

## زنای غیر محصنه

دکتر غلامحسین الهام\*

صادق الهام\*\*

۱. سابقه موضوع

### مشخصات رأی اول

کلاس: ۷۳/۷۲/۹۰

تاریخ رسیدگی: ۹۰/۳/۷

اتهام: زنای غیر محصنه

مرجع رسیدگی: شعبه ۷۲ دادگاه کیفری استان تهران به ریاست (ج.ج.)

به تاریخ ۹۰/۳/۳ در وقت فوق العاده شعبه ۷۳ دادگاه کیفری استان تهران به تصدی امضاکنندگان ذیل تشکیل است کلاس ۲۲/۷۲/۹۰ تحت نظر است دادگاه با بررسی اوراق و محتویات پرونده ختم رسیدگی را اعلام و پس از مشاوره با استعانت از خداوند متعال به اتفاق آراء به شرح زیر مبادرت به صدور رأی می نماید.

### رأی دادگاه

در خصوص اتهام خانم (ز.) فرزند (... ) ۲۱ ساله، دانشجو، اهل کرمانشاه ساکن تهران دایر به انجام زنای غیر محصنه با آقای (م.) به این نحوه که خانم (ز.) علیه آقای (م.) تحت عنوان زنای با عنف و با اکراه شکایت نموده است که شعبه ۸۰ دادگاه کیفری استان پس از صدور رأی براءت آقای (م.) از بزه زنای با عنف شاکی و متهم را به اتهام زنای غیر محصن و محصنه محکوم نموده است. بر اثر تجدیدنظرخواهی پرونده در شعبه محترم ۲۷ دیوان عالی کشور مورد رسیدگی قرار گرفته و رأی صادره در مورد محکومیت خانم (ز.) را نقض نموده اند. قطع نظر از اینکه در جرایم مربوط به منافی عفت حسب مفاد تبصره ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی بدون وجود شاکی نمی توان موضوع را رسیدگی و پیگیری نمود. نظر به اینکه خانم (ز.) به عنوان شاکی پرونده بوده و عدم اثبات زنای با عنف به معنای وقوع بزه زنای با رضایت نیست لذا به لحاظ عدم احراز وقوع بزه زنای غیر محصنه از ناحیه خانم (ز.) مستنداً به تبصره ۴۳ قانون مجازات اسلامی و اصل فقهی

\* دانشیار رشته حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران.

Email: info@Elham.ir

\*\* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه امام صادق (ع).

اصالت البرائه و ۱۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری رأی بر براءت خانم (ز.) از بزه انتسابی زناى غیرمحصنه صادر و اعلام می‌گردد رأی ظرف مدت بیست روز پس از رؤیت قابل اعتراض در دیوان عالی کشور است.

رئیس شعبه ۷۲ دادگاه کیفری استان تهران

#### مشخصات رأی دوم

کلاسه: ۷/۸۰/۸۹

تاریخ رسیدگی: ۸۹/۵/۲۳

اتهام: زناى به عنف

مرجع رسیدگی: شعبه ۸۰ دادگاه کیفری استان تهران مستقر در دادگستری کرج

به تاریخ ۸۹/۵/۲۲ در وقت رسیدگی شعبه ۸۰ دادگاه کیفری استان تهران به تصدی امضاکنندگان ذیل تشکیل است کلاسه ۷/۸۰/۸۹ تحت نظر است دادگاه با بررسی اوراق و محتویات پرونده ختم رسیدگی را اعلام و پس از مشاوره با استعانت از خداوند متعال به اتفاق آراء به شرح آتی مبادرت به صدور رأی می‌نماید.

#### رأی دادگاه

در خصوص شکایت خانم (ز.) بر علیه متهم (م.) دایر بر زنا به عنف با بررسی محتویات پرونده و تحقیقات انجام شده در مراجع انتظامی و قضایی و احراز رابطه دوستی فی‌ما بین شاکیه و متهم و اقرار متهم مبنی بر حضور شاکیه در جلو درب منزل دوستش که دلیل بر رابطه می‌باشد و اظهارات خود شاکیه که از تهران جهت ملاقات و دیدار با متهم به کرج می‌آمده دلیلی که توجه اتهام عنف را محرز نماید در پرونده مشهود نیست و از طرف شاکیه نیز دلیل ارائه است لذا به استناد اصل ۳۷ قانون اساسی و بند الف ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری به حجت فقد ادله ثباتی و ادله شرعی رأی بر براءت متهم از بزه منتسب به صادر و اعلام می‌گردد و در مورد اتهام دیگر متهمین دایر بر زنا با توجه به تحقیقات انجام شده و اظهارات طرفین و تأیید حضور خانم (ز.) در جلو منزل دوست متهم و رابطه طولانی فی‌مابین اتهام متهمین محرز و مسلم و به استناد ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی و ۱۰۵ همان قانون علم به یقین حاصل و هریک از متهمین را به یکصد ضربه تازیانه محکوم می‌نماید رأی صادره در فرجه قانونی بیست روز قابل تجدیدنظر در دیوان عالی کشور است.

