده نشود، به کیفرگذاری تعزیری در این جرایم مبادرت نماید.

منابع

- آخوندی، محمود. (۱۳۹۲). شناسای آیین دادرسی کیفی، چاپ اول، تهران، سازمان چاپ و نشر اوقاف.
- ابن ابی شیبۀ، عبدالله بن محمد. (۱۴۰۹ق). کتاب المصنف فی الأحادیث والآثار، کمال یوسف الحوت، الطبعة الأولى، الرياض، مكتبة الرشد.
- أبوالخیل، سلیمان بن عبدالله. (۱۴۲۶ق). «الشبهات المعتمره فی درء الحدود»، المجله العربیة للدراسات الأمنیة والتدریب، المجلد ۲۰، العدد ۳۹.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب، الطبعة الثالثة، بیروت، دارصادر.
- ابن الهمام، محمد بن عبدالواحد. (۱۳۸۹ق). فتح القدر، بیروت، دارالفکر.
- أبو زهره، محمد. (۱۹۹۰م). الجریمة والعقوبه فی الفقه الاسلامی، القاهرة، دارالفکر العربی.
- احمدی ابهری، محمد علی. (۱۳۹۵). «مقاصد کیفی شریعت»، مطالعات فقه معاصر، سال اول، شماره دوم.
- اردبیلی، محمد علی. (۱۳۹۵). حقوق جزای عمومی، جلد سوم، چاپ دهم، تهران، میزان.
- استادی، رضا. (۱۳۸۷). «سقوط مجازات با عارض شدن جنون»، مجله فقه اهل بیت، تابستان، شماره ۵۴.
- اسماعیل پور، محمد علی. (۱۳۷۹). البراهین الواضحات: دراسات فی القضاء، قم، بی نا.
- الأسمر، ابراهیم حامد. (۱۴۳۷ق). «درء الحدود بالشبهات بین التأصیل والتنظیر»، الجامعة الأسمریة، زیلتن - لیبیا، العدد ۲۶، السنة ۱۳.
- الأسمر، نضال مصطفی. (۱۴۲۶ق). صلاحیات الإمام فی إسقاط وتخفیف العقوبات، فلسطین، جامعه النجاح الوطنیه.
- بازگیر، یدالله. (۱۳۸۹). علل نقض آرا در شعب دیوان عالی کشور، چاپ اول، تهران، انتشارات جاودانه.

- بیهقی، احمد بن الحسین. (۱۴۲۴ق). *السنن الكبرى*، الطبعة الثالثة، بیروت، دارالکتب العلمیة.
- پژوهشگر استخراجه و مطالعه رویه قضایی. (۱۳۹۵). *مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور (کیفری)*، تهران، مرکز مطبوعات و نشر، چاپ اول.
- تسخیری، محمد علی. (۱۳۹۸). *نظرة فی نظام العقوبات الاسلامیة*، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات.
- جعفری، محمد تقی. (۱۴۱۹ق). *رسائل فقهی*، چاپ اول، تهران، موسسه منشورات کرامت.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، قم، نشر مؤسسه آل البیت.
- حبیب زاده، محمد جعفر، موسوی مجاب، درید، خرمی عراقی، عرفان. (۱۳۹۷). «کاوشی در بایسته های در اعمال قاعده در اجرای مجازات از منظر فقه جزایی و حقوق موضوعه»، پژوهش های حقوق تطبیقی، دوره ۲۲، شماره ۲.
- حسینی شیرازی، محمد. (۱۴۰۹ق). *الفقه: موسوعه استدلالیة فی الفقه الاسلامی*، بیروت، دارالعلوم.
- (۱۴۱۹ق). *الفقه: موسوعه استدلالیة فی الفقه الاسلامی - القانون*، چاپ دوم، بیروت، مرکز الرسول الأعظم (ص) للتحقیق و النشر.
- (۱۴۲۱ق). *الفقه: کتاب المرور*، بیروت، موسسه المجتبی للتحقیق و النشر.
- حسینی مرعشی، اسماعیل. (۱۴۱۹ق). *اجماعیات فقه الشیعه واحوط الاقوال من احکام الشریعه*، الطبعة الثانية، بی جا، موسسه المنار.
- الحفناوی، منصور محمد. (۱۴۰۶ق). *الشبهات وأثرها فی العقوبة الجنائیة فی الفقه الاسلامی*، مقارنا بالقانون، مصر، مطبعة الامانه.
- خالقی، علی. (۱۳۹۵). *آیین دادرسی کیفری*، چاپ سی ام، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهردانش.
- ربانی، محمد حسن. (۱۴۲۸). *قاعده الدرء*، قم، موسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى.

