

## بررسی و تحلیل مبانی قاعده دراء در فقه اسلامی و حقوق موضوعه

محمد اسماعیل زاده ۱، دکتر احمد پورا بر اهییم ۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۰۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۱/۳۰

### چکیده

سقوط مجازات یکی از تاسیسات حقوق کیفری می باشد. سقوط مجازات به معنی آن است که علیرغم تحقق و ثبوت مجازات به خاطر عارض شدن عواملی مجازات در مورد مجرم اجرا نشده و ساقط می گردد یکی از قواعد مهم حقوق جزا که علیرغم اهمیت فراوان آن، کمتر درباره اش پژوهش های مفید انجام شده، قاعده درء است بر اساس آنچه در قرآن کریم آمده است، همچنین برابر نظر واژه شناسان، کلمه «تدرء» از ریشه «درء» است. دراء در لغت به معنای ساقط کردن و عدم اجرا و حد در این قاعده مجازات حدی است و نه جرم حدی. منظور از شبهه در لغت نیز التیاس یا پوشیدگی کار و مانند آن است و بهرغم اختلاف نظر فقها در تعریف شبهه و یا محل عروض شبهه، به نظر می رسد ضابطه شبهه ای که موجب سقوط مجازات می شود، این است که مرتکب عمل ممنوع، حلیت فعل را احتمال بدهد زیرا قاعده ادراء الحدود بالشبهات، مفید عموم است و تمام مراحل احتمال حلیت و شک در حلیت و ظن به آن را برمی گیرد. قاعده دراء با تعبیری همچون تدرء الحدود بالشبهات یا حدود تدرء بالشبهات ضمن همتایی باقاعده تفسیر به نفع متهم در حقوق جزای عرفی، متضمن انتفای جرم و مجازات درجایی است که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم و یا مسئولیت و استحقاق مجازات وی، محل تردید و شک است و مطلق مجازات به موجب این قاعده برداشته می شود.

**واژگان کلیدی:** قاعده دراء - فقه - قانون مجازات اسلامی - حدود - شبهه.

۱ دانش آموخته دکتری حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد ساری و مدرس دانشگاه

۲ دکترای حقوق کیفری و جرم شناسی، استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، رشت، ایران.

## مقدمه

اعمال قاعده دراء در مواردی قابل پذیرش است که اصل وقوع جرم مانند زنا یا برخی از شرایط آن همچون عدم رابطه زوجیت یا هر یک از شرایط مسئولیت کیفری، مانند بلوغ، عقل یا اختیار، مورد تردید قرار گیرد؛ بنابراین، در مواردی که جرم با همه شرایط آن و همین‌طور شرایط مسئولیت کیفری محقق باشد. ولیکن در ارتباط با شرایط تشدید مجازات شک و تردید باشد، در این صورت قاعده دراء نسبت به اصل جرم قابل اعمال نیست ولیکن نسبت به تشدید مجازات قابل اعمال خواهد بود. در خصوص قلمروی قاعده درء، اگرچه از منظر برخی فقها این قاعده به حدود اختصاص دارد و از منظر برخی دیگر در قصاص و تعزیرات هم جاری است و طبق نظر گروهی دیگر در قصاص یا تعزیرات جاری نیست. باید گفت در اصل، اما چیزی که مانع تطبیق بر جرائم تعزیری باشد موجود نیست و اگرچه موارد اجرای آن در قصاص کمتر است در قصاص نیز قابل اجرا است و در خصوص عدم جریان قاعده در دیات اختلافی مشاهده نگردیده است؛ بنابراین با توجه به اطلاق این ماده قاعده دراء هم در جرائم حدی و هم در باب قصاص و تعزیرات جاری می‌شود. در حدود هم به‌صرف وجود شبهه و بدون تحصیل دلیل، جرم ثابت نمی‌شود ولی در مورد محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف، با تحصیل دلیل امکان عدم اثبات جرم وجود دارد. به تعبیر بهتر در قانون ما سقوط مجازات بر اثر شبهه به جرائم معینی منحصر نشده است ولی از نظر اثباتی تنها در جرائم موجب حد به‌استثنای موارد مطروحه به‌صرف وجود شبهه و بدون نیاز به تحصیل دلیل حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود.

## ۱- قاعده دراء

### ۱-۱- مفهوم فقهی قاعده

در تبیین مفهوم قاعده فقهی اندیشمندان اسلامی با عبارات متفاوت و مفهوم تا حدی یکسان ابراز عقیده کرده‌اند؛ برخی معتقدند به‌قاعده‌ای اطلاق می‌شود که از ادله شرعی استخراج و استنباط گردیده و بر مصادیقش که مجموعه‌ای از احکام فقهی است منطبق می‌گردد. عده‌ای نیز می‌گویند، قاعده فقهی فرمول بسیار کلی است که منشأ استنباط احکام محدودتر واقع می‌شود و اختصاص به یک مورد خاص ندارد بلکه مبنای احکام مختلف و متعدد قرار می‌گیرد (محقق داماد، ۱۱۱). گروهی نیز قواعد فقهی را قواعدی

می‌دانند که در طریق استفاده احکام قرار می‌گیرند به طریق انطباق و تطبیق (خویی، ۱۴۰۰، ۷۰۱) در جمع نظرات ابرازی در تعریف قاعده فقهی می‌توان چنین گفت «قضیه‌ای است که در بردارنده حکمی کلی بوده و منشأ آن ادله‌ای تفصیلی است که صحت و وسقم احکام محدود را با آن تطبیق می‌دهند.» مفهوم مشابه دیگر مسئله فقهی است و آن عبارت از قضیه‌ای است که محمول آن حکم واقعی اولی و متعلق به فعل خاص یا ذاتی مخصوص باشد (شهابی، ۱۳۳۳، ۴۰۰). برخی معتقدند قاعده فقهی و مسئله فقهی از حیث نتیجه هیچ تمایزی باهم ندارند چراکه مفاد هر دو حکمی است جزئی و عملی به این معنا که ابتدائاً و بلا واسطه به عمل مکلف تعلق دارند (شهابی، ۱۳۳، ۴۰۰). به عبارت دیگر مسئله فقهی چون موضوعش از مصادیق و افراد فعل مکلف که موضوع علم فقه است می‌باشد. پس از ابتدا محمول آن به عمل و فعل مکلف ارتباط پیدا می‌کند به همین ترتیب قاعده فقهی نیز چون موضوعش بلا واسطه یا با واسطه همان فعل مکلف می‌باشد. پس محمول در قاعده فقهی نیز به عمل و فعل مکلف اختصاص دارد؛ اما باید گفت در مسئله فقهی موضوع حکم امر جزئی و خاص است (خویی، ۱۴۰۰، ۷۰۵) حال آنکه موضوع قاعده فقهی عام و کلی است مانند موضوع مانحن‌فیه (قاعده دراء) که احکام همه مصادیق شبهه در آن جمع شده است. به عبارت دیگر مسائل مختلف فقهی تحت قاعده فقهی مندرج است و می‌تواند بر همه مسائل منطبق باشد (بجنوردی، ۱۳۸۶، ۶۰۱).

## ۱-۲- مفهوم قاعده دراء

واژه دراء کلمه «تدرء» یا «ادرئوا» از ریشه «درء» اخذ و در قرآن مجید نیز به کار رفته است، در کتاب المفردات نیز آمده است: «درأت عنه، دفعت عن جانبه و دارأته دافعته و فی الحدیث ادرؤوا الحدود بالشبهات تنبی‌ها علی تطلب حیلہ یدفع بها الحد» (الراغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ق، ۱۱۸)؛ بنابراین مشخص می‌شود که مفهوم لغوی واژه دراء از مفهوم اصطلاحی آن چندان دور نمی‌افتاده و منظور از در حد، دفع کردن و ساقط کردن و عدم اجرای حد است.