رئیس شعبه ۸۰ دادگاه کیفری استان تهران

مستشاران

### مشخصات رأی سوم

کلاس: ۲۳۲۲/۲۲/۲۴

تاریخ رسیدگی: ۹۰/۱/۱۶

تجدیدنظر خواسته: رأی دادگاه تجدیدنظر خواسته دادنامه شماره ۰۰۰۱۵۷۱ - ۸۹/۵/۲۴ صادره از شعبه ۸۰ دادگاه کیفری استان تهران  
مرجع رسیدگی: شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور

### خلاصه جریان پرونده:

آقای (م.) فرزند (... متولد ۱۳۵۷ ساکن مشهد به اتهام زنای به عنف با شاکیه خانم (ز.) مورد تعقیب واقع شده و با عنایت به احراز دوستی فی مابین شاکیه و متهم و اینکه شاکیه از تهران جهت ملاقات و دیدار با متهم به کرج می آمده در مجموع اتهام ارتباط عنفی محرز نیست و از این ناحیه دادگاه در دادنامه شماره ۰۰۰۱۵۷۱ - ۸۹/۵/۲۴ متهم را (از اتهام به زنای عنف) تبرئه نموده و از حیث ارتکاب زنای غیر عنفی با عنایت به رابطه طولانی بین متهمین اتهام متهمین را احراز دانسته و مستنداً به ماده ۸۸ از قانون مجازات اسلامی و ماده ۱۰۵ هر یک از متهمین را به یکصد ضربه شلاق محکوم نموده است و رأی صادره مورد اعتراض شاکیه واقع که مسئله به عنوان ارتباط عنفی بوده و خود را گناهکار نمی داند و پرونده به دیوان عالی کشور ارسال و به این شعبه فرستاده شده است. هیأت شعبه در تاریخ فوق الذکر تشکیل پس از قرائت گزارش آقای فاضل عضو ممیز و اوراق پرونده مشاوره نموده چنین رأی می دهد:

### رأی شعبه

از سوی قضات محترم رسیدگی کننده و عدم اقامه دلیل کافی از سوی شاکیه مفاد دادنامه تجدیدنظر خواسته شماره ۱۷۰ - ۸۹/۵/۲۳ صادره از شعبه ۸۰ دادگاه کیفری استان تهران مستقر در کرج از حیث اعلام برائت متهم (م.) از زنای به عنف مطابق مقررات تشخیص و مستنداً به بند الف ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری تأیید می گردد لکن محکومیت شاکیه بابت ارتکاب زنا که نامبرده خود اقدام به طرح شکایت نموده و همواره مدعی عنف و اجبار بوده است و یقین بر خلاف آن نیز وجود ندارد دادگاه نیز به این موضوع اشاره نکرده و استدلالی ارائه نداده است لذا از این حیث این بخش دادنامه مخدوش بوده مستنداً به ماده ۶۷ قانون مجازات اسلامی و بند دال ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری نقض و پرونده جهت رسیدگی مجدد به شعبه دیگر دادگاه کیفری استان ارجاع می گردد.

## ۲. تحلیل و بررسی

### ۲.۱. مبانی شکلی

#### ۲.۱.۱. صلاحیت دادگاه

اگر چه اتهام زنای غیر محصنه که مجازات آن یکصد ضربه تازیانه است در صلاحیت دادگاه عمومی است. ولی نظر به آنکه اتهام، زنای به عنف بوده که در صورت اثبات مجازات آن اعدام است باید در دادگاه کیفری استان رسیدگی شود. لکن دادگاه کیفری استان اگر بعد از رسیدگی اتهام را موجب مجازات کمتر از صلاحیت خود بداند نمی تواند قرار عدم صلاحیت صادر کند و به رسیدگی ادامه داده و مبادرت به انشاء رأی خواهد نمود. در این موضوع نیز بر این قاعده عمل شده است.

#### ۲.۱.۲. تحقیق مقدماتی

رسیدگی به جرایم منافی عفت مطابق ماده ۴۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری بدون انجام تحقیقات مقدماتی صورت می‌گیرد. این تبصره مقرر می‌دارد:

«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.»

این تبصره که در زمان حاکمیت قانون دادگاه عام و حذف دادرسی، تصویب گردیده، اجازه تحقیق در موارد مجاز یعنی در صورت وجود شاکی خصوصی یا مشهود بودن جرم مطابق ماده ۲۱ همان قانون به قاضی تحقیق محول نموده و الزاماً انجام آن را بوسیله قاضی دادگاه مجاز شناخته است.

بعد از تشکیل دادرسی و اصلاح قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب در سال ۱۳۸۲ همین ممنوعیت در تبصره ۳ ماده ۳ به این شرح تقریر گردیده است: «پرونده‌هایی که موضوع آنها جرایم مشمول حد زنا و لواط است، ... مستقیماً در دادگاه‌های مربوط مطرح می‌شود مگر آنکه به تشخیص دادستان تحقیقات راجع به سایر جهات ضرورت داشته باشد.» این شیوه دادرسی مبتنی بر دیدگاه فقهی است که کنکاش در جرایم منافی عفت و رفتارهای جنسی اشخاص را ممنوع و سعی بر کتمان آن دارد:

حرمت غیبت و اشاعه فحشا و وجوب ستر عورت و نیز حرمت تجسس که از آیات ۱۲ حجرات "لا تجسسوا و لا یغتب بعضکم بعضاً" و ۱۸ نور "ان الذین یحبون ان تشیع الفاحشه" برداشت می‌شود را فقها دلیل بر این حرمت می‌دانند. روایات دال بر تحریم و نیز اجماع ادعایی در این موضوع مؤید و معاضد این مطلب است.<sup>۱</sup>

۱. محمدحسن نجفی (صاحب جواهر)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، (بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم،

شعبه ۸۰، از تحقیق در مراجع انتظامی و قضایی نام می‌برد و این تحقیقات را مبنای علم خود قرار داده است. اعتبار تحقیقات به عنوان منشأ علم وقتی قابل اعتنا و موجب اعتبار است که از طریق قانونی و مشروع حاصل شده باشد. از آنجا که قانون‌گذار تحقیق در امور جنسی را بوسیله مراجع انتظامی ممنوع اعلام نموده است انجام این تحقیقات بوسیله نیروی انتظامی اقدام به عمل ممنوع و ترتب اثر حقوقی بر آن نا موجه است. اگر ارجاع امر از سوی دادگاه باشد، به دلیل نهی تبصره ماده ۴۳ فوق‌الذکر که تأکید و تصریح دارد که تحقیق در جرایم منافی عفت باید از سوی قاضی دادگاه انجام گیرد، ارجاع به نیروی انتظامی ممنوعیت قانونی داشته و دلایل تحصیل شده از طرق غیر قانونی فاقد اعتبار و ارزش حقوقی است.

