



فرهنگستان علوم  
جمهوری اسلامی ایران

# مردی از تاریخ رساند و فضیلت

مجموعه مقالات

بمناسبت بزرگداشت مقام علمی

دکتر سید مصطفی محقق داماد

نیز نظر دکتر رضا داور کار دکانی

تهییه و تنظیم: مهندس سیدعلی پژشکی

با همکاری: بهاره بزرگر

صفحه آرایی: سعید سعیدی شفیق

چاپ و نظارت چاپ: مجید میرابزاده

چاپ اول: زمستان ۱۳۹۵، تیرا؛ ۵۰۰ نسخه

حقوق چاپ و نشر برای «فرهنگستان علوم» محفوظ است

تلفن: ۸۸۶۴۵۵۸۲ / دورنگار: ۸۸۶۵۶۳۲۵

[President.office@ias.ac.ir](mailto:President.office@ias.ac.ir) / [www.ias.ac.ir](http://www.ias.ac.ir)

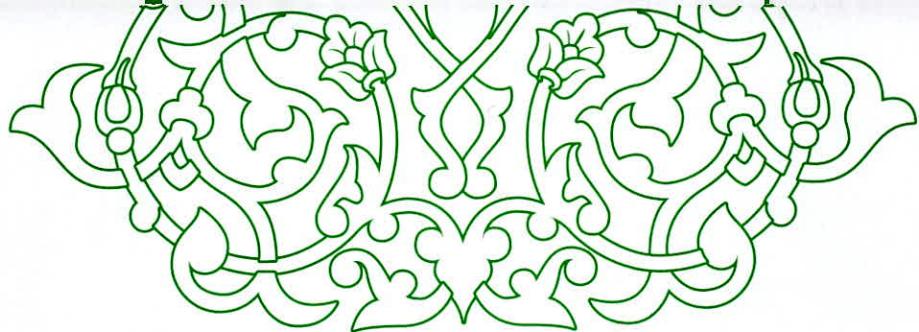
تهران، بزرگراه شهید حقانی

خروجی فرهنگستان‌های جمهوری اسلامی ایران و کتابخانه ملی

فرهنگستان علوم، طبقه دوم، دفتر ریاست

«مسئولیت محتوای مقالات با نویسنده‌گان است»





# فضیلت حسن و مردمی از تبار

مجموعه مقالات

بر مناسبت بزرگداشت مقام علمی دانشمند فرهنگیه

دکتر سید مصطفی محقق داماد



The Academy of Sciences  
Islamic Republic of Iran





## فرض برائت: چشم‌اندازی اسلامی

دکتر رحیم نوبهار<sup>۱</sup>

این مقاله را به استاد آیت‌الله دکتر سید مصطفی محقق داماد تقدیم می‌کنم. احیاء عدالت قضایی اسلام و نشان دادن چهره‌ای رحمانی و انسانی از نظام قضایی اسلام از جمله دغدغه‌های استاد محقق داماد بوده است. این را نوشه‌های علمی او در این باره می‌گوید. استاد محقق به‌ویژه اصرار دارد که اکنون که در ایران نظام قضایی از قرن‌ها در اختیار روحانیت شیعی قرار گرفته است، این نظام باید در عمل ترجمان عدالت و کانون اعتماد عدالت خواهان باشد. من با رها خود دیده‌ام که او با حس اصلاح، پیدا و پنهان به واگویی نقایص و کاستی‌های دستگاه قضایی به‌ویژه درباره حقوق متهمان و محکومان و رعایت فرض برائت و لوازم آن پرداخته است. نامه تاریخی ایشان در مرداد ۱۳۸۸ به ریاست وقت قوه قضائیه حضرت آیت‌الله سید محمد هاشمی شاهرودی تنها یکی از نشانه‌های این درک و رویکرد است.

### چکیده

این مقاله با اشاره به مفهوم و جایگاه فرض برائت در نظام قضایی اسلام و تفاوت آن با گونه‌های دیگر برائت، مبانی انسان‌شناختی، اجتماعی و سیاسی فرض برائت و ادلۀ آن

۱- دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

رامطالعه نموده است. مقاله ضمن تبیین دامنه کاربست فرض برائت نشان داده است که فقیهان از دیربازنہ تنها به برائت حکمی یا قاعده قبح عقاب بلابیان در موارد شک در حکم یا موضوع، بلکه به فرض برائت به معنای فرض بیگناهی انسان تازمانی که مراتب بزهکاری اور در جریان محاکمه آشکار شود، اذعان نموده و آن رادر جای جای مباحث جزایی و موارد شک در مجرمیت و دوران امر میان وصف مجرمانه اخف واشد به کار بسته‌اند. مقاله با ذکر گوشه‌ای از موارد استناد فقیهان به فرض برائت در مباحث حدود، تعزیرات، قصاص و دیات به پاره‌ای از ابهام‌ها در کاربست این فرض و تقدم آن بر اصولی همچون استصحاب پرداخته است.

**وازگان کلیدی:** فرض برائت، فقه، نظام قضایی اسلام، اثبات دعوای جزایی

### مقدمه

در دستگاه اندیشه اصول و فقه اسلامی برائت عنوانی است که دست‌کم دو گونه برائت را پوشش می‌دهد: نخست برائت حکمی است که به موجب آن هنگام شک در تکلیف الزامی - خواه تکلیف از نوع وجوب باشد یا حرمت - و خواه شک ناشی از خود حکم باشد یا موضوع، بنا بر برائت و رهایی از تکلیف و مؤاخذه نهاده می‌شود. از این گونه برائت گاه با عنوان قاعده قبح عقاب بلابیان هم یاد می‌شود. هرگاه این برائت به ادله عقلی مانند قبح ظلم مستند شود، برائت عقلی خوانده می‌شود؛ و آن گاه که به ادله نقلی مانند: «وما کنا معدیین حتی نبعث رسولًا»<sup>۱</sup> مستند شود، برائت نقلی قلمداد می‌شود. با آن‌که بسته به این که مستند برائت را عقل بدانیم یا نقل، تفاوت‌هایی در برخی از احکام جزیی مربوط به برائت پدیدار می‌شود، اما این به معنای آن نیست که دو برائت داریم. ادله نقلی برائت، همان حکم عقل به برائت را تقویت و تأکید می‌کنند. با این حال برائت بدین معنی به رغم برخورداری از ادله استوار عقلی و نقلی به لحاظ موارد کاربست، مورد نزاع و اختلاف اخباریان و اصولیان قرار گرفته است. آنها در دامنه کاربست این اصل همداستان نیستند. ارج و منزلت برائت حکمی از آن روی است که بنا بر آزادی انسان که مقتضای وضع طبیعی است می‌گذارد و اثبات حالت عهده‌داری و مسئولیت را بر دلایل استوار متوقف می‌نماید. پس انسان حتی در پیشگاه ذات باری تعالی که ولی نعمت‌های بی‌شمار

اوست نیز آزاد است، چه رسید در برابر نهادهای قانونگذاری بشری و عادی که توسط خود شهروندان و با رأی آنان شکل گرفته است.

اما گونه دیگر برائت، فرض بی‌گناهی انسان است تا زمانی که مراتب بزه‌کاری او در دادگاهی صالح به اثبات نرسیده باشد. این دو برائت به رغم همسویی، یکی نیستند و محتوای آن دو متفاوت است. گاه گفته می‌شود آنچه در اصول فقه و فقه اسلامی بیشتر رایج است و مجتهدان بدان پرداخته‌اند، همان برائت نوع اول است؛ اما برائت به معنای دوم ریشه‌ای غربی دارد. این نوشتار نشان می‌دهد که برائت به معنای دوم یا همان فرض بی‌گناهی دارای مبانی اسلامی بسیار روشنی است و فقیهان از دیرباز به مضمون آن در لابالی مباحث فقهی پرداخته‌اند. فرض برائت به دلیل برخورداری از دلایل استوار خاص خود در جای فقه به مناسبت مورد استناد قرار گرفته است. هم از این روی استادان حقوق کیفری پذیرش برائت را ازویژگی‌های نظام رسیدگی اتهامی اسلامی برشمرده‌اند.<sup>۱</sup> مقاله حاضر نخست مبانی و ادلله فرض برائت را مرور می‌کند. آنگاه آثار فرض برائت را تبیین می‌نماید. سپس امکان یا عدم امکان جابجایی فرض برائت و در واقع فرض بزه‌کاری متهم در موارد استثنایی را به بحث می‌گذارد و سرانجام به ذکر مواردی از استناد فقیهان به فرض برائت در مباحث گوناگون کیفری می‌پردازد.

## ۱. مبانی فرض برائت

فرض برائت در دیدگاه اسلامی مبانی انسانی، اجتماعی و سیاسی خود را دارد. از چشم‌انداز انسانی، اسلام به امنیت و نقش مهم آن در سعادت فردی و اجتماعی بشرها می‌دهد. امنیت در تلقی اسلامی از دستگاه ارزش‌ها شأن والا يسی دارد. از نامهای خداوند متعالی، یکی مؤمن<sup>۲</sup> به معنای امنیت بخش به انسان‌ها بلکه به تمام نظام هستی است. از اوصاف ذات مقدس پروردگار آن است که انسان را از ترس و هراس ایمان سازد.<sup>۳</sup> خداوند متعال هنگام توصیف شهرآرمانی و مطلوب خویش برخورداری از امنیت و آرامش شهروندان را از ارکان و عناصر اصلی آن می‌داند.<sup>۴</sup> بی‌گمان مقصود از امنیتی که در آیات پرشمار دیگر برآن

۱- نک: آشوری، محمد، آیین دارسی کیفری، ج ۱، ص ۲۶، سمت، تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۶ ش.

۲- هواه اللہ الذی لا إلہ الا هو الملک القدوس السلام المؤمن [حضر] (۵۹: ۲۳)

۳- الذى أطعهم من جوع وآمنهم من خوف [قریش] (۴: ۱۰۶)

۴- و ضرب اللہ مثلاً قریبٍ كَانَتْ أَنْتَ مُطْمِئِنٌ بِإِيمَانِ رَزْقَهَا مِنْ كُلِّ مَكَانٍ فَكَفَرْتَ بِأَنْعَمِ اللَّهِ فَأَذَاقَهَا اللَّهُ لِبَاسَ الْجُوعِ وَالْخُوفِ بِمَا كَانُوا يَصْنَعُونَ. [تحل] (۱۶: ۱۱۲)

تأکید شده است تنها امنیت مادی و فیزیکی نیست. امنیت روحی و آرامش درونی -که چه بس اوازه «مطمئنه» در آیه ۱۱۲ سوره نحل بدان اشاره دارد- نیازان نمونه های روشن امنیت است. بیگمان امنیت قضایی و اینمی از اتهامات واهی و بی اساس و بزه کار و گناه کار شناخته نشدن به صرف توجه اتهام از نمونه های روشن امنیت است. محور امنیت حفظ جان و حیات انسان است و امیر المؤمنین علی (ع) از جمله اقدامات و پیامدهای رسالت پیامبر(ص) را حفظ جان آدمیان برشمرده است.<sup>۱</sup>

از چشم انداز انسانی دیگری فرض برآیند براین اندیشه انسان شناختی استوار است که انسان پاک و مطهر و بیگناه متولد می شود و ذاتاً این توانایی و قابلیت را دارد که راه کمال و طهارت را بپوید. سرشتی که انسان بر آن آفریده شده است سرشت پاکی و پاک نهادی و خداجویی است.<sup>۲</sup> آیات نکوهش انسان<sup>۳</sup> بیگمان ناظراست به واقعیت های بیرونی و عالم خارجی و این که در عمل بسیاری از آدمیان از ظرفیت پاک نهادی و فرشته خویی خود بهره نبرده اند. به همین ترتیب هرگاه ظاهر متنی از متون مقدس برشقاوت ذاتی برخی انسان ها دلالت کند برفرض صحبت صدور حتماً باید آن را تفسیر و تأویل کرد؛ چه آن ها مخالف انبویی از نصوص و متون دینی اند که انسان را پاک و مطهر قلمداد می کند. این گفته که هر مولودی بر فطرت پاک متولد می شود از پیامبر(ص) و اهل بیت (ع) نقل شده است.<sup>۴</sup> انسان هم پاک نهاد است و هم آزاد تراه کمال و خیر را بیماید؛ اگر درست است، نقلی بر شقاوت ذاتی انسان دلالت کند یا باید آن را به دلیل مخالفتش با کتاب و سنت رد نمود یا تأویل کرد. حتی بنابراین که ابوالبشر آدم(ع) مرتکب گناهی شده باشد معنا ندارد که گناه او ملازم و همراه فرزندانش باشد. گناه و عصیان امری شخصی و متوقف بر اراده و اختیار است و معقول نیست که از شخصی به شخص دیگر سرایت نماید.

