

## بررسی اصل اولیه بازداشت موقت در فقه و اسناد بین المللی با رویکردی بر نظر امام خمینی (س)

سید محمد موسوی بجنوردی<sup>۱</sup>

زهرا یوسفی<sup>۲</sup>

چکیده: متهمی که وارد فرآیند کیفری می‌شود تا زمانی که مسئولیت کیفری و مجرمیت وی طی یک دادرسی عادلانه اثبات نشود بی‌گناه فرض می‌شود، این مفهوم اصل برائت است که در همه نظام‌های حقوقی به خصوص در دین مبین اسلام پذیرفته شده است. حال از طرف دیگر یکی از مهم‌ترین آثار اصل برائت اصل آزادی متهم در دوران اتهام است. ولی با وجود این اصول در مواردی به دلیل ضرورت تحقیقات مقدماتی و اقدامات تأمینی، قوانین آیین دادرسی کیفری امکان بازداشت موقت را به عنوان یکی از وثیقه‌های قضایی در نظر گرفته است. اما این قرار وثیقه تعارض ذاتی با اصل آزادی و فرض برائت دارد؛ زیرا همانگونه که در مقاله حاضر اثبات خواهد شد، اصل اولی و مبانی بازداشت پیش از محاکمه، اصل عدم جواز است؛ لذا بین صدور این قرار با مبانی اولیه آن تعارض وجود دارد. در مقاله حاضر بعد از اثبات اصل به بیان تعارض و استثنائات آن از دیدگاه فقه با تأکید بر نظر امام خمینی و تطبیق آن با اسناد بین الملل خواهیم پرداخت.

**کلیدواژه‌ها:** وثیقه قضایی، بازداشت موقت، اصل برائت کیفری، اصل آزادی، فقه، اسناد بین الملل

۱. استاد بازنشسته دانشگاه خوارزمی و مدیر گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی و اندیشه‌های امام خمینی (س) پژوهشکده

E-mail: mosavi@ri-khomeini.com

امام خمینی (س) و انقلاب اسلامی، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی و اندیشه‌های امام خمینی (س) پژوهشکده امام خمینی (س) و انقلاب

E-mail: yousefiz@ymail.com

اسلامی، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۲/۲۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۱/۲۵

پژوهشنامه متین / سال هجدهم / شماره هفتاد و یک / تابستان ۱۳۹۵ / صص ۴۱-۶۲

### مقدمه

نظام عدالت کیفری برای دستیابی به آرمان‌های مسلم خود که همانا اجرای عدالت از یکسو و برقراری نظم از سوی دیگر است نیاز به ابزارهایی دارد تا با توسل به آنها اهداف خود را جامعه اجرا و عمل پوشاند. از جمله ابزارهای نظام عدالت کیفری می‌توان از وثیقه‌های قضایی نام برد که در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در فصل هفتم خود تحت عنوان قرارهای تأمین ذیل ماده ۲۱۷ آمده است. در صدر ماده ۲۱۷ آمده: «به منظور دسترسی به متهم و حضور به موقع وی؛ جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او و تضمین حقوق بزه دیده برای جبران ضرر و زیان وی، بازپرس پس از تفهیم اتهام و تحقیق لازم، در صورت وجود دلایل کافی، یکی از قرارهای تأمین را صادر می‌کند» لذا قانونگذار محترم با این بیان دو هدف مهم را دنبال کرده است، اول آنکه علت صدور قرارها ذکر گردیده و دوم آنکه بیانگر اهداف نظام عدالت کیفری، یعنی اجرای عدالت و برقراری نظم در سطح جامعه است. در بین موارد احصاء شده، بندی به نام بازداشت موقت وجود دارد که موضوع بحث اصلی مقاله حاضر است چرا که این قرارها طبق ماده ۲۱۷ قبل از محاکمه صادر می‌گردد و به صرف وجود دلایلی کافی مبنی بر توجه اتهام به متهم، بازپرس الزاماً باید یکی از قرارها را که متناسب با شرایط فرد و اتهام وارده است صادر نماید؛ حال دلایلی وجود دارد بر توجه اتهام به متهم و هنوز فرد، مورد محاکمه قرار نگرفته است و قطعیت ارتکاب جرم او ثابت نگردیده است چگونه می‌توان آزادی یک فرد را گرفت چرا که بازداشت موقت مطروحه در اینجا همانگونه که بیان شد با مفهوم اصل آزادی و اصل برائت مغایرت ذاتی دارد. حال چگونه این بازداشت موقت پیش از محاکمه پذیرفته می‌شود یا به عبارتی اصل اولیه و مبانی نظری بازداشت موقت چیست؟ آیا آنگونه که ادعا شده است اصل اولی، عدم جواز بازداشت موقت است؟ لذا اگر اینچنین است این مغایرت چگونه توجیح می‌شود؟

در مقاله حاضر پس از اثبات اینکه اصل اولی در مورد بازداشت متهم قبل از محاکمه، اصل عدم جواز است، سپس به موارد جواز بازداشت موقت که در واقع همان موارد استثناء یا عدول از اصل آزادی متهم است می‌پردازیم.

### جایگاه اصل در فقه

در مباحث فقهی مرسوم است، فقها قبل از بررسی ادله خاص در مورد موضوع مورد بحث، از اصل در مقام، بحث می‌کنند. در فقه از تأسیس اصل در ابواب مختلف دو هدف دنبال می‌شود؛ نخست

آنکه بعد از تأسیس اصل در هر باب یا موضوع فقهی مسیر و روش بحث روشن می‌شود به این معنی که موافق اصل نیاز به اثبات مدعای خود ندارد و صرف اینکه مدعای وی موافق اصل باشد، برای اثبات آن کافی است، هر چند دلیل دیگری نداشته باشد. اما مخالف اصل باید مدعای خود را اثبات کند و دلایل عدول از اصل را بیان نماید و آلاً مطابق اصل عمل می‌شود. و حال مورد بحث ما، یعنی بررسی فقهی موارد جواز بازداشت موقت، در صورتی که بتوان با ادله فقهی اصل عدم جواز بازداشت موقت را اثبات نمود اثر بسیار مهمی که بر آن مترتب می‌شود آن است که در تکمیل مواردی که ادعای جواز بازداشت موقت می‌شود باید این جواز با استدلال قابل قبول فقهی ثابت شود.

هدف دومی که از تأسیس اصل در مباحث فقهی به ویژه با استمداد از علم اصول فقه دنبال می‌شود تمسک به اصل در شبهه مصداقیه مخصص است؛ توضیح آنکه در اصول فقه بحث شده است که در مواردی که عام (اصل کلی) در موضوعی حاکم است و دلیل خاص موردی را از شمول عام خارج می‌کند، در صورتی که در مورد مصداقی شبهه شود که آیا مصداق خاص محسوب می‌شود یا خیر علمای علم اصول فقه معتقدند در این موارد باید به عام تمسک نمود. لذا در مبحث ما در صورتی که ثابت شود اصل اولی در خصوص بازداشت موقت، اصل عدم جواز است و در مورد مصادیق دلیلی که به عنوان دلیل خاص مطرح است تردید شود، در موارد تردید مرجع، اصل عدم جواز حاکم می‌شود. برای اثبات اصل عدم جواز به دو اصل (آزادی و براءت) احتیاج داریم:

اصل آزادی: براساس این اصل در برخورد با متهم در تمام دوران اتهام، اصل بر آزادی متهم است و در صورت اثبات این اصل، سلب آزادی متهم صرفاً به صورت استثنایی و در صورتی که دلیل کافی برای توجیه این استثنا وجود داشته باشد ممکن است. لذا با عنایت به اینکه اصل آزادی متهم خود شعبه‌ای از اصل آزادی است و اصل آزادی در فقه و اسناد بین‌المللی اهمیت والایی دارد، شایسته است دیدگاه این دو حوزه در مورد اصل آزادی مورد بررسی قرار گیرد. بدین منظور ابتدا این اصل در فقه و اسناد بین‌المللی بررسی و در نهایت به بررسی نتایج حاصل از ادله می‌پردازیم.

