

تحلیل علمی از یک پرونده کیفری (زنای محصنه و اثبات آن)^۱

دکتر کیومرث کلانتری عضو هیات علمی دانشگاه مازندران

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران و وکیل دادگستری

تاریخ دریافت مقاله: ۸۶/۱۱/۳ تاریخ پذیرش نهایی: ۸۷/۳/۱

چکیده

مجازات جرم زنا به دلیل تفاوت فاحش حداقل مجازات (صد ضربه شلاق) و حداکثر مجازات (رجم) در نظام کیفری ایران از اهمیت فوق العاده ای برخوردار است، چراکه با اندک بی توجهی قاضی پرونده، چه بسا مجازات متهم از صد ضربه شلاق به رجم تبدیل گردد. این مقاله، گزارش علمی و مفید از یک پرونده کیفری است، که بر اساس آن متهمی از سوی دادگاه بدوی به رجم محکوم شد و آنگاه بر اساس دفاعی که در مرحله تجدیدنظر از وی به عمل آمد، مجازات سنگسار وی به صد ضربه شلاق تبدیل گردید. در این پژوهش، محقق در پی پاسخ به این سوالهاست: آیا زنا با علم قاضی قابل اثبات است؟ مراد از علم قاضی چیست؟ منظور از حاکم شرع که قانون مجازات اسلامی بعضاً به او اجازه رجوع به علم را داده است، چه کسی است؟ فرد محصن که زنا او منجر به رجم می گردد، باید دارای چه خصوصیتی باشد؟

واژه های کلیدی: زنا، علم قاضی، حاکم شرع، محصن، رجم، تازیانه

۱. حکایت این پرونده واقعی است. فقط نام اشخاص و تاریخ ها عوض شده است.

مقدمه

به تاریخ هشتم بهمن ۱۳۷۶ زنی به نام میترا هاشمی در بیمارستان دولتی گرگان وضع حمل کرده که در بدو امر خود را مریم حسینی و پدر طفل را سید حسین حسینی اعلام می‌نماید. به علت شک حاصله در مسؤولان بیمارستان، آنان مراتب را به مسؤولان دادگستری گرگان اعلام می‌نمایند، که به دنبال تحقیقات انجام شده، مشارالیها اظهار می‌نمایند که حدود ده ماه قبل با شخصی به نام خسرو جهانگیر آشنا شده و نامبرده او را به منزل خودش برده است و از وی ازاله بکارت و بارها با او نزدیکی نموده که منتهی به حاملگی وی شده است.

به دنبال اظهارات خانم میترا، خسرو (که دارای یک زن دائم و یک زن موقت بوده است) تحت عنوان اتهام زنای محصنه و میترا (که مجرد بوده است) تحت عنوان زنای غیرمحصنه تحت تعقیب قرار می‌گیرند که در نهایت، پس از انجام دو نوبت آزمایش مختلف توسط پزشکی قانونی گرگان در دو تاریخ متفاوت و انجام تحقیقات دیگر، بعد از ۹ سال؛ یعنی در تاریخ ۸۵/۲/۲۹ شعبه ۱۸ دادگاه عمومی گرگان با صدور دادنامه‌ای به تاریخ فوق و به شماره ۱۳۷۰/۸۵، خسرو را به علت "عدم وجود دلیل و بینة شرعی و منع قانونگذار از فحص بیشتر در این خصوص و عدم حصول علم به ارتکاب بزه معنون از سوی نامبرده" و به استناد اصل برائت و ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری^۱ تبرئه؛ ولی میترا را به اتهام زنای غیرمحصنه و به دلیل اقرار کمتر از چهار بار از سوی مشارالیها و به استناد ماده ۶۸ قانون مجازات اسلامی^۲ به تحمل ۹۰ ضربه شلاق تعزیری محکوم می‌نماید.

خانم میترا که بر خلاف پیش بینی خویش مشاهده نمود که خسرو تبرئه و خود به تحمل شلاق محکوم شده است، به رای بدوی اعتراض نموده و در لایحه اعتراضیه خویش توضیح داده است که خسرو هیچ گونه فعل حرامی با او انجام نداده است و اضافه نمود که اظهارات سابق وی، مبنی بر انجام فعل حرام فی مابین مشارالیها و خسرو، ناشی از بی تجربگی و ناآگاهی بوده است.

شعبه ۴ دیوان عالی کشور علی رغم اینکه نسبت به تبرئه آقای خسرو معترضی نبوده است، ضمن ناکافی دانستن آزمایش‌های پزشکی قانونی گرگان، "ظن قوی به ارتکاب جرم و توجه

۱. ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری: «پس از ارجاع پرونده به شعبه دادگاه و عدم نیاز به تحقیق و یا اقدام دیگر دادگاه به شرح زیر عمل می‌نماید:

الف) چنانچه اتهامی متوجه متهم نبوده یا عمل انتسابی به وی جرم نباشد، دادگاه اقدام به صدور رای برائت و یا قرار منع تعقیب می‌نماید...»

۲. ماده ۶۸ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه مرد یا زنی در چهار بار نزد حاکم اقرار به زنا کند، محکوم به حد زنا خواهد شد و اگر کمتر از چهار بار اقرار نماید، تعزیر می‌شود.»

اتهام به او (خسرو) " داشته و با استفاده از اختیارات حاصله از ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری حکم بدوی را نقض و ضمن اعاده پرونده به مرجع صادر کننده رای بدوی جهت رفع نقص تحقیقات، خواستار انجام دو مورد زیرین از سوی آن مرجع می‌گردد:

۱. انجام آزمایش D.N.A نسبت به مادر طبیعی (میترا)، پدر احتمالی (خسرو) و مولود (که بعدها نامش کوروش گذاشته شد).

۲. ارجاع پرونده به اداره آگاهی نیروی انتظامی جهت تحقیقات بیشتر از شاگردان خسرو که در کارگاه تراشکاری وی مشغول کار بوده‌اند.^۱

بعد از ملاحظه دستور شعبه ۴ دیوان عالی کشور، دادگاه صادر کننده رای بدوی، به شرح زیر موارد خواسته شده از سوی آن مرجع را اجابت نمود:

الف) میترا، خسرو و کوروش جهت انجام آزمایش D.N.A به پزشکی قانونی تهران اعزام گردیدند که نتیجه آزمایش پزشکی قانون تهران حکایت از "ابوت خسرو در مورد کوروش با توجه به احتمالات آماری" داشته است.

ب) شاگردان خسرو مورد تحقیق قرار گرفتند، که حداکثر بهره‌برداری از آن موید ارتباط نامشروع خسرو با میترا بوده است.

شعبه ۱۸ دادگاه عمومی گرگان بعد از رفع نقایص فوق و صدور قرار بازداشت آقای خسرو به استناد اظهارات گواهان که اجمالاً روابط بین خسرو و میترا را گواهی داده‌اند و نیز به استناد گواهی پزشکی قانونی تهران در خصوص نتیجه آزمایش D.N.A بر اساس بند الف ماده ۸۳ قانون مجازات اسلامی^۲ و مواد ۶۳ و ۱۰۵ همان قانون (که ناظر به علم قاضی است)^۳ با صدور دادنامه ۸۵/۶۹۱-۸۵/۵/۱۴ خسرو را به مجازات رجم محکوم کرده است.

۱. این دستور شعبه ۴ دیوان عالی کشور، تعارض محض با ماده ۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری که در خصوص مسائل منافی عفت تحقیق توسط نیروی انتظامی را مطلقاً ممنوع کرده است، دارد.

ماده ۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری: «در غیر موارد منافی عفت، دادرسان و قضات تحقیق می‌توانند اجرای تفتیش یا تحقیق از شهود و مطلعین یا جمع‌آوری اطلاعات و دلایل و امارات جرم و یا هر اقدام دیگری را که برای کشف جرم لازم بدانند، با تعلیمات لازم به ضابطین ارجاع کنند. این اقدامات، ارزش اماره قضایی دارد.» تبصره: «تحقیق در جرایم منافی عفت ممنوع است، مگر در مواردی که جرم مشهود باشد و یا دارای شاکی خصوصی بوده که در مورد اخیر توسط قاضی دادگاه انجام می‌گیرد.»

۲. ماده ۸۳ قانون مجازات اسلامی: «حد زنا در موارد زیر رجم است: الف) زناي مرد محصن؛ یعنی مردی که دارای همسر دائمی است و با او در حالی که عاقل بوده، جماع کرده و هر وقت نیز بخواهد می‌تواند با او جماع کند...»

