دوفصلنامه علمی ـ تخصصی فقه و قضا
سال دوازدهم/شماره ۱۶/ بهار و تابستان ۱۳۹۹

Two quaterly scientific- specified
jurisprudence and judgment
Years, 12 No.16, Spring and Summer 2020

تأثیر تحصیل دلیل از طریق نامشروع بر اعتبار آن از منظر فقه اهلبیت (ع)، فقه حنفی و حقوق افغانستان

□ محمد کبیر رضوی *

چکیده

بر مبنای اصل مشروعیت تحصیل دلیل، به دست آوردن ادله‌ی اثبات جرم از طریق نامشروع و غیر قانونی، جز در موارد استثنایی، شرعا حرام و قانوناً ممنوع می‌باشد؛ حال سئوال اساسی این است که بدانیم اگر برخلاف اصل مذکور، ادله‌ی اثبات جرم از راه‌های غیر مشروع و ممنوع تحصیل گردد، از نظر ارزش و اعتبار، چه وضعیتی پیدا می‌کند؟ به عبارت دیگر، آیا ادله‌ی که از راه‌های غیر شرعی و غیر قانونی به دست آمده است می‌تواند معتبر قلمداد شده و مستند حکم قاضی قرار گیرد؟ مثلا هرگاه اقرار به وسیله‌ی شکنجه یا تهدید یا فریب اخذ شده باشد یا علم قاضی از طریق قراین و امارات غیر شرعی مانند تجسس حرام یا استراق سمع غیر قانونی یا شهادت شهودی که شهادت آن‌ها برخواسته از نگاه حرام و ورود غیر قانونی به منزل و اقامت‌گاه کسی باشد، حاصل گردیده باشد، اعتبار و ارزش اثباتی آن چه حکمی پیدا می‌نماید؟ در پاسخ به سئوال فوق، دو دیدگاه مهم و بنیادین در فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان شکل گرفته است که در این مقاله به بررسی دیدگاه‌های یاد شده، پرداخته شده است.

۱ـ دیدگاه اول که متعلق به اکثر فقهای امامیه و قاطبه‌ی فقهای حنفی و حقوق افغانستان می‌باشد، ادله‌ی حاصل از طرق نامشروع و غیر قانونی را به صورت مطلق باطل می‌داند.

۲ـ نظریه‌ی دوم که متعلق به اقلیتی از فقهای امامیه می‌باشد، ادله‌ی به دست آمده از طرق نامشروع و غیر قانونی را در برخی موارد، معتبر می‌داند. این دسته معتقدند که چنانچه اکراه، شکنجه و... اراده متهم را مخدوش نکند و شاهد و مقر از یک امر واقعی گزارش دهند، ادله‌ی

* دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و حقوق قضایی مجتمع عالی فقه جامعة المصطفی صلی الله علیه و آله العالمیة.

حاصل از طرق نامشروع و غیر قانونی نیز می‌تواند معتبر قلمداد شده و مورد استناد قرار گیرد.

واژگان کلیدی: تحصیل دلیل، طرق نامشروع، فقه امامیه، فقه حنفی، حقوق افغانستان.

۱- مقدمه

در صورت که اقرار، شهادت، سوگند و علم قاضی، مطابق موازین شرعی و ضوابط قانونی به دست آمده باشد، اعتبار آن‌ها بلاتردید است؛ همانگونه که عدم رعایت اصول و قواعد حاکم بر شیوه‌های تحصیل دلیل، می‌تواند ادله‌ي به دست آمده را در معرض بطلان و سلب اعتبار قرارداده و مسؤولیت کیفري یا انضباطی را نیز برای تحصیل‌کننده‌ی آن، به دنبال داشته باشد. این مهم بدان جهت است که باید از یک طرف، رعایت قواعد دادرسی را به منظور حمایت از منافع اصحاب دعوا تضمین نمود و در نتیجه به آن‌ها اجازه‌ي درخواست بطلان اعمال و اقداماتی که در جریان آن‌ها، قواعد و اصول دادرسی رعایت نشده‌اند را داد و از طرف دیگر، با طرح «تئوري بطلان»، از عدم رعایت هنجارها و قواعد دادرسی پیشگیري و مجریان عدالت را به رعایت بهتر قواعد و مقرراتی که ممکن است عدول از آن، عملکرد آن‌ها را در معرض بطلان قراردهد، واداشت. به تعبیر دیگر، گرچند «قانونگذار نمی‌تواند از نقض قواعد و مقررات پیش‌بینی شده براي تضمین رعایت قانون و چگونگی تهیه و اثبات دلیل، جلوگیري نماید؛ اما می‌تواند آثار آن را با منع دادرسان از پذیرش اعتبار و ارزش ادله تحصیلی به دست آمده از طرق غیرقانونی و نامشروع، از بین ببرد». به همین جهت، قانونگذار، این نوع از ادله را «غیرمفید» یا «نامعتبر» قلمداد نموده است. در قانون اجرائات جزایی، در رابطه با ادله حاصل از طرق نامشروع و غیرقانونی، ضمانت اجراهاي چندي پیش‌بینی شده است؛ برخی از این ضمانت اجراها، جنبه‌ي فردي داشته و تنها علیه پلیس یا مقام قضایی خاطی اتخاذ می‌گردد و بعضی دیگر، یک تدبیر دادرسی است که مبتنی بر رد اتهام و سلب اعتبار از دلیل می‌باشد. به هر حال، ادعای تحقیق حاضر این است که عدم رعایت قواعد دادرسی در هنگام جستجو و جمع آوري دلیل، ادله‌ي تحصیلی را در معرض بطلان و سلب اعتبار و ارزش قضایی قرار می‌دهد. زیرا «بطلان، مجازات عدم رعایت شرایط اعتبار اعمال حقوقی بوده و عمل باطل شده، کأن‌لم‌یکن فرض می‌گردد و مانند این ماند که عمل حقوقی به دست آمده از طرق نامشروع، هرگز وجود نداشته است».

۲ـ طرح بحث

قبل از بیان نظریات فقهی و حقوقی در زمینه‌ی حکم وضعی ادلـه حاصـل از طـرق نامشـروع، لازم است مطالب زیر به عنوان طرح بحث مورد دقت قرار گیرد:

الف: راه‌های غیر مشروع و غیر قانونی به دست آوردن ادله‌ی که ذاتـا مشـروع اسـت، بـه صـور زیر قابل تصور و تحقق می‌باشد که هریک را به صورت مختصر مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱ـ گاهی راه غیر مشروع برای بـه دسـت آوردن دلیـل، توسـط مـدعی یـا وکیـل ایشـان پیمـوده می‌شود؛ مثل اینکه مدعی یا وکیل او با فریب یا وعده دروغ، شـاهد دروغینـی را وادار بـه شـهادت می‌کند یا با فریب و وعده‌ی کذب، طرف دعوا را تشویق به اقرار می‌نماید.

۲ـ گاهی راه غیر مشروع و غیر قانونی توسط شـاهد طـی می‌گـردد؛ بـدین صـورت کـه وی بـا حضور غیر قانونی در منزل شخصی، شاهد وقوع جرم از سوی صاحب‌خانه می‌باشد. تبصره‌ی کـه در این مورد لازم است مورد دقت قرار گیرد، این است که هرگـاه شـاهد، هنگـام تحمـل شـهادت، مرتکب فعل حرام گردد، بلادرنگ، از عدالت ساقط گردیده و شهادتش نیز به علـت فسـق و فقـدان شرط عدالت، مورد قبول نخواهد بود؛ نه اینکه عدم اعتبار شهادت او به خاطر ارتکـاب فعـل حـرام در مرحله‌ی تحمل شهادت باشد. برای روشن شدن این تبصره، لازم است به اسـتفتایی کـه در ایـن زمینه از فقهای امامیه شده است، توجه نماییـد: «اگـر شـهودی کـه بـه زنـا شـهادت می‌دهنـد، بـه صورت غیر اتفاقی زنا را مشاهده کنند، مثلا به صورت تفحصی و جستجوگرانه و با کمـین نشسـتن (به این صورت که مثلا از قبل از محل قرار زانی و زانیه اطلاع یافته و آن‌ها را زیر نظر گرفته باشـند) آیا مرتکب حرام شده‌اند؟ در صورتی که مرتکب حرام شـده باشـند، آیـا مشـاهده‌ای کـه اسـاس آن حرمت تکلیفی دارد می‌تواند به عنوان بینه شرعی معتبر باشد یا آنکه ایـن مقـدار حرمـت، موجـب فسخ شهود می‌گردد. پس شهادت آن‌ها از بـاب فسـخ شـهود از حجیـت سـاقط اسـت؟ و نیـز در همین خصوص، آیا بین جایی که با اعتقاد به حلیت و به عنوان مثلا مبـارزه بـا منکـرات و ردع آن از جامعه اقدام به چنین کاری کرده باشد و غیر آن، تفاوت هست؟ آیت‌الله بهجـت (ره) در پاسـخ بـه پرسش فوق فرموده است: اگر با تفحص محرم باشد و آن‌هم ثابـت شـود سـبب سـقوط از عـدالت شهود می‌شود و شهاتشان مقبـول نیسـت (ر، ک: نرم‌افـزار گنجینـه‌ی اسـتفتائات قضـایی، سـئوال

شماره ۵۸۶۵). آیت‌الله مکارم شیرازی نیز فرموده است: این کار جایز نیست و سبب فسق شهود می‌شود.» (همان).

۳ـ در برخی موارد، ضابطین قضایی به وسیله‌ی ارتکاب فعل حرام، دست به تحصیل دلیل اثبات جرم می‌زند؛ مانند اینکه با شکنجه و اجبار، متهم را وادار به اقرار می‌نمایند.

ب: در یک تقسیم‌بندی دیگر، دلایل حاصل از راه‌های غیر مشروع و غیر قانونی به دو دسته‌ی کلی قابل تقسیم می‌باشد؛ نخست اینکه تحصیل دلیل از راه غیر شرعی و غیر قانونی، موجب ایجاد خلل در کاشفیت و اعتبار دلیل گردد؛ مانند اقرار یا شهادتی که به اجبار، اکراه و شکنجه به دست آمده باشد. در فرض مذکور، اجبار، اکراه و شکنجه، کاشفیت و اعتبار دلیل به دست آمده را به علت سلب اختیار متهم، دچار اخلال نموده و از مدار اعتبار ساقط می‌نماید. زیرا اقرار و شهادت زمانی کشف عقلایی از مورد اقرار و مشهودبه، می‌کند که با اختیار مقر و شاهد، به انجام رسیده باشد. دوم اینکه استفاده از راه غیر شرعی و غیر قانونی، خللی در کاشفیت دلیل به دست آمده از راه غیر مشروع و غیر قانونی ایجاد نمی‌کند. مانند روئیت و استراق سمع غیر شرعی و غیر قانونی یک جرم که گرچند فعل استراق سمع و روئیت، از امور محرمه است، اما فعل حرام در کاشفیت دلیل به دست آمده از این طرق، خللی ایجاد نمی‌کند.

۳ـ دیدگاه‌ها در مورد ادله تحصیل یافته از طرق نامشروع

پس از طرح بحث، اینک دیدگاه فقهای اسلامی و حقوق افغانستان را در مورد اعتبار ادله‌ی به دست آمده از راه‌های غیر شرعی و غیر قانونی مورد تحلیل و بررسی قرار می‌دهیم.

۳ـ ۱ـ نظریه بطلان علی الاطلاق ادله حاصل از طرق نامشروع

اصل آزادی تحصیل دلیل در فقه امامیه و حنفی و حقوق افغانستان، توسط اصل مشروعیت تحصیل دلیل، محدود گردیده است؛ به عبارت دیگر، قاعده آزادی تحصیل دلیل، با قاعده‌ی ضرورت تحصیل دلیل از طرق قانونی و مشروع محدود شده است. بنابراین، قاضی جزایی نمی‌تواند دلایل حاصل از طریق زور، تهدید، فشار و شکنجه و نیز دلایل به دست آمده از طریق مجرمانه و غیر صادقانه را مورد استناد قرارد دهد. بر این اساس، عکس‌برداری و فیلمبرداری

مخفیانه از یک مجلس خصوصی و یا صدای ضبط شده اشخاص توسط افراد بدون مجوز قانونی و صورت‌جلسه تنظیمی توسط مأمورینی که بدون مجوز قانونی وارد منزل دیگری شده باشند، نمی‌تواند مستند حکم قضایی قرار گیرد. با توجه به مطالب فوق، منطقی‌ترین راه حل آن است که دلایل تحصیل شده از طرق غیر شرعی و راه‌های مجرمانه و غیر صادقانه را مطلقاً باطل بدانیم و قدرت اثباتی را از آن‌ها به کلی سلب نماییم. بنابراین، استفاده از دستگاه‌های کشف دروغ، هپنوتیزم و تزریق مواد مخدر برای ایجاد میل به خواب و ممانعت از خواب واذیت و آزار متهم، روش‌هایی مطرود کسب دلیل می‌باشد (ر،ک: سلیمی، ۱۳۹٤: ص۱۵؛ گلدوزیان، ۱۳۸٤: ص۲۲).

حکم وضعی یا اعتبار دلیل حاصل از طرق نامشروع، مجرمانه و غیر صادقانه، در فقه اسلامی چندان مورد بحث و تدقیق قرار نگرفته و اساسا بحثی در این زمینه در گستره‌ی فقه وجود ندارد؛ با وجود این، می‌توان از فرمان هشت ماده‌ای[1] امام خمینی (ره) در زمینه تحصیل دلیل از طریق نامشروع، نظریه‌ی بطلان مطلق را استنباط نمود (ر، ک: خمینی، ۱۷/۱۳۷۸: ص۱٤۳ ـ ۱۳۹). زیرا ایشان در ماده «٦» فرمان مذکور، فرموده است: «هیچ کس حق ندارد به خانه یا مغازه و 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 ـ 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 هر چند 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 فحشا و گناهان از کبایر بسیار بزرگ است، و مرتکبین هر یک از امور فوق مجرم و مستحق تعزیر شرعی هستند و بعضی از آنها موجب حد شرعی می‌باشد.»[2] در ماده‌ی یاد شده، به حرمت نقض حریم خصوصی افراد، تجسس و سایر راه‌های غیر مشروع کشف جرم تصریح شده و عامل چنین جرایمی مستحق تعزیر دانسته شده است؛ از لحن بسیار تند ماده‌ی فوق، بی‌اعتباری علی‌الاطلاق دلایل به دست آمده از طرق مذکور، قابل استنباط می‌باشد.

