

## امکان سنجی استناد به ادله غیر قانونی برای اثبات جرم در فقه و حقوق موضوعه ایران

وحید نکونام\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۴/۳۰

### چکیده

ادله اثبات جرم، موضوعی اساسی در نظام های حقوقی مختلف است و حسب آن که رویکرد حاکم بر طرق اثبات دعوی، سیستم ادله قانونی و یا اقناع وجدان قاضی باشد این ادله متفاوت است؛ لیکن در هر دو سیستم، بحث اساسی، مشروعیت تحصیل دلیل است؛ یعنی صرف قانونی بودن دلیل کافی نبوده بلکه لازم است تحصیل آن نیز با ابزارها و شیوه های مشروع صورت پذیرد. از منظر فقهی، حکم تکلیفی تحصیل ادله از طرق غیر شرعی، حرمت است و سیستم قضایی نباید در جهت اثبات جرم از هر روش غیر قانونی بهره جوید اما در خصوص حکم وضعی آن، یعنی اعتبار ادله غیر قانونی در اثبات جرم باید قائل به تفصیل شد. در مواردی به طور مسلم، شیوه تحصیل دلیل، اعتبار آن را از بین می برد مانند اقراری که با شکنجه حاصل شده باشد، اما در مواردی که این امر خللی در کاشفیت آن به وجود نمی آورد به جهت وجود دیدگاه های مختلف، موضوع دقیق و قابل بحث می باشد. در حقوق ایران، به رغم تحولات قانونی قابل دفاعی که در حوزه ادله اثبات جرم و دادرسی کیفری صورت گرفته است مقررّه صریح و قاطعی در این خصوص وجود ندارد.

در این پژوهش به روش توصیفی تحلیلی، به بررسی تأثیر گذاری تحصیل دلیل از طریق نامشروع در کاشفیت جرم می پردازیم و در این راستا ادله بحث، به تفکیک مورد تدقیق قرار گرفته و نهایتاً دیدگاه مختار از منظر فقهی بیان می گردد. از منظر حقوقی نیز ضمن تبیین قوانین موجود، رویکرد روبه قضایی در این خصوص ارزیابی می شود.

**کلیدواژه:** ادله اثبات، دلیل غیر قانونی، قضای اسلامی، اقناع وجدان قاضی

## مقدمه

در نظام قضایی در عین توجه به مقوله کنترل جرم (crime control) که مبتنی بر اولویت دادن حقوق جامعه و حفظ نظم آن می باشد توجه به دادرسی منصفانه (Due process) که بر پایه رعایت کرامت و حقوق متهم بنا گردیده امری لازم است. این اصل در روند دادرسی به طور کلی مورد توجه بوده و نمی توان به بهانه کنترل جرم حقوق متهم نادیده گرفته شود؛ یعنی دستگاه عدالت کیفری نباید به هر قیمتی و با هر ابزاری به دنبال محکوم کردن متهم باشد. یکی از مهم ترین جلوه های توجه به حقوق متهم موضوع تحصیل دلیل است.

مرکز ثقل رسیدگی های قضایی دلیل است و کشف حقیقت اساس کار قضایی را تشکیل می دهد؛ چراکه عدم اثبات موضوع نبود حق را به دنبال دارد هر چند در عالم واقع حقی وجود داشته باشد. موضوع اساسی که در تحصیل دلیل حائز اهمیت می باشد آن است که دلیل مورد استناد از سوی قانونگذار دارای اعتبار بوده و از طریق مشروع هم حاصل شده باشد؛ لذا قانونگذار باید دلایلی را که در امور قضایی ارزش اثباتی دارند مشخص کرده تا اصحاب دعوا در استناد به ادله قانونی و مورد پذیرش سیستم قضایی تکلیف خود را بدانند و در عین حال از توسل به روش های نامشروع در تحصیل دلیل اجتناب نمایند.

مسأله دلیل اثبات و تحصیل آن در امور کیفری اهمیت بیشتری دارد؛ چراکه اولاً، حقوق کیفری با جان و مال و ناموس افراد جامعه سر و کار دارد و هرگونه غفلت از این موضوع آثار غیر قابل جبرانی را در پی خواهد داشت و ثانیاً، ضابطین دادگستری و مقامات قضایی در رسیدگی های کیفری به نمایندگی از جامعه نقش مهمی را ایفا می کند و به دلیل داشتن قدرت و ابزارهای نامحدود برای اثبات جرم در صورت عدم وجود مانع قانونی عملاً از هر روشی برای رسیدن به مقصود بهره می جویند و این امر اصل تساوی سلاح ها را در معرض خطر جدی قرار می دهد. نوع ادله مورد پذیرش و

ارزش اثباتی آن تحت تأثیر نظام دادرسی حاکم بر هر کشور قرار دارد اصل آزادی تحصیل دلیل اقتضا دارد مقام قضایی در عین بی طرفی تلاش خود را در جهت جمع آوری ادله له و علیه متهم به کار گیرد لیکن نمی تواند از هر وسیله ای جهت تحصیل دلیل استفاده نماید.

رویکرد نظام های حقوقی در خصوص ادله اثبات جرم به دو نوع تقسیم می شود. در نظام دلایل قانونی، نوع و ارزش اثباتی دلیل از سوی قانونگذار تعیین می گردد و تنها ارائه دلایل مصرح قانونی است که قاضی را مکلف به پذیرش دلیل و صدور حکم بر مبنای آن می نماید در واقع در این نظام هر دلیل خود موضوعیت یافته و نقش قاضی به احراز دلیل یا دلایل مورد نظر قانونگذار تنزل می یابد (خالقی، ۱۳۹۴: ۱۶۵/۲؛ مولودی و دیگران، ۱۳۹۳: ۲۰۶)؛ در مقابل این سیستم نظام اقتناع وجدان قاضی یا سیستم دلایل معنوی قرار دارد. در این شیوه قاضی حق دارد به هر طریق ممکن و با استفاده از هر دلیل و مدرکی به دعوا رسیدگی نماید لذا در این نظام علم قاضی جایگاه اساسی خواهد داشت. قانون مجازات اسلامی در یک نوآوری قابل توجه بخشی از کتاب اول قانون مجازات اسلامی را به ادله اثبات اختصاص داد و مهم ترین دلیل در این عرصه را علم قاضی تعیین نمود. مستند به ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی علم قاضی عبارت است از یقین حاصل از مستندات بین در امری است که نزد وی مطرح می شود؛ در مواردی که مستند حکم علم قاضی است وی موظف است قرائن و امارات بین مستند علم خود را به طور سریع در حکم قید کند و البته در ماده ۲۱۲ نیز تصریح شده در فرض تعارض سایر ادله قانونی با علم قاضی اولویت با اقتناع وجدان قاضی می باشد؛ اما نباید اینگونه تصور نمود که تحصیل علم برای قاضی به هر طریق حتی مستند به ادله نامشروع قابل تحقق است، زیرا اصل قانونی بودن که از اصول اساسی حقوق جزاست در دادرسی های کیفری نیز جریان دارد و لذا تحصیل دلیل نیز باید مبتنی بر قانون باشد. برای بررسی موضوع لازم است ادله ای که به نوعی غیر

امکان سنجی استناد به ادله غیر قانونی برای اثبات جرم در فقه و حقوق موضوعه ایران - ۵۰۰

قانونی تلقی می گردند احصا شده و نوع برخورد نظام حقوقی ایران و فقه جزایی در خصوص آن ها تبیین گردد؛ قبل از پرداختن به این موضوع این نکته قابل توجه است که برخی حقوقدانان همه صور تحصیل دلیل غیر قانونی را بدون تفکیک غیر قابل استناد دانسته اند (گلدوزیان، ۱۳۸۲: ۳۰۴؛ آشوری، ۱۳۹۸: ۴۱۱/۲) اما همانگونه که بیان خواهیم کرد رویکرد نظام حقوقی ایران و بسیاری از نظام های حقوقی در برخورد با انواع دلایل نامشروع متفاوت می باشد.

در خصوص موضوع ادله غیر قانونی آثار مختلفی به رشته تحریر در آمده است لیکن دو موضوع، مقاله پیش رو را به نوعی از سایر منابع متمایز می سازد: اول آن که این مقاله با در نظر گرفتن آخرین تحولات قوانین تدوین شده و مصادیق مواد قانونی مرتبط احصا گردیده است و دوم آن که علاوه بر موضوعات حقوقی، مشروعیت تحصیل دلیل از منظر قضایی اسلامی نیز مورد توجه قرار بوده است. در راستای بررسی موضوع، ادله غیر قانونی را به سه دسته تقسیم می کنیم.