حتی خوانش هایی از «گناه نخستین»<sup>۵</sup> در نظریه مسیحیت که گناه نخستین آدم(ع) را ملزم با انسان می داند یا انسان را در موقعیت گناه فرض می کند با اندیشه فرض برآیند

۱- بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان (شیخ مفید)، الارشاد، ج ۱، ص ۲۴۲، مؤسسه آل البيت(ع)، چاپ دوم، ۱۴۱۶ق.

۲- فاقم وجهک للدين حنيفاً فطرة الله التي فطر الناس عليها [روم: ۳۰].

۳- مانند: إن الإنسان خلق هلوعاً إذا مسه الشر جزوعاً وإذا مسه الخير منوعاً. [معارج: ۷۰: ۱۹-۲۱].

۴- مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، ۳، ص ۳، مؤسسه الوفاء، بيروت، چاپ دوم، ۱۴۰۳ق.

۵- برای ملاحظه توضیحاتی در این باره نک: ملایوسفی، مجید و داؤد معماری، گناه نخستین از دیدگاه اسلام و مسیحیت، مجله ادیان و عرفان، شماره ۴۴، پاییزو زمستان ۱۳۹۰، صص ۱۵۱-۱۲۶.

ناسازگار به نظر نمی‌رسد؛ شاید از جمله از آن روی که سطح ولایه گناه معنوی و گناه دنیوی یعنی تخلف از نظامات اجتماعی و بشری با هم متفاوت‌اند. شاهد این‌که فرض برائت در همه فرهنگ‌ها و نظام‌های حقوقی اثربخشی از مسیحیت مورد قبول قرار گرفته است.

از چشم‌اندازی اجتماعی عدم پایبندی به فرض برائت و لوازم و بازتاب‌های فرض برائت به اختلال نظام اجتماعی می‌انجامد. از جمله دلایلی که متکلمان اسلامی برلزوم بعثت و پیامبری اقامه کرده‌اند حفظ نظام اجتماعی معیشت انسان است.<sup>۱</sup> برهمنی پایه آنچه که مایه قوام نظام اجتماعی زندگی انسان باشد لازم و آنچه سبب اختلال آن گردد حرام است. هرگاه بنا باشد افراد به صرف اتهام، مجرم و گناهکار قلمداد شوند شیرازه جامعه و حیات اجتماعی گستته می‌شود. بی‌گمان حکمت شارع مقدس حکیم می‌طلبد که این باب شرو بدی بسته شود.

از چشم‌اندازی سیاسی، حکمت ایجاد می‌کند که شارع حکیم از فرد که اصولاً فرودست است - در برابر دولت - که اصولاً فرادست است - حمایت کند. انسان بدون حمایت فرض برائت در معرض خطر شدید اتهام‌های دولت است. حکومت و دولت در هر حال قوی تراز فرد است. لزوم موازن و تعادل میان امکانات و توانایی‌های فرد و دولت ایجاد می‌کند که فرض برائت تأسیس شود.

این مبانی چنان‌که پیداست فرض برائت را تنها در مرحله دادرسی اثبات نمی‌کند؛ بلکه بیانگر لزوم پایبندی بدان در همه مراحل رسیدگی قضایی، اداری و حتی فراتراز آن در سطح امر ذهنی و فرهنگی است. اسلام برپایه بنیادهای پیش‌گفته از سوء‌ظن به دیگران نهی می‌کند<sup>۲</sup> و توصیه می‌نماید تا آدمیان به دیده درستی و پاکی نظر کنند و جذر زمانه‌ای که شرو بدی غالب شده است رفتارهای یکدیگر را بدرستی و نیکویی حمل کنند.<sup>۳</sup> پیداست که این آموزه اسلامی نقش مهم در پایبندی عملی به فرض برائت و کاهش پرونده‌های جنایی دارد.

۱- نک: حلی، حسن بن یوسف، *کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد*، ص ۴۶۹، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ چهاردهم، ۱۴۳۳.

۲- یا ایها الذین آمنوا اجتنبوا كثیراً من الظن. [الحجرات: ۴۹].

۳- إِذَا إِسْتَوَى الصَّالِحُ عَلَى الرَّمَانِ وَأَهْلِهِ ثُمَّ أَتَاهُ رَجُلٌ الظُّنْ بِرِجْلٍ لَمْ يَنْظُهُ مِنْهُ خَوْبَةٌ فَقَدْ ظَلَمَ، وَإِذَا إِسْتَوَى الْفَسَادُ عَلَى الرَّمَانِ وَأَهْلِهِ فَأَحْسَنَ رَجُلٌ الظُّنْ بِرِجْلٍ فَقَدْ غَرَّ. (موسوی، سید محمد‌الرضی (سید‌رضی)، *نهج البلاغه*، حکمت، ص ۶۷۶، تحقیق: صبحی الصالح، چاپ اول، قم، دارالاosoه، ۱۴۱۵ق).

## ۲- ادله فرض برائت

فرض برائت جدا از ریشه‌های تاریخی آن، در فرهنگ‌ها و تمدن‌های مختلف از جمله تمدن غربی، اصل اسلامی کاملاً شناخته شده‌ای است: فقیهان و محققان اسلامی از تمام مدارس و مذاهب اسلامی از دیرباز از سطح اجتماعی و سیاسی گرفته تا سطح آموزه‌های فقهی بدان استناد نموده‌اند.

### ۱-۲- قرآن مجید

دلیل فرض برائت از قرآن مجید انبوھی از آیاتی است که به ظن ارزش معرفت‌شناختی نمی‌دهد. قرآن می‌فرماید: [إِنَّ الظُّنُونَ لَا يَغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا] از سوی دیگرانسان را از پیروی از جز علم باز داشته، می‌فرماید: [وَلَا تَقْفَ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفَؤَادُ كُلُّ أُولَئِكَ كَانُوا عَنِ الْمَسْأَلَةِ لَا يَعْلَمُونَ].<sup>۱</sup> قرآن می‌فرماید: هر کس خطایی کند یا گناهی نماید آن گاه خود بی‌گناهی را بدان متهم نماید، مرتکب بهتان و گناهی آشکار شده است.<sup>۲</sup> پیداست که این آیه تنها کسانی را که گناهانی که خود مرتکب شده‌اند به دیگران نسبت می‌دهند، سرزنش نمی‌نماید؛ بلکه نسبت دادن گناه به بی‌گناهی به طور کلی نکوهیده است؛ خواه انسان خود آن را انجام دهد و آن را به دیگری نسبت دهد، یا تنها گناهی را به بی‌گناهی نسبت دهد.

### ۲-۲- سنت

#### ۱-۲-۱- نکوهش رفتار با دیگران برپایه سوء‌ظن

انبوھی از متون دینی رفتار با دیگران برپایه بدگمانی و بوبیزه کیفرکردن مردم برپایه ظن و گمان رانکوهش می‌کند. امام علی(ع) در پاسخ به این عباس که ازا خواست بنیان‌گذاران جنگ ناعادلانه جمل را بگیرد و حبس نماید، فرمود:

«ای فرزند عباس! آیا مرا فرمان می‌دهی تا با ظلم شروع کنم و پیش از نیکی با بدی آغاز کنم و برپایه بدگمانی واتهام مجازات کنم، و کسی را پیش از آن که مرتکب خطایی شده باشد مؤاخذه کنم؛ هرگز به خداوند سوگند! من از رفتار به عدالت و سخن گفتن

متین واستوار که خداوند آن را با من عهد کرده است، عدول نخواهم کرد. من به آنان اذن دادم در حالی که به قصد آنان آگاه بودم.<sup>۱</sup>

همچنین هنگامی که عبدالله بن قعین یا فقیم از امیرالمؤمنین علی(ع) خواست تا خریت بن راشد را که با وجود بیعت کردن با آن حضرت برآن بود تا پس از قضیه تحکیم در صفین، بیعت شکنی نماید حبس نموده و بروی سخت بگیرد، آن حضرت فرمود: «اگر ما با هر کسی که او را متهمن می‌سازیم چنین رفتار کنیم، باید زندان‌ها را از آن‌ها پر کنیم. من نمی‌توانم به مردم تعرض کنم و آنان را زندان و سیاست کنم، جزاین که آشکارا و عملاً به مخالفت پرداخته باشند.»<sup>۲</sup>

به گزارش ابن قتیبہ دینوری از جمله مواردی که امام حسین(ع) در نامه خود به معاویه یادآور شده و فرزند ابوسفیان را به علت آن نکوهش کرده این است که: «خداوند منش تورا که مردم را برقایه گمان دستگیری کنی و اولیای او را برقایه تهمت می‌کشی فراموش نخواهد کرد.»<sup>۳</sup>

در خبر حمران از امام صادق(ع) هم در شمار نشانه‌ها و پدیده‌های نامطلوب آخرالزمان آمده است که:

«و خواهی دید که انسان‌ها بر قایه تهمت و سوء ظن به قتل می‌رسند.»<sup>۴</sup>

## ۲-۲-۲- قاعده بینه

به موجب حدیث معروفی از پیامبر(ص) در هرگونه دعوایی، باراثبات بر عهده مدعا است و منکر تنها سوگندی بر نفی ادعای منکریاد می‌کند.<sup>۵</sup> این قاعده که افزون بر دلایل نقلی، دلایل استواری از جمله بنا و روش عقل‌الهیم برآن گواهی می‌دهد، از قواعد اثبات دعوا در سیستم رسیدگی اسلامی است.<sup>۶</sup> با آن که فقیهان اغلب قاعده را در شمار قواعد

۱- یا ابن عباس آتمرنی آن ابدأ بالظلم وبالسيئه قبل الحسنة، وأعاقب على الظنة والتهمه وآخذ بالفعل قبل كونه؟  
کلاماً والله لا أعدلت عمماً أخذ الله على من الحكم بالعدل ولا القول بالفصل. یا ابن عباس! إنني أذنت لهم وأعرف ما يكون منهاهما. (بغدادی، محمد بن محمد بن النعمان (شیخ مفید)، الجمل، ص ۱۶۷، مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی، تحقیق: علی میرشریفی، قم، ۱۳۷۱ ش).

۲- ثقیل بغدادی، ابراهیم بن محمد، الغارات، ج ۱، ص ۳۳۵، انتجم آثار ملی، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۵ ق.

۳- دینوری، ابن قتیبہ، الامامه والسياسه، ج ۱، ص ۲۰۳، نشر الشریف الرضی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ ق.

۴- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، ج ۸، ص ۳۹، دارالکتب الاسلامی، تهران، چاپ ششم، ۱۳۸۷ ش.

۵- همان، ج ۷، ص ۴۱۵.

۶- نک: بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، ج ۳، ص ۴، اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۳۷۱ ش.

مدنی آورده‌اند، ولی به رغم تفاوت‌های میان دعوای کیفری و مدنی شک نیست که مضمون و محتوای کلی قاعده بینه دعوای جزایی را هم شامل است. این البته به معنای آن نیست که نظام ادله اثبات در دعوای کیفری و مدنی یکسان است.

### ۳-۲-۲- ادله قاعده درء

قاعده درء در فقه اسلامی قاعده‌ای بسیار شناخته شده است.<sup>۱</sup> به موجب این قاعده در فرض وجود شک معقول، مجازات اجرانمی شود. حتی در جرایم و اتهامات حق‌الله‌ی، معقول و متعارف بودن شبهه هم چندان شرط نیست. بلکه قاصی در حق جرایم حق الله می‌تواند خود شبهاتی مانند توبه رامطرح کند و بدان دامن بزند. برایه روایتی که در منابع امامیه از پیامبر(ص) نقل شده آن حضرت فرموده‌اند:

﴿إِذْرُوا الْحَدُودُ وَبِالشَّبَهَاتِ﴾

برابر این قاعده حکم به مجرمیت متهم باید مستند به یقین و قطع قضایی باشد. این به معنای آن است که تا دلیل قاطعی بر مجرمیت متهم گواهی ندهد، فرض را باید بر بی‌گناهی او گذاشت. گاه البته فرض برائت، اصل قلمداد می‌شود و قاعده درء از نتایج فرض برائت به شمار می‌آید.<sup>۲</sup> به همین ترتیب با توجه به این که در برخی از نقل‌های حدیث درء در منابع اهل سنت از پیامبر(ص) آمده است که:

«إِنَّ الْإِمَامَ أَن يَخْطُلَ فِي الْعَفْوِ كُلِّهِ مِنْ أَن يَخْطُلَ فِي الْعَقُوبَةِ»<sup>۳</sup>

«اگر امام در عفو کردن خطأ کند بهتر است تادر مجازات اشتباه کند.»