تأسیس حکومت اسلامی بر مبنای فقه امامیه، پس از انقلاب اسلامی ایران، اولین رویاروی جدی فقه شیعه با مسایل قضایی و آیین دادرسی کیفری، محسوب گردیده و نظریه‌ی امام خمینی (ره) در مورد تحصیل دلیل از طرق نامشروع، پویایی فقه مذکور را در مورد مسایل آیین دادرسی کیفری به نمایش می‌گذارد. زیرا از نظر ایشان، نه تنها کشف جرم از طرق نامشروع حرام شرعی است، بلکه دلیل حاصل از طرق نامشروع نیز مطلقا بی‌اعتبار و فاقد ارزش اثباتی می‌باشد. به هرحال، امام راحل در ادامه ماده «۷» فرمان یاد شده فرموده است: «اشاعه فحشا از بزرگترین گناهان کبیره است و هیچ کس حق ندارد هتک حرمت مسلمان و تعدی از ضوابط شرعیه نماید.» از این فرمایش ایشان به خوبی استفاده می‌شود که فقه امامیه دلیل حاصل از طرق نامشروع که مصداق اشاعه‌ی فحشا، گناه کبیره و تعدی از ضوابط قانونی هست را بی‌اعتبار می‌داند؛ زیرا ایشان به صورت یک قاعده کلی فرموده است هر چیزی که مصداق اشاعه‌ی فحشا و تعدی از ضوابط شرعی باشد، حرام بوده و فاقد ارزش اثباتی می‌باشد. در اینکه تحصیل دلیل از طرق نامشروع و به هدف اثبات جرایم منافی عفت مصداق اشاعه‌ی فحشاء و تعدی از ضوابط شرعی می‌باشد، تردیدی وجود ندارد. بنابراین، بر اساس قاعده‌ی کلی یاد شده، تحصیل دلیل از طرق نامشروع حرام بوده و هیچ‌گونه ارزش اثباتی نیز ندارد. زیرا تأکید امام راحل بر حرمت تکلیفی تحصیل دلیل از طریق نامشروع، تنها با عدم اعتبار بخشی به دلایل حاصل از طرق نامشروع ضمانت اجرایی پیدا می‌کند. ادامه فرمایش ایشان که فرموده است مأموران: «فقط باید به وظیفه نهی از منکر به نحوی که در اسلام مقرر است عمل نمایند و حق جلب یا بازداشت یا ضرب و شتم صاحبان خانه و ساکنان آن را ندارند، و تعدی از حدود الهی ظلم است و موجب تعزیر و گاهی تقاص می‌باشد»، نیز استنباط ما را تأیید می‌کند. چه اینکه تحصیل دلیل از طریق نامشروع، عقلا نیز مصداق ظلم و تجاوز به حریم خصوصی افراد بوده و بی‌اعتباری آن، عقلا ممدوح می‌باشد.

فقه اهل سنت با تمام چهره‌های چهارگانه‌اش در این زمینه با فقه امامیه موافقت کامل دارد؛ زیرا فقهای اهل سنت و از جمله فقهای حنفی، تجسس که مصداق بارز وسیله‌ی نامشروع تحصیل دلیل به شمار می‌رود را حرام دانسته و مشی قضایی بر طبق دلایل به دست آمده از طریق تجسس را بایسته ندانسته است. زیرا به باور آنان، هرگاه کشف یک جرم و منکر، متوقف بر

تجسس باشد، اظهار و کشف آن جرم بـه وسـیله‌ی تجسـس، روا نمی‌باشـد: «فـإذا توقـف إظهـار المنكر على التجسس والتفتيش لم يجز إظهار المنكـر؛ لأن اللـه حـرم التجسـس فـي قولـه: {وَلا تَجَسَّسُوا}» (عوده، بی‌تا/۱: ص۵۰۳). علمـای اهـل سـنت، ماننـد فقهـای امامیـه دلیـل حرمـت تکلیفی و وضعی تحصیل دلیل از طرق نامشروع را امر عقلی دانسته و نوشته اسـت: «لأن للبيـوت حرمة و للأشخاص حرمة لا يجوز انتهاكها قبل أن تظهر المعصية؛ احتـرام منـازل و اشـخاص، بـه حدی است که شارع تا قبل از علنی شدن جرم در آن‌ها، راضی به هتک آن نشده است» (همان).

رسول خدا (ص) نیز به معاویه فرمود: «نباید در پی کشف اسرار مردم باشی؛ زیـرا تجسـس در امور پنهانی و اسرار مردم، باعث رواج فساد در میان آنان می‌باشد.» (همان). بـه بـاور نویسـندگان اهل سنت، حرمت تحصیل دلیل از طرق نامشروع یک رویه قضایی در اسـلام بـوده و همچنـان از آن تبعیت می‌گردد: «و قد استقر الأمر في الشريعة علـى هـذا مـن أول يـوم.» (همـان). نقـل شـده است که عمربن خطاب، از دیوار منزل یکی از صحابه بالا رفـت و وارد منـزل وی گردیـد و او را در حال ارتکاب معصیت یافت؛ وقتی عمر صاحب‌خانه را به خاطر ارتکاب معصـیت مـورد سـرزنش قرارداد، او به رویه‌ی قضایی مشهور استناد کرد و گفت: «من یک معصیت نمـودم امـا تـو مرتکـب سه معصیت گردیده‌ای؛ عمر گفت آن سه معصیت که من مرتکـب شـده‌ام کـدام اسـت؟ صـحابی گفت: نخست اینکه خداوند، تجسس را حرام کرده است، اما تـو نسـبت بـه خفیـات و اسـرار مـن تجسس نموده‌ای. دوم اینکه خداوند فرموده است از درب منـازل وارد شـوید، در حـالی کـه تـو از دیوار بالا آمدی و حریم خصوصی منزل من را نقض نمودی. سوم اینکه خداوند فرمـان داده اسـت که بعد از اذن صاحب خانه وارد خانه‌ی او شوید، اما تو بدون اجازه‌ی من وارد منزل مـن شـده‌ای و حریم خصوصی مرا نقض کرده‌ای. عمر در برابر این رویه‌ی قضایی مستقر در صدر اسلام، تسـلیم شد و به دلیل به دست آمده از طریق نامشروع که علم آور برای حـاکم اسـلامی نیـز بـود، تـوجهی نکرد و صاحب خانه را بدون مجازات رها نموده و وی را صرفا توصیه به توبه نمـود: «فتركـه عمـر و شرط عليه التوبة. و إذا كان عمر قد تركه فلم يعاقبه و لـم يغير المنكر فـذلك لأن دخـول المسـكن و هو الذي أظهر المنكر و هو دخول من غير حق و من غير وجهه» (ر، ک: همان).[۳] یعنـی بـا اینکـه عمر، به عنوان حاکم اسلامی، علم به ارتکاب جرم صاحب خانه‌ی مذکور از طریق نامشـروع پیـدا

نموده بود، اما به دلیل اینکه دلیل به دست آمده از طریق نامشروع حاصل شده بود، به دلیل مذکور، اعتنایی نکرد و آن را بی‌اعتبار قلمداد نمود.

فقهای اسلامی اعم از شیعه (ر، ک: حلی (علامه)، ۱٤۲۰هـق/۲: ص۲۳۰) و عامه (ر، ک: زحیلی، بی‌تا/٤: ص۳۰۳۸ و ص۳۰٦٤)، بر این نکته اجماع دارند که اختیار، شرط صحت اقرار، شهادت و قسم می‌باشد؛ بر مبنای همین شرط، اقرار به واسطه‌ی اکراه، اجبار و شکنجه را موجب اثبات جرم و استحقاق مجازات نمی‌دانند. زیرا چنین دلیلی حجیت شرعی نداشته و از عداد ادله‌ی اثبات جرم خارج می‌باشد (ر، ک: همان؛ شوشتری، ۱٤۲۷هـق/۲: ص۹۸؛ طوسی، ۱٤۰۰: ص٦۹۹؛ حلی (محقق)، ۱٤۰۸هـق/۲: ص٦۹؛ تبریزی، ۱٤۱۷هـق: ص۳۵۲). روایات متعددی نیز بر این مطلب تأکید نموده است؛ به عنوان نمونه امام صادق از امام علی (ع)، روایت کرده است که فرمود: «مَنْ أَقَرَّ عِنْدَ تَجْرِيدٍ أَوْ تَخْوِيفٍ أَوْ حَبْسٍ أَوْ تَهْدِيدٍ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ؛ کسی که از ترس شمشیر کشیده شده، ارعاب انجام شده، زندان شدن و تهدید، اقرار کند، مجازات نخواهد شد.» (کلینی، ۱٤۰۷هـق/۷: ص۲٦۱). زیرا دلیلی که برای اثبات جرم او از طرق نامشروع به دست آمده است، حجیت ندارد. شرط صحت قسم نیز عدم تحقق اکراه و اجبار می‌باشد (حلی (علامه)، ۱٤۱۳هـق/۳: ص٤٤۵؛ عاملی، ۱٤۱۹هـق/۱۰: ص۱۰٦). اگر در اجرای قسم، اکراه و اجباری در کار باشد، قسمی به انجام رسیده، حجیتی نداشته و اعتباری استنادی نخواهد داشت: «لو حلف المجنون أو المكره أو السكران أو النائم أو الغافل أو المغمى‌عليه لم يعتدّ بها.» (حلی (علامه)، ۱٤۱۳هـق/۳: ص٤٤۵).

سئوالی که در کتب فقهی در این زمینه مطرح شده است در رابطه با اثبات سرقت و قطع ید می‌باشد؛ بدین صورت که اگر کسی بر اثر اکراه، اقرار به سرقت کند و مال مسروقه را نیز بیاورد، حد سرقت بر او جاری می‌گردد یا خیر؟ اکثر فقهای امامیه، به صرف اقرار ناشی از اکراه و استرداد مال مسروقه، حد سرقت را غیر قابل اجرا دانسته و اجرای حد سرقت را منوط به وجود قرائن قطعیه‌ی دیگر مبنی بر ارتکاب سرقت می‌دانند (ر، ک: حلی (علامه)، ۱٤۱۳هـق/۳: ص٥٦۵). مرحوم مرعشی نجفی، به صراحت در این زمینه نوشته است: «(و لو ردّ المكره) على الإقرار (السرقة بعينها لم يقطع) على الأقوى، لأنّ وجود العين في يده لا يدلّ على السرقة. و الإقرار وقع

کرهاً فلا یعتدّ به.» (مرعشی، ١٤٢٤هـق: ص٢٨٠؛ عـاملی (شـهید اول)، ١٤١٠هــق: ص٢٦٢؛ حلی (جمال الدین)، ١٤٠٧هـق/٥: ص١٠٨؛ حلی (محقق)، ١٤٠٨هـق/٤: ص١٦٤).

به نظر می‌رسد که قانون‌گذار افغانستان نیز از نظریه‌ی بطلان مطلق نسبت بـه دلایـل بـه دسـت آمده از طرق نامشروع، پیروی نموده و آن را در تصویب مواد قانون اجرائات جزایی مبنـی قـرار داده است. مثلا در ماده «٢٠» قانون اجرائات جزایی مقرر شـده اسـت کـه: «مـأمورین ضـبط قضـائي مکلفند اجرائات خود را با تعیین زمـان و مکـان آن بـه قیـد تحریـر در آورده، امضـاء و در محضـر تحقیق ثبت نمایند. همچنان لازم است محضر از طرف اهـل خبـره و شـهودي کـه شـهادت شـان سمع شده است نیز امضاء شود. این محاضر با تمام اوراق و با اشیاء ضبط شده به خـارنوال ارسـال مي‌گردد.» بر مبنای مفهوم ماده‌ی فوق‌الـذکر، اگـر چنانچـه مـأمورین ضـبط قضـایی تحقیقـات و بررسی‌های انجام شده را مکتـوب نکننـد یـا آن‌هـا را در دفتـر مخصـوص تحقیقـات جنـایی ثبـت ننمایند و یا تمام اوراق و اشیاء ضبط شده از متهمین را به دادستان ارسال نکنند، دلایلی را کـه آن‌هـا جمع‌آوری کرده‌اند، تماماً غیر قانونی بوده و از درجه‌ی اعتبـار سـاقط می‌باشـد. هم‌چنـین در مـاده «٢٧» همان قانون مقرر شده است که: «هرگاه جرم مشهود جنایت یا جنحـه باشـد، مـأمور ضـبط قضائي مکلف است شخصا به محل واقعه رفته، آثار واقعه را معاینه و محافظه کند. وضـع امـاکن و اشخاص و هر چیزیکه در کشف حقیقت مؤثر باشد را تثبیـت نمایـد و اظهـارات کسـاني را کـه در وقت واقعه حاضر بودند و یا اشخاص که اخذ توضیحات راجع به واقعه و یا مرتکـب آن از نزدشـان متصور باشد استماع نماید. مأمور ضبط قضائي مکلف است رفتن خود را به محـل واقعـه هـر چـه زودتر به اطلاع خارنوالي برساند.» مفهوم قسمت اخیر ماده‌ی مذکور نیز بـر ایـن امـر دلالـت دارد که اگر مأمور قضایی به محل وقوع جرم برود و تمام آثار جرم و شهادت شهود را نیز استماع نمایـد، اما رفتنش به محل وقوع جرم را در زمان مقرر (به نحوی که فوریت عرفی صـدق کنـد) بـه اطـلاع دادستان نرساند، دلایل حاصله، به علت اینکه از طریق غیر قانونی به دست آمده است، از درجـه‌ی اعتبار ساقط می‌باشد.

در ماده «٣٨» همان قانون نیز آمده است که: «افراد امنیه حق دخول را به منزل شـخص ندارنـد مگر به اجازه ساکن یا اجازه قاضي محکمه مربوط و یا در صورت استمداد از داخل خانه یـا وقـوع

حریق، زلزله، سیلاب و امثال آن.»[۴] مفهوم ماده یاد شده نیز می‌گوید چنانچه ضابطین قضایی بدون اذن ساکنین خانه، یا داشتن حکم قضایی، یا عدم استمداد از داخل خانه، یا وقوع حریق، زلزله، سیلاب یا حالات دیگر که شرایط فورس‌ماژور را پدید می‌آورد، دلایلی را جمع‌آوری نماید، مطلقا از درجه‌ی اعتبار ساقط است. ماده «۳۹» همان قانون نیز مقرر کرده است: «مأمور ضبط قضائي صلاحيت دارد در حالت جرم مشهود خواه جنايت باشد يا جنحه به منزل متهم به غير از رعايت شرايط مندرج ماده فوق داخل شود و به تفتيش آن بپردازد و آن اشيا و اوراقي را كه جهت كشف حقيقت به نزد مأمور ضبط قضائي به اساس آثاري كه در آن موجود است مفيد معلوم شود اخذ نمايد. درحالت جرم مشهود عضو خارنوالي بعد از دخول به منزل شخص و تفتيش، در خلال مدت يك‌ماه حكم قاضي ابتدائيه را دايز بر صحت اقدام مذكور حاصل مي‌كند.» و چنانچه در فرجه‌ی یکماهه، تأیید قاضی ابتدائیه را مبنی بر صحت عمل انجام شده تحصیل نکند، دلایل حاصل از ورود به منزل، بی‌اعتبار و غیر قابل استناد می‌گردد.

