

مبانی فقهی قسامه و نحوه اجرای آن در حقوق موضوعه ایران

محمد قاسم ناظریان^۱، امید محمدی نیا^{۲*}

چکیده:

یکی از ادله اثبات قتل و یا جنایت‌های وارد بر اعضاء قسامه است. قسامه عبارت است از اینکه عده‌ای نزد حاکم برای اثبات جنایت بر عهده متهم اداء سوگند نمایند تا براساس سوگند آنان جنایت ثابت گردد. اداء سوگند گاهی از اوقات پنجاه بار و گاهی بیست و پنج بار و گاهی کمتر از این نیز می‌باشد؛ آنچه که از مطالعه کتب معتبر تاریخی و آداب و رسوم اعراب جاهلی، و نیز از بررسی شیوه‌های مرسوم بین اقوام و ملل مختلف در طول تاریخ برای «افشای حقیقت» با توسل به آزمون ایزدی یا سوگند، برمی‌آید، آن است که تأسیس قسامه نمی‌تواند از ابداعات شارع اسلام باشد؛ لیکن، شارع اسلام در موارد وجود ظن نسبت به ارتکاب جنایت از سوی متهم و فقدان سایر ادله اثبات دعوی، حکم قسامه را به عنوان یکی از پیامدهای قاعده «لایبطل دم امرء مسلم» پذیرفته است، که همین قاعده مبنای پذیرش ارش در موارد فقدان دیه مقدر هم می‌باشد. اصل وجود قسامه و آن که قسامه یکی از ادله اثبات قتل و یا اثبات جنایت بر اعضاء می‌باشد، مورد اتفاق نظر بین فقهاء شیعه و اهل سنت می‌باشد و هیچ‌گونه تردیدی در اصل مشروعیت آن وجود ندارد، هرچند اجرای آن با اوضاع و احوال کنونی که بسیاری از مردم بدون آگاهی و به دروغ اداء سوگند می‌کنند، بسیار مشکل است؛ فقهاء شرایطی را برای اجراء قسامه ذکر فرموده‌اند، که یکی از آن شرایط لوث می‌باشد؛ نگارنده در این مقاله با روش تحلیلی - توصیفی به واکاوی مبانی و نحوه اجرای قسامه بر مبنای آموزه‌های فقهی و حقوقی پرداخته است.

واژگان کلیدی: قسامه، لوث، جنایات، ادله اثبات دعوی.

* دانشجوی دکتری تخصصی حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

** پژوهشگر دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی، و مدرس دانشگاه تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

مقدمه

اگرچه بررسی راه‌های اثبات جرم از موضوع‌های ادله اثبات دعوی در آئین دادرسی کیفری است، ولی برخلاف روال متداول و ماهیت آن، همواره در قانون مجازات اسلامی مطرح گردیده است. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ابتداء در کتاب اول بخش پنجم را اختصاص به ادله اثبات در امور کیفری داده و به تفصیل به بحث در مورد اقرار، شهادت، سوگند و علم قاضی پرداخته است. اما متعاقب آن در فصل چهارم از بخش اول از کتاب سوم (قصاص) و طی مواد ۳۴۹ - ۳۱۲ با عنوان راه‌های اثبات جنایت، به بررسی قسامه می‌پردازد. ماده ۱۹۰ ق.م.ا. بیان می‌دارد: «ادله اثبات جرم عبارت از اقرار، شهادت، قسامه و سوگند در موارد مقرر قانونی و علم قاضی است» و در تبصره همین ماده، احکام و شرایط قسامه را به مقررات مذکور در کتاب قصاص و دیات این قانون احاله داده است. بنابراین، راه‌های اثبات جنایت همان موارد مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مجازات اسلامی است و در کتاب سوم (قصاص)، فقط به وضع مقررات مربوط به قسامه پرداخته است (آقایی‌نیا، ۱۳۹۲: ۱۴۳).

با این اوصاف، از جمله موضوعاتی که جزء قواعد فقهیه محسوب می‌گردد و در عین حال، در قانون مجازات اسلامی نیز مطرح شده، موضوع قسامه است. فقهای امامیه این قاعده را رافع اتهام از متهم و مثبت جرم برای مدعی‌علیه می‌دانند. براساس روایات اسلامی، اجرای این قاعده موجب امنیت و آسایش جامعه و سبب احتیاط بیشتر در دماء و نفوس می‌باشد. البته، برخی از علما نیز تشریح قسامه را بر مبنای تعبد می‌دانند.

این قاعده با حصول شرایطی از جمله وجود لوث اجرا می‌گردد که با توجه به قواعد کلی حاکم بر لوث می‌توان گفت اصل بر عدم تحقق لوث است و در تحقق آن باید احتیاط بسیار کرد و در صورت تعارض در لوث، نوبت به اعمال آن نمی‌رسد (محمدی، ۱۳۹۷: ۵).

در احکام قضائی اسلام، «قسامه» یکی از قوانین کیفری است که در باب قصاص و دیات مطرح می‌گردد.^۱ و اینگونه است که پس از انجام جنایت و ثبوت قتل، اگر کسی اقرار به قتل نکرد و یا برای مدعی یا مدعیان شهود و بینة، قابل قبول محکمه قضا نبود که فرد خاص یا افراد خاصی قاتل باشند، در اینجا موضوع «لوث» مطرح می‌گردد. که چنانچه شرایط وجود لوث موجود بود، قسامه اجرا می‌شود. اگر با هیچکدام از این طریق قاتل شناخته نشود، «دیه» از بیت‌المال پرداخت خواهد شد.

^۱ ادله اثبات دعوا هم در موضوعات حقوقی کارآیی دارند و هم در موضوعات کیفری (آشوری، ۱۳۹۸: ج ۲، ۴۰۰). بجز قسامه که کاربردش فقط در جنایات می‌باشد، لذا در جرایمی امثال کلاهبرداری یا امانت در خیانت و دیگر موضوعات حقوقی نمی‌توانیم شخص را براساس قسامه محکوم کنیم. در تبصره ماده ۱۶۰ ق.م.ا. آمده است احکام و شرایط قسامه برای اثبات یا نفی قصاص و دیه معتبر است. یعنی در حد و تعزیر کاربرد ندارد.