### ۱- ادله تحصیل شده با ابزارهایی مخدوش کننده دلالت دلیل

مهم ترین ابزار در این فرض شکنجه می باشد. شکنجه به معنای ایراد آزار به متهم و غیر متهم است تا اقرار به بزه یا تعهدی کند. این کلمه در انگلیسی معادل واژه (torture) می باشد که به معنای زجر دادن آمده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴: ۲۳۰۱). کنوانسیون منع شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازات های بی رحمانه غیر انسانی و تحقیر آمیز مصوب ۱۹۴۸ در تعریف شکنجه بیان داشته است: شکنجه عبارت است از ایراد عمدی درد شدید بدنی یا روحی به یک فرد از سوی مامور رسمی دولت یا فردی که در سمت رسمی بوده یا به تحریک یا اذن یا سکوت او به منظور اخذ اطلاعات یا اقرار شخص یا شخص ثالث.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بدون ارائه تعریف از شکنجه در اصل ۳۸ مقرر داشته است: هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار و یا سوگند مجاز نیست و چنین شهادت، اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است. متخلف از این اصل طبق قانون مجازات می شود. در این اصل، هرگونه شکنجه اعم از روحی و جسمی ممنوع بوده و نه تنها اثری بر آن مترتب نیست بلکه مرتکب به مجازات نیز محکوم می گردد. ضمانت اجرای کیفری این اصل در ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی منعکس شده که بر اساس آن؛ هریک از مستخدمین و مأمورین قضایی یا غیر قضایی دولتی برای این که متهمی را مجبور به اقرار کند او را اذیت و آزار بدنی نماید علاوه بر قصاص یا پرداخت دیه حسب مورد به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم می گردد و چنان چه کسی در این خصوص دستور داده باشد فقط دستور دهنده به مجازات حبس مذکور محکوم خواهد شد و اگر متهم به واسطه اذیت و آزار فوت کند مباشر مجازات قاتل و آمر مجازات آمر قتل را خواهد داشت. به رغم اطلاق اصل ۳۸ در ممنوعیت هرگونه شکنجه، ماده فوق الذکر تنها ضمانت اجرای کیفری را محدود به شکنجه جسمی آن هم جهت اخذ اقرار نموده است. قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح نیز به طور خاص در خصوص مرتکبین نظامی هرگونه شکنجه روحی و جسمی را در ماده ۳۵ جرم انگاری کرده است. ماده ۹ قانون احترام به آزادی های مشروع و حفظ حقوق شهروندی نیز با بیانی متفاوت از اصل ۳۸ به این موضوع اشاره دارد لیکن فاقد ضمانت اجراست.

اصل ممنوعیت شکنجه مستند به مبانی دینی و فقهی اسلام است. از مدلول آیاتی از قرآن که به منع ایذاء مومنین اشاره نموده می توان حرمت شکنجه را استنباط کرد (بروج: ۱۰؛ احزاب: ۵۸). علاوه بر این روایات بسیاری ناظر بر این امر است. برخی از این روایات به طور مطلق دلالت بر ممنوعیت ایذاء دارد و برخی نیز به تأثیر شکنجه در ادله اشاره می نمایند. در زیر به چند نمونه اشاره می کنیم:

امکان سنجی استناد به ادله غیر قانونی برای اثبات جرم در فقه و حقوق موضوعه ایران - ۵۰۲

۱- هشام از پیامبر اکرم(ص) نقل کرده است: مردم را شکنجه نکنید. کسانی که مردم را در دنیا شکنجه می کنند خداوند روز قیامت آنان را شکنجه می کند (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۳۶۶/۴۷؛ ابویوسف، ۱۳۹۹: ۴۷).

۲- از امیر المومنین(ع) نقل شده است: هر کس از روی ترس یا زندان یا کتک اقرار به گناه موجب حد کند، آن اقرار نافذ نیست و حد نمی خورد (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۶۱/۲۸؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۲۶۱/۷).

از منظر فقهی هم همین رویکرد ملاحظه می گردد. برخی فقها بیان داشته اند: پس اگر از روی اکراه و فشار اقرار کرد بدون هیچ خلاف و اشکالی اقرار او صحیح نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۰/۴۱؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹: ۲۱۰/۳).

سؤال اساسی در این بحث که به نوعی در بحث از سایر مصادیق ادله نامشروع نیز مداخلت دارد آن است که آیا امکان تخصیص اصل منع شکنجه با استناد به قاعده اهم و مهم و منع اخلال در نظام وجود دارد؟ توضیح آن که در برخی موارد اقتضاء حفظ جان مردم و حفظ نظام، مستلزم اعمال شکنجه بر مظنونان است برای مثال شکنجه مظنون به بمب گذاری برای مشخص شدن محل بمب.

در این خصوص دیدگاه های مختلفی مطرح شده است: برخی از فقها با استناد به قاعده حفظ نظام و اضطرار اعمال شکنجه در موارد خاص را جایز می دانند. به نظر ایشان، اگر موضوعی از اهمیت قابل توجهی برخوردار باشد، مانند حفظ نظام، که احتمال ضعیف هم در آن منجز است، و با فرض آن که حفظ نظام منوط بر تعزیر متهم برای کشف مسأله ای است، آنگاه می توان بر اساس باب تزاحم، روا بودن تنبیه و ایذای متهم را قبول کرد، زیرا بنا بر قاعده باب تزاحم، مصلحت امر واجب و مهم، با امر حرامی که مفسده آن در حد مصلحت آن واجب نبوده تزاحم پیدا کرده و پذیرفتن اولی، از ارجحیت برخوردار است (منتظری، ۱۴۰۹: ۵۷۶/۳). در مقابل برخی معتقدند اگر اشکال شود؛ چنانچه شکنجه و تعذیب افراد برای کشف جرم و تحقیق پیرامون

مسأله‌ای که ارتباط با امنیت و بقاء حکومت اسلام دارد جائز نباشد، موجب خواهد شد که خللی در این قضیه پیدا گردد و امنیت خاصه یا عامه را به خطر اندازد. بنابراین، بقاء حکومت متوقف بر شکنجه و تعذیب افرادی است که ابتدا انسان از مقاصد آنها خبر ندارد، و به خودی خود هم اقرار و اعتراف نمی‌کنند؛ و تا شکنجه و تازیانه‌ای نباشد مطلب کشف نمی‌شود؛ جواب این است که؛ بگذار کشف نشود! وقتی خداوند می‌گوید انسان بدون جرم نمی‌تواند کسی را تعذیب کند، جائز نیست شخص بی‌گناهی را تازیانه بزند، و یا به انواع شکنجه‌ها او را مبتلی کند تا مطلب منکشف شود. اسلام راه انکشاف بدین طریق را بسته است و راه‌های دیگر را تجویز نموده است؛ از هر راهی که میسر خواهد شد. از راه شکنجه و تعذیب نمی‌توان کشف حقیقت نمود. اگر هم حقیقت ثابت شود حجیت ندارد و چنانچه گفته شود؛ اگر بقاء اسلام متوقف بر این امر باشد موجب جواز است؛ جواب داده می‌شود: کدام اسلام؟! اسلامی که با این ضوابط که از جمله مقدمات آن تعذیب افراد مبراً و پاکی که حاکم نسبت به آنها سوء ظن پیدا کرده و آنها را شکنجه می‌دهد بخواهد قوام یابد، مورد نظر رسول خدا نخواهد بود (حسینی تهرانی، ۱۴۲۱: ۲۲۴/۴). در جریان تصویب قانون اساسی بحث شکنجه از باب دفع افسد به فاسد مطرح گردید. شهید بهشتی در پاسخ به این موضوع فرمودند: توجه بفرمایید که مساله راه چیزی باز شدن است، به محض این که این راه باز شد و خواستند کسی را که متهم به بزرگترین جرم‌ها باشد، یک سیلی بزنند مطمئن باشید به داغ کردن همه افراد منتهی می‌شود؛ پس این راه را باید بست یعنی حتی اگر ده نفر از افراد سرشناس ربوده شوند و این راه باز نشود، جامعه سالم تر است (اداره کل فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴: ۱/۷۷۷).