از قاعده دیگری به نام قاعده تقدم اشتباه در عفو بر اشتباه در مجازات یاد می‌شود. به همین ترتیب فقیهان پیوسته تأکید می‌کنند که: «إن مبنى الحدود على التخفيف» : «مبانی حدود بر تخفیف و آسان‌گیری است». براین مطلب البته در باب حدود حق

۱- برای نمونه نک: محقق داماد، سید‌مصطفی، قواعد فقه، بخش جزائی، قاعده درء، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ هفدهم، ۱۳۸۹؛ ربایی، محمد‌حسن، قاعده‌الدرء، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۸ق، قم.

۲- الصدقوق، محمد بن علی بن الحسین، من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص ۷۲، شماره ۵۱۴۶۰، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۴ق.

۳- نک: احمد عبدالله، مجید‌حضر، افتراض براءه المتهم، مجله جامعه تکریت للعلوم الإنسانية، مجلد ۱۴، شماره نهم، ۲۰۰۷، صص ۴۲۱-۴۷۹.

۴- ترمذی، محمد بن عیسی، جامع الترمذی، ص ۳۴۵، حدیث ۱۴۲۴، دارالسلام، ریاض، چاپ اول، ۱۴۲۰ق.

الله تأکید بیشتری شده است.<sup>۱</sup> این قواعد خواه بیان و عبارتی دیگر از مضمون قاعده درء باشند یا با آن متفاوت باشند، در هر حال به نوعی فرض برائت ولزوم سختگیری در اثبات مجرمیت متهم را یادآور می‌شوند. هرچند پیداست که بویژه مفاد قاعده مبتنی بودن حد بر تخفیف اعم از فرض برائت است.

#### ۴-۲-۲- دشواری یا عدم امکان اثبات ترک فعل بی‌گناهی

اگر فرض برائت معتبر نباشد باید از متهم خواست تابی‌گناهی و موضع سلبی خود را اثبات کند. اثبات بی‌گناهی و ترک فعل یا غیرممکن یا بسیار دشوار است. از حکمت شارع مقدس که سرچشمۀ خرد و خردمندی است بسی به دور است که نظام اثبات قضایی را این گونه طراحی کند؛ زیرا نتیجه عدم شناسایی فرض برائت آن است که متهم خود را از اثبات بی‌گناهی اش ناتوان ببیند و در نتیجه به جرم ناکرده اعتراف کند؛ این در حالی است که واگذاری بار اثبات به عهده کسی که مدعی ارتکاب رفتاری وجودی از متهم است آسان تر و معقول است. در برخی روایات به این نکته اشاره شده است. در خبر محمد پرسنن از امام رضا(ع) درباره خلاف اصل بودن قسامه و اثبات قتل با سوگند مدعیان آمده است که:

«علت این که در تمام دعاوی جزدعوای قتل بینه بر عهده مدعی و یمین بر عهده مدعی علیه است آن است که مدعی علیه منکراست و اقامه بینه بر انکار و امر مجہول ناممکن است.<sup>۲</sup>

#### ۵-۲-۲- استصحاب حال بی‌گناهی و بزه ناکردگی

قاعده استصحاب و عدم جواز عدول از یقین به صرف شک از قواعد و اصول اسلامی است. مذاهب گوناگون اسلامی به رغم اختلاف در دامنه کاربست استصحاب آن را معتبر می‌دانند. با توجه به این که حالت سابق و پیشینی در هر انسانی بی‌گناهی است در فرض شک در گناهکاری و بزهکاری او علی القاعده باید بنا بر بی‌گناهی او گذشت. استصحاب بی‌گناهی را می‌توان به دو گونه عدم ازلی یا عدم وصفی جاری کرد.

۱- تنها برای نمونه نک: نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۴۱، ص ۱۵۷، ۲۱۹، ۱۹۲، ۱۹۰، ۳۰۶، ۳۰۱، ۲۷۶، ۳۳۹، ۳۶۸ و ۴۰۵، ۴۱۰، دارای حیاء التراث العربي، بيروت، ۱۹۸۱م.

۲- حرمی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۷۲، المکتبه الاسلامیه، تهران، ۱۴۰۱ق.

بنابر استصحاب عدم ازلى گفته می شود: زید پیشتر که موجود نبود، گناه مورد شک و سؤال را مرتکب نشده بود، اکنون نیز با وجود شک و گمان، همان حالت بی گناهی سابق استصحاب می شود. اعتبار استصحاب عدم ازلى البته مناقشات خاص خود را دارد. بنابر استصحاب عدم وصفی گفته می شود: زید پیشتر ناکرده بزه بود؛ اکنون نیز بی گناه قلمداد می شود. این گونه استصحاب البته بر بنیادی انسان شناختی مبتنی است و آن طهارت و پاکی انسان است.

باید یادآور بود که استدلال برای برائت با تکیه بر استصحاب، منزلت فرض برائت را به ادله فقاهتی و ثانویه تنزل نمی دهد. فرض برائت چنان که می بینیم - ادله خاص خود را دارد و در هر حال از امارات مجعلول شرعی است و بر اصول عملیه تقدم دارد.

#### ۶-۲-۲- قاعده و اصل صحت

قاعده صحت نیاز از قواعد مهم فقهی است. می توان قاعده صحت را هم به نوعی از ادله فرض برائت قلمداد کرد. زیرا برابر این قاعده باید در فرض شک در صحت رفتاری که از کسی سرزده است اصل راتا جای امکان بر درستی و صحت آن گذاشت و این به معنای بنابر برائت و بی گناهی تا زمان اثبات جرم و گناه است. قاعده اصله الصحه بی گمان به مسلمان اختصاص ندارد و آن را در مورد هر انسان متعارفی از هر کیش و آینه کی که باشد بسته به معتقدات و ارزش‌های مورد قبولش می توان به کار بست. ذکر قید مسلمان در برخی روایات قاعده صحت هرگز به معنای اختصاص آن به مسلمان نیست. در موارد زیادی پیامبر(ص) و مucchoman(ع) از آن روی که خطاب به مسلمانان وظایف آنان را در جامعه اسلامی بیان می کرند، قید مسلمان را بکار برده اند؛ اما این هرگز به معنای اختصاص مفهوم و محتوای آن آموزه به مسلمان نیست. پیامبر(ص) در ابتدای ورود به مدینه پیمان نامه ای میان قبایل گوناگون مسلمان و غیر مسلمان منعقد فرمود و حتی همه اطراف پیمان نامه را ملت خواند و به غیر مسلمانان حتی در عرصه مسائل نظامی و دفاعی اعتماد فرمود.<sup>۱</sup>

#### ۷-۲-۲- الحق فرد مشکوک به حالت غالب

هم به حکم مبانی انسان شناسی پیش گفته و هم بر پایه شواهد تجربی اکثریت افراد

۱- نک: احمدی میانجی، علی، مکاتیب الرسول(ص)، ج ۳، ص ۶، دارالحدیث، چاپ اول، قم، ۱۴۱۹ق.

جامعه رانیکوکاران تشکیل می‌دهند و شمار بزهکاران و تبهکاران اصولاً در اقلیت است. الحقاق فرد متهم به حالت غالب واکثری مقتضای حکمت و خرد است. درست است که الحقاق فرد مشکوک به حالت غالب بریش از ظن و گمان مبتنی نیست؛ اما الحقاق فرد مشکوک به حالت نادر هرگز وجه عقلانی ندارد؛ زیرا مصدق الحقاق فرد مشکوک به مورد نادر است. بدین سان با متهم معامله فرد بزه ناکرده نمودن عین صواب و خرد است.

#### ۲-۲-۱- اصل اباخه

می‌دانیم که به موجب اصل اباخه هرگاه در حکم رفتاری شک پیدا شود می‌توان اصل را برابراخه گذاشت. آیا اصل اباخه بدین معنا را هم می‌توان در شمار ادله فرض برائت قلمداد کرد؟

به نظرمی‌رسد که اصل اباخه همچون اصل برائت حکمی بیشتر در مقام بیان حکم شارع در فرض شک است. محتوای اصل اباخه بیشتر با برائت اصولی و قاعده قبح عقاب بلا بیان هماهنگ است. هر چند این دونیز تفاوت‌های خاص خود را دارند؛ مورد برائت اعم از شک در وجوب یا حرمت است؛ حال آن که اصل اباخه به شک در حرمت اختصاص دارد؛ به علاوه مضمون اصل اباخه از آن روی که مستفاد از ادله شرعی است، همچون مضمون و محتوای امارات حکم واقعی است؛ حال آن که مضمون اصل برائت، بیان حکم ظاهری عملی و صرفاً برای خروج از موقعیت شک و تردید است.

به هرروی فرض برائت چنان که دیدیم ادله استوار و تردید ناپذیر خاص خود را دارد و از اصل اباخه همچون دلیل بی‌نیاز است. بلی گاه بویژه در مقام تفسیر قانون یا متن دینی فرض برابراخه گزارده می‌شود و نتیجه آن بی‌گناهی مرتكب است.

#### ۳. آثار فرض برائت

##### ۳-۱- لزوم اثبات بزهکاری متهم توسط شاکی

از جمله آثار مستقیم فرض برائت واگذاری بار اثبات به عهده متهم است. در واقع چون متهم بی‌گناه قلمداد می‌شود این نهادهای تحقیق، تعقیب و دادرسی هستند که باید بر پایه قواعد اثبات دعوای جزایی مراتب بزهکاری متهم را ثابت کنند. متهم ملزم نخواهد بود که بر برائت و بی‌گناهی خود دلیل بیاورد. به همین ترتیب عدم اقدام متهم برای اثبات بی‌گناهی خود را هرگز نباید به پذیرش گناهکاری توسط وی تفسیر و تعبیر کرد. از این روی

سکوت متهم هرگز به معنای پذیرش بزهکاری نیست. بلی متهم می‌تواند ادله‌ای که علیه او ارایه می‌شود را نقد و رد کند یا در اصالت و ارزش قضایی آن تشکیک نماید؛ چنان که حق دارد به بزهکاری خود داد وطلبانه و البته بدون هرگونه تحملی یا خدای ناکرده شکنجه که برابر موازین اسلامی مطلقاً و در هر حال حرام و نکوهیده است اعتراف نماید.<sup>۱</sup>

### ۲-۳- تفسیرشک به سود متهم

از دیگر پیامدهای فرض برائت، لزوم تفسیرشک به سود متهم است؛ زیرا تفسیرشک به سود متهم مقتضای فرض برائت و مؤکد آن است. پس اگر برادر ادله موجود قاضی شک داشته باشد که آیا متهم فلان رفتار را مرتکب شده است یا نه؛ اصل را بر عدم انجام کار می‌گذارد. نیز هرگاه شک داشته باشد که رفتار ارتکابی از سوی متهم کاربرست و اجرای یک حق بوده یا اعتداً و عدوان به حق دیگران، به موجب فرض برائت بنا را باید بر حق بودن آن نهاد. به همین ترتیب هرگاه روشن باشد که رفتار ارتکابی مصدق و نمونه عنوان مجرمانه‌ای است، اما شک باشد که آیا عمل ارتکابی مصدق جرم اشد است یا اخف بنابر وصف اخف گزارده می‌شود. همچنین هرگاه مضمون شهادت علیه متهم یا دیگر ادله استنادی مبهم باشد به وجه خفیف تر تفسیر و تعبیر می‌شود. پس اگر برای نمونه شاهد گواهی دهد متهم به بزه دیده ایراد جرح نمود، تا جای امکان ایراد جرح به قتل تفسیر و تعبیر نمی‌شود، همچنان که ایراد جرح به شدیدترین گونه جراحت تفسیر نمی‌شود. بدین‌سان مقتضای فرض برائت بسته به مورد متفاوت است؛ گاه اصل بزهکاری رد می‌شود، گاه بزه شدیدتر به استناد فرض برائت نفی می‌شود.

### ۳- لزوم حکم به بزهکاری برپایه اطمینان

عدول از فرض بی‌گناهی متهم به فرض بزهکاری او تنها برپایه اعتقاد و اطمینان قوی به بزهکاری وی با استناد به ادله موجود ممکن خواهد بود. از این روی میان حکم به برائت و حکم به مجرمیت تفاوت ماهوی وجود دارد و حکم به برائت حتی در فرض شک در بزهکاری هم ممکن است، بلکه در این فرض حکم به برائت متعین است و عین

۱- به طور کلی پذیرش این که باراثبات بزهکاری بر عهده شاکی است، مراجعات مسائل شکلی فراوانی را در جریان رسیدگی و آینین دادرسی ایجاد می‌نماید. (نک: شاملو، یاقر، "اصل برائت در نظام‌های نوین دادرسی"، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، صص ۲۶۲-۲۸۳، سمت، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۳).