اما دلایل دادگاه بدوی - شعبه ۸۰ - دادگاه کیفری استان - بر نفي عنف که در واقع اساس شکایت شاکیه و طرح پرونده است اگر چه مالا و نتیجتاً قابل قبول باشد ولی از مبانی ضعیف و گاهی غلط برخوردار است. در استدلال دادگاه آمده است: «اقرار متهم مبنی بر حضور شاکیه در جلوی درب منزل دوستش که دلیل بر رابطه می‌باشد.»

### تفاوت اقرار و ادعا

تعبیر اقرار در این امر نادرست است. زیرا، اقرار اظهار و بیان امری علیه خود است. در حالی که اظهارات فوق «علیه» خود نبوده بلکه علیه دیگری یعنی شاکیه می‌باشد. لذا اظهارات متهم مبنی بر حضور شاکیه در جلو درب منزل، ادعا محسوب می‌شود و نه اقرار و نمی‌توان از این اظهارات به مثابه اقرار علیه شاکیه استفاده کرد. علاوه بر این غلط فاحش حقوقی استنتاج دادگاه از این اظهارات نیز ناصواب است. زیرا، صرف حضور شاکیه در جلو درب منزل متهم و احیاناً رابطه دوستی بین آنان، ملازمه منطقی و عقلی با رضایت بر رابطه جنسی (زنا) ندارد تا تحقق آن را مبتنی بر فقدان عنف بدانیم. حتی اگر از نظر روانی این نوع ارتباط محرک ارتکاب جرم باشد، ولی شاکیه بر انجام آن اراده نداشته و مانع باشد، صدق عنوان عنف منتفی نمی‌گردد.

لازم به ذکر است که اکراه در لغت به معنای وادار کردن کسی به زور بر کاری می‌باشد.<sup>۱</sup>

تحقق اکراه با زور و تهدید همراه است. صاحب جواهر اکراه را مجبور کردن انسان بر ارتکاب آنچه که مایل نیست همراه با ترساندن می‌داند.<sup>۲</sup>

فقها برای تحقق اکراه شرایطی را بیان کرده‌اند که عبارت است از: شرایط تحقق اکراه:

۱. احمد بن محمد مقرئ فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی (قم: منشورات دار الرضی، قم، چاپ اول،

بی تا) ج ۲، ص ۵۳۲.

۲. محمد حسن نجفی (صاحب جواهر)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم،

۱۴۰۴ هـ) ج ۱۳، ص ۲۹۸.

۱- همراه با وعید بودن.

۲- وعید دهنده توان انجام وعید خود را داشته باشد.

۳- ضرری به فرد یا خانواده او برسد در جان یا مال یا آبرو<sup>۱</sup>

برخی نیز عدم سلب قصد را به آن اضافه نموده اند.<sup>۲</sup>

فقها اکره را سبب ارتفاع طیب نفس نه اراده می‌دانند در مقابل اجبار که آن را سبب ارتفاع اراده بیان کرده‌اند.<sup>۳</sup>

برخی نیز تفاوت اکره و اجبار را این گونه بیان کرده اند: در اکره، مکره هر چند از عمل مورد اکره ناخشنود است، لیکن آن را با اراده و قصد انجام می‌دهد؛ به این معنا که برای دفع ضرر، دست به عمل اکره‌ای می‌زند؛ هر چند اختیار به مفهوم خشنودی از عمل، از وی سلب شده است، در حالی که در اجبار، اراده و قصد نیز از فرد مجبور سلب می‌گردد مانند ریختن شراب در حلق کسی یا فرو بردن سر روزه دار در آب با قهر و غلبه. افزون بر این، تحقق اکره منوط به تهدید و حصول خوف است، بر خلاف اجبار.

البته در کلمات فقها اجبار به جای اکره، بسیار به کار رفته است؛ با این تفاوت که واژه اجبار بیشتر در موارد اکره به حق که از سوی حاکم شرع، مولا و مانند آن دو که از نظر شرع دارای ولایت هستند (ولایت)، صورت می‌گیرد، و واژه اکره، بیشتر در موارد اکره به ناحق به کار رفته است.<sup>۴</sup>

اکراه موجب تغییر و یا رفع حکم تکلیفی وضعی گردد.<sup>۵</sup>

مورد اکره یا قول است مانند اکره بر عقد ( - عقد) یا ایقاع ( - ایقاع) همچون بیع و طلاق و یا فعل مانند اکره بر ارتکاب جنایت یا اتلاف مال دیگری.

به طور کل باید معیار در صدق اکره را سقوط فاعل از استقلال در تصرف به شکلی که در حین معامله طیب نفس نداشته باشد نه صرف دفع ضرر بدانیم.

با توجه به آنچه مرحوم شیخ بیان داشته است آن است که در صورت امکان تفصی صدق اکره نمی‌کند زیرا، ضرر کذایی که باعث ایجاد اکره شده است زمانی صدق می‌کند که اولاً: فعل

۱. مرتضی بن محمد امین انصاری، کتاب المکاسب (کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ ق) ج ۳، ص ۳۰۷.

۲. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام (مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۲۶ هـ ق) ج ۱، ص ۶۳۰.

۳. میرزا علی مشکینی، مصطلحات الفقه، (بی‌نا، بی‌تا)، ص ۸۳.

۴. همان.

۵. همان.