نکته قابل توجه آن که به رغم این رویکرد تدوین کنندگان قانون اساسی که منتهی به تصویب اصل ۳۸ گردید شورای نگهبان در رد طرح منع شکنجه اینگونه استدلال نموده است که؛ در تزامن مهم و مهم و دوران امر بین افسد و فاسد، ترجیح اهم و دفع

امکان سنجی استناد به ادله غیر قانونی برای اثبات جرم در فقه و حقوق موضوعه ایران - ۵۰۴

افسد به فاسد، حکم عقلی و شرعی است و لذا در مواردی مثل آدم ربایی یا بمب گذاری یا مواردی از بندهای ذیل تبصره ماده یک، قاضی ممکن است با توجه به ادله و اسناد و مدارک و قرائن لازم بداند در خصوص اخذ اطلاعات برای حفظ جان جمع کثیری از مردم، بدون رعایت برخی از بندهای مذکور در ماده یک، اقدام به صدور حکم نماید (خبرگزاری جمهوری اسلامی ایران، ۱۸ خرداد ۱۳۸۱، کد خبر ۵۵۵۶۷۲۵).

پذیرش دیدگاه کسانی که قائل به جواز شکنجه در مصادیق اضطراری و حفظ نظام هستند سبب می گردد در سایر مصادیق نیز به قیاس اولویت قائل به تجویز مشروعیت استفاده از ادله غیر قانونی در اثبات جرم باشیم؛ لذا قبل از بررسی سایر مصادیق، این بحث مورد مذاقه قرار می گیرد. در خصوص موضوع چند نکته قابل توجه است:

اول: در اصول فقه بحث حکومت و ورود مطرح شده که بر اساس آن برخی احکام نسبت به احکام دیگر تقدم داشته و سبب بسط یا ضیق احکام دیگر می شوند اما در فرض موضوع مورد بحث، پیش از کشف جرم بدون یقین به ارتکاب جرم توسط متهم یا اطلاع وی نسبت به موضوع جرم حکم به تجویز شکنجه می کنیم که این شیوه جایز نیست؛ چراکه ادله اثبات جرم در اسلام مشخص است و حتی ظن متآخم به یقین نیز نمی تواند مجوزی برای مشروعیت شکنجه باشد.

دوم: گفته شده استناد به کرامت انسانی که مورد تاکید قرآن (بقره: ۳۰؛ اسراء: ۷۰) نیز می باشد در موضوع ممنوعیت مطلق شکنجه قابل استناد نیست؛ چراکه کرامت امری نسبی است و در این موارد متهم به واسطه رفتارش کرامتش زائل می شود و لذا خودش سبب زوال کرامت شده است؛ کما اینکه در مجازات مرتکبین این جرم نیز همین استدلال جاری است (سیدزاده ثانی و دیگران، ۱۳۹۶: ۲۰) این استدلال نیز صحیح نمی باشد؛ چراکه اولاً، قیاس معجزم با متهم قیاس مع الفارق است؛ زیرا نسبت به



متهّم هنوز حکمی صادر نشده و جرمی به اثبات نرسیده است؛ ثانیاً، یکی از شیوه‌های مورد پذیرش فقها در استنباط احکام تمسّک به اصل اولیه مقتضای قاعده است لذا در موارد شک به اصل رجوع می‌شود. در اینجا نیز اصل اولیه (اصاله الحرمة فی الدماء، و الاموال و الفروج) است. این قاعده در ابواب مختلف فقه مورد توجه فقها قرار گرفته است (حلی، ۱۴۱۵: ۶۱؛ نائینی، ۱۴۱۸: ۳۳۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۵۲) و به مقتضای این اصل هرگونه تعرض و شکنجه ممنوع می‌باشد.

سوم: متهم که هنوز در مظان اتهام است و امری نسبت به وی ثابت نشده در حصن حصین اصل برائت می‌باشد. با این حال، برخی فقها با این استدلال که متهم در این فرض سکوت کرده و اطلاعات را کتمان می‌نماید معتقدند به استناد قاعده (التعزیر لکلّ عمل محرّم) می‌توان وی را شکنجه نمود؛ لذا این شکنجه از باب تعزیر است (منتظری، ۱۴۰۹: ۵۷۷/۳). در خصوص استناد به قاعده (التعزیر لکلّ عمل محرّم) به جهت سکوت متهم و اعمال شکنجه به این دلیل چند نکته قابل توجه است:

اولاً: بسیاری از فقهای عظام مضمون قاعده را مورد اشاره قرار نداده‌اند و برخی فقها نیز در ادله قاعده مناقشه کرده‌اند (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲: ۱۵۲/۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۹۸/۷) حتی برخی فقهای که اصل قاعده را پذیرفتند آن را منحصر در گناهان کبیره دانستند (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۴۸/۴۱).

ثانیاً: حکومت حق دارد نه تنها برای رفتارهای حرام بلکه رفتارهایی که سبب اختلال در نظم اجتماعی می‌گردد مجازات تعیین نماید لیکن پیش شرط آن، اعلام موضوع از طریق قانونگذاری است، این در حالی است که در فرض مورد بحث چنین تصریحی در فقه و قانون وجود ندارد.

ثالثاً: به فرض که عموماً قاعده نیز پذیرفته شود مشخص نیست بر اساس کدام ادله شرعی سکوت متهم حرام اعلام شده تا به تبع آن به استناد این حرمت تعزیر بر وی

امکان سنجی استناد به ادله غیر قانونی برای اثبات جرم در فقه و حقوق موضوعه ایران - ۵۰۶

جاری گردد؛ این در حالی است که صرف سکوت متهم دلیل بر مجرمیت وی نمی باشد.

رابعاً: در موضوع متنازع فیه شرایط اضطرار نیز وجود ندارد؛ چراکه مهم ترین شرط اضطرار که از سوی فقها (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۳۱/۳۶) و نیز قانونگذار (ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی) بیان گردیده شرط ضرورت اقدام می باشد؛ این در حالی است که در فرض بحث، اطلاع مظنون از وقوع جرم احتمالی است لذا چه بسا پس از شکنجه مشخص شود اساساً جرمی به وقوع نپیوسته است؛ از سوی دیگر تضمینی وجود ندارد فرد مظنون زیر شکنجه به وقوع بزه اعتراف نماید؛ لذا به دلایل پیش گفته نمی توان در فرض سکوت متهم و با استناد به قاعده اضطرار، به شکنجه متوسل شد و شکنجه به طور مطلق حرام بوده و اثری بر آن مترتب نمی باشد.

چهارم: موضوع دیگری که در ردّ مشروعیت شکنجه در فرض پیش گفته می تواند به آن استناد نمود منع شکنجه جانی با وجود عموم قاعده اعتداء است. توضیح آن که اغلب فقهای شیعه معتقد به پرهیز از آزار و اذیت جانی بوده نظریه مماثلت در اجرای قصاص را نمی پذیرند (بهجت، ۱۴۲۶: ۴۵۲/۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۱: ۹۳). مرحوم سبزواری نیز ضمن تأکید بر عدم جواز مثله کردن و اجرای قصاص با شمشیر به اجماع استناد نموده است (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۸۸/۲۸). یکی از فقهای معاصر نیز چنین دیدگاهی دارد (فاضل لنکرانی: ۱۴۲۱: ۳۰۸). فقهای دیگر نیز با وجود عدم استناد به اجماع، قائل به منع مثله کردن جانی هستند؛ هرچند قاتل چنین جنایتی را مرتکب شده باشد و یا با سوزاندن یا غرق کردن یا له نمودن یا پرتاب کردن سنگ و یا با ممانعت از غذا و آب و غیره مجنی علیه را به قتل رسانیده باشد (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۸۹/۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۵۳/۹). روشن است اگر مشی شارع مبنی بر تجویز شکنجه بود در موضوع قصاص با تحقق مماثلت این اتفاق می افتاد در حالی که در این مورد نیز شکنجه تجویز نشده چه رسد به مواردی که جرمی هم ثابت نگردیده است.

پنجم: در مورد استناد به قاعده منع اختلال در نظام در صورت منع شکنجه باید بیان نمود؛ حفظ نظام سیاسی و حکومت تا جایی لازم و ضروری است که بتوان به وسیله آن به احکام اسلام عمل کرد و در صورتی که حفظ حکومت به زیر پا گذاردن ارزش‌ها و احکام اسلام منجر شود، باید از حکومت دست برداشت. شریعت اسلام هیچ‌گونه مشروعیتی برای افعال و اموری که موجب اختلال و نابسامانی در زندگی عامه مردم می‌شود، قائل نیست چراکه حکومتی را که در آن قانون الهی حاکم نباشد یا قوانینی برخلاف اراده الهی در آن اجرا شود، نمی‌توان اسلامی تلقی کرد؛ از اینرو لازمه ابتدای حکومت بر شریعت اسلام اجرای قوانین شریعت در سطح جامعه است (ارسطا و بهادری جهرمی، ۱۳۹۳: ۳۷).