برمبنای ماده‌ی «۹۲» قانون مذکور که مقرر کرده است: «مستنطق مكلف است در اولين برخورد با متهم هويت او را ثبت كند. بعد تهمتي كه به او نسبت داده شده است را ابلاغ مي‌كند و اقوال و اظهارات او را در محضر قيد مي‌نمايد»، عدم تفهیم اتهام، موجب بی‌اعتباری ادله حاصله خواهد شد. چنانکه بر اساس ماده «۱۶۱» همان قانون، عدم رعایت حق داشتن وکیل نسبت به متهم، می‌تواند دلایل حاصله را از درجه‌ی اعتبار ساقط نماید: «هرگاه متهم به جنايت در قضيه جنايي كه امر احالة آن به محكمه جنايات صادر شده و كيل دفاع نگرفته باشد رئيس محكمه ولايت به او تفهيم مي‌كند كه حق گرفتن وكيل مدافع را دارد و اگر براي اين كار دادن مهلتي لازم افتد مهلت مذكور را به او مي‌دهد.»[۵] بر اساس این ماده، عدم تفهیم داشتن حق وکیل می‌تواند بازرپرسی و رسیدگی به اتهام متهم را غیر قانونی نماید؛ بدین معنی که دلایل جمع‌آوری شده در جریان رسیدگی غیر قانونی را غیر قابل استناد نموده و از درجه‌ی اعتبار بکلی ساقط نماید (در این زمینه ر، ک: گلدوزیان، ۱۳۷۰: ص۵۵؛ تدین، ۱۳۸۷: ص۸۷).

نظریه‌ی بطلان مطلق که دیدگاه قانون‌گذار افغانستان نیز می‌باشد، به وسیله‌ی یک دلیل عقلی مستحکمی نیز مورد پشتیبانی قرار گرفته است؛ بدین نحو که اگر چنانچه در یک جامعه‌ای

انسانی، تمام ادله‌ی حاصله از طرق نامشروع معتبر قلمداد شده و به آن‌ها، مانند دلایل حاصل از طرق مشروع، ترتیب اثر داده شود، اصول اخلاقی و پایبندی به آن اصول، از بن فرو ریخته و برای افراد جامعه این مجوز داده می‌شود که برای به دست آوردن دلیل محکمه پسند، قوانین جاری آن جامعه را نقض نموده و به حریم خصوصی یگدیگر تجاوز نمایند. بنابراین، پذیرش ادله‌ی حاصل از طرق غیر قانونی و نامشروع، پیامد بس خطرناک داشته و باعث از هم‌پاشیدگی شیرازه‌ی قانون مداری در آن جامعه می‌گردد؛ زیرا اگر در یک جامعه‌ای این ذهنیت در میان افراد آن جامعه ایجاد گردد که دادگاه به تمام ادله، از هر روشی که به دست آمده باشد، ترتیب اثر می‌دهد، هرج و مرج به جای پیروی از قانون، در آن جامعه حاکم خواهد شد. چون اعتباربخشی به ادله‌ی که از راه غیر قانونی به دست آمده است، دادن مجوز برای نقض حریم خصوصی افراد جامعه محسوب شده و از آن پس هیچ کس نمی‌تواند با خیال آسوده در خانه‌هایشان زندگی کنند و از ورود غیر قانونی ضابطان و افراد غیر مسئول، به منازل‌شان ایمن باشند.

مجازات فرد تحصیل کننده‌ی دلیل از طریق نامشروع و غیر قانونی نیز مقتضی است تا ادله‌ی تحصیل شده از راه غیر قانونی و نامشروع را به صورت مطلق،[۶] باطل بدانیم؛ زیرا روش قضایی عمربن خطاب که خود حاکم علی‌الاطلاق جهان اسلام بوده است، نیز همین نظریه را تأیید می‌نماید. چنانکه قبلا بیان شد، ایشان به دلیل که از راه غیر مشروع تحصیل کرده بود و به وسیله‌ی آن علم به وقوع جرم نیز پیدا نموده بود، اعتباری قائل نشده و بر طبق آن مشی نکرد. بر اساس این نظریه می‌توان مدعی شد که قاعده آزادی تحصیل دلیل با قاعده تحصیل دلیل از طرق قانونی و مشروع، محدود شده و قاضی جزایی نمی‌تواند دلایل حاصل از طرق زور، تهدید، فشار و شکنجه را مورد استناد قرار دهد (ر، ک: سلیمی، ۱۳۹٤: ص۲۳؛ گلدوزیان، ۱۳۸٤: ص۲۲).[۷] اقتضای دفاع جامعه علیه بزهکاری، تکلیف دادسرا در تحمل بار دلیل، رعایت فرض بی‌گناهی (اصل برائت)، احترام به اصل شک و تردید به نفع متهم (تدرء الحدود بالشبهات)، تکلیف قضات در جمع‌آوری هرگونه اطلاع مفید به کشف حقیقت و مشکلات عملی جمع‌آوری دلایل مجرمیت در شرایطی که مباشر جرم به طور غیر علنی و محرمانه اقدام نموده و سعی در محو نمودن آثار و علایم مجرمیت خود را دارد، باعث می‌گردد تا قاضی تنها به دلایلی که از نظر قانونی مؤثر در

اثبات جرم هستند توجه نماید و از اعتباربخشی به دلایلی کـه در جمـع‌آوری آن‌هـا شـرایط قـانونی رعایت نشده است، به شدت برحذر باشد و بـه آن‌هـا تـوجهی ننمایـد (ر، ک: گلـدوزیان، ۱۳۷۰: ص۶۲).

تأمین دفاع جامعه و فواید اعمال مجازات کیفر نیز ایجاب می‌کنـد تـا تحصـیل دلیـل در امـور کیفری، در جهت شناسایی بزهکار و شناخت صحیح اوضاع و احوال جرم به منظور تعیین وصـف مجرمانه‌ای رفتاری که باید مورد تعقیب و مجازات قرار گیرد بـه کـار گرفتـه شـود (ر، ک: همـان). زیرا اختیارات دادسرا، به نمایندگی از جامعه، به حدی گسترده و علیه متهم اسـت کـه باعـث شـده است قانون‌گذار، تضمینات مهمی را در قبال سوء استفاده از اختیارات مرحلـه‌ی تحقیـق و تعقیـب ایجاد نماید و رعایت تشریفات الزام‌آور قانونی در قبال توسل به فریب، حیله و هر نـوع فشـار علیـه متهم را در جریان استنطاق در نظر بگیرد. نقض قواعد مزبور، موجـب بطـلان دلیلـی می‌شـود کـه برخلاف تضمینات و تشریفات مذکور، تحصیل شده باشد (ر، ک: همان). با توجه به مواد مـذکور و مطالب که در فوق بیان شد، می‌توان گفت که قانون‌گذار افغانستان در جهت احترام به حاکمیـت صداقت و عدالت، تحصیل دلیل را صرفا از طرق مشروع و قانونی مجاز و معتبر می‌دانـد. بـرهمین اساس، قانون گذار افغانستان، علیـه کسـی کـه بـه وسـایل نادرسـت و غیـر صـادقانه، ماننـد اخـذ اقرارهای فریبکارانه از طریق استراق سمع با بکارگیری میکروفون یا ضبط مکالمات تلفنـی متوسـل می‌گردد، ضمانت اجراهای قانونی پیش‌بینی کرده و اعمال شـکنجه، اذیـت و آزار مـتهم بـه هـدف کسب خبر و اطلاع را ممنوع ساخته است و چنانچه در تحصـیل دلیـل بـرخلاف ایـن نظـم مشـی شود، دلیل به دست آمده فاقد اعتبار قانونی خواهد بود.

ماده «۲۰» قانون اساسی در این زمینه مقرر کرده است که: «تعذیب انسان ممنوع اسـت. هـیچ شخص نمی‌تواند حتی به مقصد کشف حقایق از شخص دیگر، اگر چه تحت تعقیب، گرفتاری یـا توقیف و یا محکوم به جزا باشد، به تعذیب او اقدام کند یا امر بدهد.» در مـاده «۳۰» همـان قـانون نیز مصوب شده است: «اظهار، اقرار و شهادتی که از متهم یا شخص دیگری به وسـیله‌ی اکـراه بـه دسـت آورده شـود، اعتبـار نـدارد.» و مـاده «۳۱» قـانون مـذکور مقـرر کـرده اسـت: «محرمیـت مکالمات، مراسلات و مخابرات بین مـتهم و وکیـل آن، از هـر نـوع تعـرض مصـون مي‌باشـد.» و

چنانچه از طریق شنود مکالمات، دیدن مراسلات و مخابرات که بین متهم و وکیل وی رد و بدل می‌شود، دلیل تحصیل گردد، به صراحت ماده «۳۰» قانون اساسی، از درجه اعتبار ساقط است.[۸] در بند «۱ و ۲» ماده «٦٢٩» کد جزا نیز مقرر شده است: «شخصی که به مکالمهٔ مخابراتی دیگری بدون اجازه گوش دهد یا آن را ثبت نماید، به جزای نقدی ده هزار افغانی، محکوم می گردد. شخصی که اسراری را که توسط تیلفون یا ایمیل یا فکس یا مکتوب ارسالی یا به هر طریق دیگری به آن آگاهی حاصل کرده است به قصد وارد نمودن ضرر به دیگری افشاء کند، به جزای نقدی از ده هزار تا سی هزار افغانی، محکوم می‌گردد». یعنی تحصیل کننده‌ی دلیل از طرق نامشروع و غیر قانونی، مجازات کیفری نیز دارد.

قانون‌گذار در بند «۱» ماده «٤٥٠» کد جزا ابتدا شکنجه را تعریف نموده و مصادیق آن را اینگونه برشمرده است: «شکنجه عملی است که توسط مؤظف خدمات عامه یا هر مقام رسمی دیگر یا به امر، موافقه، رضایت یا به اثر سکوت وی ارتکاب یابد و باعث درد یا تعذیب جسمی یا روانی شدید مظنون، متهم، محکوم یا شخص دیگر گردد، به مقصد اینکه:

ـ مظنون یا متهم علیه خودش اعتراف نماید یا در مورد شخص دیگر معلومات دهد.

ـ شخص در مورد مظنون، متهم یا محکوم اطلاعات ارایه نماید.

ـ از بابت عملی که وی یا شخصی دیگر مرتکب آن گردیده، او را تعذیب نماید.

ـ شخص را بمنظور اجراء یا ا متناع از عمل، ارعاب یا اکراه نماید.

ـ علیه شخص مرتکب رفتاری گردد که مبتنی بر تبعیض باشد.» سپس در بند «۱» ماده «٤٥١» همان قانون مصوب کرده است: «شخصی که مرتکب جرم شکنجه گردد، به حبس متوسط بیش از سه سال، محکوم می‌گردد.» در بند «٦ و ٧» همان ماده، تهدید و شروع به شکنجه را در حکم شکنجه دانسته و بر مرتکب آن، مجازات شکنجه را مترتب ساخته و در بند «۹» انفصال از وظیفه را برای شکنجه‌گر الزامی دانسته است. بنابراین، دلیل حاصل از تهدید به شکنجه و یا شروع به شکنجه مانند دلیل حاصل از شکنجه، قابل ابطال می‌باشد. بنابراین، علت بطلان ادله حاصل از طرق نامشروع، نقض یکی از قواعد دادرسی می‌باشد؛ به عبارت دیگر، بی‌اعتباري دلیل و صدور حکم بر بطلان آن، به طبیعت قاعده‌اي که رعایت نشده است، بستگی دارد.

نکته‌ی پایانی در ذیل نظریه‌ی بطلان مطلق این است که بدانیم، ادله جمع‌آوری شده از طریق ضابطان دادگستری، در حکم اماره بوده و صحت آن نیازمند بررسی می‌باشد؛ یعنی قاضی ملزم است که مشروع بودن طرق تحصیل ادله‌ی جمع‌آوری شده را احراز نماید. زیرا اصل برائت و اصل تفسیر موسع قوانین شکلی به نفع متهم، اقتضای عدم اعتبار ادله‌ی مذکور را داشته و الزام قاضی به بررسی صحت و اعتبار آن‌ها را توجیه منطقی می‌نماید. اضافه براین، ضابطان دادگستری، از قدرت اجرایی بالای برخوردار هستند و این احتمال وجود دارد که آن‌ها برای به دست آوردن دلیل، اقداماتی انجام دهند که موجب نقض حریم خصوصی دیگران گردد. قانون‌گذار، برای اینکه بتواند تا لحظه‌ی آخر متعهد به اصل برائت باشد، اصل را بر عدم اعتبار گزارش ضابطان دادگستری قرار داده است. مفهوم مواد قانون اجرائات جزایی که در بالا ذکر شد، نیز این بود که هرگاه گزارش ضابطان قضایی بر خلاف ضوابط و مقررات قانونی تهیه و تنظیم شده باشد، اعتبار و ارزش قانونی ندارد.[۹] نظریه‌ی بطلان مطلق، این فایده‌ای اساسی را دارد که جامعه را به سوی ایده‌آل شدن سوق می‌دهد و افراد جامعه را تربیت می‌کند تا در تمام مراحل دادرسی، به اصول قانونی و اخلاقی پایبند باشند.

۳ـ ۲ـ نظریه اعتبار نسبی ادله به دست آمده از طرق غیر مشروع

از مجموع نظریات برخی از فقهای اسلامی، در این زمینه، استنباط می‌گردد که هرچند شیوه‌های نامشروع تحصیل دلیل، مانند اکراه، اجبار، اغفال، تهدید و... مشروع شناخته نشده است، اما با وجود این، هرگاه از طرق مذکور، علمی برای قاضی حاصل گردد، تمام حجیت، مربوط به علم قاضی بوده و طریق تحصیل آن، چندان حائز اهمیت نمی‌باشد (معاونت آموزش و تحقیقات قوه‌ی قضائیه، ۲/۱۳۸۲: ص۱٤۱).[۱۰] امام خامنه‌ای، مکارم شیرازی، موسوی اردبیلی از جمله طرفداران این نظریه هستند. مثلا امام خامنه‌ای در جواب این سئوال که: «آیا اقرار یا شهادتی که از طرق غیر شرعی، مانند تهدید یا ایراد ضرب، اخذ می‌شود حجیت دارد؟»، فرموده است: «صرف اقرار یا شهادت تحمیلی مادام که موجب علم نشود، اعتباری ندارد.» (نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، سئوال شماره «۹۰٤۳»). یعنی چنانچه اقرار که از طریق نامشروع به دست آمده است موجبات علم قاضی بر ارتکاب جرم را فراهم نماید، می‌تواند معتبر باشد و مبنای

حکم بر مجرمیت و مجازات قرار گیرد. آیت‌الله مکارم شیرازی نیز گفته است: «بی‌شک اقراری معتبر است که بدون فشار و تهدید انجام گیرد ولی اگر اقرار گیرنده مرتکب خلاف شود و اقراری با فشار بگیرد ولی با قراین روشن ثابت شود که اقرار کننده حقیقت را افشاء کرده است معتبر می‌باشد» (همان). موسوی اردبیلی نیز در پاسخ سئوال فوق نوشته است: «چنین اقرار و شهادتی حجیت تعبدیه ندارد و لکن اگر به ضمیمه قراین، علم به صحت حاصل شود، از جهت حصول علم، حجت است (همان). بنابراین، ادله‌ی حاصل از طرق نامشروع، زمانی باطل است که به وسیله‌ی آن، علمی برای قاضی مبنی بر وقوع جرم اتفاق نیفتد یا واقعیتی بر ملا نگردد؛ به عبارت دیگر دلیل حاصل از طرق نامشروع و غیر قانونی، فی الجمله باطل است نه باالجمله.

