

## Reflection on the Exceptions to Article 121 of the Islamic Penal Code (approved in 1392)

**Ahmad Mortazi\***

Assistant professor in Islamic Jurisprudence and Law, Tabriz University, Tabriz, Iran

**Amir Amiran  
Bakhshayesh**

MA in Islamic Jurisprudence and Law,  
Tabriz University, Tabriz, Iran

### Abstract


The expansion of international protection of human rights norms and the birth of new forms of crime have led to profound changes in various areas of criminal law. Regulation and ratification of international documents with the aim of eliminating the legal vacuums and promoting harmonization in the national criminal law systems and in order to create and promote effective criminal responses to such crimes has replaced the classical Criminal law mechanisms. However, the actions of some states in absorbing and integrating the acts determined in international documents have not been in line with the purposes of these documents in the global confrontation with the violation of international norms. Using descriptive and analytical method, this study seeks to investigate the obstacles to this alignment in both political and legal fields. The findings show that the structural changes of the UN in promoting the decisive role of states, increasing convergence at the regional level consequently increasing the influence of policy-making in the international arena, the flexibility of national criminal law systems with the international documents and the maximum use of reservation right will be effective in increasing alignment in the agreed areas and reducing the complexities arising from these obstacles.


**Keywords:** Harmonization, Globalization, Barriers of Harmonization, International Documents, Globalization of Criminal Law.

---

\* Corresponding Author: [a.mortazi@tabrizu.ac.ir](mailto:a.mortazi@tabrizu.ac.ir)

## تأملی در استثنائات ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

احمد مرتاضی \*  استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

امیر امیران بخشایش  دانش آموخته ارشد فقه و حقوق اسلامی دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

### چکیده

قاعده درأ، در مواجهه با جرایم مختلف، یکی از دو نقش محکومیت‌زدایی و کیفرزدایی را ایفاء می‌کند. از نگاه فقهی، در رابطه با مبنای قاعده درأ، نظرات مختلفی مطرح شده اما آنچه مورد قبول اکثر فقها قرار گرفته روایات موجود در این خصوص است. علی‌رغم اینکه روایات موجود مطلق بوده و صرف شبهه را در تمامی اقسام حدود موجب درأ می‌دانند، اما قانونگذار در ماده ۱۲۱ ق.م.ا چهار جرم حدی مجازبه، افساد فی الارض، سرقت و قذف را مستثناء کرده و این بدان معناست که در این چهار مورد استثناء، صرف شبهه منجر به اعمال قاعده درأ نمی‌گردد، بلکه طی مرحله‌ای دیگر یعنی نیافتن دلیل منافی با آن نیز لازم است. با توجه به تبصره ۱ ماده ۲۱۸ ق.م.ا در جرایم منافی با عفت با عنف، اکراه، ربایش یا اغفال نیز قانونگذار دادگاه را موظف به بررسی و تحقیق کرده و صرف ادعا مسقط حد نیست؛ بنابراین، موارد مذکور نیز جزو موارد استثنای ماده ۱۲۱ به حساب می‌آیند. تحقیق حاضر نشان می‌دهد که چنین تفکیکی در حدود فاقد مبنای فقهی بوده و اطلاق و عموم روایات مربوط به قاعده درأ خلاف آن را ثابت می‌کند. دلایلی هم که توسط صاحب‌نظران در توجیه این تفکیک مطرح شده، تک‌بعدی و توأم با مسامحه بوده و از این رو قابل پذیرش نیستند. پژوهش حاضر در صدد تحلیل مبانی و ادله ارائه‌شده در جهت توجیه استثنائات چهارگانه ماده ۱۲۱ ق.م.ا است.

کلیدواژه‌ها: تحصیل دلیل، کیفرزدایی، صرف شبهه، قاعده درأ، ماده ۱۲۱ ق.م.ا.

## مقدمه

با پیروزی انقلاب اسلامی و تصویب قانون اساسی، به استناد اصل چهارم قانون اساسی، تمامی قوانین کیفری و حقوقی بر مبنای موازین اسلامی طرح و تصویب گردیدند. از این رو، باید در جهت حصول اهداف سیاست کیفری اسلام حرکت می‌شد. قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ با وجود برخی مزیت‌ها نسبت به قوانین قبلی، کاستی‌هایی نیز داشت که در سیاست جنایی اسلام آن کاستی‌ها بسیار مهم بودند؛ یکی از مهم‌ترین کاستی‌های این قانون نپرداختن صریح به قاعده درآ بوده که یکی از نهادهای بسیار کاربردی در سیاست کیفری اسلام است و فقط بارقه‌هایی از آن در برخی مواد مشاهده می‌شد. با توجه به اینکه این قاعده فقهی اهمیت بسزایی در بحث مسئولیت کیفری دارد، نپرداختن صریح در متن ماده مشکلات بسزایی را در فرایند رسیدگی و صدور حکم ایجاد می‌کرد و چه بسا به علت تفاسیر ناصواب از این قاعده، احکام ناعادلانه‌ای صادر می‌شدند. در نهایت، قانونگذار در سال ۱۳۹۲ به صورت مستقل، به قاعده درآ پرداخت و با تصویب مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ ق.م.ا به این دغدغه‌ها پایان داد. ماده ۱۲۱ ق.م.ا در خصوص اعمال قاعده درآ در جرایم حدی مقرر می‌دارد: «در جرایم 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 نمی‌شود». با وجود اینکه قانونگذار در سال ۱۳۹۲ صریحاً به قاعده درآ پرداخت، با لحاظ این موارد استثنائی، ابهاماتی را به وجود آورد. مسئله مهم اینکه با وجود اینکه یقینی‌ترین مستند قاعده درآ روایات هستند، چرا قانونگذار چهار جرم موجب حد را تخصیص زده است؟ مبنای فقهی این استثنائات چه می‌تواند باشد؟ البته استثناء نه به معنای اینکه قاعده درآ در این چهار جرم حدی اعمال نمی‌شود، بلکه به معنای عدم اعمال قاعده به صرف شبهه است. با توجه به اینکه اثر قاعده درآ سلب محکومیت و زدودن کیفر است، بنابراین باید تمامی جوانب جرایم حدی و شرایط آنها مورد توجه قرار گیرد. نکته بعدی اینکه برای بررسی رویکرد قانونگذار در خصوص اعمال قاعده درآ در جرایم موجب حد، باید شرایط مسئولیت و شرایط جرم مورد مطالعه قرار گیرند، که یکی از مزایای این نوشته همین موضوع است که تمامی جوانب را

مورد توجه قرار داده است. اگرچه تا کنون تحقیقاتی در خصوص کارکرد قاعده درأ و مجاری آن انجام گرفته‌اند، پژوهش حاضر که به روش توصیفی-تحلیلی و به استناد منابع کتابخانه‌ای صورت پذیرفته در صدد پاسخ به این پرسش بنیادین است که آیا استثنائات مندرج در ماده ۱۲۱ ق.م.ا از پشتوانه فقهی نیز برخوردار هستند یا نه؟ مبانی فقهی آنها چه می‌تواند باشد؟ برای رسیدن به جواب این سؤال، بررسی مختصر مفاد قاعده درأ و دیدگاه فقیهان در رابطه با نوع شبهه و درجه اعتبار آن در قاعده، ضروری است.