۳. ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی: «حاکم شرع می‌تواند در حق‌الله و حق‌الناس به علم خود عمل کند و حد الهی را جاری نماید و لازم است مستند علم را ذکر کند، اجرای حد در حق‌الله متوقف به درخواست کسی نیست ولی در حق‌الناس اجراء حد موقوف به درخواست صاحب حق می‌باشد.»

نگارنده بعد از صدور حکم مجدد از سوی شعبه ۱۸ دادگاه عمومی گرگان که حاوی مجازات رجم برای آقای خسرو بوده است، وکالت مشارالیه را پذیرفته و در لایحه اعتراضیه برای تجدیدنظر در دیوان عالی کشور در جهت نقض حکم بدوی چنین استدلال کرده است:

دلایل اعتراض به حکم:

با عنایت به دلایل زیر، حکم دادگاه بدوی، که حاوی محکومیت آقای خسرو به تحمل مجازات رجم به اتهام ارتکاب زنا محصنه است، در خور نقض می باشد:

زیرا، اولاً: زنا با علم قاضی قابل اثبات نیست؛ ثانیاً: تحقیقات لازم در خصوص احصان یا عدم احصان خسرو صورت نگرفته است.

اول: زنا با علم قاضی قابل اثبات نیست:

گرچه دادگاه صادرکننده حکم بدوی، مبنای حکم خود را ذکر نکرده، ولی نظر به اینکه مقام فوق در حکم صادره به ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی استناد نموده، معلوم می گردد که برای صدور حکم از علم خود استفاده کرده است.

به استناد دلایل زیر بزه زنا را نمی توان با علم قاضی ثابت کرد:

۱- در حقوق کیفری ایران، سیستم ادله اثبات در خصوص جرم زنا قانونی است. قانونگذار از ماده ۶۳ تا ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی تحت عنوان "باب اول، حد زنا" به تدوین مقررات مربوط به جرم زنا در چهار فصل، به عناوین «فصل اول: تعریف و موجبات زنا»، «فصل دوم: راههای ثبوت زنا در دادگاه»، «فصل سوم: اقسام حد زنا» و «فصل چهارم کیفیت اجرای حد زنا» پرداخته است. مقنن به شیوه‌ای که انتظار می رفت، ادله اثبات زنا را در «فصل دوم: راههای ثبوت زنا در دادگاه» ذکر کرده است. بر اساس مقررات این فصل (از مواد ۶۸ تا ۸۱) قانونگذار سیستم ادله اثبات زنا را، «سیستم قانونی»^۱ دانسته (بر خلاف مقررات حاکم بر جرایم مشمول تعزیر و بازدارنده که تابع «سیستم معنوی» یا «سیستم اقناع وجدان قاضی»

۱. در نظام ادله قانونی، مقنن دلیل یا دلایل قابل قبول و ارزش اثباتی هریک یا مجموعه ای از آنها را پیشاپیش تعیین و قاضی را در صورت ارائه دلیل مورد نیاز و صرف نظر از اعتقاد باطنی او مکلف به صدور حکم محکومیت می کند. (آشوری، ۱۳۷۹: ۲۳۳).

است.^۱ و این جرم را جز با اقرار و شهادت قابل اثبات نمی‌داند. کمیسیون استفتائات و مشاوران حقوقی شورای عالی قضایی (سابق) در بهمن ۱۳۶۲ ضمن تاکید مطلب فوق در پاسخ به این سؤال که «آیا زنا با علم قاضی قابل اثبات است یا خیر؟» اعلام کرده است:

”با توجه به اینکه در قانون حدود و قصاص مصوب شهریور و مهرماه ۱۳۶۱ کمیسیون امور قضایی مجلس شورای اسلامی^۲ طرق اثبات جرایم منجرأ احصاء شده است و فقط در چهار مورد به علم قاضی اشاره گردیده (قتل ماده ۲۷، لواط ماده ۱۵۱، مساحقه ماده ۱۵۸^۳ معطوفاً به راه‌های اثبات لواط و سرقت ماده ۲۱۶)^۴. بنابراین، اگر ادله اثبات جرمی در قانون مصوب مجلس شورای اسلامی به قید حصر ذکر شده باشد و علم قاضی جزو ادله محصوره نباشد، در آن جرم قاضی نمی‌تواند به علم خود مراجعه نماید و در غیر این صورت؛ یعنی در مواردی که علم قاضی جزو ادله اثبات جرم تعیین و یا راه‌های اثبات جرمی در قانونی احصاء نشده باشد، قاضی مجاز به مراجعه به علم خود است و چون راه‌های اثبات زنا در مواد ۸۵، ۹۱ و ۹۲ قانون فوق^۵ احصاء شده و علم قاضی جزو ادله محصوره نیست، بنابراین، به حسب ظاهر قانون، قاضی مجاز به مراجعه به علم حاصله خود نیست“ (کمیسیون استفتائات و مشاورین حقوقی شورای عالی قضایی، ۱۳۶۲: ۴۰).

برای تاکید نسبت به استدلال فوق، مواد ۹۹ و ۱۰۳ قانون مجازات اسلامی نیز قابل تمسک است. مطابق ماده ۹۹ آن قانون و در اجرای رجم برای مرتکب، چنانچه جرم زنا محصنه با اقرار ثابت شده باشد، اولین سنگ توسط حاکم شرع و چنانچه این جرم با گواهی گواهان ثابت شده باشد، اولین سنگ توسط گواهان زده می‌شود. قانونگذار تکلیف اولین سنگ جهت زدن به مجرمی که زنا با علم قاضی ثابت شده باشد را مشخص نکرده و این قرینه آن است که زنا با علم قاضی قابل اثبات نیست، چرا که در غیر این صورت می‌بایست قانونگذار مشخص می‌کرد که در مورد فوق چه کسی اولین سنگ را بزند. چون فرض بر قانونگذاری عاقلانه است، این نتیجه گرفته می‌شود که قانونگذار غیر از اقرار و شهادت مورد دیگری را مثبت جرم

۱. «در نظام افتاع وجدان قاضی دلائل همگی طریقت دارند، نه موضوعیت. هر دلیل می تواند ارزشی برابر با سایر ادله داشته باشد.»

(همان - ص ۲۳۵)

۲. این قانون در سال ۱۳۷۰ با جانشینی قانون مجازات اسلامی نسخ شده است.

۳. ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی

۴. ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی

۵. ماده ۱۲۸ قانون مجازات اسلامی

۶. ماده ۱۹۹ قانون مجازات اسلامی

۷. مواد ۷۴، ۶۸ و ۷۵ قانون مجازات اسلامی

زنا نمی‌داند، وگرنه تکلیف آن را نیز روشن می‌کرد. این استدلال در خصوص ماده ۱۰۳ قانون فوق نیز قابل بیان است. مطابق ماده فوق: «هرگاه کسی که محکوم به رجم است، از گودالی که در آن قرار گرفته فرار کند، در صورتی که زنا یا او به شهادت ثابت شده باشد، برای اجرای حد برگردانده می‌شود، اما اگر به اقرار خود او اثبات شده باشد، برگردانده نمی‌شود.» در این ماده به وضعیتی که زنا با علم قاضی اثبات شده باشد و متهم از گودال فرار کند، اشاره نشده است. این نیز نشانه آن است که زنا با علم قاضی قابل اثبات نیست، چرا که در غیر این صورت، قانونگذار می‌بایست نسبت به وضعیتی که زنا با علم قاضی اثبات شده و متهم از گودال فرار کند، نیز تعیین تکلیف می‌نمود.

بسیاری از فقها، حتی آن‌هایی که حکم کلی مبنی بر اعتبار علم قاضی داده‌اند، در تعیین تکلیف راجع به محکوم به رجمی که از چاله فرار کند، به مواردی که زنا یا محصنه با اقرار یا با گواهان ثابت شده باشد، متعرض شده و هیچ اشاره‌ای به موردی که زنا یا محصنه با علم قاضی ثابت شده باشد، نمی‌نمایند که این خود نمایانگر عدم اعتبار علم قاضی در اثبات زنا است، وگرنه منطقی می‌بود که فقها تکلیف محکوم به رجمی که زنا یا او با علم قاضی ثابت شده است را روشن نمایند (موسوی خویی، آیت اله سید ابوالقاسم، بی تا: ۲۱۸ و خمینی امام روح اله، بی تا: ۱۹۳).

