

## فصلنامه علمی تخصصی فقه و حقوق معاصر

سال نهم- شماره ۲۷- بهار ۱۴۰۳- ص ۴۷-۶۵

# جایگاه قاعده در نظام حقوق کیفری ایران و فقه امامیه

دکتر پیمان عباسیان<sup>۱</sup>، الهام السادات مهدی زاده<sup>۲</sup>، عطا مردان سقین سرا<sup>۳</sup>

### چکیده:

هدف: هدف از این پژوهش بررسی انواع شبهات و مواردی که میتوان در آنها قاعده را جاری دانست و نیز اثر این قاعده بر محکومیت زدائی و همچنین کیفرزدائی است

مواد و روش ها: این پژوهش با روش مطالعات کتابخانه ای و به شیوه توصیفی تحلیلی انجام شده است که با مراجعه به کتب فقهی، حقوقی و متن قانون مجازات اسلامی اطلاعات لازم بدست آمده و مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است.

یافته ها: داعیه دار اجرای حدود الهی در زمان غیبت، حکومت اسلامی است که میتواند با رعایت حال، مسامحه و تخفیف در موارد منصوص آنها را اجرا نماید. یکی از این روشهای تخفیف و مسامحه قاعده درء میباشد که از جمله قواعد اصطیادی منطبق با مشخصه های جهان شمول حقوق بشر، اصل کرامت ذاتی انسان و تضمینی برای دادرسی عادلانه میباشد که مذاهب چهارگانه نیز بر آن توافق و تسالم دارند و تنها در مفاد و شمول اجرای آن با هم اختلاف دارند و در قانون مجازات اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۲ نیز در قالب دو ماده قانونی (( مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ )) گنجانده شده است و با توجه به اینکه در این مواد اشاره ای به شبهه و معنای دقیق آن نشده، باعث بوجود آمدن شبهاتی از قبیل اینکه آیا قاعده علاوه بر حدود در باب تعزیرات و قصاص در شرایط وقوع شبهه نیز جریان دارد؛ شده است.

نتیجه گیری: با توجه به مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که در بخش عمومی قانون به موضوع قاعده درء اشاره شده میتوان نتیجه گرفت که نظر قانونگذار در مورد شمول این قاعده جاری بودن در تمامی جرائم اعم از حدود و دیات و قصاص و همه تعزیرات است.

**کلید واژه ها:** قاعده درء، دادرسی عادلانه، حدود، کیفر زدائی، تعزیر، قصاص.

۱- استادیار دانشگاه چرخ نیلوفری، دکترای تخصصی فقه و حقوق (ایمیل: [peyman.abbs@gmail.com](mailto:peyman.abbs@gmail.com))

۲- دانشجوی فقه و مبانی حقوق اسلامی (ایمیل: [elhammehdizadeh361@gmail.com](mailto:elhammehdizadeh361@gmail.com))

۳- دانشجوی کارشناسی ارشد جزا و جرم شناسی (ایمیل: [atta.mardaan@gmail.com](mailto:atta.mardaan@gmail.com))

## مقدمه :

زمانیکه وقوع یک جرم یا انتساب آن به متهم و یا استحقاق او برای مجازات بنا به دلایلی مورد شک واقع شود ، جرم و مجازات او طبق این قاعده منتفی خواهد بود ؛ در حقیقت این قاعده از نظر حقوقدانان اسلامی جزو قواعد تفسیری است که میتواند با قاعده تفسیر به نفع متهم همتائی داشته باشد .

هدف شارع از وضع مجازاتها ، هدایت انسانها به سوی رحمت الهی میباشد نه سیطره و تسلط بر آنها پس میتوان به محض تحقق این هدف در هر مرحله ای از دادرسی از اجرای مجازات صرف نظر کرد .

اسلام برای جرائم و مجازاتها قواعدی را وضع کرده تا ناظر بر همه مراحل آن مانند تقنین و قضا و اجرای آنها باشد و رویکردی که در حدود برگزیده بر اساس مسامحه و تخفیف و امتنان است و از جمله قواعد مشهور و امتنانی قاعده درء میباشد که از مرحله تحقیقات مقدماتی تا اجرای مجازات قابلیت اجرا دارد .

قاعده درء جزو پرکاربردترین قاعده ها در قواعد فقه جزائی میباشد که نقش عمده ای در گستره حدود و مجازات ها دارد . مفاد این قاعده منطبق با مشخصه های جهان شمول حقوق بشر و اصل کرامت ذاتی انسان و دادرسی عادلانه است که تا قبل از سال ۱۳۹۲ صراحتاً بدان اشاره ای نشده بود اما در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ طی دو ماده ۱۲۰ و ۱۲۱ بدان پرداخته شده است ؛ به موجب این دو ماده اگر وقوع جرم یا یکی از شرایط مسئولیت کیفری یا برخی از شرایط جرم مورد شک واقع گردد و دلیلی برای اثبات آن یافت نشود ، جرم یا شرط مورد نظر ثابت نشده و همچنین در جرائم حدی به استثنای محاربه و سرقت و افساد فی الارض و قذف ، صرف وجود شبهه بدون نیاز به دلیل ، باز هم جرم مورد نظر یا شرط مذکور ثابت نمیشود و همچنین است در سایر جرائم در صورت عدم رفع شبهه .

این قاعده توسط فقهای متقدم و متأخر مورد بحث و بررسی قرار گرفته و تنها به این نکته اکتفا کرده اند که شبهه باید محتمل باشد در صورتیکه اصطیادی بودن قاعده و اقتضای زمان و مکان ناظر بر اجرای قاعده در قانون مجازات ، باید تحت معیارها و ضابطه هایی قرار گیرد .

برخی فقها چون آیت الله خوئی این قاعده را معتبر ندانسته (مبانی تکلمه،المنهاج/۱/۱۷۱،۱۶۹،۱۶۸،۱۳۶) و برخی دیگر چون آیت الله محقق داماد آن را تفسیر موسّع کرده اند ( قواعد فقه(بخش جزائی)/۴/۴۳ ) و البته فقهای عامه الفاظ قاعده را به معنای عام به کار برده اند .

---

ماده ۱۲۰ ق . م . ا : ((هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هر یک از شرایط مسوولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی شود . ))

ماده ۱۲۱ ق . م . ا : ((در جرائم موجب حد به استثنای محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف، به صرف وجود شبهه یا تردید و بدون نیاز به تحصیل دلیل، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی شود . ))

البته باید در نظر داشت که سیاست کیفر زدائی در حدود منجر به تعطیلی حدود نشده و تفسیر موسع این قاعده موجب افزایش احتمال سقوط مجازات نشود .

باید در نظر گرفت مبنای این قاعده شبهه است و در فقه راجع به شبهات رافع مجازات چندین احتمال میتواند وجود داشته باشد :

الف ) ادعای مرتکب مبنی بر داشتن شبهه ، رافع مجازات او باشد .

ب ) مادامی که قطع به یقین پیدا نکنیم ، شبهه بر قوت خود باقیست .

ج ) اصل بر عدم شبهه است مگر قرینه ای بر خلاف آن یافت شود .

د ) صرف وجود شبهه در حق الله ، میتواند مسقط حد باشد ولی در حق الناس و حقوق عمومی اصل شبهه باید ثابت شود

و ....