از جمله موضوعاتی که در قانون مجازات اسلامی بصورت منصوص در فقه آمده، موضوع قسامه است؛ مراد از منصوص این است که قاعده مذکور مستند به روایت است و در زمره قواعد اصطیادی محسوب نمی‌شود. قسامه برای آن وضع شده است که خون مسلمانان حفظ گردد و شخص فاسقی که اراده کرده مردی را به قتل برساند و یا او را ناگهانی در جایی که کسی او را نبیند، به قتل رساند، از این عمل بترسد و از کشتن او خودداری نماید. نگارنده در این مقاله در پی پاسخگویی به این سوالات است که مبنای فقهی قسامه چیست؟ و شرایط اجرای قسامه در نظم حقوقی کنونی ایران چیست؟

۱. مفهوم‌شناسی

بحث پیرامون یک موضوع نیازمند آشنایی و روشن گردانیدن مفاهیم آن موضوع می‌باشد تا بدین طریق آگاهی نسبی پیرامون تحقیق حاصل شده و خواننده آمادگی ورود به بحث اصلی را پیدا نماید. مفاهیم موضوع مورد تحقیق از اهمیت اساسی برخوردار است و بدون آشنایی لازم با اصطلاحات آن، مطلوب مورد نظر به دست نخواهد آمد. در این قسمت، به مفاهیم مورد نیاز تحقیق که زیر بنای مطالب بعدی مقاله را تشکیل می‌دهد، اشاره خواهد شد.

۱ - ۱. مفهوم قسامه

قسامه به فتح قاف و بدون تشدید در دو معنای سوگند و کسانی که سوگند می‌خورند، بکار رفته است و در قاموس، به معنای سوگندخورندگان آمده است و نیز به معنای آتش‌بس میان مسلمانان و دشمنان آنان می‌باشد و جمع آن قسامات است (افضلی‌قادی، ۱۳۹۳: ۱۰). فقها قسامه را بدین صورت تعریف کرده‌اند: «قسامه عبارتست از سوگندهایی که بین اولیاء دم تقسیم می‌شوند» یا «قسامه عبارت است از سوگندهایی که تقسیم شده بر جماعتی که آن‌ها را ادا کنند» و نیز «قسامه عبارت است از ایمانی می‌دانند که اولیاء دم برای اثبات ادعای خود یاد می‌کنند» (شهیدثانی، ج ۱۵، ۱۳۹۲: ۲۱).

حقوقدانان نیز قسامه را اینگونه تعریف کرده‌اند: «قسم‌های پنجاه‌گانه است که متهم یا متهمین با عدم بینه به جهت برائت خود، و از طرف مدعیان برای اثبات خون یاد می‌کنند» و یا قسامه عبارت است از سوگندهایی است که به دستور قاضی دادگاه با وجود عناصر لوث متوجه مدعی دعوی و قصاص بر متهم ثابت می‌شود» (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۵: ۳۰۹). و نیز قسامه عبارت است از ادای سوگند توسط پنجاه نفر در قتل عمدی و بیست و پنج نفر در قتل شبه عمدی و خطای محض از ساکنین محلی که مجنی علیه یک قتل در آنجا یافت شده مبنی بر اینکه خود مرتکب جنایت نگردیده و اطلاعی هم از قاتل ندارند» (گلدوزیان، ۱۳۸۵: ۱۱۷) و یا «قسامه عبارت است از قسم‌هایی که مدعی، مدعی علیه یا اقوام ذکور نسبی آن‌ها در جهت محکومیت یا برائت از قتل یا

جرح می‌خورند» (آقای نیا، ۱۳۹۲: ۲۰۹).

هر چند عبارات حقوقدانان ترجمه همان عبارات فقها می‌باشد که در تعریف اصطلاح قسامه ارائه کرده‌اند، لکن همه این تعاریف مواجه با اشکال هستند؛ زیرا در تعریف، ما با کم و کیف و جزئیات موضوع سرو کار نداریم و اینکه تعریف را به یک قید از این جزئیات مقید کنیم، نابجا است. مثلاً اگر گفته شود پنجاه سوگند از جانب مدعی است، جانب دیگر را در بر نمی‌گیرد و اگر گفته شود پنجاه سوگند از جانب مدعی علیهم برای برائت است، جانب دیگر را در نظر نداشته‌ایم، بهتر است تعریفی جامع و کلی بدست دهیم تا تمام جوانب را در زیر چتر خود داشته باشد و مثلاً بگوییم: «سوگندهای مکرر در دعاوی جنایی» و یا به طور کامل تر بگوییم: «قسامه عبارتست از سوگندهای متعدد (قتل عمد ۵۰ سوگند قتل غیر عمد ۲۵ سوگند و در اعضا از یک تا شش سوگند می‌باشد) در دعاوی قتل و جنایت بر اعضا از جانب مدعی و اقوام ذکور نسبی او جهت اثبات و از جانب اقوام ذکور نسبی مدعی علیه یا خود شخص او که برای تبرئه صورت می‌گیرد».

۱-۲. مفهوم لوث

لوث در لغت به معنای آلوده شدن به چیزی آمده است (رازی زاده، ۱۳۷۴: ۷۳)؛ در اصطلاح فقه، دلیل و نشانی است که به نزد حاکم، موجب حصول گمان به صدق دعوی مدعی گردد. چنان که فرد مسلحی که سلاحش آلوده به خون باشد، به کنار مقتول به خون تپیده‌ای دیده شده باشد، یا چنین جسدی در سرای قومی و یا در محله منفصل از شهری یافت شده باشد که کسی جز اهل آن محله بدانجا ایاب و ذهاب نکنند، یا یک نفر عادل بدان گواهی کند، یا جمعی از زنان یا گروهی از فاسقان، و یا شماری از کودکان شهادت دهند، آنچنان که موجب ظن حاکم شود. در جائی که لوث تحقق یابد، وظیفه حاکم است که مدعی را و در صورت نکول، مدعی علیه را به قسامه دعوت کند و پس از انجام مراسم قسامه، دعوی به اثبات می‌رسد و به قصاص اگر ادعا قتل عمد باشد، و پرداخت دیه اگر ادعا قتل خطا باشد، حکم می‌شود (رضایان، ۱۳۸۶: ۲۸).