ممکن است برای نقض استدلال فوق به ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی که به حاکم شرع اجازه داده است، در کلیه موارد (چه حق‌الله و چه حق‌الناس) به علم خود مراجعه کند، اشاره نمود (همان‌طور قاضی صادر کننده حکم بدوی به آن ماده استناد کرده است). در این خصوص، به عرض می‌رسد که ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی در غیر موضع خود است. اگر قرار بود قاضی در کلیه جرایم موضوع حق‌الله و حق‌الناس، مجاز به مراجعه به علم خود باشد، چه نیازی به تصویب مواد ۱۲۰، ۱۳۸، ۱۹۹، ۲۳۱، ۳۰۵ و ۲۳۶ قانون مجازات اسلامی بوده است که بر اساس آن به قاضی اختیار داده شد، برای اثبات جرایم قتل، لواط، سرقت و مساحقه مجاز به مراجعه به علم خود باشد؟ از ناسازگاری ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی از یک طرف و مواد ۱۲۰، ۱۹۹ و ... از قانون مجازات اسلامی از طرف دیگر، چنین نتیجه گرفته می‌شود که غرض از تصویب ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی، اجازه مراجعه قاضی به علم خود فقط در خصوص جرایمی است که قانونگذار ادله اثبات آن را شمارش نکرده است (مثل جرایم مشمول تعزیر و بازدارنده). به عبارت دیگر، اگر قانونگذار ادله جرایمی را احصاء کرده باشد، قاضی باید فقط آن‌ها را مد نظر قرار دهد و در غیر این صورت، مجاز به علم خود

است (گلدوزیان، ۱۳۸۲: ۳۲۳ و میرمحمدصادقی، ۱۳۸۰: ۲۷۸). اگر استدلال فوق را نپذیریم، ناچار به پذیرش تعارض در یک نص قانونی خواهیم شد که ناپسند است. بر اساس قاعده عقلی و فقهی «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» برای جمع بین مواد ناسازگار فوق چاره‌ای جز پذیرش استدلال بالا نداریم. شایان ذکر است که قاعده مزبور در مصادیق متعددی در علم اصول مطرح شده است، مانند: تقدیم نص بر ظاهر، اظهر به ظاهر، خاص به عام، حمل مطلق بر مقید، حکومت و ورود و مانند آن (مجمع فقه اهل بیت «ع» - ۱۴۲۳ ه. ق. - صص ۴۸۲-۴۸۴). به نظر می‌رسد در خصوص مورد، اجرای قاعده فوق از باب «تقدیم اظهر بر ظاهر» است. توضیح اینکه، گرچه ظاهر، ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی مطلقاً علم قاضی را در تمامی موارد (حق الله و حق الناس) معتبر می‌داند، اما نظر به اینکه همان قانون در خصوص جرایم لواط، سرقت و قتل عمدی (مواد ۱۲۰، ۱۹۹ و ۲۳۱) صراحتاً به علم قاضی به عنوان یکی از ادله اثبات اشاره کرده و در مورد جرایم کذب، شرب خمر و محاربه (مواد ۱۳۷، ۱۶۸، ۱۷۰ و ۱۸۹) علی‌رغم ذکر ادله اثبات، نامی از علم قاضی نبرده و در خصوص جرایم مشمول تعزیرات و بازدارنده - که قسمت اعظم جرایم معنونه در نظام کیفری ایران را تشکیل می‌دهد - (مواد ۴۹۸ تا ۷۲۹) معترض ادله اثبات نشده است، اظهر این است که ظاهر ماده ۱۰۵ را به گونه‌ای تفسیر نماییم که فقط شامل مواردی گردد که قانونگذار به ادله اثبات جرایم نپرداخته است که در نتیجه، چون جرم زنا از جمله جرایمی است که قانونگذار به ادله اثبات آن پرداخته و صراحتاً علم قاضی جزو ادله اثبات آن به شمار نیامده است، لذا این جرم با علم قاضی قابل اثبات نیست. به زبان دیگر و با عنایت به استدلال فوق، در جرایمی که قانونگذار به ادله اثبات اشاره نکرده و یا در جرایمی که قانونگذار به علم قاضی به عنوان یکی از ادله اثبات اشاره نموده است، علم قاضی موضوعیت داشته و قاضی می‌تواند به استناد آن رای صادر کند و در غیر این صورت؛ یعنی، در جرایمی که علی‌رغم ذکر ادله اثبات به علم قاضی پرداخته نشده، علم قاضی برای اثبات جرم، نه موضوعیت دارد و نه طریقت (جعفرنژاد، ۱۳۸۲: ۳۱)، به ویژه اینکه ماده ۱۰۵ قانون مورد نظر در فصل چهارم از باب زنا تحت عنوان «کیفیت اجرای حد» آمده است، نه در فصل دوم که دارای عنوان «راه‌های ثبوت زنا در دادگاه» است. ممکن است گفته شود، اگر علم قاضی جزو ادله اثبات زنا نیست، پس چرا قانونگذار ماده ۱۰۵ را در فصل زنا آورده است؟ در جواب باید گفت، این به شیوه غیر قابل قبول قانونگذاری در خصوص جرایم حدود، قصاص و دیات بر می‌گردد. قانونگذار در زمان تصویب مقررات فوق به ترجمه صرف کتب فقهی اکتفا کرده است؛ غافل از اینکه کتاب نویسی با قانون نویسی یکسان نیست.

البته، این گونه موارد در بخش حدود، قصاص و دیات فراوان یافت می‌شود که از حوصله این بحث خارج است.

شعب دیوان عالی کشور نیز در آرای متعددی، منحصر بودن دلایل اثبات جرم زنا به اقرار و شهادت را تایید کرده اند که به عنوان نمونه رای ۱۲/۳۰۹-۱۳۷۰/۵/۲۷ شعبه ۱۲ مورد اشاره قرار می‌گیرد: «با عنایت به مندرجات اوراق پرونده و با توجه به مواد ۸۵ و ۹۱ قانون حدود قصاص^۱ راههای ثبوت زنا در دادگاه چهار جلسه اقرار به زنا و با شهادت چهار مرد عادل، یا سه مرد عادل و دو زن عادل می‌باشد که در مانحن‌فیه نه متهم اقرار به زنا کرده و نه کسی به زنا شهادت داده‌اند...» (بازگیر، یداً...-۱۳۸۲- ص ۱۲۳).

۲- فقها در خصوص اعتبار علم قاضی نظر واحدی ندارند.

گرچه با عنایت به "اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها" و وجود مواد آشکار نیازی به مراجعه به منابع فقهی به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۲ و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری^۳ نیست، ولی برای بررسی دقیقتر موضوع به نظرات فقها در خصوص مورد اشاره می‌گردد.

گرچه در مورد حجیت علم قاضی برای امام معصوم (ع) ادعای اجماع شده است (محمد حسن نجفی، جواهرالکلام ج ۴۰، ۱۴۰۰ ه. ق: ۸۸؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۱: ۷ و یونسی، ۱۳۷۵: ۵۳)، ولی در خصوص قضات غیر معصوم فقها نظر واحدی نداشته^۴ و به چند دسته تقسیم شده اند.

۱. مواد ۶۸ و ۷۴ قانون مجازات اسلامی

۲. صرف نظر از اینکه، قریب به اتفاق حقوقدانان در خصوص امور کیفری رجوع به اصل ۱۶۷ قانون اساسی را جایز نمی‌دانند (کلانتری، ۱۳۷۴: ۹۲).

اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «قاضی موظف است، کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد.»

۳. ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری: «رای دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن رای صادر شده است. دادگاه مکلف است، حکم هر قضیه را در قوانین مدونه بیابد و اگر قانونی در خصوص مورد نباشد، با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض یا ابهام قوانین مدون، از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند.»

۴. «لا خلاف بیننا معتدبه فی ان الامام (ع) یقضی بعلمه مطلقاً فی حق الله و حق الناس ... و غیره من القضاء یقضی بعلمه فی حقوق الناس مطلقاً و فی حقوق الله تعالی علی قولین ... (نجفی، -جواهرالکلام، ج ۴۱، ۱۴۰۰ ه. ق: ۸۶- ۸۸).