### ۱. مفاد قاعده درأ و رویکرد قانونگذار به آن

سیاست کیفری اسلام به گونه‌ای است که در مقابل رفتار مجرمانه در پی واکنش و اعمال تدابیری همچون مجازات است ولی در مواردی که یقین به ارتکاب رفتار مجرمانه وجود ندارد، با گمان و شک و تردید، سیاست کیفری خود را اعمال نمی‌کند. با اینکه هدف اصلی سیاست کیفری اسلام ارعاب و اصلاح مرتکب از طریق کیفر و ارعاب دیگران است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۷۷؛ گلدوزیان، ۱۳۹۰: ۳۴-۳۵؛ زراعت، ۱۳۹۳: ۷۴)، در مواردی که رفتار مجرمانه به هر دلیل متیقن نیست به دنبال راه گریزی جهت عدم اعمال مجازات است. به دنبال راه گریز بودن جهت درأ مجازات یا همان عدم اعمال کیفر در موارد شک و تردید (ترمذی، ۱۳۸۲: ۴۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۹۱) نشان‌دهنده اهمیت کرامت انسانی و حیثیت اجتماعی او در سیاست کیفری اسلام است.

مهم‌ترین مستند قاعده درأ روایات هستند که از جمله آنها می‌توان به حدیثی که در من لایحضره الفقیه شیخ صدوق با این عبارت آمده اشاره کرد: «قال رسول الله ص إدروا الحدود بالشبهات و لا شفاعه و لا کفاله و لا یمین فی حد» (صدوق، ۱۴۱۳: ۷۴). هرچند عده‌ای قائل‌اند که این روایت مرسل است، در مقابل افرادی قائل‌اند که مراسیل ایشان در حکم مسانید است (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۴۷)، به طوری که صدوق هر روایتی را نقل نمی‌کند و وقتی می‌گوید «قال رسول الله» این بدین معناست که اشخاص مابین او و معصوم اشخاصی موثق و قابل اعتماد هستند. روایات دیگری نیز در خصوص این قاعده هستند که جهت جلوگیری از تکرار به آنها پرداخته نمی‌شود. غیر از روایات، مبانی دیگری همچون تسالم

تأملی در استثنائات ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ | مرتاضی و امیران بخشایش | ۱۷۹ |

اصحاب، مطابقت مفاد قاعده با اصول عقلی (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۱۱۸) و مبنی بودن حدود بر مسامحه و تخفیف (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۹: ۶۸) نیز از سوی محققان مطرح شده‌اند.

قبل از پرداختن به رویکرد قانونگذار به قاعده در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بهتر است به رویکرد قانونگذاران در قوانین قبلی نیز اشاره شود. توضیح مطلب اینکه در قانون ۱۳۰۴ نه تنها قاعده در مطرح نشده بود بلکه حتی آثار آن نیز در هیچکدام از مواد مشاهده نمی‌شد، به طوری که در فصل دهم این قانون تحت عنوان «وسائل جلوگیری از محکومیت» توجهی به این قاعده نشده بود. بدیهی است چون قانون مجازات عمومی سال ۱۳۰۴ برگرفته از فقه اسلامی نبود و بیشتر برگرفته از قانون مجازات عمومی فرانسه بود (زراعت، ۱۳۹۳: ۳۳)، آثار قاعده در آن دیده نمی‌شد. در سال ۱۳۵۲ هجری شمسی قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ به طور کلی اصلاح شد. در قانون مجازات ۱۳۵۲ فصل نهم تحت عنوان «تخفیف مجازات» و سقوط تعقیب بود که باز هم اشاره‌ای به قاعده در آن نشده بود، اما در آن نسبت به قوانین قبلی تا حدودی سیاست کیفرزدایی ملاحظه می‌شد. با پیروزی انقلاب اسلامی، جهت تحقق بخشیدن به اهداف انقلاب، که یکی از آنها اجرای قانون برگرفته از فقه اسلامی بود، قوانین جزایی بر اساس فقه جزایی اسلامی مورد تصویب قانونگذار قرار گرفتند و قانونگذار سعی کرد بر مبنای و اصولی تکیه کند که برگرفته از حقوق اسلام باشند. در سال ۱۳۶۱ مواد عمومی مربوط به قانون راجع به مجازات اسلامی مورد تصویب قرار گرفتند و با توجه به ماده ۶ این قانون مشخص می‌شود که سیاست کیفرزدایی، که از آثار قاعده در آن محسوب می‌شود، از سیاست‌های این قانون بوده است.

با اینکه ماده ۶ قانون مذکور اشاره به اصل عطف به‌سابق نشدن قوانین جزایی دارد، در هیچ کجای آن اشاره‌ای به قاعده در آن نشده بود تا اینکه قانون مجازات سال ۱۳۷۰ به تصویب رسید. در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ اگرچه به صورت صریح به قاعده در آن اشاره نگردیده بود و عده‌ای از حقوقدانان (شمس‌ناتری، ۱۳۹۳: ۹) این مورد را از معایب قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ می‌دانستند، تأثیر این قاعده در برخی مواد مشهود بود. از جمله ماده ۶۵ ق.م.ا که مقرر می‌داشت: «هرگاه زن یا مردی حرام بودن جماع با دیگری را بداند و طرف دیگر از این امر آگاه نباشد و گمان کند ارتکاب این عمل برای او جایز است، فقط طرفی که آگاه

بوده است محکوم به حد زنا می شود». یا ماده ۱۶۶ ق.م.ا. ۱۳۷۰ مقرر می داشت: «حد مسکر بر کسی ثابت می شود که بالغ و عاقل و مختار و آگاه بر مسکر بودن و حرام بودن آن باشد». با توجه به عبارت «آگاه به مسکر بودن و حرام بودن» می توان نتیجه گرفت که اگر شخص نسبت به مایعی علم به خمر بودن یا حرام بودن نداشته باشد، اعمال مجازات یا محکومیت طبق قاعده صورت نخواهد گرفت؛ اگر شخصی علم به موضوعی نداشته باشد در چنین صورتی شبهه موضوعی ایجاد خواهد شد و یا اگر حکم را نداند و این عدم علم عرفاً مورد قبول قرار بگیرد، شبهه حکمی ایجاد خواهد شد. نکته ای که باید به آن پرداخت این است که عدم تصریح موضوعی در قانون موجب مشکلاتی می شود که گاه قابل جبران نیست، مشکلاتی همچون تفسیرهای نادرست و ناصواب از یک موضوع.

برای نمونه، چون قانونگذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ صریحاً به قاعده در آ اشاره ای نکرده بود، این امکان وجود داشت که قاضی به صرف شبهه و بدون توجه به احکام جرم، محکومیت و مجازات را دفع کند و چه بسا این عمل نظام کیفری یک کشور را زیر سؤال برده و موجب تجری مرتکب و عدم ارعاب در مجازات ها به لحاظ فردی و اجتماعی شود. بر این پایه، قانونگذار ایران برای جلوگیری از تفاسیر ناصواب و اهمیت این قاعده در نظام کیفری و در حقوق اسلامی، صریحاً در ماده ۱۲۰ و ۱۲۱ ق.م.ا. ۱۳۹۲ بدان اشاره کرد. قانونگذار در ماده ۱۲۰ ق.م.ا. بیان می کند: «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هر یک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار بگیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود، حسب مورد، جرم یا شرط مذکور ثابت نمی شود». همچنین، در ماده ۱۲۱ ق.م.ا. مقرر می دارد: «در جرایم 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».