حال با توجه به همه اینها و تعاریف متعدد سؤالات بسیاری در ذهن مطرح میگردد من جمله :

۱ ) آیا میتوان قاعده درء را به جرائم حق الناس تسری داد و آن را رافع مسئولیت کیفری و مجازات دانست ؟

۲ ) طبق نظریات برخی فقها ، این قاعده در تعزیرات شرعی جاریست ، آیا میتوان آن را در تعزیرات عرفی که از سوی حکومت به اقتضای شرایط و مصلحت جامعه وضع گردیده نیز جاری کرد ؟

۳ ) آیا قاضی مجاز به شبهه افکنی در تعزیرات و سایر مجازاتها نیز میباشد و میتواند از این قاعده در آنها بهره بگیرد ؟

۴ ) و در نهایت نوع شبهه و دایره شمول آن چگونه است ؟

## مفاد قاعده

استناد این قاعده در مرحله اول به روایات و سپس اجماع و سپس سایر ادله باز میگردد .

## ۱) روایات

در منابع احادیث اهل سنت و فقه امامیه جمله « اَدْرِئُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ » به اشکال گوناگون نقل شده است مانند اینکه ترمذی ( سیوطی ، الاشباه و النظائر ، ص ۱۲۴ ، به نقل از سنن ترمذی ) در کتاب سنن خود به نقل از عایشه (س) از رسول اکرم (ص) نقل میکند : « اَدْرِئُوا الْحُدُودَ مِنَ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ ، فَإِنْ وَجَدْتُمْ لِلْمُسْلِمِ مَخْرَجَهُ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ ، فَإِنَّ الْإِمَامَ لَأَنْ يَخْطِيَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَخْطِيَ فِي الْعُقُوبَةِ ».

« تا میتوانید حدود را از مسلمانان دفع کنید ، پس اگر راه گریزی برای مسلمانان به جهت فرار از حد پیدا کردید ، او را رها سازید ، زیرا اگر حاکم در عفو نمودن خطا کند بهتر از آنست که بی گناهی را مجازات نماید » .

یا ابن ماجه ( ابن ماجه ، السنن المصطفی ، ج ۲ ، ص ۱۱۲ ) در سنن المصطفی از ابو هریره چنین نقل میکند : « قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) : اُدْفِعُوا الْحُدُودَ مَا وَجَدْتُمْ لَهُ مَدْفَعًا . »

پس از رحلت رسول اکرم (ص) ، صحابه تا جایی به این حدیث عمل کردند که خلیفه دوم فرمودند : « لِإِنْ أَعْطِلَ الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ دَقَمِيهَا بِالشُّبُهَاتِ » ( العوده ، ۱۴۰۲ ، ۴۲/۱ ، ۳۳۴-۳۳۵ ) و حنفیان و مالکیان و شافعیان نیز آن را پذیرفته و بدان فتوا داده اند اما برخی فقهای اهل سنت آنرا مغایر با برخی احادیث از جمله حدیث مروی از پیامبر دانسته اند : « إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَ أَمْوَالَكُمْ وَ أَعْرَاضَكُمْ وَ أَبْشَارَكُمْ عَلَيكُمْ حَرَامٌ » (ابن حزم اندلسی ، المحلی بالآثار، بیروت)؛ برخی نیز شبهات قوی را موجب سقوط حد دانسته اند ؛ چنانچه سیوطی گفته : « اگر کسی نبیذ آشامیده باشد حدّ بر او جاری میگردد و فتوای ابوحنیفه بر حلیت شراب نبیذ ، شبهه محسوب نمیشود » . ( ابن نجیم ، ۱۴۰۳ ق ) .

در نهایت در فقه مقارن ، برخی از فقهای اهل سنت شبهه را عام میدانند که شامل هر گونه شک و تردید در اجرای حدود است و آن را به حالات و خصوصیات متهم و همچنین مراحل اثبات جرم تعمیم داده و به قصاص نیز تسری داده اند ( ابن نجیم ، ۱۴۰۳ ق ) در حالیکه در فقه امامیه این شبهات بیشتر به موارد جهل به حکم اختصاص یافته و سایر شبهات ادله دعوا چون شهادت تبرّعی را خارج از موضوع قاعده در نظر گرفته اند زیرا در اینگونه موارد نداشتن دلیل کافی بر وقوع جرم ، دلیل نفی حد است و دیگر نیازی به اجرای قاعده نیست .

اینها نمونه هایی از روایات اهل سنت بود و اما در منابع حدیث امامیه داریم :

شیخ صدوق ( صدوق ، ۱۴۰۶ ، ۷۴ ) (ره) نقل میکند : « قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) : اَدْرِئُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ » و سایر روایات که همگی بیانگر مرسل بودن این حدیث میباشد و بدین جهت جزو احادیث ضعیف میباشد اما به جهت اینکه اصحاب و فقهای امامیه متقدم بدان عمل کرده و بر اساس آن فتوا داده اند ؛ شهرت فتوائی آن ضعف سند جبران شده است .

اینها روایات خاصی بودند در مورد این قاعده و اما روایات عامی نیز وجود دارند که بیانگر این قاعده و اجرای آن میباشند مانند روایتی از امام محمد باقر (ع) در صحیحہ ابو عبیدہ کہ نقل شده است: (( زنی را با مردی کہ با وی زنا کرده بود نزد امیر مؤمنان آوردند و زن مدعی زنا با اکراه از سوی مرد شد؛ پس حضرت حد را از وی برداشت و بعد امام فرمودند کہ اگر از ایشان « منظورشان فقہای مخالف بود » در این مورد سؤال میشد همانا میگفتند قول زن مسموع نیست در حالی کہ امیر مؤمنان چنان کرد. )) (الحر العاملی، ۱۴۰۹، ق، ص ۱۱۰) و یا روایتی دیگر از حسنہ حلبی کہ از امام صادق نسبت به شخصی پرسیده شده کہ وی را در حالیکہ لباسهای دیگری را دست داشته دستگیر کرده اند و وی مدعی بخشش لباسها توسط صاحب آنها شده است و امام فرموده اند: (( قطع دست از او ساقط است مگر اینکه بینه ای دال بر سرقت او باشد کہ در اینصورت دستش قطع میشود. )) (الحر العاملی، ۱۴۰۹، ق، ص ۲۶۲)؛ در روایت اخیر میبینیم؛ صدق و یا کذب متهم شبہه ناک است هر چند به مقتضای عدم اذن یا اصل عدم هبه میتوان او را مجرم دانست اما به جهت وجود شبہه، امام حکم به سقوط حد میدهد.

لکن در مجموع فقہای مذاهب اربعه، این روایات را مسلم و مفاد آنها را قطعی و ثابت در شریعت قلمداد کرده اند.

## ۲) اجماع و تسالم

تمام فقہا در موارد متعدد به این قاعده استناد کرده و طبق آن فتوا داده اند؛ همچنین در بیشتر مسائل جزائی اگر شبہه ای بوجود آمده باشد فقہا با تعبیری چون " لآنه من الشبہه الدارئة " و دیگر تعبیر به عدم مجازات قائل شده اند.