الف) گروهی قائل به حجیت علم قاضی به طور مطلق چه در حق الله و چه در حق الناس هستند. این دسته از فقها که شاید مشهور نیز باشند (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۱: ۷) بر این عقیده اند که قاضی در همه جرایم می تواند به علم خود عمل کند. از جمله این فقها می توان به ابی الصلاح حلبی در کتاب **الکافی** (حلبی، ۱۳۶۰ ه. ش: ۴۲۸)؛ شیخ طوسی^۱ در کتاب **خلاف** (شیخ طوسی، ۱۳۴۲ ه. ش: ۶۰۲)؛ مرحوم سیدعلی طباطبایی در کتاب **ریاض المسائل** (طباطبایی، ۱۴۰۴ ه. ق: ۳۸۹)؛ شیخ محمدحسن نجفی در کتاب **جواهر** (نجفی، ج ۴۰- ۱۴۰۰ ه. ق: ۷۶- ۷۸)؛ ملا علی کنی در کتاب **تحقیق الدلائل فی شرح تلخیص المسائل** (کنی، ۱۳۰۴ ه. ق: ۲۵۴)؛ میرزا حبیب اله دشتی در کتاب **القضاء** (رشتی، ۱۳۶۵ ه. ش: ۱۰۴)؛ مرحوم امام خمینی (خمینی، بی تا: ۸۶) و مرحوم آیت اله خویی (خویی، بی تا: ۱۲) نام برد.

ب) گروهی قائل به عدم حجیت علم قاضی به طور مطلق چه در حق الله و چه در حق الناس هستند.

اکثر فقهای عامه معتقدند که قاضی مطلقاً نمی تواند به علم خود رای دهد (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۰: ۲۷۴). در میان فقهای شیعه نیز برخی مانند ابن جنید بنا بر آنچه در «انتصار» از او نقل شده است چنین اعتقادی دارند (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۰: ۷).

ج) گروهی قائل به حجیت علم قاضی فقط در حق الله اند.

شهید ثانی در **مسالك الافهام** (شهید ثانی، ۱۲۶۸ ه. ق: ۱۱) این قول را به ابن جنید نسبت داده، می گوید: «ابن جنید عکس نظر (ابن حمزه) را داشته و در کتاب «الاحمدی» خود می گوید: حاکم در رابطه با حدود الهی به علم عمل می نماید، ولی در رابطه با حق الناس

۱. گرچه شیخ در کتاب **النهايه** خلاف آن نظر داده است. ایشان می گوید: «و اذا شاهد الامام من بزني او يشرب الخمر كان عليه ان يقيم الحد عليه و لا ينظر مع مشاهده قيام البيه و الاقرار و ليس ذلك لغيره بلي هو مخصوص به و غيره و ان شاهد يحتاج ان يقوم له بيه او اقرار من الفاعل على ما بيناه و اما القتل و السرقة و القذف و ما يجب من حقوق المسلمين من الحد و التعزير فليس له ان يقيم الحد الا بعد مطالبه صاحب الحق حقه و ليس يكفي فيه مشاهده اياه فان طلب صاحب الحق اقامه الحد فيه كان عليه اقامته و لا ينتظر مع علمه البيه و الاقرار»
یعنی: «وقتی که امام (ع) کسی را در حال زنا و یا شرب خمر ببیند، بر او واجب است حد را بر زانی و یا شارب خمر جاری سازد و با وجود مشاهده دیگر منتظر شهادت شهود و یا اقرار مرتکب نباشد، ولی این حق برای غیر امام (ع) وجود ندارد و غیر امام هر چند این وقایع را ببیند، باز محتاج به اقامه بیه و یا اقرار می باشد، اما در مورد قتل و سرقت و قذف آنچه از حقوق مسلمین است، اعم از حد و یا تعزیر، امام (ع) هم اقامه حد نمی نماید مگر اینکه صاحب حق آن را تقاضا نماید و مشاهده او به تنهایی کافی برای صدور حکم نیست. پس چنانچه صاحب حق اقامه حد را طلب نماید، حد جاری شده و امام (ع) منتظر بیه و اقرار نمی شود.» (شیخ طوسی، **النهايه**، بی تا: ص ۱۶۹).

نمی تواند به علم خویش قضاوت نماید...^۱ مرحوم سید محمدکاظم طباطبایی یزدی در عروة الوثقی (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸ ه. ق: ۳۱) نیز این قول را به الکافی نسبت داده، می گوید: "از الکافی حکایت شده که ایشان در کتاب «مختصر احمدی» علم قاضی را فقط در حق الله معتبر می داند."^۲

د) گروهی قائل به حجیت علم قاضی فقط در حق الناس هستند.

قائلان به این نظر معتقدند که قاضی در حق الله که زنا از موارد آن است مجاز به مراجعه به علم خود نیست. از معتقدان این قول می توان قاضی ابن برآج (قاضی ابن برآج، ۱۳۱۰ ه. ق: ۱۳۱) را نام برد.

شهید ثانی نیز در مسالک الافهام، ابن ادریس را قائل به این نظر معرفی کرده، می گوید: "ابن ادریس گفته است که قضاوت به علم در حقوق الناس جایز، ولی در حقوق الله جایز نیست."^۳ (شهید ثانی، ۱۲۶۸ ه. ق: ۲۶۸). ابن حمزه طوسی از دیگر علمایی است که عقیده دارد، قاضی فقط در حقوق الناس می تواند به علم خود عمل کند (طوسی، ۱۴۰۸ ه. ق: ۲۱۸).

ه) گروهی علم قاضی را اگر مستند به مبادی حسی^۴ یا مبادی قریب به حس^۵ باشد، حجت می دانند، ولی اگر مستند به مبادی حدسی^۶ و تراکم ظنون باشد، حجت نمی دانند.

از قائلان به این نظر می توان به شهید ثانی در شرح لمعه، محمدجواد مغنیه، ناصر مکارم شیرازی و یوسف صانعی اشاره نمود.

شهید ثانی (شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۱، ۱۳۷۶: ۲۴۲) در خصوص مورد می گوید: "به موجب نظر صحیح تر، قاضی می تواند مطلقاً مطابق علم خود عمل کند... و منظور از علم

۱. و عکس ابن جنید فی کتابه الاحمدی یقول: و یحکم الحاکم فیما کان من حدود الله عزّ وجلّ بعلمه و لا یحکم فیما کان من حقوق الناس الا بالاقرار و البینه.

۲. ... و عن الکافی فی مختصر الاحمدی تخصیصه به حقوق الله

۳. قال ابن ادریس: یجوز فی حقوق الناس من دون حقوق الله

۴. مبادی حسی، مواردی است، نظیر آن که قاضی با چشم خود شراب خوردن و یا زنا کردن دیگری را مشاهده کند و یا با گوش خود قذف کردن وی را بشنود (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۰: ۲۷۴).

۵. مبادی قریب به حس مثل این است که قاضی فیلم دیگری را در حال ارتکاب جرم مشاهده کند (همان).

۶. مبادی حدسی مواردی نظیر خواب دیدن قاضی یا سوء سابقه متهم و تناقض گویی او در بازجویی است (همان).

علمی است که از طریق خاص به دست آمده باشد و آن علم قطعی و جازم است.^۱ منظور شهید ثانی از علم خاص، علمی است که مستند به "مبادی حسی" و یا مبادی "قریب به حس" باشد (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۰: ۲۷۵). ظاهراً در کتاب **فقه الامام صادق (ع)** نیز به حاکم هنگامی اجازه مراجعه به علم خود در جرم زنا داده شده است که خود شاهد زنا باشد (مغنیه، ۱۹۷۸ م: ۲۶۳). آیت اله یوسف صانعی نیز در پاسخ به استفتایی فرمودند: "در مواردی که علم از طریق حس حاصل شود و یا از مبادی قریب به حس (مانند آنچه که در قضاوت های علی (ع) آمده است) علم قاضی حجت است." (یونسی، ۱۳۷۵، صفحه ضمائم). همین طور آیت اله ناصر مکارم شیرازی نیز در جواب استفتاء گفته اند: "علم قاضی که مستند به مبادی حسیه و قرائن و امارات باشد، که بتواند مستند دیگران هم قرار گیرد، حجت است" (همان - صفحه ضمائم).