مرحوم علامه حلی در کتاب ارشاد در تعریف لوث استنباط می‌کند لازم است گمان غالبی باشد که برای حاکم اطمینان به اثبات جنایت به متهم حاصل گردد، بنابراین، گمان سست برای تحقق لوث کفایت نمی‌کند. عبارت باقی فقها نیز، از اینگونه است (مرعشی، ۱۳۷۲: ۶۳).

در قانون قدیم، مصادیقی را برای موارد لوث آورده شده بود، ولی در قانون جدید مصادیق برای لوث اشاره نشده است؛ ولی به عنوان مثال می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد. قتلی صورت گرفته است و شخصی با چاقویی آغشته به خون بالاسر مقتول ایستاده است، و هیچ ادله‌ای هم وجود ندارد که این شخص مقتول را به قتل رسانده است. این مثال از موارد لوث می‌باشد چون ظن

به این است که این شخص چاقو به دست مقتول را به قتل رسانده است. همچنین، دو نفر با هم شریک هستند، ولی اختلافی بین آنها به وجود آمده است و شخص اول شریک خود را تهدید به قتل می‌کند و اتفاقاً چند روز بعد شریک این شخص به صورت کاملاً مشکوک فوت می‌کند و ادله‌ای هم در دست نیست، لذا این مورد هم از موارد لوٹ محسوب می‌شود.

۲. مبانی قسامه

در مورد تاریخچه و سابقه قسامه دو نظر وجود دارد. مطابق یک نظر، قسامه در زمان ظهور اسلام وجود داشته و اسلام هم آن را امضاء و تایید کرده است. طرفداران نظر دوم، بر این باورند که قسامه یک حکم تأسیسی اسلام است. برخی از این گروه، مبدأ تشریح حکم قسامه را در زمان پیامبر «صلی الله علیه و آله» پس از فتح خیبر، و برخی مبدأ آن را در زمان خلافت خلیفه سوم، عثمان بن عفان، می‌دانند (موسوی‌بجنوردی، ۱۳۷۶: ۵۶-۵۸).

آنچه که از مطالعه کتب معتبر تاریخی و آداب و رسوم اعراب جاهلی، و نیز از بررسی شیوه‌های مرسوم بین اقوام و ملل مختلف در طول تاریخ برای «افشای حقیقت» با توسل به آزمون ایزدی یا سوگند، برمی‌آید، آن است که تأسیس قسامه نمی‌تواند از ابداعات شارع اسلام باشد (موسوی‌بجنوردی، ۱۳۷۶: ۵۸).

لیکن، شارع اسلام در موارد وجود ظن نسبت به ارتکاب جنایت از سوی متهم و فقدان سایر ادله اثبات دعوی، حکم قسامه را به عنوان یکی از پیامدهای قاعده «**لا یبطل دم امرء مسلم**» پذیرفته است، که همین قاعده مبنای پذیرش ارش در موارد فقدان دیه مقدر هم می‌باشد (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲: ۴۶۰). در برخی از روایات، پذیرش قسامه مؤثر در ترس و تحت فشار قرار گرفتن اشخاص شرور، و در نتیجه، بازداشتن آنها از ارتکاب جنایت دانسته شده است. قسامه از احکام تأسیسی می‌باشد، یعنی اولین بار شرع مقدس اسلام بحث قسامه را مطرح کرده است؛ لذا، در نظام حقوقی کامن لا و نظام حقوقی رومی-ژرمنی چیزی به اسم قسامه وجود ندارد و قسامه مختص به نظام حقوقی اسلام می‌باشد و در اسلام هم اهل سنت قبول دارند و هم شیعه، فقط با یک تفاوت که شیعه قسامه را هم در نفس قبول دارد و هم در مادون نفس، ولی اهل سنت قسامه را فقط در نفس قبول دارند و در مادون نفس نمی‌پذیرند.

۲-۱. قرآن

هیچ آیه‌ای در مورد قسامه وجود ندارد، لذا هیچکدام از فقها آیه‌ای را برای استدلال بر حجیت قسامه ذکر نکرده‌اند، یعنی در واقع برای مورد قسامه در قرآن مستمسک خاصی وجود ندارد؛ بنابراین، نمی‌توان جهت استدلال بر اعتبار قسامه به قرآن مراجعه کرد، البته چند آیه از قرآن (آیه ۶۸ تا ۷۳ سوره بقره) بازگوکننده جریان‌های قوم بنی‌اسرائیل و پیامبرشان می‌باشد که این داستان

هر چند در مورد قتل انسانی می‌باشد، ولی با جریان قسامه تفاوت دارد و این‌ها با هم تفاوت دارند؛ فلذا نمی‌توان به راحتی آن دو را قابل تطبیق دانست تا بر این آیات جهت مشروعیت قسامه استدلال کرد. در ضمن، فقهای امامیه به این آیات برای جریان قسامه اشاره‌ای نکرده‌اند، فلذا همان طور که گذشت، قسامه در قرآن مبانی صریحی برای آن وجود ندارد، و هر چند بتوانیم آن را نوعی از قسامه بنامیم، اما آیه نقل آن داستان می‌باشد و دلالتی بر هیچ نوع حکمی در تشریح این نهاد حقوقی ندارد؛ فلذا در مورد حجیت قسامه اصلاً نمی‌توان به این آیات استناد کرد.