مستند این نظریه، روایت صحیح السند سلیمان‌بن خالد می‌باشد؛ در این روایت، ایشان از امام صادق (ع) در مورد کسی که متهم به سرقت بوده و سرقت را انکار می‌نموده و پس از خوردن کتک بسیار، به ارتکاب جرم سرقت، اعتراف نموده و همزمان مال مسروقه را نیز مسترد کرده است، سئوال نموده است. او از امام (ع) پرسیده است که آیا چنین فردی، محکوم به حد سرقت می‌گردد یا خیر؟ امام (ع) در جواب پرسش فوق، فرموده است که اگر شخص مذکور، صرفا اعتراف کند و مال مسروقه را مسترد نکند، دستش قطع نمی‌گردد، زیرا اعتراف او تحت شکنجه حاصل شده و اعتباری ندارد؛ اما اگر همزمان با اعتراف، مال مسروقه را نیز برگرداند، محکوم به حد سرقت می‌گردد (کلینی، ۱٤۰۷هـق/۷: ص۲۲۳). برخی از متقدمان از فقهای امامیه، علاوه بر روایت مذکور، برای صحت این نظریه به یک قیاس نیز دست‌زده و مدعی شده است که استرداد مال مسروقه توسط فردِ متهمِ به سرقت، مانند استفراغ شراب است؛ یعنی همان‌گونه که استفراغ شراب، دلیل بر شرب خمر می‌باشد، استرداد مال مسروقه نیز اماره‌ی معتبر بر ارتکاب سرقت است: «و قیل: یقطع لأنّ ردّها قرینة السرقة کدلالة قيء الخمر علی شربها، و لحسنة سلیمان بن خالد عن الصادق علیه السلام في رجل سرق سرقة فکابر عنها فضرب فجاء بها بعینها هل یجب علیه القطع؟ قال: نعم و لکن لو اعترف و لم یجيء بالسرقة لم تقطع یده، لأنّه اعترف علی العذاب.» (مرعشی، ۱٤۲٤هـق: ص۲۸۰). فاضل آبی نیز در این زمینه نوشته است: «و لو أقرّ للضرب لم یقطع، نعم لو ردّ السرقة بعینها قطع» (آبی، ۱٤۱۷هـق/۲: ص۵۸۰).

در مقام بررسی و نقد این نظریه باید گفت که طرفداران نظریه‌ی اول، قیاس و استدلال مبتنی برآن را قبول ندارند؛ زیرا از نظر آنان استرداد مال مسروقه توسط متهم، لازم اعم سرقت محسوب شده و به هیچ عنوان از استرداد مال مسروقه، واقعیتی به نام سرقت اثبات نمی‌گردد. به عبارت دیگر، استرداد مسروقه اعم از این است که خود متهم آن را سرقت کرده بوده و حالا آن را برگردانده است؛ یا دیگران آن مال را سرقت کرده بوده و توسط متهم، مسترد شده باشد. به اعتقاد طرفداران نظریه‌ی اول، گرچند روایت سلیمان‌بن خالد بر نظریه‌ی دوم، دلالت تام دارد، اما اینکه ما بخواهیم تنها با استناد به این تک روایت، نظریه‌ی دوم را اثبات نماییم، کاری بس مشکلی است؛ زیرا از مذاق شرعی استنباط می‌گردد که شارع مقدس برای دلایلی که از طرق نامشروع و غیر قانونی تحصیل شده است احترامی قائل نمی‌باشد: «لا یخفی ضعف العمل بالقرینة في هذا الباب. و الفرق بین القيء و المجيء بالسرقة فإنّ القيء یستلزم الشرب بخلاف المتنازع فیه فإنه أعمّ منه. و أمّا الخبر فظاهر الدلالة، إلّا أنّ إثبات الحکم به مجرّداً مشکل» (حلی (علامه)، ۱٤۱۳هـق/۳: ص٥٦٥). محقق حلی نیز پس از طرح هر دو نظریه، نظریه‌ی اول را شبیه‌تر به حق دانسته و به صراحت نوشته است: «نعم لو رد السرقة بعینها قطع؛ و قیل: لا یقطع لتطرق الاحتمال و هو أشبه.» (حلی (محقق)، ۱٤۱۸هـق/۱: ص۲۲٤؛ حلی (جمال الدین)، ۱٤۱۰هـق: ص٤١٤). این بدان جهت است که در سیاست جنایی اسلام، اقدامات مراجع رسمی در تعقیب و افشای عیوب و جرایم ارتکابی افراد، فاقد هرنوع مطلوبیتی دانسته شده است؛ زیرا اقدام به تجسس و شکنجه، خود فعلی مجرمانه محسوب می‌گردد (صادقی، ۱۳۷۸: ص۱۷۲). با وجود این، چنانچه به دلالت عقل یا شرع در تعقیب، کشف و گزارش اقدامات مجرمانه اشخاص، مصلحتی فراتر از مصلحت کرامت و موقعیت انسانی وجود داشته باشد، برابر مصلحت اقوی اقدام می‌گردد. بنابراین، تمایل به ترک اِعمال ابزارهای کیفری از طریق بزه‌پوشی و القاء تردید در ادله اثبات جرایم در جریان دادرسی‌های کیفری مبتنی بر رعایت مصالح و منافع خاصی است که در صورت تعارض این گرایش با مصالح فردی و اجتماعی، سودمندترین اقدام در تعقیب و یا اخفای جرم، باید عملی گردد؛ با وجود این قاعده اصلی این است که دلیل تحصیل یافته از طرق نامشروع، اعتباری ندارد (ر، ک: همان؛ روحی، ۱۳۷٤: ص۱۳۳).

به هر حال، فقهای امامیه، بالاتفاق، شکنجه را حرام شرعی دانسته و اقرار و اعترافت ناشی از شکنجه را به نحو مطلق رد نموده و بی‌اعتبار شمرده‌اند. به عنوان نمونه از برخی فقهای امامیه استفتا شده است که: «آیا برای اعتراف گرفتن از متهم، می‌توان او را شکنجه کرد و یا تحت فشار قرارداد؟» ایشان در جواب مرقوم فرموده است: «خیر، جایز نیست و حکم جنایت عمدی را دارد.» (بهجت، ۱٤۲۸هـق/٤: ص٤٤۹). لازمه‌ی حرمت این شیوه برای تحصیل دلیل، بی‌اعتباری دلیل حاصل از شکنجه و اکراه به نحو مطلق می‌باشد. از بعضی دیگر پرسش شده است که: «در نظام حکومتی اسلام آیا شکنجه به طور مطلق ممنوع است یا در برخی شرایط در صورت وجود مصلحت اقوی و بنابر حکم قاضی واجد شرایط ـ هر چند تحت عنوان تعزیر ـ مشروعیت می‌یابد؟» ایشان در جواب گفته است: «شکنجه به معنای مصطلح در اسلام مطلقاً ممنوع است» (منتظری، ۱٤۲۹هـق: ص۱۱۲ ـ ۱۱۱). مقصود از معنای مصطلح، شکنه‌ی متهم، به هدف اخذ اقرار از وی می‌باشد نه شکنجه‌ی که ممکن است از باب تعزیر نصیب مستحق تعزیر می‌گردد. بنابراین، حرمت علی‌الاطلاق طریق تحصیل دلیل، بلااثر بودن و بی‌اعتباری علی‌الاطلاق دلیل را در پی‌دارد.

فقهای حنفی نیز شکنجه به هدف اخذ اقرار را حرام می‌دانند؛ زیرا به ادعای زحیلی، فقهای جهان اسلام، بر اساس مبانی فقهی، حریص‌ترین انسان‌ها نسبت به رعایت کرامت انسانی بوده و به زنجیر کردن، برهنه کردن و شکنجه‌های وحشیانه را حرام می‌دانند (زحیلی، بی‌تا/۷: ص٥۳۲٦؛ کاسانی، ۱٤۰٦هـق/۷: ص۱۲۰). قبلا نیز گفتیم که فقهای مذاهب اربعه‌ی اهل سنت، از جمله فقهای حنفی، با فقهای امامیه در مسئله‌ی حرمت شکنجه و عدم اعتبار اقرار و شهادت ناشی از شکنجه، هم نظرند؛ تصریح زحیلی در این زمینه بدین صورت می‌باشد: «و بالاتفاق لا یصح إقرار...المکرَه... في إقراره» (زحیلی، بی‌تا/۸: ص٦۰۹٦). زیرا از نظر آنان، دومین شرط صحت اقرار این است که با رضایت و اختیار کامل صورت گرفته باشد: «ثانیها ـ الطواعیة أو الاختیار.» (همان). در حالی که شکنجه، اختیار مقر را کاملا نابود می‌کند. حنفي‌ها، شافعي‌ها، حنابله و ظاهریه اقرار حاصل از شکنجه را مطلقا بلااثر و بی‌اعتبار می‌دانند: «مذهب الحنفیة والشافعیة والحنابلة والظاهریة: یقرر إلغاء الإقرار وعدم ترتب أي أثر علیه.» (همان).

نحوه‌ی استدلال حنفی‌ها بر بی‌اثر بودن اقرار حاصل از شکنجه، بدین نحو است که وقتی کسی تحت شکنجه قرار می‌گیرد، ممکن است از ترس جانش، به یک امر غیر واقعی اقرار نماید و به همین جهت اقرار او به صورت مطلق و به نحو موجبه‌ی کلیه، بی‌اعتبار تلقی می‌گردد: «استدل الحنفية بأن الإقرار خبر يحتمل الصدق والكذب، إلا أنه يصح الإقرار حالة الاختيار؛ لأن الإنسان غير متهم على نفسه، ولم يصح حالة الإكراه، لترجح جانب الكذب بسبب وجود التهديد.» (همان).

به هرحال، فقه حنفی با توجه به داستانی که از عمربن خطاب، قبلا نقل نمودیم، به نظریه‌ی اول ایمان داشته و نظریه‌ی دوم را به صورت کلی رد می‌نماید. قانون مدنی افغانستان که متخذ از فقه حنفی می‌باشد، نیز نظریه‌ی اول را برگزیده و بر بطلان مطلق تأکید ورزیده است. به عنوان نمونه ماده «۳۹» قانون اجرائات جزایی در این زمینه مقرر کرده است: «مأمور ضبط قضائي صلاحيت دارد در حالت جرم مشهود خواه جنايت باشد يا جنحه به منزل متهم به غير از رعايت شرايط مندرج ماده فوق داخل شود و به تفتيش آن بپردازد و آن اشياء و اوراقي را كه جهت كشف حقيقت به نزد مأمور ضبط قضائي به اساس آثاري كه در آن موجود است مفيد معلوم شود اخذ نمايد. درحالت جرم مشهود، عضو خارنوالي بعد از دخول به منزل شخص و تفتيش، در خلال مدت يك‌ماه حكم قاضي ابتدائيه را دايز بر صحت اقدام مذكور حاصل مي‌كند.» صراحت مفهوم این ماده می‌گوید چنانچه ضابطان قضایی در فرجه قانونی قاضی ابتدائیه را مبنی بر صحت اقدامات کشفی و تعقیبی‌شان اخذ نکند، ادله‌ی جمع‌آوری شده، به طور مطلق، از درجه اعتبار ساقط است. بنابراین، کنترل غیر قانونی مکالمات، مراسلات منازل، اماکن و سایر فضاهای خصوصی افراد، نیز غیر قانونی بوده و دلایل جمع‌آوری شده از این طرق، بلا اعتبار تلقی می‌گردد (ر، ک: زندی، ۱۳۸۹: ص۹۷). زیرا روش تحصیل دلیل در موارد فوق، مطابق با موازین و مقرارتِ مشخص شده توسط قانون‌گذار نبوده و به همین دلیل، غیر قانوانی و غیر مشروع می‌باشد.[۱۱]

از مطالب فوق، این نتیجه حاصل گردید که شارع و مقنن، در پی مجازات مأمورین شکنجه‌گر بوده و در مواردی نقض شدید حقوق متهم، اقرار یا شهادت یا سوگندی که از این طریق حاصل

گردیده است را به دلیل صدمه اساسی به اراده آزاد متهم، محکوم به بطلان دانسته است. در پایان، پاسخ به این سئوال نیز ضروری است: «آیا در صورتی که ادله تحصیل شده به روش غیرقانونی و با نقض شدید حقوق متهم چون شکنجه به دست آمده است، دارای واقعیت باشد، می‌توان آن را معتبر دانست؟ در پاسخ به این پرسش، می‌بایست قایل به تفکیک بین ادله اخباری و ادله احرازی شویم.[۱۲] زیرا ادله احرازی امور خارجی و عینی هستند که قاضی از طریق آن‌ها پی به وجود و وقوع جرم می‌برد و همان امارات و قراین و اوضاع و احوال هستند که فی الواقع، امارات قضایی را تشکیل می‌دهد. بر این مبنی، اظهارات متهم که حاوی مطالبی مثل محل دفن جسد مقتول باشد، ولو به طریق غیرقانونی بیان شده باشد، چون در واقع بیان امور خارجی و عینی هستند که در عالم خارج موجود است، نمی‌توان قایل به بی اعتباری آن‌ها شد. اما ادله اخباری که همان خبر دادن اشخاص تحت عناوین اقرار، شهادت و سوگند است در صورت تحصیل از طریق نامشروع محکوم به بی‌اعتباری خواهد بود (حشمتی، ۱۳۹۳: ص۷۲).[۱۳] این تمایز از آن جهت است که اوضاع و احوال خارجی را نمی‌توان معتبر یا غیرمعتبر تلقی کرد؛ بلکه استنباط قضایی از این امارات و قراین است که به صفت معتبر یا غیرمعتبر متصف می‌گردد. در هر صورت، حمایت کیفری از ممنوعیت شکنجه در فقه امامیه (ر، ک: منتظری، بی‌تا: ص٤٦)، حنفی و حقوق افغانستان، نظریه اول را موجه می‌سازد.

با توجه به مطالب فوق، می‌توان نتیجه گرفت که: «حاکمیت حق ندارد برای اثبات جرم، متهمی را شکنجه و یا تهدید کند و او را به اعتراف مجبور نماید. براساس روایات زیادی چنین اعترافی هیچ ارزش شرعی و قانونی ندارد و محکمه نمی‌تواند به استناد چنین اعترافی او را محکوم به مجازاتی نماید» (منتظری، ١٤٢٩هـق: ص٨٥).[١٤] و لذا باید گفت در اینکه اعتراف همراه با شکنجه و فشار، فاقد ارزش و اعتبار شرعی می‌باشد، هیچ تردیدی وجود ندارد و روایات مستفیضه (ر، ک: همان) بر این حکم دلالت تام دارد. برای تأیید نتیجه فوق، چند نمونه از روایات که در این زمینه وارد شده است را مورد تحلیل قرار می‌دهیم:

۱ـ امام صادق (ع) به صراحت، اقرار ناشی از شکنجه را باطل و فاقد اثر حقوقی دانسته است؛ سلیمان بن خالد گوید: «از امام صادق علیه السلام دربارهٔ مردی که سرقتی کرده ولی آن را

نمی‌پذیرد، پس از آن او را می‌زنند و مال سرقتی را به عینه می‌آورد، پرسش شد: آیا بریدن دست بر وی ثابت است؟ حضرت فرمود: آری. ولی اگر اعتراف کند و با این حال مال سرقتی را نیاورد، دستش بریده نمی‌شود؛ چرا که بر پایهٔ شکنجه اعتراف کرده است» (ر، ک: حسینی، ۱٤۲۱هـق/٤: ص۲۲۵).