طرفداران جواز قضاوت به علم قاضی، به طور عمده به موارد زیر اشاره می کنند:

۱. خداوند در قرآن مجید قضاوت را امر به "اجرای حق"^۲ و "اجرای عدالت"^۳ داده است. چون علم محکمترین و قویترین طریق است که قاضی را به واقعیت های مذکور می رساند (مرعشی، ۱۳۷۹: ۲۴)، قاضی باید برای رسیدن به واقعیت، مجاز به مراجعه به علم خود باشد؛
۲. احادیث متعددی از معصوم نقل شده که مبین قضاوت بر اساس علم است (حرعاملی، ۱۳۹۱ ه. ق: ۱۶۷، ۱۶۸، ۲۰۱ و ۲۰۰)؛
۳. اجماع (فرقانی ها، ۱۳۷۰: ۸۲)؛
۴. عقل؛

پاره ای از فقها مراجعه قاضی به علم خود را یک دلیل عقلی دانسته اند که می توان به ملا احمد نراقی (نراقی، ۱۲۷۳ ه. ق، مسئله دهم)، صاحب **ریاض (طباطبایی، ۱۴۰۴ ه. ق: ۳۸۹)**، صاحب **جوهر (نجفی، ۱۴۰۰ ه. ق: ۸۸)** و صاحب **عروة الوثقی (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸ ه. ق: ۳۱)** اشاره نمود.

عمده استدلال فقهای عظامی که علم قاضی را برای اثبات زنا جایز نمی دانند، این است که اولاً پیامبر فرمودند: «أما قضی بینکم بالبینات و الایمان»: من در میان شما بر اساس گواهی

۱. فان كان الحاكم عالماً بالحق قضی بعلمه مطلقاً علی اصح القولین ... والمراد بعلمه هنا العلم الخاص و هو الاطلاع الجازم (شهید نائی، شرح لمعه، ج ۱، ۱۳۷۶ ه. ق: ۲۴۲).

۲. "انا جعلناک خلیفه فی الارض فاحکم بین الناس بالحق" (ص ۲۶).

۳. "و ان حکمت فاحکم بینهم بالقسط" (مائده ۴۲) و "و اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل" (ن ۵۸).

گواهان و سوگند داوری می‌کنم (حرعاملی، ۱۳۹۱هـ.ق: ۱۶۹). بعضی از فقها به اتکای این روایت نتیجه می‌گیرند که وقتی پیامبر در هنگام قضاوت فقط «بینات» و «ایمان» را ملاک قرار می‌دهد، به طریق اولی بقیه نیز باید چنین کنند؛ ثانیاً: آن بزرگواران، هنگامی که در مصدر حکومت بودند (مثل پیامبر «ص» و حضرت علی «ع») حتی یک نفر را به استناد علم خود به رجم محکوم ننمودند. پیامبر خود در یک جا فرمودند: «اگر من می‌خواستم، بدون اقامه شهود و از روی علم و آگاهی، حد رجم را اجرا کنم، برآستی این را انجام می‌دادم.» (حسینی میلانی، بی تا: ۱۶۱). روشن است که اگر قرار بود زناکاران به علم قاضی مجازات شوند، پیامبر و امام معصوم که عقل کل و مصون از خطا و اشتباه بودند، می‌بایستی حداقل یک نفر را به استناد علم خود به مجازات رجم محکوم می‌کردند، در حالی که معصومان (ع) - علی رغم عالم بودن به غیب - نه تنها به مجازات زنا بدون بینة و اقرار رای ندادند، بلکه از اقرار کنندگان به زنا روی بر می‌تافتند و حتی آنها را تشویق به انکار می‌کردند، تا شاید مفری برای رهایی از رجم پیدا کنند، که در تاریخ صدر اسلام فراوان از این موارد یافت می‌شود (شهید ثانی مسالک الافهام، ۱۴۱۹هـ.ق: ۴۲۵ و محمدی گیلانی، ۱۳۶۱: ۴۹).

سیاست جنایی اسلام در خصوص جرایم - بویژه زنا - مبتنی بر «بزه پوشی» است؛ به طوری که از قول امام صادق (ع) نقل شده است که حضرت علی (ع) فرمودند: «خداوند اراده فرمودند زناایی که کمتر از چهار شاهد به آن اقامه شود، بر مسلمان پوشیده بماند» (حرعاملی، ۱۳۹۱هـ.ق: ۳۱۰). در جایی دیگر که خلیفه دوم می‌خواست زناکاران - که خود شاهد زنا آنان بود - را حد بزنند، امام علی (ع) مانع شد و گفت: «اگر حد جاری کنی، بر تو مجازات حد قذف جاری می‌کنم، مگر اینکه چهار شاهد بیاورید» (محلّاتی، بی تا: ۴۳).

بدیهی است هرگاه قاضی که خود شاهد عمل زنا باشد، نتواند حد جاری کند، به طریق اولی به استناد علم غیر محسوس نمی‌تواند چنین کند^۱ (نجفی، ج ۴۱، ۱۴۰۰هـ.ق: ۳۶۶) و نیز گفته اند، چنانچه به قاضی اجازه داده شود که به علم خود مراجعه کند، هم موجب این می‌شود که قاضی به "خودبزرگ بینی علمی و خود را پاک جلوه دادن" (یثربی، ۱۳۸۵: ۶۷) متهم گردد و هم سبب این می‌شود که مردم او را به جانبداری از یک طرف دعوی متهم نمایند (عابدی، ۱۳۸۴: ۱۱۶) که در نتیجه، اعتبار جامعه مسلمین از قاضی سلب خواهد شد و این خود خطر

۱. روایت فوق تعارضی با روایاتی که در آنها اجازه قضاوت بر اساس علم حسی داده شده است، ندارد (نجفی، ج ۴۱-۱۴۰۰ هـ. ق: ۳۶۶)، زیرا همان طور که قبلاً توضیح داده شد، روایت فوق ناظر به امام معصوم است، نه قاضی منصوب.

بزرگی برای حکومت اسلامی است، زیرا در آن صورت آحاد جامعه به دادگستری که تنها مرجع رسمی تظلمات^۱ است، مراجعه نموده، "انتقام خصوصی" (صانعی، ۱۳۷۱: ۴۵) رواج پیدا خواهد نمود.

مخالفان جواز قضاوت بر اساس علم قاضی، دلایل موافقان را به شرح زیر موجه ندانسته اند:

۱. آیات شریفه از کتاب خدا که مورد استناد موافقان قرار گرفت، کلی و عمومی بوده، قابلیت استناد در خصوص مورد ندارد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۰: ۲۶).

۲. روایاتی که مورد استناد موافقان قرار گرفت، ارتباطی به محل بحث ما ندارد، زیرا این روایات دلالت دارند که امام با هوشمندی و علم و حکمت خویش توانست از واقعیتی که بر دیگران و حتی بر خلیفه و در محکمه قضایی پوشیده بود، پرده بردارد و واقع امر روشن گردد و قلب و دروغگویی مدعی در برابر هم آشکار شود. این قضیه ربطی به آنچه ما در پی آنیم ندارد. ... این روایات بر فرض صدورشان از معصوم، تنها علمی را حجت می دانند که به علم حسی به دست آمده در محکمه برگردد (همان: ۵۴) و مهمتر از این، آن که روایات فوق بر فرض صحت، موید جواز قضاوت بر اساس علم برای معصوم (ع) است (که کسی منکر آن نیست)، در حالی که بحث ما در خصوص بررسی اعتبار برای غیر معصوم است.

۳. به خلاف نظر موافقان "هیچ گونه اجماعی بر جواز حکم قاضی بر طبق علمش در حقوق الهی با توجه به مخالفت و تفصیل شیخ طوسی و حلبی و ابن حمزه و ابن جنید و تصریح شمار زیادی از فقها به این دو نظر وجود ندارد" (همان: ۵۴).

۴. در پاسخ به کسانی که جواز قضاوت بر اساس علم را عقلی دانسته اند، باید گفت که در مقابل، دوری کردن قاضی از موضع تهمت که نتیجه آن افزایش اعتماد عمومی به سیستم قضایی حکومت اسلامی است، نیز از نظر عقل امری لازم است، بویژه اینکه از معصوم (ع) تاکید زیادی برای دوری قاضی از موضع تهمت شده است (محمدی ۱۴۰۵ ه.ق: ۵۳۸).

۳- ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی مجوز حاکم شرع در رجوع به علم است، نه قاضی

به فرض محال بتوان به استناد ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی به استناد «علم»، زنا را ثابت و متهم را به مجازات رجم محکوم نمود، باید این حق را به «حاکم شرع» داد، نه قاضی به

۱. اصل ۱۵۹ قانون اساسی: «مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است ...»