۲-۲. روایات

عمده ادله و مبانی قسامه روایات می‌باشد که کثیری از روایات متواتر و مستفیض این مضمون را اعتبار می‌بخشند که به ترتیب این روایات را ذکر می‌کنیم:

۲-۲-۱. صحیح زراره

«... عن زراره قال: سألت ابا عبدالله (عليه السلام) عن القسامه، فقال: هي حق، إن رجلاً من الانصار وجد قتيلاً في قليب من قلب اليهود فأتوا رسول الله (صلى الله عليه وآله) فقالوا: يا رسول الله أننا وجدنا رجلاً منّا قتيلاً في قليب من قلب اليهود، فقال: ايتوني بشاهدين من غيركم، قالوا: يا رسول الله ما لنا شاهدان من غيرنا، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وآله: فليقسم خمسون رجلاً منكم على رجل تدفعه اليكم، قالوا: يا رسول الله (ص) كيف نقسم على ما لم نر؟ قال: فيقسم اليهود، قال: يا رسول الله كيف نرضى باليهود و ما فيهم من الشرك اعظم، فوادة رسول الله (ص)، قال زراره: قال ابو عبدالله عليه السلام انما جعلت القسامه احتياطاً لدماء الناس كيما إذا أراد الفاسق ان يقتل رجلاً او يغتال رجلاً حيث لا يرا احد خاف ذلك فامتنع من القتل» (حر عاملی، ج ۱۸: ۱۴۹).

ترجمه روایت: زراره نقل می‌کند: از اباعبدالله (ع) در مورد قسامه سوال کردم، فرمودند که: قسامه مشروع است، شخصی از انصار در کنار چاهی از چاه‌های یهود کشته پیدا شد، انصار نزد پیامبر (ص) آمدند و عرض کردند: یا رسول الله ما کشته‌ای از انصار را نزد چاهی از چاه‌های یهود پیدا کرده‌ایم، پیامبر فرمودند: دو شاهد از غیر خودتان بیاورید، گفتند: یا رسول الله ما دو شاهد از غیر خودمان نداریم. پیامبر به آن‌ها فرمود: پس بنابراین پنجاه نفر از شما سوگند یاد کند تا قاتل را در اختیار شما قرار دهم. گفتند: ای پیامبر (ص) چگونه بر آنچه ندیده‌ایم، سوگند یاد کنیم؟ پیامبر (ص) فرمودند: پس بنابراین یهودیان سوگند یاد می‌کنند و الی آخر. متن این روایت که در واقع نقل جریان قتل عبدالله بن سهل توسط یهود می‌باشد، از روایات متواتر است که راویان شیعه و اهل سنت آن را به الفاظ مختلف نقل کرده‌اند، که مشروعیت قسامه را به خوبی نشان می‌دهد.

۲-۲-۲. صحیحہ ابی بصیر

«عن ابی بصیر ابی عبدالله علیه السلام قال: ان الله تبارك و تعالی حکم فی دمائکم بغیر ما حکم فی أموالکم حکم فی أموالکم أن البینه علی من ادعی و الیمین علی من ادعی علیه، و حکم فی دمائکم أن الیمین علی من ادعی و البینه علی من ادعی علیه لثلاثا یبطل دم امری مسلم» (حر عاملی، ج ۱۸: ۱۴۹).

ترجمه روایت: ابی بصیر روایت می کند که ابی عبدالله (ع) می فرمایند که: خداوند سبحان در خون‌ها حکمی را قرار داده‌اند که با حکم در دعاوی مالی متفاوت است، زیرا در اموال حکم کرده که بینه بر مدعی و سوگند برای منکر باشد، و در دماء حکم کرده‌اند بدین نحو که سوگند بر مدعی باشد و بینه بر مدعی علیه تا اینکه خون مسلمانی هدر نرود. این روایت نیز که تفاوت حکم دماء را با سایر دعاوی نشان می‌دهد - که همان بحث لوث و قسامه می‌باشد - و گرنه در دیگر ادله اثباتی تفاوتی بین دعاوی خونی (جنایات) با سایر دعاوی وجود ندارد. به هر حال، این روایت نیز دلالت بر مشروعیت قسامه دارد.

۲-۲-۳. صحیحہ برید بن معاویه

«عن برید بن معاویه، عن أبی عبدالله علیه السلام قال: سألته عن القسامه، فقال: الحقوق كلها البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه الا فی الدم خاصه، فان رسول الله (ص) بینما هو بخیر اذ فقدت الانصار رجلاً منهم فوجدوه قتيلاً فقالت الانصار: ان فلان اليهودی قتل صاحبنا،...» (حر العاملی، ج ۱۹: ۱۱۴).

ترجمه روایت: «برید بن معاویه از قول ابی عبدالله (ع) نقل می کند که: از حضرت در مورد قسامه سوال کردم، فرمودند که رویه در تمام دعاوی حقوقی بر این است که بینه بر مدعی باشد و سوگند بر مدعی علیه بجز در دعاوی خونی - که در آنجا عکس آن می‌باشد، یعنی سوگند (قسامه) بر مدعی و بینه بر مدعی علیه می‌باشد - هنگامی که پیامبر (ص) در خیبر بود و یکی از انصار گم شد و او را کشته یافتند، انصار گفتند که فلان شخص یهودی دوست ما را کشته است که پیامبر (ص) نیز حکم به قسامه می‌دهد...» این روایت نیز دلالت بر مشروعیت قسامه دارد.

۲-۲-۴. روایت عبدالله بن سنان

«عن عبدالله بن سنان قال: سألت ابا عبدالله علیه السلام عن القسامه، هل، جرت فیها سنه؟ فقال: نعم خرج رجلان من الانصار یصیان من الثمار ففترقا فوجد احدهما میتاً فقال اصحابه لرسول الله (ص): انما قتل صاحبنا اليهود، فقال رسول الله (ص):...» (شیخ طوسی، ج ۵: ۱۵۰)

این روایت که اشاره به همان قضیه خیبر و جریان قتل عبدالله بن سهل از انصار دارد نیز دلالت بر مشروعیت قسامه دارد.