### ۱-۳- اصول و مبانی نظری قاعده دراء

یکی از پایه‌های اساسی تکوین و تحقق هر جرم، عنصر معنوی (روانی) است. عنصر معنوی شامل دو جزء اساسی علم (آگاهی) و عمد (قصد) است. متعلق علم نیز، حکم و موضوع است. به این معنا که مرتکب هر جرمی باید بداند که آن رفتار جرم است و همچنین به موضوع آن جرم نیز آگاهی داشته باشد؛ بنابراین شخص جاهل سزاوار عقوبت نیست. همچنین علاوه بر ظالمانه بودن مجازات فرد جاهل، بی‌فایده بودن آن نیز علت دیگری است که عدم مجازات فرد جاهل را توجیه می‌کند. مقوله اشتباهات حکمی و موضوعی در حقوق اسلامی تحت عنوان «قاعده دراء» است که در حقوق کیفری ایران و قانون مجازات اسلامی انعکاس روشنی دارد. (آقای نیا، ۱۳۹۳، ۹۲) معادل و مضمون مترادف آن در نظام کیفری آمریکا، دو مفهوم اشتباه حکمی و اشتباه موضوعی است. از سوی دیگر، تحلیل عنصر معنوی به‌عنوان یکی از ارکان بسیار مهم جرم به‌عنوان بستر اصلی قاعده دراء، از پایه‌های نظری بحث است.

### ۱-۴- شاخصه‌های قاعده دراء

الف) اصول عملیه درجایی کاربرد دارند که حکم شرعی مجهول باشد؛ حال آنکه، در صورت جریان قاعده درء، فرض بر آن است که حکم شرعی بیان شده و نوبت به اصول عملیه نمی‌رسد؛ بنابراین، با تمسک به اصل عدم نسیان، عدم غفلت، عدم اشتباه و عدم اکراه، نمی‌توان ادعای نسیان و غفلت و اشتباه و اکراه را نپذیرفت. (امام خمینی، ۱۳۷۹، ۴۰۱)

ب) شبهه، معیار جریان قاعده است و از نظر دایره شمول، شبهات موضوعیه، حکمی، شبهه عمد، شبهه خطا، شبهه اکراه و شبهه اختیار نداشتن را هم می‌تواند در برگیرد. برخی تصریح کرده‌اند که در فرض شمول قاعده بر شبهات حکمی، میان جاهل قاصر و مقصر تفاوتی وجود ندارد. همچنین، گفته‌اند تفاوتی ندارد که شبهه نزد متهم باشد یا حاکم یا هر دو.

ج) در مفهوم شبهه اختلاف هست. نگارنده معتقد است با توجه به اختلافات مربوطه و «آل» موجود در واژه «الشبهه» در قاعده دراء که افاده عموم می‌کند، تسری آن به همه موارد و دخالت دادن شبهه، حتی در حد توهم شبهه، هم موافق احتیاط است، هم با توجه به تسری ابهام یادشده به متن قانونی، آن را می‌توان تفسیر به نفع متهم قانون

دانست. از آنجاکه حتی شبهه مبتنی بر تقصیر هم از مصداق‌های قاعده به شمار می‌آید، توسعه شبهه به شرح فوق تقویت می‌گردد و قابل دفاع است. (انصاری، ۱۳۸۵، ۳۰۱)

د) با بروز شبهه، این سؤال مطرح می‌شود که شبهه بدوی معیار جریان قاعده است یا شبهه مستقر؟ به بیان دیگر، به محض بروز شبهه، قاعده جاری می‌گردد یا پس از آن که تلاش‌های اولیه برای رفع شبهه به انجام رسید و بی‌نتیجه ماند؟ نویسنده معتقد است گرچه سخن کسانی که از لزوم تحقیق سخن گفته‌اند منطقیاً به جاست، با پذیرش قاعده دراء هماهنگی ندارد و قانون‌گذار این مبنا را نپذیرفته است.

ه) شبهه ممکن است موجود باشد یا با سؤال و امثال آن ایجاد شده یا از سوی قاضی القا گردد. برخی همه این موارد را مصداق شبهه موجب سقوط حد دانسته‌اند.

#### ۱-۵- قاعده دراء در حقوق ایران

در قانون مجازات اسلامی ایران نیز به صراحت در مواد ۱۲۱ و ۱۲۰ و ۲۱۸ و ۲۱۷ به قاعده مزبور اشاره شده و از آن به عنوان یکی از موانع مسئولیت کیفری و مجازات ذکر شده است اشتباه به احکام و موضوعات در یک تقسیم‌بندی کلی به قصوری و تقصیری تقسیم می‌شوند اص ۱۶۹، خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۰ ق)، بنابراین تقسیم، اگر مرتکب تحت شرایط ویژه نمی‌توانسته نسبت به حکم یا موضوع علم حاصل کند، جاهل قاصر و در فرضی که خود از یادگیری و کسب علم به قانون خودداری کرده باشد، جاهل مقصر می‌باشد. (ص ۶۰، حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۸۷) در فقه اسلام بر سر این امر که آیا اطلاق عبارت قاعده دراء، شامل تمام مصادیق جهل حکمی (قصوری و تقصیری) می‌شود، اختلاف نظر وجود دارد؛ لکن به نظر می‌رسد که قول شمول قاعده به تمام مصادیق جهل، قوی‌تر باشد (مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۰ ق)، ص ۴۸) و در حقوق کیفری ایران نیز ادعای جهل به قانون مسموع نیست؛ مگر اینکه جاهل واقعاً قاصر باشد (ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی). اشتباهات موضوعی نیز دارای مراتب و درجاتی است؛ لکن علی‌الاصول ادعای آن مسموع است. (اردبیلی، ۱۳۸۴، ۱۲۷).

در حقوق کیفری ایران طبق اصل و قاعده کلی، اشتباه موضوعی مسموع است. به این معنا که علی‌القاعده، اصل بر جهل مرتکب به موضوع است و علم وی باید ثابت شود، مگر در جرائم با مسئولیت مطلق که اساساً عنصر معنوی شرط نیست، یا در پاره‌ای جرائم که عنصر معنوی مفروض انگاشته می‌شود، نظیر جرائم علیه امنیت (آقائی

نیا، ۱۳۹۳، ۳۱۵) شاید به خاطر وضوح مطلب باشد که مقنن نیز ماده یا موادی را به اشتباه موضوعی اختصاص نداده است؛ زیرا محل اصلی نزاع، اشتباهات حکمی است و تقسیم‌بندی‌ها، حول محور آن وجود دارد. (ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی) در نظام کیفری ایران اشتباهات موضوعی دارای تأثیرها و کارکردهای متفاوتی است که گاهی موجب برائت متهم می‌شود (به خاطر فقد عنصر معنوی) و گاهی سبب تخفیف در مجازات است، (مدلول مواد ۶۰۸ و ۶۰۹ قانون مجازات اسلامی و جهل مرتکب به مأمور بودن طرف مقابل) و گاهی اشتباه در موضوع یا وصف آن سبب غیر عمد دانستن جرم ارتكابی می‌شود. (ماده ۶۱۶ قانون مجازات اسلامی، غفلت و مسامحه منتهی به قتل) (زراعت، ۱۳۹۳، ۱۰۲).