۲ـ شبیه حدیث فوق، حدیث دیگری به این مضمون آمده است: «مردی را که متهم به سرقت بود، نزد امیرالمؤمنین (ع) آوردند. گمانم این است که حضرت بیم آن داشت که اگر از این شخص بپرسد [که آیا سرقت کرده‌ای]، هیبت سؤال حضرت او را بگیرد و به کاری که نکرده، اقرار کند؛ لذا امیرالمؤمنین علیه السلام به وی فرمود: آیا سرقت کرده‌ای؟ اگر می‌خواهی، بگو نه. آن مرد گفت: نه. بیّنه‌ای هم علیه مرد نبود؛ لذا امام علیه السلام او را آزاد ساخت» (ر، ک: همان).

۳ـ ابو البختری از امام صادق (ع) روایت می‌کند که امام علی (ع) فرمود: «کسی که هنگام تجرید (عریان کردن و کتك خوردن) یا ترساندن یا حبس یا تهدید، به جرمی اقرار کند، بر او حدی نیست» (کلینی، ۱٤۰۷هـق/۷: ص۲٦۱). یعنی اقرار او اثر فقهی و حقوقی ندارد.

٤ـ از امام علی (ع) نقل شده است که فرمود: «دست متهمی که به نوعی از زدن ترسانیده شده قطع نمی‌شود. همچنین نمی‌توان او را در زنجیر کرد یا زندانی و شکنجه نمود و اگر متهم از روی میل و اراده خود به جرم اعتراف نکند بخاطر ترساندن وی «حد» از او ساقط می‌گردد.» (حرعاملی، ۱٤۰۹هـق/۲۸: ص، ۲٦۱، ح۳٤۷۱۳ ـ ۳). زیرا شکنجه اعتراف را بی‌اثر می‌کند. همین معنی در حدیثی که در دعائم الاسلام از امیر المؤمنین (ع) روایت شده است نیز تأیید شده است: «هر کس به واسطه تخویف یا حبس و یا زدن به گناهی اقرار کرد، این اقرار بر ضد او اعتباری ندارد و بخاطر آن بر وی حد جاری نمی‌کنند» (مغربی، ۱۳۸۵هـق/۲: ص٤٦٦؛ نوری، ۱٤۰۸هـق/۱۸: ص۳٦، ح۲۱۹٤٦ ـ ٤).

۵ـ در مسند زید بن علی نیز آمده است: «زید بن علی از پدرش و او از جدش (ع) برای من چنین حدیث کرد: در زمانی که عمر متصدی امر خلافت بود زن حامله‌ای را نزد او آوردند و عمر از آن زن پرسش کرد و وی بر گناهانی اعتراف کرد. سپس عمر دستور داد تا آن زن را سنگسار کنند. علی (ع) با آن زن مواجه گردید و پرسید: این زن را برای چه می‌برید؟ گفتند: عمر دستور

داده او را سنگسار کنیم. علی (ع) زن را بازگردانید و به عمر گفت: آیا تو فرمان رجم این زن را صادر کرده‌ای؟ عمر گفت: آری این زن در محضر من به گناهانش اعتراف کرد. علی (ع) به او فرمود: این دلیل توست علیه آن زن، اما چه دلیلی علیه بچه‌ای که در شکم حمل می‌کند داری؟ عمر جواب داد: نمی‌دانستم که او حامله است. حضرت فرمود: اگر نمی‌دانستی باید کاری می‌کردی تا مطمئن شوی که در رحم او بچه نیست. سپس آن حضرت فرمود: شاید تو بر این زن بانگ زده‌ای یا او را ترسانیده‌ای؟ عمر گفت: چنین است. آن حضرت فرمود آیا نشنیده‌ای که پیامبر خدا (ص) می‌گفت: «بر کسی که پس از دچار شدن به آزار و بلا اعتراف نماید، حدی جاری نمی‌شود و کسی که به بند در آید یا زندانی شود و یا مورد تهدید قرار بگیرد اقرارش فاقد اعتبار است». آنگاه عمر آن زن را آزاد کرد و گفت: مادران ناتوانند از آنکه فرزندی همچون علی بن أبي طالب (ع) بزایند. اگر علی (ع) نمی‌بود، همانا عمر هلاك می‌شد» (مسند زید: ص۲۹۹، به گزارش: منتظری، ۱٤۰۹هـق/۳: ص۵۷۹). عمر بدون توجه به ابعاد مسئله، صرف اقرار حاصل از شکنجه را کافی در مجازات و اجرای حکم دانسته بوده است. اما با راهنمایی امام علی (ع)، هر دو خلیفه راشد، دلیل حاصل از شکنجه را بلااثر و فاقد اعتبار دانسته و حکم به بطلان آن نموده‌اند.

عبد الرحمن شرقاوی در این زمینه مدعی است که: «امام علی (ع) اصول بسیاری وضع کرد... از جمله وی از زدن متهم جلوگیری کرد و دستور داد که برای گرفتن اعتراف از زدن و آزار دادن متهم خودداری کنند و این دستور حضرت در عصری بود که از تعذیب و شکنجه به عنوان روشی برای تحقیق استفاده می‌شد. آن حضرت در حمایت از تعهدات متهم می‌فرمود: اگر ارتکاب جرم با اقرار یا بینه ثابت شود بر او حد جاری می‌کنم وگرنه متعرض او نمی‌شوم.» (به گزارش: همان: ص۵۸۱). بنابراین و با توجه به احادیث فوق می‌توان گفت: «بر امام و قضات جایز نیست که بر اقاریر متهمانی که به نحوی با استفاده از اسباب و ابزارهای تحقیق و تجسس مانند حبس، تخویف، شکنجه و استفاده از حیله‌ها و نیرنگ‌های دیگر دست به اعتراف می‌زنند، اعتماد کنند و این چنین اعترافات و اقرارهائی در محاکم شرع فاقد ارزش و اعتبار می‌باشند» (همان). بی‌اعتباری روش‌های مذکور، به علت حرمت آن‌ها می‌باشد. برمبنای ماده «۵»

اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر، بند «۱» ماده «۱٤» کنوانسیون جهانی حقوق‌مدنی و سیاسی، ماده «۲۹» قانون اساسی و بند «۱» ماده «٤٥٠» کد جزا نیز، این نتیجه به دست می‌آید که مقنن در پی منع گسترده‌ی شکنجه و مجازات مأمورین شکنجه‌گر بوده و در موارد نقض شدید حقوق متهم، اقرار یا شهادت یا سوگندی که از این طریق حاصل گردیده را به دلیل ایجاد اختلال اساسی به اراده آزاد متهم، محکوم به بطلان دانسته است (ر، ک: خزائی، ۱۳۷۷: ص۷۱). بنابراین، ادله معتبر و واجد ارزش اثباتی باید از طریق قانون‌گذار معرفی گردد تا اصحاب دعوا از تحصیل و تقدیم ادله فاقد اعتبار و ارزش قضایی خودداری نمایند. اضافه بر این، تبیین شیوه‌های صحیح تحصیل دلیل معتبر و ضوابط خاص لازم‌الرعایه ناظر بر آن‌ها یا حد اقل بیان شیوه‌های مذموم و ناپسند تحصیل دلیل نیز بر عهده‌ی نهاد مذکور می‌باشد تا از توسل به روش‌های غیر قانونی در تحصیل دلیل و ارائه آن اجتناب گردد (ر، ک: فرخشه، ۱۳۸۵: ص٤۹). زیرا از مطالب فوق‌الذکر این نکته مهم اثبات گردید که «ارائه‌ی دلیلی به ظاهر قانونی، چنانچه به طرق نامشروع و غیر قانونی تحصیل شده باشد، سبب سلب ارزش اثباتی آن دلیل و فقدان اعتبار آن می‌شود» (ر، ک: آشوری، ۲/۱۳۷۸: ص۲۲۳).

۴ـ مواردی که ادله حاصل از طرق نامشروع معتبر دانسته شده است

در اینجا مواردی که بر مبنای دیدگاه اعتبار نسبی، ادله حاصل از طرق نامشروع، معتبر دانسته شده است است را مورد بررسی و تحلیل قرار می‌دهیم.

۴ـ ۱ـ اعتبار اقرار حاصل از طرق نامشروع

برمبنای نظریه بطلان مطلق، راهی برای اعتباربخشی به ادله تحصیل شده از طرق نامشروع، باقی نمی‌ماند. زیرا دیدگاه مذکور، تحصیل دلیل از راه غیر قانونی و نامشروع را به صورت مطلق حرام دانسته و بی‌اعتبار تلقی نموده است. مثلا عمر با اینکه به وسیله‌ی تحصیل دلیل از راه غیر قانونی و نامشروع به واقعیت وقوع جرم پی‌برده بود، اما با وجود این و صرفا به خاطر اینکه دلیل اثبات جرم، از راه نامشروع کسب شده بود، هیچ اثری بر آن مترتب نکرد.[۱۵] در مقابل، براساس نظریه‌ی اعتبار نسبی، می‌توان در برخی از حالات، به دلایل تحصیل شده از طرق نامشروع،

اعتبار قائل شد که هریک از دلایل قانونی اثبات جرم مانند اکراه شهادت و علم قاضی را بـر اسـاس همین دیدگاه، مورد بررسی و تحلیل قرار می‌دهیم.

۴ـ ۱ـ ۱ـ تحصیل اقرار از طریق اکراه

در مواردی اتفاق می‌افتد که مـتهم، بـه خـاطر عـدم همکـاری بـا ضـابطین قضـایی یـا انکـار حقیقت، مورد شکنجه قرار می‌گیرد و به جرم که مرتکب شده است اعتراف می‌نماید. حال، سـئوال اساسی این است که آیا اقرار حاصل از شکنجه، می‌تواند معتبـر قلمـداد گـردد؟ در پاسـخ بـه ایـن پرسش گفته شده است که چنانچه روش تحصیل اقرار، در وقـوع جـرم، نقـش داشـته باشـد، اقـرار حاصله بی‌اعتبار و بلااثر است؛ اما اگر طریقه‌ی تحصیل اقرار در وقـوع جـرم هـیچ نقشـی نداشـته باشد، چنین اقراری می‌تواند معتبر قلمداد گردد. علت این تفاوت این اسـت کـه در برخـی مـوارد، تعدد موضوع و تعدد جرم وجود دارد؛ بدین صورت که روش تحصیل دلیل که شکنجه باشـد جـرم جدا و مستقل و مقربه که قبلا در عالم واقع وجود پیدا کرده است، جرم دیگری به حساب می‌آیـد و هرکدام موجود مستقلی است.

یعنی هر یک از دو جرم فوق، امر مستقل از هم‌دیگر بوده و هیچ تأثیر و تـأثری میـان آن دو، بـر قرار نمی‌باشد؛ تنها چیزی که در فرایند کشف جرم اول اتفاق افتاده است، رسـیدن بـه آن از طریـق نامشروع است. فرض کنید دو نفر بدون اذن صاحب خانه وارد منزل فـردی شـده و در هنگـام ورود غیر قانونی‌شان، شاهد قتل زن، توسط شوهرش بوده‌اند؛ در این مثال، گرچند ورود غیـر قـانونی بـه منزل دیگران، روش نامشروع و جرم تلقی می‌گردد، اما این روش نامشروع، هـیچ تـأثیری در وقـوعِ قتلِ به انجام رسیده نداشته است. زیرا اگر آن‌ها وارد منزل نمی‌شدند و شاهد قتـل هـم نمی‌بودنـد، بازهم قتل به عنوان یک امر واقعی و یک پدیده‌ی خارجی، اتفاق می‌افتاد. چـون در فـرض مـذکور، تحمل شهادت در ایجاد جرم قتل، هیچ تأثیری ندارد، می‌تواند به این نسبت، معتبر تلقی گردیـده و مورد استناد قاضی واقع گردد.

با این نگاه، می‌توان اقرار حاصل از شکنجه را نیز، در برخی از موارد، معتبر دانست. بـه عنـوان نمونه اگر نسبت به ارتکاب قتل توسط متهم، هیچ ابهامی وجود نداشته باشد و در عـین حـال هـیچ دلیلی نیز علیه ایشان در دست نباشد، می‌توان متهم را شکنجه نموده و اعتراف وی را از این طریـق،

حاصل نمود. در چنین مواردی که اعتراف تحت شکنجه‌ی وی، هیچ تأثیری در وقوع جرم قتل ندارد، می‌تواند معتبر به حساب آید. اما در مواردی که متهم در واقع مرتکب قتل نشده و تنها تحت فشار و شکنجه اعتراف به قتل می‌نماید، اقرارش معتبر به حساب نمی‌آید؛ زیرا شکنجه به عنوان یک روش نامشروع، در حقیقت واقع که همان وقوع جرم است، تأثیر گذار بوده و اعتراف را از درجه‌ی اعتبار به کلی ساقط می‌نماید.

۴ـ ۱ـ ۲ـ تحصیل اقرار از طریق فریب و خدعه

یکی از راه‌های تحصیل اقرار به وسیله‌ی فریب و خدعه، دام گستری است؛ بدین صورت که ضابطین قضایی با ظاهر سازی و فریب، خودشان را با سارقان، جانیان و عاملان مفاسد اخلاقی، هم‌دست جلوه داده و آنان را به ارتکاب جرم وادار می‌نمایند؛ پس از وقوع جرم توسط آنان، ضابطان قضایی در مقابل آن‌ها نشسته و شروع به بازپرسی می‌نمایند که در این صورت آنان نیز جز اعتراف چاره‌ی نخواهند داشت. تصویر دیگر از تحصیل دلیل از طریق فریب و خدعه اجرای حقه‌ها و ترفندهای پلیسی است. برای مثال می‌توان به انجام عملیات تحت پوشش برای جمع‌آوری اطلاعات از طرقی چون: هم‌سلول شدن با متهم، حیله و صحنه‌سازی در ضمن تحقیق از متهم، قرار دادن میکروفن و ضبط صوت و دوربین عکاسی به نحو مخفیانه یا تغییر قیافه و پوشیدن لباس‌های مبدل و کمین گیری اشاره کرد. همچنین گاهی نیروهای پلیس با وعده دادن به زندانیان هم بند متهم، سعی در کسب اسرار وی می‌کنند. ادله کسب شده از این طریق، حتی بر مبنایی نظریه‌ی اعتبار نسبی نیز جز در موارد استثنایی مانند حفظ مصالح کشور و به دام انداختن مجرمین حرفه‌ای و گروهک‌های تروریستی، معتبر نخواهد بود. به هرحال، بازجویی و بازپرسی، از ابزارهای مهم و اساسی در تحقیقات جنایی به حساب آمده و پلیس به عنوان ضابط قضایی، افراد را به منظور جمع‌آوری اطلاعاتی که ممکن است در کشف جرایم کمک نماید، مورد بازجویی قرار می‌دهد. در برخی موارد و بعضی از ضابطان قضایی در حین بازجویی، از روش‌های مانند فریب‌کاری، اغوا، تهدید و... استفاده می‌کنند.