## اصل آزادی در فقه

در متون فقهی در مورد اصل آزادی انسان کمتر استدلال شده است (آقابابایی ۱۳۸۴: ۲۳)، با این حال ادله فراوانی از جهت فقهی بر آزادی انسان دلالت می‌کند که به اختصار به بیان مهم‌ترین این دلیل‌ها می‌پردازیم:

### ۱) بنای عقلا در قانونگذاری

قانونگذاران با وضع قوانین، وظایف مردم را مشخص می‌کنند؛ آنان را به انجام بعضی از کارها ملزم می‌سازند و از انجام بعضی دیگر باز می‌دارند. آنان معمولاً موارد جواز و آزادی در اعمال انسان‌ها را بیان نمی‌کنند و این حاکی از آن است که آنان آزادی مردم را مسلم دانسته و لذا نیازی به وضع قانون در مورد آن نمی‌بینند. این روش در مورد شریعت نیز صادق است. شریعت مجموعه‌ای از قوانین است و شارع در آن، همانند دیگر قانونگذاران به بیان امر و نهی و محدود کردن فعالیت انسان پرداخته است. اگر پیامبران الهی در بیان شریعت خود شیوه دیگری غیر از روش عقلا در قانونگذاری داشتند، بیان می‌کردند و آن مسیر ابتکاری را به مخاطبان خود نشان می‌دادند. همین عدم ابلاغ مسلک جدید، دلیل بر سکوت آنان به سیره عقلاست. بنابراین خدا و رسولانش نیز آزادی مردم در این دنیای پهناور را مسلم دانسته و وضع حکم برای آن را لغو دانسته‌اند. این شیوه شریعت، بیانگر آن است که اصولاً افراد بشر در همه مواردی که می‌خواهند انجام دهند، آزادند و از زبان هیچ پیامبری نقل نشده است که مردم باید در هر فعلی که می‌خواهند انجام دهند از خدا اذن بگیرند، و گرنه باید گفت که مثلاً حضرت آدم<sup>(ع)</sup> که خلق شد، تا قبل از اجازه خدا مجاز نبود چشمش را ببندد یا باز کند یا بدون رخصت حق نشستن یا راه رفتن نداشته است. این در مورد سایر انبیا بشر نیز صادق است. لذا می‌توان نتیجه گرفت که اصل آزادی نیازمند جعل شارع نیست و از درون انسان می‌جوشد و قبل از ورود شرع، عقل می‌گوید انسان هر کاری بخواهد می‌تواند انجام دهد و ما از راه این حکم بدیهی عقل به وجود «حق آزادی» بشر پی می‌بریم.

فقه‌های اسلام از تعبیر «حق آزادی» کمتر استفاده نموده‌اند ولی آن را با تعبیرات دیگری چون «اباحه» بیان کرده‌اند. اباحه در حقیقت حکم عقل به آزادی مطلق انسان است؛ حکم به این است که لازم نیست انجام هر کاری مجوز شرعی داشته باشد و فقط کافی است منع شرعی نداشته باشد.

اباحه، حکم عقل به آزادی مطلق انسان است. با این بیان اباحه و جواز انسان در افعال، حکم عقل است نه شرع و البته اگر شرع هم در این باب سخنی داشته باشد، ارشاد به همین حکم عقل خواننده می‌شود.

## ۲) تفویض امور از جانب خدا به مؤمن

از امام صادق<sup>(ع)</sup> نقل است که «خدای تبارک و تعالی همهٔ امور مؤمن را به خود او واگذار کرده است. فقط به او اجازه نداده است که در ذلت به سر برد، آیا مؤمن سخن خدا را نشنیده است که می‌گوید: عزت برای خدا، پیامبر و مؤمنان است پس مؤمن عزیز می‌باشد» (کلینی ۱۳۶۳ ج ۶: ۶۳) در این روایت ذلت تنها استثناء از آزادی مؤمن به حساب آمده است بدون شک انسانی که آزادی اش سلب شده و او هم به آن تن داده، زندگی ذلیلانه‌ای را سپری می‌کند. در کلام‌های متعدد دیگری، ائمه تن به ذلت دادن را مکرراً مورد نهی قرار داده‌اند. با توجه به این روایت منقول از حضرت صادق<sup>(ع)</sup> که مضمون آن در روایات مکرر دیگری نقل شد، سلب آزادی انسان مورد مذمت قرار گرفته است. بدین سان معلوم می‌شود در شرع اصل آزادی به عنوان یک اصل مسلم و پذیرفته شده است که سلب آزادی یا تن دادن به عدم آزادی ذلت است.

## ۳) خلقت انسان

حضرت علی<sup>(ع)</sup> در نهج البلاغه می‌فرمایند: «بنده دیگری نباش زیرا خدا تو را آزاد آفریده است» (نهج البلاغه: نامه ۳۱) از این کلام می‌توان این را استنباط کرد که از نظر شارع مقدس، اصل آزادی انسان امری مسلم و پذیرفته شده است. تأکید بر این مطلب که آفرینش انسان به صورت آزاد است از نهایت اهتمام شرع مقدس اسلام بر آزادی انسان‌ها حکایت دارد و چنانکه خواهیم گفت این همان مطلبی است که توسط اسناد مهم بین‌المللی و نیز قوانین اساسی کشورها مورد تأکید قرار گرفته است.

## ۴) آزادی فرد از سلطهٔ دیگران

سه دلیلی که ذکر شد، حاکی از اصل اباحه یا آزادی انسان بود که از آزادی اولی و بالفطره انسان در برابر همه چیز حتی آزادی انسان‌ها مقابل تکلیف الهی مادام که امر یا نهی بخصوصی وارد نشده

دلالت داشت. بدیهی است وقتی با توجه به تکالیف الهی اصل بر آزادی است به طریق اولی آزادی انسان در مقابل غیر خدا فهمیده می‌شود. سخن در اینجا بر سر آن است که آیا انسان‌ها حق دارند به یکدیگر دستور دهند یا نه، آیا مردم موظفند امر واهی دیگران را اطاعت کنند یا اینکه آزاد هستند و انسان‌ها نمی‌توانند تکلیفی بر دوش یکدیگر بار کنند. مدعای ما این است از این بعد هم اصل اولی، عدم سلطه کسی بر کسی و آزادی انسان‌ها از یکدیگر است. برای اثبات این امر می‌توان به یک دلیل عقلی و سه دلیل از قرآن و حدیث تمسک نمود.

۱) تساوی انسان‌ها در انسانیت: در توجیه این دلیل علامه طباطبایی چنین گفته است: «انسان بالطبع برای خود در مقابل اختیار تکوینی، آزادی تشریحی قائل است. پس او آزاد است آنچه می‌خواهد انجام دهد و آنچه نمی‌خواهد ترک کند بدون اینکه هیچ انسانی حق داشته باشد او را وادار به کاری نماید یا از کاری باز دارد. چون آنان همه امثال او هستند و در معنای انسانیت چیزی اضافه از او ندارند و به هیچ وجه مالک او نیستند. آزادی طبیعی انسان بدین معنا است (طباطبایی ۱۴۰۴ ج ۶: ۶۸).

۲) نهی از اتخاذ ارباب: خدا خواسته است که مردم، بعضی از خود را ارباب خود نگیرند. تنها خدا رب است و هیچ کس حق ندارد خود را به عنوان رب دیگری بر او تحمیل کند. مردم نه مربوط دیگرانند و نه تحت سلطه و سلطنت آنان، خداوند در قرآن به پیامبر خود خطاب می‌کند و می‌فرماید: «بگو ای اهل کتاب بیایید در عمل به سخنی که میان ما و شما یکسان است گرد آییم و آن اینکه جز خدای یکتا را نپرستیم و چیزی را شریک او قرار ندهیم، و برخی از ما برخی دیگر را به عنوان خدا صاحب اختیار (ارباب) خود نگیرد. پس اگر از این دعوت روی برتافتند بگویند گواه باشید که ما مسلمانان تسلیم خدا ایم» (آل عمران: ۶۴).