با توجه به اصل چهارم قانون اساسی، تمامی قوانین جمهوری اسلامی ایران بر مبنای دین مبین اسلام هستند و از این رو قوانین جزایی و کیفری ایران نیز بر مبنای سیاست کیفری اسلام بوده و بعد از انقلاب اسلامی از لحاظ تقنینی و سایر موارد سعی در رسیدن به اهداف حقوق اسلام بوده است. اما با اینکه فقها در رابطه با دامنه شمول قاعده در آ در حدود اتفاق نظر دارند

(محقق داماد، ۱۴۰۶: ۷۶)، به طوری که برخی از نویسندگان حتی دامنه شمول قاعده درأ را در حدود بررسی نکرده‌اند (بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱۸۳)، باید در رابطه با تقسیم‌بندی حدود حق‌اللہی و حق‌الناسی، این شبهه نیز حل شود که در اعمال قاعده درأ به استناد ماده ۱۲۱ ق.م.ا در حدود اعم از حق‌اللہی و حق‌الناسی، به صرف شبهه، کیفرزدایی یا محکومیت‌زدایی می‌شود یا باید تفکیک صورت بگیرد؟ برخی از فقها قائل‌اند که قاعده درأ نوعی امتنان و منت از سوی شارع مقدس است و از این رو این قاعده را فقط به حدود حق‌اللہی اختصاص داده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۷؛ مصطفوی، ۱۴۲۱: ۱۱۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۷۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۷). به نظر می‌رسد این نظر، یکم، با اطلاق روایت سازگاری ندارد و دوم، اگر قائل شویم که حکمت این قاعده مبنی بر تسامح و امتنان است، سایر حدود چه حق‌اللہی و چه حق‌الناسی نیز باید داخل در این قاعده قرار بگیرند (عمید زنجانی، ۱۳۸۷: ۲۴۶). سوم، به لحاظ حقوقی، اگر شخصی عنصر مادی یکی از جرایم موجب حد را که جنبه حق‌الناسی دارد مرتکب شود ولی عنصر روانی ثابت نشود، اعمال حد موجه نخواهد بود، چرا که در ارکان تشکیل‌دهنده جرم حدی شبهه وجود دارد. مثلاً اگر شخصی مال دیگری را به گمان اینکه مال خودش است بردارد (سرقت حدی که آمیخته با حق‌الناس است)، در چنین صورتی، این شخص دارای شبهه بوده طوری که دارای سوءنیت نبوده پس حد جاری نخواهد شد؛ به عبارتی درأ محکومیت در اثر اعمال قاعده درأ حاصل خواهد شد. پس این نظر که قاعده درأ فقط در حدود حق‌اللہی اثر کیفرزدایی یا محکومیت‌زدایی دارد مورد پذیرش نیست. چهارم، برخی از اندیشمندان اسلامی نیز به این مطلب اشاره کرده‌اند. برای نمونه، سبزواری از فقهای معاصر امامیه در این رابطه می‌نویسد: «در مورد سرقت بلکه هر جرم حدی دیگر، عدم تحقق شبهه حکمی و موضوعیه شرط است. دلیل این شرط قاعده‌ای است که پیامبر اعظم (ص) از باب امتنان بر امت اسلامی و حفظ و صیانت آنها از اتهام خیانت، تأسیس نموده و آن عبارت است از این کلام ایشان که: ادرؤا الحدود بالشبهات» (سبزواری، ۱۴۱۳: ۷۱). در این عبارت، ایشان، قاعده درأ را در سرقت حدی همانند سایر حدود اعمال کرده است. علاوه بر علامه، فاضل آبی نیز مقرر می‌دارد: «اگر سارق ادعای شبهه کند حد از ایشان به خاطر قاعده درأ برداشته شده و دستش قطع نمی‌شود» (فاضل آبی،

۱۴۱۷: ۵۷۴). در رابطه با حدّ قذف نیز می‌توان گفت وقتی اصل رفتار مورد شبهه و تردید مقام قضایی قرار گیرد، به نظر می‌رسد اعمال قاعده در آن اشکالی نداشته باشد؛ به عبارتی در مواردی که قاعده در آن اثر محکومیت‌زدایی دارد، قاعده ماهوی محسوب می‌شود، که اصل رفتار مجرمانه مورد تردید و شک است.

همانطور که مطرح شد، قاعده در آن در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و همچنین قوانین جزایی قبل از آن صریحاً مورد اشاره قرار نگرفته بود (مصدق، ۱۳۹۲: ۲۳۹) ولی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ اثراتی از قاعده در آن در برخی از مواد مشهود بود. اما در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قانونگذار به خاطر اهمیت این قاعده در سیاست کیفری اسلام و فقه جزایی و جهت جلوگیری از تفاسیر ناصحیح و ناصواب، در مواد مستقلی قاعده در آن را صریحاً بیان کرد. عدم تصریح قاعده در آن در قوانین جزایی قبلی باعث افراط در اعمال این قاعده شده بود. قانونگذار در ماده ۱۲۱ ق.م.ا. ۱۳۹۲ بیان می‌کند: «در جرایم 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 نمی‌شود». رویکرد قانونگذار به این نحو است که در دعاوی عمومی، حاکم به دنبال فصل خصومت و احیای حقوق متضرر نیست ولی در دعاوی خصوصی به دنبال فصل خصومت است (زراعت، ۱۳۹۳: ۲۰۴). قبل از بررسی ماده ۱۲۱ بهتر است ارکان مسئولیت کیفری در جرایم موجب حد بررسی شود تا ماده ۱۲۱ به صورت مطلوب تبیین شود.

قانونگذار در ماده ۲۱۷ ق.م.ا. بیان می‌کند: «در جرایم موجب حد، مرتکب در صورتی مسئول است که علاوه بر داشتن علم، قصد و شرایط مسئولیت کیفری، به حرمت شرعی رفتار ارتكابی نیز آگاه باشد».

(۱) **علم:** در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ علم از ارکان مسئولیت کیفری به عنوان یک قاعده مطرح نشده بود و فقط در برخی از جرایم مثل زنا به آن اشاره شده بود ولی در قانون مجازات جدید به عنوان یک قاعده مطرح شده است و تصریح به آن (علم) در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در بحث آثار قاعده در آن بسیار نمایان خواهد شد. منظور از علم به حکم علم



تأملی در استثنائات ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ | مرتاضی و امیران بخشایش ۱۸۳ |

به حرمت شرعی عمل است، مثلاً حکم شرب خمر حرام بودن است. منظور از علم به موضوع نیز علم به شی یا موضوع خاص است؛ مثلاً این مایع شراب است. پس اگر شخصی مرتکب جرم موجب حد غیر از محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف شود و ادعا کند که نسبت به حرمت شرعی آن علم نداشته در این صورت قاضی نیز دچار تردید می شود که آیا مرتکب جهل داشته است یا نه؟ پس در این صورت، آثار قاعده، یعنی درأ محکومیت یا درأ کیفر، عملی خواهد شد. البته باید توجه کرد که به استناد ماده ۲۱۸ ق.م.ا، در صورتی چنین شخصی نسبت به جرم حدی مسئولیت نخواهد داشت که «احتمال صدق گفتار وی داده شود» و از این روست که برخی از فقیهان معتقدند که در آن دسته از محرمات که به دلیل ضروری دین بودن، علم به حرمت آنها بدیهی است، احتمال صدق مدعی شبهه وجود ندارد و مشمول قاعده درأ نمی شود (نجفی، ۱۴۲۱: ۴۶۴).

**۲) قصد:** شخصی در جرایم مستوجب حد مسئولیت کیفری دارد که قصد ارتکاب جرم حدی را داشته باشد. قصد و اراده به عنوان کیفیتی نفسانی توأم با شعور، قابلیت انتساب عنصر مادی به مرتکب را فراهم آورده و ارتکاب عمل مجرمانه ارادی، یکی از ارکان اساسی مسئولیت کیفری است (شمس ناتری، ۱۳۹۳: ۳۵۰). به طور کلی اگر متهم قصد ارتکاب جرم را نداشته باشد، عنصر روانی و سوء نیت محقق نشده و به صرف ادعا، برای قاضی شبهه حاصل خواهد شد؛ در این صورت، به استناد ظاهر ماده ۱۲۱ ق.م.ا، مجازات حد ساقط می گردد. گاهی مرتکب قصد فعل به لحاظ عنصر مادی را دارد ولی به استناد ماده ۲۱۷ علم به حرمت شرعی ندارد؛ در این صورت، با اینکه به لحاظ عنصر روانی قصد متزلزل است (سوء نیت ندارد)، شاید چنین شخصی از باب تعزیرات محکوم شود. پس امکان درأ کیفر طبق قاعده درأ وجود دارد ولی امکان محکومیت از باب تعزیر و نقض نظم، اگر در مکان عمومی این عمل را انجام داده باشد، وجود دارد.