برای تصور درست تحصیل دلیل از طریق فریب و خدعه، به این مثال توجه کنید: کودکی گم شده و پلیس اطلاعات کلی در مورد متهم بودن فردی دارد؛ متهم مذکور، از اقرار و دادن

اطلاعات در مورد مکان اختفای کودک، استنکاف می‌نماید. پلیس، به دروغ و به هدف به دست آوردن اطلاعات، به متهم می‌گوید که اگر به آدم‌ربایی اعتراف کنی و کودک را تحویل دهی، ما مجازات حبس برای تو در نظر نمی‌گیریم و یا مجازات تو را کاهش می‌دهیم. این فرایند به خاطر اینکه بازپرس و ثارنوال صلاحیت عفو و تخفیف مجازات را ندارد و نیز به علت اینکه وضعیت متهم شرایط چنین اقدامات قضایی را ندارد، مصداق فریب و حیله قلمداد شده و اقرار به دست آمده با چالش مواجه می‌گردد. زیرا اقرار مذکور، با حق سکوت ناشی از اصل برائت نیز ناسازگار می‌باشد (ر، ک: وروائی، اکبر و دیگران، ۱۳۹۳: ص۱۰۲).

حال سئوال این است که وقتی متهم متوجه فریب بودن چنین وعده‌ای شد، می‌تواند استناد کند که قصد اقرار نداشته و صرفا به خاطر مجازات نشدن، چنین اقراری نموده است؟ به عبارت دیگر، اقرار به دست آمده از طریق فریب و حیله، معتبر است یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که اگر فریب باعث بی‌ارادگی و خدشه وارد کردن به قصد جدی متهم گردد، اقرار حاصله، بی‌اعتبار می‌باشد؛ زیرا علاوه بر تحت تأثیر قرار گرفتن اراده‌ی متهم، اقرار مذکور، با حق سکوت ناشی از اصل برائت نیز در تضاد می‌باشد. چه اینکه اگر متهم می‌دانست که او حق سکوت دارد و بازپرس نیز اختیار عفو مجازات و تخفیف آن را ندارد، هرگز اقرار نمی‌کرد و ممکن بود از حق سکوتش استفاد می‌کرد. قانون‌گذار افغانستان هیچ قاعده‌ای مبنی بر رد فریب و حیله در مراحل بازپرسی را در قانون اجرائات جزایی مصوب نکرده و امید است که در قانون‌گذاری‌های بعدی وضعیت این فرایند را نیز معیین نماید.

۴ـ ۲ـ اعتبار علم قاضی حاصل از طرق نامشروع

سئوال این است که هرگاه علم قاضی از دلیل تحصیل یافته از طریق نامشروع حاصل گردد چه وضعیتی از نظر ارزش و اعتبار پیدا می‌نماید؟ در پاسخ به این پرسش موارد زیر بررسی می‌گردد.

۴ـ ۲ـ ۱ـ علم تحصیل یافته از طریق بازرسی بدون مجوز اماکن

یکی از طرق تحصیل امارات براساس ماده «۱۵» قانون اجرائات جزایی، گزارش مأمورین ضبط قضایی (اعضای ثارنوالی و ضابطان پلیس) است؛ مهم‌ترین و بیشترین اطلاعات که

می‌تواند بزه انجام شده را به اثبات برساند، از همین طریق وارد محاکم جنایی می‌شود. مقام قضایی، در محاکم جنایی و حقوقی، برای امور اجرایی دستورها، قرارها و احکام خود نیازمند بازوی اجرایی مؤثر تحت عنوان ضابطان دادگستری می‌باشد. بر اساس ماده «١٦» همان قانون: «مأمورين ضبط قضائي در اجراي امور مربوط به وظايف‌شان، تابع اوامر لوي خارنوال مي‌باشند.» از میان دو بازوی اجرایی مقام قضایی، بیشترین اطلاعات مربوط به جرم را اعضای ثارنوالی به دست می‌آورد و ضابطان قضایی صرفا کارهای اجرایی را به انجام می‌رسانند.

براساس دو ماده‌ی مذکور، اولین خصیصه‌ی ضابطان دادگستری این است که تمامی آن‌ها توسط قانون تعیین می‌گردد و هیچ کس نمی‌تواند سرخودانه ضابط قضایی شده و از اختیارات ضابط، استفاده نماید. دومین ویژگی ضابطان دادگستری این است که اقدامات ضابطان دادگستری لزوماً باید در چارچوب قانون صورت گیرد. به عبارت دیگر، مأموران قضایی موظفند تا در اجرای دستور مقام قضایی و یا هر اقدام دیگر، مقررات و موازین قانونی را رعایت نمایند؛ یعنی هم ضابطان و هم اقدامات که از سوی آنان به اجرا گذاشته می‌شود، باید قانونی باشد (ر، ک: مهدی‌پور، ۱۳۸۵: ص۳۵). ماده «۲۰» قانون اجرائات جزایی در این زمینه مقرر کرده است که: «مأمورين ضبط قضائي مكلفند اجرائات خود را با تعيين زمان، مكان آن به قيد تحرير در آورده امضاء و در محضر تحقيق ثبت نمايند. همچنان لازم است محضر از طرف اهل خبره و شهودي كه شهادت شان سمع شده است نيز امضاء شود. اين محاضر با تمام اوراق و با اشياء ضبط شده به خارنوال ارسال مي‌گردد.» یعنی معیار پذیرش گزارش ضابطان قضایی این است که براساس ضوابط و مقررات قانونی تهیه و تنظیم شده باشد، وگرنه از درجه‌ی اعتبار ساقط خواهد بود. زیرا مفهوم مخالف ماده فوق، این است که بگوییم، هرگاه تحصیل دلیل بدون وجود شرایط گفته شده به دست آید، ولو اراده و قصد متهم نیز مخدوش نشده باشد، قابل استناد نخواهد بود.

مسئله‌ی قابل بررسی در اینجا، تعیین محدوده‌ی ضوابط بی‌اعتبار کننده‌ی ادله تحصیل شده توسط ضابطان قضایی می‌باشد؛ زیرا قانون‌گذار افغانستان در مواد بسیاری، یک سری شرایط برای نحوه‌ی تهیه‌ی گزارش در نظر گرفته است که عدم رعایت آن‌ها می‌تواند به بی‌اعتباری ادله‌ی تحصیل شده بی‌انجامد. به عنوان نمونه در ماده «٤٢» قانون اجرائات جزایی مقرر شده است که:

«تفتیش منزل حتي الامکان در حضور متهم یا قایم مقام او صورت مي‌گیرد. هرگاه حضور متهم و یا قایم مقام او ممکن نباشد تفتیش منزل در حضور دو نفر شاهد اجراء مي‌شود و تا حد امکان باید شاهدان مذکور از خویشاوندان متهم یا همخانه با متهم و یا همسایه متهم باشند. جریان موضوع در راپور ثبت مي‌شود.» تحصیل دلیل بدون رعایت موازین مذکور، امارات موجب علم قاضی را از درجه‌ی اعتبار ساقط می‌کند و در نتیجه علم قاضی ناشی از آن، نیز از حجیت می‌افتد. زیرا قانون‌گذار افغانستان از نظریه‌ی بطلان مطلق پیروی نموده و تحت هیچ شرایطی راضی به جمع‌آوری ادله از طریق نامشروع نشده است. اما بر اساس نظریه‌ی بطلان نسبی، هرگاه عدم رعایت ضوابط قانونی در جمع‌آوری ادله، اراده متهم را مخدوش کند، علم قاضی ناشی از آن امارات نیز بی‌اعتبار می‌باشد، اما اگر عدم رعایت ضوابط قانونی در اراده‌ی متهم تأثیری نداشته باشد، امارات و علم حاصل از آن نیز معتبر خواهد بود.

از آنجای که قانون‌گذار افغانستان از نظریه بطلان مطلق پیروی نموده است، علم ناشی از امارات غیر قانونی را نامعتبر دانسته است؛ برای روشن شدن بحث به ماده «۳۸ و ٤١» قانون اجرائات جزایی توجه فرمایید؛ در ماده «۳۸» مقرر شده است: «افراد امنیه حق دخول را به منزل شخص ندارند مگر به اجازه ساکن یا اجازه قاضي محکمه مربوط و یا در صورت استمداد از داخل خانه یا وقوع حریق، زلزله، سیلاب و امثال آن.» یعنی تحصیل ادله در غیر موارد سه گانه‌ی مذکور در ماده فوق، غیر قانونی بوده و از درجه‌ی اعتبار ساقط می‌باشد؛ علم قاضی که ناشی از چنین اماراتی باشد نیز اعتباری نخواهد داشت. در ماده «٤١» نیز مقرر شده است که: «تفتیش منزل تنها براي جستجوي اشیاي مختص به جرمي که تحقیق یا جمع آوري آثار و دلایل آن جریان داشته باشد جواز دارد.» براساس این ماده نیز، تفتیش ضابطان قضایی به جرمی که در پی اثبات آن هستند مجاز شمرده شده و چنانچه آنان، پس از ورود به منزل متهم، از حدود تفتیش معین شده تجاوز نموده و امور غیر مربوط به جرم مذکور را نیز تفتیش نمایند، ادله و امارات به دست آمده از این طریق غیر قانونی برای سایر جرایم، غیر معتبر بوده و علم ناشی از آن را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد و قاضی نمی‌تواند چنین علمی را مستند حکم قرار دهد. ماده‌ی «٣٤» همان قانون نسبت به این مطلب تصریح نموده و مقرر داشته است که: «هرگاه در منزل متهم اوراق ممهور یا به

ترتیب دیگر سر بسته دیده شود مأمور قضائي نمیتواند آن را بـاز نمایـد.» اگـر چنانچـه بـر خـلاف صراحت این قانون اقدام به بازگشایی نامه نموده و دلیلی را بر مجرمیت ایشان کشف نمایـد، قطعـا اعتبار نخواهد داشت. چنانکه مشاهده شد، قانون‌گذار افغانستان بر مبنای نظریه‌ی بطـلان مطلـق، ادله‌ی که از طریق غیر قانونی حاصل شده را به صورت کامل بی‌اعتبار اعلام نموده است.

۴ـ ۲ـ ۲ـ علم حاصل از طریق وسایل ارتباطی به صورت غیر قانونی

گفتیم که علم حاصل از امارات به دست آمده از راه غیر قـانونی، اعتبـاری نـدارد؛ ایـن امـارات گاهی منتج به علم بازرس یا قاضی می‌شود که وقتی پایه‌ی آن فرو ریخت، علم حاصـله نیـز نـابود می‌گردد. علم تحصیل یافته از طریـق شـنود، کنتـرل مکالمـات تلفنـی و ضـبط صـوت و تصـویر برداری به صورت غیر قانونی از مصـادیق علـم نـامعتبر می‌باشـد. برخـی از حقـوق دانـان نیـز بـه صراحت در این زمینه نوشته است که: «اطلاع دادستان از وقـوع جـرم بـه طـور غیـر قـانونی ماننـد کنترل غیر قانونی مکالمات تلفنی اشخاص، نمی‌تواند از جهـات قـانونی شـروع بـه تعقیـب تلقـی شود.» (بخشی‌زاده، ۱۳۹۵: ص۷۵). یعنی چنین گزارشاتی غیر قابل اعتنا بـوده و علـم حاصـل از آن نیز کاملا نـامعتبر اسـت. مـاده «۳۱» قـانون اساسـی در ایـن زمینـه مصـوب کـرده اسـت کـه: «محرمیت مکالمـات، مراسـلات و مخـابرات بـین مـتهم و وکیـل آن، ازهـر نـوع تعـرض مصـون مي‌باشد.» ماده «٦٩» قانون اجرائات جزایی نیز به هدف اجرای کردن این اصل مقـرر کـرده اسـت که: «عضو خارنوالي حق ندارد اوراق و اسنادي را که متهم به وکیل مدافع یا یك نفـر از اهـل خبـره به غرض استشاره مي‌سپارد یا مراسلاتي که بین اهل خبره و متهم در موضـوع رد و بـدل مي‌شـود را اخذ نماید.» مفـاد صـریح هـردو مـاده، بی‌اعتبـاری علـم حاصـل از طریـق تفتـیش غیـر قـانونی مکالمات، مراسلات و... می‌باشد.

در علم اصول ثابت شده است که مورد، مخصص نمی‌باشد؛ بنابراین، گرچند مـورد و موضـوع ماده فوق، اوراق و اسنادی رد و بدل شده میان وکیل و موکل است، امـا می‌تـوان حکمـی کلـی را از آن استنباط نموده و بگوییم که علم حاصل از تصویر برداری و ضبط صدا بـه صـورت غیـر قـانونی در همه جا نامعتبر می‌باشد. ماده «۳۷» قانون اساسی به صورت یک قاعده کلـی، مصـوب داشـته است که: «آزادی و محرمیت مراسلات و مخابرات اشخاص چه به صورت مکتوب باشـد وچـه بـه

وسیلهء تیلفون، تلگراف و وسایل دیگر، از تعرض مصون است. دولت حق تفتیش مراسلات و مخابرات اشخاص را ندارد، مگر مطابق به احکام قانون.» استثنای که در ذیل ماده یاد شده دیده می‌شود، مربوط به مسایل امنیتی کشور است که اگر مصالح عمومی و امنیت جامعه مقتضی تفتیش غیر قانونی این وسایل ارتباطی باشد، تفتیش آن‌ها کاملا قانونی تلقی شده و دلیل حاصل از آن‌ها نیز معتبر تلقی می‌گردد. بنابراین، علم قاضی حاصل از ادله حاصل از طرق غیر مشروع، حتی بر مبنای نظریه‌ی اعتبار نسبی نیز نمی‌تواند معتبر قلمداد گردد.

۴ـ ۳ـ اعتبار شهادت ناشی از طرق نامشروع

شهادت، در زمره ادله‌ای است که با دادرسی‌های شفاهی و حضوری و به طور کلی با سیستم اتهامی، تطابق و هماهنگی بیشتری دارد؛ به همین جهت، برخی از حقوق‌دانان باور دارند که امروزه باید شهادت را ملکه ادله نامید. شهادت، غالبا، در جوامع مذهبی یا در جوامعی که از پشتوانه‌های اخلاقی قوی برخوردار هستند، مورد استناد قرار می‌گیرد (ر، ک: شیخ‌نیا، ۱۳۷۵: ص۱۱۸). اعتبار شهادت در فقه و حقوق اسلامی، تابع شرایط در نظر گرفته شده برای شاهد است؛ یکی از شرایط لازم برای شاهد، داشتن اختیار می‌باشد؛ قانون‌گذار افغانستان نیز در ماده «۷۵» قانون اجرائات جزایی در این زمینه مقرر کرده است: «عضو خارنوالي مي‌تواند شهادت هر کسي که به رضاي خود به اداي شهادت حاضر مي‌شود را بشنود؛ در این صورت، مراتب در محضر تحقیق درج مي‌شود.» یعنی اگر شهود، با اکراه وادار به ادای شهادت شده باشند، شهادت‌شان ارزش استماع و استناد را ندارد.