معنی عام. قانونگذار در مواد ۱۹۹، ۲۳۱، ۳۰۵ و ۲۳۶ از قانون مجازات اسلامی از "علم قاضی" نام می‌برد، ولی در ماده ۱۰۵ آن قانون از حاکم شرع. نمی‌توانیم این عمل قانونگذار (به کار بردن عبارتهای قاضی یا حاکم) را بر مسامحه وی حمل کنیم و فرقی بین قاضی و حاکم شرع قائل نشویم. حاکم شرع با قاضی به معنی عام تفاوت دارد. "حاکم شرع مجتهد حی جامع شرایط است" (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۶۱۱)، در حالی که قریب به اتفاق قضات ما، مجتهد نیستند، زیرا فی الحال قوه قضاییه به موجب ماده واحده قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری (۱۳۶۱ با اصلاحات بعدی)^۱ قضات مورد نیاز خود را از میان فارغ التحصیلان دوره کارشناسی حقوق و یا کارشناسی الهیات و یا از میان طلابی که بعد از اتمام سطح دو سال خارج را دیده باشند، انتخاب می‌نماید که طبیعتاً مجتهد نیستند. قانونگذار فقط در مواد ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی در باب زنا و ۱۲۰ همان قانون در باب لواط، از «علم حاکم شرع» نام برده است. نظر به اینکه مجازات زنا و لواط بسیار سنگین است، قانونگذار خواسته است با این تدبیر، استفاده از علم قاضی به طور عام را برای اثبات آن جرایم غیر ممکن سازد (گرچه به نظر ما، ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی قابل اعمال در خصوص زنا نبوده و هیچ قاضی «اعم از حاکم شرع و قاضی معمولی» نمی‌تواند با علم زنا را اثبات کند)^۲.

۴- علم باید متعارف باشد.

به فرض محال که قاضی بتواند زنا را با علم اثبات کرده، حکم به رجم دهد، مستند چنین علمی باید مطابق ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی ذکر شده و نیز با عنایت به وحدت ملاک ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی متعارف باشد. متعارف بودن قاضی از نظر فقها و حقوقدانان امری لازم است. امام خمینی (ره) در این خصوص می‌گوید: «... در قاضی منصوب حصول علم باید از راه متعارف باشد (خمینی، بی تا: ۴۲۸).

۱. ماده واحده قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری (۱۳۶۱ با اصلاحات بعدی): "قضات از میان مردان واجد شرایط زیر انتخاب می‌شوند: ۱- ایمان و عدالت و تعهد عملی نسبت به موازین اسلامی و وفاداری به نظام جمهوری اسلامی ایران؛ ۲- طهارت مولد؛ ۳- تابعیت ایران و انجام خدمت وظیفه یا دارا بودن معافیت قانونی؛ ۴- صحت مزاج و توانایی انجام کار و عدم اعتیاد به مواد مخدر؛ ۵- دارا بودن اجتهاد یا لیسانس قضایی یا لیسانس الهیات رشته منقول یا لیسانس دانشکده علوم قضایی و اداری وابسته به دادگستری یا مدرک قضایی از مدرسه علوم قضایی قم یا طلابی که سطح را تمام کرده و دو سال خارج فقه و قضا را با امتحان و تصدیق جامعه مدرسین دیده باشند."
۲. صرف از اینکه به عقیده فقها قضات مخصوص مجتهد بوده و به کارگیری غیر مجتهد در امر قضا از باب اضطرار است (منتظری، حسینعلی ۱۳۷۰: ۲۷۸).

می‌دهد که از جمله آن عبارت است از ...^۱. بنابراین، نمی‌توان به استناد اظهارات متزلزل و متعارض زنی با سابقه مذکور، حکم به رجم صادر نمود.

ج) نتیجه آزمایش D.N.A

درست است که پزشکی قانونی مولود را قابل انتساب به موکل دانسته است؛ اما به فرض اینکه به نظر فوق خدشه‌ای وارد نباشد، این هرگز قرینه اطمینان‌آوری برای اثبات عمل زنا از سوی موکل نسبت به مادر طبیعی طفل (خانم میترا) نمی‌تواند باشد. در تاریخ جنایی و پزشکی، کم‌زنانی نبودند که بدون دخول باردار شدند. حاملگی بدون نزدیکی و با واسطه وارد شدن منی به مهبل زن امری عجیب و خارق‌العاده نیست. به همین دلیل است که ماده ۷۳ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «زنی که همسر ندارد، به صرف بارداریش مورد رجم قرار نمی‌گیرد، مگر آنکه زنای او با یکی از راه‌های مذکور در این قانون ثابت شود»؛ حتی فقیهان اسلامی معتقدند که کسی حق سؤال از این زن و همچنین تفتیش قضیه را ندارد (امام خمینی، بی تا: ۱۸۲). «چون بارداری با زنا کردن ملازمه ندارد، در اصل در تصرفات مسلمان حمل بر صحت و درستی است... و برای احتمال این که، آن بارداری می‌تواند ناشی از اشتباه یا اکراه باشد، حد رفع می‌شود.» (محمدی، ۱۳۶۷: ۲۸).

در خصوص مورد از سوی مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه استفتائاتی از فقهای عظام گردیده است. در این خصوص، فقهای عظام نه تنها زنا را ثابت ندانسته‌اند، بلکه حتی انتساب طفل به پدر احتمالی را نیز مورد تردید قرار داده‌اند (نشریه مأوی - ش ۱۶۳، ۱۳۸۲/۲/۱۰) که به دلیل اهمیت موضوع عین سواها و پاسخ‌ها درج می‌گردد.

سوال: چنانچه دختری پس از وضع حمل، مدعی باشد که فلان شخص با وی زنا کرده است، اما متهم منکر انتسابی باشد، بفرمایید:

الف) اگر پزشکی قانونی در نتیجه آزمایش‌های دقیق علمی طفل را به نامبرده منتسب کند، آیا شرعا این نظر حجیت دارد؟

ب) در صورت حجیت، آیا می‌توان حد زنا را بر متهم جاری کرد؟

پاسخ فقها:

آیت‌الله سیدعلی خامنه‌ای:

الف) حجیت ندارد، مگر در صورت حصول یقین.

۱. قسمتی از لایحه به دلیل رعایت عفت حذف شده است.

ب) جاری نمی‌شود.

آیت‌الله صافی گلپایگانی:

الف) نظر مذکور شرعا حجت نیست.

ب) در فرض حجیت نمی‌توان حد زنا را بر متهم اجرا کرد؛ چون امکان دارد نطفه با جذب منی و بدون وقوع زنا به وجود آمده باشد.

آیت‌الله محمدفاضل لنکرانی

الف) اگر برای قاضی علم حاصل شود که کودک برای فرد مورد نظر است، کودک به او ملحق می‌شود.

ب) خیر. زنا ثابت نمی‌شود؛ چون ممکن است بدون زنا منی جذب شده باشد.

آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی:

الف) اینگونه آزمایش‌ها با توجه به تخلف‌های فراوانی که دارد، حجت نیست.

ب) از جواب معلوم شد.

آیت‌الله سید عبدالکریم موسوی اردبیلی:

الف) با گفتن دختر و آزمایش پزشکی قانونی زنا ثابت نمی‌شود و انتساب بچه هم ثابت نمی‌شود، مگر قرائن علمی قطعی باشد و از روی آن قرائن قطعی مطلب ثابت شود.

ب) در اجرای حد زنا اجمالا علم خاص موضوعیت دارد که منسوب به اقرار چهارگانه یا شهادت شهود خاص باشد.

بنابراین، به فرض محال که زنا با علم قاضی قابل اثبات باشد، علمی قابل استناد است که متعارف باشد. نظر به اینکه در مانحن‌فیه علم مورد اشاره متعارف نیست، حکم به زنا و رجم وجه قانونی ندارد.

دوم: تحقیقات لازم در خصوص محصن بودن یا نبودن متهم صورت نگرفته است:

محصن بودن شخص فقط به داشتن همسر نیست، بلکه به استناد ماده ۸۶ قانون مجازات اسلامی «... زناي مرد يا زني که ... بواسطه مسافرت يا حبس و مانند آنها از عذرهای موجه به همسر خود دسترسی ندارد، موجب رجم نیست.» با توجه به ماده فوق، دادگاه بدوی نمی‌توانست صرف داشتن همسر موکل را دلیل بر احصان وی دانسته، حکم رجم صادر کند، بلکه مکلف بود تحقیقات لازم در خصوص اینکه آیا موکل امکان تمتع جنسی از همسر خویش را داشته است یا خیر؟ معمول دارد. چه بسا موکل در زمانی که اتهام زنا به او وارد

شد (بر فرض اینکه چنین اتهامی وارد باشد)، به واسطه اختلاف خانوادگی، بیماری، عذر شرعی و ... امکان فوق را در اختیار نداشته است. ممکن است ایراد گرفته شود که این تکلیف متهم بود تا موارد عذر را بگوید، نه تکلیف قاضی که آن را کنکاش کند، این توقع بی‌وجه است، زیرا اولاً: با رویه قضایی ما ناسازگار است. ثانیاً: متهم به طور کلی منکر هرگونه رابطه جنسی است. بدیهی است، از کسی که مدعی عدم رابطه جنسی با زن بیگانه است، نباید انتظار داشت که موارد عذر خود (مبنی بر عرم تمتع جنسی از همسر) را مطرح کند.