تسالم، جای هیچ شک و شبہه ای را در اصل قاعده درء باقی نمی گذارد علی الخصوص با نگاهی به کتب متقدمان میتوان دریافت روایت « ادروا الحدود بالشبہات » مورد توافق همگی بوده کہ از قدیمی ترین فقہا یعنی ابن ابی عقیل عمانی در عصر غیبت صغری تا شیخ طوسی بدان استناد کرده اند و همه اینها کاشف از قول معصوم است چنانچه مرحوم سبزواری معتقد است این قاعده جزو قواعد مسلم بوده کہ نیازی به تقریر ندارد. ( سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۲۲۹ )؛ هر چند محقق خوئی معتقد به صحت روایت نبوده و به عموم آن قائل نیست اما در تقریرات خود به بنا نداشتن اسلام در اجرای حد نسبت به موارد شبہه و تسالم فقہا به این مطلب اعتراف نموده است. ( الخوئی، ۱۴۲۶، ق، ص ۲۰۶ )

## ۳) سایر ادله

این قاعده با ظواهر ادله مطابقت دارد زیرا نسبت حکم با موضوع مانند نسبت علت و معلول است؛ اگر تمام اجزاء و شرایط علت در خارج موجود نباشد، معلول نیز موجود نمیشود؛ پس اگر موضوع محرز نشود، حکم ثابت نمیشود هر چند این دلیل مختص شبهات موضوعیه است و این قاعده یک قاعده عام است (بحنوردی، ص ۱۵۴).

همچنین اساس شرع در حدود، تخفیف و مسامحه میباشد و بدین سبب است که استحباب بازداشتن مقرر از اقرار خود در حد توسط قاضی و این قاعده نیز باعث تخفیف در حدود میشود. به عقیده برخی فقها چون شیخ طوسی (الطوسی، ۱۳۸۷ ق، ص ۱۰۱) و مقدس اردبیلی (المقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، ص ۷) جنبه حق الهی حدود سبب تسهیل و تخفیف آن شده و ثمره قاعده در این مسامحه دیده میشود که میتوان این اثر را در حدود به معنای عدم اصرار بر اثبات با محدود کردن دامنه ادله اثبات، سخت گیری در ادله اثبات و احراز شرایط آنها و همچنین تسهیل و کیفی‌زدائی در هر ۴ مرحله تعقیب و اثبات و صدور حکم و اجرای مجازات منتظر قرار داد در نتیجه بنای حدود در تخفیف، بسیار فراتر از قاعده احتیاط است که برخی آن را مدرک قاعده در نظر گرفته اند زیرا که قاعده احتیاط در عموم کیفرهای شرعی قابل اجراست (حبیب زاده، موسوی مجاب، خرمی عراقی، ۱۳۹۷، ص ۶۷).

### روایات وارده در مورد معذور بودن جاهل

۱) صحیح حلی: از امام جعفر صادق (ع) نقل شد که فرمودند: «چنانچه مردی به دین اسلام مشرف شود و بدان اقرار کند، سپس مرتکب شرب خمر و زنا و رباخواری شود در حالیکه احکام حلال و حرام برای او بیان نشده و نسبت به آنها جاهل است، مجازات نشود مگر بینه ای اقامه شود که فرد، سوره مربوط به این احکام را خوانده است، در اینصورت مستحق مجازات است و اگر مسلمانی از احکام الهی بیخبر باشد او را آگاه و با خبر میسازم و اگر پس از آن مرتکب آن اعمال شود او را مجازات خواهیم کرد».

۲) صحیح محمد بن مسلم: از امام جعفر صادق (ع) سؤال شد: ((مردی که او را به صورت کلی به اسلام دعوت کردیم و ایشان ایمان آوردند ولی پس از آن مرتکب شرب خمر و زنا شد در حالیکه از احکام حلال و حرام چیزی نمیدانست. آیا با وجود جهل به حکم مجازات میشود؟ امام فرمودند: «خیر مگر اینکه بینه ای اقامه شود که نامبرده به حرمت این اعمال اقرار داشته باشد» ((

حال این سؤال پیش می آید که آیا جهل نسبت به قانون میتواند رافع مسئولیت کیفری باشد یا خیر؟

در این زمینه ۲ دیدگاه وجود دارد:

۱) برخی معتقدند جهل به قانون رافع مسئولیت کیفری نیست

۲) برخی جهل به قانون را رافع مسئولیت میدانند (قیاسی و دیگران، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۲۲۵-۲۲۷) (میر سعیدی، ۱۳۸۱، ص ۱۵۷-۱۷۶)

البته در ماده ۲ قانون مدنی، کلیه افراد جامعه، پس از انتشار قانون، عالم بدان در نظر گرفته میشوند و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز این فرض را در نظر گرفته و تصریح به عذر نبودن جهل در ارتکاب جرم کرده است هر چند که استثنای آن به علت گستره وسیعی که در بر میگیرد جای نقد دارد. حال میتوانیم بگوئیم با فرض عالم بودن مرتکب قاعده در اجرا میشود؟

باید گفت تا زمانیکه علم به قانون در مرتکب اثبات نشده است قاعده در جاری است و بر فرض عالم بودن افراد به قانون، نمیتوان از اجرای این قاعده سرباز زد.

## تحلیل واژگان قاعده

### ۱) واژه شبهه

این لغت به معنای شک و بدگمانی است اما در اصطلاح فقهی معانی گوناگون دارد چنانچه برخی معتقدند که منظور از آن در فقه و در این قاعده «عدم القطع یعنی عدم یقین و علم به حرمت عمل و یا ترک عملی که شامل احتمال میشود» و برخی نیز معتقدند «شبهه یعنی قطع به حلیت آنچه که حرام است» و عده ای نیز آنرا به معنای «ظن و گمان» میدانند.

نظر آیت الله محقق داماد اینست که با توجه به معنای عرفی شبهه که اشتباه شدن واقعیت با وهم و خیال است و در اثر این جهل و اشتباه، واقعیت از دید پنهان میماند؛ پس اگر شخصی با شک در حلال بودن یا مباح بودن امری یا فعلی، آن را مرتکب شود، مجازات مقرر در مورد او اجرا نمیشود (محقق داماد (۱۳۷۹)، قواعد فقه (بخش جزائی)، ج ۴).

چنانچه میدانیم شبهه در فقه میتواند شبهه حکمی باشد که در اینصورت در حکم کلی چیزی شک و تردید واقع میشود یعنی شخص جاهل به حکم کلی امر است که میتواند ناشی از فقدان نص معتبر (آیه یا روایتی که بیانگر حکم باشد) یا اجمال نص (آیه یا روایت مجمل و مبهم باشد) و یا تعارض نصوص (دو روایت متناقض که دو حکم متفاوت از یک موضوع را بیان میکنند) باشد و یا شبهه موضوعیه باشد که در اینصورت حکم کلی معلوم است اما شخص نسبت

به موضوع جهل دارد به عنوان مثال شخصی حرمت شرب خمر را میداند ولی نمیداند که مایع حاضر از مصادیق خمر است یا خیر؟

شبهه در حقوق جزای عرفی میتواند سه قسم باشد با توجه به اینکه جرم در حقوق کیفری دارای ۳ عنصر است که فقدان یکی از آنها باعث میشود جرم محقق نشود:

( ۱ ) عنصر قانونی ( ۲ ) عنصر معنوی ( ۳ ) عنصر مادی

حال شبهه میتواند در هر یک از این ۳ عنصر رخ دهد؛

( ۱ ) اگر شبهه در عنصر قانونی باشد اینگونه است که آیا قانونگذار برای فلان فعل یا ترک فعل، مجازاتی تعیین کرده است یا خیر که تردید در این عنصر مصداق شبهه حکمیه در علم فقه است.

( ۲ ) اگر شبهه در عنصر معنوی یا همان قصد مجرمانه داشتن باشد یعنی قصد متهم مورد تردید است که برای تحقق این عنصر باید مشخص شود که مرتکب قصد انجام آن فعل را داشته ( داشتن قصد مجرمانه ) و همچنین علم به حرمت عمل داشته است یعنی در صورت شک در اصل وجود قصد و اراده متهم، مجازات ساقط است زیرا کسانی که از روی ناآگاهی و بدون قصد، عمل حرامی را انجام میدهند، قابل کیفر نیستند اما باید در نظر داشت اگر مرتکب قصد و اراده داشته باشد اما از حرمت عمل آگاه نباشد جهل به قانون و حکم مطرح میشود که خود بر ۲ قسم است:

( ۱ ) جهل به اصل حکم که اگر این جهل قصوری باشد معاف و اگر تقصیری باشد جهل او عذر به حساب نمی آید.