۳) لزوم رفع موانع آزادی مردم: خدا هدف بعثت پیامبر<sup>(ص)</sup> را رفع موانع آزادی مردم دانسته است: «آنان که از این رسول پیامبر درس ناخوانده که اهل کتاب او را نزد خود به همین نام و نشان در تورات و انجیل نوشته می‌یابند، پیروی می‌کنند. آن که به نیکی فرمانشان می‌دهد و از ناشایست بازشان می‌دارد و چیزهای پاکیزه را بر آنان حلال و پلیدها را بر آن حرام می‌کند و بار گرانیشان را از دوششان برمی‌دارد و بندها و زنجیرشان را می‌گشاید» (اعراف: ۱۵۷). فقر و جهل، تبعیض و استبداد که از جانب برخی حاکمان بر جامعه تحمیل می‌شود، از مصادیق «اصر» و «اغلال» است. سلب آزادی خدادادی که همزاد با تولد انسان به وی داده شده، بزرگ‌ترین زنجیری است که

پیامبران برداشتن آن را هدف خود اعلام نموده‌اند. در همین راستا حضرت امیر<sup>(ع)</sup> نیز به مالک‌اشتر دستور داد که: «محدودیت و فشار را از مردم دور کن» بنابراین حاکم علی القاعده مجاز نیست مردم را از آزادی محروم سازد. از پیامبر<sup>(ص)</sup> نقل شده که فرموده است: «هر کس ولایتدار امت من شد و بر آنان سخت گرفت، بر او سخت خواهم گرفت (نیشابوری بی‌تاج ۱۲: ۲۱۳).

۴) قاعده سلطنت<sup>۱</sup>: قاعده سلطنت بر اموال، که از روایت پیامبر<sup>(ص)</sup> اخذ شده است (بحرانی ۱۴۰۵ ج ۱۸: ۶۵). به طریق اولی حق تسلط مردم بر جان و آزادی تن خود را می‌رساند. اگر مردم بر اموال خود مسلطند و دیگری مجاز نیست در آنها تصرف کند، پس حتماً و با تأکید بیشتر انسان‌ها بر خود مسلط هستند و هیچ کس حق ندارد این سلطه انسان بر خود را محدود کند.

### اصل آزادی در اسناد بین‌المللی

در منابع حقوقی (بین‌المللی و داخلی) اصل آزادی به عنوان یکی از اصول محوری مورد توجه قرار گرفته است. با عنایت به اینکه، انسان موجودی است که فطرتاً آزاد خلق شده و آزادی جزء خصائص جدایی‌ناپذیر از طبیعت اوست و این مطلب با ادله عقلی ثابت است، تقریباً در کلیه اسناد بین‌المللی اصل آزادی پذیرفته شده است. مهم‌ترین ویژگی‌های اصل آزادی که در منابع بین‌المللی بر آن تأکید شده است عبارتند از:

#### ۱) آفرینش انسان آزاد

انسان فطرتاً آزاد آفریده شده و آزادی جزء جدایی‌ناپذیر انسان است اسناد بین‌المللی، همواره به موازات تأکید بر حق حیات و زندگی افراد بشر، بر حق آزادی و امنیت انسان به انحاء مختلف تأکید ورزیده‌اند (مهرپور ۱۳۷۴: ۴۰). در ماده ۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر پس از آنکه در دیباچه این اعلامیه بر محوریت اصل آزادی تأکید گردیده صراحتاً اعلام شده است که «تمام افراد بشر آزاد به دنیا می‌آیند» بر همین اساس در ماده ۲ این اعلامیه آزادی را حق همه انسان‌ها بدون استثنا دانسته است. همه اسناد بین‌المللی حقوق بشر به تبع اعلامیه جهانی حقوق بشر حق آزادی انسان را به انحاء مختلف مورد حمایت جدی و کامل خود قرار داده‌اند. به عنوان مثال: علاوه بر مواد ۳ و ۹ از

۱. «الناس مسلطون علی اموالهم».

اعلامیه جهانی، مواد ۱ و ۱۵ از اعلامیه آمریکایی حقوق بشر، مواد (۱) ۹ تا (۵) ۹<sup>۱</sup> و (۲) ۱۰ و (۳) ۱۰ از میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی. مواد (۱) ۵ تا (۵) ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر<sup>۲</sup> ماده ۷ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر<sup>۳</sup>. و ماده ۲ و ۶ منشور آفریقایی حقوق بشر<sup>۴</sup> صراحتاً اصل آزادی مورد تأکید قرار گرفته است.

## ۲) همگانی بودن حق آزادی

آزادی و از جمله حق آزادی و امنیت شخصی از نظر همه اسناد بین‌المللی که این حق را مورد تأکید قرار داده‌اند حقی همگانی و بدون تبعیض است. در واقع وقتی پذیرفته شد که حق آزادی حق فطری انسان است که همزاد با تولد او به وی اعطاء شده، هر انسانی بدون کمترین تبعیضی از این حق برخوردار است. همانگونه که به هنگام بیان ادله فقهی اصل آزادی بیان شد، به حکم عقل هیچ برتری بین افراد بشر نیست و به همین لحاظ عقل حکم می‌کند که انسان‌ها بی‌هیچ تبعیضی از حق فطری خود در بهره‌مندی از آزادی استفاده نمایند. به همین لحاظ در تدوین اسناد بین‌المللی عموماً به این نکته تأکید شده است. ماده ۳ اعلامیه حقوق بشر در همین راستا اعلام می‌دارد «هر کس می‌تواند بدون هیچگونه تمایز مخصوصاً از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده

۱. ماده ۳: «هر کس حق زندگی، آزادی و امنیت شخصی دارد» ماده ۹: «احدی نمی‌تواند خودسرانه توقیف حبس یا تبعید شود.»
۲. ماده ۹-۱ از میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «هر کس حق آزادی و امنیت شخصی دارد و هیچکس را نمی‌توان خودسرانه (بدون مجوز) دستگیر یا بازداشت (زندانی) کرد. از هیچ کس نمی‌توان سلب آزادی کرد...»
۳. در بند یکم ماده پنجم کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تصریح شده: «هر کس حق آزادی و امنیت شخصی دارد هیچ کس نباید از آزادی خود محروم شود مگر...»
۴. در بند یکم ماده هفتم کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر نیز آمده است: «هر شخصی حق آزادی و امنیت خصوصی دارد.»
۵. در ماده دوم منشور آفریقایی حقوق بشر آمده است: «هر فرد حق خواهد داشت از حقوق و آزادی‌های شناخته شده و تضمین شده در منشور حاضر... برخوردار گردد» و در ماده ۶ این منشور تصریح شده است: «هر فرد حق برخورداری از آزادی و امنیت خویش را خواهد داشت. هیچ کس را نمی‌توان از آزادی خویش .... محروم کرد.»



سیاسی یا هر عقیده دیگر و همچنین ملیت، وضع اجتماعی ثروت، ولادت، یا هر موقعیت دیگر از تمام حقوق و کلیه آزادی‌هایی که در اعلامیه حاضر ذکر شده است بهره‌مند گردند. این مطلب در دیگر اسناد بین‌المللی نیز مورد تأکید است از جمله ماده ۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، ماده اول کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر، ماده ۲ منشور آفریقایی و همچنین در اعلامیه اسلامی حقوق بشر ...

### ۳) اصالت حق آزادی

سیاق و نحوه بیان حق آزادی در اسناد بین‌المللی حاکی از آن است که از دیدگاه اسناد مذکور آزادی اصل است و بهره‌مندی از آن نیازمند دلیل نیست و سلب آزادی خلاف اصل است؛ لذا مدعی باید آن را با دلیل معتبر اثبات نماید. با عنایت به اینکه تقریباً در همه اسناد بین‌المللی، با این عبارت که «هر کس حق آزادی و امنیت شخصی دارد» یا عبارتی شبیه آن، حق آزادی بیان شده و موارد سلب آزادی به صورت محدود اعلام گردیده، می‌توان نتیجه گرفت که سلب آزادی فقط باید هنگامی صورت پذیرد که قانون آن را جایز دانسته است. و البته هر گونه تفسیر از موارد جواز باید به گونه‌ای باشد که ابهام و تردید به نفع آزادی افراد مورد تفسیر صورت گیرد چرا که آزادی اصل است و سلب آزادی خلاف اصل است و امری استثنایی است.