برخی فقها نظیر علامه حلی، شبهه قاضی در احراز سرقت و ادعای مالکیت متهم نسبت به مال مسروق را، مشمول قاعده در می‌دانند (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۷، ۵۵۸) در حقوق کیفری ایران نیز قاضی باید به قطع و یقین وجدانی برسد، در غیر این صورت نمی‌تواند متهم را به تحمل کیفر محکوم کند و هرگونه تردید در ارتكاب اصل جرم یا همان عنصر مادی نیز از زمره شبهاتی است که دافع مجازات می‌باشد که در رویه قضائی نیز مشهود است. [مجموعه نظریات مشورتی اداری حقوقی قوه قضائیه، ۱۳۷۶؛ ۱۰۳-۹۹] اشتباهات در بستر عنصر معنوی (روانی) نیز مهم‌ترین و اساسی‌ترین عرصه‌ای است که مورد توجه است؛ زیرا علم و عمد دو جزء سازنده و مقوم عنصر معنوی است و جهل نیز مقابل علم قرار دارد. لذا جهل مرتکب به حکم یا موضوع به معنای عدم تحقق جرم و یا در مواردی ارتكاب جرم غیر عمدی است؛ مگر آنکه جرم از نوع «با مسئولیت مطلق» باشد. معیارهای علم و جهل مرتکب در تشخیص موضوعات به دو صورت «علم نوعی» و «علم شخصی» است. (امام خمینی، ۱۳۷۹، ۱۵۱) علم نوعی به این معناست که علم و آگاهی به موضوعات باید از دید نوع جامعه نگریسته شود و نگاه متعارف ملاک باشد. مطابق با علم شخصی، آگاهی و ظرفیت‌های شخصی متهم در حصول علم به موضوع مورد نظر است. نتیجه عملی این تفکیک آن است که اگر علم نوعی ملاک باشد، اثبات خلاف آن با متهم است و در صورتی که علم شخصی ملاک باشد، اثبات خلافش با دادستان و مدعی است. مثلاً تشخیص اینکه مال مسروق چیست و با چه قرائنی می‌توان به آن پی برد، می‌تواند تابع معیار نوعی و یا شخصی باشد. لذا تعیین ضابطه دقیق، بسیار تعیین‌کننده است. بر اساس نظر مشهور فقها، وضع و حال مدعی جهل (متهم) در ادعای ناآگاهی در

نظر گرفته می‌شود. (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ۷۰۱)

قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ در ماده ۱۲۰، اعمال قاعده دراء را نسبت به مطلق جرائم باوجود شبهه در شرایط تشکیل‌دهنده جرم شامل ارکان قانونی، مادی و معنوی یا شرایط مسؤولیت کیفری پذیرفته که این اطلاق، پای قاعده را در حق الناس نیز باز گذارده و سیاق این ماده ممکن است موجب این اشتباه شود که باوجود شبهه باید قرار منع تعقیب یا رأی برائت صادر کرد؛ درحالی‌که آنچه از دلایل فقهی مستفاد می‌شود آن است که قاعده دراء و اماره بی‌گناهی با یکدیگر مغایر هستند. به‌علاوه، از وجود قید «دلیلی بر نفی آن یافت نگردد» متبادر می‌شود که قانون‌گذار متهم را از اثبات ادعای خود معاف دانسته و اصل را بر صحت شبهه یا تردید قرار داده است؛ در صورتی‌که این برداشت ناصحیح است. بی‌تردید، چنانچه موضوع جرم یا برخی شرایط آن یا هرگونه سبب و بایسته مسؤولیت کیفری، برای دادگاه احراز نشود و دادگاه دلیلی بر نفی آن نیابد، نمی‌تواند حکم به بزهکاری صادر نماید و نتیجه منطقی آن بی‌گناهی متهم است؛ ولی این مطلب هیچ ارتباطی باقاعده دراء ندارد. (پور چنگیز، ۱۳۹۵، ۴۰)

در ماده ۱۲۱ قانون‌گذار، به‌صرف وجود شبهه و بدون نیاز به تحصیل دلیل در جرائم حدی به‌غیراز محاربه، افساد فی‌الارض، سرقت و قذف، به عدم اثبات جرم یا شرط حکم نموده و با توجه به مفهوم مخالف، این جرائم به‌صرف وجود شبهه یا تردید منتفی نمی‌شود؛ بلکه باید دلایل معتبر دال بر اصالت و اعتبار شبهه حاصل شود تا بدین طریق بتوان از انتفای چنین جرائم حدی سراغ گرفت. استثنای محاربه، بغی، افساد و قذف، کاملاً بجاست، اما اکتفا به همین تعداد جرائم حدی نادرست است؛

بلکه زنا، لواط، تجاوز به عنف و به‌اکراه و اغفال به همان ملاک جرائم مذکور قابل استثناست. (امیدی، ۱۳۸۲، ۱۳) ماده ۲۱۸ ق.م.ا. مقرر نموده: «در جرائم موجب حد، هرگاه متهم ادعای فقدان علم، قصد یا وجود یکی از موانع مسؤولیت کیفری را در زمان ارتکاب جرم نماید، در صورتی‌که احتمال صدق گفتار وی داده شود ... ادعای مذکور بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می‌شود»؛ یعنی تأثیر و قابل‌اعتنا بودن شبهه، آن‌گونه که عقلاً به آن اعتماد و جنبه معذرت آن را تصدیق کنند. (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۴، ۲۱).

استثنای جرم سرقت از جرائم موجب حد نیز صحیح به نظر نمی‌آید؛ چراکه حد سرقت، فی‌نفسه صرفاً جنبه حق‌اللهمی دارد و علاوه بر آن با توجه به روایات مبتنی بر تخفیف و

به قول صاحب جواهر «لا خلاف ولا إشکال فی درئه (حد السرقة) بالشبهه، کغیره من الحدود» مشخص نیست که قانون‌گذار طبق چه مدرک و مستندی، حد سرقت را از شمار حدود دیگر خارج نموده است؟! مسلماً قاعده دراء و برداشته شدن کیفر به سبب شبهه ضمانات و عقوبات مالی را در برنمی‌گیرد و در سرقت اگر قاضی نسبت به اجتماع شرایط قطع دست تردید نماید، باینکه مجالی برای اجرای حد در کار نیست، اما ضمان مال همچنان پابرجاست؛ بنابراین اوصاف، منطق حقوقی حکم می‌کند از اطلاق و ظاهر ماده ۱۲۰ ق.م.ا دست بکشیم و قاعده دراء را در جرائم حدی بدون شاکی خصوصی و قاعده‌ای جدای از اصل برائت جاری نماییم. (ساداتی، ۱۳۹۵، ۸۵).

## ۲- مفهوم حد

### ۲-۱- تعریف حد

در معجم المقاییس آمده: «حد» در لغت به دو معنای «مرز» و «منع» به کاررفته است. بر این اساس حدود زمین یعنی مرزهای آن و محدود به معنای ممنوع است (ابن فارس ۱۴۱۸: ۲۳۹). همچنین به فاصله بین دو چیز «حد» می‌گویند. «حدید» به معنای آهن نیز به دلیل صلابتش از همین ریشه گرفته شده است. به دربان نیز به دلیل ممانعت از ورود مردم «حداد» می‌گویند؛ و مجازات و کیفر گناهکار را هم «حد» نامیده‌اند چون کیفر مانع بازگشت مجرم به گناه می‌شود (ابن فارس ۱۴۱۸: ۲۳۹). در صحاح اللغه نیز همین مضمون آمده است (جوهری ۱۴۰۷ ج ۲: ۴۶۲). در کتاب تهذیب اللغه آمده: حدود الهی بر دو گونه است نوع اول حدودی است که خداوند برای مردم در حلال و حرام، خوردنی‌ها و آشامیدنی‌ها و مسائل مربوط به نکاح و امثال آن قائل شده است. این نوع را از این نظر حد نامیده‌اند که خداوند دستور داده که کسی از آن تجاوز نکند. نوع دوم کیفرهایی است که برای مجرمان و مرتکبان امور ممنوع قائل شده است؛ مانند حد سارق، زناکار و امثال آن. دلیل حد نامیدن این نوع از جرائم این است که چنین مجازات‌هایی مجرمان را از کار خود باز می‌دارد. آهن را نیز بدان جهت «حدید» نام داده‌اند که مقاوم و مانع است (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ۷۰۷).