**۳) شرایط مسئولیت کیفری:** قانونگذار در ماده ۱۴۰ ق.م.ا شرایط مسئولیت کیفری را بیان می کند و مقرر می دارد: «مسئولیت کیفری در حدود، قصاص و تعزیرات تنها زمانی محقق است که فرد حین ارتکاب جرم، عاقل، بالغ و مختار باشد به جز در موارد اکراه بر قتل

که حکم آن در کتاب سوّم «قصاص» آمده است. از این رو، شرایط مسئولیت کیفری در جرایم موجب حد غیر از آنچه ذکر شد، عبارت است از عقل، بلوغ و اختیار. اگر شخصی یکی از جرایم حدی غیر از استثنائات مقرر در ماده ۱۲۱ ق.م.ا (محاربه، افساد فی الارض، سرقت، قذف) را مرتکب شود و برای قاضی در رابطه با عاقل بودن یا مجنون بودن مرتکب شبهه ایجاد شود، طبق قاعده درأ باید محکومیت منتفی گردد، چراکه مطابق ماده ۱۴۹ ق.م.ا شخص مجنون مسئولیت کیفری ندارد. اما قانونگذار در ماده ۳۰۸ مقرر می‌دارد: «اگر پس از تحقیق و بررسی به وسیله مقام قضایی، در بالغ یا عاقل بودن مرتکب، هنگام ارتکاب جنایت، تردید وجود داشته باشد و ولی دم یا مجنی علیه، ادعا کند که جنایت عمدی در حال بلوغ وی یا افاقه او از جنون سابقش انجام گرفته است لکن مرتکب خلاف آن را ادعا کند، ولی دم یا مجنی علیه باید برای ادعای خود بیّنه اقامه بکند. در صورت عدم اقامه بیّنه، قصاص منتفی است. اگر حالت سابق بر زمان جنایت، افاقه مرتکب بوده است، مرتکب باید جنون خود در حال ارتکاب جرم را اثبات کند تا قصاص ساقط شود، در غیر این صورت با سوگند ولی دم یا مجنی علیه یا ولی او، قصاص ثابت می‌شود».

در این ماده میان اصل استصحاب و قاعده درأ (ماده ۱۲۱ ق.م.ا) تعارض وجود دارد، به طوری که از یک طرف در عاقل بودن یا مجنون بودن مرتکب شبهه وجود دارد و از طرف دیگر قانونگذار در دو حالت، حالت سابقه را بیان داشته که دلالت بر اصل استصحاب می‌کند. اصولاً در صورت تعارض میان قاعده با اصل استصحاب، قاعده مقدم خواهد شد، زیرا مقدم سازی استصحاب بر قواعد در فرض تعارض، موجب لغو بودن جعل آن قواعد خواهد شد، چراکه کمتر موردی پیدا می‌شود که استصحاب در تنافی با قاعده قرار نگیرد (امام خمینی، ۱۴۱۵: ۱/۱۲۰؛ سبحانی، ۱۴۲۴: ۴/۴۹۵)، بدین علت که غالب موارد مسبوق به عدم هستند، مانند عدم نسیان، عدم اضطرار، عدم اکراه، عدم خطا و نظایر آن. به دیگر سخن، موضوع قاعده «درء الحد» حدوث شک و شبهه است و چنانچه اصول عدمی مثل استصحاب عدمی در این موارد جاری شوند، موضوعی برای جریان قاعده نمانده و تشریح قاعده بی معنا می‌شود.

علاوه بر این، موضوع قاعده در آن نفس حدوث شک و شبهه است، به نحوی که خود شک تمام موضوع برای جریان قاعده است. برخلاف استصحاب که در آن، اثر بر نفس واقع مشکوک مرتب است نه بر خود شک و از این رو به مجرد حدوث شک و شبهه، موضوع قاعده در آن فعلیت یافته و دیگر نوبت به جریان استصحاب عدم اکراه، عدم اضطرار، عدم خطا و غیر آن نمی‌رسد، چراکه فعلیت موضوع قاعده در آن در رتبه خود شک است، برخلاف استصحاب که بر بقای فرضی واقع و جایگزینی تعبدی مشکوک فیه به جای متیقن ناظر است و این معنی متأخر از نفس شک و شبهه است (بجنوردی، ۱۴۰۱، ۱۸۱).

باید توجه داشت که نتیجه فوق مبتنی بر این استدلال نیست که استناد به اصول عملیه در مواردی ممکن است که هیچ راه دیگری برای استنباط منظور واقعی شارع وجود نداشته باشد. چون الاصل دلیل حیث لا دلیل در شبهات موضوعیه جریان ندارد، بلکه در شبهات مذکور، حکومت با اصول است (سبحانی، ۱۴۲۴: ۴۰۱/۱)؛ و تنها محذور لغویت باعث شد که استثناء، از این ضابطه، یعنی حکومت اصل در شبهات موضوعیه، عدول کرده و قاعده را حتی در شبهات موضوعیه هم بر اصل استصحاب مقدم سازیم. از این رو، به استناد ماده ۱۲۱ ق.م.ا باید به صرف شبهه آثار قاعده در آن جاری شوند که ماده ۳۰۸ چنین عمل نکرده است. در رابطه با بلوغ نیز همین بحث جاری است، پس اگر فردی جرم حدی انجام دهد ولی به لحاظ بلوغ برای قاضی شبهه حاصل شود، به استناد ماده ۱۲۱ ق.م.ا باید در آن محکومیت صورت گیرد، ولی ماده ۳۰۸ به دنبال دلیل می‌گردد، در حالی که در ماده ۱۲۱ عبارت «بدون نیاز به تحصیل دلیل» قید شده است.

در مورد شرط مختار بودن نیز باید گفت اختیار زمانی مطرح می‌شود که اراده در کار باشد؛ از این رو، اکراه که از آن تحت عنوان اجبار معنوی با منشأ خارجی یاد می‌شود (شمس ناتری، ۱۳۹۳: ۳۵۲-۳۵۳) از موانع مسئولیت کیفری محسوب می‌شود. در واقع، اکراه به معنای الزام به کاری است که مرتکب نسبت به ارتکاب آن ناراضی است. به استناد ماده ۱۵۱ ق.م.ا اکراه از موانع مسئولیت کیفری است، پس اگر شخصی متهم به ارتکاب رفتار مجرمانه حدی باشد و ادعای اکراه بکند و در نزد قاضی شبهه ایجاد شود، اگر احتمال صدق گفتار

او برود، در جرایم حدّی غیر از محاربه، افساد فی الارض، قذف و سرقت، به استناد قاعده درأ، محکومیت او ساقط خواهد شد.

بعد از بررسی ارکان مسئولیت کیفری در حدود، شبهه‌ای که می‌ماند این است که با وجود ماده ۱۲۱ ق.م.ا که بیان می‌کند با وجود شبهه و تردید، جرم ثابت نمی‌شود، چه نیازی به وجود ماده ۲۱۷ ق.م.ا است؟ برخی از حقوقدانان (زراعت، ۱۳۹۳: ۳۲۳) قائل‌اند که تصویب ماده ۲۱۷ با هدف مختصر کردن مواد قانونی و حذف مواد مکرر سازگاری ندارد، اما تفاوت اساسی که می‌توان بیان کرد آن است که شبهه در ماده ۲۱۷ ق.م.ا شبهه‌ای است که برای مرتکب حاصل می‌شود ولی شبهه در ۱۲۱ ق.م.ا شبهه‌ای است که برای قاضی به وجود می‌آید. به نظر می‌رسد این دیدگاه صحیح باشد، هرچند در ماده ۲۱۷ ق.م.ا نیز برای قاضی شبهه ایجاد می‌شود ولی موضوع محوریّت شبهه مرتکب است و بعد از شبهه مرتکب نوبت به شبهه قاضی می‌رسد. از طرف دیگر ماده ۲۱۷ ق.م.ا در قالب قاعده بیان شده و علم به حرمت را که در قانون سابق به صورت قاعده پیش‌بینی نشده بود بیان کرده است.