(مکره علیه) را ترک کند و ثانیاً: تفصی را انجام ندهد پس به صرف انجام ندادن فعل مکره علیه ضرر مترتب نمی‌شود بلکه با ترک تفصی صدق اکراه می‌شود.<sup>۱</sup>

با توجه به کلام فقها در تحقق معنای اکراه معلوم می‌گردد عدم وجود طیب نفس بر عمل صدق اکراه می‌کند. و طیب نفس از صفات نفسانی است که خود فرد بر وجود یا عدم آن از دیگران آگاه تر است مگر اینکه شاهد و یا حداقل اماره‌ای قطعی بر عدم صدق او یافت شود. پس در غیر این صورت امارات ضعیفه یا محتمل نمی‌تواند موجب عدم صدق قطعی فرد شود و طبق قاعده درأ صرف این احتمال مانع اجرای حدود است. مرحوم شهید ثانی در این رابطه بیان می‌کند: و لوادعی الإکراه قبیل لاحتماله فیدرأ عنه الحد لقیام الشبهه<sup>۲</sup>

با این نگاه اگر شاکیه مدعی اکراه باشد و قاضی نیز علم قطعی بر عدم اکراه نداشته باشد و نهایتاً نمی‌تواند به امارات ظنیه عمل کند زیرا، صرف احتمال وجود اکراه با ادعای خود شاکیه موجب عدم اجرای حدود می‌گردد. در این موضوع می‌توان به روایات باب درأ مراجعه کرد.<sup>۳</sup>

مقصود از این بیان آن نیست که بی‌اعتباری این استدلال، به منزله اثبات عنف است بلکه دادگاه می‌بایست برای نفی عنوان عنف به قرائن و امارات دیگری (قطعی یا حجت شرعی مثل بینه) استناد می‌کرد. با فرض آنکه آن حد از ارتباط که در رأی ذکر شده است خلاف شرع هم باشد، اثبات میل و اراده از سوی شاکیه برای روابط جنسی ندارد.

همین اشتباه در رأی دادگاه در اثبات بزه زنای بدون عنف و توأم با رضایت مشاهده می‌شود آنجا که در رأی آمده است:

«با توجه به تحقیقات انجام شده و اظهارات طرفین و تأیید حضور خانم ز. (شاکیه) در جلو منزل دوست متهم و رابطه طولانی فی‌مابین اتهام متهمین محرز و مسلم و به استناد ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی و ۱۰۵ همان قانون علم به یقین حاصل و هر یک از متهمین را به یکصد ضربه تازیانه محکوم می‌نماید.»

ماده ۸۸ در خصوص مجازات بزه و ماده ۱۰۵ مستند رأی یعنی (علم قاضی) است. ماده ۱۰۵ تأکید دارد که قاضی باید مستند علم خود را ذکر کند. مستند علم قاضی در رأی مزبور، اظهارات طرفین و تأیید حضور شاکیه جلو منزل دوست متهم و رابطه طولانی فی‌مابین آنان است.

۱. مرتضی‌بن محمد امین انصاری، کتاب المکاسب (قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ه.ق) ج ۳، ص ۳۰۷.

۲. زین‌الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة (قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰ ه.ق) ج ۲، ص ۳۷۳.

۳. رک. محمدبن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق) ج ۲۸، ص ۴۶.

چگونه از حضور جلو منزل شخص ثالث دوست متهم بیان اجمالی رابطه که مفهومی عام دارد و حتی ظهور این واژه در روابط مباح، می‌توان بر امری که شارع مقدس بر اثبات آن احتیاط فراوان بکار گرفته است و حتی به‌رغم نظر قانون‌گذار برخی از فقها اثبات این بزه را صرفاً مبتنی بر ادله شرعی قانونی یعنی اقرار و بینه دانسته و علم قاضی را بر اثبات آن نمی‌پذیرد، مبنای اثبات جرم دانست؟

در اینکه آیا علم قاضی در مقام قضا نافذ است یا خیر بین حقوق‌دانان و فقها اختلاف است. برخی از حقوق‌دانان معاصر علم قاضی را به دو دسته تقسیم نموده‌اند اول علمی که مختص به او نیست بلکه از علوم معروف بین مردم است مثل علم تاریخ یا علوم فنی و ... در این مورد مانعی از عمل قاضی به علم خود نیست.<sup>۱</sup>

دوم علوم شخصی قاضی که در مقام قضاوت به آن دست یافته است. برخی تمسک قاضی به این علم را در مقام قضا جایز نمی‌دانند.<sup>۲</sup>

از شافعی منقول است که اگر قضاوت سوء نبودند حکم به عمل قاضی به علمش می‌کردم (همان) اما فقهای شیعه معتقدند که قاضی در حق الناس قطعاً می‌تواند به علم خود عمل کند و در حق الله نیز بنابر اصح اقوال می‌تواند.<sup>۳</sup>

اینان معتقدند که احکام جزایی اسلام بر روی عناوینی مثل السارق یا الزانی و ... قرار گرفته است و فرض مسئله علم قاضی به ثبوت چنین عناوینی است اگر قائل به عدم حجیت علم او شد لازم‌اش عدم تأثیر آثار این عناوین خواهد بود اما اینکه بینه ای بر خلاف اقامه شود موجب خروج فرد از این عنوان نمی‌گردد زیرا، بینه یک اماره است و تا زمانی حجیت دارد که تعارضی با علم نداشته باشد و فرض وجود علم در مسئله است.<sup>۴</sup>

برخی نیز در این مسئله ادعای اجماع و شهرت کرده‌اند<sup>۵</sup> وجود تالی فاسد در صورت عدم عمل قاضی به علم خود که موجب رأی حاکم بر خلاف علم که منتهی به فسق او است و یا توقف حکم که بطلانش معلوم است می‌شود.<sup>۶</sup>

با توجه به این مطلب نفوذ حکم قاضی که مستند به علم خود باشد به طور اجمال امری پذیرفته شده نزد فقها می‌باشد. اما در اینکه دایره نفوذ این علم که آیا امور منافی عفت مانند زنا را هم در بر می‌گیرد یا خیر و نیز آیا علم مستند بر حدسیات قاضی نافذ است، اختلاف است.