### تطبیق جایگاه اصل آزادی در فقه و اسناد بین‌المللی

از آنچه بیان شد می‌توان نتیجه گرفت که در فقه و اسناد بین‌المللی در مورد اصل آزادی مشترکات فراوانی وجود دارد:

اولاً، در هر دو، آزادی اصل است و سلب آزادی امری خلاف اصل و استثنایی است. ثانیاً، آزادی حقی همگانی است که با خلقت انسان به وی اعطا گردیده است و در این امر تفاوتی بین افراد بشریت نیست. به حکم عقل هم، انسان‌ها با هم مساوی هستند و هیچ کس حق برتری بر دیگری ندارد و لذا انسان‌ها حق دارند بی‌هیچ تبعیضی از حق فطری خود در بهره‌مندی از آزادی استفاده نمایند.

ثالثاً، نتیجه منطقی آنچه گفتیم آن است که بهره‌مندی از آزادی چون مطابق اصل است، نیاز به دلیل و توجیه ندارد. آنچه محتاج استدلال است سلب آزادی است که مدعی آن در موارد خاص باید ادله معتبر (در فقه با ادله معتبر فقهی و در حقوق دلیل‌های قانونی) آن را ثابت نماید.

سؤال قابل طرح در این مقام این است که آیا شخصی که متهم است و دلایل و قرائنی علیه او وجود دارد نیز مثل سایر افراد بهره‌مند از اصل آزادی است. ممکن است ادعا شود متهم از آن جهت که در معرض اتهام قرار گرفته نمی‌تواند آزاد باشد یا حداقل آزادی او پس از اتهام اصل نیست. اینجاست که اصل برائت متهم که فرضی پذیرفته شده در تمام نظام‌های حقوقی است، به عنوان مهم‌ترین دلیل اصل آزادی متهم مطرح می‌گردد؛ مفهوم اصل برائت عبارت است از فرض بی‌گناهی متهم؛ مهم‌ترین اثر پذیرش این فرض آن است که در مراحل رسیدگی نباید متهم اثبات کند که مرتکب جرم نشده است و لذا باید از هرگونه پیش‌داوری وی قبل از پایان رسیدگی پرهیز شود. همچنین به اقتضای این اصل مدعی مجرمیت باید مدعای خود را اثبات کند.

#### مقایسه اصل برائت کیفری با اصل برائت اصولی

در علم اصول فقه، یکی از اصول عملیه که کاربرد آن در ابواب مختلف فقهی نیز بسیار زیاد است، اصل برائت است. مجرای اصول عملیه شک است به این معنی که هرگاه در حکم یا موضوع حکم شرعی، تردید داشته باشیم در مقام عمل به یکی از اصول عملیه متوسل می‌شویم. اغلب اصولیون معتقدند، اصل عملیه بنا بر حصر عقلی، منحصر در چهار اصل است؛ زیرا در مقام تردید یا حالت سابقه مورد توجه قرار می‌گیرد یا خیر، حالت اول محل جریان اصل استصحاب است. در صورتی که حالت سابقه وجود نداشته باشد یا مورد توجه قرار نگیرد، خود دارای دو صورت است؛ زیرا یا عمل به احتیاط ممکن است یا نیست. صورت دوم جای اجرای اصل تخییر است و جایی که عمل به احتیاط ممکن باشد نیز دو گونه است: یکی آنکه دلیلی بر وجوب عمل به احتیاط وجود دارد که در این صورت، باید اصل احتیاط اجرا شود و دیگر آنکه دلیلی بر وجوب احتیاط وجود ندارد که جای جریان اصل برائت است. با این وصف مفهوم اصل برائت در اصول فقه که به آن اصالة البرائه نیز گفته می‌شود آن است که در مواردی که در حکم وجوب یا حرمت شک داریم، معتقد شویم که در مقام عمل موظف به آن نیستیم. به مفهومی که بیان شد، اصل برائت اصولی با اصل برائت متهم از مجرمیت که در حقوق جزا از آن بحث می‌شود متفاوت است. اگر چه در برخی

مصادیق به لحاظ نتیجه این دو اصل در عمل منجر به عدم مجازات متهم می‌شوند، ولی واضح است که به لحاظ مفهوم با یکدیگر تفاوت دارند. به این لحاظ نمی‌توان ادله اصل برائت اصولی را به تنهایی به عنوان دلیل‌های اصلی برائت کیفری تلقی نمود.

### جایگاه فرض برائت در رسیدگی کیفری

یکی از مهم‌ترین دلایلی که «اصل عدم جواز بازداشت موقت» را توجیه می‌کند، اصل برائت است چنانکه بیان شد نتیجه پذیرش اصل آزادی و اصل برائت آن است که سلب آزادی متهم پیش از محاکمه و حتی در دوران رسیدگی به اتهام وی، قبل از اثبات مجرمیت به استناد دلیل قانونی و در دادگاه صالح، جایز نیست. این مطلب هم مسلم است که علی‌رغم لازم‌الاحترام بودن آزادی و امنیت افراد، ارتکاب جرم به عنوان یک حقیقت تلخ در هر جامعه‌ای مطرح است و دولت‌ها به همان اندازه که متعهد به احترام نسبت به آزادی افراد جامعه‌اند، متعهد به مبارزه با مجرمان برای حفظ نظم و امنیت جامعه هستند. اما در تلفیق بین حرمت اشخاص و حفظ آزادی آنها از یک طرف و نظم و امنیت جامعه از طرف دیگر، باید توجه داشت که آزادی به عنوان حق طبیعی و فطری امری رایج و متداول است و تعرض به نظم و امنیت، امری استثنایی به شمار می‌رود. اگرچه آنگاه که مجرمیت مجرم به صورت قانونی و قطعی در محکمه صالح قانونی به اثبات برسد، مسلماً دولت‌ها می‌توانند بلکه ملزمند مجرم را برای اجرای کیفر بازداشت نمایند و این یکی از مهم‌ترین استثنائات اصل آزادی است.

### ادله فقهی فرض برائت

گرچه در فقه اصل مستقلاً تحت عنوان اصل برائت به مفهومی که در حقوق جزای عرفی، مشهور است، مطرح نگردیده، اما ادله متعدد فقهی بر اینکه مفهوم این اصل در شرع مقدس اسلام پذیرفته شده و به مفاد آن در حقوق کیفری اسلام عمل می‌شود دلالت دارد. از جمله مهم‌ترین ادله:

#### الف) قاعده درأ

بی‌گمان یکی از مشهورترین قواعد در فقه جزایی اسلامی که نخست در باب حدود مطرح شده و به تعزیرات و سایر مجازات‌ها تسری داده شده است قاعده درأ است. شهرت این قاعده به گونه‌ای

است که ظاهر فقهای امامیه و حتی اهل سنت، پذیرش و تسالم بر آن است تا جایی که سبزواری اینگونه می‌گوید «من القواعد التي ارسلوها ارسال المسلمات و جعلوها مما استدلت بها عليها» (سبزواری ۱۴۱۷ ج ۲۷: ۲۲۶) یعنی قاعده در آن زمره قواعدی است که فقها آن را از مسلمت دانسته و به وسیله آن فروع زیادی را اثبات کرده‌اند نه اینکه برای اثبات آن دلیل بیاورند.