## ۲. علت‌یابی استثنای برخی از حدود در ماده ۱۲۱ ق.م.ا

قانونگذار در ماده ۱۲۱ ق.م.ا چهار جرم موجب حد را مستثنی کرده که عبارت‌اند از محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف. از میان این چهار جرم حدّی، دو جرم از جرایم حق‌الناسی هستند و دو جرم طوری هستند که جنبه حق‌اللّهی آنها بیشتر است؛ البتّه هر جرم دارای حیث عمومی است، زیرا اگر چنین نبود، جرم تلقی نمی‌شد (خالقی، ۱۳۹۳: ۲۸). دلایل توجیهی از قرار زیر هستند:

۱) عده‌ای از فقها (نجفی، ۱۴۲۱: ۳۹۹) قائل‌اند که حدود مبتنی بر مسامحه هستند و مبنای این قاعده را تخفیف و امتنان دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۲۱: ۱۵۷). بنابراین توجیه مستثنی شدن محاربه و افساد فی الارض می‌تواند این باشد که درأ این موارد به صرف حصول شبهه برخلاف مبنای قاعده یعنی «امتنان» است. همچنین، در مواردی مثل خمر که علم به حرمت آنها به دلیل ضروری دین بودن بدیهی است، احتمال عروض شبهه و به دنبال آن، پیاده کردن قاعده درأ قابل جریان نیست (نجفی، ۱۴۲۱: ۴۶۴). اگرچه استدلال اخیر قابل نقد است،

تأملی در استثنائات ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ | مرتاضی و امیران بخشایش ۱۸۷ |

چراکه جزو ضروری دین یا مذهب بودن یک مسئله ملازمه قطعی با آگاهی تازه مسلمانها نسبت به آن ندارد.

ضمن اینکه در مجرمان دارای حالت خطرناک، تخفیف ناکارآمد خواهد بود، چراکه سیاست کیفری اسلام و ایران نسبت به جرایمی که نظم و امنیت عمومی را به شدت تحت تأثیر قرار می‌دهند فوق‌العاده سخت‌گیرانه است. در چنین جرایمی قانونگذار بیشتر به فکر ارباب و اصلاح جامعه و عبرت دادن سایر افراد از طریق اعمال کیفر شدید است؛ مثلاً در حقوق اسلام برای جرم محاربه مجازاتی مقرر شده که عبارت است از قطع دست راست و پای چپ، اعدام، صلب و تبعید و یا در رابطه با جرم سرقت حدی مجازات شدیدی را تدبیر کرده است؛ این موارد نشان‌دهنده میزان خطرناکی این جرایم هستند. چنین مجازات‌هایی مهم‌ترین وسیله برای دفاع از نظم و امنیت اجتماعی هستند. در قانون مجازات اسلامی جدید نیز این سیاست کیفری اسلام مشهود است و سعی شده نسبت به جرایم علیه امنیت عمومی برخوردی شدید شود، به طوری که در نهادهای کیفرزدا، جرایم شدید کیفرزدایی نشده‌اند و قانونگذار سعی در مجازات مرتکبان این جرایم داشته است. مثلاً در ماده ۴۷ ق.م.ا در بند ث، جرایم محاربه و افساد فی الارض به عنوان جرایمی نام برده شده‌اند که قابل تعویق یا تعلیق نیستند. ولی به نظر می‌رسد چنین استدلالی قابل مناقشه است، چون روایتی که تنها مستند یقینی در رابطه با قاعده در آن است مطلق بوده و الف لام موجود در کلمه «حدود» «تدروا الحدود بالشبهات» افاده عموم می‌کند و همه جرایم حق‌اللهی و هم سایر موارد را شامل می‌شود.

دوم آنکه اگر بنا بر این باشد که مبنای این قاعده تخفیف و امتنان است و جرم محاربه مشمول این تخفیف نمی‌شود، باید جرایم دیگری که جرم شدیدی محسوب می‌شوند نیز مستثنی شوند، در حالی که برخی از فقها در مورد مهاجم مسلحی که به خاطر عداوت شخصی یا قبیله‌ای و یا غرضی کسی را با سلاح می‌ترساند، در صورت حصول شبهه، بدون تحصیل دلیل به قاعده در آن استناد کرده‌اند (نجفی، ۱۴۲۱: ۵۶۹)، در حالی که به نظر می‌رسد تخفیف و امتنان در آن شفاف نیست. سوم آنکه برخی از نویسندگان بیان کرده‌اند که «نصوص قاعده در آن فاقد تعلیل است و حکمت تخفیف مبنی بر استنباط از مجموعه ادله حدود

بوده و برای تخصیص قاعده، دلیل معتبری محسوب نمی‌شود» (عمید زنجانی، ۱۳۸۷: ۲۴۶-۲۴۷). حتی برخی از نویسندگان اعمال قاعده در اُ در جرایم حدی حق‌اللهی را مطلق بیان کرده‌اند و چنین استثنائاتی را بیان نکرده‌اند (بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱۸۳، ۱۸۲؛ محقق داماد، ۱۴۰۶: ۷۶-۷۵). چهارم آنکه بحث از امتنان و سهل‌گیری زمانی صورت می‌گیرد که جرم با تمام ارکان تحقق یافته باشد ولی قاعده در اُ در مواردی که در اُ محکومیت می‌کند، یک قاعده ماهوی محسوب می‌شود؛ به عبارتی وقتی هنوز جرم محاربه یا افساد فی‌الارض ثابت نشده باشد، نمی‌توان از امتنان صحبت کرد؛ وقتی جرم محاربه و افساد فی‌الارض ثابت شد، بعد از آن می‌توان گفت که در این دو جرم سهل‌گیری نباید کرد. در مورد اثر کیفرزدایی که بعد از محکومیت اعمال می‌شود می‌توان چنین استدلال کرد که غیر حدود مستثنی شده در ماده ۱۲۱ ق.م.ا موارد دیگری مثل بغی وجود دارند که شدت خطرناکی آنها کمتر از محاربه و افساد فی‌الارض نیست، ولی نامی از آنها برده نشده است. از این رو، این نظر موجه نیست.

۲) برخی از حقوقدانان در رابطه با این دو استثناء «محاربه و افساد فی‌الارض» قائل‌اند که این دو جرم حدی «با قراین و امارات و گاهی با شیعاع به عنوان قرینه و اماره جرم، می‌تواند آغازی برای تعقیب و تحقیق باشد» (گلدوزیان، ۱۳۸۶: ۱۴۴). طبق این نظر این دو جرم به خاطر گستردگی و آثاری که در محیط اطراف ایجاد می‌کنند، زمینه را برای تحقیق و تعقیب فراهم می‌آورند. مثلاً شخصی در ملاء عام و وسط شهر سلاحی را جهت ارباب مردم یا در جهت اغراضی مثل ناموس یا اموال مردم تشهیر می‌کند و موجب ناامنی در شهر می‌شود، حال با توجه به اخبار و قراین موجود در صحنه جرم، اماره‌ای برای تحقیق و تعقیب وجود دارد. این تا حدودی موجه به نظر می‌رسد که در سایر حدود به صرف شبهه، در اُ محکومیت یا کیفر صورت بگیرد، اما در این دو استثناء به صرف شبهه این آثار اعمال نشوند؛ ولی از طرف دیگر غیر از این جرایم، جرایم دیگری نیز با همین شرایط یافت می‌شوند که قانونگذار در ماده ۱۲۱ به آنها اشاره‌ای نکرده است؛ مثلاً در رابطه با جرم حدی بغی. این مثال نقض، به دلیل حصری بودن استثنائات نامبرده در ماده ۱۲۱ ق.م.ا، تعلیل مذکور را رد می‌کند.