۱. عبدالرزاق سنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی (بی‌نا، بی‌تا) ج ۲، ص ۳۳.

۲. سیدکاظم حسینی حائری، القضاء فی الفقه الإسلامی (قم: مجمع اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ه.ق.) ص ۱۹۳.

۳. میرزا محمدحسن بن جعفر آشتیانی، کتاب القضاء (تهران: چاپخانه رنگین، چاپ اول، ۱۳۶۹ ه.ق.) ص ۵۲.

۴. همان.

۵. همان.

۶. همان.



برخی از فقها با استناد به روایت امام صادق (ع) که فرمود: در کتاب علی (ع) آمده است که پیامبری از پیامبران به خداوند شکایت کرد و گفت: بار خدایا چگونه در مورد چیزی که آن را ندیده و مشاهده نکرده‌ام قضاوت کنم؟

فرمود: پس خداوند به وی وحی کرد: طبق کتاب من بین آنان قضاوت کن و آنان را به نام من سوگند بده، و اضافه فرمود: این برای کسی است که بینه به نفع او اقامه نشده است.<sup>۱</sup>

حکم به عدم نفوذ علم حدسی قاضی داده اند. اینان معتقدند عبارت لم ار و لم اشهد موجود در روایت ناظر به علم حسی بوده و مفهوم آن عدم حجیت علم حدسی می‌باشد.<sup>۲</sup>

به عبارتی دیگر باید این چنین بیان داشت که حجیت علم ذاتی بوده و قابل جعل و نفی نمی‌باشد لکن در مناشی علم می‌توان اشکال کرد یعنی چه بسا بتوان گفت که عرف و عقلا حکم کردن قاضی بر مبنای ظنیه را نمی‌پذیرند زیرا، خطا در این مورد بسیار است. اینان اخبار وارده حول بینه و شروط آنها و یمین را در صورت نبود علم قطعی حسی دلیل بر عدم نفوذ علم حدسی می‌دانند زیرا، در صورت نفوذ لازم بود که حداقل یک روایت در این موضوع صادر گردیده باشد<sup>۳</sup>

به عبارت دیگر باید گفت که گاهی علم در موضوع أخذ می‌شود و گاه صرف طریق الی الواقع است. اگر علم در موضوع أخذ شده بود باید دید که مولا مطلق و یا مقید به شرایط خاص أخذ نموده است. روایات و قراین عقلی موجود در این مطلب نشان دهنده آن است که مولا علمی را که از مناشی طبیعیی أخذ شده باشد را موضوع حکم قرار داده است. و نیز اضافه بر آنچه بیان شد می‌توان گفت از آنجا که ادله موجود در نفوذ علم قاضی لبی است (از آیات و روایات نمی‌باشد) در صورت شک باید به قدر متیقن آن که علم صادر از مناشی طبیعی است اکتفا کرد.

اما اینکه آیا محدوده نفوذ این علم امور منافی عفت را در برمی‌گیرد و یا خیر؟ برخی با تمسک به روایت داود بن فرقد که از امام صادق (ع) نقل می‌کند:

داود بن ابی یزید گوید: از امام صادق علیه السلام شنیدم که می‌فرمود: اصحاب پیغمبر صلی الله علیه و آله بسعد بن عباده گفتند: بگو بدانیم اگر همسرت را با مردی در حال مواقعه یافتی چه خواهی کرد؟ سعد گفت: با شمشیر او را می‌کشم، گوید: در این موقع رسول خدا صلی الله علیه و آله بیرون آمد و پرسید ای سعد گفتگو در چیست؟ سعد گفت: اینان مرا گفتند: اگر مردی را روی شکم همسرت بیابی چه خواهی کرد، من پاسخ داده گفتم او را با شمشیر خواهم کشت، حضرت

۱. فی کتاب علی علیه السلام أن نبیا من الأنبیاء شکا إلی ربه فقال: یا رب کیف أفضی فیما لم أر و لم أشهد؟ قال: فأوحی الله إلیه: احکم بینهم بکتابی و أضفهم إلی اسمی فحلفهم به، و قال: هذا لمن لم تقم له بینة. (محمد بن حسن حر عاملی، وسائل

الشیعه (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق) ج ۲۷، ص ۲۲۷)

۲. سید کاظم حسینی حائری، القضاء فی الفقه الإسلامی (قم: مجمع اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ه.ق.) ص ۲۳۷.

۳. همان، ص ۲۴۲.

فرمود: ای سعد پس چهار شاهد چه می شود، سعد گفت: یا رسول الله بعد از دیدن با چشم خویش و دانستن خداوند به اینکه او مرتکب گناه شده است، شاهد برای چه، فرمود: همین طور است بخدا سوگند، پس از اینکه با چشم خویش دیدی و خداوند می داند او مرتکب گناه شده است حکم همین است، زیرا، خداوند بزرگ برای هر چیز حدی قرار داده، و برای هر کس که از حدود الهی تجاوز کند و به حریم دیگران دست اندازی نماید حد مقرر فرموده است.<sup>۱</sup>

اینان با استناد به اینکه در روایت مذکور زوج علم به مسئله داشته ولیکن وجود چهار شاهد برای اثبات زنا را طریق اثبات دانسته اند، قائل به عدم نفوذ حکم مستند به علم در امور منافی اخلاق شده اند بلکه برخی با وسعت در دایره موضوع اصل حکم مستند به علم قاضی را مورد سؤال قرار داده اند. روایات دال بر حد ثبوت زنا مانند صحیح حلی از امام صادق ع که فرمود: «حد رجم آن است که چهار شاهد شهادت به دخول و خروج دهند.»<sup>۲</sup> را مؤید مطلب می دانند. برخی با ادعای انصراف روایت اخیر از صورت علم آن را خارج از بحث می دانند که بر فرض پذیرش این اشکال که ظاهراً نیز صحیح است، باید گفت که روایت داود بن فرقد خالی از این اشکال می باشد.