پایبندی به فرض برائت و ادله حجیت آن ارزیابی می‌شود. حال آن که حکم به مجرمیت تنها بر پایه یقین و اطمینان قضایی امکان‌پذیرخواهد بود. ناگفته پیداست یقین قضایی که برای حکم به مجرمیت بدان نیازمندیم، نه یقین فلسفی و بدیهی و ضروری که یقین قضایی است؛ چنان یقینی که ذهن وجودان قضی را قانع نموده باشد. بلی در جرایم مشهود ممکن است برای مقامات تحقیق و تعقیب و رسیدگی هم گاه یقین و اطمینان بدیهی پیدا شود، اما چنین یقینی به ندرت حاصل می‌شود.

#### ۴-۳- عدم امکان پیش‌بینی عکس فرض برائت در قوانین و مقررات

از جمله پیامدهای فرض برائت عدم امکان پیش‌بینی اماره مجرمیت به جای اماره برائت است. این وارونه‌سازی خلاف ادله شرعی است که به پایبندی به برائت فرمان می‌دهد. گذشت که به فرض برائت در همه مراحل دعواه جنایی و حتی فراتراز آن باید پایبند بود. التزام به فرض برائت از آغازین مراحل شکل‌گیری دعواه جنایی سبب می‌شود تا نتوان به مقامات تعقیب و تحقیق فرصت داد تا فرض را بر مجرمیت نهند. وارونه ساختن فرض برائت در موارد استثنایی آن گونه که در قوانین برخی کشورها و حتی برخی عهده‌نامه‌های بین‌المللی مانند کنوانسیون پالرمودیده می‌شود<sup>۱</sup> کاملاً بخلاف اصل است.

خواهد آمد که برای وارونه‌سازی فرض برائت و در واقع فرض مجرمیت در موارد استثنایی باید کاملاً محتاط بود. فرض طلایی برائت را به آسانی نباید به مسلح برد.

#### ۵-۳- حفظ آبروی متهم در رسانه‌های جمیعی و عمومی

فرض برائت ایجاب می‌نماید که مراتب اتهام متهم و نه بزهکاری او در سطح جامعه و رسانه‌های عمومی به خوبی مراعات شود، حتی اگر این کار مستلزم عنوان حرام دیگری نباشد، به خودی خود شرعاً حرام است؛ چه رسد به این که مستلزم محramات دیگری مانند هستک حرمت متهم، دروغ بستن به وی، بهتان زدن به وی، اشاعه فحشا و توهین به شخص و محروم ساختن وی از خوشنامی و زیان رسانیدن به کسب و کار و وجهه اجتماعی او باشد.

<sup>۱</sup>- برای ملاحظه توضیحات بیشتری در این باره نک: شمس ناتری، محمد ابراهیم، "اصل برائت و موارد عدول ازان در حقوق کیفری"؛ علوم جنایی (مجموعه مقالات در تحلیل از استاد دکتر محمد اشوری)، صص ۲۸۴-۳۰۲، سمت، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۳.

### ۶-۳- کاهش موارد بازداشت موقت تا جای امکان

فرض برائت می طلبد تا بازداشت موقت متهم تنها در فرض ضرورت، جایز و روا باشد. زیرا بازداشت موقت حتی در آسان‌ترین شکل آن نوعی اعمال سلطه در شؤون متهم و محدود کردن آزادی‌های فردی وی است. به موجب قاعده تسلیط واصل عدم ولایت کسی بر دیگری اتنها در فرضی می‌توان در آزادی‌های دیگران دخالت کرد که ادله و شواهد کافی بر جواز این کار وجود داشته باشد. فقهاء از دیرباز با در ذهن داشتن فرض برائت و پاسداشت آن به این نتیجه و پیامد فرض برائت پایبند بوده‌اند. تنها برای نمونه محقق حلی آورده است که: «هرگاه مدعی بینه‌ای اقامه کند و حاکم به عدالت گواهان اطمینان نداشته باشد و مدعی حبس و بازداشت منکر را مطالبه نماید تا عدالت بینه ثابت شود، شیخ طوسی گفته است: حبس متهم جایز است؛ چون بینه برای آنچه مدعی ادعا می‌کند موجود است.» اما محقق خود افروزه است که: حکم به حبس متهم مشکل است؛ زیرا با چنان بینه‌ای چیزی اثبات نشده است تا سبب مجازات شود.<sup>۱</sup>

همین اختلاف نظر در مورد حبس بدھکاری که مدعی اعسار است در فرضی که صحت ادعای اوروشن نیست و بینه‌ای هم در میان نیست، وجود دارد. بلی در فرضی که حالت پیشینی، یسرو دارایی باشد، برخی با تکیه بر اصل بقای مال، حکم به جواز حبس بدھکار داده‌اند.

به همین ترتیب هرگاه مدعی ادعا کند بینه‌ای دارد که غایب است، حاکم، مدعی را میان صبرتا زمان آوردن بینه و سوگند دادن متهم مخیر می‌سازد و حق بازداشت او یا مطالبه کفیل از وی را ندارد. نیز هرگاه مدعی مال تنها یک شاهد داشته باشد و ادعا کند که شاهد دیگری هم دارد و از دادگاه بخواهد تا بدھکار را حبس نماید، بنا بر رأیی می‌توان به حبس متهم حکم نمود؛ زیرا اومی تواند با ادای سوگند دعوای خود را ثبات کند. با این حال محقق حلی به درستی یادآور شده است که حکم به حبس اشکال دارد؛ زیرا این به معنای سزادادن متهم پیش از اثبات قضایی دعوی است.<sup>۲</sup>

حتی می‌توان گفت: ادله‌ای که از عدم جریان کفالت در حد نهی می‌کند نوعی تأکید

۱- این دو قاعده از قواعد بنیادین اسلامی در زمینه حقوق عمومی است. هرچند در تحقیقات فقهی رایج اغلب در زمینه مباحث حقوق خصوصی بکار بسته شده است.

۲- نک: حلی، جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۶۷، اسلامعلیان، قم، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.

۳- همان، ج ۴، ص ۱۳۵.

برفرض برائت است. در واقع مضمون این حکم آن است که در فرض عدم تمامیت ادله علیه متهم همان فرض برائت برای رهایی و آزادی وی کافی است. با وجود فرض برائت نمی‌توان متهم را به دادن کفالت الزام نمود؛ چه، این، باری زائد و تکلیفی اضافی بردوش اوست. از این روی نصوص ناظر به نفی کفالت در حد را می‌توان به مطلق دعوای جنایی تعمیم داد. حدود اصطلاحی از این لحاظ ویژگی ندارند که عدم جریان کفالت را بدان محدود سازیم.<sup>۱</sup>

### ۷-۳- ایراد دعوای به طور جزم

شاید بتوان گفت ایراد دعوای به طور جزم و نه با حال شک و گمان از پیامدهای پاییندی به فرض برائت است. در واقع، از آن روی که به مضمون و محتوای برائت باید در همه مراحل پاییند بود، طرح شکایت کیفری هم باید به صورت جزم و یقین باشد. محقق حلی بی‌آن‌که به فرض برائت اشاره کند در بیان شرایط دعوای قتل گفته است: دعوا باید به طور جزم و یقین ایراد شود؛ پس اگر شاکی بگوید: گمان می‌برم یا احتمال می‌دهم دعوا شنیده نخواهد شد. آن گاه می‌افزاید: برخی از فقهاء معاصر من در فرض وجود تهمت چنین دعواهایی را می‌پذیرند و منکر را سوگند می‌دهند؛ ولی این رأی با اصول و قواعد مربوط به دعوا سازگار نیست.<sup>۲</sup>

با این حال گرچه بستن باب دعواه بی‌بنیاد نیکوست؛ الزام شاکیان به طرح دعوا به طور یقینی هم بی‌اشکال نیست؛ این امر چه بسا سبب شود بسیاری از طرح دعوا و شکایت خود سر باز زند، و بدین سان حق آنان برپناه بردن به دادگاه بی‌جهت محدود شود. در واقع در مقام ترسیم شروط طرح دعوا و شکایت باید هم باب اتهام‌های گزاری و بی‌مبنای را بست و هم از تحدید و تضییق بی‌دلیل حق مردم برداشتی به محکمه و دادگستری پرهیز نمود. وجود قرائن اطمینان بخش برای توجه اتهام در طرح دعوا کیفری کفایت می‌کند؛ زیرا فرض براین است که اتهام به آسانی پذیرفته نمی‌شود؛ بلکه بالحظ فرض برائت تنها در صورت وجود دلایل کافی حکم به مجرمیت می‌شود.

۱- نگارنده در مقاله‌ای جداگانه با عنوان "کفالت در حد و تعزیر در فقه امامیه" که به زودی نشر خواهد شد این دیدگاه را به تفصیل به بحث گذاشته است.

۲- حلی، جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۱۳۵.

بلی ظاهر آن است که برابر مبانی دینی به صرف شک نمی‌توان انگشت اتهام به سوی کسی دراز کرد.

شاید فتوای سخت‌گیرانه محقق حلی و فقیهانی که چنان گفته‌اند برای زمانه‌ای که دولت مدرن و دارای امکانات امروزی وجود نداشته است، مناسب باشد. در چنان شرایطی گذراندن شکایت از صافی جزم و یقین تا اندازه زیادی از طرح شکایت‌های واهمی جلوگیری می‌کرده است؛ اما امروزه شایسته نیست با وجود نظام دادرسی وجودان مردم را بی‌اندازه درگیر بررسی صحت و سقم امور نمود. بویژه این که بسیاری از جرایم صورت فنی به خود گرفته است. واگذاری تعیین تکلیف امور پیچیده به مردم ذهن و روان آنان را بی‌اندازه درگیر می‌کند. با این حال این هرگز به معنای جواز طرح شکایت‌های وسیع است علیه دیگران نیست. این کار در هر حال شرعاً و اخلاقاً موجہ نیست. سخن در این است که حق مردم به دسترسی به محکمه را نباید به علم و آگاهی به جزئیاتی که اطمینان بدانها برای نوع مردم دشوار است واگذار نمود.

### ۸-۳- ممنوعیت محکمه غایب در امر کیفری

از پیامدهای فرض برائت ممنوعیت محکمه غایبی متهم است؛ زیرا در فرض نبود و حضور متهم، عبور از مقتضای فرض برائت به دقت صورت نمی‌گیرد. اگر متهم خود حضور داشته باشد هر لحظه ممکن است به اسباب و عوامل موجهه جرم یا علل رافع مسئولیت کیفری یا اسباب تخفیف مجازات استناد نماید؛ امری که در نبود او عملاً امکان‌پذیر نیست. با این حال در دعوای مدنی نظر به تراحم میان حق مدعاً علیه بر دفاع و حق مردم بررسیدگی به شکایات‌شان محکمه به طور غایبی برگزار می‌شود؛ هرچند در این صورت نیز غایب بر حجت و دلیل خویش باقی است.

با این حال، از چشم‌انداز نظم عمومی بازنها در باب نقض حکم غایبی برای همیشه و حتی تا زمان طولانی مبنای استوار و مقبولی ندارد. به هر حال مصالح گوناگونی شناسایی مرور زمان رسیدگی مجدد را - حتی در موارد رسیدگی غایبی - تجویزو و حتی الزامی می‌کند.

۱- نک: محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، ج ۳، (بخش قضایی)، ص ۲۳۳، مركز نشر اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸۱. با این حال به نظر ما محکمه غایبی در امور مدنی که اصولاً شرایطی هم دارد را در شمار قواعد آوردن چندان مناسب به نظر نمی‌رسد. حکم به جواز در موارد مقرر آن قدر که برخلاف اصل است مطابق اصل و قاعده نیست.

### ۹-۳ عدم جریان سوگند در دعواه کیفری

از لوازم فرض برائت، عدم جریان سوگند در دعواه کیفری است؛ بدین معنا که سوگند نمی‌تواند از ادله اثبات دعواه کیفری باشد. در منابع روایی امامیه آمده است که:

«لایمین فی الحد»<sup>۱</sup>

«سوگند در حد راه پیدانمی‌کند.»