صدوق در کتاب *من لا يحضره الفقيه* می‌فرماید که رسول خدا<sup>(ص)</sup> فرمودند: «ادروا الحدود بالشبهات» همچنین ایشان در کتاب *مقنع* روایت مذکور را مرسلأً به امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup> نسبت داده‌اند «عن رسول الله: ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فان كان له مخرج فخلوا سبيله؛ فان الامام ان يخطى في العفو خير من ان يخطى في العقوبة» بدین ترتیب این روایت به دو طریق مرسلأً و به لسان واحد نقل شده است. از روی موازین فن حدیث، روایت مذکور چون از روایات مرسله است مشمول ادله حجیت خبر واحد نمی‌شود، یعنی باید روایت مسند باشد و تمامی سلسله سند آن معتبر باشد و به امام معصوم<sup>(ع)</sup> و پیامبر اکرم<sup>(ص)</sup> برسد تا واجد اعتبار باشد. اما به نظر برخی از فقها برخی مراسیل حکم مسانید را دارند که از جمله آنها مراسیل صدوق است. مواردی هست که ایشان روایت را به طور مرسل نقل می‌کنند؛ یعنی نمی‌فرمایند که «روی عن رسول الله» بلکه می‌فرمایند «قال رسول الله». این سنخ مراسیل در حکم مسانیدند و در واقع برای رعایت اختصار سند، حذف و ساقط شده است و روایت به صورت اصل مسلم نقل شده است. گروهی دیگر هم معتقدند که مرسله اعتبار ندارد و میان مراسیل صدوق و دیگر مراسیل فرقی نیست؛ یعنی وقتی روایت حجیت دارد و ادله حجیت خبر واحد شامل آن می‌شود باید مسند و تمامی سلسله سندش نیز معتبر باشد. در باب حجیت خبر واحد نیز باید به این نکته نیز توجه داشت که علاوه بر مسند بودن روایت، خبر باید موثق الصدور باشد؛ زیرا بنای عقلا بر این امر است. وثوق به صدور خبر گاه از عدالت و وثاقت راوی حاصل می‌شود و گاه نیز این نتیجه از عمل اصحاب و بزرگان و متقدمان به دست می‌آید. اگر دیدیم که همه فقها بر طبق یک روایت عمل کرده‌اند و مطابق آن فتوا داده‌اند و این جمع از اشخاص قریب‌العصر امام معصوم<sup>(ع)</sup> هستند، وثوق حال می‌شود. از این جمله‌اند علی بن بابویه و کلینی و صدوقین و شیخ مفید و سید مرتضی و شیخ طوسی که وقتی به روایتی عمل کردند وثوق پیدا می‌شود که روایت مربوط صادر از معصوم<sup>(ع)</sup> است. گاه نیز وثوق ناشی از توثیق کتب رجالی است. همچنین به قاعده مورد بحث ما یعنی «ادروا الحدود بالشبهات» تمامی فقها عمل کرده‌اند و به روایت مربوط استناد کرده و بر اساس آن فتوا داده و بدین ترتیب آن را مسلم

دانسته‌اند و به اصطلاح شهرت عملی آن محقق است. و مطلقاً ادله حجیت خبر واحد این مورد را دربرمی‌گیرد؛ زیرا نباید گفت که صرف مرسله بودن موجب می‌شود روایت از اعتبار بیفتد.

ب) دلیل دوم تسالم اصحاب است بر حجیت این قاعده؛ یعنی تمامی اصحاب امامیه بلکه فقهای اسلام به این قاعده استناد کرده‌اند و مطابق آن فتوا داده‌اند، در اکثر مسائل جزایی هرگاه شبهه‌ای پیش آمده است فقهای ما فرموده‌اند: «لانه من الشبهات الدرأه» و بنابراین گفته‌اند که حد جاری نمی‌شود یا قصاص و تعذیر ساقط می‌شود لذا این تسالم از اجماع هم بالاتر است. امام خمینی در درس‌هایشان مکرر می‌فرمودند، اگر فقهای عظام و متقدمان و کسانی که قریب العصر به معصوم هستند، همگی متفقاً در امری فتوی دهند و در یک راه حرکت کردند. خود بزرگ‌ترین دلیل است برای ما ولو آنکه روایتی بر طبق آن فتوی نباشد و یا روایت ضعیف باشد؛ زیرا این اتفاق دلیل بزرگ‌تر است (موسوی بجنوردی ۱۳۸۵: ۱۵۴).

با این بیان می‌توان نتیجه گرفت که با پذیرش قاعده «درأ الحدود بالشبهات» در فقه اسلامی، مفاد فرض برائت کیفری به مفهومی که در حقوق جزا مطرح است در متون فقهی پذیرفته شده و به آن عمل می‌شود.

#### ب) قاعده ترجیح اشتباه در عفو بر اشتباه در کیفر

این قاعده برگرفته از کلام پیغمبر است که فرمود: «ان الامام ان یخطی فی العفو خیر من ان یخطی فی العقوبه» به روشنی بر اعتبار اصل برائت در حقوق کیفری اسلام دلالت دارد. معنا و مفاد این قاعده آن است که صدور حکم به مجازات تنها در صورتی صحیح است که ارتکاب جرم از ناحیه وی با دلیل معتبر ثابت باشد. بنابراین اگر تردیدی در ارتکاب جرم از ناحیه متهم یا در تطبیق عنوان مجرمانه بر فعل منتسب به وی وجود داشته باشد، باید حکم به برائت متهم شود؛ زیرا در صورت تردید، برائت متهم برای جامعه بهتر و از جهت اجرای عدالت سزاوارتر است (عوده بی‌تاج ۱: ۲۷). مفهوم صادره از قاعده بالا دقیقاً مفاد اصل برائت است

#### فرض برائت در اسناد بین‌المللی

فرض برائت کیفری که می‌توان آن را میراث مشترک حقوقی همه ملل مترقی جهان محسوب کرد بعد از جنگ جهانی دوم مورد استقبال و عنایت خاص حقوقدانان و قانونگذاران در حقوق داخلی

کشورها و نیز موضوع اعلامیه‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی و منطقه‌ای قرار گرفته است. در این خصوص مهم‌ترین سند بین‌المللی، اعلامیه جهانی حقوق بشر سازمان ملل متحد است؛ در این اعلامیه در بند ۱ ماده ۲ به‌طور صریح و روشن اصل برائت به عنوان یکی از حقوق بنیادین انسان معرفی شده است و از جمله دیگر اسناد بین‌المللی که به مفاد این اصل اشاره داشته بند ۲ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۶۶ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و ... است.

### توجیه اصل آزادی متهم از طریق فرض برائت:

مدعای ما در این مقاله اثبات اصل عدم جواز بازداشت موقت یا به تعبیر دیگر اصل آزادی متهم در دوران اتهام است. برای اثبات این اصل به دو اصل آزادی و برائت تمسک جستیم و دلایل آنها را هم در فقه و هم در اسناد بین‌المللی بررسی کردیم. حال باید این مطلب توجیح شود که چرا با پذیرش دو اصل آزادی و برائت باید بپذیریم، در دوران اتهام اصل بر آزادی متهم است و بازداشت وی به صرف اتهام جایز نیست. قبل از بیان این توجیه، مجدداً تأکید می‌نماییم که برای توجیه اصل آزادی متهم به هر دو اصل آزادی و اصل برائت نیازمندیم و بدون یکی از آن دو اصل دیگر کافی نیست.

در دوران اتهام و قبل از اینکه مجرمیت متهم در دادگاه صالح و با ادله کافی اثبات شود ما با شخصی مواجهیم که با توجه به قرائن و شواهد، اتهام متوجه وی است. به همین دلیل موضوع مورد بحث بازداشت متهم است. سخن در این است که صرف توجه اتهام حتی اگر ظن به مجرمیت وی هم وجود داشته باشد مجوز سلب آزادی از وی نیست؛ چرا که به دلیل اصل برائت موظفیم در دوران اتهام و قبل از اثبات مجرمیت یا عدم مجرمیت وی، فرض را بر برائت وی بگذاریم. مفاد اصل برائت آن است که در مورد متهم باید فرض عدم مجرمیت را حاکم بدانیم و بدین لحاظ تمام آثار عدم مجرمیت بر وی بار شود. به سخن دیگر متهم مثل سایر افراد جامعه است. با این وصف، اصل آزادی به کمک اصل برائت می‌آید. مفاد اصل آزادی این است که شهروندان اصولاً حق آزادی دارند و بهره‌مندی آنان از آزادی محتاج دلیل نیست. آزادی هر شهروند اصل است و سلب آزادی در موارد استثنا و برخلاف اصل صرفاً به تصریح قانون امکانپذیر است. بدین ترتیب مقام قضایی قاعدتاً حق ندارد در مقام توجیه بازداشت متهم بگوید، بازداشت صرفاً به دلیل آن است که شخص، متهم به ارتکاب جرم خاصی است، بلکه برای توجیه سلب آزادی باید به یک

دلیل قانونی که بتواند اصل آزادی متهم را تخصیص بزند، استناد نماید. و این همان است که در مقاله حاضر به عنوان «اصل عدم جواز بازداشت موقت یا اصل آزادی متهم» تعبیر نموده‌ایم.