هیأت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور، در ۱۲-۱۴/۷/۱۳۷۷ ردیف ۸/۷۷ مقرر داشته است: «... محصنه بودن زانیه منحصر به داشتن همسر دائمی نیست.» (معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، ۱۳۸۵: ۲۰۱).

علاوه بر آن، شعب دیوان عالی کشور در آرای متعدد خود محاکم را مکلف می‌داند و در خصوص وجود شرایط دیگر احصان (غیر از همسر داشتن) تحقیق کند، که می‌توان به موارد زیر اشاره نمود:

- رای ۳۷-۳۱/۲۱/۱۳۷۴ شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور:

«... فقط داشتن همسر احصان آور نیست، بلکه شرایط دیگری هم در تحقق احصان دخالت دارد که از آنها هیچ تحقیقی نشده است. بدون تحقیق، ادعای حصول علم به تحقق کلیه شرایط احصان طبیعی و متعارف به نظر نمی‌رسد، لذا حکم رجم نقض می‌گردد.» (بازگیر، ید...- ۱۳۸۲: ۲۳۵).

- رای ۶۷-۳/۲۱/۱۲/۱۳۷۳ شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور:

«... همان گونه که اصل زنا باید طبق دلیل و مستندات قانونی احراز و به اثبات برسد، محصن بودن هم نیاز به اثبات دارد. تنها داشتن همسر و متاهل بودن وصف احصان نمی‌آورد. به عبارتی دیگر، باید برای دادگاه ثابت شود... که زانی یا زانیه در زمان وقوع زنا دارای همسری بوده‌اند که مریض نبوده و موانع شرعی و عرفی از انجام مجامعت وجود نداشته و دسترسی به وی داشته و در سفر نبوده؛ یعنی عنوان «بغدو علیها و یروح» که عبارت روایت متن فقه است، در مورد وی صادق باشد. در مورد این پرونده قاضی در خصوص محصن بودن متهم اصلاً سوالی ننموده، بنابراین، وجود شرایط احصان مشکوک است. ادعای حصول علم به

وصف احصان در مورد محکوم علیه غیر متعارف و غیر عادی است. دادنامه در خصوص حکم رجم محکوم علیه نقض می گردد.» (بازگیر، ۱۳۸۲: ۲۳۵).

فقه‌های عظام با عبارتی محکم تر و شدیدتر از نصوص قانونی، عدم دسترسی فرد به همسر شرعی خویش جهت استمتاع جنسی را موجب خروج از احصان می دانند. شهید ثانی می فرماید، یکی از شرایط احصان این است که فرد بتواند صبحگاهان و شامگاهان از همسرش متمتع گردد، اما اگر این امکان فراهم نباشد، یا یکی از موارد برای او ممکن باشد (یعنی فقط صبحگاهان بتواند عمل نزدیکی انجام دهد و شامگاهان نتواند یا به عکس) ... محسن محسوب نمی شود (شهید ثانی، شرح لمعه ج ۲، ۱۴۱۶ ه. ق: ۳۵۲) عبارت شهید ثانی با انشای مشابه از قول تمامی فقها نقل شده است که می توان به مرحوم آیت اله خویی (خویی، بی تا: ص ۲۰۳) و مرحوم شیخ محمد حسن نجفی (نجفی، بی تا: ۲۰۰) و امام خمینی (خمینی، ره)، بی تا: ۱۷۹) اشاره نمود. فقها اساس حکم فوق را از احادیث زیادی دانسته اند که از معصومین (ع) نقل شده است که می توان به جلد ۱ مبانی تکمله المنهاج مرحوم آقای خویی و جلد ۴۱ جواهر الکلام شیخ محمد حسن نجفی اشاره کرد.

بنابراین، اگر در مورد پرونده حاضر به فرض محال بپذیریم که متهم زنا کرده و به فرض محال بپذیریم که زنا با علم قاضی قابل اثبات بوده است و به فرض محال بپذیریم که علم از طریق متعارف حاصل شده است، باز هم این اشکال باقی است که در خصوص محسن بودن موکل هیچ تحقیقی نشده است.

به همین علت، حتی اگر راجع به انجام فعل حرام از سوی موکل و اثبات آن فعل با علم قاضی، هیچ شک و شبهه ای نباشد، به دلیل عدم تحقیق در خصوص وجود یا عدم وجود شرایط احصان در متهم، در زمان وقوع زنا، به طور قطع نمی توان گفت که نامبرده در آن زمان واجد شرایط احصان بوده است، و چون به استناد قاعده عرفی «شک به نفع متهم تفسیر می شود» و قاعده فقهی «درأ» ذره ای شک موجب سقوط مجازات است و با توجه به اینکه مجازات رجم مجازات بسیار سنگین و مهمی است که خدای نکرده انجام اشتباهی آن، به هیچ روی قابل جبران نیست، استدعای نقض حکم دادگاه بدوی را دارم. چه زیبا گفت پیامبر بزرگ اسلام: «ادروا الحدود عن المسلمین ما استطعتم فان کان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان یخطئ فی العفو خیر من این یخطئ فی العقوبه»؛ یعنی: «تا آنجا که می توانید مجازات را بر مسلمانان اجرا نکنید و اگر محملی برای رهایی آنان یافتید، ایشان را رها کنید، زیرا اگر حاکم

در عفو خطا کند، بسیار بهتر از آن است که در مجازات اشتباه کند" (شهیدثانی، ۱۳۶۸ ه.ق: ۱۴۳۱ و ترمذی، بی تا: حدیث ۱۴۴۷).

شعبه ۴ دیوان عالی کشور بعد از ملاحظه لایحه فوق، این بار نیز با صدور دادنامه ۴۱۹۴-۸۶/۱۰/۱۸ بدون اشاره به این مطلب که آیا زنا با علم قاضی قابل اثبات است یا خیر؟ حکم بدوی را به دلیل نقص در تحقیقات، نقض کرده است. موردی که دیوان عالی کشور به عنوان نقص تحقیقات ذکر نمود، موردی بود که در لایحه اعتراضیه نیز به آن اشاره گردیده و آن، عدم انجام تحقیقات در خصوص محصن بودن یا محصن نبودن خسرو بوده است. دیوان چنین مقرر داشته است: «در خصوص شرایط مقرر در بند الف ماده ۸۳ قانون مجازات اسلامی و اینکه آیا همسران تجدیدنظرخواه در هنگام وقوع جرم، از وظایف خاص زناشویی تمکین می‌نموده‌اند یا خیر، ضروری است نامبردگان به دادگاه احضار و در این زمینه از آنان تحقیق و سپس دادگاه محترم رای مقتضی را انشاء فرمایند.» در نهایت، دادگاه بدوی بعد از انجام تحقیقات از همسر دائمی خسرو به دلیل اینکه مشارالیها به علت اختلاف فی‌مابین وی و خسرو، از خسرو تمکین ننموده، همسر دیگر وی نیز همسر موقت است، نه دائمی، زنا را انجام شده از سوی خسرو را زنا را غیرمحصنه تشخیص داده، نامبرده را به استناد ماده ۸۶ قانون مجازات اسلامی، به تحمل مجازات صد ضربه شلاق محکوم می‌نماید. نظر به اینکه معترضی در کار نبوده، حکم شلاق نسبت به خسرو به محض ابلاغ حضوری اجرا و مشارالیه از بازداشت موقت آزاد گردید و از رجم رهایی یافت.