بی‌گمان مقصود از سوگند خواه سوگند شاکی باشد یا سوگند متهم، مراد از حد خصوص حدود اصطلاحی نیست. به طور کلی در فرق نهادن میان حد و تعزیر از چنین جهاتی، جانب احتیاط را باید از دست داد.<sup>۲</sup> عدم جریان سوگند در حد اغلب همچون قاعده‌ای قلمداد شده و بدان استناد شده است. محقق حلی گفته است: دعوا در حدود بدون بینه پذیرفته نمی‌شود و سوگند با صرف ادعا به متهم متوجه نمی‌شود؛ آری اگر کسی با نسبت زنا دادن به دیگری وی را قذف نماید، در حالی که بینه‌ای هم ندارد؛ و مقدوف علیه قاذف طرح دعوا کند، شیخ طوسی در مبسوط گفته است: جایز است که متهم سوگند ادا نماید تا حد قذف را بر قاذف اثبات نماید؛ آنگاه محقق حلی می‌افزاید: ولی این مسأله مشکل است؛ زیرا در حد، سوگند راه پیدانمی‌کند.<sup>۳</sup>

حتی اگر دعواهی دارای دو جنبه مدنی و جزایی باشد، سوگند به اعتبار جنبه مدنی آن با شرایط مقرر پذیرفتنی است، اما با استناد به سوگند نمی‌توان جنبه جزایی مسأله را حل و فصل نمود. هم از این روی در اتهام سرقت، منکرمی تواند برای نفی غرامت مالی سوگند ادا نماید و با استنکاف از سوگند باید مال ادعا شده را پردازد، اما حتی بنابراین که به مجرد نکول مدعی علیه می‌توان علیه او حکم داد، مجازات سرقت اثبات نمی‌شود.<sup>۴</sup>

### ۱۰- جواز استناد به دلایل تحصیل شده از شیوه‌های نامشروع

گاه گفته می‌شود: از نتایج فرض برائت آن است که برای اثبات برائت می‌توان به دلایلی که از راههای غیرشرعی تحصیل شده است، استناد نمود؛ این در حالی است که برای حکم به مجرمیت دلایل استنادی حتماً باید از طریق مشروع به دست آمده باشد.

۱- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، ج ۷، ص ۲۵۵.

۲- نک: نوبهار، رحیم، "جستاری در مبانی تقسیم بندی حد-تعزیر در فقه کیفری اسلام"، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۶۳، پاییز ۱۳۹۲، ص ۲۱۳-۲۵۴.

۳- حلی، جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۸۲.

۴- همان.

در این‌که برای حکم به مجرمیت باید به دلایل مشروع تمسک کرد کمتر تردید می‌شود؛ هر چند برابر رأیی دیگر دلیل در هر حال دلیل است و تا آن جا که به وجه اثباتی آن بازمی‌گردد در صورت تحصیل دلیل به هر حال بر مدلول خود گواهی و دلالت دارد؛ اما عدول از مقتضای فرض برائت به استناد دلایل نامشروع مانند اقرار حاصل از شکنجه ممکن نیست. ضمن اینکه گشودن این باب که دلیل تحصیل شده از راه نامشروع می‌تواند مستند حکم قاضی قرار بگیرد، به معنای گشودن باب خطرناکی است که به اصول و بنیادهای دادرسی منصفانه آسیب می‌رساند. دور نیست که شارع مقدس باستن این باب فساد و شراث طریق بی‌اعتبار ساختن ادله تحصیل شده همدل باشد.

### ۱۱-۳- حق متهم برآگاهی بر اتهام وارده

پایبندی به فرض برائت ایجاد می‌کند تا متهم در سریع ترین وقت ممکن از اتهامی که متوجه او است آگاه شود. شاید شمول و عموم فرض برائت حتی به معنای ذهنی و فرهنگی آن لزوم آگاهی متهم را ایجاد نماید. گویی شارع مقدس راضی نیست با انسانی که بنا بر فرض، بی‌گناه است حتی در محدوده داوری ذهنی هم معامله مجرم شود؛ بنابراین باید متهم را در جریان گذاشت تا او هر چه زودتر برای هرگونه دفاع احتمالی از خود آماده باشد.

### ۱۲-۳- حق بر محاکمه عادلانه

فرض برائت با شناسایی حق متهم بر محاکمه عادلانه هم ملازمه دارد. در واقع از ادله‌ای که رعایت فرض برائت را همچون تکلیفی بر عهده مقامات تحقیق، تعقیب و دادرسی می‌نهد، حق متهم بر محاکمه عادلانه استنتاج می‌شود. به لحاظ تحلیلی گویا برخورداری متهم از حق به مثابه حکمی وضعی از حکم تکلیفی لزوم بیانگذاری بر برائت استنتاج می‌شود. استحصال حکم وضعی از حکم تکلیفی معنای روشنی دارد و بسیاری از دانشمندان اصولی با آن همدلی دارند.

محاکمه عادلانه خود البته شرایطی دارد که همه آن‌ها را گرچه مقتضای حکمت و عدالتند، نمی‌توان از لوازم و پیامدهای فرض برائت قلمداد کرد. بلی شناسایی مواردی چون حق متهم برسکوت نوعی تأکید بر پایبندی به فرض برائت است؛ زیرا شناسایی مواردی از این دست به معنای آن است که از مقتضای فرض برائت به آسانی و بی‌آن‌که مسیر دادرسی محتاطانه طی شود، رفع ید نمی‌شود.

#### ۴- استثنابرداری فرض برائت

می‌دانیم که اصول و قواعد فقهی گاه استثنا برnmی‌دارند؛ معمولاً قواعد، زمانی استثنانابذیرند که دارای چنان مبانی عقلی هستند که به طبع خود نمی‌توانند استثنابذیر باشند. برای نمونه قاعده قبح عقاب بلایان به طبع خود نمی‌تواند پذیرای استثنا باشد؛ زیرا عقاب بدون بیان و توضیح، مصدق و نمونه ظلم است؛ هرجا عنوان ظلم صادق بیاید، قبح و عدم جواز هم با آن ملازم است. به همین ترتیب به نظرنگارنده حرمت شکنجه از احکام و یا قواعد مطلق است. حتی شکنجه‌گرا هم نمی‌توان شکنجه داد، چه رسد به متهمان؛ همچنان که فقیهان به رغم آیات جواز مقابله به مثل قتل همراه با شکنجه کسی که دیگری را با شکنجه کشته باشد روانداشتند.

در مورد فرض برائت به نظرم رسید که استثنازدن به فرض برائت به خودی خود محال نیست؛ ادله و بنیادهایی که فرض برائت را ثابت می‌کند البته ادله‌ای بسیار استوار و متین است؛ اما این به معنای استثنابرداری آن ادله نیست. بدین سان در موارد کاملاً استثنایی ممکن است مصلحت مهم و الزام‌آوری جابجایی فرض برائت و فرض مجرمیت را ایجاد کند. پیداست که این جابجایی باید بسیار احتیاط‌آمیز باشد. نخست باید به حوزه‌ای از جرایم بسیار مهم و خطرناک محدود باشد. دوم باید ظاهر حال نوعی یا موردی بر مجرمیت گواهی دهد و سوم این که جابجایی فرض برائت باید در متن قوانین مدون، صریح، شفاف و در دسترس به اطلاع شهروندان رسیده باشد تا آنان خود را از سرنا آگاهی در معرض اماره مجرمیت قرار ندهند.

باید به هوش بود که ظاهر حال در هر حال مفید ظن و گمان است و با ظن و گمان حتی از «اصل» نمی‌توان دست برداشت؛ چه رسد به فرض برائت که به شرحی که گذشت از امامارات شرعی و ادله اجتهادی است.

پیداست که جابجایی در فرض برائت تا همین اندازه رواست که مسئولیت باراثبات تغییریابد و باراثبات برائت به دوش متهم بیفتند. اما جابجایی به معنای عدم قبول ادله از ائه شده توسط متهم یا حکم به محکومیت او بدون محاکمه عادلانه هرگز نمی‌تواند مقبول باشد، چه این امر نقض آشکار فرض برائت است. در جایی دیگر آورده‌ام که حق بر محاکمه عادلانه از حقوق مطلق است و جز در مورد دفاع مشروع با شرایط خاص استثنا را

برنمی‌تابد.<sup>۱</sup> با توجه به مشروط بودن تکلیف به قدرت و توانایی پیداست که این جابجایی در مواردی رواخواهد بود که موضوع به طبع خود از سوی متهم قابل اثبات باشد؛ موظف نمودن متهم به تبرئه ساختن خود از اتهامی که در هر حال اثبات عدم آن به طبع خود ناممکن باشد، نامعقول است. به همین ترتیب جابجایی بار اثبات از مقامات قضایی به متهم مستلزم پیش‌بینی امکانات و تسهیلات خاصی برای متهم است تا بتواند در صورت بی‌گناه بودن با تکیه بر آنها بی‌گناهی خود را اثبات نماید. نمی‌توان برای کسی فرض مجرمیت نمود و اورا در اثبات بی‌گناهی خود محدود کرد.

در مباحث فقهی موارد بسیار اندکی یافته می‌شود که فقیهان برخلاف مقتضای فرض برائت رفتار کرده‌اند. این موارد - به شرحی که خواهد آمد - همگی با استناد به نصوص خاص در همان موارد بوده است.

یکی از این موارد، رجوع به قسامه در فرض لوث است. لوث چنان که فقیهان گفته‌اند، اماره‌ای است که با وجود آن به صدق ادعای شاکی در خصوص قتل و یا بنابر رأیی در مورد تمامی جنایات علیه تمامیت جسمانی ظن و گمان پیدامی شود؛<sup>۲</sup> مانند یافتن شخصی با شمشیر آغشته به خون در کنار جسد مقتول یا پیداشدن جسد مقتول در خانه کسی یا محله مربوط به قوم و گروهی خاص، یا شهادت یک شاهد عادل به وقوع قتل توسط فرد یا افرادی معین.

آن گونه که در روایات آمده است جابجایی اماره برائت با اماره مجرمیت در موارد قتل برای جلوگیری از ترور و قتل افراد به طور پنهانی و درواقع برای صیانت از جان افراد در برابر تعرض اشرار است.<sup>۳</sup>

با توجه به مخالف اصل بودن قسامه و مخالفت آن با فرض برائت دامنه آن را باید تا جای امکان مضيق طراحی نمود. بویژه این که شواهد تاریخی نشان می‌دهد که عمل بدان در رویه قضایی پیامبر(ص) رایج نبوده است. ظاهراً پیامبر(ص) تنها در یک مورد قصد استناد به قسامه را داشته است که آن هم در عمل اتفاق نیفتاد و آن حضرت(ص)

۱- نک: نوبهار، رحیم، اصل قضایی بودن مجازات‌ها: تحلیل فقهی حق بر محاکمه عادلانه، شهردانش، تهران، چاپ دوم، ۱۳۹۴.

۲- نک: جمعی عاملی، زین الدین، الروضه البهیه، ج<sup>۱۰</sup>، ص<sup>۷۲</sup>، تحقیق: سید محمد کلانتر، العلمیه، قم، چاپ دوم، ۱۳۹۶.

۳- نک: کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، ج<sup>۷</sup>، ص<sup>۴۵</sup>.

منازعه را از راهی دیگر حل و فصل فرمود.<sup>۱</sup>

آنچه از اعتبار قسامه همچون یک دلیل قضایی می‌کاهد آن است که قسامه از نهادهای تأسیسی نیست و قریش در زمان جاهلیت و پیش از اسلام آن را بنا نهاده است. به گزارش منابع تاریخی، قسامه نخستین بار توسط ولید پسر مغیره در ماجرا قتل عامریا عمرو بن علقمه بن عبدالمطلب توسط خداش بن عبدالله همچون دلیل قضایی مطرح شد.<sup>۲</sup> برابر گزارشی دیگر این ابوسفیان بن حرب بود که در همین ماجرا نخستین بار به استناد قسامه حکم نمود.<sup>۳</sup>

باری اشکالی که در احکام امضایی از این دست وجود دارد آن است که تأیید و امضای آن توسط شارع مقدس چه بسا به دلیل رواج و شیوع و پذیرش عقلایی آن بوده است. در واقع پذیرش عقلایی جزء وقید موضوع حکم امضاشده بوده است. گویی مضمون حکم امضایی این گونه بوده است که: قسامه رایح و مقبول نزد عقلارا امضا نمودم. حال وقتی موضوع، رواج و پذیرش عقلایی خود را از دست می‌دهد، در واقع حکم بدون موضوع باقی می‌ماند و بنا بر این استمرار حکم معقول نیست؛ زیرا صور حکم بدون موضوع، تصور نامعقولی است. این تحلیل و تبیین در مورد دیگر احکام امضایی مانند برده داری هم راست می‌آید.