۲-۳. اجماع

بحث قسامه و اعتبار آن مورد اتفاق نظر تمام مذاهب اسلام می‌باشد و اکثر فقهای امامیه در مورد حجیت و اعتبار شرعی آن ادعای اجماع کرده‌اند، اما با وجود روایات کثیری که در این باب وجود دارد، این اجماع محل چندانی در این بحث ندارد. «چون کثیری از اجماعات باب قسامه مدرکی است، خصوصاً اجماع در این موضوع که کثیری از روایات در آن وارد شده است؛ لذا ارزش چندانی برای آن قائل نمی‌شوند»، ولی به هر حال، در باب قسامه و حجیت و اعتبار آن بسیاری از فقهای امامیه به این دلیل استناد کرده‌اند.

۲-۴. عقل (بنای عقلاء)

قسامه یک موضوع عرفی بوده و در جوامع گذشته و در شبه جزیره عربستان، در میان مردم مرسوم بوده است. شرع مقدس نیز بنا به احترام به این روش عرفی و عقلایی و عدم مخالفت با مصالح شرع، این روش را امضا نموده است، چون قسامه یک مسئله عرفی و عقلایی بوده و عقلای جامعه آن را مفید تشخیص داده‌اند، می‌توان به همین بنای عقلا جهت مشروعیت آن تمسک کرد. مادام که ردعی از شارع بدان نرسیده، بلکه تصدیق و امضا هم شده، بنابراین می‌توان -بنای عقلا برای مشروعیت قسامه استناد کرد، هر چند با وجود کثرت روایات متواتر و مستفیض و برگشت تایید این بنای عقلا به همان سنت متواتر می‌باشد، در این باب به ذکر دلیل عقل جهت مشروعیت بخشیدن به بحث قسامه بی‌نیازیم، ولی به هر حال همچنین می‌توان بدان نیز تمسک جست؛ چون به هر حال این دلیل راهنمای بشر بوده و خواهد بود و در آینده تاثیر و راهگشایی آن بیشتر روشن خواهد شد؛ فلذا باید همیشه جایگان آن مبرهن باشد تا هنگام تمسک به آن، دلیلی غریب نباشد و فی الجمله در این باب نیز تمسک به عقل نیز بی‌مورد نخواهد بود. البته، استدلال به بنای عقلا جهت مشروعیت قسامه نیز مجلی دارد، چون هر چند بنای عقلا فی ذاته حجت نیست، بلکه این عقلایی مورد تایید و امضای شارع مقدس بوده، چون بنابراین تحقیق قسامه حکم امضایی بوده، یعنی بنای عقلا مورد امضای شارع بوده، فلذا ظن به مشروعیت قسامه که توسط بنای عقلا حاصل شده بود، توسط امضای شارع و تایید شرع به حجت بدل شده است. بنابراین، می‌توان به بنای عقلا جهت مشروعیت جواز حکم به قسامه استناد کرد.

۳. شرایط اجرای قسامه در نظم حقوقی کنونی

استثنایی بودن حکم قسامه و پراهمیت بودن آن در امور کیفری، محدودیت قلمرو قسامه را ضروری می‌نماید. بنابراین، توسل به این نهاد مربوط به جرایم خاصی است که از نظر شارع دارای

اهمیت بوده و شرایط ویژه‌ای در مورد آن‌ها وجود دارد.

۳-۱. نصاب قسامه

اگر جنایت بر علیه نفس و عمدی باشد، تعداد ۵۰ (ماده ۴۵۵ ق.م.ا).
اگر جنایت بر علیه نفس ولی غیرعمدی (شبه عمد و خطای محض) باشد، تعداد ۲۵ (ماده ۴۵۵ ق.م.ا).

در جنایت بر مادون نفس (عمدی یا غیرعمدی): ماده ۴۵۶ ق.م.ا مقرر می‌دارد:

- «الف) شش قسم، در جنایتی که دیه‌ی آن به مقدار دیه کامل است.
ب) پنج قسم، در جنایتی که دیه‌ی آن پنج ششم دیه کامل است.
پ) چهار قسم، در جنایتی که دیه‌ی آن دو سوم دیه کامل است.
ت) سه قسم، در جنایتی که دیه‌ی آن یک دوم دیه کامل است.
ث) دو قسم، در جنایتی که دیه‌ی آن یک سوم دیه کامل است.
ج) یک قسم، در جنایتی که دیه‌ی آن یک ششم دیه کامل یا کمتر از آن است.»

در ارش نیز بعد از حکم پزشکی قانونی مقدار جراحت بر هر کدام از موارد بالا منطبق بود، تعداد قسم هم به همان مقدار معین در موارد بالا خواهد بود؛ با این اوصاف، ارش نیز با قسامه قابلیت اثبات دارد؛ چرا که ماده ۴۴۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقررات دیه مقدر را در مورد ارش جاری می‌داند و مقرر می‌دارد: «ارش، دیه غیرمقدر است که میزان آن در شرع تعیین نشده است و دادگاه با لحاظ نوع و کیفیت جنایت و تاثیر آن بر سلامت مجتعلیه و میزان خسارت وارده با در نظر گرفتن دیه مقدر و با جلب نظر کارشناس، میزان آن را تعیین می‌کند. مقررات دیه مقدر در مورد ارش نیز جریان دارد، مگر اینکه در این قانون ترتیب دیگری مقرر شود.»

در مادون نفس، با قسامه قصاص عضو ثابت نمی‌شود و تنها دیه ثابت می‌شود و علت اینکه در نفس با قسامه قصاص ثابت می‌شود، ولی در مادون نفس قصاص ثابت نمی‌شود، این است که در بحث نفس چون شخصی کشته شده و برای اینکه خون او هدر نرود، با قسامه قصاص ثابت می‌شود، ولی در مادون نفس شخص از بین نرفته است. اهل سنت در مادون نفس قسامه را قبول ندارند و علت این که قبول ندارند، می‌گویند هدف از قسامه این است که خون شخصی پایمال نشود و حال آن که در مادون نفس خود شخص حاضر است. ولی فقهای شیعه قسامه را در مادون نفس هم

^۱ نظر برخی از حقوقدانان مبنی بر این است که قسامه فقط برای اثبات یا نفی قصاص یا دیه می‌باشد و در ارش کاربرد ندارد (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲: ۴۶۳). قانونگذار در سال ۱۳۷۰ دیه را یک موضوع تلقی می‌دانست و ارش را هم یک چیز جدا و این دو با هم متفاوت بودند. ولی قانون جدید مصوب ۱۳۹۲ دیه را تقسیم کرده بر الف) دیه مقدر ب) دیه غیرمقدر (دیه غیرمقدر همان ارش می‌باشد)، لذا هر حکمی که دیه دارد، ارش هم دارد. پس بر مبنای نص خود قانونگذار، ارش را هم می‌توان با قسامه ثابت کرد.