نتیجتاً، در موضوع بحث نکته مهم آن است که نمی‌توان دایره اختلال نظام را آنقدر گسترش داد که انجام هر عمل مشروعی را محدود سازد. در واقع این قاعده تا زمانی بر سایر ادله حکومت می‌کند که اولاً، احراز شود واقعاً اختلالی در امر حکومت یا اجرای احکام اسلام یا زندگی عامه مردم ایجاد شده است؛ ثانیاً، با مصالح عالیه شریعت همچون عدالت در تعارض نباشد. در این موارد نیز نمی‌توان به بهانه اختلال در نظام قائل به حلّیت شکنجه گردید؛ لذا بر اساس اصل اولیه هرگونه شکنجه مستند به اصل کرامت انسان، اصل برائت و قاعده احترام ممنوع است و ادله قائلین به اعمال شکنجه در مصادیقی مثل اقرار به بمب‌گذاری نیز فاقد استدلال کافی برای تخصیص عموم اصل اولیه می‌باشد.

## ۲- دلایل تحصیل شده با نقض مصونیت‌ها

در فرض دوم بحث، دلیل با نقض حریم خصوصی افراد تحصیل می‌شود. برای مثال، قاعده کلی مصونیت مراسلات و مسکن افراد و نیز روابط و کیل و موکل می‌باشد لیکن مقامات تحقیق و تعقیب به طور غیر قانونی این مصونیت‌ها را نقض کرده و

امکان سنجی استناد به ادله غیر قانونی برای اثبات جرم در فقه و حقوق موضوعه ایران - ۵۰۸

ادله ای بر علیه مظنون یا متهم تحصیل می نمایند. نکته ای که در مقایسه این فرض و فرض پیشین قابل تأمل است این که در مورد قبل نه تنها در تحصیل دلیل رعایت ضوابط شرعی و قانونی نشده است بلکه دلایل تحصیل شده نیز غیر قابل اعتماد می باشد؛ چراکه همراه با نوعی فشار و اجبار بوده است برای مثال در اقرار به واسطه شکنجه نه تنها ابزار نامشروع می باشد بلکه در دلالت این دلیل بر واقع هم شبهه وجود دارد در حالی که در دو فرض بعدی در ماهیت دلیل تردید نیست بلکه رد احتمالی آن تنها به واسطه نقض مقررات تحصیل دلیل اتفاق می افتد.

در بررسی موضوع در فقه جزایی یک نگاه این می تواند باشد که اصل اولیه آن است که ادله ای که از طریق نامشروع تحصیل شده مانند ورود بدون اذن به منزل دیگری و استراق سمع دارای حجّت است؛ چراکه در عالم واقع موید ارتکاب جرم می باشد لذا با وجود آن که حکم تکلیفی تحصیل چنین ادله ای حرمت است لکن حکم وضعی آن صحّت می باشد مگر آن که ادله ای مبنی بر نفی چنین دلایلی در شرع یافت گردد. برخی نویسندگان برای تأیید حجیت چنین ادله ای بیان داشته اند؛ شهادت شاهدی که بدون اذن صاحب خانه وارد منزل شده و جرمی را می بیند در صورت احراز عدالت معتبر است کما این که در ادله روایی اعتبار چهار شاهد عادل در جرم زنا هیچ اشاره ای به بی اعتباری شهادتی که از راه غیر شرعی به دست آمده نشده است در حالی که شهادت دقیق و بر معاینه برای جرم زنا به گونه ای که شاهد به تعبیر روایات دخول و خروج را دیده باشد غالباً خالی از نگاه حرام نیست پس ترک استفصال در روایات شهادت بر زنا میان موارد قالبی که تحمّل شهادت با گناه همراه است و مواردی که تحمل شهادت با گناه همراه نیست گویای این است که اعتبار شهادت در زنا به شهادتی که از راه های شرعی تحصیل شده باشد مقید نیست (امامی، ۱۳۹۳: ۱۱۵)؛ همچنین در منابع روایی و فقهی شرایط متعددی برای شاهد ذکر شده است؛ از جمله این که اگر شاهد هنگام تحمّل شهادت فاقد یکی از این شرایط باشد

ولی هنگام ادای شهادت دارای همه شرایط باشد؛ مثلاً اگر شاهد هنگام تحمل شهادت صغیر یا فاسد یا غیر مسلمان باشد ولی هنگام ادای شهادت بالغ و عاقل و مؤمن باشد آیا در این صورت شهادتش معتبر است یا خیر؟ به نظر صاحب جواهر چنین شهادتی به اجماع محصل و منقول دارای اعتبار است (نجفی، ۱۴۰۴: ۸۶/۴۱)؛ فقهای دیگر نیز چنین دیدگاهی دارند (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۳۰۲/۱۰؛ سید مرتضی، ۱۴۱۵: ۵۰۳).

در خصوص استدلال‌های پیش گفته چند نکته قابل توجه است: اولاً، مقایسه شرایط شاهد از جمله عقل، بلوغ، ایمان و ... با موضوع حاضر که چگونگی تحصیل شهادت است قیاس مع الفارق است زیرا چه بسا شاهد، شرایط عامه شهادت را داشته باشد لیکن مقدمات شهادت دارای اشکال باشد لذا نمی‌توان به اطلاق آیات و روایات استناد نمود زیرا عموم آیه (لاتجسسوا) اطلاق تحصیل ادله به هر طریق را تخصیص می‌زند و قاعده ترک استفصال در این موارد جایگاهی ندارد. در موضوع مشاهده زنا نیز اگر افرادی نه با فعل حرام بلکه به طور اتفاقی، صحنه ارتکاب جرم را ببینند مشمول ادله منهیه لاتجسسوا نمی‌شوند و جرم نیز با شهادت آنان قابل اثبات است.

ثانیاً، حتی در فرض پذیرش موضوع شرایط شاهد بسیاری از فقها رعایت مروّت در شهادت را شرط دانسته‌اند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۲۱۷/۸؛ شهید اول، ۱۴۱۷: ۱۲۵/۲) و حتی مقدس اردبیلی که این شرط را نفی می‌نماید معتقد است اگر رعایت مروّت را از این باب لازم بدانیم که اگر کسی مروّت را رعایت نکند، مورد سوء ظن واقع می‌گردد و قابل اعتماد و اطمینان نیست، رعایت مروّت لازم خواهد بود (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۱۴/۱۲).

ثالثاً، عدم ذکر بی‌اعتباری شهادتی که از راه حرام حاصل می‌شود دلیل بر حجیت چنین شهادتی نیست؛ چرا که شاید از منظر فقها تحصیل چنین شهادتی واضح البطلان باشد؛ کما این که برخی فقهای اهل سنت نیز با استناد به قواعدی چون (اذا بطل الشيء

امکان سنجی استناد به ادله غیر قانونی برای اثبات جرم در فقه و حقوق موضوعه ایران - ۵۱۰

بطل ما فی ضمنه) و (اذا سقط الاصل، سقط الفرع) این دلایل را رد می کنند (شحده، ۱۴۳۹: ۶۹).

رابعاً، در مبانی فقهی شیعه تحصیل دلیل از راه غیر شرعی ممنوع اعلام شده است خداوند در آیه ۱۲ سوره حجرات چند چیزی را نهی کرده است. اول گمان بد بردن بر مومن، دوم تجسس و تفتیش کردن در کارهای مؤمنان، سوم غیبت کردن و بدگویی پشت سر مؤمنان؛ این امر در روایات بسیاری نیز مورد تأکید قرار گرفته است؛ برای مثال، در روایتی از امیرالمومنین علیه السلام نقل شده است که ایشان فرمودند: شنیدم رسول خدا صلی الله روزی به اصحاب خود فرمودند: ای گروه مردم، به درستی مومن کسی نیست که به زبان ایمان آورد و به دل ایمان نیاورد پس تجسس ننمائید لغزشها و گناهان مؤمنان را به درستی هر که لغزش مؤمن را تتبع نماید او را در دنیا میان خانه خود رسوا کرده است (اصفهانی، ۱۴۱۲: ۱۷۲)؛ حضرت علی (ع) نیز در نامه معروف خود به مالک اشتر می فرماید: دور ترین و کم ارزش ترین افراد در نزد تو باید کسانی باشند که نسبت به پی جویی و کشف و پخش علوم و اسرار مردم حریص تر و بی باک تر هستند. برای آن که نوعاً مردم دارای لغزش ها و عیوب و اسراری هستند که حاکم و حکومت برای پنهان نگه داشتن آنها از همه سزاوارتر است. تو فقط مسئول پاکسازی جامعه از آلودگی های آشکار و ظاهری هستی و درباره لغزش های پنهانی مردم خداوند خود داوری خواهد کرد؛ بنابراین تا جایی که می توانی اسرار و لغزش ها و عیوب افراد را پنهان نگه دار تا خداوند نیز اسراری را که تو دوست داری از دیگران پوشیده بماند بپوشاند (نهج البلاغه، نامه ۵۳)؛ لذا این موضوع از منظر فقهی اجماعی است که رفتار کسی که ادله ای را با نقض حریم خصوصی تحصیل می کند حرام است اما آیا ملازمه ای بین این حرمت از نظر تکلیفی و عدم اعتبار دلیل از نظر حکم وضعی وجود دارد؟ امام خمینی (ره) در خصوص بطلان معامله حرام بیان داشته اند: نوع مردم، معاملات خود را به قصد ترتیب اثر، سر و سامان می دهند. اگر از سوی