( ۲ ) جهل به موضوع حکم که باعث معافیت متهم میشود.

( ۳ ) اگر شبهه در عنصر مادی باشد یعنی انتساب این عمل به متهم بدلیل فقدان ادله اثبات دعوی مورد تردید واقع شده است مانند اینکه عدالت شهود در ارتکاب زنا، محرز نشود که در اینصورت نیز شبهه موضوعیه برای حاکم مطرح است که آیا متهم همان مجرم است یا خیر؟ (پور بافرانی، رستمی نجف آبادی، ۱۳۹۸، شمول شبهه در قاعده درء، صص ۱۰۷-۱۳۶) که طبق دیدگاه آیت الله محقق با توجه به صدق شبهه در این موارد و عمومیت قاعده درء، متهم از کیفر تبرئه میشود (محقق داماد، ۱۳۷۹)، قواعد فقه (بخش جزائی، ج ۴).

**( ۲ ) واژه حدود**



واژه حد به معنای منع و تأدیب و همچنین به معنای مطلق عقوبت است و در لسان فقها و در کتب فقهی حد به مجازاتی گفته میشود که نوع و میزان آن توسط شرع مقدر و معین شده است مانند حد زنا یا سرقت .

### ۳) واژه تدرء

این کلمه از ریشه درء گرفته شده که در لغت به معنای رد کردن و دفع کردن میباشد .

### رابطه قاعده درء با اصول و سایر قواعد فقهی :

با توجه به اطلاق و عمومی که این قاعده دارد میتوان گفت شامل کلیه مجازاتها اعم از حدی و تعزیری و قصاص میشود همچنین شبهه چه حکمیه باشند چه موضوعیه ، چه مفهومیه و چه مصداقیه و حتی شبهه در ارکان تشکیل دهنده جرم نیز مشمول این قاعده میشود که میتواند در آن تمامی مراتب شبهه اعم از شک و تردید و ظن و گمان و احتمال را نیز در برگیرد ( قواعد فقه بخش جزائی ، تهران ، مرکز نشر علوم اسلامی ، صص ۴۹، ۴۸، ۴۴ و ۵۳) ؛ نکته اینکه این شبهات میتوانند هم برای متهم و هم برای دادرس رخ بدهند در حقیقت میتوان گفت موضوع این قاعده ، نفس حدوث شک و شبهه است پس اصولی مانند عدم خطا ، عدم اضطرار و در کل اصول عدمی در این موارد را نمیتوان جاری دانست که به محض ورود شک و شبهه قاعده به اجرا درآمده و جایی برای استصحابات عدمی نمیماند (موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، صص ۱۵۸ و ۱۵۹) زیرا اصول عملیه جایی به کار میروند که جهل بر حکم شرعی داریم ، حال آنکه در قواعد ، حکم شرعی بیان شده پس نمیتوان به اصول استناد کرد و تعارضی بین قاعده و اصول رخ نمیدهد زیرا مجرای این قاعده ، صرف شبهه است که اگر برای رفع آن به اصول مراجعه کنیم ، خروج از قاعده است (آقابابائی بنی، کاربرد قاعده در جرائم غیر حدی ، ۹۴، صص ۹۷) . باید دانست که پذیرش قاعده درء ، پذیرش تمام ویژگیها و لوازم آنست چرا که محور اصلی این قاعده " شبهه " میباشد که رفع این شبهه با اصول عملیه ، ناهماهنگ با روح این قاعده است .

### ۱) رابطه قاعده با اصل برائت

عناصر سه گانه تشکیل دهنده جرم عبارتند از عنصر مادی ، عنصر معنوی و عنصر قانونی که شبهه ممکن است در هر یکی از این سه عنصر رخ دهد اما اگر شبهه در عنصر قانونی رخ بدهد قاعده درء و اصل برائت ، وحدت مجرا پیدا میکنند زیرا برائت زمانی اجرا میشود که حکم واقعی الهی مجهول باشد ؛ اما بعضاً این دو با هم متفاوتند و آن زمانیست که حکم واقعی منجز نبوده ؛ حکم ظاهری در حق مکلف برائت است اما در قاعده درء بحث تکلیف نیست بلکه بحث بر سر اینست که آیا باید مجازات شرعی را بر مکلف اجرا نمود یا خیر ؟

طبق اصطلاح اصولیون اصل براءت عبارتست از عدم ثبوت تکلیف نسبت به مکلف برای داشتن تکلیف اما در حقوق بیان آن متفاوت و جهت تبرئه متهم در اصل ۳۷ قانون اساسی « اصل، براءت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر این که جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد. » بکار رفته است حال برخی اصل براءت را با قاعده درء یکسان دانسته و معتقدند جایز نیست کسی بدون دلیل قاطع و قبل از آنکه جرم وی اثبات شود، مجازات شود چه این مجازات مقدر شده باشد (( جزو حدود باشد )) و چه غیر مقدر (( تعزیر ))؛ در حقیقت اصل بر عدم جواز مجازات است تا رفع کامل شبهه ( موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲، ق، ج ۱، ص ۲۴) برخی نیز به نقد این دیدگاه برخاسته و بین آنها تفاوت قائل شده اند و برخی نیز قائلند به اینکه ایندو با هم متفاوتند زیرا یکی اصل است و دیگری قاعده و جایی که قاعده جریان می یابد اصول دیگر چون اصل عدم نسیان و عدم اکراه راهی ندارد این در حالیست که جریان اصل براءت با سایر اصول منافاتی ندارد.

استفاده از اصل براءت برای تبرئه مجرمان در حدودی که جنبه شرعی داشته و شبهه وجود دارد؛ در اینصورت مسئله فرض علم به قانون که شرط اصلی تأمین نظم و امنیت جامعه است دیگر کارائی خود را نخواهد داشت (آقابائی بنی، ۱۳۹۶، ص ۱۰۵) پس در صورتی که متهم ادعای جهل کند، قاضی یا باید قاعده درء را جاری دانسته و حکم به براءت دهد یا باید در مقام تحقیق و تفحص برآید و تا زمانی که خلاف جهل مرتکب ثابت نشده نمیتواند حکم به مجازات بدهد و دیگر اینکه قاعده درء حتی در موارد جهل از روی تقصیر نیز پذیرفته است (محقق داماد، قواعد فقه جزائی، چاپ نخست) پس قاضی در حدود میتواند با ایجاد شبهه از اجرای مجازات خودداری کند.

## ۲) رابطه قاعده با اصل احتیاط

در برخی موارد اصل احتیاط با این قاعده وحدت مجرا پیدا میکند و آن زمانیست که شبهات مربوط به عنصر مادی و عنصر معنوی جرم باشند یعنی در این حالات که مجازات از متهم برداشته میشود، با اصل احتیاط نزدیکی می یابد یعنی زمانی که دادرس شک میکند که آیا متهم، مرتکب جرم شده یا خیر یا اینکه در این جرم قصد و نیت داشته یا خیر، به مقتضای اصل احتیاط نسبت به حفظ دِما و نفوس مسلمانان، مجازات از او برداشته میشود.