قبول دارند، فقط با این فرق که در مادون نفس با قسامه فقط دیه ثابت می‌شود و قصاص ثابت نمی‌شود.

۳-۲. وحدت و تعدد مدعی و مدعی‌علیه

از موضوعات مربوط به اجرای قسامه، انفراد یا تعدد طرفین دعواست که می‌توان فروض مختلفی را برای آن در نظر گرفت: فرض نخست، وحدت هر دو طرف (مدعی و مدعی‌علیه). فرض دوم، تعدد هر دو طرف (مدعی و مدعی‌علیه). فرض سوم، وحدت در یک طرف و تعدد در طرف دیگر. در فرض نخست، موضوع روشن است. زیرا حسب مورد، تعداد قسامه از ناحیه هر یک از آن‌ها، یک بار است و افزایش تعداد قسامه منتفی است، ولی در فرض تعدد اعم از مدعی یا مدعی‌علیه یا هر دو، این سوال به ذهن متبادر می‌شود که آیا تعداد قسامه در این حالت‌ها به نسبت تعداد افراد، افزایش می‌یابد؟ از نظر فقهای امامیه در فرض تعدد مدعی، یک بار قسامه کفایت می‌کند و افزایش سوگند در این حالت مطرح نیست. البته، در فرض تعدد مدعی‌علیه، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد، به گونه‌ای که از نظر برخی از آنان، حتی در این فرض هم، یک بار قسامه کفایت می‌کند و به تعداد مدعی‌علیه، تعداد قسامه افزایش نمی‌یابد، ولی به نظر برخی دیگر، هر یک از مدعی‌علیه‌ها باید برای نفی اتهام از خود، اقامه قسامه کند (طوسی، ۱۳۵۱: ۲۵۰).

در ماده ۲۵۲ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۰، در فرض تعدد مدعی‌علیه، مدعی می‌بایست برای اثبات ادعای خود از طریق قسامه، برای هر یک از آنان پنجاه قسم (یک بار قسامه) ادا می‌کرد که با استعلام دادستان کل کشور (به شماره ۱۴۰/۷۵/۲۳۰۲۰/۶۱ مورخ ۱۳۷۵/۶/۲۶) و به موجب نظریه شورای نگهبان، این عبارت ماده مذکور خلاف موازین شرعی شناخته شد. از این رو، این قسمت از ماده موصوف در سال ۱۳۸۰، حذف شد؛ به گونه‌ای که در فرض تعدد مدعی‌علیه و اقامه قسامه از طرف مدعی، یک بار قسامه کفایت می‌کند و نیاز به تکرار قسامه از سوی مدعی به تعداد متهمان نیست. حتی برای اثبات شرکت در جنایت، اقامه یک قسامه از سوی مدعی کافی است (ماده ۳۲۳ ق.م.ا). ولی در صورت اقامه قسامه از طرف متهمان، هر کدام باید برای برائت خود یک بار اقامه قسامه کند و یک بار قسامه از طرف همه آنان برای نفی اتهام از خود، کفایت نمی‌کند.

همین موضوع در ماده ۳۲۷ ق.م.ا. پذیرفته شده است. به طوری که در فرض تعدد مدعی، اقامه یک قسامه از طرف همه آنان کفایت می‌کند، حتی اگر متهمان متعدد باشند. ولی در فرض اقامه قسامه از ناحیه متهمان و تعدد آنان، هر یک از آنان باید برای برائت خود، اقامه قسامه مستقل نماید و در این فرض (تعدد متهمان)، هر یک از آنان می‌تواند به نفع متهم دیگر، در قسامه شرکت کند (ماده ۳۲۸ ق.م.ا). البته، در این ماده ذکر از وجود رابطه خویشاوندی برای متهمان اداکننده

سوگند نسبت به همدیگر، نشده است. در حالی که داشتن رابطه خویشاوندی، برای آنان برای ادای سوگند در حق دیگری همانند بستگان مدعی، لازم است. ضرورت وجود این شرط، از مبانی فقهی قسامه و مفاد مواد ۳۳۷ و ۳۳۸ قانون مجازات اسلامی فعلی، قابل استنباط است (احمدی، ۱۳۹۲: ۱۹).

۳-۳. تکرار سوگند

قسامه دو وجه دارد: الف) مدعی یا شاکی «همان اولیای دم مقتول» ب) متهم. اصل بر این است که قسم خوردندگان در هر دو وجه از خویشاوندان ذکور نسبی باشد که اعم از: الف) خویشاوندان امی ب) خویشاوندان ابی ج) خویشاوندان ابوینی. اولاً: خود مدعی یا شاکی خودش هم می‌تواند یکی از قسم‌خوردگان باشد. ثانیاً: فرقی هم ندازه که مدعی زن باشد یا مرد، می‌تواند خودش هم یک قسم را اجرا کند، ولی بقیه اجراکنندگان قسم باید از خویشاوندان ذکور نسبی باشند. ثالثاً: مدعی یا شاکی در جنایت بر نفس باید از وراثت شخص باشند، یعنی کسانی که از مقتول ارث می‌برند.

اگر به هر دلیلی در جنایت بر نفس مدعی نتوانست ۵۰ قسم را کامل کند، حال چه خویشاوندان ذکور نسبی کم بودند و یا حاضر به قسم خوردن نبودند، خود مدعی نمی‌تواند تکرار قسم کند تا تعداد ۵۰ قسم کامل شود. از این رو، در جنایت بر نفس از سوی مدعی تکرار قسم جایز نیست. در بحث قسامه، اولین طرفی که باید قسامه را اجرا کند، مدعی یا همان شاکی می‌باشد، ولی اگر به هر دلیلی مثلاً نبود افراد کافی یا حاضر نشد خویشاوندان ذکور نسبی برای اجرای قسامه و... نتواند قسامه را اجرا کند و یا اصلاً نخواهد قسامه را او انجام دهد، می‌تواند از متهم بخواهد تا او قسامه را انجام دهد (یعنی همان رد قسم).

