

**ابوالحسن مجتهد سلیمانی \***

**مریم آگاه پور \*\***

### چکیده

یکی از ادله اثبات جرم در نظام کیفری ایران، قسامه است. با توجه به محدودیت‌هایی که استناد به قسامه را در جهت اثبات جنایت با مشکل مواجه می‌سازد، ارائه جایگزینی برای نهاد قسامه، امری ضروری به نظر می‌رسد. یکی از جایگزین‌هایی که می‌تواند نقشی همانند قسامه را ایفا نماید، امارات قضایی (ادله علمی) است که به دلیل پیشرفت علوم، جایگاه و اعتبار خاصی در میان سایر ادله اثبات دعوا دارد. دلایل فقهی نیز بر مشروعیت اماره قضایی گواهی می‌دهند و آن را یکی از راه‌های معتبر در اجرای عدالت می‌دانند. با توجه به حصری نبودن ادله اثبات امور کیفری، طریقت داشتن ادله اثبات جرم در حق‌الناس به ویژه جنایت علیه تمامیت جسمانی اشخاص، پیشرفت علوم و فنون و وجود روش‌های علمی و دقیقی مانند انگشت نگاری، چهره نگاری، علم بیولوژی، رجوع به کارشناس و نظایر آن، می‌توان از امارات قضایی در مسیر دادرسی اثبات جنایت به عنوان جایگزین قسامه بهره برد. پژوهش حاضر با تکیه بر منابع معتبر فقهی، به دنبال تبیین این جایگزین است.

کلید واژه‌ها:

قسامه، لوث، جنایت، عرف، ادله علمی.

۱- تاریخ وصول: (۱۳۹۸/۰۲/۳۱) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۰/۰۹/۱۲)

\* استادیار، گروه فقه و حقوق خصوصی، واحد کرج، دانشگاه خوارزمی، کرج، ایران.

\*\* دکتری تخصصی (Ph.d)، گروه فقه و حقوق جزا، واحد کرج، دانشگاه خوارزمی، کرج، ایران.

نویسنده مسئول(maryamagahpoor@khu.ac.ir)

## ۱- مقدمه

گاهی ممکن است جرمی علیه تمامیت جسمانی شخصی به وقوع بپیوندد و از طریق ادله اثبات امور کیفری نظیر بینه، اقرار یا علم قاضی با شرایط معتبری که دارا هستند، به اثبات رسیده و مجرم به سزای عمل خویش برسد، اما در بعضی مواقع، با حالتی مواجه می‌شویم که جرمی به وقوع پیوسته است، اما دلیلی برای استناد جرم به مجرم وجود ندارد و صرفاً با اماراتی مواجه هستیم که بیانگر ظن به ارتکاب جرم توسط متهم هستند. در این موارد برای آنکه خونی به هدر نرود، شارع مقدس اسلام برای اثبات جنایت راهی را وضع کرده است که به قسامه معروف است.

قسامه (به فتح قاف) از قسم که همان یمین و سوگند باشد، گرفته شده و در اصل، اسم مصدر است و به جای مصدر به کار رفته است مانند اُقْسِمَ يُقْسِمُ اِقْسَاماً و قَسَامَةٌ (ابن منظور، ۱۴۰۸، ۴۸۱). قسامه در لغت به معنی سوگندهایی است که تقسیم می‌شود بر اولیای دم یا جماعتی که سوگند می‌خورند (فیومی، ۱۴۰۵، ۳۴۱). شهید ثانی می‌فرماید: «قسامه در لغت اسم است برای اولیایی که بر ادعای خود سوگند یاد می‌کنند و در اصطلاح فقها اسم سوگندهایی است که بر اولیای دم تقسیم می‌گردد. به هر دو تقدیر اسمی است که جایگزین مصدر گشته است» (شهید ثانی، بی‌تا، ۱۹۷). صاحب جواهر نیز می‌فرماید: «در زبان فقها، قسامه اسم است برای قسمها و در لغت، اختصاص به قسمهایی که مربوط به دماء می‌شود، ندارد، ولی فقها آن را به دماء اختصاص داده‌اند» (نجفی، ۱۴۱۵، ۲۶۶). به استناد روایات (حر عاملی، ۱۴۰۳، ۱۴۴)، اجماع (نجفی ۱۴۱۵، ۲۵۰) و عقل (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ۱۳۵)، تحقق لوث، از شرایط اساسی اقامه قسامه محسوب می‌شود. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، لوث به «قرائن و اماراتی که موجب ظن قاضی به ارتکاب جنایت یا نحوه ارتکاب از جانب متهم می‌شود»، تعریف شده است.

اصل وجود قسامه و اینکه یکی از ادله اثبات قتل و جراحات و صدمات بر اعضای بدن است، مورد اتفاق نظر فقهای شیعه و اهل سنت است و تردیدی در آن وجود ندارد؛ هرچند در بعضی از مسائل آن اختلاف نظر وجود دارد (ابن فهد الحلّی، ۱۴۱۱، ۲۱۶؛ مرعشی شوشتری، ۱۳، ۱۳۷۹). علی‌رغم پذیرش نهاد قسامه در نظام حقوقی ایران، امروزه بسیاری از حقوقدانان عقیده دارند که این نهاد، با قواعد عمومی و شرعی سازگار نیست و اشکال‌هایی را بر اجرای قسامه در محاکم وارد می‌داند و عقیده دارند که در زمان ما که می‌توان بسیاری از جرائم را از راه‌های علمی ثابت کرد، استناد به قسامه چندان کارآمد به نظر نمی‌رسد و استفاده از امارات علمی که از امارات قضایی محسوب می‌شوند، نقش به‌سزایی در اثبات جرایم بر عهده دارد و این قابلیت را دارد که نقشی همانند قسامه را ایفا نماید و حتی بتواند به عنوان یک جایگزین نوین برای قسامه مطرح شود. پژوهش حاضر با استفاده از منابع معتبر فقهی و روایی، به بررسی این موضوع

می‌پردازد.

## ۲- دلایل ناکارآمدی قسامه

در ادامه به تبیین دلایلی می‌پردازیم که مبین ناکارآمدی قسامه محسوب می‌شوند.

### ۲-۱- تعارض قسامه با اصل برائت

هنگامی که شرایط تحقق لوث وجود دارد، ابتدا از متهم بر بی‌گناهی خود، مطالبه دلیل می‌گردد و پس از عدم ارائه دلیل، شاکی می‌تواند از قسامه برای اثبات جرم مورد ادعای خود استفاده کند، اما اگر شاکی به هر دلیل نتواند یا نخواهد از قسامه بهره ببرد، می‌تواند از متهم مطالبه قسامه کند. در این حالت، متهم باید برای برائت و اثبات بی‌گناهی خود قسامه اجرا کند و اگر مطابق قانون، اقامه قسامه کند، تبرئه خواهد شد. در چنین شرایطی اگر متهم هم نتواند و یا نخواهد قسامه اجرا کند، به موجب ماده ۳۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، محکوم به پرداخت دیه خواهد شد. در حالی که بر اساس اصل برائت فرض بر بی‌گناهی متهم است؛ مگر اینکه اتهام از سوی بزه دیده به اثبات برسد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز در اصل ۳۷ مقرر می‌دارد: « اصل، برائت است و هیچ کس از نظر قانونی مجرم شناخته نمی‌شود؛ مگر اینکه جرم او در دادگاه ثابت شود».

### ۲-۲- تعارض قسامه با قاعده درء

بر اساس قاعده درء، در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم و یا مسئولیت و استحقاق مجازات وی، به جهتی محل تردید و مشکوک باشد، به موجب این قاعده بایستی جرم و مجازات را منتفی دانست. این قاعده با عبارت «ادرئوا الحدود بالشبهات» با عبارات گوناگون در منابع حدیثی امامیه نقل شده است (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ۵۳؛ حر عاملی، ۱۴۰۳، ۳۹۹).

مفاد این قاعده در ماده ۱۲۰ از قانون مجازات اسلامی مورد تقنین قرار گرفته است. مطابق ماده مزبور، «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هر یک از شرایط مسئولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود». یکی از مباحث در خصوص قاعده درء، این است که آیا این قاعده در قصاص جاری می‌شود؟ و اینکه آیا اجرای قسامه با قاعده درء در تعارض است؟

در پاسخ میتوان گفت که فقها در این باره به دو دسته تقسیم می‌شوند که نظرات هر دو دسته مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مخالفان اجرای قاعده درء در قصاص، این قاعده را منحصر به باب حدود می‌دانند (اردبیلی، ۱۴۰۸، ۳۴۳) و استدلال می‌کنند که حدود مرتبط با حق الله است و در حق الله، مبنای شارع بر مسامحه و تخفیف است

و لذا اجرای قاعده در آن مشکلی ایجاد نمی‌کند، اما قصاص، حق الناس است و در صورت اقتضای اصول و ضوابط بر اجرای آن، نمی‌توان به صرف شبهه، حق الناس را تضييع کرد. همچنین، چون قصاص حق- الناس است و مبنای آن بر دقت و بررسی بیشتر است، چنانچه شبهه‌ای در باب قصاص عارض شود، نمی‌توان به قاعده درء تمسک کرد.

در مقابل، موافقان عقیده دارند این مطلب که گفته‌اند مبنای حدود بر تسامح است و اصول عقلایی در آن جریان ندارد، ولی در قصاص بنا بر تدقیق است و اصول عقلایی در آن جاری است، صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چراکه مذاقه در حقوق الناس مختص به مسائل مدنی و مالی صرف است و با توجه به تسامح اصحاب و مذاق شرع، در دما و نفوس باید تا حد امکان احتیاط کرد (موسوی خمینی، ۱۳۸۸، ۴۸۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۹، ۲۸۲). بنابراین، این قاعده در قصاص جاری می‌شود. با توجه به توضیحات فوق و مقتضای اطلاق ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی، هنگام عروض شبهه در وقوع جرم که لوث نیز از مصادیق شبهه است و پذیرش اجرای این قاعده در موارد قصاص، قاعده درء جاری شده و جایی برای اجرای قصاص از طریق قسامه باقی نمی‌ماند (کیومرث کلانتری، ۱۳۹۶، ۱۱۴).

### ۲-۳- تعارض نهاد قسامه با قاعده احتیاط در دما

یکی از اصول و قواعد مشهور در فقه جزایی اسلام، احتیاط در دما است که به موجب آن، حکم به مرگ یک انسان باید با دلیل قطعی یا اماره صورت گیرد و در مواردی که دلیل قطعی وجود ندارد و شبهه ایجاد می‌شود، لازم است احتیاط کامل صورت گیرد؛ یعنی از اجرای مجازات مرگ خودداری شود (علامه حلی، بی‌تا، ۹۰۵؛ نراقی، ۱۳۸۸، ۴۶۸). مفاد قاعده احتیاط دما در آیات قرآن و روایات معصومین (ع) مورد اشاره قرار گرفته است (کتاب: مائده، ۳۲/ اسراء/ ۳۳؛ انعام/ ۱۵۱؛ نسا/ ۹۳- روایات: حرعاملی، ۱۴۰۳، ۱۱؛ ابن بابویه، ۱۴۱۳، ۹۴).

حال سوال این است که آیا تعیین مجازات قصاص از طریق قسامه صحیح است و با این قاعده همخوانی دارد؟

در پاسخ به سوال فوق می‌توان گفت که اثبات جنایت بر مبنای لوث، نمی‌تواند مصداق بارز ادله قطعی صدور مجازات قصاص برای شخص متهم باشد و این همان امری است که موجبات تعارض نهاد قسامه را با قاعده احتیاط در دما را فراهم می‌سازد؛ به عبارت دیگر، بر اساس قاعده احتیاط در دما، صدور مجازات مرگ باید بر اساس دلیل قطعی و محکم باشد و این در حالی است که اجرای قسامه بر مبنای لوث، نمی‌تواند دلیل قطعی صدور مجازات مرگ تلقی شود؛ چراکه بر اساس تعریف لوث، اماراتی هستند که موجبات ظن قاضی به ارتکاب جنایت را فراهم می‌سازند.

### ۳-۴- انفکاک موضوعی نهاد قسامه با قاعده «لا یبطل دم إمرء مسلم»

برخی از روایات وارد شده در باب قسامه به بیان تفاوت شیوه دادرسی در دما و نفوس با دادرسی در سایر امور پرداخته و این تفاوت را ناشی از توجه ویژه شارع به حفظ دما و جلوگیری از به هدر رفتن خون انسان‌ها دانسته‌اند. توضیح آنکه بر اساس قاعده یمین، ارائه دلیل بر عهده مدعی است (کلینی، ۱۴۰۸، ۴۱۴)، اما در موارد قتل که قرائن ظنیه بر توجه اتهام نسبت به فرد یا افرادی وجود داشت باشد، نه تنها این قاعده رعایت نمی‌شود، بلکه برعکس آن عمل می‌شود؛ یعنی اگر مدعی علیه برای اثبات بی‌گناهی خود نسبت به اتهام قتل، بینه‌ای داشته باشد، آن را اقامه می‌نماید و اگر نتوانست بی‌گناهی خود را اثبات کند، مدعی حق دارد که با اقامه قسامه مجرمیت متهم را ثابت نماید. این امر در روایات نیز مورد اشاره قرار گرفته و بدین خاطر است که خون مسلمان به هدر نرود (حر عاملی، ۱۴۰۳، ۱۵۶؛ ابن بابویه، ۱۴۱۳، ۵۶۴).

حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا قاعده مزبور، می‌تواند به عنوان پشتوانه نهاد قسامه مطرح شود؟ در پاسخ می‌توان گفت که مجرای این قاعده زمانی است که یا امکان انتساب قتل به شخص خاصی وجود ندارد و یا آنکه امکان مطالبه دیه از قاتل، به دلیل فرار یا اعسار او وجود ندارد، اما در نهاد قسامه و شرایط اجرای آن، آنچه مورد توجه است، این است که در اجرای قسامه، امکان انتساب جنایت به شخص جانی بر مبنای قرائن ظنیه، وجود دارد. در نتیجه، آنچه باعث می‌شود که قاعده لا یبطل نتواند به عنوان پشتوانه برای نهاد قسامه مطرح شود، بحث قابلیت انتساب جنایت به شخص جانی است که چنین قابلیت از قاعده لا یبطل بر نمی‌آید و مجرای قاعده مزبور، عدم قابلیت انتساب جنایت به شخص جانی است.

### ۳-۵- محدود بودن اجرای قسامه به زمان تشریح خود بر اساس ملاک عرفی

می‌توان این ادعا را مطرح کرد که روش‌های اثبات جرم همچون قسامه، تعدی نبوده و روش‌هایی عرفی هستند که در زمان خاص خود مورد استناد قرار گرفته‌اند. در جهت اثبات این ادعا می‌توان گفت که احکام می‌توانند به تبع تغییر عرف، تغییر یابند که تفصیل آن به شرح زیر می‌باشد

#### ۱-۵-۳- تغییر احکام در پرتو تغییر عرف

احکام غیرعبادی و تشریحی اسلامی، اغلب بر پایه عرف زمان پیامبر اکرم (ص) و نزول وحی و بر طبق سیره عقلانی آن زمان و وضع اجتماعی مردم آن سامان، قانون‌گذاری یا امضا شده است و اگر بخواهیم در این زمانهای متأخر که عرفها متحول شده‌اند، احکام شرعی را بدون توجه به عرف حال حاضر به اجرا درآوریم، با پیشرفت‌ها و دگرگونی‌های جامعه هماهنگی پیدا نخواهند کرد.

شهید اول در کتاب القواعد و الفوائد گوید: «يجوز تغيير الاحكام بتغيير العادات و الاعراف كما فى النقود المتعاوره» (مکی، ۱۴۰۲، ۳۱۴). ایشان معتقد است که با دگرگون شدن عرفها در جوامع بشری، احکام شرعی نیز دگرگون می‌شوند.

بر پایه این نظریه باید بگوییم چون عرفها که زائیده جامعه هستند، با تحولات جامعه نسبت مستقیم دارند و حرکت و پویایی نیز از ویژگیهای جامعه است، بنابراین تمام احکام مبتنی بر عرف همواره در حال پویایی هستند و این از مزایای عرف عقلا است که از پیشرفت جامعه عقب نمی‌ماند. نمونه‌های بسیاری از این دست در کتب فقهی و حقوقی وجود دارند. به عنوان مثال، در قتل خطا که بر طبق عرف آن زمان، عاقله قاتل باید دیه و خون‌بهای آن را بپردازد، دیه قتل خطا بر عرفی مقرر گردیده که زندگی قبیله‌ای داشته‌اند و بزرگان قبیله همه کارها را انجام می‌داده‌اند، به تدریج در اسلام، قبیله‌ها، قدرت و اهمیت خود را از دست دادند و در ملت بزرگ اسلام قرار گرفتند. از این رو در زمان خلیفه دوم که برای اعضای کشوری و لشگری، دیوانها را به وجود آورده بود، مقرر گردید که دیوانها مسئولیت پرداخت دیه قتل خطا را بر عهده گیرند (فیض، ۱۳۸۵، ۱۱۹).

نقش ویژه عرف در به دست آوردن احکام شرعی بر کسی پوشیده نیست و بزرگان فقه بر اهمیت این نقش و استفاده از این ابزار تأکید نموده‌اند. امام خمینی (ره) می‌فرماید: «از جمله شرایط اجتهاد، انس با محاورات عرفی و فهم موضوعات عرفی است با همان عرفی که محاورات قرآن و سنت بر طبق آن صورت گرفته است. شرط اجتهاد، دوری جستن از خلط دقایق علوم عقلی با معانی عرفی عادی است» (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ۹۶).

حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا تغییر عرف که امری بدیهی و قهری است، می‌تواند از موجبات تغییر حکم شرعی محسوب شود؟

در پاسخ به سؤال باید گفت که در جریان استنباط حکم شرعی، سه عنوان اصلی عبارت اند از: حکم، موضوع و مصداق که عنوان اول؛ یعنی حکم را فقیه از منابع اولیه استنباط می‌کند. عنوان دوم؛ یعنی موضوع و حدود آن را فقیه باید از لسان روایات یا با تکیه بر قول اهل لغت و یا عرف مشخص کند. تعیین عنوان سوم؛ یعنی مصادیق، وظیفه فقیه نیست و به عهده مکلف و یا متخصصان فن است. تردیدی نیست که حکم تابع موضوع است و رابطه سببی و مسببی بین آن دو وجود دارد به طوری که اگر موضوع تغییر کرد، حکم نیز تغییر می‌کند و تغییر موضوع نیز بستگی به تحول در عرف جامعه دارد. بنابراین، تغییر عرف و یا پیدایش عرف جدید، باعث خواهد شد که حکم شرعی نیز تغییر پیدا کند.

مرحوم خوانساری در این زمینه می‌فرماید: «ملاک جایز بودن معامله بر چیزی این است که دارای فایده

عقلایی قابل اعتنا باشد و شرعاً از آن نهی شده باشد و از این قبیل است خرید و فروش خون در زمان ما بر اثر تزریق آن در بدن کسی که نیاز به خون دارد و مشرف به مرگ است» (واسعی، ۱۳۷۹، ۵۶). با عنایت به توضیحات فوق می‌توان گفت که عرف نقش مهمی در به دست آوردن حکم شرعی دارد و تغییر آن، حکم شرعی را متحول می‌سازد. احکام جزایی شرع مقدس و همچنین مجازات‌های پیش‌بینی شده در آن نیز از این امر، مستثنی نیست و آن‌ها نیز ممکن است به تبع عرف، دچار تغییر شوند. قسامه نیز که یکی از احکام جزایی شرع مقدس است، نیز با تغییر عرف، دچار تغییر می‌شود؛ بدین معنا که روش‌های اثبات جرم که قسامه یکی از آن‌هاست، روش‌های مبتنی بر تعبد نبوده، بلکه روش‌هایی کاملاً عرفی هستند که بنا بر شرایط خاص زمان خود شکل گرفته‌اند و در عصر جاهلیت وجود داشته و اسلام نیز آن را امضا کرده، اما این بدین معنا نیست که قسامه باید در همه زمان‌ها اجرا شود. با توجه به تغییر عرف در زمان حال، معقول و معمول نیست که بخواهیم جرمی را از طریق قسامه به اثبات برسانیم. می‌توان برای اثبات جرم راه‌هایی را دنبال کرد که مورد تأیید عقلای عالم بوده و بر آن تأکید دارند. به عبارت دیگر، در هر روشی که به یقین برسیم که جرمی واقع شده است، عقلاً هم چنین روشی را قبول می‌کنند؛ بنابراین، امروزه، قسامه روشی است که در اثبات جرم، قابل دفاع نبوده و می‌توان از سایر روش‌های معمول عرفی در اثبات جرم از قبیل ادله علمی استفاده کرد.

#### ۴- تحلیل جایگزین‌های نهاد قسامه

همان‌طور که پیشتر گذشت، با استناد به دلایل مختلف، ناکارآمدی نهاد قسامه در اثبات امور کیفری، به دست آمد. در همین راستا، به دنبال جایگزینی هستیم تا بتواند نقشی همانند قسامه را ایفا کند. به جهت حصول چنین امری، نیازمند آن هستیم که از طریق چند مقدمه به مقصود خویش نائل آییم. ابتدا به ذکر مقدمات پرداخته و سپس به جمع‌بندی آن‌ها می‌پردازیم.

#### ۴-۱- حصری نبودن ادله اثبات دعوا

در مورد ادله اثبات دعوا دو نظر مختلف میان فقها وجود دارد. عموم فقها قائل به حصری بودن آن شده‌اند و برای توجیه نظر خود از کتاب، سنت و قاعده درأ بهره‌جسته‌اند. گروه دیگری از فقها معتقدند که قاضی برای رسیدن به حقیقت و کشف واقع می‌تواند از راهی که صلاح می‌داند استفاده کند مشروط به آنکه منجر به امر خلاف شرعی نشود و لذا ادله را منحصر نمی‌دانند. در این قسمت ابتدا به طور مختصر به بررسی و نقد آرای فقهایی که قائل به حصری بودن ادله اثبات جرم هستند می‌پردازیم.

#### الف) آیات قرآن

در آیات قرآن کریم، پیرامون شهادت در سه موضع، چنین آمده است:

"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ ... فَإِنَّ أَمِينَ بَعْضِكُمْ بَعْضًا فليُؤَدِّ الَّذِي أُوْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ (بقره/۱۱۱ و ۱۱۳).

" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ... وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ " (نور/۲۳).

"فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ... وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا" (طلاق/۱).

بر اساس آیه " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ " (نسا/۱۳۱)، اقرار نیز یکی از انواع شهادت است.

به عنوان نتیجه می توان گفت برخی از فقها به استناد این آیات، ادله را منحصر در مواردی دانسته‌اند که از آن‌ها نام برده شده است و قاضی را موظف دانسته‌اند که به موازینی عمل کند که از طریق شرعی به دست آمده‌اند. استدلال مذکور در صورتی صحیح است که اقرار و بینه موضوعیت داشته باشند، حال آنکه شارع صرفاً این موارد را راهی به سوی واقع و پیدایش قطع و یقین قرار داده است. لذا می توان این نتیجه را گرفت که ادله منحصر در این طرق نیست (داورزی، ۱۳۹۳، ۱۹).

(ب) روایات

در این راستا سه دسته روایت وجود دارد. افرادی که قائل به انحصار ادله هستند با این روایات نتیجه گرفته‌اند که چون سایر ادله در روایات نقل نشده‌اند، پس ادله منحصر هستند و طریقت ندارند. برای نمونه به روایات زیر اشاره می کنیم:

دسته اول روایاتی که قضاوت را بر بینه و قسم منحصر دانسته‌اند که یکی از معروفترین آن‌ها صحیح همام بن حکم از امام صادق (ع) است که رسول خدا (ص) فرمودند: «انما اقاضی بینکم بالبینات و الایمان و بعضکم الحن بحجته من بعض فأیما رجل قطع له من مال أخیه شیئاً فإنما قطعته له به قطعه من النار» (موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸، ۱۳۲).

در استدلال به این روایت گفته‌اند که پیامبر اکرم (ص) داوری خود را اختصاص داده‌اند به اینکه برای اثبات از بینه و برای رد آن از سوگند استفاده کنند و با توجه به اینکه اگر راه دیگری برای اثبات دعوا وجود داشت، پیامبر اکرم (ص) امر قضاوت را منحصر در بینه و سوگند نمی دانستند، این نتیجه را گرفته‌اند که ادله منحصر در موارد مذکور است.

استدلال فوق از چند راه مورد مناقشه قرار می گیرد، نخست آنکه در روایت در مورد اقرار و شهادت صحبت نشده است، حال آنکه هیچ فردی قائل نشده است که قضاوتی که از طریق اقرار و شهادت انجام می شود، باطل است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ۱۲). دوم اینکه حصر موجود در این روایت حصر اضافی است؛ به این معنا که حضرت (ص) قضاوت بر اساس واقع را از طریق علم غیبی و لدنی را از خود نفی

می‌کنند و نه هر علم دیگری را و سوم، دلالت روایت بر حصر این مطلب نیست که راه‌های اثبات قضایی منحصر در بینه و سوگند باشد تا بتوان از مفهوم مخالف آن نتایجی را حاصل کرد، بلکه دلالت بر این دارد که پیامبر اکرم (ص) صرفاً از دو طریق بینه و سوگند قضاوت می‌کردند و آخرین نکته اینکه اطلاق مذکور با آیات و روایاتی که دلالت به علم قاضی (دارویی و همکاران، ۱۴۰۰، ۱۶۲) و جواز استناد به آن را دارند، در تناقض است. (دارایی‌باف، ۱۳۹۱، ۴۵).

دسته دوم، روایات باب حدود که از آن‌ها چنین برداشت می‌شود که سوگند و شهادت تنها طریق اثبات حدود است؛ مانند صحیح‌ه حلبی از امام (ع) که فرمودند: «حد الرجم ان يشهد اربعة أنهم رأوه يدخل و يخرج» (کلینی، ۱۴۰۶، ۴۲۱). این دسته از روایات باعث نفی علم قاضی نمی‌شود و علت این تأکید بر چهار گواه عادل است که باید علم حسی از طریق دیدن داشته باشند، احتیاط در چنین حد سنگینی و پوشیده ماندن گناه است.

دسته سوم، روایاتی که شهادت کمتر از چهار نفر بر زنا را قذف و موجب حد می‌شمارند مانند روایت سکونی از امام (ع) از پدرشان از حضرت (ع) درباره سه نفری که به زنا شهادت داده‌اند، نقل شده است که حضرت (ع) خطاب به سه نفر فرمودند: «أین الرابع؟ قالوا الان یحی فقال الامیرالمؤمنین (ع) حدوهم فلیس فی الحدود نظر الساعه». چنین ادعایی پذیرفتنی نیست؛ چراکه سببی برای این ادعا وجود ندارد و از این دسته از روایات، عام بودن این حکم فهمیده می‌شود از این جهت که قاضی هم مانند شهود است؛ به عبارت بهتر شهادت بدون وجود چهار شاهد عادل جایز نیست و تفاوتی نیز میان شهود عادل و قاضی وجود ندارد. مضافاً بر اینکه علت چنین تأکیدی این است که اراده خداوند بر این بوده است که گناهی که کمتر از چهار شاهد عادل از آن اطلاع داشته باشند، پوشیده بماند. از لسان روایات چنین به نظر می‌رسد که چهار شاهد موضوعیت دارد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ۱۴).

مشهورترین دلیلی که برای موضوعیت داشتن ادله اثبات آورده‌اند، قرار گرفتن قاضی در معرض اتهام است (سبحانی، ۱۳۸۵، ۱۹۱).

به عبارت بهتر مخالفان طریقی‌ت ادله معتقدند که اگر قاضی به علم خود عمل کند و یا از هر طریق دیگری که صلاح می‌داند، ادله را تحصیل کند، بی‌طرفی خود را حفظ نکرده و محکوم‌علیه تصور می‌کند که حاکم از محکوم له حمایت کرده است، اما اگر قاضی از طریق بینه و سایر ادله شرعی قضاوت کند، چنین مشکلی پیش نخواهد آمد.

در پاسخ به این شبهه باید بگوییم، بدیهی است که اگر قاضی به علم خود عمل کند، در معرض اتهام است، اما هدف در قضاوت رسیدن به حق و عدل است و اساساً اگر فردی بخواهد که چنین اتهاماتی

متوجه او نشود، نباید متصدی امر قضا شود، نه اینکه به خاطر این بیم، حقوق افراد را ضایع کند مضافاً به اینکه وظیفه قاضی رعایت عدالت است و لذا توجه بیشتر قاضی به محکوم له از همین جهت است. پس حمایت از محکوم له و محکوم علیه موضوعیتی ندارد. به صورت خلاصه می‌توان گفت ادعای فوق که قضاوت به جهت بیم از اتهام از علم خویش استفاده نکنند، باعث نقض غرض است؛ چرا که غرض از داوری، رسیدن به واقع و حقیقت است و اگر دادرس به علم خود عمل نکند، دسترسی به مهم مذکور امکان پذیر نخواهد بود. برخی دیگر معتقدند که نهایت مطلبی که می‌توانیم در رابطه با علم قاضی بگوییم این است که قاضی می‌تواند در غیر حدود به علم خویش عمل کند، اما در حدود استفاده از علم قاضی صحیح نیست؛ چرا که بنای شرع در این گونه جرائم بر تخفیف است و لذا اگر قاضی شخصی را دید که در حال زنا بود، نباید او را مجازات کند و هتک اعتبار و کشف اسرار مسلمانان جایز نیست. نتیجه آنکه ادله محصور به چند مورد نیست، بلکه امکان تعمیم آن‌ها با ادله نوین وجود دارد که چنین نتیجه‌ای با هدف اولیه حقوق اسلام از قضاوت که کشف حقیقت است و نه فصل خصومت سازگارتر است.

#### ۴-۲- امارات قضایی؛ جایگزین قسامه

امارات قضایی در میان ادله اثبات دعوا نقش مؤثری دارد و قانون مدنی، امارات قضایی را در ماده ۱۳۱۰ چنین تعریف می‌کند: «اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده است عبارت است از اوضاع و احوالی در خصوص مورد و در صورتی قابل استناد است که دعوا با شهادت شهود، قابل اثبات باشد یا ادله دیگر را تکمیل کند». به عبارت دیگر، اماره قضایی استنباطی است که قاضی از وقایع و نشانه‌های دعوا برداشت می‌کند و از نتایج آن به موضوع مورد اختلاف پی می‌برد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱۲۱).

در حقوق جزای اسلام، ادله اثبات دعوا، از جایگاه یکسانی برخوردار نیست. در حقوق الهی با توجه به جریان اصولی همچون اصل ستر و مسامحه و تخفیف در برخورد با حق‌الله، ایجاب می‌کند که ادله اثبات دعوا نیز با آن هماهنگ باشد. به عبارت دیگر، در جرایم حق‌اللهی، ادله اثبات جرم موضوعیت دارد؛ بدین معنا که تعدی از ادله منصوص و استفاده از طرق دیگر جایز نیست و منحصرأ باید از طرق خاصی که شارع بیان فرموده، در جهت اثبات این دسته از جرایم استفاده کرد. در حق‌الناس به دلیل اهمیتی که این-گونه دعاوی نزد شارع دارد، ادله اثبات جرم، طریقت دارد؛ بدین معنا که هر قاضی از هر راهی به مجرمیت متهم علم پیدا کرد، می‌بایست حکم صادر کند و می‌تواند از قرائن موجود در هر دعوا استفاده کند و علمی که از این طریق به دست می‌آید، حجت است (رشتی، ۱۳۹۴، ۱۴۰).

از جمله این قرائن، امارات قضایی است که دلایل فقهی نیز بر مشروعیت آن گواهی می‌دهند (کتاب:

مانده/۱، نسا/۱۱، یوسف/۱۱؛ سنت: حرعاملی/۱۴۰۳، ۳۱۲؛ دلیل عقلی: زحیلی، بی‌تا، ۱۱۰). به طور کلی می‌توان در جرایم علیه تمامیت جسمانی، از راه امارات قضایی زمینه اثبات جرم را فراهم کرد. به کارگیری این امارات، می‌تواند مقدمات حصول علم را فراهم کرده و قضات را به علم و اقناع وجدانی برساند که در این صورت قاضی می‌تواند در صدور حکم به علم مبتنی بر امارات قضایی استناد کند. علم قاضی از یک اماره قضایی حاصل می‌گردد. رابطه علم قاضی و اماره به قدری نزدیک است که می‌توان گفت در واقع، خود قانون نیز اعتبار علم قاضی را منوط به وجود قرینه و امارات قضایی می‌داند و در صورتی که علم قاضی بدون استناد به امارات قضایی و قرائن، مبنای صدور حکم قرار گیرد، خلاف قانون است؛ امری که در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بدان اشاره شده است.

در اثر پیشرفت علوم و فنون، راه‌های جدیدی نظیر انگشت‌نگاری، آزمایش D.N.A، آزمایش خون، نظر اهل خبره و سایر فنون برای کشف جرم، تعیین هویت مجرم و دستگیری وی و اثبات جرم ایجاد شده است که از آنها تحت عنوان «قرائن علمی» یاد می‌شود که همگی امارات قضایی تلقی می‌شوند. به عنوان نمونه، حضرت علی (ع) در جریان اتهام زنا به دختر باکره که شهود کافی بدان شهادت داده بودند، امر را جهت تحقیق بیشتر به زنان قابله محول کردند. زنان یاد شده بعد از معاینات ابراز داشتند که دختر، باکره بوده و میرا از گناه است. حضرت (ع) فرمودند: «من کسی را که از طرف خداوند مهر عفت دارد، حد نمی‌زنم» (حرعاملی، ۱۴۰۳، ۱۳۰).

در نتیجه، با توجه به بحث جایگزینی برای نهاد قسامه می‌توان گفت که امارات قضایی و به ویژه قرائن علمی، می‌توانند به عنوان یک جایگزین برای نهاد قسامه مطرح شوند. به عبارت دیگر، قسامه یکی از ادله اثبات جنایت علیه تمامیت جسمانی اشخاص محسوب می‌شود که جنایت علیه اشخاص از جمله حقوق‌الناس محسوب می‌شود. با توجه به مباحثی که گذشت مبنی بر اینکه ادله اثبات دعوا در حقوق‌الناس، طریقت دارند و دادرس می‌تواند از هر راهی که قانونی و شرعی است، به کشف حقیقت دست پیدا کند و از طرف دیگر، وجود امارات قضایی که دارای مشروعیت هستند و می‌توانند در راه اثبات جرم مورد استناد قرار گیرند، همچنین با وجود چالش‌های نهاد قسامه نظیر تعارض با اصل برائت، تعارض با قاعده احتیاط در دماء، می‌توان به جای استناد به قسامه در اثبات جنایت، از امارات قضایی و به طور خاص، از قرائن علمی بهره برد و از طریق آنها به کشف حقیقت نائل آمد.

مضافاً اینکه دستاورد اثبات جرم از طریق قسامه و امارات قضایی که همان اثبات جنایت می‌باشد، یکسان بوده، اما امارات قضایی از لحاظ کارآمدی و سرعت و دقت و حصول نتیجه، بسیار دقیق و راهگشا به نظر می‌رسند.

## ۵- نتیجه‌گیری

قسامه از نهادهای مورد پذیرش در شریعت اسلام است که علما؛ اعم از عامه و خاصه بر مشروعیت آن اتفاق نظر دارند.

استناد به قسامه، از جهات مختلف با محدودیت مواجه است.

تعارض قسامه با اصل برائت، قاعده درء، قاعده احتیاط در دما و همچنین انفکاک موضوعی نهاد قسامه با قاعده لایبطل و محدود بودن اجرای قسامه به زمان تشریح خود بر اساس ملاک عرفی، از جمله این محدودیت‌هاست که در مقام اثبات جنایت، استناد به قسامه را دشوار و حتی غیر ممکن می‌سازد. بنابراین، با توجه به این محدودیت‌ها و ناکارآمدی‌ها، ضروری به نظر می‌رسد که قانون‌گذار درصدد ارائه جایگزینی برای قسامه برآید. بر اساس فقه جزایی اسلام و قانون مجازات اسلامی، آنچه به دست می‌آید این است که ادله اثبات امور کیفری حصری نیست؛ بدین معنا که قانون‌گذار به دادرس این امکان را داده که فراتر از ادله قانونی عمل کند و بتواند در اثبات جرم، از هر دلیل یا اماره‌ای که در کشف حقیقت مؤثر باشد، استفاده کند؛ البته این بدین معنا نیست که دادرس در استناد به امارات و دلایل، خارج از ضوابط خاص قانونی هر کدام، عمل نماید. امروزه با توجه به پیشرفت علوم و فنون در همه جوانب زندگی بشر، تحول در ابزارها و روش‌های اثبات امور کیفری از این پیشرفت، غافل نمانده است. امروزه، فنون و ابزارهایی وجود دارد که در کشف حقیقت، مؤثر واقع می‌شوند که امارات قضایی تلقی می‌شوند. پزشکی قانونی، انگشت‌نگاری، آزمایش D.N.A، آزمایش خون و سایر ابزارها از نمونه‌های این امارات هستند که از سرعت عمل و دقت بالایی برخوردار بوده و جایگزین نهاد قسامه محسوب می‌شوند.

## ۶- فهرست منابع

### کتاب‌ها

- ۱- قرآن کریم
- ۲- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳). من لایحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۳- ابن فهد الحلّی، جمال الدین (۱۴۱۱). المهذب البارع فی شرح المختصر النافع. تحقیق مجتبی عراقی، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- ۴- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۸). لسان العرب. بیروت: بی نا.
- ۵- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۳). تفصیل وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البیت.
- ۶- حلّی، حسن بن یوسف (بی تا). المنتهی‌المطلب، بیجا: بی نا.

- ۷- حلی، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد (چاپ یازدهم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۸- حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۹). شرائع الإسلام (چاپ چهارم). تهران: استقلال.
- ۹- داورزنی، حسین (۱۳۹۰). پژوهشی در امکان تعمیم ادله اثبات جرم. تهران: نشر راشدین.
- ۱۰- رشتی، حبیب‌الله (۱۳۹۴). کتاب القضاء (چاپ اول)، قم: انتشارات دارالقرآن الکریم.
- ۱۱- زحیلی، محمد (بی‌تا). وسائل الاثبات (چاپ دوم)، الرياض: انتشارات المكتبة المویده.
- ۱۲- سبحانی، جعفر (۱۳۸۵). نظام القضاء و الشهاده فی شریعه الاسلامیه الغراء. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- ۱۳- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (بی‌تا). مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام. قم: دارالهدی للطباعة و النشر.
- ۱۴- فیومی، احمد بن محمد (۱۴۰۵). مصباح المنیر. قم: بی نا.
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). اثبات و دلیل اثبات (چاپ سوم)، تهران: میزان.
- ۱۶- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۶). الکافی (چاپ چهارم)، قم: دارالحديث للطباعة و النشر.
- ۱۷- مرعشی شوشتری، سید محمد حسن (۱۳۷۹). دیدگاه های نو در حقوق کیفری اسلام. تهران: نشر میزان.
- ۱۸- مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳). المقنعه. قم: المؤتمر العالمی لألفیه الشیخ المفید.
- ۱۹- مکی (شهید اول)، محمد (۱۴۰۲). القواعد و الفوائد. قم: مکتبه المفید.
- ۲۰- موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۴۰۸). فقه القضاء. قم: انتشارات امیرالمؤمنین.
- ۲۱- موسوی بجنوردی، محمد (۱۳۸۵). فقه تطبیقی «بخش جزائی». تهران: انتشارات سمت.
- ۲۲- موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۸۸). تحریر الوسیله (چاپ چهارم)، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۲۳- موسوی خمینی، روح‌الله (۱۴۱۰). الرسائل (چاپ اول)، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۲۴- نجفی، محمد حسن (۱۴۱۵). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۲۵- نراقی، محمد مهدی (۱۳۸۸). انیس المجتهدین فی علم الأصول. قم: مؤسسه بوستان کتاب.
- ۲۶- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۸۲). بایسته‌های فقه جزا. تهران: انتشارات میزان.

## مقالات

- ۲۷- دارایی باف، مهدیه (۱۳۹۱). بررسی دلایل عدم توقیفی بودن ادله از منظر فقه و حقوق. دومین کنفرانس بین المللی نوآوری و تحقیق در علوم انسانی و مطالعات فرهنگی و اجتماعی.
- ۲۸- داروئی، عباسعلی؛ اسکندری، حسن؛ اسکندری، حسین (۱۴۰۰). تاملی بر چالش‌های شهادت در نظام

---

دادرسی ایران، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال هفدهم، شماره شصت و پنج، ص ۱۷۷-۱۵۹.

۲۹- فیض، علیرضا(۱۳۸۵). عرف عقلاء، نشریه جستارهای فلسفی، شماره ۷.

۳۰- کلاتتری، کیومرث و همکاران(۱۳۹۶). قلمرو و شرایط اعمال قاعده‌ی درأ در حدود و تعزیرات، فصلنامه تعالی حقوق، شماره ۱۴.

۳۱- واسعی، سیدمحمد(۱۳۷۹). فقه و عرف، مجله قبسات، دوره ۵.