در کتاب المفردات ذکر گردیده است: «الحد الحاجز بین الشیئین اللذین یمنع اختلاط أحدهما بالآخر... و حد الزنا والخمر سمی به لکونه مانعاً لمتعاطیه عن معاوده مثله» (الراغب اصفهانی، ۱۴۱۲ ق، ۵۰۱)؛ از کتاب قاموس قرآن نیز به دست می‌آید که معنی



آن، دفع و منع است (قریشی، ۱۴۱۲ ق، ۸۲). از مجموع بیان لغویان در مفهوم حد می‌توان چنین استنباط کرد که حد در لسان آنان بدون اینکه در علم خاصی بکار برده شود در معنی، منع و واسطه و حائل بکار گرفته شده است و با پذیرش همین معنی است که «جامع و مانع» را حد می‌نامند و معنای چیزی را در برمی‌گیرد و مانع ورود افراد دیگر در تعریف می‌شود و حدود شرع را موانع و زواجر از ارتکاب اسباب حدود می‌گویند (الجزایری و دیگران، ۱۴۱۹ ق، ۳۱۲)؛ اما در این که منظور از حد در لسان فقها و روایات متجلی کننده چه مفهومی است می‌بایست گفت که در بسیاری موارد معلوم نیست.

## ۲-۲- حد در روایات

حد یا حدود در روایات در معنای عام، مشتمل بر مجازات‌های معین و نامعین به کاررفته، یا در معنای خاص یعنی مجازات‌های معین، در اکثر آثار فقهی شیعه و اهل سنت موارد کاربرد روشن نیست (گرجی، ۱۳۸۱، ۱۱۱) بی‌تردید واژه حد در روایات متعددی در معنای مطلق عقوبت، اعم از قصاص، دیه و حد و تعزیر استعمال شده است (انصاری و دیگران، ۱۳۸۵، ۵۰۰). برخی معتقدند معنای حد در لسان شارع مقدس هر چند متفاوت است لکن در مواردی که قرینه‌ای بر حمل حد به معنای خاص نباشد حد در لسان شارع بر معنای اعم حمل می‌شود در این راستا یکی از محققان می‌فرماید: واژه حد در موارد زیادی از روایات به معنای اعم وارد شده و بر قصاص و تعزیر اطلاق گردیده است به نظر می‌رسد که کلمه حد، حقیقت شرعیه در حد اصطلاحی نبوده و تتبع در موارد استعمال، مفهوم عموم را می‌رساند (خویی، ۱۳۸۰، ۷۱۴). روایات متعددی برای مستند کردن عقیده مذکور یعنی درستی مفهوم عام حد، دلالت می‌کنند که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود. ۱- در صحیح حلبی و صحیح محمد بن مسلم از امام صادق (ع) آمده است: امام (ع) فرمود: اگر کسی مسلمان شود و اقرار به اسلام کند و سپس شراب بنوشد و زنا کند و ربا بگیرد در حالی که احکام شرع برای او بیان نشده است بر چنین شخصی اقامه حد نمی‌کنم، اگر جاهل باشد و نداند. بلکه احکام فوق را به او تعلیم می‌دهم و اگر بعد از آگاهی مرتکب جرم شود، بر او اقامه حد می‌کنم» (حر عاملی، ۱۴۰۹ ق) و (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ ق). در این روایت امام علی (ع) می‌فرماید: در صورت جهل مرتکب به حرمت شرب خمر، زنا و ربا حد جاری نمی‌شود، در حالی که این از بدیهیات است که جرائم مستلزم حد احصائی بوده و توسط شارع و قانون‌گذار تصریح شده است و ربا و

ربا خواری جزء جرائم مشمول حد نیست، بلکه از مصادیق جرائم تعزیری است. فلذا آشکار می‌شود که امام علی (ع) از کلمه حد، مطلق عقوبت را اراده کرده است که شامل تعزیر نیز می‌گردد. ۲- در موثقه سماعه از امام صادق آمده است «سألته عن شهود زور فقال: یجلدون حد ألیس له وقت فذلک إلی الأمام و یطاف بهم حتی یعرفهم الناس» (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ۴۱۱). در این روایت سماعه می‌گوید از حکم شاهدان دروغین پرسیدم، امام صادق (ع) فرمود: بر شاهدان دروغین حد زده می‌شود. با توجه به این‌که می‌دانیم بر شاهدان دروغ‌گو حد به معنای خاص اقامه نمی‌شود و مجازات آنان تعزیر است، به خوبی دلالت روایت بر اطلاق حد به معنای مطلق عقوبت و تعزیر روشن است. شاید به لحاظ وجود چنین روایات متعددی است که فقهایی چون مقدس اردبیلی بیان داشته‌اند: «فان كثيرا ما یقال الحد علی التعزیر فی الروایات کما مر مراراً» (موسوی اردبیلی، ۱۳۲۱ ق، ۱۰۱). در مقابل برخی دیگر از فقیهان معتقدند هر چند حد در لسان شارع در موارد زیادی به معنای مطلق عقوبت آمده و شامل حدود به معنای خاص و تعزیرات می‌گردد؛ اما ظاهر کلام اصحاب این است که حد در لسان روایات بر معنای خاص آن یعنی مجازات‌های شرعی ثابت حمل گردیده است. باین حال بهتر است گفته شود اصل بر عام بودن لفظ حد است؛ مگر قرینه‌ای در کلام وجود داشته و آن را از عمومیت خارج سازد تا مفهوم خاص قابل استنباط باشد. این برداشت از لحاظ تاریخی نیز مورد تأیید است؛ زیرا اساساً تا زمانی که در آثار روایی-فقهی، تعزیرات در ضمن «حدود» مطرح بوده، اختلاف در نام‌گذاری بعضی از مجازات‌ها به اسم حد یا تعزیر مورد توجه نبوده است و بعد از توسعه و تکامل آثار فقهی، در آثار بعدی توجه فقها به تفاوت معنادار حد یا تعزیر دانستن یک مجازات جلب شده و به تدریج به بحث «نام‌گذاری» دامن زده شده است (حسینی، ۱۴، ۱۳۸۷)؛ بنابراین واژه حد در ساختار قاعده در نمی‌تواند صرفاً ناظر به مجازات‌های معین و ثابت مقدر شرعی باشد و شامل سایر انواع مجازات‌های دیگر (مجازات‌های غیر معین) هم می‌شود.

## ۲-۳- مفهوم حد در قرآن

واژه «حد» گرچه در قرآن به کار نرفته است اما جمع مکسر آن یعنی «حدود» چهارده بار در قرآن آمده که هفت بار در سوره بقره و در سوره‌های نساء و توبه و طلاق هر کدام دو بار و یک‌بار نیز در سوره مجادله به‌کاررفته است. حدود الهی در قرآن همان معارف

اعتقادی و اصول اخلاقی و احکام فقهی و حقوقی و اوامر و نواهی الهی است و در هیچ‌یک از استعمالات قرآنی حد به معنای مصطلح فقهی یعنی مجازات‌هایی که از طرف شارع مشخص گردیده نمی‌باشد.

#### ۲-۴- حد در کلام معصومین:

حد در کلمات معصومین در چهار معنی استعمال شده است:

الف: در معنای لغوی؛

ب: به معنای مطلق عقوبت (اعم از حد به معنای مصطلح و تعزیر)؛

ج: به معنای عقوبت و کیفری که در شرع معین شده (حد به معنای اصطلاحی)؛

د: به معنای مجازات‌های غیر معین (حد به معنای تعزیر).