در رد قسامه به متهم، اولاً: متهم هم باید از خویشاوندان ذکور نسبی خود برای اجرای قسم بیاورد. ثانیاً: خود متهم هم می‌تواند یکی از اجراکنندگان قسم باشد، فرقی هم ندارد که زن باشد یا مرد. ثالثاً: زمانی که رد قسامه می‌شود به متهم، اصل این است که خویشاوندان ذکور نسبی متهم اجراکننده قسامه باشند، ولی اگر به هر دلیلی مانند نبود افراد کافی در خویشاوندان ذکور نسبی یا حاضر نشدن خویشاوندان بر اجرای قسامه، متهم نتوانست اجرای قسامه کند، در این صورت، خود متهم می‌تواند تکرار قسم کند تا تعداد قسم‌ها به ۵۰ برسد و متهم در این صورت تبرئه می‌شود. علت جواز تکرار قسم در متهم می‌تواند این باشد که چون اصل بر بی‌گناهی افراد است، لذا در طرف متهم تکرار قسم جایز است. در جنایت بر مادون نفس اگر خویشاوندان ذکور نسبی وجود داشت و حاضر به اجرای قسامه بودند که اجرا می‌کنند، ولی در نبود خویشاوندان و یا حاضر نبودن

به اجرای قسامه، هر دو طرف یعنی هم مدعی و هم متهم می‌توانند تکرار قسم کنند. دلیل پیش‌بینی این امتیاز برای مدعی، ضمان اجرای خفیف‌تر قسامه در این موارد (دیه به جای قصاص) و نیز این نکته است که در اینجا، برخلاف قتل، مدعی شخص مجنی‌علیه است که قول او بیش از خویشان مدعی قتل (که قربانی مستقیم جرم نمی‌باشند) قابل پذیرش است. زیرا وی، مثلاً ممکن است ایراد جرحت علیه خود را با چشم دیده یا از خصومت دیگری با خود مطمئن و از این رو، حاضر به تکرار قسم به مقدار لازم باشد (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲: ۴۰۹).

۳-۲-۱. خصوصیات اداکنندگان سوگند

برای اداکنندگان سوگند در قسامه، خصوصیاتی وجود دارد:

مطابق مواد ۳۳۶ و ۴۵۵ ق.م.ا. ۱۳۹۲، اداکنندگان سوگند باید مرد باشند و از طرفی، طبق ماده ۳۳۷ همان قانون، سوگند شاکی (مدعی)، خواه مرد و خواه زن، جزء نصاب محسوب می‌شود. و حتی متهم اعم از اینکه مرد یا زن باشد، قادر به ادای سوگند است (ماده ۳۳۸ ق.م.ا.). در جنایت بر اعضا و منافع هم، مجنی‌علیه و متهم اعم از این که مرد یا زن باشند، قادر به ادای سوگند می‌باشند (تبصره ۱ ماده ۴۵۶ و ماده ۴۵۷ ق.م.ا.). لذا استثنائاً در این موارد، زن هم می‌تواند ادای سوگند کند. در فقه در مورد این که زن می‌تواند در قسامه از جمله سوگندخوردگان باشد، نظرات متفاوتی وجود دارد که نظر مشهور بر این است که اگر زن در این امر مدعی یا متهم باشد، ادای سوگند توسط او جایز است (خویی، ۱۳۹۰: ۱۰۷). و همین دیدگاه مطابق مواد مذکور در قانون مجازات اسلامی پذیرفته شده است.

اداکندگان سوگند باید از بستگان و خویشاوندان مدعی یا مدعی‌علیه باشند. تا قبل از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، رابطه خویشاوندی نسبی، مورد نظر بود (ماده ۲۴۸ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۰ و اصلاحی ۱۳۸۰). لذا، بستگان سببی حق ادای سوگند را نداشتند. قانون مجازات اسلامی فعلی با حذف قید «نسبی» به ذکر عبارت «خویشاوندان و بستگان» به صورت مطلق اکتفا کرده است (ماده ۳۳۶). با این تغییر نگرش، رویکرد جدیدی را در توسعه قلمرو اداکنندگان سوگند اتخاذ کرده است. به طوری که خویشان و بستگان سببی طرفین (مدعی و متهم) هم می‌توانند از جمله سوگندخوردگان باشند. در این مورد، صرف رابطه خویشاوندی کافی است و ارتباطی به موضوع ارث ندارد (احمدی، ۱۳۹۲: ۲۲).

اداکندگان سوگند ممکن است خود مدعیان یا متهمان جنایت ارتکابی باشند؛ زیرا این افراد طبق مواد ۳۳۷ و ۳۳۸ قانون مجازات اسلامی جدید در بحث جنایت بر نفس و نیز مواد ۴۵۶ و ۴۵۷ همان قانون در مورد جنایت بر اعضا و منافع، می‌توانند ادای سوگند نمایند.

۴. مراحل لوث و قسامه

اول: ارائه بینه از سوی متهم؛ اگر متهم ارائه بینه کرد که تبرئه می‌شود؛ اگر بینه ارائه نکرد، وارد قسامه می‌شویم.

دوم: اجرای قسامه توسط مدعی یا همان شاکی به تعداد ۵۰ قسم، یک قسم خود مدعی ۴۹ قسم خویشاوندان؛ اگر مدعی یا شاکی قسامه را اجرا کند، حکم قصاص متهم صادر می‌شود. درخواست مهلت از دادگاه برای اجرای قسامه که در این صورت، در جنایت عمدی متهم را با قرار تأمین آزاد می‌کنند و در جنایت غیرعمدی، بدون قرار تأمین متهم را آزاد می‌کنند، به شرط اینکه از محدوده تعیین شده دور نشود (ماده ۳۱۸ ق.م.ا.). و این مهلت نهایتاً تا سه ماه می‌باشد.