اما علی‌رغم قطعیت اصل آزادی متهم (اصل عدم جواز بازداشت موقت) هم در فقه و هم اسناد مهم بین‌المللی و لزوم مطابقت قوانین در جمهوری اسلامی با شرع مقدس اسلام، متأسفانه مقررات مربوط به بازداشت موقت در حقوق ایران با اصل آزادی متهم تعارضاتی دارد. البته در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، تا حد زیادی این تعارض رفع گردیده و مطابق اصل آزادی متهم، قوانین بازداشت موقت تنظیم یافته است. مهم‌ترین دستاورد قانون مذکور، تصریح به اصل عدم جواز بازداشت موقت (اصل آزادی متهم) است. در ماده ۲۳۷ این قانون آمده است: «صدور قرار بازداشت موقت جایز نیست مگر در مورد جرایم زیر در صورتی که قرائن و امارات قوی دلالت بر توجه اتهام به متهم کند...». عبارت «صدور قرار بازداشت موقت جایز نیست مگر در...» دقیقاً بیانگر اصل عدم جواز بازداشت موقت است. اثر منطقی پذیرش این اصل آن است که هر گاه مقام قضایی در صدور صدور قرار بازداشت موقت باشد باید دلایل قانونی مستدلی را بیان نماید. به همین لحاظ در ماده ۲۳۹ نیز تصریح گردیده «قرار بازداشت موقت باید مستدل و موجه بوده، مستند قانونی و ادله آن و حق اعتراض متهم در متن قرار ذکر شود».

لذا از مجموعه مطالبی که در مورد اصل آزادی و فرض برائت (اعم از مباحث فقهی و مباحث مربوط به اسناد بین‌المللی بیان شد، می‌توانیم امور ذیل را به عنوان نتایج بحث مطرح نماییم:

اولاً در فقه و اسناد بین‌المللی، آزادی و برائت اصل است. بنابراین مدعی جواز سلب آزادی و مجرمیت باید با دلیل معتبر خلاف اصل را ثابت نماید.

ثانیاً اصل آزادی و فرض برائت، اصولی فراگیر هستند و شامل همه افراد جامعه می‌گردند.

ثالثاً پذیرش دو اصل آزادی و برائت مستلزم قبول (اصل عدم جواز بازداشت موقت) است.

### استثنائات و آثار اصل آزادی متهم

پذیرش اصل آزادی متهم به مفهوم آن نیست که این اصل، استثنایی ندارد، بلکه در پاره‌ای موارد تأمین عدالت و تضمین حقوق و آزادی‌های سایر شهروندان ایجاب می‌کنند که قاضی از اصول آزادی و برائت عدول نماید و از داوری «تلخ» ولی «مؤثر» بازداشت موقت استفاده نماید. آنچه در این میان مهم است، آنکه استثنا و خروج از اصل بر پایه چه معیارها و ملاک‌هایی استوار است؟

قانونگذاران در تعیین موارد جواز بازداشت موقت از چه اصولی باید تبعیت کنند و مقام قضایی به هنگام تصمیم‌گیری در این خصوص چه ضوابطی را باید مد نظر قرار دهد؟  
از جمله معیارهایی که نظام‌های مختلف قضایی برای اجرای بازداشت موقت از آن پیروی کرده‌اند عبارتند از:

### ۱) اهمیت جرم یا شدت مجازات آن

بر اساس این شیوه‌تقنینی که هنوز تعدادی از کشورها دست کم در برخی از موارد توقیف احتیاطی از آن تبعیت می‌کنند، صرف مهم بودن جرم مورد اتهام، که تبعاً مجازات شدیدی نیز داراست. به مقام قضایی اجازه می‌دهد، با استناد به نوع اتهام و بدون آنکه ملزم باشد امر دیگری (مثل احتمال فرار، تبانی و امثال آن) را مورد ارزیابی قرار دهد متهم را بازداشت نماید. نکته قابل ذکر اینکه حتی بعضی از قانونگذاران، صرف متهم شدن به برخی از جرایم مهم یا با مجازات شدید را موجب اجباری شدن صدور قرار بازداشت متهم به آن جرم دانسته‌اند. روشن‌ترین مثال برای این مطلب، ماده ۳۵ قانون آیین دادرسی کیفری قدیم مصوب ۱۳۷۸ می‌باشد. در اینجا تنها ملاک برای تجویز بازداشت متهم، صرف اتهام وی به جرم پر اهمیت و دارای مجازات شدید است. ملاکی که با هیچ توجیهی نمی‌توان به استناد آن از اصول مهم آزادی و برائت عدول کرد چرا که این شیوه‌تقنینی نه منطبق با اسناد بین‌المللی است و نه موازین شرعی آن را تأیید می‌کند:

در اسناد بین‌المللی با توجه به تأکید بسیار اعلامیه حقوق بشر و نیز کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی سازمان ملل به اصل آزادی و نیز اصل برائت و با عنایت به اینکه روح حاکم بر این دو سند بین‌المللی مشعر به آن است که سلب آزادی و بازداشت موقت به صورت استثنا و در حد ضرورت اعمال گردد، می‌توان به این نتیجه قطعی رسید که بر اساس این دو سند مهم بین‌المللی، تنها اهمیت جرم اتهامی یا شدت مجازات قانونی مجوز سلب آزادی متهم نیست.

در فقه نیز در بین ادله و نظریات فقهی تنها سند روایی معتبر و قابل قبولی که از آن جواز بازداشت موقت قابل استفاده است روایت سکونی است: «ان النبی (ص) کان یحبس فی تهمة الدم ستة ايام فان جاء اولیا المقتول ببینه، و اأخلى سبیله» (کلینی ۱۳۶۳ ج ۷: ۳۷۰) گرچه این روایت از جهت سند، ضعیف دانسته شد، اما ظاهراً به دلیل جبران ضعف سند به وسیله عمل اصحاب، تعداد زیادی از فقها این روایت را مستند فتوای خود قرار داده و بر اساس آن نظر داده‌اند. امام خمینی نیز



این روایت را مستند فتوای خود قرار داده‌اند (موسوی بجنوردی ۱۳۹۰: ۵۱۱). ممکن است در بدو امر چنین تصور شود که با توجه به این روایت باید پذیرفته شود که حداقل در اتهام قتل عمدی به صرف توجه اتهام به متهم، بازداشت وی جایز است، اما چنین برداشتی صحیح به نظر نمی‌رسد. گرچه در روایت مورد اشاره جواز بازداشت متهم به قتل عمد بیان شده اما با توجه به ادله متعددی که بر اصل آزادی افراد دلالت دارد و نیز با عنایت به اهمیت زایدالوصفی که شریعت مقدس اسلام به اصل برائت نموده، اطلاق مذکور در این روایت باید به فرضی مقید شود که امکان رسیدگی و احقاق حق اولیای دم در قتل عمدی جز با بازداشت متهم میسر نباشد. امام خمینی در *تحریر الوسیله* از روایت سکونی اینگونه برداشت می‌فرماید که اصولاً جواز بازداشت متهم، به منظور احقاق حق اولیای دم است (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۱ و ۲: ۹۲۰ م ۹) و بدیهی است با این برداشت، جواز بازداشت محدود به صورتی است که احقاق حق آنان منوط به بازداشت وی باشد. به این ترتیب می‌توان چنین اظهار نظر کرد که حتی با توجه به روایت سکونی نیز، صرف اتهام به قتل عمدی مجوز بازداشت متهم نیست. گرچه در روایت سکونی عبارت «تهمة الدم» بیان شده ولی فقهای اسلامی، تنها در اتهام قتل عمدی به این روایت عمل کرده‌اند بنابراین تعمیم حکم مذکور در آن به سایر جنایات علیه اشخاص مثل ضرب و جرح عمدی فاقد توجیه است، بویژه آنکه حکم مذکور در آن مخالف اصل است. گرچه واژه «دم» مطلق است و شامل قتل و جرح می‌شود اما واژه «اولیا» که مراد از آن اولیای دم است، باعث ظهور روایت در اتهام قتل عمدی می‌گردد.