بنابراین، قاضی باید اظهارات طبیعی و اختیاری شاهد را بدون هیچ‌گونه تلقینی، استماع نماید و مشروعیت تحصیل دلیل نیز می‌طلبد که به منظور صیانت از شأن و مقام قضا، ثارنوال از اغفال و تلقین شاهد خودداری نموده و از طرح سئوالات که باعث سردرگمی و اشتباه شاهد می‌گردد، خود داری نماید. احترام به حقوق افراد در پرتو رعایت اصل مشروعیت تحصیل دلیل نیز متقضی است که شاهد باید در کمال آرامش و اطمینان خاطر در مرجع قضایی حاضر شده و در کمال آزادی به ادای شهادت بپردازد و اصحاب دعوا به ویژه متهم، سئوالات خود را از او بپرسند.

شهادت باید صادقانه باشد و قبل از ادای شهادت، مجازات شهادت دروغ به شاهد تذکر داده

شود؛ استفاده از وعده، پیشنهاد، فشار، تهدید و... به منظور واداشتن دیگری به خودداری از ادای شهادت یا شهادت دروغ، در کد جزا، جرم انگاری شده است. به عنوان نمونه در بند «۱» ماده «۴۸۲» کد جزا مقرر شده است: «شخصی که در یك جرم به نفع یا ضرر متهم به دروغ شهادت اداء نماید، به حبس متوسط تا دو سال یا جزای نقدی از شصت هزار تا یکصد وبیست هزار افغانی، محکوم می‌گردد.» و در ماده «۴۸۳» همان قانون تصریح گردیده است: «شخصی که به منظور ادای شهادت دروغ، پول، مال یا منفعتی را طلب نماید یا بخشش یا وعده آن را بگیرد و یا قبول نماید، وی و شخصی که بخشش یا وعده را داده و یا در آن وساطت نموده، به جزای پیش بینی شده جرم رشوت یا شهادت دروغ هر یك که شدیدتر باشد، محکوم می‌گردد.» در نهایت در ماده «۴۸٤» همان قانون شهادت ندادن و تشویق به شهادت ندادن نیز جرم انگاری گردیده است: «اشخاص ذیل به عین جزای پیش بینی شده شهادت دروغ محکوم می‌گردند:

۱ـ شخصی که با اغواء یا سایر وسایل شاهد را به عدم ادای شهادت یا به ادای شهادت دروغ وادار نماید، گر چه به مقصد خود نرسد.

۲ـ شخصی که در اثر بخشش یا وعده از ادای شهادت امتناع ورزد.» این جرم‌انگاری، اثر بازدارندگی نسبی داشته و در راستای حمایت از اصل مشروعی تحصیل دلیل و صیانت از کرامت و شأن دادگستری انجام شده است. زیرا گاه، اشخاصی با اعمال فشار یا زور یا تهدید و یا تطمیع و یا وعده و وعید از کسانی که در جریان دادگاه اظهارات مؤثر در حکم را ابراز می‌نمایند، می‌خواهند که آن اظهارات در دادگاه بیان نکنند و یا تصدیق یا گواهی بر خلاف حقیقت ارائه نمایند. چون با تصدیق و یا اظهار مطابق با حقیقت، قاضی به حقیقت نزدیک می‌گردد؛ برای جلوگیری از این امر، این نوع از اعمال را قانون‌گذار به دلیل اینکه ممکن است مستند حکم قرار گیرد و قاضی را به اشتباه بیفکند، جرم محسوب داشته و برای مرتکبین چنین اعمالی مجازات تعیین نموده است. بنابراین، جرم‌انگاری شهادت کذب در حقوق کیفری افغانستان نشان‌دهنده‌ی اهمیت دلیل مشروع و صادقانه در فرایند دادرسی کیفری و جلوگیری از به اشتباه افکندن مقام قضایی است که خود پرتوی از احترام به اصل مشروعیت تحصیل دلیل می‌باشد. با توجه به مطالب فوق، می‌توان به این نتیجه دست یافت که شهادت حاصل از طرق نامشروع و غیر قانونی،

حتی بر اساس دیدگاه اعتبار نسبی نیز، معتبر تلقی گردد.

۴ـ ۴ـ اعتبار سوگند حاصل از طرق نامشروع

سوگند که یکی دیگر از ادله‌ی قانونی و شرعی می‌باشد نیز گاهی از طرق نامشروع و غیر قانونی به دست می‌آید؛ در اینجا اعتبار سوگند حاصل از اکراه و تهدید را بررسی می‌کنیم.

۴ـ ۴ـ ۱ـ سوگند با اکراه

فقهای اسلامی، شرط اعتبار قسم را نیز عدم اجبار و اکراه دانسته‌اند؛ صراحت کلام علامه حلی در این زمینه قابل تأمل و دقت است. ایشان فرموده است: «و لو حلف المجنون أو المکره أو السکران أو النائم أو الغافل أو المغمی علیه لم یعتدّ بها؛ اگر مجنون یا مکره یا مست یا خواب یا بی‌هوش، قسم بخورد، هیچ اعتباری نسبت به قسمی چنین اشخاصی تصور نمی‌شود.» (حلی (علامه)، ۱٤۱۳هـق/۳: ص٤٤٥). عبارت صاحب کشف اللثام نیز به همان صراحت است: «و لو حلف المجنون أو المکره علی الحلف أو غیر القاصد إلیه من السکران و النائم و الغافل و المغمی علیه لم یعتدّ بها کما لا عبرة بغیرها من ألفاظهم.» (فاضل هندی، ۱٤۱٦هـق/۱۰: ص۱۲۰؛ عاملی، ۱۰/۱٤۱۹: ص۱۰٦). زحیلی نیز در این زمینه به صراحت گفته است: «فلا تنعقد الیمین... من المکرَه لقوله صلّی الله علیه وسلم: «لیس علی مقهور یمین» ولقوله علیه السلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسیان و مااستکرهوا علیه» (زحیلی، بی‌تا/٤: ص۲٤٥۱). ماده «٥٥۱» قانون مدنی در تعریف اکراه مقرر کرده است: «اکراه عبارت است از مجبور گردانیدن شخص، بدون حق، به اجراي عملي که به آن رضایت ندارد خواه اکراه مادي یا معنوي باشد.» تعریف ماده مذکور از اکراه به حدی وسیع است که هر نوع اکراهی را شامل می‌گردد؛ به عبارت دیگر فشارهای روحی روانی نیز می‌تواند اکراه قلمداد شود. ماده «٥٥٤» همان قانون، اکراه را مذیل رضایت و اختیار دانسته و هر عمل حقوقی ناشی از آن را نا معتبر قلمداد کرده است: «اکراه تام رضا را از بین برده و اختیار را فاسد مي‌گرداند.» ماده «٥٥٥» همان قانون مقرر کرده است که: «تهدید به رسانیدن ضرر به والدین، همسر یا محارم شخص و یا تهدید به خطري که منافي حیثیت باشد، اکراه پنداشته شده، محکمه مي‌تواند با در نظر داشت حالات و کوایف، تهدید را

ارزیابي نماید.» بنابراین، اطلاق مواد فوق، سوگندی که از طریق اکراه، تهدید و سایر طرق نامشروع به دست آمده باشد را باطل و فاقد اعبار قانونی دانسته است.

۴ـ ۴ـ ۲ـ سوگند با تهدید

از آنجای که در فقه اسلامی، شرط صحت و اعتبار قسم، عدم و جود اکراه و اجبار ذکر شده است، سوگند حاصل از تهدید نیز نمی‌تواند مستند حکم قاضی قرار بگیرد. زیرا تهدید نیز نوعی از اکراه محسوب شده و سوگند ناشی از آن را بی‌اثر می‌گرداند. در استفتائاتی که از برخی مراجع معاصر در مورد شهادت ناشی از تهدید، پرسیده شده است، شهادت مذکور، در عدم حجیت، به اقرار ناشی از تهدید ملحق شده و حکماً مساوی قلمداد گردیده است (نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، سئوال ۹۰۴۳). به عنوان نمونه از مرحوم آیت‌الله بهجت پرسیده شده است که آیا اقرار یا شهادتی که از طرق غیر شرعی ـ مثلا با تهدید یا ایراد ضرب ـ اخذ می‌شود حجیت دارد؟ ایشان در جواب فرموده است که چنین ادله‌ی حجیت ندارد (همان). آیت‌الله مکارم نیز در پاسخ سئوال فوق نگاشته است: «بی‌شک اقراری معتبر است که بدون فشار و تهدید انجام گیرد.» (ر، ک: همان). بنابراین، سوگندی که از طریق تهدید به دست آمده باشد، بر اساس فتاوایی فوق و بر مبنای ماده «۵۵۱» قانون مدنی، از درجه‌ی اعتبار ساقط می‌باشد. بنابراین، می‌توان گفت که نظریه بطلان نسبی، مانند نظریه‌ی بطلان مطلق، ادله‌ی که از راه اختلال اراده حاصل شده باشد را باطل و بی‌اثر می‌داند و استناد به چنین ادله‌ی را مجاز نمی‌شمارد.

جمع بندی

تحقیق حاضر، پس از بررسی متون فقهی و حقوقی، به نتایج زیر دست یافته است:

در مورد اعتبار یا عدم اعتبار ادله‌ی به دست آمده از طرق نامشروع، دو دیدگاه بنیادین در فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق افغانستان شکل گرفته است.

۱ـ دیدگاه اول که متعلق به اکثر فقهای امامیه و قاطبه‌ی فقهای حنفی و حقوق افغانستان می‌باشد، ادله‌ی حاصل از طرق نامشروع و غیر قانونی را به صورت مطلق باطل می‌داند.

۲ـ نظریه‌ی دوم که به اقلیتی از فقهای امامیه می‌باشد، ادله‌ی به دست آمده از طرق نامشروع و غیر قانونی را در برخی موارد، معتبر می‌داند. دسته‌ی اخیر معتقدند که چنانچه اکراه، شکنجه و... اراده متهم را مخدوش نکند و شاهد و مقر از یک امر واقعی گزارش دهند، ادله‌ی حاصل از طرق نامشروع و غیر قانونی نیز می‌تواند معتبر قلمداد شده و مورد استناد قرار گیرد.

۳ـ بر مبنای نظریه اعتبار نسبیِ ادله حاصل از طرق نامشروع، مواردی را می‌توان پیدا کرد که دلیل حاصل از طرق نامشروع در آن موارد، معتبر قلمداد گردیده و قابل استناد قاضی معرفی شده است. بدین صورت که هرگاه اکراه، فریب و حیله، اراده‌ی مقر را دچار چالش نکند، می‌توان اقرار حاصل از طریق اکراه، فریب و حیله را نیز معتبر و قابل استناد دانست.

٤ـ علم قاضی که از طریق ورود بدون مجوز به اماکن خصوصی حاصل شده باشد یا از طریق کنترل بدون مجوز شرعی به دست آمده باشد، در صورت وجود مصلحت برتر می‌تواند معتبر قلمدا گردد.

۵ـ شهادت که از طریق نامشروع به دست آمده باشد، مانند اینکه دو نفر بدون مجوز و به صورت غیر شرعی و قانونی وارد منزل کسی شده و شاهد قتل زوجه توسط زوج باشد، به علت اینکه یک واقعیت خارجی و واقعی را بیان می‌کند، می‌تواند معتبر باشد.

٦ـ در مورد سوگند حاصل از طریق اکراه و تهدید، به علت اینکه اراده خورنده‌ی سوگند، صد در صد مخدوش می‌گردد، حتی بر مبنای نظریه‌ی بطلان نسبی نیز معتبر نبوده و قابل استناد نمی‌باشد.

پی نوشت

.....

[۱] .این فرمان، در روز بیست و چهارم آذر سال ۱۳۶۱شمسی، خطاب به قوه قضاییه و ارگان‌های اجرایی ایران صادر گردیده است. فرمان مذکور، در زمینه حقوق خصوصی، حقوق بشر و حقوق شهروندی در مقابل حکومت و قدرت، یکی از ارزنده ترین آثار امام خمینی (ره) است که به عنوان «منشور کرامت انسان» نام گذاری شده ودر تمامی موارد به محترم شمردن حقوق افراد و رعایت ضوابط قانونی در برخورد با حقوق شرعی ـ مدنی تأکید دارد.

[۲] ماده هفت فرمان مذکور، تبصره‌ای است بر ماده «٦» همان فرمان که مواردی را از آن قاعده کلی استثنا کرده و تحصیل دلیل از طریق نامشروع را در آن موارد مجاز دانسته است: «آنچه ذکر شد و ممنوع اعلام شد، در غیر مواردی است که در رابطه با توطئه‌ها و گروهکهای مخالف اسلام و نظام جمهوری اسلامی است که در خانه‌های امن و تیمی برای براندازی نظام جمهوری اسلامی و ترور شخصیتهای مجاهد و مردم بیگناه کوچه و بازار و برای نقشه‌های خرابکاری و افساد فی الأرض اجتماع می‌کنند و محارب خدا و رسول می‌باشند، که با آنان در هر نقطه که باشند، و همچنین در جمیع ارگان‌های دولتی و دستگاه‌های قضایی و دانشگاه‌ها و دانشکده‌ها و دیگر مراکز با قاطعیت و شدت عمل، ولی با احتیاط کامل باید عمل شود، لکن تحت ضوابط شرعیه و موافق دستور دادستانها و دادگاه‌ها، چرا که تعدی از حدود شرعیه حتی نسبت به آنان نیز جایز نیست، چنانچه مسامحه و سهل انگاری نیز نباید شود. و در عین حال مأمورین باید خارج از حدود مأموریت که آن هم منحصر است به محدوده سرکوبی آنان حسب ضوابط مقرره و جهات شرعیه، عملی انجام ندهند.» از عبارت « لکن تحت ضوابط شرعیه و موافق دستور دادستانها و دادگاه‌ها، چرا که تعدی از حدود شرعیه حتی نسبت به آنان نیز جایز نیست» نیز، نظریه بطلان مطلق دلیل تحصیل شده از طرق نامشروع، قابل استنباط می‌باشد. زیرا تأکید بر رعایت موازین شرعی و قانونی نسبت به تحصیل دلیل حتی در مورد گروهک‌های تروریستی، چیزی جز بی‌اعتباری ادله تحصیل شده از طرق غیر شرعی و قانونی را افاده نمی‌کند.

[۳] . «وتحريم التجسس والتفتيش يترتب عليه أن لا ينبغي لإنسان مثلاً أن يسترق السمع على دار غيره ليسمع صوت الغناء والأوتار، ولا أن يستنشق ليدرك رائحة الخمر والحشيش، وليس لإنسان أن يتحسس ملابس شخص ليعرف ما يخفيه تحتها، ولا ليدخل بيته ليعرف أي شيء يخفيه فيه، بل ليس له أن يستخبر من جيرانه ليخبروه بما يجري في داره؛ حرمت تجسس و تفتیش، علاوه بر حرمت تکلیفی، آثار وضعی نیز دارد؛ بنابراین، شایسته نیست که کسی، به وسیله‌ی استراق سمع به این نکته برسد که از منزل فلان شخص، صدای غنا و نواختن موسیقی پخش می‌شود؛ چنانکه بر کسی سزاوار نیست تا با بو کشیدن، علم حاصل کند که بوی خمر و حشیش از منزل فلان شخص استشمام می‌گردد. انسان نباید زیر لباس دیگران را نیز تفتیش نماید تا آنچه که او زیر لباس‌هایش

مخفی کرده است را کشف نماید. همانگونه که شایسته نیست انسان به منازل دیگران سرک کشیده و آنچه که آنان در منازلشان مخفی کرده است را آشکار نماید؛ حتی انسان حق ندارد با پرسش از همسایه‌های یک شخص، به امور که در منزل او می‌گذرد اطلاع حاصل نماید (عوده، بی‌تا/۱: ص۵۰۳ به بعد).