شارع گونه ای خاص از معاملات نهی گردد، اذهان به این سمت منصرف می گردد که انعقاد عمل حقوقی مزبور فاقد اثر است و نهی شارع به منظور ارشاد به فساد چنین معامله ای است (خمینی، ۱۳۸۷: ۱۷۰/۲). بر این اساس، اگر نهی شارع بر فعلی مادی تعلق گرفت هدفش باز داشتن افراد از انجام آن رفتار است و حکم به ترتب اثر بر رفتار با حرمت در تعارض است. در فرض بحث این ارتباط به قیاس اولویت نمایان تر است؛ چراکه مرتکب با ارتکاب جرم تحصیل دلیل کرده است.

خامساً، به رغم آن که فقهای متقدم در خصوص موضوع اظهار نظر نکرده اند و تبعاً صرف عدم بیان دلیل بر حجیت چنین ادله ای نیست لیکن فقهای معاصر در استفتائات به نکات حائز اهمیتی اشاره نموده اند. در ذیل به چند استفتاء در موضوع بحث اشاره می کنیم.

اخیراً شایع است که با کنترل تلفن افراد به مدت طولانی سعی و تلاش در این می کنند که جرمی برای فردی پیدا کنند. اولاً: آیا قاضی حق اعطای چنین حکم کنترلی را (در غیر مصالح حکومتی) دارد یا خیر؟ ثانیاً: آن نوار دلیل شرعی به محکومیت فرد هست یا خیر؟ نظر به این که هدف از حکومت حقه الهیه تثبیت موازین شرع و تنفیذ احکام اسلام است لذا لازم بلکه ضروری است که بر خلاف موازین شرع عمل نشود. بلی در بعض موارد حفظ نظام یا مصالح عامه مردم یا برقرار کردن واجبی مهم، متوقف بر ارتکاب محرم و خلاف شرعی است که به درجه اهمیت آن امور نمی رسد و در چنین مواردی، مسأله تراحم و اهم و مهم پیش می آید که لازم است رعایت مرجحات و اهم و مهم بشود و در حد ضرورت اقدام شود و چنان چه در موارد ضروری نواری بدست آمد، نفس نوار دلیل نمی شود و قاضی باید طبق موازین باب قضا و اقرار و شهود و علم خود عمل کند (فاضل لنکرانی، بی تا: ۴۹۰/۱).

امکان سنجی استناد به ادله غیر قانونی برای اثبات جرم در فقه و حقوق موضوعه ایران - ۵۱۲

آیا می‌توان برای اثبات جرم کسی، تلفن وی را کنترل کرد یا به تفتیش خانه او پرداخت و یا او را تعقیب نمود، و آیا قاضی می‌تواند به چنین اموری حکم نماید؟ خیر، در شرایط متعارف جایز نیست (بهجت، ۱۴۲۸: ۴/۴۴۸).

یکی از اموری نیز که در فرمان هشت ماده‌ای مورد تاکید امام خمینی (ره) بوده تعیین حوزه دخالت کارگزاران و دولت اسلامی در زندگی خصوصی مردم است. مطابق این فرمان هیچ کس حق ندارد به خانه یا مغازه یا محل کار شخصی کسی بدون اذن صاحب آنها وارد شود یا کسی را جلب کند، یا به نام کشف جرم یا ارتکاب گناه تعقیب و مراقبت نماید، و یا نسبت به فردی اهانت نموده و اعمال غیر انسانی - اسلامی مرتکب شود، یا به تلفن یا نوار ضبط صوت دیگری به نام کشف جرم یا کشف مرکز گناه گوش کند، و یا برای کشف گناه و جرم هرچند گناه بزرگ باشد، شنود بگذارد و یا دنبال اسرار مردم باشد، و تجسس از گناهان غیر نماید یا اسراری که از غیر به او رسیده و لو برای یک نفر فاش کند. تمام اینها جرم [و] گناه است و بعضی از آنها چون اشاعه فحشاء و گناهان از کبایر بسیار بزرگ است، و مرتکبین هر یک از امور فوق مجرم و مستحقّ تعزیر شرعی هستند و بعضی از آنها موجب حدّ شرعی می‌باشد.

نتیجه آن که به رغم دیدگاه مخالف نمی‌توان اصل اولیه را حجیت دلایل تحصیل شده به شیوه غیر قانونی دانست بلکه اصل بر عدم حجیت این دلایل است مگر آن که مصلحت اهمّ، اقتضای استفاده از چنین دلایلی را داشته باشد که در این خصوص، در بحث بعدی توضیح مبسوط داده خواهد شد.

از منظر حقوقی، قاعده ردّ به معنای امروزی آن در سال ۱۹۱۴ در دعوی Weeks V United state مطرح گردید. در این دعوا، مامورین پلیس بدون داشتن دستور قضایی وارد منزل متهم شده و با تفتیش وسایل شخصی وی متوجه شدند که وی به طور غیر قانونی، اقدام به فروش بلیط بخت آزمایی از طریق پست می‌کند. بعد از



محکومیت وی در دادگاه ایالتی و تجدید نظر به استناد همین ادگه، نهایتاً پرونده او در دیوان عالی کشور مطرح گردید و قضات دیوان بدون حتی یک رای مخالف، رای دادند که ادگه جرم در صورتی که با نقض الزامات قانونی مربوطه جمع آوری شده باشند، قابل استناد در دادگاه نیستند (صوری، ۱۳۹۴: ۱۳۳).

برخی نظریه پردازان، نظریه ای تحت عنوان (میوه درخت سمی) مطرح نموده اند که بر اساس آن ادگه حاصل شده به طرق غیر قانونی به مثابه میوه درخت سمی است که غیر قابل استفاده می باشد (Ferdico, 2009: 127؛ Samaha, 1996: 403). یکی از ادگه رد چنین دلایلی بحث بازدارندگی است؛ چراکه عدم پذیرش چنین دلایلی باب تحصیل نامشروع دلیل را از سوی بازیگران عرصه عدالت کیفری مسدود می نماید (Murphy-Coleman, 1989: 118). بر این اساس، حقوق کیفری می تواند عادت به قانونمندی و عدم نقض قانون را آموزش دهد برای نمونه در میان نظامیان، نظم تلقین شده و عکس العمل همیشگی در برابر نقض قانون موجب پاسخی عادت‌ی نسبت به مقررات نظامی شده است (Walker, 1985: 97). شاید اینگونه تصور شود که پذیرش اصل مشروعیت تحصیل دلیل عملاً مفری برای بزهکاران خواهد شد تا به بهانه اشکالات در تحصیل دلیل از اجرای عدالت بگریزند. نتیجه این امر کاهش اعتماد عمومی به دستگاه عدالت کیفری خواهد بود (Rho, 2011: 736). لکن به عکس این تصور به نظر می رسد برآیند این امر افزایش اعتماد عمومی به سیستم قضایی است چرا که افکار عمومی پی خواهد برد که احکام صادره از سوی دادگاه ها از پشتوانه مستحکم ادگه برخوردار است و از طرق قانونی نیز تحصیل شده است.

قانونگذار ایران به جای تمرکز بر ارزش ادگه غیر قانونی بر ضمانت اجرای کیفری این موضوع تمرکز نموده است. در واقع، در تمامی مواد قانونی به نوعی عدم تمایل قانونگذار به اظهار نظر درباره ادگه تحصیل شده به طرق غیر قانونی ملاحظه می گردد.