بنابراین آنچه در بدو امر ممکن است از روایت سکونی برداشت شود که صرف اتهام به جرم مهم و مجازات سنگین مجوز بازداشت است. اما با دقت در روایت و با توجه به فهم فقها حداقل در بین کسانی که به این روایت تمسک جسته و به مضمون آن عمل نموده‌اند، اجماع و اتفافی در این برداشت وجود ندارد.

تنها راه توجیه بازداشت موقت توجیه آن از طریق تصور تراحم بین دو تکلیف شارع مقدس است. در علم اصول فقه این مطلب ثابت است که هرگاه بین دو تکلیف شرعی در مقام امتثال تراحم باشد به نحوی که اجرای یکی مستلزم ترک دیگری و بالعکس باشد و به هیچ وجه نتوان هر دو تکلیف را امتثال نمود. بنا به قاعده الایم فالایم، امتثال تکلیفی مقدم می‌شود که در نظر شارع از اهمیت بیشتری برخوردار باشد. در موضوع مورد بحث ما نیز گاه در امتثال دو تکلیف شرعی در مقام عمل، تراحم حاصل می‌شود. یکی تکلیف حرمت بازداشت موقت و دیگری وجوب احقاق

حق و جلوگیری از ظلم به مجنی علیه یا شاکی یا جامعه اسلامی. توضیح اینکه همان گونه که در بخش نخست این تحقیق مفصلاً بیان شد، ادله اصل آزادی و اصل برائت و نیز دلایل خاص دیگری که بیان شد، مستلزم حرمت بازداشت متهم قبل از اثبات جرم است. از طرفی وقتی جرمی واقع می شود و شخصی متهم به ارتکاب آن می گردد، مسلماً حق عمومی جامعه و نیز زیان دیده از جرم (در صورتی که جنبه خصوصی نیز وجود داشته باشد) برای قاضی صالح به رسیدگی، تحقیق و تفحص پیرامون آن جرم را واجب می سازد. طبیعی است امثال هر دو تکلیف مذکور در بسیاری از موارد امکانپذیر است و هیچ تراحمی حاصل نمی شود. تبعاً در این موارد مقام قضایی نمی تواند نسبت به حرمت بازداشت متهم بی اعتنا باشد. اما در برخی موارد در مقام امثال، احقاق حق و رسیدگی به جرم مورد اتهام میسر نیست جز اینکه برای مدتی متهم بازداشت باشد. در این صورت (و البته با در نظر گرفتن جمیع جهات از جمله اهمیت و حق الهی یا حق الناسی بودن جرم مورد اتهام، شخصیت متهم، خوف فرار یا تبانی متهم با شرکا یا شهود، احتمال از بین بردن مدارک و آلات جرم) ممکن است از باب تراحم در امثال دو تکلیف مذکور، قائل به این شد که شرعاً تحت شرایطی بازداشت موقت متهم جایز باشد.

در نتیجه تحت هیچ شرایطی نمی توان ادعا کرد که صرف توجه اتهام جرمی ولو مهم و با مجازات شدید به شخصی و بی آنکه ضرورتی (مثل احتمال فرار یا تبانی و...) ایجاب نماید، مجوز عدول از اصل حرمت بازداشت موقت تلقی شود و علت مقید کردن جواز بازداشت موقت در قتل عمدی طبق دیدگاه امام به خوف فرار متهم رعایت اصل برائت و اصل حرمت بازداشت پیش از محاکمه است و از طرفی تراحم در امثال دو تکلیف پیش می آید که امام با قید و ضرورت خوف فرار متهم، به رفع تراحم پرداخته اند.

## ۲) جلوگیری از فرار یا پنهان شدن متهم

یکی دیگر از اموری که به عنوان ملاک تجویز بازداشت موقت از آن یاد می شود جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم است. روشن است که تشخیص این امر برعهده مقام قضایی است و در صورت احراز باید این اختیار به قاضی پرونده داده شود که اگر هیچ عامل دیگری نتواند از فرار یا پنهان شدن وی جلوگیری کند وی را بازداشت نماید. البته سؤالی که در اینجا قابل طرح است اینکه آیا خوف فرار یا پنهان شدن نیز مجوز صدور قرار بازداشت موقت می تواند باشد یا خیر؟ چرا

که بیم فرار یک حالت ذهنی روانی است که به ساختار شخصیتی و وضعیت روحی دماغی افراد ارتباط دارد و از فردی به فرد دیگر متفاوت است و بدیهی است اگر بیم فرار نیز به عنوان یک ملاک جواز بازداشت موقت تلقی شود باید با توجه به مجموعه اوضاع و احوال حاکم بر پرونده به این نتیجه رسید که نوعاً خطر فرار یا پنهان شدن متهم وجود دارد. قبل از هر توضیح دیگری نخست سراغ اسناد بین‌المللی می‌رویم تا جایگاه این امر در جواز بازداشت موقت را بررسی کنیم و سپس موضوع را از جهت ادله شرعی بررسی خواهیم کرد. در اعلامیه حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، به صراحت در مورد اینکه جلوگیری از فرار یا پنهان شدن متهم مجوز بازداشت تلقی گردد، سخن به میان نیامده است. اما با توجه به اصول کلی حاکم بر این دو سند بین‌المللی می‌توان دریافت که در صورتی که هیچ تضمینی برای حضور متهم برای تحقیقات و رسیدگی به جرم نزد مرجع قضایی به جز بازداشت وجود ندارد، بازداشت متهم برای جلوگیری از فرار یا پنهان شدن وی در حد ضرورت مجاز می‌باشد. «بیم فرار» به صراحت در اعلامیه نیامده اما از اصول علمی حاکم بر اعلامیه می‌توان اینگونه نتیجه گرفت: اگر هیچ تضمینی برای حضور متهم به جز بازداشت وجود نداشته باشد می‌توان در حد ضرورت متهم را بازداشت نمود. با توجه به بند ۳ ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که مقرر می‌دارد «بازداشت افرادی که در انتظار دادرسی‌اند نباید قاعده کلی باشد، لیکن آزادی موقت ممکن است موقوف به اخذ تضمین‌هایی باشد که حضور متهم را در جلسه دادرسی و سایر مراحل قضایی حسب مورد برای اجرای حاکم، تأمین نماید»، در صورتی که هیچ تضمینی برای حضور متهم در جلسه دادرسی یا سایر مراحل قضایی نباشد، مقام قضایی حق خواهد داشت در حد ضرورت، به بازداشت موقت متهم متوسل گردد. نحوه بیان بند مذکور به نحوی است که حالت خطر فرار یا پنهان شدن متهم را نیز شامل می‌شود. نکته بسیار مهمی که نباید از آن غفلت شود اینکه بازداشت، در صورتی توجیه پذیر است که هیچ تضمین دیگری مانع از فرار یا پنهان شدن متهم نشود.

با عنایت به آنچه در مورد دلایل فقهی بازداشت موقت ذکر گردید مبنی بر اینکه، جواز سلب آزادی از متهم تنها از طریق تصور تراحم بین حرمت سلب آزادی از متهم و وجوب تحقیق و تفحص در مورد جرم مورد اتهام امکان‌پذیر است، می‌توان چنین اظهار نظر نمود که یکی از مهم‌ترین مصادیق تصور تراحم یاد شده، موردی است که در مورد متهم به جرایم پراهمیت احتمال فرار یا پنهان شدن وی وجود داشته و عملاً هیچ تضمین دیگری مقام قضایی را مطمئن از

عدم فرار ننماید. همانگونه که قبلاً بیان شد امام خمینی جواز توقیف متهم به قتل عمد را مقید به صورتی نموده است که در مورد متهم وثوق به عدم فرار وی نباشد.