#### ۲-۵- حد در کلمات فقه

تعاریف گوناگونی از طرف فقها برای حد ارائه شده است. صاحب تنقیح می‌گوید: «حدود» جمع «حد» در لغت به معنای «منع» است و شرعاً مجازاتی را می‌گویند که اندازه‌اش را شارع مشخص کرده و به بدن وارد می‌شود. دلیل این نام‌گذاری آن است که چنین مجازاتی مانع تکرار جرم است. محقق حلی می‌گوید: هر جرمی که دارای مجازات مشخص باشد حد نام دارد. (محقق حلی بی‌تا ج ۴: ۱۴۷). از تعاریف گوناگون فقها و استعمال واژه حد می‌توان استفاده کرد که واژه مزبور گاهی صفت جرمی است که مجازات معین شرعی دارد و گاهی نیز صفت مجازات معین شرعی است، زیرا برخی حد را به عقوبتی که باعث به درد آمدن بدن مکلف می‌شود معنی کرده‌اند و عده‌ای دیگر به هر جرمی که مجازات معینی دارد. گرچه بر هر دو تعریف ایرادهایی وارد شده است. فقهای اهل سنت نیز دو معنای مشهور از «حد» دارند، زیرا اکثر فقهای اهل سنت می‌گویند حد به مجازات‌هایی اطلاق می‌شود که از طرف شارع مشخص گشته است. همان‌گونه که حنفیه و غیر آن‌ها معتقدند که حد به مجازات‌هایی که حق الله باشد یا حق الناس در آن غالب باشد اطلاق می‌شود. لذا به قصاص، حد اطلاق نمی‌شود چون حق الناس در آن غلبه دارد (ابو زهره بی‌تا: ۵۹).

### ۳- مفهوم شناسی تعزیر

#### ۳-۱- تعریف تعزیر

گرچه بامعنای حد معنای تعزیر نیز اجمالاً، روشن شده است، اما از مجموع معنای و استعمال‌های واژه تعزیر می‌توان فهمید که معنای اصلی تعزیر «رد» و «منع» است. در لغت بیش از دوازده معنی برای این واژه ذکر شده است. ابن اثیر می‌گوید: «اصل التعزیر المنع والرد» (ابن اثیر ۱۳۶۲ ج ۳: ۹۰۵) معنای اصلی تعزیر منع و رد است. در لسان العرب آمده: «ان العزیر فی اللغه الرد و المنع». سایر معنای تعزیر هم عمدتاً به همین معنای برمی‌گردد؛ مثلاً یکی از معنای تعزیر «سرزنش و ملامت» است چراکه مجرم مستحق ملامت و سرزنش است (ابن منظور ۱۴۰۵ ج ۱: ۱۸۴)؛ بنابراین وقتی فردی را در اثر انجام عمل مجرمانه سرزنش می‌کنند در واقع او را از انجام دوباره آن عمل باز می‌دارند. در صحاح اللغه (جوهری ۱۴۰۷ ج ۲: ۷۴۴) و المنجد (معلوف ۱۹۶۵: کلمه عزیر) به معنای «تعظیم و تأدیب» نیز آمده است. در مجمع البحرین آمده است: «تعزروه ای تعظموه و فی غیر هذا الموضع تمنعوه» (طریحی بی تا ج ۳: ۴۰۱). «تعزروه» که در قرآن آمده به معنای تعظیم و احترام است و در غیر این مورد به معنای منع است. همین معنی در لسان العرب نیز آمده است: «عزیرهای فمه و عظمه... قال الله تعالی: عزرتموهم ای عظمتموهم» (ابن منظور ۱۴۰۵ ج ۱: ۱۸۴). در تفسیر مجمع البیان (طبرسی بی تا ج ۴: ۴۸۷) ذیل آیه ۱۵۷ سوره مائده «تعزیر» را به معنای «منع» دانسته است.

اگر معنای اصلی تعزیر منع و رد باشد طبعاً تعزیر شامل هر نوع عقوبتی است که بتوان بدان وسیله مجرم را از انجام دوباره گناه منع کرد و معنای این سخن این است که تعزیر منحصر در زدن نیست بلکه هر عملی که خصوصیت منع داشته باشد تعزیر خواهد بود.

#### ۳-۲- تعزیر در قرآن

واژه «عزیر» به صورت فعل در سه مورد در قرآن به کار رفته است. مفسران غالباً معنای «عزیر» و «تعزروا» را در این آیات به معنای تفخیم، تعظیم، یاری نمودن و منع دشمن از اذیت و آزار پیامبر ص دانسته‌اند (طبرسی بی تا ج ۴: ۴۸۷؛ فخر رازی بی تا ج ۱۱: ۱۸۶).

### ۳-۳- تعزیر در کلام رهبران معصوم

در برخی از روایات تعزیر به معنای مجازات‌های غیر معین و در برخی دیگر مجازات‌های معین آمده است. همان‌گونه که در بعضی دیگر، لفظ ادب و تأدیب و عذاب و تعذیب به کار رفته است و در بخشی از آن‌ها به مصادیق تعزیر یعنی ضرب و حبس اشاره شده است. در مجموع روایات باب تعزیر را می‌توان به هفت دسته تقسیم کرد (حر عاملی ۱۴۱۲ ج ۱۸: ابواب حد قذف: باب ۱۸، ۱ و ابواب حدود باب ۶، ۱۰، ۱۱ و ۱۳ ابواب کیفیت حکم و احکام دعوی باب ۳۲).

### ۳-۴- تعزیر در کلمات فقها

فقها مجازات‌ها را به چهار قسم حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تقسیم کرده‌اند. به همین دلیل در تعریف تعزیر اختلاف نظر وجود دارد چون هر مجازاتی که جزء حدود و قصاص و دیات نباشد باید آن را تعزیر دانست. در تعریف تعزیر گاهی آن را وصف «جرم» و گاه وصف «مجازات» گرفته‌اند؛ مثلاً محقق حلی تعزیر را وصف جرم دانسته و می‌گوید:

جرمی که مجازاتش مشخص باشد «حد» نام دارد و آنچه عقوبت معین ندارد «تعزیره است (محقق حلی بی تا ج ۴: ۱۴۷).

شهید ثانی و صاحب ریاض، تعزیر را وصف مجازات گرفته‌اند، شهید ثانی می‌گوید: مجازات یا اهانتی که غالباً در شرع مقدار آن تعیین نشده تعزیر است؟ صاحب ریاض می‌گوید: هر مجازاتی که شرعاً مقدار آن معین نشده باشد تعزیر است (طباطبایی ۱۴۰۴ ج ۱۳: ۴۱۵).

پس تعزیر در حقوق جزای اسلامی به کیفرهایی اطلاق می‌شود که نوع و اندازه و چگونگی آن معین نشده بلکه تعیین امور به مصلحت‌اندیشی حاکم واگذار شده است.

در مورد گستره تعزیر، بسیاری از فقها معتقدند که تعزیر در تمام گناهان کبیره جریان دارد. امام خمینی همانند صاحب جواهر می‌گوید: هر کس حرامی را مرتکب شود یا واجبی را ترک نماید در صورتی که معصیت انجام شده کبیره باشد حاکم و امام حق دارد او را تعزیر نماید (نجفی بی تا ج ۴۱: ۴۴۸؛ امام خمینی ۱۳۷۹: ۸۷۸). از آنجایی که از اهداف عمده نظام کیفری و سیاست جنایی اسلام پیشگیری و بازدارندگی است، بنابراین می‌توان اقدامات تأمینی، حمایتی، تربیتی، درمانی، مراقبتی و بازدارنده را تحت عنوان

تعزیر لحاظ کرد. تعزیر از سبک‌ترین و کوچک‌ترین کیفرها آغاز و به سنگین‌ترین کیفرها ختم می‌شود: از تازیانه زدن تا زندان یا اعدام. پس تعزیرات گسترده‌ترین واکنش کیفری در نظام جزایی اسلام است.