## ۳) رابطه قاعده با اصل استصحاب

استصحاب را شیخ انصاری اینگونه تعریف میکند: « ابقای ما کان » (انصاری، ۱۴۱۱، ق، ص ۱۷۴) و برخی فقها نیز معتقدند: « اگر یقین داریم چیزی سابقاً وجود داشته و حال در وجود آن شک داریم، ارجح یقین سابق است » (بهری، ایزدی فرد، قاضی، ۱۳۹۱، سال دوم، شماره چهارم، ص ۱-۱۹).

مواد ۳۰۷ و ۳۰۸ و ۳۱۱ و ۱۱۴ و ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی بر اساس اصل استصحاب، احکامی دارند که می‌تواند با مقتضیات قاعده در تعارض داشته باشند (رحیمی نژاد، بهار و تابستان ۹۶، ص ۱۷۷).

ماده ۳۰۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ بیانگر اینست که اگر نتواند ثابت کند شخصی در اثر مستی کاملاً مسلوب اختیار بوده و قصد از او سلب شده، با توجه به این ماده و اصل استصحاب مختار و عامد فرض شده و قصاص میشود؛ این در واقع با مقتضیات قاعده در مغایر است و حتی با نظرات برخی از اصولیون نیز متعارض است در ماده ۳۰۸ نیز در قسمت اول آن بنا بر اصل استصحاب حالت سابق، رافع مجازات است و با قاعده منافاتی ندارد اما در قسمت دوم بر اساس استصحاب وجودی، افافه سابق متهم با شک در جنون بعدی او با سوگند ولی دم یا مجنی علیه ثابت است هر چند در جنون او حین ارتکاب جرم، شک باشد و در اینجا اصل استصحاب با قاعده در تعارض پیدا میکند.

ماده ۳۰۷ قانون مجازات اسلامی: (( ارتکاب جنایت در حال مستی و عدم تعادل روانی در اثر مصرف مواد مخدر، روانگردان و مانند آنها، موجب قصاص است مگر اینکه ثابت شود بر اثر مستی و عدم تعادل روانی، مرتکب به کلی مسلوب اختیار بوده است که در این صورت، علاوه بر دیه به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می‌شود. لکن اگر ثابت شود که مرتکب قبلاً خود را برای چنین عملی مست کرده و یا علم داشته است که مستی و عدم تعادل روانی وی ولو نوعاً موجب ارتکاب آن جنایت یا نظیر آن از جانب او می‌شود، جنایت، عمدی محسوب می‌گردد.))

ماده ۳۰۸ قانون مجازات اسلامی: (( اگر پس از تحقیق و بررسی به وسیله مقام قضائی، در بالغ یا عاقل بودن مرتکب، هنگام ارتکاب جنایت، تردید وجود داشته باشد و ولی دم یا مجنی علیه ادعای کند که جنایت عمدی در حال بلوغ وی یا افافه او از جنون سابقش انجام گرفته است لکن مرتکب خلاف آن را ادعای کند، ولی دم یا مجنی علیه باید برای ادعای خود بینه اقامه کند. در صورت عدم اقامه بینه، قصاص منتفی است. اگر حالت سابق بر زمان جنایت، افافه مرتکب بوده است، مرتکب باید جنون خود در حال ارتکاب جرم را اثبات کند تا قصاص ساقط شود؛ در غیر این صورت با سوگند ولی دم یا مجنی علیه یا ولی او قصاص ثابت می‌شود.))

ماده ۳۱۱ قانون مجازات اسلامی: (( اگر پس از تحقیق و بررسی به وسیله مقام قضائی، در مسلمان بودن مجنی علیه، هنگام ارتکاب جنایت، تردید وجود داشته و حالت او پیش از جنایت، عدم اسلام باشد و ولی دم یا مجنی علیه ادعای کند که جنایت عمدی در حال اسلام او انجام شده است و مرتکب ادعای کند که ارتکاب جنایت، پیش از اسلام آوردن وی بوده است، ادعای ولی دم یا مجنی علیه باید ثابت شود و در صورت عدم اثبات، قصاص منتفی است و مرتکب به پرداخت دیه و مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می‌شود. 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. حکم این ماده در صورتی که در مجنون بودن مجنی علیه تردید وجود داشته باشد نیز جاری است.))

ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی: ((در جرائم موجب حد به استثنای قذف و محاربه هرگاه متهم قبل از اثبات جرم، توبه کند و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، حد از او ساقط می‌گردد. همچنین اگر جرائم فوق غیر از قذف با اقرار ثابت شده باشد، در صورت توبه مرتکب حتی پس از اثبات جرم، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید. تبصره ۱- توبه محارب قبل از دستگیری یا تسلط بر او موجب سقوط حد است.

تبصره ۲- در زنا و لواط هرگاه جرم به عنف، اکراه و یا با اغفال بزه‌دیده انجام گیرد، مرتکب در صورت توبه و سقوط مجازات به شرح مندرج در این ماده به حبس یا شلاق تعزیری درجه شش یا هر دو آنها محکوم می‌شود))

ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی: (( در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت چنانچه مرتکب توبه نماید و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، مجازات ساقط می‌شود. در سایر جرائم موجب تعزیر دادگاه می‌تواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال نماید.

تبصره ۱- مقررات راجع به توبه درباره کسانی که مقررات تکرار جرائم تعزیری در مورد آنها اعمال می‌شود، جاری نمی‌گردد.

تبصره ۲- اطلاق مقررات این ماده و همچنین بند(ب) ماده(۷) و بندهای(الف) و(ب) ماده(۸) و مواد(۲۷)، (۳۹)، (۴۰)، (۴۵)، (۴۶)، (۹۲)، (۹۳) و (۱۰۵) این قانون شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی‌شود.))

در ماده ۳۱۱ نیز در قسمت اول بر مبنای اصل استصحاب، در شک و تردید بعدی در مسلمان بودن مرتکب در حین جنایت در حالی که قبلاً مسلمان نبوده، اصل بر عدم است و قصاص ساقط؛ در این حالت اصل استصحاب با قاعده درء به علت یکسانی نتیجه همسو هستند اما در قسمت دوم زمانی که در حالت اسلام به هنگام ارتکاب جنایت تردید شود در صورتی که قبلاً مسلمان بوده، با سوگند ولی دم یا مجنی علیه حکم به قصاص داده میشود که این جا اصل استصحاب با قاعده درء در تعارض است.

با توجه به ماده ۱۱۴ و ۱۱۷ نیز میتوان گفت بنا بر اصل استصحاب در صورت عدم احراز و یا شک در توبه مرتکب، مجرم شناخته شده و قصاص میشود که باز هم با مقتضای قاعده درء که با هر نوع شبهه ای، مجازات منتفی است در تعارض است.

پس با توجه به مواد بالا و نکات گفته شده، هر چند موازین اصولی حاکم برای حل تعارض و اقتضای معیارها، تقدم قاعده درء بر اصل استصحاب است اما قانونگذار در این مواد، اصل استصحاب را بر قاعده درء مقدم داشته است. (رحیمی نژاد، فقه و مبانی حقوق، ۱۳۷۶، ص ۸۵).

## مفاهیم شبهه

در مفاهیم شبهه اختلاف است و نظرات مختلفی ارائه شده است من جمله:

۱) شبهه یعنی اعتقاد به حلال بودن عملی در زمان ارتکاب جرم و جهل به آن چه این علت شبهه مقصور باشد یا تقصیر، در واقع میتوان گفت « جهل قصوری یا تقصیری در مقدمات با اعتقاد به حلیت عمل ارتکابی » (خوئی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۲۰۶)

۲) برخی از این جهل و حلیت پا را فراتر گذاشته و توهم حلیت را برای تحقق شبهه و اسقاط حدود کافی دانسته اند به عبارتی به محض اینکه فاعل یا مفعول توهم جایز بودن عمل را داشته باشند برای سقوط حد کافی است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۴، ص ۳۲۹).