[٤] . این ماده، در مورد بازدیدهاي خانگی و بازرسی در چارچوب جرایم مشهود به منظور تحصیل دلیل مقرر می‌دارد: «به جز مواردي که از داخل خانه اعلام می‌شود یا استثناهاي پیش‌بینی شده در قانون، تفتیش و بازرسی از محل اقامت اشخاص، به جز در موارد مذکور، امکان پذیر نیست. عدم رعایت تشریفات مذکور داراي ضمانت اجراي بطلان می‌باشد».

[٥] . حق داشتن وکیل، باید پیش از شروع تحقیقات توسط ثارنوال به متهم ابلاغ و تفهیم گردیده و در برگه احضاریه قید و ابلاغ گردد؛ سلب حق داشتن وکیل یا عدم تفهیم این حق به متهم، موجب بی‌اعتباری تحقیقات خواهد شد.

[٦] . حتی در مواردی که حق با تحصیل کننده‌ی دلیل باشد.

[٧] . دلایل به دست آمده از طریق مجرمانه و غیر صادقانه نیز قابل استناد نبوده و باید رد شود.

[٨] . بر مبنای این ماده، عدم رعایت شیوه‌هاي قانونی در خصوص رهگیري خطوط ارتباطی، مراسلات و مکالمات میان متهم و وکلای قانونی آنان، رسیدگی را در معرض بطلان قرار می‌دهد. همچنین عدم رعایت ضوابط و مقررات قانونی در خصوص تفتیش بدنی، توقیف‌ها و بررسی هویت، بطلان قانونی تحقیقات را در پی دارد.

[٩] . یعنی هرگاه شرایط مواد مذکور رعایت نگردد، گزارش ضابط قضایی، ارزش استنادی نداشته و تحصیل دلیل نامشروع به حساب می‌آید و در نتیجه محکوم به بطلان می‌گردد.

[١٠] . یکی از فقهای معاصر امامیه نیز گفته است: «هرکس برای رسیدن به حق خودش که اطمینان به آن حق دارد، می‌تواند از راه‌های جایز و حلال برای اثباتش استفاده نماید و اگر از آن راه نتوانست، می‌تواند از راه‌های غیر مباح... استفاد کند و استفاده‌اش برای خودش جایز است» (صانعی، ١٣٨٤/١: ص٧٠).

[١١] . یعنی قانون‌گذار، به دلیل اهمیت موضوعیِ آن، با توسل به قوانین، حمایت قانونی از نحوه تحصیل دلیل، به عمل آورده است.

[١٢] . ادله‌ی اخباری در وجود اقرار، سوگند و شهادت خلاصه می‌شود؛ ویژگی ادله اخباری این است که قانون‌گذار معتبر بودن و نحوه‌ی اعتبار آن‌ها را بیان می‌کند. به عنوان مثال، تعداد شهود و شرایط آن‌ها را قانون‌گذار تبیین می‌کند؛ در مورد اقرار نیز، اقراری معتبر است که در محکمه و در حضور قاضی به انجام رسیده باشد. بنابراین، اعتبار ادله‌ی اخباری اعتباری بوده و می‌تواند در صحت آن شک نمود. اما رسالت ادله‌ی احرازی، بیان یک واقعیت خارجی است که نمی‌توان به صحت آن شک کرد. پیدا کردن محل دفن یک جنازه از طریق معاینه‌ی محل یا دوربین مداربسته، مصداق ادله احرازی است. قانون‌گذار افغانستان، ادله‌ی احرازی را زیر مجموعه طرقی

که منتج به علم قاضی می‌شود قرارداده و هر عملی که باعث کشف واقع گردد را جزء ادله احرازی قلمداد نموده است. بنابراین، معاینه محل، نظریات کارشناسان و امارات قضایی از جمله‌ی ادله‌ی احرازی می‌باشد. این قاعده عمومی در ماده «۲۷» قانون اجرائات جزایی، بدین صورت منعکس گردیده است: «هرگاه جرم مشهود جنایت یا جنحه باشد مأمور ضبط قضائي مكلف است شخصا به محل واقعه رفته و آثار واقعه را معاینه و حفظ نماید. وضع اماكن و اشخاص را و هر چيزي كه در كشف حقيقت مؤثر باشد را تثبيت نمايد و اظهارات كساني را كه در وقت واقعه حاضر بودند و يا اشخاصي كه اخذ توضيحات راجع به واقعه و يا مرتكب آن از نزدشان متصور باشد استماع نمايد. مأمور ضبط قضائي مكلف است رفتن خود را به محل واقعه هر چه زودتر به اطلاع خارنوالي برساند.» در ماده «٦٤» همان قانون نیز مقرر شده است: «عضو خارنوالي به مجرد اطلاع از جنايت مشهود مكلف است به صورت فوري به محل واقعه برود. عضو خارنوالي مي‌تواند به هر جايي كه خواسته باشد جهت تثبيت وضع اماكن و اشياء و اشخاص و شكل ضروري جرم و هر چيزي كه تثبيت وضع آن لازم باشد برود.» ماده «۸۷» همان قانون در مورد نظریه‌ی کارشناسان نیز مقرر کرده است: «عضو خارنوالي مي‌تواند در راه تثبيت حالت از طبيب و ديگر اهل خبره و اهل تخصص استفاده نمايد... اهل خبره به همه حال مي‌توانند وظيفه خود را در غياب طرفين دعوي انجام بدهند».

[۱۳] . زیرا هرگاه تحصیل ادله‌ی اخباری، شرایط مشخص شده در قانون را نداشته باشد، بی‌اعتبار تلقی می‌گردد. اما ادله‌ی احرازی، چنانچه بدون داشتن شرایط قانونی نیز به دست آمده باشد، معتبر قلمداد می‌شود.

۱۴ . ایشان در جای دیگر گفته است: «ظاهرا زدن متهم و تعزیر وی به مجرد ایراد اتهام، برای کشف و اطلاع از عملی که ممکن است از وی یا غیر از او سرزده باشد، یا برای پی بردن به حوادث، و وقایع خارجی، ظلم و تجاوز محسوب می‌گردد و این عمل با «وجدان عمومی» و قانون «سلطه مردم بر خود» و نیز «اصل برائت از تهمت‌ها تا زمانی که دلیلی برای ثبوت آنها ارائه نگشته» و نیز با روایاتی که بر تحریم زدن مردم و آزار آنان وارد شده، مخالفت دارد» (منتظری، ۱٤۰۹هق/۳، ص:۵۷۳).

۱۵ . گرچند این قاعده عمومی در مورد گروهک‌های تروریستی، باندهای تبهکار و مواردی که مصالح کلان کشور بستگی به اثبات جرم از طریق دام‌گستری و... داشته باشد، استثنا خورده است، اما این موارد قاعده عمومی نبوده و صرفا یک استثنا می‌باشد.

کتابنامه

قرآن کریم

الف: منابع فارسی

آشوری، محمد، **آیین دادرسی کیفری**، سمت، تهران، ۱۳۷۸، چاپ چهارم؛

بخشی‌زاده، اهری، **مجموعه قوانین دست نویس قانونی آیین دادرسی کیفری**، انتشارات شریف، تهران، ۱۳۹۵، چاپ پنجم؛

بهجت، محمد تقی، **استفتاءات**، دفتر حضرت آیة الله بهجت، قم، ۱٤۲۸هق، چاپ اول؛

حسینی، محمد حسین، **ولایت فقیه در حکومت اسلام**، مصحح: محسن سعیدیان و محمد حسین راجی، انتشارات علامه طباطبایی، مشهد، ۱٤۲۱هق، چاپ دوم؛

خزائی، منوچهر، **فرایند کیفری**، مجموعه مقالات، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۷، بی‌چا؛

خمینی، روح‌الله، **صحیفه امام**، مؤسسه نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران، ۱۳۷۸، بی‌چا؛

روحی، علی‌اکبر، **آیین دادرسی در اسلام**، نشرسایه، تهران، ۱۳۷٤، بی‌چا؛

زندی، محمدرضا، **تحقیقات مقدماتی در جرایم سایبری**، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۸۹، چاپ اول؛

شوشتری، سید محمد، **دیدگاه‌های نو در حقوق**، نشر میزان، تهران، ۱٤۲۷هق، چاپ دوم؛

شیخ‌نیا، امیرحسین، **ادله اثبات دعوی**، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۵، چاپ سوم؛

صانعی، یوسف، **استفتائات قضایی، کلیات قضا، جزائیات**، نشر میزان، تهران، ۱۳۸٤، چاپ دوم؛

گلدوزیان، ایرج، **ادله اثبات دعوا**، نشر میزان، تهران، ۱۳۸٤، چاپ دوم؛

معاونت آموزش و تحقیقات قوه‌ی قضائیه، **مجموعه‌ی آرای فقهی در امور کیفری** (کلیات حقوق جزا و آیین دادرسی)، مرکز تحقیقات فقهی، قم، ۱۳۸۲، چاپ دوم؛

منتظری، حسین علی، **استفتاءات مسائل ضمان**، بی‌نا، قم، بی‌تا، چاپ اول؛

ـــــــــــــ، **مبانی فقهی حکومت اسلامی**، مترجم: محمود صلواتی و ابو الفضل شکوری، مؤسسه کیهان، قم، ۱٤۰۹هق، چاپ اول؛

ـــــــــــــ، **حکومت دینی و حقوق انسان**، ارغوان دانش، قم، ۱٤۲۹هق، چاپ اول؛

ـــــــــــــ، **مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر**، ارغوان دانش، قم، ۱٤۲۹هق، چاپ اول؛

مهدی‌پور، کاظم، **آنچه لازم است ضابطان دادگستری بدانند**، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۵، چاپ اول؛
نرم‌افزار گنجینه‌ی **استفتائات قضایی**، سئوال شماره ۵۸۶۵، ۱۳۸۱/۵/۲۰.
وروائی، اکبر و دیگران، **حقوق متهم تحت نظر در نظام حقوق کیفری ایران**، انتشارات بهنامی، تهران، ۱۳۹۳، چاپ اول.

ب: منابع عربی

تبریزی، جواد، **أسس الحدود و التعزیرات**، دفتر مؤلف، قم،۱٤۱۷هق، چاپ اول؛
حر عاملی، محمد، **تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة**، مؤسسه آل البیت (ع)، قم، ۱٤۰۹هق، چاپ اول؛
حلّی، جمال الدین احمد، **المقتصر من شرح المختصر**، مجمع البحوث الإسلامیة، مشهد، ۱٤۱۰هق، چاپ اول؛
حلّی، جمال الدین احمد، **المهذب البارع في شرح المختصر النافع**، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱٤۰۷هـ ق، چاپ اول؛
حلی (علامه)، حسن، **تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة** (ط ـ الحدیثة)، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱٤۲۰هق، چاپ اول؛
ـــــــ، **قواعد الأحکام في معرفة الحلال و الحرام**، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱٤۱۳هق، چاپ اول؛
حلی (محقق)، نجم‌الدین جعفر، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱٤۰۸هق، چاپ دوم؛
ـــــــــــ، **المختصر النافع في فقه الإمامیة**، مؤسسة المطبوعات الدینیة، قم، ۱٤۱۸هق، چاپ؛
طوسی، محمد، **النهایة في‌مجرد الفقه و الفتاوی**، دار الکتاب العربي، بیروت، ۱٤۰۰هق، چاپ دوم؛
عاملی، سید جواد، **مفتاح الکرامة في‌شرح قواعد العلاّمة** (ط ـ الحدیثة)، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱٤۱۹هق، چاپ اول؛
عاملی (شهید اول)، محمد، **اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیة**، دار التراث، الدار الإسلامیة، بیروت، ۱٤۱۰هـ ق، چاپ اول؛
عوده، عبدالقادر، **التشریع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي**، دار الکاتب العربي، بیروت، بی‌تا، بی‌چا؛
فاضل آبی، حسن، **کشف الرموز في شرح مختصر النافع**، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱٤۱۷هق، چاپ سوم؛
فاضل هندی، محمد، **کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام**، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱٤۱٦هق، چاپ اول؛

الکاسانی الحنفی، علاءالدین، **بدائع الصنائع في ترتیب الشرائع**، دارالکتب العلمیه، بی‌جا، ١٤٠٦هـق، چاپ دوم؛
کلینی، محمد، **الکافي**(ط ـ الإسلامیة)، دار الکتب الإسلامیة، ١٤٠٧هق، چاپ چهارم؛
مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، **السرقة علی ضوء القرآن و السنة**، انتشارات کتابخانه و چاپخانه آیة الله مرعشی نجفی، قم، ١٤٢٤هق، چاپ اول؛
مغربی، نعمان، **دعائم الإسلام**، مؤسسه آل البیت (ع)، قم، ١٣٨٥هق، چاپ دوم؛
نوری، میرزا حسین، **مستدرك الوسائل و مستنبط المسائل**، مؤسسه آل البیت (ع)، بیروت، ١٤٠٨هق، چاپ اول.

ج: مجلات

تدین، عباس، **نظریه بطلان دلیل در فرآیند دادرسی کیفری با تأکید بر حقوق فرانسه**، پیش شماره مجله تحقیقات حقوقی آزاد، بهار و تابستان ١٣٨٧، شماره٣، (از صفحه ٧٤ تا ٩٦)؛
حشمتی، ابوالفضل، **تحصیل دلیل از طرق نامشروع**، مجله جستارهای فقه و حقوق، سال اول، شماره٢، پاییز ١٣٩٣، (از صفحه ٧٨ ـ ٦٧)؛
سلیمی، محمد، تحصیل **دلیل در حقوق امامیه و حقوق فرانسه**، مبانی فقهی حقوق اسلامی، شماره پانزدهم، بهار و زمستان ١٣٩٤، (از صفحه ٣٠ ـ ٩)، ص١٥؛
صادقی، محمدهادی، **بزه‌پوشی**، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، پاییز و زمستان: ١٣٧٨، شماره ٢٩ ـ ٢٨، (از صفحه ١٦١ ـ ١٩٢)؛
فرخشه، علی، **تحصیل دلیل در حقوق کیفری**، ماهنامه دادرسی، مرداد و شهریور ١٣٨٥، سال دهم، شماره٥٧، (از صفحه ٥٣ ـ ٤٨)؛
گلدوزیان، ایرج، **دلیل باطل و آثار آن در سیستم‌های حقوقی مختلف**، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، شماره سال ١٣٧٠، شماره٢٦، (از صفحه ٦٦ ـ ٣١).

د: قوانین

قانون اجرائات جزایی، مصوب سال «١٣٤٤»؛
قانون مدنی، مصوب سال «١٣٥٥»؛
قانونی اساسی، مصوب سال «١٣٨٢»؛
کد جزا، مصوب سال «١٣٩٦».