#### ۴- مفهوم شناسی شبهه

##### ۴-۱- مفهوم شبهه

شبهه در فقه امامیه نیز در معانی مختلفی به‌کاررفته است که با دقت و امعان‌نظر در این تفاسیر، می‌توان آن‌ها را بر دو دسته کلی دانست. در دسته اول، شبهه در معنای عام خود هر چیزی است که یقین را زائل می‌کند و لذا ظن اعم از معتبر و غیر معتبر، شک و حتی وهم نیز داخل در معنای شبهه است و در دسته دوم، مقصود از شبهه، تنها ظن معتبر است و لذا شک، وهم و ظن غیر معتبر از معنای شبهه خارج است.

شبهه یک واژه عربی و از ریشه «شبه» می‌باشد. شبهه در زبان عربی به معنی التباس چیزی به چیز دیگر و مثل و مانند گرفتن امری به‌جای امر دیگر می‌باشد (ابن منظور، ۱۴۰۲ ق، ۴۰۵). چنانچه صاحب قاموس قرآن می‌نویسد: شبهه آن است که دو چیز در اثر مماثلت از همدیگر تشخیص داده نشود (قریشی، ۱۴۱۲ ق، ۱۹۰). از نظر اصطلاحی، حقوقدانان در تعریف اشتباه گفته‌اند «اشتباه عبارت است از تصور خلاف واقع از اشیاء» و یا «اشتباه عبارت است از تصور خلاف حقیقت و واقعیت انسان از یک شیء» (موسوی، ۱۳۸۲، ۸۱).

##### ۴-۲- مفهوم شبهه در معنای عام

برخی از فقها، واژه شبهه در قاعده دراء را عام دانسته و با توجه به عمومیت معنای آن، به تفسیر این واژه پرداخته‌اند. در ذیل به این تفاسیر اشاره می‌کنیم: (۱) در ریاض المسائل آمده است: «ما أوجب ظن الإباحه: شبهه آن است که موجب ظن به حلیت عمل ارتكابی شود».

این تفسیر از شبهه، عمومیت دارد و ظن را موجب تحقق شبهه دانسته و نه علم یا ظن معتبر. همچنین بر اساس این تعریف، شبهه‌ای موجب دراء حد می‌شود که مفید ظن باشد، نه شک. لذا اگر شبهه مفید شک در حلیت (الدر المنضود/۱/۳۷) یا احتمال حلیت تحریر الوسیله /۴۵۶/ ۲) باشد، این شبهه موجب سقوط حد نخواهد شد. شهید ثانی نیز

شبهه را این‌گونه تعریف کرده است: «ضابطه الشبهه للحد، توهم الفاعل او المفعول ان ذلك الفعل سائغ له، لعموم ادعاء الحدود بالشبهات: ضابطه شبهه این است که فاعل یا مفعول، توهم حلیت آن عمل را داشته باشد؛ زیرا قاعده ادعاء الحدود بالشبهات» مفید عموم است» (مسالك الأفهام / ۳۲۹ / ۱۴). شهید ثانی بر اساس عمومیت معنای شبهه، توهم حلیت را موجب ایجاد شبهه و جاری شدن قاعده دراء می‌داند و مشخص است که وهم در مرتبه‌ای پائین تر از شک، ظن و علم قرار دارد.

صاحب ریاض در بیان مفهوم شبهه، می‌گوید: «و ضابطها ما أوجب ظن الأبا حه بلاخلاف اجده و لعله المفهوم منه عرفا و لغت» (طباطبایی، ۱۴۱۸ ق، ۷۰۲)؛ یعنی، شبهه چیزی است که باعث گمان به حلیت عمل (عملی که در واقع ممنوع است) شود؛ ایشان مدعی می‌شوند مخالفی را در این مورد نیافتیم و شاید آنچه در عرف و لغت از این واژه فهمیده می‌شود همین معناست. علاوه بر این باید توجه داشت که شبهه حسب اوضاع و احوال، می‌تواند گاهی نزد دادرس دادگاه باشد و یا نزد متهم و این امر علاوه بر اینکه از لفظ «الشبهات» که به نحو عام بکار گرفته شده قابل استنتاج است، با توجه به این‌که قانون‌گذار در این مقام حکم را بر نفس طبیعت شبهه وضع نموده است و قضیه به صورت حقیقی است، باید گفت صنف خاصی از شبهه اعم از اینکه نزد قاضی یا متهم مورد نظر نیست (بجنوردی، ۱۳۸۶، ۱۰۹). به عبارت دیگر هم دادرس و هم متهم شامل شبهه موجود در ساختار قاعده در می‌باشند؛ منتهی شخص متهم از بعد ثبوتی و دادرس نیز از جنبه اثباتی (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۴، ۹۱). این دیدگاه به ملازمه شبهه عارض بر متهم، بر حدوث شبهه نزد دادرس به نحو ضمنی اشاره می‌کند، اما بین شبهه عارض بر متهم و شبهه حادث بر قاضی قائل به تمایز است. بر این مبنا در واقع برای اعمال قاعده دراء حتماً باید شبهه‌ای در مقام اثبات شبهه متهم، نزد قاضی احراز گردد تا بر اساس آن شبهه دست به تحقیق و تفحص برای احراز صدق و کذب فعل و قول متهم (که در مقام دفاع به عارض شدن شبهه و جهل به رفتار و اعمالش متمسک شده) بزنند. پس شبهه عارض بر قاضی زمانی است که در کمیت و کیفیت اقدامات متهم دچار تردید می‌گردد و اساساً شبهه عارض بر دادرس به معنای عدم یقین در وقوع جرم یا انتساب آن به متهم است؛ برعکس شبهه موجود در نزد متهم که به معنای یقین به جواز عمل ارتكابی یا به تعبیری اعتقاد به جرم نبودن و ممنوع نبودن عمل ارتكابی است؛ بنابراین لازم نیست حتماً برای قاضی شبهه ایجاد شود تا مجازات را منتفی سازد. در این خصوص البته

شایان ذکر است که بر اساس آنچه تحت عنوان ضابطه شبهه مورد پذیرش قرار دادیم، منظور ما اعتقاد و قطع به جواز و حلیت بود و ثمره چنین ضابطه‌ای را در این امر خلاصه می‌کنیم که تردیدهای عارض بر قاضی و دادرس در تفسیر قانون، خارج از مفهوم شبهه موجود در ساختار قاعده دراء هستند؛ بنابراین با قبول اختصاص قاعده مذکور به شبهات عارض بر ادراک و ذهنیت متهم، دیگر نمی‌توان قاعده دراء را به بحث تفسیر نصوص جزایی و مقررات مربوط دانست که البته درباره آن در ادامه بیشتر سخن خواهیم گرفت؛ اما به طور خلاصه باید گفت قاعده مذکور در صدور حکم برائت و دفع کیفر برای مصادیق «مالانص فیه» هیچ نقشی ندارد و این‌که برخی معتقدند از میان اصول و قواعد تفسیر قانون در حقوق جزای عرفی قاعده دراء را از جهاتی می‌توان با قاعده تفسیر شک به نفع متهم مشابه دانست (امیدی، ۱۳۸۲، ۸۰)، صحیح نمی‌باشد.

#### ۴-۳- معنای خاص شبهه

برخی فقهای متأخر معتقدند که روایت معتبری برای اثبات قاعده دراء وجود ندارد (مبانی تکمله المنهاج / ۱۵۴ / ۱؛ مصطفوی القواعد الفقهیه (۱۳). از طرف دیگر، این قاعده مورد قبول اکثر فقها قرار گرفته است. لذا با توجه به شیوع این قاعده، گریزی از تمسک به آن نیست؛ بنابراین برای جمع بین این دو محذور، باید به موارد متیقن اکتفا نمود و لذا قاعده از نظر این دسته از فقها، عمومیت ندارد. تعریف شبهه نیز در نزد این دسته از فقها، موسع نبوده و عمومیت ندارد.