از آنچه گفته شد روشن شد که قسامه و لوث را در شمار قواعد فقهی بر شمردن صحیح نیست. اثبات قتل یا کمتر از آن با قسامه خلاف قاعده بلکه به تعبیر صاحب جواهر خلاف قواعد است.<sup>۴</sup>

با این حال در خصوص قسامه ممکن است گفته شود: علت اعتبار قسامه در روایات مربوط ذکر شده است؛ این علت عبارت است از حمایت از جان آدمیان و پیشگیری از کشته شدن بی‌گناهان در پنهانی و بی‌مجازات مانند قاتل به علت نبود ادله و بینه. این علت و حکمت در هر زمانی قابل تصور است. بنا بر این نمی‌توان پذیرش رواج عقلایی را در موضوع حکم دخیل دانست. در واقع، قسامه نه صرفاً به علت رواج عقلایی آن در زمانی خاص، بلکه به دلیل علت یا حکمت عقلایی که برای آن ذکر شده معتبر است

۱- همان، ج ۷، صص ۳۶۳-۳۶۵، روایات ۱۰-۱.

۲- نک: بغدادی، محمد بن الحبیب، المحبب، صص ۳۳۵-۳۳۸، دارالافق الجدیده، تحقیق: ایلزه لیخته شتیتر.

۳- همان.

۴- نجفی، محمد حسن، جواهرالكلام، ج ۴۲، ص ۲۱۳.

و بنابراین پذیرش یا عدم پذیرش عقلایی آن به اعتبار و حجیت همیشگی آن آسیبی نمی‌رساند. مگراین که گفته شود این تعلیل و حکمت هرچند به ظاهر افاده عموم می‌کند، اما خود علت ناظربه زمانه خاصی است که نظام ادله اثبات ساده بوده است و راه‌های استوارتر دیگری برای اثبات قتل در موارد ظن وجود نداشته است؛ بنابراین آن‌ها نمی‌توانند شامل زمانی شوند که راه‌های گوناگون دیگری برای شناسایی قاتلان وجود دارد. جزاین که گفته شود حق قلمداد کردن قسامه در روایات آن رادر هر حال در محدوده خود معتبر می‌سازد. به هرروی قسامه با توجه به مجموع آنچه گفته شد به رغم اعتبار و جواز رجوع به آن در موارد محدود، جایگاه مهمی در نظام ادله اثبات دعوای جنایی ندارد. هم از این روی فقیهان اغلب موارد استثناد بدان را باتکیه برفرض برائت محدود و مضيق تقریر نموده‌اند. برای نمونه، اگر لوث علیه گروهی محدود ثابت شود آنگاه کسی از میان آنان ادعا کند که در زمان قتل در محل حضور نداشته است گفته او همراه با سوگندش ثابت می‌شود. ولوث نسبت به او ساقط می‌شود. زیرا اصل برائت ذمه اوت. در این صورت مدعی حضور باید دلیل بیاورد.<sup>۱</sup>

از دیگر موارد جابجایی فرض برائت در فقه رایج، ضمان و مسئولیت کسی است که شبانه دیگری را از منزلش فراخواند و بعداً جسد کشته شده وی یافت شود.<sup>۲</sup> در این باره عمدتاً به دو خبر استثناد شده که گاه در اعتبار آنها هم به جد تردید می‌شود.<sup>۳</sup> بسیاری از فقهاء تصریح کرده‌اند که حکم به ضمان خواه ضمان دیه باشد یا ضمان به معنای قصاص، خلاف اصل است؛ زیرا فراخواندن کسی از خانه اش در شب به خودی خود یکی از اسباب ضمان نیست. هم از این روی فقیهان تا جای امکان دامنه حکم را محدود و مضيق تفسیر نموده‌اند. مانند این که حکم مختص به دعوت شبانه قلمداد شده است، حال آن که روایات مربوط مختص به شب نیست؛ و شب از این لحظه چندان خصوصیتی ندارد. یا آن که در مواردی که میان دعوت کننده و دعوت شونده صلح و رابطه دوستی بوده است و جزئیکویی و خیر میان آنان نبوده است حکم به مسئولیت دعوت کننده نشده است. یا آن که حکم به موردی محدود شده است که دعوت شونده کشته

۱- کلینی، محمدمبن یعقوب، الکافی، ج ۷، ص ۳۶۱، روایت ۲، ۵۳ و ۵۰.

۲- جبعی عاملی، زین الدین، مسالک الافهام، ج ۱۵، ص ۲۰۳، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.

۳- نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام، ج ۴۳، ص ۷۸.

۴- جبعی عاملی، زین الدین، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۱۵، ص ۱۲۲-۱۲۸.

شده باشد، پس اگر جسد مرده او یافت شود حکم به ضمان نمی‌شود. شهید ثانی گفته است. ضمان ذکر شده در روایات مختص به جایی است که مدعو، مقتول یافت شود؛ زیرا اصل برائت از دیه و قصاص است تا گاهی که سبب آن محقق شود. و این سبب جز در فرض کشته شدن، مشکوک است.<sup>۱</sup> او پس از برشمردن پاره‌ای از اختلافات موجود میان فقیهان در این مسأله گفته است: بهتر است که در این مسأله در حکم به ضمان به محل مورد وفاق همگان بسته کنیم؛ زیرا در سند دو خبر مربوط به این مسأله کسانی وجود دارند که عدالت آنان ثابت نشده است و میان ضعیف و ثقه مشترکند. اصل برائت هم در محل شک حکم به عدم ضمان و مسئولیت می‌کند.<sup>۲</sup>

به نظر نگارنده جدا از ضعف سندی روایات مربوط ناظر دانست آنها به فرض خاص و اوضاع واحوالی که تبانی و برنامه‌ریزی برای چنین قتل‌هایی رایج بوده است مناسب به نظر می‌رسد. براین پایه، مضمون این روایات را نمی‌توان تعمیم داد و به بیان حکم کلی ناظر دانست. از این روی این‌که صاحب جواهر تشکیک و تردیدهای محقق اردیلی در این حکم را وسوسه نامیده است،<sup>۳</sup> زیبندۀ مقام تحقیق و دقت علمی نیست. وسوسه قلمداد کردن این دقت‌های علمی آن هم گاهی که به جان آدمیان مربوط می‌شود، باب دقت و نوآوری را می‌بندد و شهرت‌گرایی و بسندهای ذکر آرای پیشینیان را رونق می‌دهد؛ امری که به نوبه خود هرگز سبب رشد و شکوفایی دانش فقهه نمی‌شود.

از دیگر موارد جابجایی در فرض برائت، فرض ضمان و مسئولیت طبیب در جریان عملیات جراحی و مطلق مداواست تا گاهی که وی اثبات کند کوتاهی و تقصیر ننموده است.<sup>۴</sup> این جابجایی نیز به علت اهتمام شارع مقدس به جان و سلامت آدمیان است. هرچند در این حکم هم به دلیل مخالفت آن با فرض برائت مناقشاتی توسط فقیهان نامدار مطرح شده است؛<sup>۵</sup> ضمن این که از چشم‌اندازی عمل‌گرایانه نیز براین دغدغه که از سوی برخی فقیهان مطرح شده، صحه گذاشت که فرض برائت پژشک ممکن است پژشکان را از اقدام به مداوا بازدارد.

۱- نک: همان، ج ۱۰، ص ۱۲۲. ۲- همان، ص ۱۲۲.

۳- نک: نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۴۳، ص ۷۸.

۴- نک: همان، ج ۲۳، ص ۴۴.

۵- همان، ج ۴۳، ص ۴۶.

### ۵- برخی از موارد استناد به فرض برائت در مسایل فقهی

شمار استناد فقیهان به فرض برائت به معنای اماره بی‌گناهی افزون از شمار است. این موارد همه دعاوی جنایی اعم از حدود، تعزیرات، قصاص و دیات را دربرمی‌گیرد. در ادامه به ذکر برخی از این موارد می‌پردازیم:

۱- اگر کسی در حالی که در پارچه و یا لباسی پیچیده شده با شمشیر به دونیم شود؛ آن گاه ضارب ادعانماید که او پیشتر مرده بوده است و در واقع ضربه وی به جسد مرده بوده است؛ اما ولی دم ادعانماید که مضروب، در زمان حیات زنده بوده است، علامه حلی در قواعد گفته است: احتمال دارد که قول جانی مقدم شود، زیرا اصل برائت است. نیز احتمال دارد که قول ولی مقدم شود؛ زیرا اصل بقای حیات است.

می‌بینیم که داوری درباره این مسأله به شأن و جایگاهی بستگی دارد که فقیه به هر یک از فرض برائت یا استصحاب می‌دهد. ظاهر آن است که فرض برائت در هر حال همچون اماره و ادله‌ای اجتهادی است و بر استصحاب مقدم است؛ جزاین که گفته شود: استصحاب در این فرض و همانندهای آن، پس از اجراشدن مجالی برای تمیک به فرض برائت باقی نمی‌گذارد. ولی مشکل این است که حکم به قتل در مسأله مورد بحث با استناد به استصحاب در نهایت حکم بر مبنای شک و تردید است و مجازات به حکم قاعده درآبا وجود شک اجرانمی‌شود.

جدا از این نکته کلی در خصوص مورد مثال، استصحاب با مشکل مثبت بودن هم تا اندازه‌ای مواجه است؛ زیرا استصحاب حیات مجنب علیه به خودی خود اثبات نمی‌کند که جانی مجنب علیه را در حالی کشته است که وی زنده بوده است؛ مگر این که اصل مثبت را حجت بدانیم یا واسطه میان استصحاب حیات و کشته شدن وی در حال حیات جانی را چندان پنهان بدانیم که عرف مستصحب را همان کشته شدن در حال حیات بداند؛ هراین دو مطلب جای تأمل و درنگ دارد؛ هم حجت و اعتبار اصل مثبت مورد تردید است؛ بویژه اگر استصحاب را از باب روایات و ادله نقلیه حجت ندانیم، بلکه از باب حکم عقل یا بنای عقلای حجت بدانیم؛ و هم پذیرش خفای واسطه دشوار است.

۱- حلی، حسن بن یوسف، قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۶۴۶، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳.

۲- علامه حلی در مختلف الشیعه آورده است که: هرگاه کسی انسان آزاد نابالغی را غصب کند آنگاه او به سببی جز غصب و حبس فوت کند، مانند این که حیوان گزنده‌ای اورانیش بزند یا درنده‌ای اورا بخورد، شیخ طوسی در مبسوط و خلاف گفته است: ضمانت بر غاصب نیست به دلیل اصل برائت و نیز به دلیل آن که انسان آزاد با غصب شدن مورد ضمانت قرار نمی‌گیرد. ولی ابوحنیفه گفته است: غاصب و حابس ضامن است. شیخ طوسی در خلاف گفته است: اگر رأی ابوحنیفه را برگزینیم، قولی قوی را برگزیده‌ایم. دلیل این قول، لزوم احتیاط است. شیخ طوسی در مبسوط در کتاب جراحات هم قول به ضمانت را برگزیده است. آنگاه علامه گفته است این قول قوی است؛ زیرا غاصب، محبوس را در معرض تلف قرارداده است؛ آن هم به گونه‌ای که امکان پرهیز از تلف را نداشته است پس او ضامن است مانند این که کسی چاهی حفر کند و دیگری در آن بیفتد.<sup>۱</sup>

می‌بینیم که با آن که حکم به ضمانت مبانی روشنی دارد برای دست برداشتن از فرض برائت و اثبات مسئولیت جانی تردید و تأمل می‌شود. گفتنی است که قول به عدم ضمانت استیلای بر حرم مبانی روشنی ندارد؛ بیوژه زمانی که انسان آزاد پیشتر در اجاره کسی بوده است نه تنها ضررها دیگر که ضرر کار نکردن و در واقع تفویت منافعی که عادتاً قابل استیفا بوده است نیاز از نمونه‌های ضرری است که غاصب و حابس باید آن را جبران کند. با این حال پیداست که مقصود از ضمانت در این مسئله ضمانت به دیه است؛ زیرا حکم به قتل عمد و قصاص در فرض مسئله بی مورد است؛ چه قتل عمد ارکان و شرایط خاص خود را دارد. بلی پیداست که غصب و حبس هر انسانی تنها موجب ضمانت مدنی و دیه نیست. این کار ممکن است در چارچوب رعایت اصل قانونی بودن جرم و قاعده قبح عقاب بدون بیان، مصدق یک یا چند عنوان مجرمانه مانند آدم ربایی بازداشت و حبس خودسرانه باشد.