۳) طبق نظر صاحب ریاض هر گمانی که به مباح بودن عمل حکم کند شبهه ساقط کننده حد است؛ « در این مسأله مخالفی نیافتیم و صاحب غیر به نبود خلاف تصریح کرده و گویا از نظر عرف و لغت همین مطلب از شبهه برداشت میشود » (طباطبائی، ۱۴۱۸، ج ۱۵، ص ۴۳۴).

۴) هر شکی معیار است (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۹، ص ۵۶) مانند اینکه کسی بواسطه نوشته ای یا عکسی، قذف را به کسی نسبت دهد، هر چند اصل عمل حرام است اما به سبب شبهه حد قذف از او ساقط میشود (فاضل لنکرانی، بی تا، ج ۱، ص ۴۹۴، سؤال ۱۸۷۴).

پس شاید بتوان گفت این اختلافات و همچنین "ال" موجود در کلمه "الشبهه" در این قاعده که افاده عموم میکند و تسری آن به همه موارد شبهه، حتی در توهم شبهه، "موافق احتیاط" است که میتوان با تسری دادن این ابهام به متن قانون، آن را تفسیر به نفع متهم دانست؛ حال میتوان گفت که یا شبهه از اول وجود داشته و یا با پرسش و امثالهم ایجاد شده و یا حتی توسط قاضی مطرح گردیده است (سبزواری، ق ۱۴۱۳، ج ۲۷، ص ۲۲۷).

## دایره شمول قاعده درء

### ۱) حدود به معنای اخص      ۲) تعزیرات      ۳) قصاص و دیات

۱) **حدود به معنای اخص:** در لسان شرع، حدود به کیفرهای تعیین شده از سوی شارع مقدس که برای جرائم خاصی در نظر گرفته شده اند گفته میشود یا به عبارتی مجازات بدنی خاصی که برای معصیتی که مکلف مرتکب شده است و شارع مقدار آن را با خصوصیاتش معین کرده است؛ بین فقهای شیعه در مورد شمول قاعده درء نسبت به حدود اختلاف نظر وجود دارد ولی قدر متیقن بین همه فرقه های اسلامی، حدود به معنای اخص است پس هر جرمی که از نظر فقها مستوجب حد به معنای اخص باشد مشمول این قاعده خواهد بود.

۲) **تعزیرات:** مطابق ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی؛ تعزیر همان تأدیب یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم بستگی دارد مانند جزای نقدی یا حبسی که کمتر از حد میباشد.

صاحب عروه الوثقی میگوید: «کسی که در ماه رمضان با آگاهی و عمد، افطار کند اگر افطار در ماه رمضان را حلال نمیداند به ۲۵ ضربه شلاق تعزیر میشود و چنانچه دو مرتبه این کار را انجام بدهد، باز هم تعزیر میشود و اگر برای مرتبه سوم انجام دهد، بنابر نظر اقوی کشته میشود (یزدی، عروه الوثقی، ج ۱، ص ۱۳۹۶، ۲، ص ۱۶۶).

تعزیر یا شرعی است مانند معاشقه غیر از زنا و یا حکومتی است مانند احتکار و ... حال با توجه به تفسیری که از معنای "الحدود" در این قاعده کردیم باید گفت با توجه به معنای این لفظ که مطلق مجازات را به خاطر "ال" افاده عموم در برمیگیرد و معنای مصطلح تعزیرات در فقه یعنی مجازات شرعی برای محرمات شرعی، پس قاعده درء

تعزیرات شرعی را در بر میگیرد نه تعزیرات حکومتی را زیرا این نوع تعزیرات را حکومت به جهت ایجاد نظم در جامعه وضع کرده است نه شارع مقدس .

فقهای شافعی چون سیوطی (السیوطی ، پیشین ، ص ۱۱۱) ، زرکشی (الزرکشی، ۱۴۰۵ق، ص ۲۲۶) و ماوردی (الماوردی ، ۱۴۱۹ق ، ص ۲۳۵) شبهه را مانع اجرای تعزیر نمیدانند زیرا قبول اینکه تعزیر در حکم حد باشد ، اجرای احکام جزائی در اسلام را به تعطیلی میکشاند مانند جرائمی چون زنا و لواط که با اجرای این قاعده به مشکل خواهند خورد .

در لسان العرب به نقل از ازهری آمده است : « تعزیر در اصل ، بر معنای بازداشتن و ردّ است و به همین سبب ، به تأدیب کمتر از حد ، تعزیر اطلاق میشود ؛ چون شخص جانی را از انجام گناه دوباره باز میدارد (ابن منظور، لسان العرب، جلد ۹، ص ۱۸۴) .

ابوالصلاح حلبی میگوید : « تعزیر ، تأدیبی است از سوی خداوند ، برای بازداشتن فرد تعزیر شونده و دیگران از انجام جرم و مورد آن ، اخلال در انجام هر عمل واجبی و یا انجام هر کار زشتی است که در شریعت ، حد خاصی برای آن تعیین نشده است » (ابوالصلاح حلبی ، الکافی فی الفقه، ۱۴۰۳ق، ص ۴۱۶) .

قاعده درء به جهت رعایت عدالت و منافع و مصالح متهم وضع شده و نوع کیفر با توجه به استنباط از سخن پیامبر " اصل ترجیح خطا در عفو بر خطا در کیفر " در این قاعده تفاوتی ندارد چه مستوجب حد به معنای اخص باشد یا تعزیر همچنین این استدلال در مجازاتهای بازدارنده که از احکام حکومتی هستند نیز صادق میباشد .

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مجازاتهای بازدارنده حذف و تعزیرات شرعی و مجازات بازدارنده سابق را مجازات تعزیر نامیده اند ( محقق داماد، قواعد فقه جزائی، ۱۳۷۹، چاپ نخست) هر چند طرفداران تعدی قواعد حدود به تعزیرات معتقدند تعزیرات را باید به معنای مصطلح فقهی آن در نظر گرفت که تعزیرات عرفی خارج از این تعریف بوده و استثناست و قاعده درء در آن جریان ندارد اما حکومت مجازاتهای را برای حفظ نظم جامعه در نظر گرفته که به آنها تعزیرات حکومتی گفته میشود و مشمول این قاعده نمیشود (محقق داماد، قواعد فقه جزائی، ص ۸۱) با اینحال سکوت قانونگذار در ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی ، قاعده درء در مجازاتهای بازدارنده نیز جاری است .

ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی: تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجراء و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود. دادگاه در صدور حکم تعزیری، با رعایت مقررات قانونی، موارد زیر را مورد توجه قرار میدهد:

الف- انگیزه مرتکب و وضعیت ذهنی و روانی وی حین ارتکاب جرم

ب- شیوه ارتکاب جرم، گستره نقض وظیفه و نتایج زیانبار آن

پ- اقدامات مرتکب پس از ارتکاب جرم

ت- سوابق و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مرتکب و تاثیر تعزیر بر وی

**(۳) قصاص و دیات:** قاعده در بیانگر سیاست محکومیت زدائی و کیفر زدائی میباشد اما باید در نظر داشت که در مبحث کیفرزدائی، جرم منتفی نمیشود بلکه از شدت مجازات کم میشود و یا مجازات خاصی برداشته میشود و در حالت دوم، کیفر به طور کامل ساقط میشود و متهم تبرئه میشود.