۳) برخی از حقوقدانان قائل‌اند که «در جرایمی که به صورت گسترده، حقوق عمومی را مورد تهدید قرار می‌دهند، مانند محاربه و افساد فی‌الارض، قواعد بزه‌پوشی جاری نیست»

(شمس ناتری، ۱۳۹۳: ۲۶۳)؛ ولی در مقابل می‌توان گفت که غیر از این دو جرم، جرایم دیگری مثل بغی وجود دارند که در ماده ۱۲۱ ق.م.ا مستثنی نشده‌اند. در سیاست کیفری اسلام نسبت به برخی از جرایم ضمانت اجرای شدیدی مثل قطع دست و پا پیش‌بینی شده ولی علت استثنای محاربه از دایره شمولی قاعده در ماده ۱۲۱ ق.م.ا ملاحظه این امر نیست، چون این جرایم در یک سیاق و در کنار جرم قذف ذکر شده‌اند، که قطعاً ضمانت اجرای کیفری مطرح در آن به شدت ضمانت اجرای جرم محاربه نیست.

بنابراین می‌توان گفت با توجه به اینکه قاعده در آیه یک قاعده فقهی بوده که مستند اصلی آن روایت است و چنین دلیلی در دست نیست که قاعده در آیه در جرم محاربه و افساد فی الارض به صرف شبهه اعمال نشود، پس این نظر موجه به نظر نمی‌رسد. اما اینکه در این دو جرم امکان حصول قرینه و دلیل برای تحقیق و تعقیب وجود دارد کمی موجه است، لیک در جرایم حدی دیگری نیز این قراین و امارات می‌توانند وجود داشته باشند.

در رابطه با قذف و سرقت نیز چون این دو جرم حدی حق الناسی محسوب می‌شوند، برخی از حقوقدانان قائل‌اند که در جرایم حق الناسی نمی‌توان قواعد بزه‌پوشی را اعمال کرد، چون در این صورت موجبات تضرر دیگران را محقق می‌سازد؛ پس در چنین مواردی قاضی پرونده به تحصیل دلیل از طرق متعارف و به وسیله دادستان می‌پردازد (شمس ناتری، ۱۳۹۳: ۲۶۳). هر چند قانونگذار در تبصره ماده ۲۱۸ ق.م.ا نیز جرایم منافی عفت با عنف، اکراه، ربایش یا اغفال را نیز بیان کرده که صرف ادعا مسقط حد نیست ولی طبق نظر برخی از اندیشمندان (عمید زنجانی، ۱۳۸۷: ۲۴۶) اطلاق نص مربوط به قاعده در آیه گمان سرقت و قذف را نیز شامل می‌شود، زیرا تخفیف و امتنان به ذات حد تعلق گرفته نه خصوصیات آن. به عبارتی اگر مبنای قاعده در آیه امتنان و تخفیف باشد، این امتنان و تخفیف به استناد روایت «تدرء الحدود بالشبهات» به خود حد تعلق گرفته نه اینکه حق اللهی یا حق الناسی بودن مورد لحاظ شارع باشد. دوّم، واژه الحدود افاده عموم می‌کند و الف لام موجود دلالت بر در آیه محکومیت یا کیفر در حدود دارد و دلیل شرعی بر تخصیص وجود ندارد. سوّم، در رابطه با سرقت و شرایط حد برخی از فقها نبود شبهه را مطرح کرده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۶۰؛ شهید اول، ۱۴۱۴: ۲۴۵؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۵۷۱؛ مرعشی نجفی، ۱۴۲۴: ۶۰). شهید ثانی در

کتاب خود چنین گفته است: «اگر کسی که به عنوان سارق است گمان کند که مال مسروقه مال ایشان است و بردارد و بعداً مشخص شود که مالک نیست دستش قطع نمی‌شود» (شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۴۸۰). پس ملاحظه می‌شود که برخلاف ماده ۱۲۱ ق.م.ا.شبهه در سرقت موجب درآ محکومیت یا کیفر می‌شود. علاوه بر این، صاحب جواهر می‌نویسد: «هیچ اختلافی و اشکالی در مورد اینکه حد سرقت همانند سایر حدود با فرض وجود شبهه ساقط می‌شود وجود ندارد» (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۸۱). ضمن اینکه فقهای امامیه بارها تصریح نموده‌اند که با صرف ادعای شبهه از طرف متهم به سرقت، حد قطع از او ساقط می‌شود (فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۵۷۴؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰: ۲۲۶). مؤلف کشف الرموز در این رابطه چنین می‌نویسد: «اگر سارق ادعای شبهه نماید حد از او درآ می‌شود چراکه در روایات آمده است: ادرؤوا الحدود بالشبهات» (فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۵۷۴). صاحب ریاض المسائل این نکته را در قالب یک ضابطه کلی به سایر حدود هم تسری داده و چنین می‌گوید: «برای ثبوت حد سرقت، بلوغ، عقل، اختیار و فقدان شبهه درآکننده حد شرط است، همچنان که در سایر حدود، چنین است» (حائری طباطبائی، بی تا: ۴۸۵).

در رابطه با جرایم منافی عفت که با عنف و اکراه، ربایش، اغفال صورت گرفته باشند (تبصره ۱ ماده ۲۱۸ ق.م.ا.)، هرچند این ماده از لحاظ تأمین رویکرد کشف جرم و مجرم صحیح است، با صحیحه ابی عبیده از حضرت علی (ع) (مجلسی اول، ۱۴۰۶: ۴۷؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۹؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۷۶) سازگاری ندارد. در این روایت «زنی را همراه با فردی که زنا کرده بود نزد حضرت علی (ع) آوردند، زن گفت: یا امیرالمؤمنین! به خدا سوگند این مرد به زور مرا وادار به این کار کرد و من از خود اختیار نداشتم» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۱۰). حضرت به صرف ادعای این زن، حد را از او برداشت. همین طور در روایت دیگری که به لحاظ سندی «موتقه» محسوب می‌گردد (مجلسی دوم، ۱۴۰۶، ۳۷)، امام باقر (ع) فرمودند: «زنی که مرتکب زنا شده، اگر بگوید که اکراه شده‌ام، حد نمی‌خورد».

هرچند تبصره ۱ ماده ۲۱۸ ق.م.ا. به لحاظ واقعیات اجتماعی صحیح است، صرف این مسئله دلیل نمی‌شود. نکته قابل توجه اینکه بسیاری از فقهای سرشناس امامیه که صاحب جواهر تعداد آنها را در حد اجماع اعلام داشته است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۷۴)، بدون تفکیک



تأملی در استثنائات ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ | مرتاضی و امیران بخشایش | ۱۹۱

بین علف و اکراه با غیر آن، بر این نکته تصریح نموده‌اند که در موارد اتهام زنا، به صرف ادعای زوجیت یا ادعای هر چیز دیگری که نسبت به شخص مدعی، صلاحیت ایجاد شبهه را داشته باشد، حد زنا درآ می‌شود و متهم ملزم به ارائه دلیل اعم از سوگند و بیینه نمی‌گردد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۳۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۳۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۳۷). مؤلف مسالک الأفهام دلیل این تسهیل را چنین بیان می‌کند: «چراکه صرف ادعای زوجیت شبهه حلیت را ایجاد می‌کند و حد نیز با شبهه ساقط می‌شود» (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۳۷). امام خمینی (ره) نیز در تأکید بر عدم نیاز به تحصیل دلیل منافی، چنین می‌نویسند: «حد زنا، به صرف ادعای زوجیت یا هر ادعای دیگری که قابلیت ایجاد شبهه را داشته باشد، تا زمانی که کذب مدعی ثابت نشده، مسقط حد است و متهم مکلف به ادای سوگند یا ارائه بیینه نیست» (موسوی خمینی، بی تا: ۴۵۷).