۳- علامه حلی گفته است: مشهور آن است که اگر مردی به همسرش بگوید: من تورا باکره نیافتم، حد تام براو لازم نمی‌آید، بلکه تعزیر می‌شود. شیخ طوسی، شیخ مفید و پیروانشان همین رأی را برگزیده‌اند. اما این عقیل عمانی گفته است: مرد، محکوم به حد قذف می‌شود. آنگاه علامه می‌افزاید: اصل برائت به درستی رأی اول گواهی

۱- حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه، ج ۵، ص ۱۳۵، مؤسسہ بوستان کتاب، چاپ دوم، ۱۴۲۳ھ ق.

می‌دهد. به علاوه از امام صادق(ع) روایت شده است که در مورد مردی که به زن خود گفته است: توباکره نزد من نیامدی، فرموده‌اند: این موجب مجازاتی نیست؛ زیرا بکارت با غیرآمیزش جنسی هم از بین می‌رود. اما روایت دیگری در این باره می‌گوید: اگر مردی به زن خود بگوید: تورا باکره نیافتم و بینه هم نداشته باشد، محکوم به حد قذف می‌شود وزن و مرد از یکدیگر جدا می‌شوند.<sup>۱</sup>

صحیح آن است که سخن شوهر در باره عدم باکره‌گی زن به خودی خود از اسباب حد قذف نیست. حد قذف با اسباب خاص و معینی اثبات می‌شود. این حد در صورت اتهام زنا به صراحةً یا به چنان کنایه‌ای که صریح تروگویات راز صراحةً باشد ثابت می‌شود. بویژه این که برابر شواهد علمی و تجربی حتی کسانی ممکن است بدون پرده بکارت متولد شوند یا آن که بکارت به شیوه‌ای جز زنا و رابطه زناشویی زایل شود. در واقع همان‌گونه که شهادت مبهم برابر فرض برائت به نفع متهم تفسیر می‌شود، اظهارات خود متهم هم ضرورتاً به اعمال مجرمانه تفسیر و تعبیر ننمی‌شود.

۴- از جمله مواردی که استناد به فرض برائت نزد فقهیان مشهور است، حکم به عدم جواز بازداشت موقت تا جای امکان است، هرچند اتهام، مربوط به جرم مهمی مانند قتل عمد باشد. علامه حلی گفته است: شیخ طوسی در کتاب نهایه در مورد متهم به قتل عمد گفته است که: سزاوار است که شش روز بازداشت شود، اگر مدعاً بینه‌ای نیاورد یا دعوا به همان صورت حل و فصل نشود متهم آزاد می‌شود. ابن ادریس گفته است: دلیلی همراه با این روایت نیست که آن را تقویت کند، بلکه روایت، مخالف با ادلی است. آنگاه علامه افروده است: شیخ طوسی به روایت سکونی از امام صادق(ع) استناد کرده است که برابر آن پیامبر(ص) در اتهام قتل عمد، متهم راسه روز بازداشت می‌کرد؛ اگر اولیای دم بینه نمی‌آوردند اورا آزاد می‌کرد. آنگاه علامه می‌افرازید: حق آن است که اگر با طرح شکایت علیه متهم، ظن و اتهامی برای حاکم پیدا شود از باب عمل به روایت، و برای محافظت از جان آدمیان، بازداشت شش روزه لازم است، اما اگر این ظن و اتهام برای کسی جز قاضی حاصل شده باشد، حبس او جایزن است؛ به دلیل لزوم عمل به اصل. ظاهرًاً مقصود از کسی جز قاضی، اولیای دم و خویشان مقتول است؛ صرف حصول ظن و گمان برای کسی مجوز حبس نیست. به همین

ترتیب، مقصود از اصل هم همان فرض برائت است. از جمله کسانی که عمل به روایت سکونی رارد کرده است، شهید ثانی است. او تصریح کرده است که: جبس متهم مجازاتی است که موجب آن هنوز ثابت نشده است.<sup>۱</sup>

به نظر می‌رسد مدت شش روزه تعیین شده در روایت سکونی - برفرض اعتبار آن - تصمیمی از جنس امر و فرمان حکومتی است؛ چه مهلت دادن به شاکی برای ارائه دلیل در همه فروض نمی‌تواند شش روز باشد. این امری است که می‌تواند از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت باشد. نگارنده همین احتمال را در مورد نصاب سرقت نیز جاری می‌داند. در برخی موارد مثل مورد بحث فلسفه تحدیدی که در روایات ذکر شده تا اندازه زیادی روشن است؛ این گونه تحدیدات را دشوار بتوان بر حکم ازلی و تعبدی شرع مقدس حمل نمود. بنا بر این زمانی که برای تکمیل ادله استنادی تعیین می‌شود بسته به مورد متفاوت است؛ البته بالحاظ این اصل که بازداشت کسی که ادله علیه او کامل نیست، در هر حال خلاف اصل است و به قدر ضرورت باید بسنده نمود.

۵- اگر کس دیگری را درون آتش بیندازد و آتش وی را بسوزاند هرگاه بسته به قرابین موجود این تردید وجود داشته باشد که آیا او خود پس از افکنده شدن به آتش در آتش درنگ کرده و در نتیجه کشته شده است، یا آن که آتش سبب مرگ او شده است، برخی از فقهاء به مقتضای فرض برائت اصل را بر عدم قتل عمدى نهاده‌اند.<sup>۲</sup> این در حالی است که ظاهر حال احتمال بقای داوطلبانه در آتش رانفی می‌کند. بویژه هرگاه آتش بزرگ و عادتاً سبب تشنج اعصاب و دستپاچگی باشد این احتمال هرچه ضعیف‌تر می‌شود. هم از این روی بسیاری از فقیهان به درستی باراثبات چنین ادعایی را بر دوش مدعی نهاده‌اند.

۶- اگر چهار شاهد به زنا توسط زن گواهی دهنند، اما دونفر گواهی دهنند که زنا داوطلبانه بوده و دونفر گواهی دهنند که زنا با اکراه همراه بوده است، ابوحنیفه به ثبوت زنا فتوا داده است. شیخ طوسی گفته است: قول به عدم ثبوت زنای موجب حد قوی است؛ زیرا با فرض برائت هماهنگ است.<sup>۳</sup>

۱- جبعی عاملی، زین الدین، الروضه البهیه، ج ۱۰، ص ۷۶.

۲- نک: اصفهانی، محمد بن حسن (فضل‌هندي)، کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۱۱، ص ۲۰، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۶ق.

۳- الطوسی، محمد بن الحسن، الخلاف، ج ۵، ص ۳۸۳، مؤسسه النشر الإسلامي، قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ق.

۷- اگر کسی به حدی اقرار نماید و نوع عمل ارتکابی را بیان نکند، برخی از فقیهان به دلیل استناد به فرض برائت و ادله قاعده درأ برآند که مقررا به بیان عملی که انجام داده است الزام نمی‌کنند<sup>۱</sup>. فیض کاشانی در این باره افزون بر برائت به لزوم تفسیر فعل مسلمان به وجه صحیح و صواب هم استناد جسته است.<sup>۲</sup>

۸- در دورانی که برده‌داری رایج بود در منابع فقهی این مسأله مطرح شده بود که اگر کسی دیگری را قذف کند آنگاه مقدوف بگوید: من انسان آزادم و بنابراین حد قذف باید بر قاذف اجرا شود؛ اما قاذف بگوید: مقدوف برده بوده و بنابراین مجازات او تعزیری است درباره این که قول کدام یک مقدم می‌شود بسیاری از فقهاء از جمله شیخ طوسی گفته‌اند به دلیل برائت و اینکه تنها با استناد به دلیل، ذمه کسی به جرم و جنایتی مشغول و متعهد می‌شود باید قاذف را تنها تعزیر نمود.<sup>۳</sup>

این در حالی است که چه بسا بر مبنای ظاهر و غلبه زمینه برای آزاد قلمداد کردن فردی که آزادبودن و بردگی او مورد تردید است وجود دارد. زیرا در بیشتر جوامع آن روز شمار انسان‌های آزاد بیشتر از بردگان بوده است. با این حال در فتوابه تقدم قول قاذف این حالت ظاهر و غالب رعایت نشده است. و این نشان از پایبندی به فرض برائت و لوازم آن دارد.

۹- اگر زن بی‌شوهری باردار شود از او درباره علت بارداری اش سؤال می‌شود. اگر اقرار نماید که بارداری ناشی از زناست، حد براو جاری می‌شود. اما اگر بگوید: بارداری از زنا نیست حد جاری نمی‌شود. شیخ طوسی می‌گوید قول به عدم اجرای حد قوی تر است. زیرا اصل، برائت ذمه زن از ارتکاب زناست. زیرا ممکن است بارداری از غیر زنا یا رابطه همراه با شبیه و اشتباه یا اکره باشد و حد با وجود شبیه اجرانمی شود.<sup>۴</sup> به نظر می‌رسد با وجود احتمالات پیش‌گفته و امکان حمل بر صحت بارداری اصولاً وجهی برای سؤال واستفهام از زن بی‌شوهر باردار شده وجود ندارد. مگراین که عنوانی ثانوی چنین پرسش را ایجاد نماید.

۱- نک: نجفی، محمدحسن، جواهی‌الکلام، ج ۴۱، ص ۲۸۵.

۲- فیض کاشانی، محمد محسن، مفاتیح الشرایع، ج ۲، ص ۶۸، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، تحقیق: سید مهدی رجایی، قم، چاپ اول، ۱۴۰۱ق.

۳- طوسی، محمدبن حسن، الخلاف، ج ۵، ص ۴۰۷.

۴- طوسی، محمدبن حسن، المبسوط، ج ۸، ص ۷ و ۸، مؤسسه انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ق.

۱۰- اگر کسی به دیگری بگوید: فلانی را بکش و گزنه تورا خواهم گشت، با توجه به این که اکراه بر قتل، حکمی ندارد، یعنی دفاع اکراه برای ارتکاب قتل پذیرفته نمی‌شود، معمولاً فقیهان قائل به قصاص شده‌اند. با این حال با توجه به شک در شمول ادله قصاص و دیه برای این مورد و نظر به فرض برائت، برخی احتمال داده‌اند که حکم آن، عدم اجرای قصاص باشد.<sup>۱</sup>

البته هرگاه شک در جواز قصاص صرفاً به علت شک در شمول ادله قصاص بر چنین فرضی باشد، استناد به برائت به معنای برائت حکمی و نه فرض برائت خواهد بود. علت شک در شمول حکم قصاص برای این مورد آن است که با چنین تهدیدی چه بسامکره حق قصاص راضمنا اسقاط کرده است؛ هرچند این احتمال با این دشواری روپرست که آیا حق قصاص داتا از آن مجنبی علیه است؛ و به علاوه آیا قصاص ناشی از یک حق قابل اسقاط است؟ اما همین اندازه احتمال هم مورد را به موارد شک و احتمال تبدیل می‌کند.

۱۱- هرگاه کسی دیگری را به قتل برساند یا مجرح نماید و ادعای کند که برای دفاع از جان، مال یا حریم‌ش وی را مقتول یا مجرح نموده است، باراثبات به دوش وی خواهد بود. در واقع در این مورد اصل بربرائت گزارده نمی‌شود؛ زیرا بنانهادن بر برائت قاتل یا جارح با برائت مقتول یا مجرح ناسازگار است؛ زیرا در این صورت، قتل عمدى محرز است و ادعای ارتکاب آن به عنوان دفاع مشروع امری زاید و ادعایی اضافی است که باید اثبات شود. به بیانی دیگر جریان برائت در ناحیه مقتول چه بساتهاجم را تعبدآمتنفی می‌سازد و با این فرض، نوبت به اعمال فرض برائت در ناحیه قاتل یا جارح نمی‌رسد. اما اگر اصل تهاجم مقتول روشن و مورد نزاع نباشد، اما در رعایت یا عدم رعایت شرایط دفاع مشروع اختلاف باشد والبته دلیل و اماره‌ای هم در میان نباشد که وضعیت را روشن سازد، ظاهر آن است که با وجود احراز این که کسی در موقعیت تهاجم بوده است، اثبات رعایت شرایط دفاع مشروع بر عهده او یا کسی است که به نفع او طرح دعوا کرده است. به تعبیری می‌توان گفت: فرض برائت اصلی و پیشین با اقدام فرد به تهاجم منقطع گشته و او در موقعیت ضامن و مسئول قرار گرفته است.