حد عقوبتی است برای جرائم و معاصی خاص، چه مقدر باشد (( حد به معنای اخص )) و چه مقدر نباشد (( حد به معنای اعم )) و با این تعریف جنایات موجب قصاص نیز مشمول این قاعده میشوند زیرا اصولاً در مواردی که اصل رفتار مورد شبهه قرار میگیرد، محکومیت زدائی قاعده در اعمال میشود و در شرایطی که ثبوت قصاص شبهه ناک باشد یا شبهه در عنصر روانی یا قانونی باشد، کیفر زدائی قاعده اعمال میشود (مرتاضی، امیران بخشایش، ۱۳۹۶ ص ۸۲ و ۸۳).

بنا بر نظر برخی فقها چون قصاص حق الناس میباشد و حق الناس نیز محل موشکافی و توجه میباشد، اگر در این باب شبهه ای وارد میشود نمیتوان به قاعده در تمسک جست همچنین اصولی نظیر اصل عدم نسیان و عدم خطا و غفلت و ... مانع جریان قاعده میشود (ابن بابویه، ۱۴۱۳ ق، ص ۳۹۵).

از طرفی این اصول در باب حدود جاری نمیشوند زیرا که حدود الهی مبتنی بر تخفیف و مسامحه است اما در قصاص اینگونه نیست پس در هر جایی که ادعای شبهه شود، حاکم باید اصول عقلانی فوق را اجرا کند یعنی به محض حصول شبهه، قصاص را ساقط نداند پس این جریان مانع اجرای قاعده در باب قصاص است و یکی از شواهد عدم اجرایی این قاعده در باب قصاص، عدم جریان قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» در حالت لوث است (الحر العاملی، ج ۲۷، ۱۴۰۹ ق، ص ۲۳۴) پس اگر حد به معنای اعم از قصاص در نظر گرفته شود دیگر شبهه در قصاص با حدود هیچ فرقی نداشته و حکم به سقوط قصاص داده میشود هر چند قاضی نباید به محض ایجاد شبهه، حکم بر بی گناهی متهم بدهد بلکه باید تفحص بسیار در پرونده بکند اما در مقابل این گروه، برخی معتقدند قصاص هم در زمره حدود الهی قرار دارد زیرا حدود منحصر به جلد نیست بلکه هر عقوبتی و کیفری که از جانب شارع مقدس معین شده، حدود الله به حساب آمده و قصاص نیز چنین است؛ البته آیت الله محقق داماد نیز بر این نظر است و معتقدند قصاص حقیقتاً که شرع به جهت جبران خسران مجنی علیه وضع کرده است پس حق قصاص شامل قاعده در بوده و در مواردی که شبهه باشد، ساقط میشود بدان جهت که پای جان و نقص عضو یک انسان در میان است و به همین علت حاکم باید نهایت دقت و توجه را به خرج دهد.

آیا مفاد قاعده در جز اینست که در جان آدمی و یا نقص عضو آن، قاعده احتیاط باید جاری شود و مادامی که حاکم به وجود حق، اطمینان مقطعی ندارد، اجازه اجرای آن را ندارد و از جان انسانها باید محافظت کند.

## نتیجه گیری

قاعده درء یکی از قواعدی است که علی‌رغم داشتن سند ضعیف و اصطیادی بودن آن، توسط بسیاری نوشته های فقها، بیان شده و در جایی که مجرای این قاعده باشد دیگر اصول عملیه کاربردی ندارند اما اختلاف در اینجاست که اکثر فقها معتقدند مجرای این قاعده در بروز شبهه در حدود الله میباشد اما با تسری آن به سایر مجازاتها مخالفند و تصریح بر عدم اجرای قاعده در قوانین عرفی و حکومتی دارند اما در مقابل برخی فقها حدود را به معنای مطلق قبول داشته بدین جهت معتقدند که قصاص و تعزیرات را نیز در بر میگیرد در حالیکه با دقت در مستندات قاعده میتوان فهمید که مدنظر فقط حدود به معنای اخص آن است هر چند در تعزیرات شرعی با وحدت مناط نیز جاریست.

این قاعده از رویکرد امتنایی شارع در اجرا و تعیین مجازات شدید بدنی در حدود الله است اما در برخی موارد چنان مورد تفسیر موسع قرار میگیرد که حتی برخی شبهات که مجرای سایر قواعد و اصول است منتسب به این قاعده میشود؛ بدین جهت باید برخی شرایط در اجرای این قاعده لحاظ کرد:

۱) اگر احتمال صداقت متهم در ادعایش باشد و دلیلی بر خلاف آن نباشد، شبهه مسموع بوده و دیگر نیاز به اثبات ادعای او نیست.

۲) تنها شبهاتی که مفید قطع و یقین باشند معتبرند.

۳) این قاعده جایی که بحث تعیین یا سقوط مجازات است مستفید است نه در بحث وقوع یا عدم وقوع جرم.

۴) تنها شبهه در عنصر روانی و مسئولیت کیفری میتواند مجرای این قاعده باشد نه شبهه در عنصر قانونی و مادی.

۵) این قاعده فقط موجب سقوط مجازاتهای بدنی میباشد.

۶) قاعده درء را میتوان فقط در حدود آنها به معنای اخص (سرقه حدی) و تعزیرات شرعی اجرا کرد.

شاید با توجه به شرایط بالا میتوان گفت که اگر مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مورد تفسیر موسع قرار گیرد؛ این قاعده در تمامی جرائم اعم از حدود و دیات و قصاص و همه تعزیرات قابل اجراست، اما با توجه به نحوه اثبات شبهه در ذیل مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ و استناد به مواد ۹۱ و ۲۱۸ و ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ میتوان گفت که شبهه فقط در عنصر روانی مورد تقنین است فلذا باید رویه کیفر زدائی قانونگذار منطبق با سایر اصول و قواعد فقهی اسلامی باشد زیرا تفسیر موسع این قاعده را در تعارض با اصولی چون قطعیت و حتمیت مجازات ها و



لزوم اجرای سریع حدود قرار داده و همچنین اگر ضوابط دقیقی مشخص نشده باشد و قائل به تفسیر خود قاضی باشیم باید شاهد صدور آراء متناقض باشیم .

باید گفت با اعمال این قاعده ، خود جرم منتفی نمیگردد بلکه از شدت مجازات جرم کاسته شده یا کیفر خاصی برداشته میشود و این همان اثر کیفرزدائی این قاعده است اما اگر پس از وقوع جرم ، کیفر آن به طور کامل و مطلق ساقط شود ، اثر محکومیت زدائی این قاعده است که هر دو از واژه " ادرئوا " در حدیث نبوی گرفته شده و با توجه به تعاریف و مستدللات سیاست کیفرزدائی یا محکومیت زدائی قاعده جنایات موجب قصاص را نیز شامل میشود که اگر اصل رفتار مورد شبهه قرار گیرد اصل محکومیت زدائی قاعده و اگر شبهه در شرایط ثبوت قصاص یا عنصر روانی باشد ، اصل کیفرزدائی قاعده اعمال میشود .