فقهایی که جواز بازداشت پیش از محاکمه را مقید به وجود مصلحت مهم و به میزان ضرورت کرده‌اند نیز در واقع، توقیف متهم در جرایم مهم در صورت وجود احتمال فرار متهم را پذیرفته‌اند و روشن است که مصلحت و ضرورت زمانی مصداق می‌یابد که هیچ تضمین دیگری که به وسیله آن بتوان از فرار متهم جلوگیری نمود وجود نداشته باشد.

نکته قابل ذکر اینکه اولاً مراد از احتمال فرار مورد اشاره در اقوال فقها، احتمال عقلایی است که مستند به قرائن و شواهد حاکم بر پرونده باشد و ثانیاً مقام قضایی باید برای توجیه بازداشت متهم و با استناد به قرائن و شواهد مذکور، احتمال عقلایی مذکور را اثبات نماید به نحوی که در مقام تراحم بین حرمت سلب آزادی از متهم و لزوم احقاق حق و اجرای احکام شرعی احراز گردد که در عمل، رسیدگی و بررسی جرم مورد اتهام جز از طریق حضور متهم نزد مقام قضایی میسر نیست و هیچ تضمینی جز بازداشت وی نمی‌تواند حضور به موقع او را نزد مقام قضایی تضمین نماید.

### ۳) جلوگیری از آثار امحای جرم و تبانی

سومین موردی که به استناد آن در برخی از قوانین، بازداشت پیش از محاکمه متهمان را تجویز نموده‌اند جلوگیری از امحا و نابود کردن آثار جرم و نیز تبانی با شهود یا سایر متهمان است. امحای آثار جرم اگر چه از جهت مفهوم با تبانی متهم با شهود و مطلعان متفاوت است اما از آنجا که هم در بررسی فقهی و هم از جهت اسناد بین‌المللی ملاک هر دو یکسان است، بحث از آن به صورت مشترک مطرح گردید.

در اسناد بین‌المللی: اگر چه در اعلامیه جهانی حقوق بشر و نیز میثاق بین‌المللی به صورت مستقل از امور یاد شده به عنوان مجوز بازداشت موقت نامی برده نشده است اما با توجه به تأکید دو سند مذکور بر اجرای عدالت در رسیدگی‌های کیفری، می‌توان چنین استنباط نمود که در صورتی که آزادی متهم، خللی در اجرای عدالت در رسیدگی ایجاد نماید و متهم آثار جرم را مخدوش نماید یا با متهمان دیگر و یا شهود به نحوی تبانی کند که روند دادرسی کیفری را با مانع مواجه نماید، بازداشت وی جایز است. بر همین اساس در بند ۲ اصل ۳۶ «مجموعه اصول حمایت از

کلیه اشخاص که تحت هرگونه بازداشت یا حبس قرار دارند» بازداشت متهم را در زمان تحقیقات با هدف اجرای عدالت و بر اساس مدارک و تحت شرایط آئین دادرسی مذکور در قانون مجاز دانسته است. روشن است که در مواردی ممکن است اجرای عدالت یا حمایت از جامعه و قربانیان از طریق امحای آثار جرم به دست متهم یا به وسیله تبانی وی با سایر متهمان یا شهود مخدوش گردد، آنچه در این میان مهم است اینکه:

اولاً: از بین بردن آثار جرم، جا به جا کردن دلایل، جایگزین کردن یا تغییر آنها، به گونه‌ای که جنبه دلیل بودن را از دست بدهند و امثال آن، اغلب در ساعات، روزها و حداکثر هفته‌های اول کشف جرم و تعقیب متهم مصداق می‌یابد، بنابراین بازداشت متهم به مدت طولانی به ادعای امحای آثار جرم فاقد وجهت است (آشوری ۱۳۸۲ ج ۲: ۱۴۸-۱۴۷).

ثانیاً: در مورد تبانی با شهود یا سایر متهمان نیز، صرف تماس با شهودی که بتوانند به نفع متهم شهادت دهند و مذاکره با آنان مادام که توأم با فشار، تهدید یا تطمیع نباشد یا خاطرات غلطی را به آنان تلقین کند قابل ایراد نیست همچنانکه تماس با خویشان با درجه معین که طبق قانون می‌توانند از ادای شهادت به نفع متهم به دلیل وجود رابطه خویشاوندی امتناع کنند و تقاضای متعارف از آنان مبنی بر خودداری از ادای گواهی فاقد اشکال است.

ثالثاً: تشخیص اینکه موردی مصداق خطر امحای آثار جرم یا تبانی یا اعمال فشار بر شهود، مطلعان یا سایر متهمان جرم است برعهده مقام قضایی است. البته توجه این تشخیص ضروری است به این معنی که مقام قضایی باید با استناد به اوضاع و احوال و قرائن موجود در پرونده و نیز لحاظ شخصیت متهم، سابقه وی و مجموعه اقدامات عملی که احتمالاً توسط متهم صورت پذیرفته (مثل تهدید، تطمیع و غیره) توجه نماید که آزاد بودن متهم موجب از بین رفتن آثار و دلایل جرم شده یا باعث تبانی با متهمان دیگر یا شهود و مطلعان واقعه می‌گردد.

#### جلوگیری از امحای آثار جرم و تبانی در فقه

در بررسی فقهی این ملاک نیز باید خاطر نشان کرد که در ادله فقهی و نیز نظریاتی که فقیهان اسلامی بیان نموده‌اند مستقلاً «امحای آثار جرم و تبانی با شهود و متهمان» به عنوان ملاک جواز بازداشت موقت یاد نشده است. با این حال در صورتی که ملاک اصلی تجویز بازداشت موقت در فقه اسلامی چنان که بیان شد، اجرای قاعده باب تزاحم باشد، می‌توان مصادیقی را تصویر نمود که

از باب تزاحم و در مقام عمل، بازداشت متهم پیش از اثبات مجرمیت، به دلیل وجود قرائن و شواهدی که خطر از بین بردن آثار جرم یا تبانی با متهمان دیگر یا شهود را به صورت نوعی اثبات می‌نماید، بازداشت متهم جایز باشد. بدیهی است جواز یاد شده محدود به شرایطی است که هیچ راه حل دیگری خطر مذکور را مرتفع نسازد و برای جلوگیری از تضییع حقوق بزه دیدگان و جامعه، سلب آزادی متهم ضروری باشد.

به نظر می‌رسد فتاوی آن دسته از فقیهانی که جواز بازداشت متهم را به وجود مصلحت مهمی منوط کرده اند نیز بتوان با مطالبی که بیان شد منطبق دانست (موسوی اردبیلی ۱۴۱۸: ۲۵۹). چرا که تنها راه توجیهی جواز بازداشت موقت به دلیل وجود مصلحت، توجیه آن از باب تزاحم به وجهی که بیان شد، می‌باشد.

## منابع

- نهج البلاغه
- آشوری. محمد. (۱۳۸۲) جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بنیادین، تهران: نشر گردش، چاپ اول.
- آقابابایی نبی، ابراهیم. (۱۳۸۴) بازداشت موقت از نگاه فقه حقوق، دفتر نشر پژوهش‌های اسلامی.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۱ق) تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق) الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- سبزواری، سید عبد الاعلی. (۱۴۱۷ق) مهذب الاحکام، دفتر آیت الله سبزواری، چاپ چهارم.
- طباطبایی، سید محمد حسین. (۱۴۰۴ق) المیزان فی التفسیر القرآن، قم: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- عوده، عبدالقادر. (بی تا) التشریح الجنایی الاسلامی، بیروت: دارالکتاب العربی.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۶۳ق) اصول کافی، تهران: دارالکتاب الاسلامیه.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۱۸ق) فقه القصاص، قم: انتشارات نجات، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۸۵) قواعد فقهیه، تهران: مجد، چاپ اول.
- ..... (۱۳۹۰) مباحث حقوقی تحریر الوسیله، تهران: مجد، چاپ اول.
- مهرپور، حسین. (۱۳۷۴) حقوق بشر در اسناد بین المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران، تهران: موسسه اطلاعات، چاپ اول.
- نیشابوری، مسلم بن حجاج. (بی تا) صحیح مسلم، بیروت: دارالفکر.