۱۲- اگر جانی و مجنبی علیه در سلامت یا معیوب بودن عضوی که بر آن جنایت شده است اختلاف کنند و جانی بگوید: عضو، معیوب بوده است؛ ولی مجنبی علیه

بگوید: عضوسالم بوده است؛ علی القاعده فرض بی‌گناهی جانی به جرم أشد ایجاب می‌کند که بنابر معیوب بودن عضوگزارده شود. جزاین که گفته اصل صحت و سلامت عضو، سالم بودن عضو مورد جنایت را اثبات می‌کند. بنابر اعتبار استصحاب در چنین مواردی در صورت سابقه سلامت وجود دیگر ارکان استصحاب، استصحاب نیز می‌تواند با اثبات سلامت عضو به نزاع پایان دهد. با این حال نظریه این که به موجب فرض برائت حکم به ضمان و مسئولیت در نهایت باید بدون شک و شبیه معقول باشد، استناد بی‌چون و چرا به استصحاب در این گونه موارد بی‌اشکال و تأمل نیست. بویژه در مورد اعضای باطنی بنانهادن بر صحت و سلامت آن‌ها صرفاً با استناد به غلبه و ظاهر حال دشوار است. در واقع فرض برائت همچون اصل برائت عملی نیست که هرگاه اصلی موضوعی اجرا شود و وضعیت را تعبد روش نماید توبت به اصل برائت نمی‌رسد؛ زیرا التزام به فرض برائت قاضی را وامی دارد تا با وجود شک و شبیه قابل توجه به ضمان و مسئولیت حکم ننماید.

۱۳- اگر در جنون و عقل مجني علیه اختلاف شود و جانی بگوید مقتول را در حال دیوانگی به قتل رسانیدم، ولی اولیاً دم بگویند: او عاقل بوده است، بنابر اعتبار استصحاب در چنین مواردی، ملاک حال پیشین است. به همین ترتیب در فرض شک در بلوغ یا عدم بلوغ بزه‌دیده نیز استصحاب عدم بلوغ معتبر خواهد بود. در مورد شک در بلوغ جانی و نزاع بر سر آن نیز اصل عدم بلوغ، قتل را از قتل موجب قصاص خارج می‌سازد.

#### ۶- فرض برائت و باراثبات شرایط مساعد به حال متهم

با ملاحظه موارد اخیر می‌توان این پرسش را مطرح نمود که آیا می‌توان به طور کلی گفت: هرگاه متهم ادعای وضعیت یا اوضاع و احوالی را نماید که مساعد و مناسب به حال اوست، مسئولیت باراثبات دگرگون می‌شود و این خود متهم و منکراست که با آن اصولاً در موضع انکار است؛ اما ادعای خود را در مورد آن وضعیت خاص باید اثبات کند؟<sup>۱</sup>

۱- برای ملاحظه توضیحاتی در این باره نک: منصور آبادی، عباس، "باراثبات شرایط مساعد به حال متهم"، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، صص ۳۳۹-۳۷۱، سمت، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۳.

ممکن است گفته شود: قاعده بینه و ادله آن از این نظر که بار اثبات را در هر مورد به عهده مدعی می‌گذارد از این جهت عام است و دعواه مدنی و دعواه جنایی از این نظر فرقی با یکدیگر ندارند. پس منکر باید شرط و وضعیت مورد ادعا را اثبات کند. چه بسا می‌توان این دیدگاه را تأیید کرد با این نکته که پذیرش خلاف این حکم و نهادن بار اثبات بر عهده شاکی یا مقامات تحقیق و دادرسی این باب فاسد را می‌گشاید که متهم پیوسته دعواهی دروغین و بی‌اساسی را مطرح نماید و در روند معمول و طبیعی دادرسی اخلال نماید و با اطاله دادرسی، هزینه‌های فراوانی را هم بردوش جامعه و دولت نهد.

با این حال می‌توان به دیدگاه پیش‌گفته پاسخ داد که: روشن نیست که قاعده بینه دعواه مدنی و جزایی رایکسان شامل شود. درست است که در فقه رایج اغلب میان دادرسی مدنی و کیفری تفکیک نشده است، اما این به معنای آن نیست که قواعد دادرسی مدنی کیفری یکسان است.<sup>۱</sup>

اگر ادعایی که متهم مطرح می‌کند شک قابل توجهی را برانگیزد نمی‌توان صرف‌آبا استناد به این که بار اثبات دعوا بر عهده خود متهم است آن را نادیده انگاشت. زیرا حکم کردن با وجود چنین شک و شباهه‌ای نادیده گرفتن فرض برائت و مضمون قاعده درء است. بویژه این که عدالت واصل برای سلاح‌ها ایجاب می‌کند که بار اثبات هر ادعایی را بردوش متهم نگذاریم.

ضمن این که ادعای متهم درباره شرایطی که مناسب به حال اوست، یکسان نیست؛ در متون دینی شرایط مساعد به حال متهم با این کلیت مورد حکم خاصی قرار نگرفته است. گاه ادعای متهم مربوط به امری قضایی مانند صلاحیت دادگاه و نقص پرونده یا جرح شهود است. به این ادعاهای در حد متعارف باید توجه کرد. گذاشتن بار اثبات چنین ادعاهایی بردوش متهم معقول نیست.

گاه امر مساعد به حال متهم ادعای وضعیتی مربوط به خود اوست؛ مانند استناد به عوامل موجهه جرم و علل رافع مسئولیت کیفری مانند: اضطرار، دفاع مشروط، جهل و صغیر. اثبات برخی از این وضعیت‌ها توسط متهم آسان تراز اثبات آن توسط دیگران

۱- یکی از ضرورت‌های پژوهشی فقهی این است که ویژگی‌های و قواعد دعواه مدنی و جنایی از یکدیگر متمایز شوند؛ امری که در فقه کنونی به هم آمیخته است. مباحث قضاؤ شهادت با همین به هم آمیختگی پیگیری می‌شوند و این امر گاه سوء تفاهماتی اربمی انگیزد.

است. گزاردن باراثبات این دست شرایط بویژه آن‌ها که جزتوسط خود متهم قابل اثبات نیستند، معقول است.

اما گاه امر مساعد به حال متهم مربوط به بزه‌دیده است؛ مانند ادعای تهاجم او، ادعای صغر و جنون در مواردی که این شرایط یا کیفری رامنتفی می‌سازد یا سبب تخفیف آن‌ها می‌شود. پذیرفتن این که اصلی مانند استصحاب بتواند حکم همه موارد راتعیین کند رأی بی‌بنیادی است. در امور مهم که پای جان آدمیان در میان است، احکام شرعی را با خبر واحد هم نمی‌توان اثبات کرد، به طریق اولی استصحاب بویژه برپایه این که دلیل واقع‌نمایی نیست و صرفاً شک و تردید را به لحاظ عملی از میان برمی‌دارد، دلیل قابل اعتمادی نیست. آنچه همچون ضابطه‌ای کلی می‌توان در تمام این موارد به کار بست این است که به ادعاهای متهم باید چندان توجه کرد که حکم با وجود آن ادعاهای مصدق حکم براساس شک و شباهه نباشد. این امر مقتضای پاییندی به فرض برائت و قاعده در است.

## فهرست منابع

### الف. منابع عربی

- ۱- قرآن کریم
- ۲- احمد عبدالله، مجید خضر، افتراض براءه المتهم، مجله جامعه تکریت للعلوم الإنسانية، مجلد ۱۴، شماره نهم، ۲۰۰۷.
- ۳- احمدی میانجی، علی، مکاتیب الرسول(ص)، ج ۳، دارالحدیث، چاپ اول، قم، ۱۴۱۹ق.
- ۴- اصفهانی، محمد بن حسن(فضل‌هندي)، کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۱۱، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۶ق.
- ۵- بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهیه، ج ۳، اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۳۷۱ش.
- ۶- بغدادی، محمد بن الحبیب، المحبور، دارالافق الجدیده، تحقیق: ایلزه لیخته شتیرن.
- ۷- بغدادی، محمد بن محمد بن النعمان(شیخ مفید)، الجمل، مرکز‌نشر‌التابع لمکتب الاعلام الاسلامی، تحقیق: علی میرشریفی، قم، ۱۳۷۱ش.
- ۸- بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان(شیخ مفید)، الارشاد، ج ۱، مؤسسه آل‌البیت(ع)، چاپ دوم، ۱۴۱۶ قمری، قم.
- ۹- ترمذی، محمد بن عیسی، جامع الترمذی، دارالسلام، ریاض، چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
- ۱۰- ثقیل بغدادی، ابراهیم بن محمد، الغارات، ج ۱، انجمن آثار ملی، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۵ق.
- ۱۱- جعی عاملی، زین الدین، مسالک الافهام، ج ۱۵، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.

- ۱۲- جبیعی عاملی، زین الدین، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۱۰، تحقیق: سید محمد کلانتر، العلمیه، قم، چاپ دوم، ۱۳۹۶.
- ۱۳- حرمی عاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعه، ج ۱۸، المکتبه الاسلامیه، تهران، ۱۴۰۱ق.
- ۱۴- حلی، جعفرین الحسن، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۶۷، اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- ۱۵- حلی، حسن بن یوسف، قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۶۴۶، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ق.
- ۱۶- حلی، حسن بن یوسف، کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ چهاردهم، ۱۴۳۲ق.
- ۱۷- حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه، ج ۵ و ۶ ص ۱۳۵، مؤسسه بوستان کتاب، چاپ دوم، ۱۴۲۳ق.
- ۱۸- دینوری، ابن قتیبه، الامامه والسياسة، ج ۱، نشرالشیریف الرضی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ق.
- ۱۹- ربانی، محمدحسن، قاعده الدره، دفترانتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۸ق، قم.
- ۲۰- صدوق، محمد بن علی بن الحسین، من لایحضره الفقیه، ج ۴، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۴ق.
- ۲۱- طوسی، محمد بن الحسن، الخلاف، ج ۵، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ق.
- ۲۲- طوسی، محمدبن حسن، المبسوط، ج ۸، ص ۷ و ۸، مؤسسه انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ق.
- ۲۳- فیض کاشانی، محمد محسن، مفاتیح الشرایع، ج ۲، ص ۶۸، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، تحقیق: سیدمهدی رجایی، قم، چاپ اول، ۱۴۰۱ق.
- ۲۴- کلینی، محمدبن یعقوب، الکافی، ج ۷ و ۸، دارالکتب الاسلامیه، تهران، چاپ ششم، ۱۳۸۷ش.
- ۲۵- مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، ج ۳، مؤسسه الوفاء، بیروت، چاپ دوم، ۱۴۰۳ق.
- ۲۶- موسوی، سیدمحمد الرضی (سیدرضی)، نهج البلاغه، تحقیق: صبحی الصالح، چاپ اول، قم، دارالأسوة، ۱۴۱۵ق.
- ۲۷- نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۴۱ و ۴۳، دارإحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۹۸۱م.

### ب. منابع فارسی

- ۲۸- آشوری، محمد، آیین دارسی کیفری، ج ۱، سمت، تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۶ش.
- ۲۹- شاملو، باقر، «اصل برائت در نظامهای نوین دادرسی»، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تحلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، صص ۲۶۲-۲۸۳، ۲۸۳-۲۸۲، سمت، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۳.
- ۳۰- شمس ناتری، محمدابراهیم، «اصل برائت و موارد عدول از آن در حقوق کیفری»، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تحلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، صص ۲۸۴-۳۰۲، سمت، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۳.
- ۳۱- محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، ج ۳، (بخش قضایی)، ص ۲۳۳، مرکزنشراسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸۱.

- ۳۲- محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، ج<sup>۴</sup>، بخش جزائی، تهران، مرکزنشرعلوم اسلامی، چاپ هفدهم، ۱۳۸۹.
- ۳۳- ملایوسفی، مجید و داوود معماری، گناه نخستین از دیدگاه اسلام و مسیحیت، مجله ادیان و عرفان، شماره ۴۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، صص ۱۵۱-۱۲۶.
- ۳۴- منصورآبادی، عباس، «بارایبات شرایط مساعد به حال متهم»، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، صص ۳۴۹-۳۷۱، سمت، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۳.
- ۳۵- نوبهار، رحیم، اصل قضایی بودن مجازات‌ها: تحلیل فقهی حق بر محکمه عادله، شهردانش، تهران، چاپ دوم، ۱۳۹۴.
- ۳۶- نوبهار، رحیم، «جستاری در مبانی تقسیم بندی حد-تعزیر در فقه کیفری اسلام»، مجله تحقیقات حقوقی، ش<sup>۶۳</sup>، پاییز ۱۳۹۲، صص ۲۱۳-۲۵۴.