آیت‌الله خویی (ره) می‌نویسد: «و المراد بالشبهه الموجهه لسقوط الحد، هو الجهل عن قصور و تقصیر فی المقدمات، ... و اما من كان جاهلا بالحکم عن تقصیر و ملتفتا الی جهله حال العمل، حکم بالزنا و ثبوت الحد؛ منظور از شبهه‌ای که موجب سقوط حد می‌شود، جهل قصوری یا تقصیری در مقدمات است؛ ... اما اگر کسی جاهل مقصر به حکم باشد ولی در حال ارتکاب عمل، به جهالت خویش ملتفت باشد، کیفر زنا بر او جاری خواهد شد» (مبانی تکمله المنهاج / ۱۶۹ / ۱). در این تعریف، شبهه به صورت مطلق در جهل قصوری پذیرفته شده است؛ لیکن جهل تقصیری تنها در مقدمات عمل حرام پذیرفته شده و نه در مورد خود عمل حرام. ملاک تفاوت میان جهل قصوری و تقصیری از نظر آیت‌الله خویی را شاید بتوان در این اصل فقهی جستجو کرد که «الاشتغال الیقینی يستدعی الفراغ الیقینی»؛ چراکه اگر فردی به آئین و مذهبی گرایش پیدا کرد و



به صورت اجمالی دانست که در آن مذهب مجموعه‌ای از اوامر و نواهی وجود دارد این وظیفه بر عهده اوست که برای فراغت ذمه خود بکوشد. از طرف دیگر، آیت‌الله خوئی علاوه بر جهل، عدم التفات و فقدان توجه یا آگاهی را نیز موجب اعمال شبهه در جهل تقصیری دانسته است که این تفکیک میان علم و آگاهی در نزد ایشان و قائل شدن به تفاوت میان جاهل مقصر ملتفت و غیر ملتفت، قابل بررسی و مذاقه بیشتری است. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۱۳).

همچنین به کار بردن الفاظی مانند جهل قصوری، جهل تقصیری، التفات و ... مفید این معناست که در نزد آیت‌الله خوئی، قاعده دراء با علم و عمد مرتکب گناه، ارتباط دارد و مشخص است که علم و عمد مقوله‌ای از جنس عنصر روانی است.

درعین حال، ایشان متعرض این نکته نشده‌اند که این جهل، موجد چه نوع آگاهی برای مکلف می‌شود. آیا این جهل، موجد شک است یا ظن یا علم یقینی. لیکن با توجه به تفکیک میان جاهل مقصر و جاهل قاصر و همین‌طور تفکیک میان جاهل ملتفت و جاهل غیر ملتفت، به نظر می‌رسد منظور ایشان از جهل، ظن معتبر باشد.

در تحریر الوسیله در بیان ضابطه شبهه بیان شده که «حصول شبهه با ظن غیر معتبر اشکال دارد چه رسد به صرف احتمال» (تحریر الوسیله / ۱۲). در این دیدگاه نیز شبهه باید ناشی از ظن معتبر باشد و لذا شک و تردید نیز که در مرتبه‌ای پائین تر از ظن هستند از تعریف شبهه خارج می‌باشند.

به نظر می‌رسد که مضیق‌ترین تعریف از شبهه در قاعده دراء متعلق به صاحب جواهر است. ایشان هر نوع ظن و احتمالی را نیز مفید شبهه نمی‌داند، بلکه تنها ظنی را معتبر فرض می‌نماید که اعتبار خود را از شرع گرفته باشد (جواهر الکلام / ۲۵۲ / ۲۹). در ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی نیز، در بیان قاعده دراء از شبهه و تردید سخن به میان آمده است و بدیهی است که تردید به معنی شک و ظن بوده و معنایی عام دارد.

## نتیجه‌گیری

قاعده در ترازوی سنجش عدالت قضایی است که وزن علمی تصمیمات را با محک یقین توزین می‌نماید این قاعده در کارخانه داوری و قضاوت به‌منزله یک صافی عبور است که تصمیمات آلوده به شک و تردید را پالایش کرده و گوهر حق را صیقل می‌دهد و با قیام به این قاعده شاید بتوان از ضریب خطای فکر در مقام داوری کاست و کاخ عدالت را آراست چراکه در نگاه اسلام انسان موجودی بسیار ارزشمند، مشمول کرامت الهی و از نظر اسلام جان، مال و حیثیت انسان بسیار محترم است و یکی از وظایف مهم نهادهای حکومتی و متصدیان امور قضایی صیانت از امنیت عمومی انسان‌هاست بر این اساس تا زمانی که دلایل جرم و مجازات به‌درستی اثبات نشده باشد اصل بر برائت انسان‌هاست. قلمرو مسؤولیت این قاعده در هر سه مرحله، تولید جرم، شرایط وقوع جرم و شرایط کیفری، مجرم را احاطه نموده و کلیه جرائم و مجازات‌ها را با یک استثناء کوچک (مباربه، افساد فی الارض، سرقت، قذف) در برمی‌گیرد. قاعده دراء یکی از قواعد مهم حقوق جزای اسلامی که به‌رغم اهمیت فراوان آن، کمتر درباره‌اش پژوهش‌های مفید انجام شده، این قاعده از نظر حقوق دانان اسلامی از قواعد تفسیری است و با قاعده تفسیر شک به نفع متهم» در حقوق جزای عرفی، از جهاتی هم‌تایی دارد و این قاعده از جهاتی مشابه قاعده مزبور بوده و در دو قلمرو حقوق جزای عمومی و آیین دادرسی کیفری از آن سخن به میان آمده است، فهم درست این دو قاعده به‌ویژه اولی، ما را در درک سیاست کیفری شریعت اسلامی یاری می‌دهد همان‌طور که می‌دانیم تفسیر شک به نفع متهم در همه نظام‌های حقوقی دنیا وجود دارد و این قاعده را پذیرفته‌اند. کرامت ذاتی انسان به‌عنوان مهم‌ترین مقصد شریعت اسلامی می‌تواند مدرک محکم و متقنی برای قاعده دراء تلقی شود. به‌موجب قاعده دراء، مرجع قضایی موظف است در صورت روشن نبودن واقعیت و وجود شبهه، از پی‌کاوی و تفحص بیشتر جهت اثبات جرائم حدی بپرهیزد یا به اثبات جرم کم‌اهمیت‌تر اکتفا نماید. هرگاه متهم، ادعایی را مطرح نماید، اگر احتمال عرفی صحت چنین ادعایی داده شود، دادرس باید بدون تقاضای دلیل یا سوگند، ادعای وی را بپذیرد. همچنین هر احتمال مؤثر در نظر مرجع قضایی که ثبوت رکنی از ارکان شرعی، مادی یا معنوی و یا ادله اثبات را مورد خدشه قرار دهد، موجب سقوط مجازات حدی می‌شود.

فقه عامه در مفهوم شبهه و مصادیق آن قائل به گسترش حداکثری و بیش‌ازاندازه شده

است؛ به گونه‌ای که در تقسیم‌بندی شبهه‌ها شبهه فاعل، شبهه محل، شبهه طریق شبهه مجتهد) و حتی شبهه عقد نزد فقهای حنفیه از مصادیق شبهه‌های مسقط حد برشمرده شده است؛ اما از دیدگاه فقیهان امامیه «عقد» نمی‌تواند حکم تحریم زنا را بردارد، لذا شبهه بودن آن را در اسقاط حد رد نموده‌اند.