برخی نیز با اشکال به استدلال مذکور معتقدند که روایت داود در مقام قرار دادن شهود در مقابل علم قاضی نیست بلکه نهایت بیانگر آن است که شهود طریق اثبات حکم است و از سوی دیگر روایت در مورد علم زوج صادر گردیده و خارج از مدعی می باشد.<sup>۳</sup>

به طور کل می توان گفت همان گونه که پیدا است اگر قائل به حجیت علم قاضی شویم علم او را باید در تمام موضوعات حجت دانست در این موضوع بین احکام منافی عفت و .. تفاوتی نیست مضاف بر اینکه روایت موجود و مستند در این مبحث که ظاهر در عمل قاضی به علم خود می باشند صریح در عمل در احکام منافی عفت اند که (به طوری که برخی تلاش برای تعمیم این روایات به سایر ابواب قضا اعم از دیگر حدود و مرافعات دارند) به عنوان مثال می توان به روایت اَبی الصباح الکنانی عن اَبی عبد الله علیه السلام اشاره کرد که امام (ع) فرمود: زن جوانی را که به ازدواج پیرمردی درآمده بود، نزد عمر آوردند، هنگامی که شوهرش با او همبستر شده بود بر شکم زن از

۱. إن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله قالوا لسعد بن عباد: أ رأيت لو وجدت على بطن امرأتك رجلاً ما كنت صانعا به؟ قال: كنت أضربه بالسيف، قال: فخرج رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: ما ذا يا سعد؟ فقال سعد: قالوا: لو وجدت على بطن امرأتك رجلاً ما كنت صانعا به؟ فقلت: أضربه بالسيف، فقال: يا سعد فكيف بالأربعة الشهود؟ فقال: يا رسول الله صلى الله عليه وآله بعد رأيت عيني و علم الله أن قد فعل؟

قال: إي والله بعد رأيت عيني و علم الله أن قد فعل. إن الله جعل لكل شيء حداً، و جعل لمن تعدى ذلك الحد حد (محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه (قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۰۹ هـ.ق) ج ۱۸، ص ۳۱۰)

۲. حد الرجم أن يشهدا أربع أنهم رأوه يدخل و يخرج (محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه (قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۰۹ هـ.ق) ج ۱۸، ص ۳۷۱)

۳. سید کاظم حسینی حائری، القضاء فی الفقه الإسلامی (قم: مجمع اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ.ق.) ص ۲۴۱.

دنیا رفته بود، و از زن، فرزند پسری متولد شد، پسران آن مرد مدعی شدند که آن زن عمل منافی عفت انجام داده، و خود بر آن کار گواهی دادند، عمر دستور داد زن سنگسار شود. علی (ع) از آنجا گذشت، آن زن گفت:

ای پسر عموی رسول خدا (ص) من دلیل و برهانی دارم، فرمود: دلیلت را ارائه کن زن نامه ای را به حضرت سپرد و امام (ع) آن را قرائت کرد و فرمود: این زن شما را از تاریخ ازدواج آن پیرمرد با خود و از تاریخ همبستر شدنش با او و چگونگی آمیزش او، آگاه می کند، او را برگردانید. فردای آن روز کودکان همسال پسر را فراخواند و کودک آن زن را نیز خواند و به آنان گفت: بازی کنید، زمانی که کودکان سخت مشغول بازی شدند، به آنها فرمود: بنشینید، تا اینکه آرامش یافتند، سپس بر سر آنان فریاد کشید، کودکان همه برخاسته و ایستادند، ولی این کودک با کمک دست هایش برخاست، علی (ع) او را خواست و از میراث پدرش به او داد و برادرانش را که به او تهمت زده بودند، تازیانه زد. عمر گفت: چگونه عمل کردی؟ حضرت فرمود: ضعف پیرمرد را از تکیه کردن کودک بر دستانش دریافتم.<sup>۱</sup>

گرچه این روایت از نظر سند و متن قابل تأمل است ولیکن می تواند به عنوان مؤید و معاضد بر مطلب قرار گیرد. از سوی دیگر باید گفت که اگر کسی بگوید که من با فلانی زنا کردم این دلیل بر زناي فرد مقابل نیست زیرا، ممکن است زناي او از روی اکراه بوده باشد و همین احتمال موجب رفع حد از باب قاعده درآ می گردد. اما در اینکه اقرار فرد موجب ثبوت حد قذف بر او می گردد یا خیر اختلاف است. گروهی از باب دلالت عرفی اقرار مذکور بر قذف و نیز از این جهت که زنا فعلی است که به دو طرف ثابت است قائل به ثبوت حد قذف نسبت به فرد شده اند در مقابل این گروه برخی قائلند از آنجا که نسبت طرفین در این فعل متفاوت است (فاعل و مفعول) پس تحقق فعل نسبت به آن دو نیز می تواند متفاوت باشد یعنی چه بسا زنا نسبت به یک طرف ثابت بوده و نسبت به طرف دیگر ثابت نباشد. در این نوع اقرار آنچه قطعی است زانی بودن فرد مقرر است اما حکم مقابل معلوم نخواهد بود. شهید معتقد به ثبوت حد قذف به علت برداشت عرف از این نوع کلام و نیز صحیحه محمد بن مسلم از امام باقر (ع) که فرمود: امام باقر (ع) در مورد مردی که به زنی