امکان سنجی استناد به ادله غیر قانونی برای اثبات جرم در فقه و حقوق موضوعه ایران - ۵۱۴

مواد ۵۷۰ به بعد بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی و ماده ۶۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری به نوعی ضمانت اجرای کیفری نقض حریم خصوصی افراد را تبیین نموده است؛ نکته ای در خصوص این مواد، قابل توجه است این که موارد مذکور، عام بوده و به جز ماده ۵۷۸ که از واژه متهم استفاده نموده سایر مواد به طور خاص نظر بر رفتارهای بازیگران عدالت کیفری در روند تحصیل دلیل ندارد.

در قانون آیین دادرسی کیفری که مهمترین منشور حقوق دفاعی متهم می باشد مقررات ویژه ای را جهت ممانعت از نقض حقوق متهم پیش بینی نموده است. ماده ۴ این قانون اصل برائت را مورد تاکید قرار داده است؛ همچنین ماده ۱۴۱ به حریم خصوصی اماکن و اموال اشاره کرده است لیکن در ماده اخیر به رغم توجه به حریم خصوصی افراد، ضمانت اجرای تخلف قاضی از این امر مشخص نشده است و ضمانت اجرا منحصر در ضابطان است از سوی دیگر ارزش ادله تحصیل شده با نقض حریم خصوصی نیز تعیین تکلیف نشده است.

ماده ۳۶ قانون آیین دادرسی کیفری نیز تأکید می نماید که گزارش ضابطان در صورتی معتبر است که خلاف اوضاع و احوال و قرائن مسلم قضیه نباشد و بر اساس ضوابط و مقررات قانونی تهیه شود. این ماده نسبت به ماده ۱۵ ق.آ.د.ک سابق گامی رو به جلو تلقی می شود چرا که در قانون سابق اعتبار گزارش ضابطان منوط به جلب اعتماد قاضی نهاده شده بود لیکن در این ماده رعایت شرایط قانونی امری لازم جهت اعتبار گزارش ضابطان قلمداد شده است لذا مطابق این ماده یکی از جهاتی که می تواند سبب بی اعتباری گزارش ضابطان گردد عدم رعایت ضوابط قانونی است؛ پس اگر ضابطان در تحصیل دلیل موازین قانونی را رعایت نکرده و حقوق دفاعی متهم را نقض نمایند قاضی می تواند حکم به بی اعتباری آن دهد با این حال در عمل به دلیل عدم صراحت قانون، رویه قاطعی در این خصوص وجود ندارد و حتی قضات توجه چندانی به شیوه تحصیل دلیل نمی نمایند. با این حال، رأی بسیار جالبی از سوی شعبه

پنجم دادرسی عمومی و انقلاب ارشاد تهران در تاریخ ۱۳۹۴/۶/۱۸ صادر شده که در نوع خود کم نظیر است؛ بر اساس این رای در خصوص اتهام متهّم دایر بر حمل مشروبات الکلی متهّم می گوید رتبه ۲۰۰۰ کنکور هستم و در کوهسار با دوستانم در مورد کنکور حرف می زدیم که مأمور بدون اجازه کیف ما را گشت و این را پیدا کرد اکنون نظر به اینکه در وهله اول موضوع بیرون از تعریف جرم مشهود یعنی موارد هفتگانه مندرج در ماده ۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ است و در وهله بعد مطابق ماده ۵۵ قانون آیین دادرسی یادشده بازرسی اشخاص و اشیاء در جرائم غیر مشهود با اجازه موردی مقام قضایی است از اینرو تفتیش و کشف مشروب در فرض پرونده تحصیل دلیل از طریق نامشروع و غیرقانونی بوده و با توجه به اصول حاکم در قوانین من جمله اصل ۳۸ قانون اساسی مبنی بر فاقد ارزش بودن تحصیل دلیل از طریق نامشروع و نیز روح حاکم بر قانون آیین دادرسی کیفری مبنی بر ضرورت قانونی بودن تحصیل دلیل ادله حاضر ممتنع و از عداد دلایل خارج می شود سرانجام با بی اعتبار شدن دلیل مذکور دلیل دیگری در پرونده نیست. لذا با عنایت به فقدان دلیل کافی بر توجه اتهام و به استناد ماده ۴ و ۲۶۵ قانون آیین دادرسی قرار منع تعقیب صادر می گردد (مؤذن زادگان و کوره پز، ۱۳۹۵: ۷۹).

این رأی می تواند مسیر روشنی برای رویه قضایی در برخورد با دلایل نامشروع بگشاید و البته بدو لازم است وضعیت منفعل قانون در خصوص عدم تعیین تکلیف موضوع تغییر یابد چرا که هدف از دادرسی توازن میان حفظ نظم عمومی و رعایت حقوق متهّم است و در این راستا رعایت حقوق متهّم و دادرسی عادلانه مقتضی رعایت کرامت انسانی است که این مهم با تمسک به ادله غیر قانونی برای اثبات جرم سازگار نیست.

امکان سنجی استناد به ادله غیر قانونی برای اثبات جرم در فقه و حقوق موضوعه ایران - ۵۱۶

### ۳- دلایل تحصیل شده همراه با فریب از سوی بازیگران عدالت کیفری

در این فرض ضابطان قضایی و نیز مقامات تحقیق اقدامات فعالانه ای جهت تحریک یا ترغیب افراد به ارتکاب جرم می نمایند و یا با طرح سؤالات تلقینی و وعده های کذب آنان را به اقرار سوق می دهند.

یکی از شیوه هایی که در این راستا برای کشف جرم مورد استفاده قرار می گیرد دام گستری است. از منظر فقهی با توجه به اصل صیانت از کرامت انسانی و حقوق متهم، رعایت حریم خصوصی افراد و نیز شأن سیستم قضایی در به کارگیری ابزارهای مشروع در تحصیل دلیل اولیه منع استفاده از چنین ابزارهایی است خاصه آن که در سیاست جنایی اسلام در حقوق الناس رویکرد ترویج گذشت و در حقوق الله بحث خطاپوشی و تشویق به توبه و ستر گناه چنین اقتضایی دارد.

از منظر قضای اسلامی در کتب فقهای متقدم در نفی یا تأیید چنین شیوه هایی بیانی ملاحظه نمی شود. با این حال روایتی از امام سجاد(ع) نقل شده است که حضرت پس از آن که شنیدند همسرشان به امیرالمومنین(ع) ناسزا می گویند برای اطمینان در خانه مخفی شدند و پس از احراز صحت این امر وی را طلاق دادند (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۵۱/۵؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۵۵۱/۲۰). این روایت در بسیاری از کتب روایی نقل شده است و از نظر سندی نیز بر آن خدشه ای نیست لیکن از آن نمی توان جواز دام گستری را استنباط نمود؛ چراکه امام(ع) اقدامی جهت تحریک مرتکب انجام ندادند بلکه تنها نظاره گر موضوع به نحو پنهانی بودند. علاوه بر این، در مشی ائمه اطهار مواردی از نظارت به نحوه مخفیانه نسبت به عملکرد کارگزاران حکومتی (نهج البلاغه، حکمت ۳۳) و یا استفاده از جاسوس در جنگ ها دیده می شود (طوسی، ۱۳۹۳: ۹۳؛ ابن سعد، ۱۴۰۹: ۲۰۴/۱) اما از این مصادیق نیز نمی توان جواز دام گستری در تحصیل دلیل را

استنباط نمود چرا که همان طور که خواهیم گفت در برخی موارد به دلیل قاعده مصلحت و دفع افسد به فاسد چنین مواردی به نحو محدود پذیرفته شده است.

در این خصوص استفتائاتی از مراجع معظم به این شرح شده است:

اگر کسی (قاضی یا کارمند) در محیط کاری خود متهم به رشوه خواری شود و مأمور امنیتی صرفاً جهت اختبار و کشف حقیقت، مالی را به عنوان رشوه به او بدهد و او هم بگیرد؛ بفرمایید: آیا نسبت به فرد متهم عنوان اخذ رشوه محقق شده و عنوان مرتشی بر او صادق است؟

آیه الله العظمی ناصر مکارم شیرازی: رشوه خواری محقق نشده است ولی اجمالاً دلیل بر عدم تقید اوست.

آیه الله العظمی سید محمد شاهرودی: اخذ رشوه تحقق نیافته لیکن در صورتی که امر اهمی بر آن مترتب باشد اشکال ندارد (گنجینه استفتائات قضایی، سؤالات ۸۱۴۸-۸۱۴۹).