ظاهر روایات قاعده دراء، «شبهه اثبات» است که در طریق اثبات جرم حدی و در حیطة واری و امعان نظر در ادله اثبات شرعی برای قاضی رخ می‌دهد و بعید نیست که عموم آن افزون بر شبهه قاضی، شبهه شهود و شبهه در حکم شرعی را دربر می‌گیرد. به نظر می‌رسد شبهه در قاعده دراء عام است و شامل شبهات حکمی، مفهومی و موضوعیه می‌شود. در هر حال، در پذیرش قاعده نباید بر وجه افراط یا تفریط عمل کرد؛ بلکه باید حد عقلایی و متعارف آن را پذیرفت. در حقیقت، با وجود شبهه عقلایی می‌توان در حد نمود.

اکثر فقها، قاعده دراء را علاوه بر حدود در قصاص و تعزیرات جاری نموده‌اند و معتقدند واژه «الحدود» به معنای مطلق مجازات است؛ در حالی که مستندهای قاعده، ظاهراً تنها دلالت بر حدود دارد که چه بسا این چنین استدلالی تسامحاً و بیشتر به‌عنوان مؤیداتی برای قاعده احتیاط به‌کاررفته است. گرچه در تعزیراتی که جنبه حق‌اللهی محض دارند، با وحدت مناط می‌توان حکم سقوط مجازات را سریان داد.

## فهرست منابع

## منابع فارسی

## کتاب

- ۱- آقائی نیا، حسین (۱۳۹۳)، حقوق کیفری اختصاصی، جرائم علیه اشخاص، چاپ دوازدهم، تهران، نشر میزان
- ۲- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۳)، حقوق جزای عمومی ایران، چاپ ۳۷، جلد دوم، نشر میزان
- ۳- ابن اثیر، مبارک بن ابی الکریم. (۱۳۶۲) النهایه فی غریب الحدیث والاثار، قم: اسماعیلیان.
- ۴- ابن منظور، جمال الدین بن مکرم. (۱۴۰۵ ق) لسان العرب، قم: ادب الحوره.
- ۵- ابوزهره، محمد. (بی تا) العقوبه، بیروت: دار الفکر العربی ازهری، محمد بن احمد. (بی تا) معجم تهذیب اللغه، بیروت: دار المعرفه.
- ۶- امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۹) تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ و نشر عروج، چاپ اول.
- ۷- اخوت، محمدعلی، ۱۳۸۵، تفصیل مسائل حقوق جزای عمومی (سلسله مقالات)، چاپ نخست، تهران، انتشارات صابریون
- ۸- اردبیلی، محمدعلی، ۱۳۹۳، حقوق جزای عمومی، ج ۱ و ۲، چاپ بیست و نهم، تهران، نشر میزان
- ۹- انصاری، قدرت الله و دیگران، ۱۳۸۵، تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا، چاپ اول، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلام
- ۱۰- بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ۱۳۸۶، ج ۱، چاپ سوم، قم، نشر دلیل ما
- ۱۱- الجزایری، عبدالرحمن و دیگران، ۱۴۱۹ ق، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب اهل البیت، ج ۵، چاپ اول، بیروت، دارالثقلین
- ۱۲- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۰۷ ق) تاج اللغه وصحاح العربیه، تحقیق احمد عبد الغفور عطار، بیروت: دار العلم للملایین، چاپ اول.
- ۱۳- حر عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۰۹ ق، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج ۲۸ وج ۱۳ و ج ۸، چاپ اول، قم، موسسه آل بیت علیهم السلام
- ۱۴- حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۸۷)، قواعد فقه جزائی، تهران، پژوهشگاه حوزه دانشگاه.
- ۱۵- حلی (محقق)، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن یحیی بن سعید هذلی (۱۴۱۰ ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، جلد چهارم، بیروت، انتشارات دار الفکر.
- ۱۶- زراعت، عباس (۱۳۹۳)، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی، تهران، انتشارات جنگل.

- ۱۷- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۲ ق) الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ سوم.
- ۱۸- شهابی، محمود، ۱۳۳۳، قواعد فقه، چاپ چهارم، تهران، انتشارات چاپخانه دانشگاه تهران
- ۱۹- طباطبایی، سید علی. (۱۴۰۴ ق) ریاض المسائل فی بیان الأحكام بالدلائل، قم: مؤسسه آل‌البتیت.
- ۲۰- طباطبایی، سید علی بن محمد بن ابی معاذ، ۱۴۱۸ ق، ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل، ج ۱۵، چاپ اول، قم، نشر مؤسسه آل‌البتیت علیهم السلام
- ۲۱- طباطبائی، سید علی (۱۴۲۲ ق)، ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۲۲- طبرسی، فضل بن حسن. (بی‌تا) مجمع‌البیان فی تفسیر القرآن، تهران: انتشارات ناصر خسرو.
- ۲۳- طریحی، فخرالدین. (بی‌تا) مجمع‌البحرین، تحقیق احمد حسینی، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۲۴- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۰۶ ق) تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسيله، قم: علمیه.
- ۲۵- فخر رازی، محمد بن عمر. (بی‌تا) التفسیر الکبیر، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۲۶- قریشی، علی‌اکبر، ۱۴۱۲ ق، قاموس قرآن، ج ۲، چاپ ششم، تهران، نشر دار الکتب الاسلامیه
- ۲۷- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷ ق، اصول الکافی، ج ۷، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الاسلامیه
- ۲۸- گرجی، ابوالقاسم، ۱۳۸۱، حدود و تغییرات و قصاص، ج اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران
- ۲۹- محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۲، قواعد فقه (۴) بخش جزا، چاپ هشتم، تهران، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی
- ۳۰- مظفر، محمدرضا، ۱۳۶۹، اصول فقه، ترجمه علیرضا هدایی، ج دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات حکمت
- ۳۱- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۱)، قواعد فقه ۴ (جزئی)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۳۲- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۷ ق)، فقه الحدود و التعزیرات، مؤسسه النشر

لجامعه المفید.

۳۳- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۰ ق)، انوار الفقاهه، قم، انتشارات موسسه امام علی ابن ابیطالب.

۳۴- مجموعه نظریات مشورتی اداری حقوقی قوه قضائیه (۱۳۷۶)، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد.

۳۵- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۴ ق) التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم: مکتبه آیت الله مرعشی.

۳۶- موسوی بجنوردی، میرزا حسن. (۱۴۲۴ ق) القواعد الفقهیه، قم: دلیل ما، چاپ اول.

۳۷- نجفی، محمد حسن. (بی تا) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: مؤسسه التاریخ العربی، چاپ هفتم. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۰۸ ق) عوائد الایام، قم: مکتبه بصیرتی.

پایان نامه

۱- منصور، الهام، ۱۳۹۵، گسترده اعمال قاعده دراء در حقوق کیفری ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد واحد تهران مرکزی.

مقالات

۱- امید، جلیل، «قاعده دراء و تفسیر نصوص جزایی»، مقالات و بررسی‌ها؛ دفتر ۷۳، تابستان ۱۳۸۲

۲- پور چنگیز، محمد امین، ۱۳۹۵، بررسی تأثیر قاعده دراء بر وقوع جرم در حقوق ایران و فقه امامیه، سومین کنفرانس بین‌المللی، علوم انسانی، روانشناسی و علوم اجتماعی، برلین- آلمان.

۳- حاجی ده آبادی، احمد، «قاعده دراء در فقه امامیه و حقوق ایران» فقه و حقوق، سال دوم، پاییز. ۱۳۸۴

۴- حسینی، سید محمد، «حدود تعزیرات (قلمرو، انواع، احکام)، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۱، بهار، ۱۳۸۷

۵- ساداتی، سید محمد مهدی، ۱۳۹۵، شرایط اعمال قاعده دراء در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۸، شماره ۱۴