۱. اُتی عمر بامرأه قد تزوجها شیخ، فلما أن واقعها مات علی بطنها، فجاءت بولد، فادعی بنوه أنها فجرت، و تشاهدوا علیها، فأمر بها أن ترحم، فمر بها علی علیه السلام فقالت: یا ابن عم الرسول صلی الله علیه و آله إن لی حجه قال: هاتی حجتک فندفعت إلیه کتابا، فقرأه، فقال: هذه المرأه تعلمکم بیوم تزوجها و یوم واقعها، و کیف کان جماعه لها ردوا المرأه، فلما کان من الغد دعا بصبیان أتراب، و دعا بالصبی معهم، فقال لهم:

العوا حتی إذا ألهاهم اللعب قال لهم: اجلسوا، حتی إذا تمکنوا صاح بهم فقام الصبیان، و قام الغلام، فاتکی علی راحتی، فدعا به علی علیه السلام و ورثه من أبیه، و جلد إخوته المفترین حدا، فقال عمر: کیف صنعت؟، فقال: عرفت ضعف الشیخ فی تکأه الغلام علی راحتی (محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه (قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام، قم، چاپ اول،

۱۴۰۹ هـ (ج ۲۷، ص ۲۸۳)

بگوید: ای زناکار من با تو زنا کردم فرمود: بر او یک حد برای قذف ثابت است. اما اگر بگوید: من با تو زنا کردم پس حدی بر او نیست مگر اینکه چهار شاهد بر زنا او نزد امام شهادت دهند ...<sup>۱</sup> می‌باشند. روایت مذکور صریح در این است که به صرف بیان این جمله از سوی فرد که با فلان زن زنا کردم موجب قذف طرف مقابل نمی‌شود مگر اینکه فرد از کلماتی چون یا زانیه و ... که صریح در قذف است استفاده کند. لکن بر خلاف ادعای شهید روایت مذکور صریح در عدم اثبات حد قذف می‌باشد.<sup>۲</sup>

امام خمینی ره نیز در مسئله هشتم کتاب الحدود بحث فیما یثبت به الزنا می‌فرماید: اگر چهار مرتبه اقرار کند که با زنی زنا کرده است، خود او - نه زن - حد زده می‌شود، اگر چه تصریح کند که زن او را در زنا اطاعت کرده است. و همچنین اگر زن چهار مرتبه اقرار کند که او با من زنا کرده و من موافق بودم خود او - نه مرد - حد دارد. و اگر چهار مرتبه ادعا کند که زنی را وطی نموده است و اعتراف به زنا نکند حدی بر او ثابت نیست اگر چه ثابت باشد که زن زوجه‌اش نبوده است. و اگر در همین فرض ادعا کند که او زوجه‌اش بوده است، ولی زن، وطی و زوجیت را انکار کند نه حدی بر او ثابت است و نه مهری. و اگر زن ادعا کند که مرد او را بر زنا اکراه نموده یا خود را بر او مشتبه نموده، بر هیچ یک از آنها حدی نیست.<sup>۳</sup>

چنان که ملاحظه می‌شود بین اقرار یکی از طرفین و اثبات جرم نسبت به طرف دیگر و اجرای حد بر او، ملازمه ای وجود نداشته بلکه منع هم وجود دارد. این در حالی است که اثبات جرم به یک طرف مبتنی بر دلیل شرعی اقرار است نه قرائن و شواهد قضایی.

مبنای قانونی رأی بر براءة شاکیه:

پس از نقض رأی بدوی در دیوان عالی کشور شعبه ۲۷ نسبت به شاکیه، دادگاه کیفری استان شعبه ۸۰ به استناد تبصره ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی و ماده ۱۱۷۷ آیین دادرسی کیفری و اصل ۳۷ قانون اساسی شاکیه را تبرئه کرده است.

استناد به اصل ۳۷ قانون اساسی در آرای دادگاه متداول شده است. ولی آیا عمل به اصل نیاز به استناد به قانون دارد؟ اگر قانون راجع به اصل براءة ساکت بود، حکم به براءة نمی‌توان داد؟ "براءت" از موازین مسلم در حقوق کیفری است، دادگاه‌ها برای مجرمیت و محکومیت باید استدلال و استناد کنند، برای اثبات بی‌گناهی لزوماً نباید رأی را مستند به قانون کرد!

۱. فی رجل قال لامرأته: یا زانیه أنا زنی بک قال: علیه حد واحد لقتله إياها. و أما قوله: أنا زنی بک فلا حد فیہ إلا أن یشهد علی نفسه أربع شهادات بالزنا عند الإمام (محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق) ج ۲۸، ص ۱۹۶)

۲. محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق) ج ۲۸، ص ۱۹۵.

۳. سید روح‌الله موسوی خمینی، تحریر الوسیله (مؤسسه مطبوعات دارالعلم، قم، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق) ج ۲، ص ۴۶۰.

تحلیل تبصره ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی:

ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ راجع به معاونت در جرم است. و دو تبصره دارد اگرچه دادگاه مشخص نکرده است مستند رأی کدام یک از تبصره‌های مذکور است ولی با توجه به محتوای رأی تردیدی نیست که مقصود تبصره یک ماده ۴۳ است که مقرر می‌دارد: «برای تحقق معاونت در جرم وجود وحدت قصد و تقدم یا اقتران زمانی بین عمل معاون و مباشر جرم شرط است.»