بنابراین گذشته از اطلاق کلام فقیهان، تصریح موجود در روایات معتبر امیرالمومنین علی (ع) و امام باقر (ع) که با موضوعیت تجاوز به علف مطرح شده است، نادرستی استثنای موجود در تبصره ۱ ماده ۲۱۸ ق.م.ا را ثابت می‌نماید.

### نتیجه

قاعده درآ یکی از قواعد بسیار مهم در سیاست کیفری اسلام محسوب می‌شود که گاهی درآ محکومیت و گاهی درآ کیفر می‌کند. این قاعده در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ صریحاً مقرر نشده بود و تنها بارقه‌هایی از آن در برخی مواد مشهود بود. با توجه به اینکه عدم بیان صریح موضوعی در قانون مشکلات بسیاری در روند دادرسی و صدور حکم به وجود می‌آورد، به علت اهمیت قاعده درآ در فقه جزایی اسلام، قانونگذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ صریحاً به آن پرداخت. بیان صریح در قانون هر چند برخی مشکلات جاری در فرایند دادرسی را حل می‌کند، اما امکان دارد برخی شبهات و مشکلاتی همچنان باقی باشند. در رابطه با مبنای قاعده درآ نظراتی مطرح شده است، اما آنچه مورد قبول اکثر فقها قرار می‌گیرد روایات موجود در این خصوص است و روایات موجود مطلق بوده و صرف شبهه را در تمامی اقسام حدود مطرح کرده‌اند. اما قانونگذار در ماده ۱۲۱ ق.م.ا

۱۳۹۲ چهار جرم حدی شامل محاربه، افساد فی الارض، سرقت و کذب را مستثنی کرده است؛ یکم، این استثناء به معنای آن است که در غیر این چهار جرم حدی به صرف شبهه قاعده در اعمال می‌شود، اما در چهار جرم حدی مقرر در ماده ۱۲۱ ق.م.ا صرف شبهه منجر به اعمال قاعده در اعمال نمی‌گردد؛ پس نباید چنین تصور گردد که قاعده در این چهار جرم حدی اعمال نمی‌شود. دوم، چنین تفکیکی مبنای فقهی ندارد و دلایلی که در این رابطه مطرح شده به استناد نظریات موجود در متن پژوهش مورد قبول نیستند.

در خصوص استثنای جرایم منافی عفت همراه با عنف، اکراه، ربایش و اغفال از شمول قاعده در اعمال که در تبصره ۱ ماده ۲۱۸ ق.م.ا مطرح شده است، یافته‌های تحقیق نشان می‌دهند که افزون بر اطلاق کلام فقها، صریح کلام امیرالمومنین علی (ع) و امام باقر (ع) در احادیث معتبر حاکی از آن است که استثنای جرایم منافی عفت مذکور از دایره شمولی قاعده در اعمال برخلاف موازین فقهی است. بنابراین، به نظر می‌رسد قانون مجازات اسلامی با وجود ارجحیت نسبت به قانون مجازات ۱۳۷۰، در رابطه با استثنائات مندرج در ماده ۱۲۱ و تبصره ۱ ماده ۲۱۸ ق.م.ا نیاز به بازنگری دارد، چرا که این استثنائات با توجه به اصلی‌ترین مستند این قاعده، که همان روایت تدرؤ الحدود بالشبهات است، مبنای فقهی ندارند.

## ORCID

Ahmad Mortazi

 <http://orcid.org/0000-0002-3646-4611>

Amir Amiran  
Bakhshayesh

 <http://orcid.org/0000-0002-8314-1065>

## منابع

### الف. فارسی

حاجی ده‌آبادی، احمد. (۱۳۸۹). قواعد فقه جزایی، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.  
خالقی، علی. (۱۳۹۳). نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، تهران، مؤسسه شهر دانش.  
زراعت، عباس. (۱۳۹۳). شرح مختصر قانون مجازات اسلامی، تهران، انتشارات ققنوس.  
شمس‌ناتری، محمدابراهیم. (۱۳۹۳). قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، تهران، میزان.

عمیدزنجانی، عباسعلی. (۱۳۸۷). قواعد فقه - بخش حقوق جزا، تهران، سمت.  
گلدوزیان، ایرج. (۱۳۸۶). محشای قانون مجازات اسلامی، تهران، مجد.  
گلدوزیان، ایرج. (۱۳۹۰). بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران، میزان.  
مصدق، محمد. (۱۳۹۲). شرح قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، تهران، جنگل.  
مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵). تعزیر و گستره آن، قم، مدرسه امام علی (ع).  
موسوی بجنوردی، محمد. (۱۴۰۱ ق). قواعد فقهیه، تهران، مؤسسه عروج.  
میرمحمدصادقی، حسین. (۱۳۷۸). جرایم علیه اموال و مالکیت، تهران، میزان.  
میرمحمدصادقی، حسین. (۱۳۹۰). جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، تهران، میزان.

### ب. عربی

ابن ادریس حلی، محمد. (۱۴۱۰ ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، انتشارات اسلامی.  
ابن مکی عامل (شهید اول)، محمد. (۱۴۱۰ ق). اللمعه دمشقیه، بیروت، دارالتراث.  
ابن مکی عاملی (شهید اول)، محمد. (۱۴۱۴ ق). غایه المراد، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.

- اردبیلی، احمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائده و البرهان، ج ۱۳، قم، انتشارات اسلام.
- تبریزی، جواد. (۱۴۱۷ق). أسس الحدود و التعزیرات، قم، دفتر معظم له.
- ترمذی، محمد بن عیسی. (۱۳۸۴). سنن الترمذی، مصر، مطبعة مصطفى.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام، ج ۱۴، قم، المعارف الإسلامیة.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین. (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة، ج ۵، قم، کتابفروشی داوری.
- جعفری، محمد تقی. (۱۴۱۹ق) رسائل فقهی، تهران، منشورات کرامت.
- حائری طباطبائی، سید علی. (بی تا). ریاض المسائل، ج ۲، قم، مؤسسه آل البيت (ع).
- حرّ عاملی، محمد. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه، ج ۲۸، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
- خمینی (امام)، روح الله. (۱۴۰۴ق). زیده الاحکام، تهران، سازمان تبلیغات اسلامی.
- خمینی (امام)، روح الله. (۱۴۱۵ق). أنوار الهدایه فی التعلیق علی الکفایه، تهران، مؤسسه نشر آثار امام خمینی ره.
- خمینی (امام)، روح الله. (بی تا). تحریر الوسیله، ج ۲، تهران، مؤسسه نشر آثار امام خمینی.
- خویی، ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). تکلمه المنهاج، قم، نشر مدینه العلم.
- سبحانی، جعفر. (۱۴۲۴ق). إرشاد العقول الی مباحث الأصول، قم، مؤسسه امام صادق (ع).
- سبزواری، عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام، ج ۲۸، قم، دارالتفسیر.
- سیوری حلّی، مقداد بن عبد الله. (۱۴۰۴ق). التفتیح الرائع، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی.
- شیخ طوسی، ابوجعفر. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام، ج ۱۰، تهران، دارالکتب الإسلامیة.
- صدوق، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه، ج ۴، قم، انتشارات اسلامی.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام، ج ۳، قم، انتشارات اسلامی.
- فاضل آبی، حسن. (۱۴۱۷ق). کشف الرموز، ج ۲، قم، انتشارات اسلامی.
- فاضل هندی، محمد. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام، قم، انتشارات اسلامی.
- مؤمن قمی، محمد. (۱۴۲۲ق). مبانی تحریر الوسیله - کتاب الحدود، تهران، مؤسسه امام خمینی.