با این حال، فقیه دیگری معتقد است امتحان و آزمایش متهم از طرف مسؤولین مربوطه فی حد نفسه، اشکال ندارد (گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۸۱۴۸).

قوانین ایران نیز در این خصوص ساکت است و همین امر به نوعی سبب تشتت رویه در موضوع شده است؛ برای مثال، دادنامه شماره ۱۱۶۶ شعبه ۱۹ دادگاه تجدید نظر استان تهران در خصوص جرایم منافی عفت در نوع خود جالب توجه است. مطابق این دادنامه مأمورین معاونت مبارزه با مفاسد اجتماعی پلیس امنیت اخلاقی خانمی را که مظنون به ارتکاب روابط نامشروع و قوادی است با تماس صوری تحریک به ارتکاب جرم می نمایند و با ورود به منزل، وی و چند نفر را دستگیر می کنند. پس از محکومیت نامبردگان در دادگاه بدوی، دادگاه تجدیدنظر با این استدلال که خداوند در قرآن در آیه ۹ سوره نساء و ۶۵ سوره طلاق و ۱۹ سوره نور، اشاعه فحشاء و

امکان سنجی استناد به ادله غیر قانونی برای اثبات جرم در فقه و حقوق موضوعه ایران - ۵۱۸

نزدیک شدن به امور منافی عفت را تقبیح نموده و عموماً آیه (لاتجسسوا)؛ لذا ضمن صدور حکم براءت نامبردگان تذکرات زیر را می دهد:

یک: صحنه سازی و زمینه چینی برای وقوع جرم و به طریق ارتکاب و گفتار و کردار صوری و برای کشف جرم خلاف مقررات است.

دو: تجسس در احوال اشخاص و رو آوردن پوشیده های ناپسند جامعه که نتیجه ای جز اشاعه فحشا در بر ندارد خلاف شرع و قانون است

سه: جرم تراشی، زدن اتهام ناروا و بی اساس و بدون دلیل به اشخاص فاقد محمل قانونی است (محمدی، ۱۳۸۴: ۱۹) البته از این رای نمی توان رویکرد رویه قضایی ایران را مبتنی بر نفی دام گستری دانست؛ چراکه موضوع پرونده مورد بحث مسائل منافی عفت است که در شرع و قانون تحقیق حول آن حرام و ممنوع اعلام شده است. در رأی دیگری که از سوی دادگاه انقلاب شهرستان لار صادر شده در خصوص تحریک و تشویق به خرید و فروش مواد مخدر همین رویکرد مورد توجه قرار گرفته و اتهام چنین متهمی پذیرفته نشده است (ستاد مبارزه با مواد مخدر کمیته حقوقی و قضایی، ۱۳۸۲: ۲۱۹) در مقابل کمیسیون حقوقی دادستانی کل کشور انجام معامله های صوری با قاچاقچیان مواد مخدر به منظور نفوذ و شناسایی عناصر اصلی باندهای قاچاق را بلا مانع دانسته است (نظریه شماره ۸/۷۸۶ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۱۱ کمیسیون حقوقی دادستانی کل کشور).

شعبه ای از دیوان عالی کشور در رأی، حکم دادگاه بدوی و تجدیدنظر مبنی بر براءت را که در آن کارمندی را که متهم به اخذ رشوه بود بدین صورت که رشوه به شیوه دام گستری و با هماهنگی نیروی انتظامی صورت گرفته بود، نقض کرده و وقوع جرم را محرز دانست (زراعت، ۱۳۸۲: ۴۲).

در مورد مصداق دیگر موضوع یعنی اغفال متهم در جهت اقرار نیز همین رویکرد ملاحظه می گردد به نحوی که برخی فقها اقرار ناشی از سؤالات اغفال کننده را بی

اعتبار می‌دانند (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۴۸/۲). این در حالی است که بسیاری از فقهای معاصر از جمله آیه الله العظمی سیستانی اقرار ناشی از سوالهای تلقینی و به کار بردن حيله را سبب بی اعتباری اقرار نمی‌دانند (گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۵۷۷۱). امام خمینی (ره) نیز اقرار و اعتراف گرفتن از زانی و زانیه و لواط کار با شیوه‌هایی از قبیل تهدید و بلوف زدن - البته بدون کوچک‌ترین شکنجه و فحاشی - را جایز نمی‌دانند (خمینی، ۱۴۲۲: ۴۵۷/۳).

در جمع بین دیدگاه‌های فقهی و نیز تشّت رویّه، چند نکته حائز اهمیت است: اولاً: قانون آیین دادرسی کیفری در خصوص این موضوع ساکت است با این حال ماده ۴۳۴ این قانون یکی از جهات تجدیدنظرخواهی را ادعای عدم اعتبار ادله یا مدارک استنادی دادگاه می‌داند اما در مقابل تبصره ماده ۴۵۵ بیان می‌دارد: عدم رعایت تشریفات دادرسی موجب نقض رأی نیست مگر آن که تشریفات مذکور به درجه ای از اهمیت باشد که موجب بی اعتباری رأی شود. این رویکرد یادآور قانون فرانسه است که موارد نقض را به بطلان اساسی و بنیادی و موارد بطلان بالقوه تقسیم کرده است؛ لیکن قانون آیین دادرسی فرانسه در ماده ۱۷۱ موارد نقض و نادیده گرفتن حقوقی را که موجب بطلان دلیل می‌شود در موارد بیست گانه مشخص نموده است اما در تبصره ماده ۴۵۵ فوق‌الاشاره موارد نقض اساسی تبیین نشده است.

ثانیاً: در جرایم علیه امنیت به دلیل مصالح عالیّه نظام استفاده از روش‌های خاص امری لازم و بایسته است اما این امر باید شیوه ای استثنایی برای تحصیل دلیل تلقی گردد و منحصر در جرائم مهم باشد و البته لازم است قانون گذار به این مصادیق صریحاً اشاره نماید؛ چنین شیوه‌هایی تنها باید آشکار کننده ارتکاب جرم بوده و نباید مرتکب را تحریک به ارتکاب جرم نماید و در این موارد محدود نیز اقدامات ضابطان تحت اشراف مقام قضایی صورت گیرد. این امر از منظر فقهی مستند به قاعده اهم و رعایت مصلحت می‌باشد لیکن نباید سبب گشودن بایی برای ارتکاب افعال فاسد به

امکان سنجی استناد به ادله غیر قانونی برای اثبات جرم در فقه و حقوق موضوعه ایران - ۵۲۰

بهبانۀ دفع افسد محتمل شود؛ کما این که بسیاری از نظام های حقوقی نیز همین رویکرد را در جرایم مهم دارند (تدین، ۱۳۸: ۲۳۸).

نکته پایانی آن که نمی توان سیستم اقتناع وجدان قاضی را که در نظام حقوقی ایران پذیرفته شده است و مطابق آن علم قاضی حتی در حدود که ادله موضوعیت دارند به عنوان وتو کننده سایر ادله تلقی می شود دلیل بر پذیرش ادله غیر قانونی با فرض اقتناع وجدان قاضی از این ادله دانست؛ چراکه در این موارد مبنای علم متزلزل است و لذا چنین ادله ای نمی تواند علم آور باشد و این امر با اصل کرامت انسانی و صیانت از شأن سیستم قضایی نیز مطابقت دارد.

## نتیجه گیری

ادله اثبات در امور کیفری از اهمیت فوق العاده ای برخوردار است به همین جهت، صرف قانونی بودن دلیل کافی نبوده بلکه لازم است طرق و شیوه های تحصیل دلیل نیز قانونی باشد؛ در مقاله سه دسته ادله مورد ارزیابی قرار گرفت که با امعان نظر به استدلال های پیش گفته نتایج زیر حاصل گردید:

۱- اعمال هرگونه شکنجه و ایذاء متهم برای اخذ اقرار، خروج از مدلول اصل برائت است و موضوعات مطرح شده در خصوص استثناء موارد قاعده اهم و مهم و نیز جلوگیری از اختلال در نظام نیز به دلیل آن که ادله قطعی مبنی بر جواز آن وجود ندارد نمی تواند عموم اصل رعایت کرامت انسانی، منع ایذاء و قاعده احترام را تخصیص زند.