در آرای مختلف موجود، نشانی از اتهام معاونت در بزه مشاهده نمی‌شود. چرا دادگاه به موضوع معاونت توجه کرده است؟ آیا می‌توان تصور کرد که دادگاه به اتهاماتی مقدر و فرضیات محتمل در موضوع توجه داشته باشد؟ به عبارت دیگر علیه شاکیه اتهام ناگفته و تفهیم نشده معاونت در بزه زنا وجود داشته است؟ در این صورت بدون تفهیم آن چگونه راجع به آن حکم صادر شده است؟ وانگهی اتهام نقض شده در دیوان عالی کشور، اتهام زنا غیر محصنه بوده است و دادگاه بایستی در این خصوص تعیین تکلیف کند. مفهوم رأی دادگاه آن است که متهمه (شاکیه) از اتهام معاونت در زنا به دلیل فقدان وحدت قصد تبرئه شده است، سؤال از اتهام مذکور در رأی دیوان و رأی دادگاه کیفری ... همچنان باقی است؟ این اتهام بدون تعیین تکلیف رها شده است!

فرض دیگر آن است که دادگاه کیفری استان شعبه ۸۰ با استناد به تبصره ماده ۴۳ راجع به معاونت خواسته است متهم را از اتهام تبرئه کند. در این صورت چگونه می‌توان پذیرفت که از نظر ماهوی با استناد به بحث معاونت اتهام اصلی را منتفی کرد؟ این توجیه قابل قبولی نیست. اگر دادگاه اراده داشته قصد و اراده مجرمانه را در متهم نفی کند، لزومی نداشته است به موضوع قصد در معاونت استشهاد و استناد کند!

در مانحن‌فیه، شاکیه متهم به مباشرت است و آیا می‌توان فرد را در همان موضوع هم مباشر دانست و هم معاون؟ به عبارت دیگر بین معاونت و مباشرت در امر واحد قائل به تعدد معنوی شد؟ چرا دادگاه برای رأی برائت تا این حد خود را به تکلف انداخته است.

اگر دادگاه خود را مقید به دلایل اثباتی می‌دانست و طبق موازین شرعی و قانونی احراز موضوع را مبنا قرار می‌داد نیاز به پرداختن به این مأخذ و مبانی غیر مرتبط نبود! تحلیل رأی دادگاه در مورد مشتکی‌عنه (آقای م).

اگر چه دیوان عالی کشور صرفاً رأی را نسبت به شاکیه نقض نموده و در مورد متهم آقای (م) که در پرونده بدوی مشتکی‌عنه است، ساکت است و معنای آن تأیید این بخش از رأی است. ولی مستندات رأی در مورد محکومیت وی کافی نیست. ظاهر رأی آن است که ادعا و شکایت شاکیه پایه اصلی رأی است، بدیهی است که این ادعا نمی‌توان مبنا محکومیت طرف مقابل قرار گیرد! اگر موضوع از طریق دلایل علمی مثل رجوع به پزشکی قانونی احراز شده باشد، باید به عنوان مستند علم قاضی ذکر می‌شد. ولی با توجه به عدم تعرض به آن در رأی، نمی‌توان آن را پذیرفت؟

چنانچه اقرار متهم می بود، استناد به ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی یعنی علم قاضی ناصحیح است! و اگر اقرار واحد و کمتر از نصاب با قرائن دیگر ترکیب شده و علم آور باشد باید در رأی ذکر می شد. هر چند استناد به اقرار واحد به عنوان احراز علم اول مناقشه است! تجزیه اظهارات شاکیه به ادعا و اقرار و استفاده از آن علیه طرف دعوی نیز با اصول داوری جزایی سازگار نیست. به این معنی که اصل وقوع زنا را بپذیریم و به دلیل شبهه عنف وی را از مجازات حدی بری بدانیم. اگر چه می توان این تحلیل را در براهات شاکیه پذیرفت. ولی اگر ارتکاب و تحقق زنا را از سوی شاکیه اقرار بدانیم این اقرار علیه خود او است و تأثیری بر طرف مقابل ندارد و نمی تواند مبنای محکومیت او قرار گیرد! توجه به مفاد و ملاک مسئله هشتم باب فی ما یثبت به الزنا تحریر الوسيله مؤید همین امر است. و همان اشکالاتی که در خدشه بر مستندات اثبات بزه علیه شاکیه در آرای فوق وجود دارد، در خصوص متهم نیز عیناً وجود دارد. یعنی صرف رابطه و ذکر اجمالی آن که می تواند شامل روابط مباح نیز باشد، مثبت زنا نیست. نه نسبت به شاکیه نه مشتکی عنه.

## فهرست منابع

١. آشتياني، ميرزا محمد حسن بن جعفر، كتاب القضاء (للآشتياني ط — القديمه)، چاپخانه رنگين، تهران، چاپ اول، ١٣٦٩ هـ.ق.
٢. جمعي از پژوهشگران زير نظر شاهرودي، سيد محمود هاشمي، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بيت عليهم السلام، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامي بر مذهب اهل بيت عليهم السلام، قم، چاپ اول، ١٤٢٦ هـ.ق.
٣. حائري، سيد كاظم حسيني، القضاء في الفقه الإسلامي، مجمع انديشه اسلامي، قم، چاپ اول، ١٤١٥ هـ.ق.
٤. خميني، سيد روح الله موسوي، تحرير الوسيله، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم، چاپ اول، بي تا.
٥. دزفولي، مرتضى بن محمد امين انصاري، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط — الحديثه)، كنگره جهاني بزرگداشت شيخ اعظم انصاري، قم، چاپ اول، ١٤١٥ هـ.ق.
٦. سنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، بي تا، بي تا.
٧. عاملي، حر، محمد بن حسن، وسائل الشيعه، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، چاپ اول، ١٤٠٩ هـ.ق.
٨. عاملي، شهيد ثاني، زين الدين بن علي، الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه (ط — الحديثه)، كتاب فروشي داوري، قم، چاپ اول، ١٤١٠ هـ.ق.
٩. فيومي، احمد بن محمد مقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، منشورات دار الرضي، قم، چاپ اول، بي تا.
١٠. مشكيني، ميرزا علي، مصطلحات الفقه، بي تا، بي تا.
١١. نجفي، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، چاپ هفتم، بي تا.