سوم: رد قسامه به متهم با اتمام مهلت درخواست شده از دادگاه و یا به درخواست خود مدعی (ماده ۳۱۹ ق.م.ا.). اگر متهم قسامه را اجرا کند، تبرئه می‌شود و دیه مقتول را از بیت‌المال پرداخت می‌کنند و اگر نتواند قسامه را به هر دلیلی اجرا کند، متهم به هیچ وجه قصاص نمی‌شود و مجازات آن تنها دیه می‌باشد. دلیلش هم این است که چون از طرفی ظن به قاتل بودن متهم وجود دارد، ولی از طرفی هم قسامه اجرا نشده که حکم قطعی قصاص صادر شود و لذا، بخاطر اینکه خون کسی هدر نرود، دیه ثابت می‌شود. (نکته: در قتل غیرعمد هم که رد قسامه شود به متهم و او نیز قسامه را اجرا نکند، در آنجا مجازات متهم فقط دیه می‌باشد). مرحله بعدی وجود ندارد مبنی بر اینکه متهم اگر نتوانست قسامه را اجرا کند، رد قسامه کند به خود مدعی؛ این مرحله چهارم را قانونگذار به رسمیت نشناخته است.

نتیجه‌گیری

قسامه از نهادهای مورد پذیرش در فقه اسلامی است. خلاف قاعده بودن این نهاد، محدودیت قلمرو کاربرد آن را دو چندان می‌کند و به همین علت، توسل به آن فقط در جرایم علیه تمامیت جسمانی افراد و آن هم توأم با وجود لوث و فقدان ادله قانونی دیگر است که در هر دو جنبه ایجابی و سلبی به کار می‌رود. لذا، به هیچ‌وجه توسل به آن برای اثبات یا نفی سایر جرایم ممکن نیست و حتی مجازات تعزیری مورد نظر برای جنایات به علت عدم اجرای قصاص، از طریق توسل به قسامه، امکان ندارد. همچنین، وجود لوث شرط مقدم بر قسامه است و به جهت قرارگیری قسامه در آخرین مرتبه از ادله مذکور در ماده ۱۶۰ ق.م.ا.، استناد به آن، در فرض وجود سایر ادله قانونی دیگر، امکان‌پذیر نمی‌باشد. برای مرحله اجرای قسامه هم شرایط کمی و کیفی همچون نصاب سوگند، تعداد قسامه در فرض تعدد مدعی و مدعی علیه، امکان یا عدم امکان تکرار سوگند از ناحیه آنان، خصوصیات اداکنندگان سوگند و خصوصیات سوگند در نظر گرفته شده است که در صورت تحقق آن‌ها، اجرای قسامه و صدور حکم صحیح بر مبنای آن، ممکن خواهد بود. آنچه که

از مطالعه کتب معتبر تاریخی و آداب و رسوم اعراب جاهلی، و نیز از بررسی شیوه‌های مرسوم بین اقوام و ملل مختلف در طول تاریخ برای «افشای حقیقت» با توسل به آزمون ایزدی یا سوگند، برمی‌آید، آن است که تأسیس قسامه نمی‌تواند از ابداعات شارع اسلام باشد؛ لیکن، شارع اسلام در موارد وجود ظن نسبت به ارتکاب جنایت از سوی متهم و فقدان سایر ادله اثبات دعوی، حکم قسامه را به عنوان یکی از پیامدهای قاعده «لایبطل دم امرء مسلم» پذیرفته است، که همین قاعده مبنای پذیرش ارزش در موارد فقدان دیه مقدر هم می‌باشد.

تشکر و قدردانی

پژوهشگران، از عزیزانی که در فرآیند ویراستاری ادبی و صفحه‌آرایی این مقاله همکاری و راهنمایی داشتند، کمال تشکر و امتنان را دارند.

منابع قرآن کریم

- آقایبیا، حسین (۱۳۹۲). حقوق کیفری اختصاصی: جرایم علیه اشخاص (جنایات)، تهران: نشر میزان، چاپ یازدهم.
- آشوری، محمد (۱۳۹۸). آیین دادرسی کیفری (با آخرین اصلاحات تا سال ۱۳۹۷)، تهران: انتشارات سمت، چاپ بیست و یکم.
- احمدی، انور (۱۳۹۴). رویکرد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به قسامه، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتم و هفتم، شماره ۹۱.
- افضل‌قادی، فریا (۱۳۹۳). لوٹ و قسامه از منظر قانون و فقه، مبانی فقهی حقوق اسلامی، ۷(۱۳).
- جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۵). ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش.
- رازی‌زاده، محمدعلی (۱۳۷۴). قسامه در نظام قضایی اسلام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، بی‌جا.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۵). حقوق جزای اختصاصی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- محمدی، جلال (۱۳۹۷). بررسی تطبیقی قسامه و شرایط آن از منظر فقه اسلامی و قانون مجازات اسلامی، فصلنامه جلال‌المتین، ۷(۲۳).
- مرعشی، سیدمحمدحسن (۱۳۷۲). قسامه، فصلنامه حقوقی دادگستری، (۸).
- موسوی‌بجنوردی، محمد (۱۳۷۶). فقه تطبیقی، تهران: انتشارات میعاد.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۲). جرایم علیه اشخاص، تهران: انتشارات میزان، چاپ یازدهم.

ب. منابع عربی

- حرعاملی، شیخ محمد بن حسن، وسائل الشیعه، جلد هجدهم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۳۹۰ق). مبانی تکمله المنهاج، جلد دوم، قم: مطبعه العلمیه، چاپ دوم.
- شهید ثانی (۱۳۹۲). شرح العمه، ترجمه و تبیین دکتر علی شیروانی، جلد سیزدهم، قم: انتشارات دارالعلم، چاپ دوازدهم.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۵۱). المبسوط، جلد هفتم، قم، مکتبه مرتضویه.