۲- در مواردی که تحصیل دلیل با نقض حریم خصوصی افراد صورت می گیرد هر چند از منظر قضای اسلامی و حقوق ایران حکم تکلیفی حرمت چنین رفتارهایی به صراحت بیان شده و حتی ضمانت اجرای کیفری نیز برای آن پیش بینی گردیده است لیکن در خصوص حکم وضعی عدم قابلیت استناد چنین ادله ای در فقه اختلاف



دیدگاه، در قانون سکوت و در رویه قضایی تشتت آرا ملاحظه می گردد؛ با این حال به نظر می رسد در این موارد حکم تکلیفی و وضعی با یکدیگر ملازمه دارد؛ چراکه حکم به حجیت چنین ادله ای با حرمت در تعارض است. در این موارد، در فرض وجود مصلحتی اهمّ و در موارد محدود امکان رفع حکم تکلیفی و وضعی وجود دارد. ۳- در فرضی که دلیل به شیوه فریبکارانه تحصیل می شود تشتت آرا فقهی و حقوقی بیشتر ملاحظه گردید و حتی می توان بیان نمود رویه و قانون بیشتر متمایل به پذیرش چنین ادله ای هستند و البته در حقوق تطبیقی نیز چنین تمایلی ملاحظه می گردد با این حال نمی توان در این موارد نیز اصل را بر مشروعیت چنین ادله ای گذارد بلکه لازم است قانونگذار موارد را به قید حصر و محدود به مصادیق اهمّ مشخص نماید.

## منابع

### - قرآن کریم.

- آشوری، محمد (۱۳۹۸)، **آئین دادرسی کیفری**، ج ۲، تهران: سمت.
- ابو یوسف، یعقوب بن ابراهیم (۱۳۹۹ق)، **الخراج**، بیروت: دار المعرفه.
- اردبیلی (مقدّس)، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان**، ج ۱۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ارسطا، محمدجواد؛ بهادری جهرمی، علی (۱۳۹۳)، **حکومت اسلامی - معیار تشخیص و شاخصه های عملی**، فصلنامه دانش حقوق عمومی، ۷، ۲۷-۴۶.
- اصفهانی، محمدباقر (۱۴۱۲ق)، **بیست و پنج رساله فارسی**، قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی (ره).
- اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)، **کشف اللثام عن قواعد الاحکام**، ج ۱۰، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- امامی، مسعود (۱۳۹۳)، **اعتبار ادله اثبات حاصل از راه های غیر شرعی**، مجله فقه اهل بیت، ۷۷، ۱۰۲-۱۲۲.

امکان سنجی استناد به ادله غیر قانونی برای اثبات جرم در فقه و حقوق موضوعه ایران - ۵۲۲

- بهجت (آیه الله)، محمد تقی (۱۴۲۶ق)، **جامع المسائل**، ج ۲، قم: دفتر حضرت آیه الله بهجت (ره).
- بهجت (آیه الله)، محمد تقی (۱۴۲۸ق)، استفتائات، ج ۴، قم: دفتر حضرت آیه الله بهجت (ره).
- تدین، عباس (۱۳۸۸)، **تحصیل دلیل در آئین دادرسی کیفری**، تهران: میزان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۴)، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۲۸، قم: مؤسسه آل البیت (ع).
- حسینی تهرانی، سید محمدحسین (۱۴۲۱ق)، **ولایت فقیه در حکومت اسلام**، ج ۴، مشهد: علامه طباطبائی.
- حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۰۹ق)، **الفقه**، ج ۴۷، بیروت: دارالعلوم.
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۱ق)، **تبصره المتعلّمین**، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، **مختلف الشیعه**، ج ۹، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلّی، حسین (۱۴۱۵ق)، **بحوث فقهیه**، قم: مؤسسه المنار.
- خالقی، علی (۱۳۹۴)، **آئین دادرسی کیفری**، ج ۲، تهران: شهر دانش.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۸۷)، **منهاج الاصول**، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۲۲ق)، **استفتائات**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق)، **جامع المدارک فی شرح المختصر النافع**، ج ۷، قم: اسماعیلیان.
- زراعت، عباس (۱۳۸۲)، **شرح قانون مجازات اسلامی - بخش تعزیرات**، تهران: ققنوس.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، **مهذب الاحکام**، ج ۲۸، قم: مؤسسه المنار.
- ستاد مبارزه با مواد مخدر، کمیته حقوقی و قضایی (۱۳۸۲)، **اولین کارگاه سراسری علمی کاربردی قضات دادگاه های انقلاب اسلامی کشور در امر مبارزه با مواد مخدر**، تهران: مربع آبی.
- سید مرتضی (علم الهدی)، علی بن حسین (۱۴۱۵ق)، **الانتصار فی انفرادات الإمامیه**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- سیدزاده ثانی، سید مهدی؛ جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا؛ دانشجو، بتول (۱۳۹۶)، **شکنجه در موارد اضطرار از منظر قرآن کریم**، قرآن، فقه و حقوق اسلامی، ۷، ۷-۳۸.
- شحده، احمد زکی (۱۴۳۹ق)، **آثار المترتبة على استبعاد الأدله المتحصلة بطريق غير مشروع في القانون الجنائي الفلسطيني دراسة المقارنه باحكام الشريعة الاسلاميه**، ماجستير القانون العام، الجامعه الاسلاميه بغزه.
- صبوری، مهدی (۱۳۹۴)، **قاعده رد ادله در ایالات متحده و مقایسه آن با ضمانات اجراهای مشابه در حقوق ایران**، مجله آموزه های حقوق کیفری، ۹، ۱۲۹-۱۵۴.
- **صورت مذاکرات مجلس بررسی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۴)**، تهران: اداره کل فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
- طبسی، نجم الدین (۱۳۹۳)، **مبانی فقهی جاسوسی و ضد جاسوسی**، قم: مرکز تخصصی ائمه اطهار علیه السلام.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، **الخلاص**، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، **المبسوط في فقه الإماميه**، ج ۸، تهران: المكتبه المرتضويه لإحياء الآثار الجعفریه.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق)، **الدروس الشرعيه في فقه الإماميه**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق)، **تفصیل الشریعه - قصاص**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹ق)، **تحریر المجله**، ج ۸، نجف: المكتبه المرتضويه.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، **الکافی**، ج ۵، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۲)، **ادله اثبات دعوا**، تهران: میزان.
- محمدی، حمید (۱۳۸۴)، **یک رای یک تجربه صحنه سازی برای وقوع جرم خلاف مقررات است**، مجله قضاوت، ۳۰، ۱۷-۱۹.
- معاونت آموزش قوه قضائیه، **گنجینه آراء فقهی قضایی**، بی تا، دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۸ق)، **أنوار الفقاهه - کتاب الحدود و التعزیرات**، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- منتظری نجف آبادی، حسینعلی (۱۴۰۹ق)، **مبانی فقهی حکومت اسلامی**، ج ۳، قم: کیهان.

امکان سنجی استناد به ادله غیر قانونی برای اثبات جرم در فقه و حقوق موضوعه ایران - ۵۲۴

- موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۲ق)، **الذکر المنضود فی احکام الحدود**، ج ۲، قم: دار القرآن الکریم.

- موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۰۹ق)، **مجمع المسائل**، ج ۳، قم: دار القرآن الکریم.

- مولودی، محمد؛ حاجی عزیزی، بیژن؛ حمزه هویدا، مهدی (۱۳۹۳)، **تحلیل انتقادی ماهیت ادله تحمیلی در حقوق اثبات دعوا**، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۰، ۱۹۱-۲۱۰.

- مؤذن زادگان، حسنعلی؛ محمد کوره پز، حسین (۱۳۹۵)، **ضمانت های اجرایی نقض حقوق شهروندی در فرآیند تحقیقات پلیسی**، آموزه های حقوق کیفری، ۱۱، ۵۳-۸۶.

- نائینی، میرزا محمد (۱۴۱۸ق)، **رساله الصلاه فی المشکوک**، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۴۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- واقدی، محمد بن عمر (۱۴۰۹ق)، **المنغازی**، ج ۱، بیروت: مؤسسه الأعلمی.

-Murphy, Jeffries, Coleman, Jules (1989), **Philosophy of law**, London: Westview press .

-Walker, Nigel (1985), **Sentencing Theory law and practice**, London: Butterworth.

-Samaha, Joel (1996), **criminal procedure**, Minneapolis: West publishing company.

-Rho, Hyeon-Ju (2011), **The Exclusionary rule in china and a closer look at the dynamics of reformn, International law and politics**, Issue. 43, pp.429-439.

-Ferdico, John N; Fradella , Henry F; Totten, Christopher D (2009), **criminal procedure for the criminal professional**, Boston: Wadsworth Cengage learning.