نتیجه‌گیری

گرچه در خصوص اعتبار علم قاضی برای اثبات جرم در شریعت اسلام بین فقها اختلاف وجود دارد و چه بسا اکثر فقها قائل به اعتبار علم قاضی در خصوص مورد باشند، ولی نظر به اینکه قانونگذار ادله اثبات جرم زنا را در فصل دوم قانون مجازات اسلامی تحت عنوان "راه های ثبوت زنا در دادگاه" شمارش کرده است و اشاره ای به "علم قاضی" نمی‌نماید و نیز با توجه به ماده ۹۹ همان قانون که در مقام بیان "اولین زننده سنگ" فقط به اقرار و شهادت اشاره می‌نماید و نیز ماده ۱۲۳ قانون فوق که در مقام بیان "باز گرداندن یا باز نگرداندن زانی پس از فرار از گودال"، فقط متعرض اقرار و شهادت گردیده، اشاره ای به "علم قاضی" نمی‌نماید، تردیدی باقی نمی‌ماند که در حقوق موضوعه ایران، زنا با علم قاضی قابل اثبات نیست. در نتیجه، مفاد ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی (که اجازه داده است قاضی چه در حق

الله و چه در حق الناس به علم خود مراجعه کند) را فقط می توانیم در مواردی جاری کنیم که قانونگذار به ادله اثبات جرم نپرداخته است، مانند جرایم مشمول تعزیرات و بازدارنده. به فرض محال که زنا با علم قابل اثبات باشد، با عنایت به وحدت ملاک ماده ۱۲۰ باید "متعارف" باشد و این حق را باید به حاکم شرع داد که مجتهد است و نه قاضی منصوب که فاقد درجه اجتهاد است. این تفسیر با عنایت به مجازات بسیار سنگین زناى محصنه (رجم) و حاکمیت قاعده "تفسیر قوانین جزایی به نفع متهم" در حقوق موضوعه ایران و نیز "قاعده درأ" در شریعت اسلام و سیاست "بزه پوشی" در حقوق کیفری اسلام مطلوب و پسندیده است. چه زیبا گفت پیامبر بزرگ اسلام: «ادروئ الحدود عن المسلمین ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان یخطئ فی العفو خیر من این یخطئ فی العقوبه»؛ یعنی: "تا آنجا که می توانید مجازات را بر مسلمانان اجرا نکنید و اگر محملی برای رهایی آنان یافتید، ایشان را رها کنید، زیرا اگر حاکم در عفو خطا کند، بسیار بهتر از آن است که در مجازات اشتباه کند" (شهبیدثانی، ۱۲۶۸ه.ق: ۱۴۳۱ و ترمذی، بی تا: حدیث ۱۴۴۷).

فهرست منابع

- فارسی

- آشوری، دکتر محمد. (۱۳۷۹). آئین دادرسی کیفری، ج ۲، سمت.
- ابوصلاح حلبی. (۱۴۰۰ه.ق). الکافی فی الفقه، اصفهان: مکتبه الامام امیر المؤمنین (ع).
- بازگیر، یدا.... (۱۳۸۲). قانون مجازات اسلامی در آینه آراء دیوان عالی کشور (حدود)، نشر نخستین.
- ترمذی، ابو عیسی محمد بن عیسی. (بی تا). سنن ترمذی، ج ۲، ابواب حدود، باب ۲، حدیث ۱۴۴۷، بی تا.
- جعفرنژاد، راضیه. (۱۳۸۲). جایگاه علم قاضی در حقوق کیفری ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه مازندران.
- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر. (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۳. تهران: گنج دانش.

- حرعاملی، محمدبن الحسن. (۱۳۹۱ ه.ق). وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج ۱۸، دار احیاء التراث العربی.
- حسینی میلانی، علی. (بی تا). کتاب القضاء، [بی نا].
- خمینی، امام روح الله. (بی تا). تحریر الوسیله، ج ۴- قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- خویی، سید ابوالقاسم. (بی تا). مبانی تکمله المنهاج، ج ۱، بیروت: دارالزهراء.
- رشتی، میرزا حبیب ا... (۱۳۶۵). القضاء، دار الکریم.
- شهید ثانی، زین الدین جبعی العاملی. (۱۲۶۸ ه.ق)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۲، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
- شهید ثانی، زین الدین جبل العاملی. (۱۳۷۶). شرح لمعه، ج ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- شهید ثانی، زین الدین جبل العاملی. (۱۴۱۶ ه.ق). شرح لمعه، ج ۲، مکتب الاعلام الاسلامی.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد. (بی تا). نهاییه، ج ۲۵، انتشارات قدس.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد. (۱۳۴۲). خلاف، دانشگاه تهران.
- صانعی، پرویز. (۱۳۷۱). حقوق جرای عمومی، ج ۱، گنج دانش.
- طباطبایی، سیدعلی. (۱۴۰۴ ه.ق). ریاض المسائل، موسسه آل البيت.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۳۷۸ ه.ق). عروه الوثقی، انتشارات داوری.
- طوسی، ابن حمزه. (۱۴۰۸ ه.ق). الوسیله الی نیل الفضیله، کتابخانه آیت ا. مرعشی نجفی.
- عابدی، مرتضی. (۱۳۸۴). نقش علم قاضی در اثبات زنا، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی (تهران مرکزی).
- فخر المحققین. (۱۳۹۸ ه.ق). ایضاح الفوائد فی شرح لاشکالات قواعد، ج ۴، قم: چاپ اسماعیلیان.
- فرقانی ها، حسین. (۱۳۷۰). علم قاضی از دیدگاه فقه امامیه و حقوق موضوعه، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی.
- قاضی، ابن براج. (۱۳۱۰ ه.ق). المهذب، تهران: چاپ سنگی.
- کلانتری، کیومرث. (۱۳۷۴). اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها، دانشگاه مازندران.
- ۲۶ - کمیسیون استفتائات و مشاورین حقوقی شورای عالی قضایی. (۱۳۶۲). پاسخ و سوالات از کمیسیون استفتائات و مشاورین حقوقی شورای عالی قضایی، ج ۱.

- کنی، ملاعلی. (۱۳۰۴). تحقیق الدلائل فی شرح تلخیص المسائل، چاپ سنگی.
- گلدوزیان، دکتر ایرج. (۱۳۸۲). ادله اثبات دعوا، نشر میزان.
- مجمع فقه اهل بیت (ع). (۱۴۲۳ ه.ق). قواعد الاصول علی مذهب الامامیه، مجمع العالمی لاهلیت.
- محلاتی، ذبیح‌اله. (بی تا). قضاوت‌های امیر المؤمنین (ع)، کتابخانه ارشاد.
- محمدی، دکتر ابوالحسن. (۱۳۶۷). حقوق کیفری اسلام (حدود و تعزیرات)، مرکز نشر دانشگاهی.
- محمدی ریشه‌ری، محمد. (۱۴۰۵ ه.ق). میزان الحکمه، ج ۱، بیروت: موسسه الاعلام الاسلامی.
- محمدی گیلانی، محمد. (۱۳۶۱). حقوق کیفری در اسلام، ج ۱، انتشارات مهدی.
- مرعشی، سیدمحمدحسن. (۱۳۷۹). دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، ج ۲، میزان.
- معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری. (۱۳۸۵). مجموعه جرایم و مجازات‌ها، معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح مقررات.
- مغنیه، محمدجواد. (۱۹۷۸ م). فقه الامام صادق (ع)، بیروت: دارالعلم للملایین.
- منتظری، حسین علی. (۱۳۷۰). مبانی فقهی حکومت اسلامی، ج ۳، ت: محمود صلواتی، نشر تفکر.
- میرمحمدصادقی، حسین. (۱۳۸۰). جرائم علیه اموال و مالکیت، میزان.
- نجفی، محمدحسن. (۱۳۸۵ ه.ش). جواهرالکلام، ج . دارالکتب الاسلامیه.
- ----- (۱۴۰۰ ه.ق). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴۰ و ۴۱، دارالکتب الاسلامیه.
- نراقی، احمد. (۱۲۷۳ ه. ق). مستندالشیعه، ج ۲، دارالطباعه عبدالحمد طهرانی، چاپ سنگی، مسئله دهم.
- نشریه مأوی (نشریه قوه قضاییه)، ش ۱۶۳، ۱۰/۲/۱۳۸۲.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۳۸۱). بایسته‌های فقه جزا، میزان.
- یشربی، سیدمحمدعلی. (۱۳۸۵). بررسی علم قاضی در فقه و قانون، مجله اندیشه‌های حقوقی، دانشگاه تهران، پردیس قم، ش ۱۱.

۳۱۸ پژوهش حقوق و سیاست / سال یازدهم، شماره ۲۶، بهار و تابستان ۱۳۸۸

- یونسی، شعبانعلی. (۱۳۷۵). علم قاضی و حجیت آن در صدور حکم، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی.