



The Scientific Journal in Jurisprudence and Bases of Islamic law The 15 rd.
Year/NO: 4 winter 2022

تعارض قسامه با اصل برائت در ق.م.ا. و امکان سنجی تعدیل ضمانت اجرای آن

در پرتو ادله علمی و فقهی

سلیمان جدیدی سرای^۱ ولی اله انصاری^۲ کیومرث کلانتری درنکلا^۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۱۶

چکیده

قسامه یکی از دلایل اثبات جنایت یا رفع اتهام بوده که در صورت «تحقق لوث» و «فقدان ادله دیگر» قابل استناد است. لوث امارات ظنیه قوی جهت صدق ادعای ولی دم برای حاکم به صورت نوعی حاصل می شود. حکم قسامه در قرآن نیامده و مستند مشروعیت آن روایات و سنت است و فلسفه جعل آن در اسلام حمایت و صیانت از خون مردم و حفظ نظم عمومی و بازدارندگی جهت عدم ارتکاب قتل و جلوگیری از هدر رفتن خون می باشد. جمهور فقهای امامیه و عامه عقیده بر مشروعیت قسامه به عنوان یک نهاد امضایی اسلام دارند، اما در قلمرو شمول و قدرت اثباتی آن بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد بطوریکه فقهای امامیه عقیده بر شمول قسامه به جنایت نفس (عمدی و غیرعمدی) و جنایت مادون نفس جهت اثبات قصاص یا دیه و یا رفع اتهام دارند از سوی دیگر اصل برائت یکی از اصول مترقی و بنیادین حقوق اسلام و حقوق عرفی بوده که طبق آن فرض بر بیگناهی متهم بوده و متهم تکلیفی به ارائه دلیل جهت اثبات بیگناهی خود ندارد و مدعی (دادستان) باید فراتر از هر گونه شک و تردید معقول و دلایل متقن اتهام وارده بر متهم را اثبات نماید. در بحث قسامه که پیش شرط اجرای آن ظن غالب (لوث) بوده جلوه هایی از تعارض در برخی خصوصیات قسامه در فقه و قانون مجازات اسلامی از جمله نحوه احراز علم قسامه خورندگان و منشا علم آنها، نحوه احراز لوث، شیوه احراز رابطه خویشاوندی و... با اصل برائت وجود دارد. این مقاله به روش توصیفی - تحلیلی به جلوه هایی از تعارض قسامه با اصل برائت و امکان تعدیل فساد با قسامه در پرتو نریات فقهی بدیع و ادله علمی پرداخته است.

واژگان کلیدی: قسامه، لوث، برائت، اماره، تعارض

jadidisoleyman@gmail.com

۱. دانشجوی دکترای تخصصی حقوق کیفری و جرم شناسی گروه حقوق واحد گرگان، دانشگاه آزاد اسلامی، گرگان، ایران

drvaliansari@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسؤول)

kalantari@nit.ac.ir

۳. استاد گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران.

مقدمه

جرم و جنایت در جامعه از همان آغاز خلقت بشر وجود داشته و عدّه اقلیتی از افراد جامعه با تعدی به حقوق شهروندان و هم نوع خود و نقض نظم عمومی جامعه دست به ارتکاب جرم می‌زنند. به تعبیر امیل دورکیم جامعه شناس فرانسوی، جرم عملی است به هنجار و کارکرد اجتماعی دارد و مجرم یک عامل عادی و منظم در هر زندگی اجتماعی است و به تعبیر لاکاسانی پزشک و جرم شناس فرانسوی، هر جامعه مستحق بزهکاری است که در دامن خود پرورش می‌دهد و محیط اجتماعی ظرف کشت بزهکاری است. لذا هیچ جامعه‌ای عاری از جرم و مجرم وجود ندارد (نجفی ابرند آبادی؛ هاشم بیگی؛ ۱۳۷۷: ۱۴۶ و ۲۰۷). بعد از وقوع جرم و جنایت چرخه عدالت کیفری به جریان افتاده و کنشگران قضایی در جهت اجرای عدالت در جامعه و حفظ نظم عمومی جامعه و استیفاء حقوق بزه دیده و تأمین امنیت فردی و اجتماعی با توسل به شیوه‌های قانونی سعی در کشف جنایت و شناسایی مجرم واقعی و انجام یک دادرسی عادلانه دارند.

هدف از دادرسی کیفری کشف حقیقت و تضمین توأمان حقوق بزه دیده و متهم در راستای حفظ نظم عمومی جامعه می‌باشد و تأمین این هدف جز از طریق احراز و اثبات اتهام به طرق قانونی و ابزارهای متعارف و معقول اثباتی در مرجع قضایی صالح و در چارچوب قانون امکان پذیر نمی‌باشد. هدف نهایی دلیل رسیدن محکمه به واقعیت مطلق است.

اصل مشروعیت قسامه به عنوان دلیل اثباتی مورد اتفاق فقهاء اعم از امامیه و عامه می‌باشد اما در خصوص برخی از موضوعات آن بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. بطوریکه جمهور فقهای امامیه اجرای آنرا در جنایت بر نفس و اعضاء و جوارح هم در راستای اثبات و هم نفی اتهام معتبر می‌دانند اما فقهای اهل سنت قسامه را در نفس قبول داشته و آنرا در جوارح و اعضاء قبول ندارند. همچنین شافعی و حنفی صدور حکم قصاص با قسامه ولی دم (مدعی) را نپذیرفته اند و استقرار دیه با قسامه در مال متهم یا عاقله مورد قبول آنها می‌باشد.

از سوی دیگر برخی از فقهاء و حقوقدانان صدور حکم قصاص با قسامه را به علت خلاف اصل بودن آن و اینکه قسامه مشتمل بر شبهه و ظن (لوث) است قابل تأمل دانسته و عقیده بر عدم قصاص با قسامه دارند (محقق داماد؛ ۱۴۰۰ص. ۳۳۴). بخصوص اینکه امروزه با پیشرفتهای فنی و تکنولوژی و بهره گیری از دستاوردهای علمی بشری در زمینه علوم جرم یابی مثل DNA و انگشت نگاری و ادله دیجیتال و... شیوه‌های کشف جنایت و شناسایی متهم واقعی تسهیل گشته است و کنشگران دادرسی کیفری اعم از پلیس جنایی و بازپرس و دادگاه می‌توانند با بهره گیری از علوم جدید و تکنولوژی‌های نانوفناورانه و کسب نظر متخصصین امر اعم از پزشکی قانونی، آزمایشگاههای جنایی و غیره در شناسایی مجرم و کشف واقعیت امر در پرونده‌های جنایی اقدام نمایند.

مفهوم شناسی قسامه

قسامه به فتح قاف و بدون تشدید در دو معنی سوگند و کسانی که سوگند می‌خورند بکار رفته است و در لغت، مصدر است و به معنی قسم یاد کردن است (الزحیلی؛ ۲۰۰۸ص. ۳۶۸، نجفی؛ ۱۳۶۵ص. ۲۲۶ و جبعی عاملی؛ ۱۴۲۰ص. ۶۷)

در اصطلاح، قسامه مجموعه قسم‌هایی است که در دعوی قصاص، با وجود لوث به دستور قاضی متوجه مدعی دعوی قتل می‌گردد. (جعفری لنگرودی؛ ۱۳۸۸ص. ۲۹۱۲). طبق نظر برخی از فقها، قسامه تنها بر کثرت سوگندهایی اطلاق می‌گردد که در دعوی قتل میان اولیاء تقسیم می‌گردد. برخی دیگر از فقها قسامه را به معنای اولیاء مقتول که سوگند می‌خورند می‌دانند (شهید ثانی؛ ۱۴۲۰ق: ۱۹۷۳، شیخ طوسی؛ ۱۳۸۸ص. ۲۱۰ و محقق حلی؛ ۱۴۱۵ص. ۱۴۲).

حنفیه قسامه را قسمهایی می‌دانند که متهم جهت رفع اتهام از خود یاد می‌کند. هر یک از متهمان سوگند می‌خورند که «به خدا، او (متهم) آن شخص را نکشته و ما نمی‌دانیم قاتل کیست» اگر به این صورت قسم یاد کنند دیه بر آنها ثابت است. لذا ابوحنیفه معتقد به قسامه نفی است و قسامه را جهت اثبات جنایت قبول ندارد اما جمهور فقهای امامیه و فقهای عامه (غیر از حنفی‌ها) قسامه را هم جهت اثبات جنایت (قسامه اثبات) و هم نفی اتهام (قسامه نفی) قبول دارند و البته اصل مشروعیت قسامه مورد اتفاق همه فقهای امامیه و عامه است و آنرا طریقی جهت حفظ جان و صیانت از خون مردم می‌دانند.

در قسامه اثبات - که مورد اتفاق همه فقهای امامیه و اهل سنت غیر از حنفیه است - قسامه توسط ولی دم جهت اثبات جنایت عمدی علیه جانی اقامه می‌شود. هر یک از قسم‌خوردگان (پنج‌جاه نفر مرد از بستگان ولی دم) می‌گویند: «به خدایی که غیر از او خدایی نیست جانی ضربه‌ای زد و فلانی مُرد» یا «به درستی که فلانی، فلانی را کشت» (محقق داماد؛ ۱۴۰۰ص. ۳۰۶).

هر چند قسامه یکی از طرق اثبات جنایت یا رفع اتهام است اما یک دلیل ضعیف بوده که با ظن همراه است و زمان اجرای آن صدر اسلام و نظام قبیله‌ای و عشیره‌ای که امکانات فنی و علمی کشف جرم کافی نبود، بوده که جهت جلوگیری از به هدر رفتن خون مسلمان کشته شده اجرا می‌شد و قانون مجازات اسلامی نیز به تبعیت از نظر مشهور فقهاء امامیه قسامه را به عنوان دلیل اثبات یا نفی اتهام - در صورت فقدان ادله دیگر - پذیرفته است. اما توسل به قسامه به عنوان استثناء و خواستن دلیل از متهم جهت اثبات بیگناهی خود در ماده ۳۱۷ ق.م.ا.م.غایرت آشکار با اصل برائت متهم و سایر اصول و قواعد حقوق کیفری و فقهی دارد و صدور حکم قصاص نفس در صورت عجز متهم از ارائه دلیل بر بیگناهی خود با مبانی فقهی و عقلی و منطقی و اقتضائات امروزی جامعه سازگاری ندارد. بخصوص که پیشرفتهای فناورانه و تکنولوژی و ادله‌های علمی و الکترونیکی که کشف جرم و جنایت را تسهیل کرده است و مرجع قضایی باید با استمداد از دلایل علمی و موقعیت‌شناسی حضور متهم (آنتن دهی) و دیگر شیوه‌های تشخیص هویت، تمام مساعی خود را جهت کشف حقیقت و شناسایی مجرم واقعی بکار برد و کمتر به قسامه که مبنای ظنی دارد جهت اثبات جنایت متوسل گردد.

فلسفه و مبدا تشریح قسامه

همچنانکه گفته شد در اسلام و به تبع آن قانون مجازات اسلامی، فلسفه تشریح قسامه به عنوان آخرین دلیل اثبات جنایت یا رفع اتهام، رعایت قاعده ظلّ و جلوگیری از هدر رفتن خون مردم و صیانت از جان شهروندان و تامین آرامش و آسایش جامعه و احتیاط در دماء و نفوس مردم است. اما از نظر سابقه تاریخی آیا قسامه از احکام امضایی اسلام است و در دوره جاهلیت نیز اجرا می‌شد؟

یا اینکه از احکام تأسیسی اسلام بوده و از ابتکارات دین اسلام می‌باشد؟ بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد که در ادامه به بررسی ریشه و مبدأ تشریح قسامه پرداخته خواهد شد.

امضایی بودن قسامه

اغلب علماء و فقهای اهل سنت و برخی از فقهاء امامیه عقیده بر امضایی بودن قسامه دارند و آنرا یک حکم جاهلی قبل از اسلام می‌دانند که اسلام آنرا تقریر کرده است.

ابن اثیر در النهایه ضمن اذعان بر امضایی بودن نهاد قسامه معتقد است: «در جاهلیت با قسامه قصاص جاری می‌شد و اسلام آنرا تقریر کرد و بوسیله آن نه قصاص بلکه دیه را واجب ساخت.» (ابن اثیر؛ ۱۳۸۳، ص. ۶۲) همچنین در صحیح مسلم نیز حدیثی آمده که به نقل از یکی از اصحاب می‌گوید «پیغمبر قسامه را به همان عنوان که در گذشته بود امضاء کرد» (نیشابوری؛ بی تا، ص. ۱۲۹۵ و ابن حزم اندلسی؛ ۱۴۱۸، ص. ۸۰).

برخی با اشاره به سلسله روایت‌هایی از نسایی، اجرای قسامه در زمان قبل از اسلام را به قضاوت ابوطالب با قسامه در قتل شخصی از قبیله بنی هاشم می‌دانند. شخصی از قبیله بنی هاشم برای تجارت به یمن رفت و در آنجا با فردی درگیر شد و در حال مرگ به یکی از اهالی یمن که از کنار او می‌گذشت می‌گوید که پیام اش را به ابوطالب برساند و بگوید فلانی قاتل اوست. ابوطالب پس از اطلاع از قتل، قاتل را احضار کرده و می‌گوید: یکی از دو راه را انتخاب کن یا صد شتر دیه پرداز یا پنجاه نفر از اهل (خویشان) قسم یاد کند که او را نکشته‌ای در غیر اینصورت تو را قصاص می‌کنم. و قاتل شق دوم را پذیرفت و قسامه نفی اتهام جاری گردید. (نسائی به نقل از آبکار؛ ۱۳۷۸، ص. ۴۲).

عده‌ای ابوطالب را اولین کسی می‌دانند که در زمان جاهلیت به قسامه عمل کرده و در آن نه قصاص بلکه به دیه حکم دادند و عده‌ای نیز ولید بن مغیره را اولین فردی می‌دانند که در جاهلیت به قسامه حکم داده است.

تأسیسی بودن قسامه

برخلاف فقهاء اهل سنت و برخی دیگر از فقهای امامیه که قائل به امضایی بودن قسامه هستند، جمهور فقهای امامیه با استناد به روایات مختلف عقیده بر تأسیسی بودن قسامه دارند که اسلام آنرا بنیان نهاده است و مبدأ تشریح آنرا بعد از فتح خیبر می‌دانند. مهمترین روایت وارده بر تأسیسی بودن قسامه، روایت ابو بصیر به نقل از امام صادق (ع) است که در خصوص مبدأ تشریح قسامه سوال کرده است. «سألت أبا عبد الله (ع) عَنِ الْقَسَامَةِ أَيْنَ كَانَتْ بَدْوَاهَا؟ فَقَالَ (ع) كَانَتْ مِنْ قَبْلِ رَسُولِ اللَّهِ (ص) لَمَّا كَانَتْ بَعْدَ فَتْحِ خَيْبَرَ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ عَنْ أَصْحَابِهِ فَرَجَعُوا فِي طَلْبِهِ فَوَجَدُوهُ مَتَشَحِّطًا فِي دَمِهِ قَتِيلًا فَجَاءَتْ الْأَنْصَارُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ (ص) فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ قَتَلْتَ الْيَهُودَ صَاحِبِنَا فَقَالَ (ص) لِيَقْسِمَ مِنْكُمْ خَمْسُونَ رَجُلًا عَلَى أَنْهُمْ قَتَلُوهُ» (حر عاملی؛ ۱۴۱۴، ج ۱۹، ص. ۱۱۸).

بنابراین قائلین به تاسیسی بودن قسامه با استناد به قضیه کشته شدن عبدا... بن سهل از انصار پیامبر بدست یهودی بعد از فتح خیبر که نهایتاً به علت عدم اجرا قسامه توسط انصار و عدم قبول قسامه یهودی توسط انصار، حکم به دیه از بیت المال صادر شد، مبدأ تشریح قسامه را بعد از فتح خیبر می‌دانند.

برخی از فقهاء تاسیسی یا امضایی بودن نهاد قسامه را مؤثر در مقام و شیوه استنباط نمی‌دانند و نهاد قسامه را از مسلمات فقه اسلام که مشروعیت آن در راستای حفظ خون مسلمان و احتیاط در دماء و نفوس است مورد اجماع فقهای امامیه و عامه می‌دانند. هر چند در شیوه اجرای قسامه اختلاف نظر وجود دارد. (نجفی؛ ق ۱۳۶۵ ص. ۲۲۰)

آنچه از مطالعه کتب معتبر تاریخی و آداب و رسوم اعراب جاهلی و نیز بررسی شیوه‌های موسوم بین اقوام و ملل مختلف در طول تاریخ برای افشای حقیقت با توسل به آزمایش ایزدی (اوردالی) بر می‌آید، آن است که تأسیس قسامه نمی‌تواند از ابداعات شارع اسلام باشد و قسامه احتمال دارد در گذشته معتبر بوده و سپس با تحریفی که در ادیان سابق بوجود آمده بدست فراموشی سپرده شده و اسلام مجدداً آنرا زنده کرده است (رازی زاده؛ ۱۳۷۴ ص. ۲۷)

لذا شارع مقدس در موارد ظن نسبت به ارتکاب جنایت از سوی متهم و فقدان ادله اثبات دیگر، حکم قسامه را در راستای قاعده «لَا يُبْطَلُ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ» پذیرفته است و امضایی بودن قسامه توسط دین اسلام طبق نظر فقهاء و روایات وارده موجه‌تر است. ذیلاً به بررسی جلوه‌هایی از تعارض قسامه با اصل برائت در فقه و ق.م.ا می‌پردازیم.

فقدان علم قسامه خورندگان و تعارض با اصل برائت

بعد از تحقق لوث، در صورت عجز متهم از ارائه دلیل بر بیگناهی خود، نوبت به اجرای قسامه توسط قسم خورندگان (بستگان مدعی) می‌رسد.

توسل به قسامه منوط به تحقق لوث (امارات ظنیّه) بوده که در صورت فقدان سایر دلایل اثباتی، مورد استناد دادگاه در اثبات یا رفع اتهام قرار می‌گیرند. قسم خورندگان در قسامه به چیزی که ندیده اند قسم یاد می‌کنند و در واقع مبنای اطلاع آنها از وقوع قتل و انتساب آن به متهم، شیاع محلی (استطلاع) می‌باشد. قانونگذار به تبعیت از نظر مشهور فقها در ماده ۳۴۰ ق.م.ا ۱۳۹۲ بر اتیان سوگند از روی علم و قطع تأکید داشته و قسم از روی ظن و گمان را قبول ندارد. مضافاً علاوه بر علم، احراز عدالت قسم خورنده به لحاظ استثنایی بودن دلیل قسامه و اکتفاء به قدر متیقن ضروری است و دادگاه باید با استعلام سوابق قسم خورنده و... عدالت او را احراز نماید.

در اینجا سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا علم در قسامه معلول حس و رویت است یا از هر طریق علم حاصل شود کافی است؟ برخی با استناد به روایت ابوبصیر در قضیه کشته شدن عبدالله بن سهل توسط یهودی و اینکه قسامه خلاف اصل بوده و باید به قدر متیقن اکتفاء گردد، عقیده بر لزوم علم از روی رویت و حس دارند. چنانچه انصار پس از درخواست پیامبر اکرم (ص) اعلام کردند ما برای چیزی که ندیده ایم چگونه قسم یاد کنیم.

برخی هم طریق حصول و احراز علم قسم خوردندگان را عام می دانند و در رویت خصوصیتی قائل نیستند زیرا در صورت مشاهده قتل، شاهد تلقی می شود و نیازی به قسامه نیست (موسوی بجنوردی؛ ۱۳۹۲ص. ۲۱۴).

اگرچه علم به ارتکاب قتل ممکن است از راههای مختلف حاصل شود اما با توجه به اصل احتیاط در دماء و استثنایی بودن دلیل قسامه، هر علمی کفایت نمی کند بلکه علمی مفید فایده است که از راه دیدن حاصل شده باشد (زراعت؛ ۱۳۹۲ص. ۴۴۰) اما قانونگذار در بیان تمایز قسامه با شهادت، لازم نمی داند که اتیان کننده سوگند شاهد ارتکاب جنایت باشد زیرا در آن صورت می تواند به عنوان شاهد شهادت دهد و دیگر نیازی به اقامه قسامه نخواهد بود (بهرامی؛ ۱۳۹۸ص. ۲۱۵) اینکه علم و جزم ناشی از آن چیست؟ آیا علم آنها صداقت بر ادعای ولی دم است یا علم تشخیص یا نوعی قسم خوردندگان؟ قانون ساکت است اما در آراء دیوان بر احراز جزم و قطع قسم خوردندگان تاکید شده است.

قانونگذار در ماده ۳۴۰ ق.م.ا. ۱۳۹۲ اصل را بر علم قسم خوردندگان و صحت اظهار وی گذاشته و آنرا کافی می داند بدون اینکه ساز و کارهای لازم جهت احراز شیوه و طریق علم اتیان سوگند را بیان نماید. بنابراین رعایت اصل احتیاط در دماء که شامل حال متهم به قتل نیز می شود ایجاب می کند که دادگاههای سختگیری بیشتری در این خصوص نموده و قانونگذار هم طرق احراز علم را در قانون قید نماید و عدم تعیین ضوابط و شیوه حصول علم قسم خوردندگان و اجرای قسامه صرفاً با ادعای اتیان کننده سوگند بدون بررسی و توجه به منشأ علم آنها تعارض آشکار با اصل براءت دارد.

فقدان ضابطه دقیق در نحوه احراز رابطه خویشاوندی و تعارض آن با اصل براءت

محل اجرای قسامه بعد از تحقق لوث، قسم بستگان مدعی با متهم بوده که باید با علم و جزم قاتل و مقتول و کیفیت جنایت را تعیین و اقدام به قسامه اثبات (توسط خویشاوندان مدعی) یا قسامه نفی (توسط خویشاوندان متهم یا خود او به تنهایی در صورت عدم وجود خویشاوند) نماید. اما در خصوص اینکه خویشاوندان مدعی چه کسانی هستند؟ آیا بستگان نسبی یا سببی هر دو را شامل می شود؟ آیا زن یا کافر می تواند قسم یاد نماید؟

ماده ۲۴۸ ق.م.ا. سابق (۱۳۷۰) اصلاحی ۱۳۸۰ قسم خوردندگان در قسامه را «خویشاوندان و بستگان نسبی مدعی» می دانست اما در ماده ۳۳۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲ قید «نسبی بودن» حذف شده است و مقرر داشته: «نصاب قسامه برای اثبات قتل عمدی سوگند پنجاه مرد از خویشاوندان و بستگان مدعی» کلیه خویشاوندان نسبی در هر طبقه و با هر درجه ای را شامل می شود خواه از وراث مقتول باشد خواه نباشد و رجولیت در آن شرط است. (خیمینی (ره)؛ ۱۳۹۰ق.ص. ۵۲۹)

قانونگذار با حذف قید «نسبی بودن خویشاوندان و بستگان» موجبات تسهیل فرایند توسل به قسامه را جهت اثبات جنایت عمدی موجب قصاص فراهم ساخته است در حالی که این امر برخلاف اصل احتیاط در دماء و فرض بیگناهی متهم می باشد و آسان شدن جمع بستگان اعم از نسبی یا سببی از هر درجه باشد، راه را جهت اتیان سوگند از سوی آنها نه براساس علم و جزم بلکه از روی تعلیم و تلقین و در اثر حبّ و بغض و کدورت و تعصبات قوی و قبیله ای باز می گذارد. بویژه که در شرایط فعلی جامعه امروزی

که متأسفانه با ضعف ایمان و سقوط اخلاقیات و عدم پابندی برخی از شهروندان به مبانی اعتقادی و اخلاقی، موجب اتیان سوگند دروغ در دادگاه می‌شود که این امر با حقوق متهم به قتل که تحت حمایت اصل برائت مغایرت دارد.

قانونگذار سازوکار و شیوه احراز رابطه خویشاوندی را در قانون مشخص نکرده است. آیا صرف ارائه اسناد هویتی اتیان کننده قسم کافی است؟ یا اقدام به طرق دیگر از جمله تحقیقات محلی یا استعلام هویتی از ارگانهای ذیربط ضرورت دارد؟ بنابراین عدم ذکر شیوه احراز رابطه خویشاوندی قسم خورندگان مدعی در اثبات جنایت عمدی که مجازات سنگین قصاص را به همراه دارد برخلاف اصل احتیاط در دماء و دیگر اصول فقهی و حقوقی بوده و تعارض آشکار را با محتوای شکلی اصل برائت دارد.

قانونگذار از یک طرف با حذف تکرار قسم توسط مدعی و بستگان وی در اصلاحیه ۱۳۸۰ در ماده ۲۴۸ و همچنین تصریح آن در ذیل ماده ۳۳۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲ و همچنین قبول تکرار قسم برای مدعی علیه (متهم) در صورت به حد نصاب نرسیدن قسم خورندگان در ماده ۳۳۸ ق.م.ا. به نوعی با پذیرش خلاف اصل بودن قسامه در راستای احتیاط و اصل برائت قدم برداشت و دامنه صدور حکم قصاص با قسامه را محدودتر کرده است اما از سوی دیگر با حذف قید «نسبی بودن» بستگان و خویشاوندان در همان ماده ۳۳۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲ اثبات قصاص با قسامه پنجاه نفر از بستگان از هر درجه و هر طبقه‌ای را بدون آنکه جزو وراثت مقتول باشند سهل تر کرده است که این سیاست کیفری دوگانه مقنن فاقد توجه حقوقی و منطقی بوده و با واقعیات امروزی اجتماع سازگاری ندارد. مضافاً قاضی باید منشأ علم قسم خورندگان را بررسی نماید. گاهاً بستگان مدعی که ساکن شهر دیگر یا حتی خارج از کشور است که در روز اجرای قسامه، قسم یاد می‌کند. منشأ علم و اطلاع او از جنایت چیست؟ چگونه جان یک انسان می‌تواند در گرو قسم خورندگانی باشد که حتی اطلاعی از خصوصیات جنایت و زمان و مکان آن ندارند قرار گیرد؟

در ماده ۲۵۰ ق.م.ا. ۱۳۷۰ و تبصره آن در خصوص علم و جزم قسم خورندگان به تبعیت از منابع فقهی مقرر شده بود که قسم خورندگان باید مباشرت یا مشارکت یا معاونت در قتل و نوع قتل (عمدی غیرعمدی) را مشخص نمایند. هر چند در ق.م.ا. ۱۳۹۲ صریحاً در این خصوص مقرره‌ای وجود ندارد اما تلویحاً در مواد ۳۲۹ و ۳۳۱ و ۳۳۲ و ۳۳۴ و ۳۳۵ و تبصره آن به آن اشاره شده است. نکته مهم این است که چگونه ممکن است قسم خورنده مدعی که غالباً بصورت تلقینی یا از روی تعصبات قومی، نژادی، قبیله‌ای یا حبّ و بغض با متهم و بدون داشتن دانش حقوقی کافی می‌تواند بحث مشارکت یا مباشرت یا معاونت متهم در قتل مقتول یا عمدی و غیرعمدی بودن جنایت را صریحاً و بدون ابهام بیان نماید؟ چگونه ممکن است همه بستگان مدعی بصورت کامل اطلاعات و علم خود بر چگونگی قتل و شرایط آنرا بیان نمایند تا موجب حصول قناعت وجدانی قاضی جهت صدق ادعای مدعی قتل گشته و مراسم قسامه را جهت صدور حکم سنگین قصاص اعمال نماید؟ لذا صرفنظر از عدم مشخص نبودن شیوه احراز رابطه خویشاوندی قسم خورندگان با مدعی یا متهم در قانون و تعارض آن با اصل برائت؛ عدم احراز رابطه خویشاوندی در دادگاه در مورد قسامه از موارد نقض حکم در مرجع بالاتر می‌باشد. مضافاً قانونگذار در ماده ۳۲۹ ق.م.ا. شیوه احراز خصوصیات جنایت

اعم از عمد - شبه عمد و خطای محض و انفراد و مشارکت متهم را تعیین نکرده است و اثبات خصوصیات جنایت و تعیین مصادیق قتل به لحاظ تخصصی بودن و ماهیت قضایی آن اصولاً توسط دادگاه صورت می‌گیرد و اعلام آن توسط قسم خورندگان که غالباً فاقد علم و اطلاع و دانش کافی هستند و قسم از روی تلقین و تعصب یاد می‌کنند برخلاف محتوای شکلی اصل برائت است.

غیر ترافعی بودن احراز لوث و تعارض آن با اصل برائت

فقه‌اء امامیه لوث را اماره ظنی قوی صدق ادعای مدعی دانسته و تحقق آنرا برای اجرای قسامه لازم و ضروری می‌دانند. (محقق حلی؛ ۱۴۰۵ص. ۲۲۲- خمینی (ره)؛ ۱۳۹۰ص. ۵۲۷- نجفی؛ ۱۳۶۵ص. ۲۳۹)

اما برخلاف فقه اهل سنت، موارد لوث در فقه امامیه تمثیلی بوده و هر اماره ظنی‌ای را شامل می‌شود مثل شخص مسلح آغشته به خون نزد مقتول یافت شود یا مقتول در خانه کسی یا قریه قومی یافت شود که معمولاً مقتول به آنجا تردد نداشته و یا شهادت طفل ممیز و... امارات و قرائن در لوث باید بصورت نوعی برای هر قاضی ایجاد ظن نماید که برخی از فقه‌اء از جمله آیه... خوئی علاوه بر امارات ظنیه، وجود امارات مخصوصه از جمله شرور و فاسق بودن را از شرایط تحقق لوث می‌دانند. مضافاً تعارض در امارات موجب بی اعتباری قسامه است که احراز این تعارض باید ترافعی و در راستای اکتفاء به قدر متیقن و حفظ حقوق متهم باشد.

یکی از مواردی که اقتضای کرامت ذاتی انسانی است حق برخورداری شهروندان از یک دادرسی منصفانه است که در اسناد و کنوانسیون‌های مختلف و قانون اساسی به آن تأکید شده است. از لوازم اصل برائت هم ارائه دلیل اثباتی توسط شاکی یا دادستان و اثبات مجرمیت متهم فراتر از هرگونه شک و تردید و ظن و گمان از طرق قانونی تحصیل دلیل می‌باشد. امارات ظنیه در لوث که موجب ظن قاضی به ارتکاب جنایت توسط متهم (ماده ۳۱۴ ق.م.ا) می‌باشد مقدمه لازم برای توسل به قسامه است. در فقه امامیه برخلاف اهل سنت امارات ظنیه محصور نمی‌باشد و قاضی از هر طریقی می‌تواند جهت صدق ادعای شاکی و حصول لوث علم پیدا کند. در ماده ۲۳۹ ق.م.ا سابق برخی از مصادیق لوث از جمله شهادت طفل صغیر، حضور شخص همراه با آثار جرم در محل قتل و... اشاره شده بود. البته اماره مفید ظن است نه یقین و ظن هم ذاتاً حجت نیست. بنابراین اماره جز در مواردی که شرع و قانون آنرا معتبر شناخته است، حجیت و ارزش ندارد. (رحیمی نژاد؛ ۱۳۸۷ص. ۲۱۲).

طبق ماده ۳۱۶ ق.م.ا دادگاه موظف است در صورت استناد به قسامه، قرائن و امارات موجب لوث را در حکم خود قید نماید. علت ذکر امارات در حکم دادگاه قابلیت بررسی آن توسط مرجع عالی است. البته ضمانت اجرای عدم ذکر امارات موجب لوث در حکم دادگاه - علی‌رغم عدم تصریح قانونگذار - نقض حکم در مرجع بالاتر خواهد بود. (زراعت؛ ۱۳۹۲ص. ۴۲۶).

از طرف دیگر ترافعی بودن دادرسی کیفری یا اصل تناظر در دادرسی حقوقی، یکی از اصول اساسی بوده و به معنی اعطای فرصت‌ها و امکانات عادلانه به طرفین پرونده جهت اثبات ادعا و ارائه دفاعیات لازم است که این امر موجب تأمین عدالت قضایی در

دادرسی‌ها می‌شود. این اصل در ماده ۳۵۹ ق.آ.ک مصوب ۱۳۹۲ مورد تأکید قرار گرفته است و طبق آن ارائه دلیل و اثبات جرم تکلیف قانونی دادستان و شاکی بوده و باید فراتر از هرگونه تردید یا شک معقول اتهام انتسابی متهم اثبات گردد و فرصت لازم برای متهم جهت دفاع از حقوق قانونی خویش داده شود و دادگاه باید در صورت انکار اتهام توسط متهم هر اقدام تحقیقی جهت کشف حقیقت را انجام دهد.

در خصوص لوث و شیوه احراز آن توسط دادگاه روش روشنی وجود ندارد و قانونگذار صرفاً وجود امارات و قرائن ظنّ آور را لوث دانسته است بدون اینکه به نحوه حصول و احراز آن بصورت نوعی و ترافعی و در حضور متهم و استماع اظهارات و دفاعیات متهم اشاره کند. اگر امارات ظنّی علم آور بوده و موجب ظنّ قاضی برای انتساب جنایت عمدی یا غیر عمدی به متهم است چگونه دادگاه از این طریق به علم قضایی نرسیده است تا نوبت به اجرای قسامه نرسد؟

یکی دیگر از موارد غیر ترافعی بودن لوث و قسامه، عدم پیش بینی قانونگذار مبنی بر امکان جرح یا تعدیل اتیان کنندگان سوگند از سوی متهم به قتل است. قانونگذار باید در شرایط قسم خوردگان و رابطه خویشاوندی آنها با مدعی امکان جرح و تعدیل حالفین توسط متهم را پیش بینی نماید تا متهم با طرح ایرادات احتمالی (جرح) نسبت به رابطه خویشاوندی و علم و اطلاع قسم خوردگان و نحوه احراز لوث بصورت ترافعی بخصوص زمانی که در معرض مجازات سنگین قصاص قرار دارد، بتواند از خود دفاع کرده و اصل تساوی سلاح‌ها حدالمقدور نسبت به طرفین پرونده رعایت گردد.

لذا عدم تعیین ضوابط دقیق و روشن در خصوص نحوه احراز رابطه خویشاوندی و علم و آگاهی قسم خوردگان و همچنین شیوه احراز موارد لوث - که غالباً بصورت غیر ترافعی و بدون توجه به حقوق متهم احراز و اعلام می‌گردد - تعارض آشکار با محتوای شکلی اصل برائت داشته و برخلاف یک دادرسی منصفانه و عادلانه تلقی می‌گردد و نهایتاً صدور حکم قصاص نفس به همین وضعیت موجود در قانون (غیر ترافعی بودن احراز لوث و شرایط آن) تنها از طریق ظنّ و گمان برخلاف عدالت قضایی و کرامت ذاتی انسان است و نیازمند اصلاح مقررات قسامه و هر چه ترافعی کردن آن در یک دادرسی بی طرفانه و سخت کردن تحقق لوث در جنایت در راستای اصل احتیاط و تفسیر شک و ظنّ به نفع متهم می‌باشد. ضمناً وجود اختلاف نظر جدی در مورد لوث و حالات آن بخصوص در فقه اهل سنت حاکی از این است لوث یک اماره غیرقطعی بوده و همین مصادیق و حالات متعارض لوث و طریق حصول آن در فقه (بخصوص فقه عامه) موجب ایجاد تعارض بین این نهاد استثنایی در برابر اصل برائت شده است.

بطلان قسامه پس از اجرای مجازات قصاص و تعارض آن با اصل برائت

مطابق ماده ۳۴۴ ق.م.ا. ۱۳۹۲ در صورت کشف دلیل معتبر برخلاف قسامه یا فقدان شرایط قسامه مانند غایب بودن متهم در زمان جنایت یا احراز عدم علم قسم خورنده یا عدول او از سوگند و... قبل از صدور حکم قسامه باطل و بعد از صدور حکم از موارد اعاده دادرسی است. قسامه امری خلاف قاعده «عدم اثبات دعوی کیفری بوسیله سوگند» می‌باشد و باید از دامنه آن کاسته شود و تا زمانی آنرا معتبر دانست که دلیل برخلاف آن وجود نداشته باشد. (زراعت؛ ۱۳۹۲ص. ۴۴۲).

یکی از مواردی که قانونگذار در صورت بطلان قسامه پیش بینی نکرده است این است که اگر قاضی لوث را احراز نماید و از متهم طبق ماده ۳۱۷ ق.م.ا. ۱۳۹۲ دلیل جهت اثبات بیگناهی خود و رفع اتهام مطالبه نماید و متهم - که تحت سیطره حمایتی اصل برائت است - عاجز از ارائه دلیل بر اثبات بیگناهی خود باشد و با قسامه مدعی و بستگان وی وفق ماده ۳۳۶ ق.م.ا. حکم قصاص نفس صادر و اجرا گردد و بعداً دلیل و بینه برخلاف قسامه کشف گردد تکلیف چه می شود؟

برگشت ناپذیری مجازات اعدام و قصاص یکی از دلایل مخالفان آن است که در صورت اشتباهات قضایی در صدور چنین احکامی، امکان جبران گذشته وجود نخواهد داشت.

با عنایت به مواد ۳۴۴ و ۳۴۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲ قانونگذار برای بطلان لوث و قسامه قبل و بعد از صدور حکم چاره اندیشی کرده اما اگر قسامه اجرا و حکم صادر و اجرا شود و به عللی از جمله عدول برخی قسم خورندگان، کذب بودن سوگند و فقدان علم آنها از کیفیت جنایت، کشف دلایل سنتی (اقرار - شهادت) یا دلایل علمی جدید و متقن مغایر قسامه که جملگی بیگناه بودن متهم به قتل که به دار مجازات قصاص آویخته شده را اثبات نماید راهکار قانونی چیست؟ چگونه چنین اشتباه قضایی در حق فرد بیگناه قابل جبران خواهد بود؟ قانون ساکت است به نظر می رسد همین امر (بطلان قسامه بعد از اجرای قصاص) اماره متقن و قوی بر تعارض قسامه با مبانی و آثار اصل برائت از نظر فقهی و حقوقی بوده و نیازمند اراده قانونگذار در انجام اصلاح مقررات قسامه و اکتفاء به حداقل در پرتو اصل احتیاط در دماء می باشد.

توسل به لوث و قسامه جهت اثبات جنایت و اجرای قصاص نفس برخلاف اصل برائت (فرض بیگناهی) و مغایرت با حقوق متهم به قتل دارد که با اشتباهات قضایی ناشی از بطلان قسامه و لوث و حبّ و بغض قسم خورندگان و تعصبات قومی و نژادی آنها به دار مجازات قصاص برای بزه ناکرده آویخته شده است و هیچ راهی جز اصلاحات مقررات قسامه و اکتفاء به قدر متیقن (تبدیل قصاص به دیه) جهت جلوگیری از اشتباه قضایی و هدر رفتن خون انسان بیگناه وجود ندارد. هر چند طبق ماده ۱۶۳ ق.م.ا. و مبانی فقهی امکان مطالبه قصاص یا دیه و تعزیر مقصّر (قسم خورنده کذب و...) از باب تسبیب وجود دارد.

فقدان تکلیف متهم به ارائه دلیل و تعارض آن با اصل برائت

در فقه امامیه ارائه دلیل توسط متهم به قتل پس از تحقق لوث برخلاف اصل بوده و ظاهراً یک اماره نسبی و فرصت دفاعی برای متهم به قتل جهت اثبات بیگناهی اش می باشد. در فقه امامیه فلسفه ارائه دلیل توسط متهم در راستای احتیاط در دماء و جلوگیری از هدر رفتن خون است. در روایت ابن بصیر از امام صادق (ع) آمده است: «حکم فی دمائکم أنّ البینه علی المدعی علیه و الیمین علی من ادعی لئلا بطل دم امرء مسلم» (حر عاملی؛ ۱۴/ص. ۱۱۵).

در مبانی تکمله المنهاج در ذیل مساله ۱۱۰ آمده است که در صورت تحقق لوث ابتدا از متهم خواسته می شود جهت بیگناهی خود بینه بیاورد و اگر بینه بر قاتل نبودن خودش اقامه کند که از او پذیرفته می شود و در غیر اینصورت مدعی باید برای اثبات ادعایش

پنجاه نفر مرد را بیاورد که سوگند بخورند (بر قاتل بودن مدعی علیه) در غیر اینصورت بر عهده مدعی علیه است که به همین صورت قسامه بیاورد. (خوئی؛ ۱۳۹۱: ۲۲۲).

یکی دیگر از مواردی که در بحث لوث و قسامه در تعارض آشکار با اصل برائت است خواستن دلیل از مظنون به قتل عمد (متهم) جهت اثبات بیگناهی خود بعد از تحقق لوث طبق ماده ۳۱۷ ق.م.ا ۱۳۹۲ می باشد. مطابق اصول حقوقی کیفری و قواعد فقهی از جمله قاعده «البینه علی المدعی...» اقتضای یک دادرسی منصفانه و عادلانه خصوصاً در پرونده‌های جنایی (قتل عمد) آنست که مدعی (شاکی یا دادستان) اتهام وارده بر متهم و ارکان متشکله جنایت انتسابی را در چارچوب قانون و با ارائه ادله محکمه پسند و فراتر از هرگونه شک و تردید معقول اثبات نماید و متهم هیچ تکلیفی جهت اثبات بیگناهی خود ندارد چراکه تحت سیطره حمایتی اصل برائت قرار دارد.

بنابراین با توجه به اینکه قسامه خلاف اصل بوده و باید به حداقل اکتفاء گردد و قدر متیقن اینست که با کمال احتیاط در صورت اجرای قسامه پس از عجز متهم به قتل از ارائه دلیل جهت بیگناهی خود، ضمانت اجرایی غیر از قصاص نفس مانند پرداخت دیه از مال متهم یا بیت المال - حسب مورد - در راستای حمایت از حقوق قانونی بزه دیده (ولی دم) و متهم به قتل و رعایت عدالت قضایی در نظر گرفته شود که رفع این تعارض با اصل برائت نیازمند نظرات فقهی پویا و اجتهاد نو و نهایتاً اصلاح مقررات قسامه می باشد.

تقدم اماره مجرمیت بر اصل برائت در قسامه و متعاقب آن صدور حکم سنگین قصاص نفس با ظنّ و گمان (لوث) انتقادات فراوانی میان فقهاء متأخر و حقوقدانان در شرایط فعلی جامعه ایجاد کرده است و چنین مقرر شرعی و قانونی با مجازات سنگین قصاص را برخلاف اصول حقوق کیفری و قواعد مسلم فقهی از جمله قاعده دراء، اصل عدم، اصل احتیاط در دماء، اصل اباحه، قاعده «ترجیح اشتباه در عفو بر اشتباه در کیفر» و... می دانند.

برخی اعتقاد دارند در استناد به قسامه دادگاهها باید با کمال احتیاط عمل کنند تا از قواعد انحرافی صورت نگیرد. پیدا کردن پنجاه نفر مرد از بستگان مرد و احراز علم و آگاهی قسم خورندگان کاری مشکل و دشوار است و این امر عمل قاضی را مشکل می سازد و لذا قسامه نمی تواند در حل مشکل قاضی چندان کمک به او نماید. قضات محترم دادگاههای کیفری نباید با توجه به اوضاع و احوال موجود که مردم غالباً در اثر حبّ و بغض بدون نظر گرفتن واقعیات شهادت می دهند و اداء سوگند می نمایند، وقتی دلایل قوی به وقوع قتل از طرف متهم نداشتند فوراً به سراغ قسامه بروند و بدون اینکه احراز نمایند اولیاء دم از روی علم و یقین اداء سوگند می کنند متهم را با چنین قسامه‌ای محکوم به قصاص یا پرداخت دیه نمایند و احتیاط در دماء را که مورد عنایت شارع مقدس بوده نادیده بگیرند. (مرعشی؛ ۱۳۷۶ص. ۱۳۸ و محقق داماد؛ ۱۴۰۰ص. ۳۱۸).

به اعتقاد اکثر فقهاء قسامه از احکام امضایی اسلام است نه ایجاد و اجرای آن جزء رسوم اعراب پیش از اسلام بوده که اسلام تنها با ادامه اجرای آن موافقت کرده است. (موسوی بجنوردی؛ ۱۳۹۲ص. ۲۰۷)

مضافاً برخی از حقوقدانان اسلامی شیعه و از اهل سنت شافعی و حنفی (برخلاف نظر مشهور فقهاء) صدور حکم قصاص با قسامه را به علت خلاف اصل بودن و در راستای رعایت احتیاط کامل در دماء جایز نمی‌دانند. از طرف دیگر امروزه پیچیدگی‌های موجود در روابط انسانی و اجتماعی، نحوه ارتکاب جرم و جنایت را مشکل‌تر کرده است و کشف جرایم پیچیده نیازمند ابزارهای علمی و فنی و استفاده از علوم جرم‌یابی بوده که با شیوه‌های سنتی مثل شهادت، قسامه نمی‌توان به راحتی به کشف جنایت و حقیقت امر نایل شد.

در جهان امروزی پیشتوانه استقلال واقعی هر ملت، میزان برخورداری آن ملت از علوم و فنون است. با توجه به گسترش جرم و جنایت، در جوامع امروزی بدون تجهیز نهاد پلیس به روشهای علمی کشف جرم، آن ملت در مبارزه با جرایم و مجرمان نمی‌تواند بطور شایسته موفق عمل کند. ادله بیولوژیک و تعیین هویت ژنتیکی (DNA) از روشهای جدید مقابله با بزهکاری نوین می‌باشد. کاربرد آن نه تنها می‌تواند برای بررسی بقایای باقی مانده بیولوژیک به فاصله کوتاهی از زمان ارتکاب جنایت مطرح باشد بلکه پس از سپری شدن سالیان متمادی از زمان ارتکاب جرم نیز قابل استفاده است. (جمال بیگی و همکاران؛ ۱۳۹۶ص. ۲)

بنابراین در کنار «سیستم دلایل قانونی» و «سیستم دلایل معنوی» در اثبات جرایم، امروزه «ادله علمی» جایگاه ویژه‌ای در کشف علمی جرم و جنایت (قتل) دارد و در قوانین موضوعه ایران در فصل پنجم ق.آ.د.ک ۱۳۹۴ بخصوص مواد ۱۲۸ الی ۱۳۶ ق.آ.د.ک در خصوص معاینه جسد و جراحات و... استفاده از نظریه علمی و فنی و بررسی اثر انگشت در تشخیص هویت تأکید شده است. امروزه در قرن زیست فناوریانه، در کشورهای غربی از ادله علمی در فضای حقیقی و ادله الکترونیکی در فضای سایبری در پرونده‌های کیفری و جنایی استفاده فراوانی می‌شود بطوریکه از طریق آزمایش مولکولی DNA در پرونده‌های جنایی بعد از چندین سال زندان، بیگناهی متهم ثابت گردیده است. به عنوان مثال در یک پرونده قتل، دو متهم بنام‌های آنتونیوپاریوک و شریف ویلسون در نیویورک پس از ۲۳ سال از طریق آزمایش DNA بیگناه شناخته شده و آزاد شدند (جام جم آنلاین).

پس از بررسی اجمالی قضیه، سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا قسامه از احکام تعبدی (عبادی) و اولیه ولایت‌تغیر اسلام است یا احکام کاربردی و تغییرپذیر براساس اقتضانات روز جامعه؟ آیا حاکم (قانونگذار) می‌تواند کیفیت اجرای قسامه را با تقنین تغییر دهد. و حکم قصاص با قسامه را تعدیل و تبدیل به دیه نماید؟ آیا قسامه الان جزء قوانین متروک ق.م.ا. است؟ راهکار برون رفت از تعارض قسامه با اصل برائت در ق.م.ا. در پرتو فقه پویا چیست؟ آیا امکان اصلاحات قانونی در مقررات قسامه و رفع حکم قصاص با آن وجود دارد؟

اعتقاد به عاری از عیب و غیرقابل نقد بودن کلیه احکام فقه کیفری اسلامی بخصوص احکام ثانویه فقهی که توسط برخی بیان می‌شود عملاً مورد پذیرش قرار نگرفته است و با تفاوت آراء فقها و نقد و جرح اقوال توسط آنها حاکی از امکان نقد و جرح و تعدیل برخی قواعد فقهی است. مشهور است که فقهای امامیه در مبحث خطا و صواب اجتهاد، قول به تخطئه را برگزیده اند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ص. ۴۶۸).

هدف از دادرسی در اسلام اجرای عدالت و لازمه عدالت، کشف حقیقت بوده و فقهای امامیه علیرغم اینکه فعل خصومت (موضوعیت ادله اثبات) را از ویژگیهای قضاوت اسلامی می دانند اما به کشف حقیقت هم بی توجهی نکرده اند (حسینی؛ ۱۳۸۹ص. ۱۲۸ و شریفی؛ ۱۳۹۰ص. ۱۱۲)

قانونگذار در ق.م.ا ۱۳۹۲ بصورت آگاهانه و عالمانه در بحث ادله اثبات بخصوص قسامه رویکرد تعقلی به جای تعبّدی و طریقت داشتن دلایل جهت کشف حقیقت به جای موضوعیت حرکت کرده است.

برخی معتقدند تعبّدی تلقی کردن احکام مربوط به قسامه می تواند مانعی اساسی جهت کشف حقیقت شود. موضوعی که در مورد قسامه وجود دارد آنست که پذیرش اصل آن در زمان پیامبر اسلام (ص) با تردید همراه است و اینکه قانونگذار بر حضور آن در قوانین جامعه متکثر و پراکنده حاضر به عنوان یک حکم تعبّدی تاکید دارد موجب تعجب است.... اینکه قسم خورندگان چگونه به علم رسیده اند و منشا علم آنها چیست، کشف حقیقت از طریق قسامه را با مانع مواجه می سازد. (علیپور و گلدوزیان؛ ۱۴۰۰ص. ۳۶۵).

برخی از حقوقدانان معتقدند قسامه از احکام ثابت و اولیه و لا یتغیّر تعبّدی اسلام مثل نماز و روزه و حکم قصاص و... نبوده و جزء احکام کاربردی جهت اجرای بهتر عدالت است و هر طریق جهت نیل به عدالت قضایی و کشف حقیقت و شناسایی مجرم واقعی از جمله توسل به شیوه‌های نوین کشف جنایت می تواند موجب تحقق یک دادرسی عادلانه باشد و لذا توسل به قسامه جهت صدور حکم قصاص نفس در دنیای امروزی با پیشرفتهای فناوریانه و تسهیل شدن کشف جرم و جنایت به طرق علمی ترکیبی از عدم توانایی پلیس جنایی و مرجع قضایی در شناسایی مجرم واقعی و توسل به ظن و تردید و شک (لوث) بوده که در صورت اجرای مجازات سنگین قصاص با قسامه و اشتباه قضایی (باطل بودن لوث و...) امکان جبران آن وجود نخواهد داشت و این دقیقاً برخلاف قاعده (ترجیح اشتباه در عفو در اشتباه در کیفر) و قاعده درأ و اصل احتیاط می باشد. زیرا اقتضای عدالت قضایی این است که هیچ بیگناهی مجازات نگردد ولو آنکه گناهکار واقعی از چنگال عدالت فرار کند.

برخی استفاده از قسامه در اثبات قتل در زمان کنونی را تقریباً امری غیرعملی دانند و اثبات قصاص را امری بعید می دانند و معتقدند: نظر به وجود اختلافات فقهی، بی گمان از موارد شبهه است و شمول قاعده درأ نسبت به موارد قصاص خالی از توجه نیست و به هر حال مقتضای احتیاط در دماء عدم قصاص است و الله العالم (محقق داماد؛ ۱۴۰۰ص. ۳۳۴)

بنابراین قسامه جزء احکام اولیه و تعبّدی اسلام نبوده و به نظر می رسد انجام اصلاحات قانونی در آن و رفع حکم قصاص با قسامه و تبدیل آن به دیه از مال متهم یا بیت المال حسب مورد در جهت رعایت قاعده طلّ هیچ مغایرتی با شرع و احکام فقهی اسلام نداشته باشد. زیرا اولاً) حکم قسامه در قرآن نیامده است و مبنای روایی (سنت) دارد ثانیاً) در زمان پیامبر (ص) در قضیه کشته شدن عبدالله بن سهل از انصار پیامبر توسط یهودی و همچنین در قضاوت ابی طالب قبل از اسلام در قضیه کشته شدن فردی از قبیله بنی هاشم حکم به قصاص با قسامه صادر نشد بلکه در اولی دیه از بیت المال و در دومی با اجرای قسامه نفی توسط متهم

تصمیم گیری شد. ثالثاً) برخی از فقهای عامه (شافعی و حنفی) حکم قصاص با قسامه را قبول ندارند و قسامه را صرفاً جهت ردّ اتهام (قسامه نفی) و ثبوت دیه سنگین (مغلظه) در مال متهم در قتل عمد و دیه سبک (مخففه) در قتل غیرعمد می دانند. البته برخی از فقهای امامیه نیز بر لزوم احتیاط کامل در دماء و تردید در حکم قصاص با قسامه به علت عروض شبهه دارئه بر موضوع نظر دارند.

همچنین قانونگذار در سالهای اخیر با همین تلقی (تعبدی نبودن) برخی اصلاحات ساختاری در مقررات قسامه در سال ۱۳۸۰ و ق.م.ا. ۱۳۹۲ و همچنین نهاد عاقله و ارث زن و دیه زن و مرد و دیه اقلیت های دینی و... انجام داده است که نشانگر توجه به اقتضائات روز جامعه و انجام تحول و تغییر در برخی موارد ضمن پایبندی به اصول ان احکام و انطباق بیشتر مقررات با مبانی عقلی و منطقی بوده تا جلوی هجمه ها و تبلیغات سوء معاندین اسلام و نظام در جهت جلوگیری از وهن اسلام و نظام گرفته شود.

نتیجه گیری

بعد از اینکه جنایت ثبوتاً واقع گردد نوبت به اثبات اتهام و انتساب آن به متهم با ارائه دلیل و بینه توسط ولی دم و دادستان طبق قاعده فقهی «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» می‌رسد. مطابق ماده ۳۱۸ ق.م.د.ک و ماده ۱۶۰ و تبصره آن و ماده ۳۱۲ ق.م.ا. ۱۳۹۲ ادله اثبات جرم عبارتست از اقرار، شهادت، قسامه، سوگند و علم قاضی. امروزه در حقوق کیفری در کنار این دلایل سنتی اثبات جرم، از ادله علمی و دیجیتالی، که نتایج حاصل از آن غالباً بدون خطا و خدشه یا با درجه خطای کمتری برخوردار می‌باشد جهت کشف حقیقت و دستیابی به عدالت واقعی استفاده فراوانی می‌شود.

جلوه‌هایی از عدول از اصل برائت در قسامه - که دلیل ضعیف و مشتمل بر شبهه و ظن است - در برخی از جزئیات و خصوصیات لوث در ق.م.ا. وجود دارد که قانونگذار هیچ ضابطه دقیق و معیار مطلوبی در این خصوص تعیین و اعلام نکرده است. این امر تعارض آشکار نهاد استثنایی قسامه با محتوای شکلی و ماهوی برائت داشته و نیازمند تعیین ضوابط مشخص در متن قانون جهت کاهش موارد تعارض مقررات قسامه با حقوق قانونی متهم به قتل می‌باشد.

دلایل علمی و الکترونیکی حاصل از تکنولوژی‌های نوین بشری در زمینه علوم جرم‌یابی، پلیس علمی، بررسی داده پیام‌های رد و بدل شده بین مقتول و متهم از طریق پلیس سایبری و... کمک فراوانی به قاضی کیفری جهت رسیدن به حقیقت می‌نماید.

دلیل دیگر بر غیر تعبدی بودن نهاد قسامه و امکان تعدیل ضمانت اجرای قصاص به دیه براساس قاعده طل این است که اولاً خود قانونگذار با توجه به اوضاع و احوال و شرایط و مقتضیات جامعه در سال ۱۳۸۰ و همچنین ق.م.ا. ۱۳۹۲ دست به تغییر و اصلاح مقررات قسامه زده است که برخلاف نظر سنتی اغلب فقهای متقدم و متأخر است. به عنوان مثال عدم پذیرش تکرار قسم برای مدعی در ماده ۳۳۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲ (و ماده ۲۴۸ ق.م.ا. ۱۳۷۰ اصلاحی ۱۳۸۰/۱۰/۲۳) در حالی که در فقه سنتی تکرار ایمان در صورت به حد نصاب نرسیدن قسم خورندگان قول مشهور فقهای امامیه است هر چند برخی از فقها از جمله آیه... خویی و مرحوم خوانساری تکرار قسم برای مدعی را برخلاف اصل احتیاط می‌دانند.

به نظر می‌رسد قسامه از احکام تعبدی و لایتغیر اسلام نبوده و امکان اصلاح مقررات و تعدیل قصاص نفس به دیه در پرتو اندیشه‌های بدیع فقهی پویا در جهت احتیاط در دماء و حفظ حقوق متهمی که تحت سیطره اصل برائت قرار دارد وجود داشته و این تعدیل مجازات هیچ مغایرتی با شرع انور اسلام ندارد. مضافاً با پرداخت دیه به ولی دم حسب مورد از مال متهم یا بیت المال براساس قاعده «لا یبطل دم امرء مسلم» از پایمال شدن خون مقتول جلوگیری می‌گردد.

بنابراین پیشنهاد می‌شود قانونگذار با اصلاح مقررات قسامه، ضمانت اجرای قصاص با قسامه را تعدیل کرده و تبدیل به دیه در راستای اکتفا به قدر متیقن نماید. بدیهی است در صورت کشف دلایل و بینه متقن علیه متهم، امکان استیفاء حق ولی دم (قصاص) در صورت مطالبه آن وجود دارد اما اجرای قصاص با قسامه نسبت به شخص بیگناه در اثر اشتباهی قضائی قابل جبران نخواهد بود.

فهرست منابع

- اردبیلی، م. (۱۳۹۸). حقوق جزای عمومی، ج سوم، چاپ نوزدهم، تهران، نشر میزان.
- بازگیر، ی. (۱۳۷۶). قانون مجازات اسلامی در آراء دیوانعالی کشور، تهران، انتشارات ققنوس.
- بهرامی، ب. (۱۳۹۸). بایسته‌های ادله اثبات، چاپ هشتم، تهران، انتشارات نگاه بینه.
- رازی زاده، م. (۱۳۷۴ ش). قسامه در نظام قضائی اسلام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
- رحیمی نژاد، ا. (۱۳۸۷). کرامت انسانی در حقوق کیفری، چاپ اول، نشر میزان.
- زراعت، ع. (۱۳۹۲). شرح قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، جلد اول، چاپ دوم، تهران، انتشارات ققنوس.
- محقق داماد، م. (۱۴۰۰). قواعد فقه ۴ (بخش جزایی) چاپ چهل و یکم، تهران: مرکز نشر علوم انسانی.
- مرعشی، م. (۱۳۷۶). دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، جلد اول، چاپ دوم، تهران، نشر میزان.
- موسوی بجنوردی، م. (۱۳۹۲). قواعد فقهیه، ج اول، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مجد.
- نجفی ابرندآبادی، ع و هاشم بیگی، ح. (۱۳۷۷). دانشنامه جرم شناسی، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.
- احمدی، ا (۱۴۰۰) بازپژوهی فقهی و حقوقی قسامه، مجله پژوهش‌های فقهی، شماره ۳.
- ایزدی فرد، ع. (۱۳۸۶). قرائن و امارات مخصوصه در اجرای قسامه، مجله فقه و حقوق، شماره ۷۷، مشهد.
- بیگی، ج و نصیری، س و شبیریان نسل، م. (۱۳۹۶). نقش ادله بیولوژیکی در کشف جرایم و چالش‌های فقهی و حقوقی فرا روی آن در ایران، مجله کارآگاه، شماره ۳۸، سال نهم.
- حسینی، م (۱۳۸۹) کشف حقیقت یا فصل خصومت، کارکرد قضا، فصلنامه علوم اسلامی، شماره ۱۹.
- رئسی، (۱۳۹۶) جایگاه اسلام و کفر در قسامه، مجله فقه و اجتهاد، شماره ۶ و ۷.
- شریفی، ع (۱۳۹۰) قضای اسلامی؛ فصل خصومت یا کشف حقیقت، پژوهش نامه فقهی، شماره ۵.
- علیپور، ع و گلدوزیان، ح (۱۴۰۰) عزیمت غیر ساختارمند نظام ادله اثبات کیفری به وادی کشف حقیقت با تأکید بر قسامه، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۱۳، شماره ۲۵.
- موسوی بجنوردی، م. (۱۳۷۵). نقش زمان و مکان در تغییر احکام، مجله کانون وکلا، شماره ۱۰.
- آبکار، ع. (۱۳۷۸). قسم در دعاوی کیفری، پایان نامه کارشناسی ارشد، حقوق جز و جرم شناسی، دانشگاه تهران، تهران.
- جدیدی سرای، س. (۱۳۸۲). بررسی تطبیقی عنصر روانی قتل در حقوق کیفری ایران و انگلستان، پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشگاه شهید بهشتی.
- ابن اثیر، المبارک بن محمد. (۱۳۸۳). النهایه فی الغریب الحدیث و الاثر. بیروت: دار الاحیاء کتب العربیه.
- ابن ادریس، م. (بی تا). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، موسسه النشر الاسلامی.

- ابن حزم اندلسی، س. (۱۴۱۸ ق). المحلی، ج ۱۳، انتشارات دار النفائس الرياض.
- آخوند خراسانی، م (۱۴۰۹) کفایه الاصول، قم، موسسه آل البيت.
- الزحیلی، و. (۲۰۰۸م). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد ششم، دمشق، دارالفکر، مکتبه الاسد.
- الشربینی الخطیب، الشیخ محمد (بی تا) مغنی المحتاج الی معرفه معانی المنهاج، بیروت انصاری، م (۱۳۸۱) فراید الاصول، قم، موسسه نشر اسلامی.
- جبعی العاملی، (شهید ثانی). (۱۴۲۰ق). روضه البهیة فی اللمعه الدمشقیه. ج ۲، بیروت.
- حر عاملی، م. (۱۴۱۴ق). وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشرعیه. ج ۱۸ و ۱۹. قم: موسسه آل بیت
- حلی، ج. (محقق حلی). (۱۴۱۵ ه. ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد چهارم، تعلیق سیدصادق شیرازی، انتشارات استقلال تهران، چاپ چهارم.
- خمینی، امام. (۱۳۹۰ق). تحریر الوسیله، ج ۲، قم، موسسه اسماعیلیان.
- خوانساری، ا. (۱۴۰۵ق) جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ج ۷، چاپ دوم، قم، انتشارات اسماعیلیان.
- خوئی، ا. (۱۳۹۱ ش). مبانی تکمله المنهاج، چاپ سوم، تهران، انتشارات خرسندی.
- خوئی، ا. (۱۳۹۱). مبانی تکمله المنهاج؛ ترجمه علیرضا سعید، چاپ اول، تهران. انتشارات خرسندی.
- شیخ طوسی، ا. (۱۳۸۸ش)، الخلاف، ج ۵، نرم افزار جامع اهل بیت ۲، قم، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.
- شهید ثانی، ز. (۱۴۲۰ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم، منشورات مکتبه الداوری.
- نجفی، م. (۱۳۶۵ ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۴۱ و ۴۲، دارالکتب الاسلامیه.

Manifestations of the Conflict of Qassama with the Principle of Innocence in the Islamic Law and the Feasibility of Adjusting the Guarantee of its Implementation in the Light of Scientific and Jurisprudential Evidence.

Compurgation is one of the ways of proving of crime or presumption of innocence that is referred in the case of realization of contamination or lack of other evidence. Strong suspicion contamination is obtained for the judge (court) regarding the truth of the claimant's claim. Compurgation decree is not mentioned in Holy Quran and it is based on the narrations and hadiths and its philosophy in Islam is protecting the people blood and maintaining public discipline for prevention of murdering and blood loss. The majority of Imami and public jurists believe that compurgation is establishment decree in Islam. There are different opinions among jurists on the scope of inclusion and it's proving power so that Imami jurists believe in compurgation as the reason for proving crime (intentional or non-intentional) or crime on organs for presumption of retribution or blood money or innocence of the criminal. On the other hand, the presumption of innocent is one of the fundamental principles of Islam and common law that according to it, innocent of the criminal is assumed and the accused has no duty to provide reason for proving being innocent and the judge shall prove the reasons for accusations without any reasonable doubts. Regarding compurgation that its prerequisite is contamination, there manifestations of conflicts in some features of compurgation in Islamic jurisprudent and punishment law such as manner of proving compurgation and the origin of it, proving contamination and manner of proving the kinship and etc. with presumption of innocence.

Key words: Oath, Loth, Principle of Innocence, Presumption of Guilt, Conflict