- رحیمی نژاد، اسماعیل. (۱۳۹۶). «تعارض اصل استصحاب با قاعده درء در قانون مجازات اسلامی»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال پنجاهم، شماره اول.
- زراعت، عباس. (۱۳۹۲). حقوق جزای عمومی ۳ (مجازات‌ها و اقدامات تأمینی)، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل.
- زارعی محمودآبادی، مهدی. (۱۳۹۶). «واکاوی بزه پوشی در قوانین کیفری ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق، زمستان، شماره هفدهم.
- سبحانی، جعفر. (۱۴۱۸ق). نظام القضاء والشهادة فی الشریعة الاسلامیة الغراء، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق.
- سبزواری، عبد الأعلى. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام، قم، مؤسسه المنار، دفتر حضرت آیه الله.
- شاطبی، عبدالله بن موسی. (۱۴۱۷ق). الموافقات، الطبعة الاولى، القاهرة، دار ابن عفان.
- شاملو، باقر. (۱۳۸۳). اصل برائت در نظام‌های نوین دادرسی، تهران، انتشارات سمت.
- شمس‌الائمه سرخسی، محمد بن أحمد. (۱۴۱۴ق). المبسوط، چاپ دوم، بیروت، دارالمعرفة.
- شهیدثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة.
- الشیبانی، عبدالمنعم سالم شرف. (۱۴۲۷ق). الحماية الجنائیة للحق فی أصل البراءة، القاهرة، دارالنهضة العربیة.
- صادقی، ولی الله. (۱۳۹۷). کیفرزدایی در ایران (نظریه و رویه)، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
- صادقی‌تهرانی، محمد. (۱۳۶۵). الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن، چاپ دوم، قم، انتشارات فرهنگ اسلامی.
- صفری، محسن و زهروی، رضا. (۱۳۸۸). «مطالعه تطبیقی شبهه قاعده درء در فقه امامیه حقوق ایران و انگلستان»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۲.

- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیه، سید محمد تقی کشفی، تهران، المكتبة المرتضویة.
- عراقی، ضیاء الدین. (بی تا). کتاب القضاء (شرح تبصره المتعلمین - جلد ششم)، چاپ اول، قم، بی نا.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- عوده، عبدالقادر. (۱۴۳۴ق). التشريع الجنائی الاسلامی مقارنا بالقانون الوضعی، الطبعة الأولى، بیروت، مكتبة العصریه.
- (۱۴۲۲ق)، الموسوعة العصرية فی الفقه الجنائی الاسلامی، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الشروق.
- عوض، محمد محیی الدین. (۱۹۷۸م). «درء الحدود بالشبهات»، مجلة ادارة القضايا الحكومیة، السنة الثانية والعشرون، العدد ۳.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۰ق). تفصیل الشریعة - القضاء و الشهادات، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار.
- فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). كشف اللثام عن قواعد الاحكام، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- فخر المحققین، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، چاپ اول، قم، موسسه اسماعیلیان.
- کاشف الغطاء، حسن. (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهة - كتاب القضاء، چاپ اول، نجف، موسسه کاشف الغطاء.
- گلپایگانی، محمدرضا. (۱۴۱۲ق). الدر المنضود فی أحكام الحدود، مقرر: علی کریمی جهرمی، قم، دار القرآن الکریم.
- (۱۴۰۵ق)، کتاب الشهادات، مقرر: علی حسینی میلانی، قم، مولف کتاب.

- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، عبدالحسین محمد علی بقال، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- محمد ابراهیم، محمد. (۱۹۸۹م). *مستقطات العقوبه الحدیة، الطبعة الأولى*، الخرطوم، دارالأصالة للصحافة والنشر والإنتاج الإعلامي.
- معرفت، محمد هادی. (۱۳۹۸ق). *تعلیق و تحقیق عن أمهات مسائل القضاء*، قم، مطبعة مهر.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۶ق). *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۸ق). *أنوار الفقاهة- کتاب الحدود و التعزیرات*، چاپ اول، قم، انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب.
- منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۰ق). *کتاب الحدود*، چاپ اول، تهران، انتشارات دارالفکر.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم. (۱۳۸۵). *فقه الحدود و التعزیرات*، چاپ دوم، موسسه النشر لجامعة المفید.
- (۱۴۲۳ق)، *فقه القضاء*، چاپ دوم، قم، موسسه النشر لجامعة المفید.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. (۱۴۱۳ق). *جامع الشتات فی أجوبة السؤالات*، چاپ اول، تهران، مؤسسه کیهان.
- نبهان، محمد فاروق. (۱۹۷۷م). *مباحث فی التشریح الجنائی الاسلامی (القتل الزنا السرقة)*، الطبعة الاولى، بیروت، دارالقلم.
- نجفی، محمد حسن. (۱۹۸۱م). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، عباس قوچان- علی آخوندی، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۴۲۳ق). *قراءات فقهیة معاصرة*، چاپ اول، قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی.
- Kury, H. and S. Evelyne (2011), *Punitivity: International Developments*, volume 3. Brockmeyer Verlag.