پذیرش قاعده درء باید با پذیرش کلیه ویژگی ها و لوازم این قاعده باشد . مسئله تخفیف در اثبات حدود و در صورت بروز شبهه و سقوط آن ، علی الخصوص در عصر غیبت با مخالفت‌های روبروست چرا که معتقدند با شرط جایگزینی تعزیر ، هم ، میتوان از سوء استفاده مجرمان جلوگیری کرد و هم از اصولی که بر حدود ، حاکم هستند تخطی نکرد اما اگر این قاعده را در تعزیرات نیز اجرا کنیم به مشکل خواهیم خورد زیرا که کمتر تعزیری فاقد شبهه میباشد و با توجه به همه تعاریف این قاعده را میتوان در تعزیرات شرعی اجرا کرد نه در تعزیرات عرفی .

## منابع :

- خوئی ، سید ابوالقاسم ، مبانی تکمله المنهاج ، ج ۲ ، قم ، ۱۳۹۶ ق .
- محقق داماد ، سید مصطفی (۱۳۷۹) ، قواعد فقه (بخش جزائی) ، ج ۴ ، چ ۲۵ ، تهران ، مرکز نشر علوم اسلامی ، ۱۳۹۱ .
- ابن بابویه ، محمد بن علی ، من لا يحضره الفقيه ، ج ۴ ، قم ، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم ، ۱۴۱۳ ق .
- الحر عاملی ، محمد بن حسن ، وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه ، تحقیق و نشر : مؤسسه آل البيت عليهم السلام ، قم ، ۱۴۰۹ ق .
- السبزواری ، السید عبد الاعلی ، مهذب الاحکام فی البیان الحلال و الحرام ، قم ، مؤسسه المنار ، دفتر معظم له ، ۱۴۱۳ ق .
- السیوطی ، عبد الرحمن بن ابی بکر ، الأشباه و النظائر ، ج ۱ ، بیروت ، دارالکتب العلمیه ، الطبعه ، الأولى ، ۱۴۱۱ ق .
- الزرکشی ، محمد بن عبدالله ، المنثور فی القواعد الفقهیه ، ج ۲ ، الكويت ، وزاره الأوقاف الكويتیه ، الطبعه الثانيه ، ۱۴۰۵ ق .
- الطوسی ، محمد بن حسن ، المبسوط فی فقه الامامیه ، تحقیق : سید محمد تقی کشفی ، تهران ، المكتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه ، ۱۳۸۷ ق .
- الماوردی ، علی بن محمد ، الحاوی الكبير فی فقه مذهب الامام الشافعی و هو شرح مختصر المزنی ، ج ۱۴ ، المحقق : الشیخ علی محمد معوض ، بیروت - لبنان ، دار الکتب العلمیه ، ۱۴۱۹ ق .
- المقدس الاردبیلی ، احمد بن محمد ، مجمع الفائده و ابرهان فی شرح ارشاد الأذهان ، تحقیق : آقا مجتبی عراقی و دیگران ، قم ، دفتر انتشارات اسلامی ، ۱۴۰۳ ق .
- موسوی گلپایگانی ، سید محمد رضا (۱۴۱۲ ق) ، الدر المنضود فی احکام الحدود ، سه جلد ، قم ، دارالقرآن الکریم ، چاپ نخست .
- میر سعیدی ، منصور (۱۳۸۱) ، بررسی نقش علم به قانون در حقوق جزا ، رهنمون ش ۱ .
- حاجی ده آبادی ، احمد (۱۳۸۹) ، قواعد فقه جزائی ( حدود و تعزیرات ، قصاص و دیات ) ، قم ، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه ، چاپ دوم .
- خوئی ، ابوالقاسم (۱۴۲۲ ق) ، مبانی تکمله المنهاج ، دو جلد ، قم ، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی ، چاپ نخست .
- شهید ثانی ( زین الدین عاملی جبعی ) (۱۴۱۳ ق) ، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام ، پانزده جلد ، قم ، مؤسسه المعارف الاسلامیه ، چاپ نخست .
- طباطبائی ، سید علی بن محمد ( صاحب ریاض ) (۱۴۱۸ ق) ، ریاض المسائل ، شانزده جلد ، قم ، مؤسسه آل البيت ، چاپ نخست .
- قیاسی ، جلال الدین ، عادل ساریخانی و قدرت الله خسرو شاهی (۱۳۸۹) ، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی ( اسلام و حقوق موضوعه ) ، دو جلد ، قم ، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه ، چاپ دوم .
- موسوی بجنوردی (۱۳۷۲) ، قواعد فقهیه ، چاپ دوم ، تهران ، نشر میعاد .
- ابهری ، حمید ، ایزدی فرد ، علی اکبر ، قاضی ، حسین (۱۳۹۱) ، کاربرد استصحاب در قوانین مدنی ایران ، فقه و حقوق اسلامی ، دانشگاه تبریز ، سال دوم ، شماره چهارم ، بهار و تابستان .

- انصاری ، مرتضی ( ۱۴۱۱ق ) ، فواید الاصول ، الطبعة الاولى ، الجزء الثاني، بیروت ، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات .
- العوده ، عبدالقادر ( ۱۴۰۲ق ) ، التشريع الجنائي الاسلامی ، ج ۱ ، بیروت : دار الکتب الاسلامیه .
- الجزیری ، عبدالرحمن ( بی تا ) ، الفقه علی المذاهب الاربعه ، ج ۵ ، بیروت : دار احیاء التراث العربی .
- ابن حزم اندلسی ، ابو محمد علی بن احمد ( بی تا ) ، المحلی بالآثار ، بیروت : دار الفکر .
- ابن نجیم ، زین الدین بن ابراهیم ( ۱۴۰۳ ق ) ، الاشباه و النظائر ، دمشق : دارالفکر .
- حبیب زاده ، محمد جعفر ، موسوی مجاب ، سید درید ، خرّ می عراقی ، عرفان ، کاوشی در بایسته های اعمال قاعده در اجرای مجازات از منظر فقه جزائی و حقوق موضوعه ، ۱۳۹۱ .
- ابن منظور ، محمد بن مکرم ، لسان العرب ، جلد ۹ ، بیروت ، دار التراث العربی ، ۱۴۰۸ق .
- ابوالصلاح حلبی ، تقی بن نجم ، الکافی فی الفقه ، اصفهان : کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علی (ع) ( ۱۴۰۳ق ) .
- یزدی ، محمد کاظم بن عبد العظیم ، عروه الوثقی ، جلد ۲ ، چاپ اول ، تهران ، آیین دانش ، ۱۳۹۶ .
- رحیمی نژاد ، اسمعیل ، فقه و مبانی حقوق اسلامی ، سال پنجاهم ، شماره ۱ ، بهار و تابستان ۹۶ ، پ ۷۷ .
- آقا بابائی بنی ، اسماعیل ، کاربرد قاعده در جرائم غیر حدی ، سال بیست و دوم ، شماره ۴ ، زمستان ۹۴ .
- فاضل لنکرانی ، محمد ( بی تا ) ، جامع المسائل ، دو جلد ، قم ، امیر قلم ، چاپ یازدهم .
- مرتاضی ، احمد ، امیران بخشایش ، امیر ( ۱۳۹۶ ) ، اثر محکومیت زدائی و کیفر زدائی قاعده در جنایات موجب قصاص با رویکردی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ .
- پور بافرانی ، محمود ، رستمی نجف آبادی ، حامد ، ۱۳۹۸ ، شمول شبهه در قاعده در ، مرکز مطالعات فقه و حقوق اسلامی ، سال ۱۲ ، شماره ۲۲ ، بهار و تابستان ۱۳۹۹ .
- ابن ماجه ، السنن المصطفی ، ج ۲ .
- شیخ صدوق ، من لا یحضره الفقیه ، ج ۴ ، ص ۷۴ ، حدیث ۱۲ .