تأملی در استثنائات ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ | مرتاضی و امیران بخشایش ۱۹۵ |

مجلسی اول، محمدتقی. (۱۴۰۶ق). *روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه*، ج ۱۰، قم، مؤسسه کوشانپور.

مجلسی دوم، محمدباقر. (۱۴۰۶ق)، *ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار*، ج ۱۶، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی ره.

محقق حلّی، نجم الدین. (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام*، ج ۴، قم، مؤسسه اسماعیلیان.

مرعشی نجفی، شهاب الدین. (۱۴۰۶ق). *منهاج المومنین*، قم، کتابخانه مرعشی.

مرعشی نجفی، شهاب الدین. (۱۴۲۴ق). *السرقه علی ضوء القرآن والسنة*، قم، کتابخانه مرعشی.

مصطفوی، سیدمحمد کاظم. (۱۴۲۱ق). *القواعد - مائه قاعدة فقهیه*، قم، انتشارات اسلامی.

موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا. (۱۴۱۲ق). *الدر المنضود*، قم، دار القرآن الکریم.

نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام*، ج ۴۱، بیروت، دار إحياء التراث العربی

#### ب) انگلیسی

Ibn Idris Helli, Muhammad (1989). *Al-Saraier Al-Hawi Letahrir Al-fatawei*, Qom, Islamic Publications. [In Persian]

Ibn Makki Ameli (The first martyr), Muhammad (1989). *Al-Lome Al-Demashghiyah*, Beirut, Dar Al-Turath. [In Persian]

Ibn Makki Ameli (The first martyr), Muhammad (1993), *ghayat Al-Moraad*. Qom, Islamic Propagation Office. [In Persian]

Moghaddas Ardebili, Ahmad (1982). *Al-Faida and Al-Burhan*, vol. 13, Qom, Islamic Publications. [In Persian]

Bojnurdi, Sayyid Muhammad (1980). *Rules of Jurisprudence*, Vol. 1, Tehran: Meraaj Institutet [In Persian]

Tabrizi, Javad (1996). *The basis of punishments*, Qom, the office of Author. [In Persian]

Termazi, Muhammad ibn Isa (1964). *Sunan al-Termazi*, Egypt, Mustafa Publications. [In Persian]

Jabaie 'Ameli (The second martyr), Zayn al-Din (1989). *Al-Rozah Al-Bahiyah*, Vol. 5, Qom, Daavari bookstore [In Persian]

Jabaie 'Ameli (The second martyr), Zayn al-Din (1992). *Masaalek Al-Afhaam*, Vol. 14, Qom, Islamic Knowledge. [In Persian]

Ja'fari, Muhammad Taqie (1998) *Fiqh Articles*, Tehran, Manshurat Keramat. [In Persian]

Haeri Tabatabai, Seyyed Ali (No date), *Riyaz Al-Masa'il*, vol. 2, Qom, 'Al-Bayt Institute. [In Persian]

- Hajideh Abadi, Ahmad (2010). Rules of Criminal Jurisprudence, Qom, Seminary and University Research Institute. [In Persian]
- Hor 'Ameli, Muhammad (1988). Wasa'il al-Shi'ah, vol,28, Qom, 'Al-Bayt Institute.
- Khaleghi, Ali (2014) Notes in the Code of Criminal Procedure, Tehran, Shahr-e-Danesh Institute. [In Persian]
- Khomeini (Imam), Ruhollah (1983). Zobdat Al-Ahkam, Tehran, Islamic Propaganda Organization. [In Persian]
- Khomeini (Imam), Ruhollah (1994), Anvaar Al-Hedayat, Tehran: Imam Khomeini Publishing Institute. [In Persian]
- Khomeini (Imam), Ruhollah (No date). Tahrir al-Vasileh, vol.2, Tehran: Imam Khomeini Publishing Institute. [In Persian]
- Khuei, Abol-Qasim (1989) Takmelat Al-Menhaj. Qom, Publication of the City of Science. [In Persian]
- Zeraat, Abbas (2015). Brief description of the Islamic Penal Code, Tehran, Ghognus Publication. [In Persian]
- Sobhani, Ja'far (2003), Ershad Al-Oghul, Qom, Imam Sadiq Institute. [In Persian]
- Sabzevari, Abdul Ali (1993), Mohazab Al-Ahkam, vol. 28, Qom, Dar al-Tafsir. [In Persian]
- Sivari Helli, Meqdad ibn Abdullah (1984). Al-Tanqih Al-Ra'iea, Qom, Library of Ayatollah Marashir [In Persian]
- Shams Nateri, Mohammad Ibrahim (2015). Islamic Penal Code in the current legal system, Tehran, Mizani [In Persian]
- Sheikh Tusi, Abu Ja'far (1987). Tahzib al-Ahkam, vol. 10, Tehran: Islamic Library.
- Saduoq, Muhammad ibn Ali (1993), Vol.4, Qom, Islamic Publications. [In Persian]
- Allamah Helli, Hassan Ibn Yusuf (1993). Ghavaed Al-Ahkam, vol. 3, Qom, Islamic Publications. [In Persian]
- Amid Zanjani, Abbas Ali (2008) Rules of Jurisprudence - Criminal Law, Tehran, Samt. [In Persian]
- Fazel 'Abi, Hassan (1996) Kashf Al-Romuz, vol. 2, Qom, Islamic Publications. [In Persian]
- Fazel Hindi, Muhammad (1995). Kashf al-Letham, Qom, Islamic Publications. [In Persian]
- Golduzian, Iraj (2012). Requirements of General Criminal Law, Tehran, Mizan. [In Persian]
- Golduzian, Iraj (2008). Margin on the Islamic Penal Code, Tehran, Majd. [In Persian]
- Majlisi I, Muhammad Taqi (1986). Rawzat al-Muttaqin, vol. 10, Qom: Kushanpur Foundation. [In Persian]

- Majlisi, Muhammad Baqhir (1986), Malaaz Al-Akhbaar, vol. 16, Qom: Ayatollah Marashi Library. [In Persian]
- Mohaqqeq Helli, Najmuddin (1988). Sharaei Al-Islam, vol.4, Qom, Ismaili Institute. [In Persian]
- Marashi Najafi, Shehab Al-Din (1986). Minhaj Al-Momenin, Qom, Marashi Library. [In Persian]
- Marashi Najafi, Shehab Al-Din (2003). Al-Serghat, Qom, Marashi Library. [In Persian]
- Mossadegh, Mohammad (2014). Description of the Islamic Penal Code, Tehran, Jangal. [In Persian]
- Mustafawi, Sayyid Muhammad Kazim (2000). Al-Ghavaed, Qom, Islamic Publications [In Persian]
- Makarem Shirazi, Nasser (2004). Ta'zir and its scope, Qom, Imam Ali School. [In Persian]
- Mousavi Golpayegani, Sayyid Mohammad Reza (1992). Al-Dorr Al-Manzoud, Qom, Dar Al-Quran Al-Karim. [In Persian]
- Mousavi Bojnourdi, Mohammad (1981). Rules of Jurisprudence, Tehran, Oruj Institute. [In Persian]
- Mo'men qomi, Muhammad (2001). Mabani Tahrir Al-Vasilat (Hudood), Tehran, Imam Khomeini Institute. [In Persian]
- Mir Mohammad Sadeghi, Hossein (2012). Crimes against public safety and security, Tehran, Mizan. [In Persian]
- Mir Mohammad Sadeghi, Hossein (2000). Crimes against property and ownership, Tehran, Mizan. [In Persian]
- Najafi, Muhammad Hassan (1984). Jawaher Al-Kalam, vol. 41, Beirut, Dar Ihya Al-Torath Al-Arabiya. [In Persian]