



Repetition or Non-repetition of Qassama by the claimant in Retribution from the Perspective of Supreme Leader of the Revolution and Islamic Penal Code

Effat Samimi Shalamzari¹, Ahmadreza Tavakoli*², Ehsan Aliakbari Babokani³,

1. PhD Student, Department of Jurisprudence and Islamic Law, Najaf Abad Azad University, Najafabad, Iran.

2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Islamic Law, Najaf Abad Azad University, Najafabad, Iran.
(Corresponding Author)

3. Assistant Professor, Department of Ahl Al-Bait, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Isfahan, Isfahan, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Type of Article:

Original Research

Pages: 13-24

Corresponding Author's Info

ORCID: 0000-0002-1298-3569

TELL: +989132375850

Email: a_tavakoli@phu.iaun.ac.ir

Article history:

Received: 19 May 2024

Revised: 01 Sep 2024

Accepted: 15 Sep 2024

Published online: 21 Dec 2024

Keywords:

Ayatollah Khamenei,
Repetition of the Claimant's
Qassama, Intentional
Murder, Revenge.

ABSTRACT

The oath of fifty people when there is positive loth is intentional murder. Qassama has been suspected by the opponents of Islam and some Shiite jurists because of the progress of science and the discovery of modern ways of proof. The consensus opinion of Shia jurisprudence in the mentioned issue confirms the validity of Qassama, and the Islamic Penal Code, following Shia jurisprudence, has mentioned the validity of Qassama in the penal law. However, the legislator has chosen an opinion in the new law in a part of the mentioned issue, which has caused the illusion of the invalidity of Qassama. The sub-problem mentioned is that if fifty oaths are not taken by fifty people on behalf of the claimant; There are two jurisprudential opinions regarding the permissibility and impermissibility of repeating the oath. In the new law, unlike the previous laws, the lawmaker considered the non-permissibility of repeating an oath, which is an unpopular theory; is chosen The most important contemporary jurists believe in the unpopular theory of the Supreme Leader of the Islamic Revolution. Due to the lack of independent research on the problem and its importance, the present article tries to answer the mentioned dual questions by using the analytical descriptive method. The present article has come to the conclusion that the legislator's approach is flawed due to the existence of valid evidence on the non-famous theory and the distortion of the evidence of the famous theory. Also, the principle of validity of Qassama is defensible in terms of Islamic jurisprudence and law.



This is an open access article under the CC BY license. © 2024 The Authors.

How to Cite This Article: Samimi Shalamzari, E; Tavakoli, A; Aliakbari Babokani, E (2024). "Repetition or Non-repetition of Qassama by the claimant in Retribution from the Perspective of Supreme Leader of the Revolution and Islamic Penal Code". *Journal of Comparative Criminal Jurisprudence*, 4(4): 13-24.



انجمن علمی فقه‌پژای تطبیقی ایران

فصلنامه فقه‌پژای تطبیقی

www.jccj.ir



فصلنامه فقه‌پژای تطبیقی

دوره چهارم، شماره چهارم، زمستان ۱۴۰۳

تأثیر تکرار یا عدم تکرار قسامه توسط مدعی در قصاص از منظر رهبر معظم انقلاب و قانون مجازات اسلامی

عفت صمیمی شلمزاری^۱، احمدرضا توکلی^{۲*}، احسان علی‌اکبری بابوکانی^۳

۱. دانشجوی دکتری، گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران.

۲. استادیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران. (نویسنده مسؤول)

۳. استادیار، گروه اهل بیت (ع)، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

چکیده

سوگند پنجاه نفر هنگام وجود لوث مثبت قتل عمد است. قسامه به خاطر پیشرفت علم و کشف راه‌های اثباتی مدرن مورد شبهه مخالفان اسلام و برخی حقوقدانان شیعه قرار گرفته است. نظر اجماعی فقهی شیعه در مسأله مذکور اعتبار قسامه را تأیید می‌کند و قانون مجازات اسلامی نیز در پیروی از فقه شیعه اعتبار قسامه را در قانون مجازات ذکر کرده است. اما قانون‌گذار در فرعی از مسأله مذکور نظری را در قانون جدید برگزیده است که موجب توهم عدم اعتبار قسامه شده است. فرع مسأله مذکور این است که اگر اقامه پنجاه سوگند توسط پنجاه نفر از طرف مدعی وجود نداشته باشد؛ دو نظر فقهی مبنی بر جواز و عدم جواز تکرار قسامه مطرح هستند. قانون‌گذار در قانون جدید، برخلاف قوانین پیشین نظر عدم جواز تکرار قسامه که نظریه غیر مشهور می‌باشد؛ برگزیده است. مهم‌ترین فقیه معاصر قائل به نظریه غیر مشهور، رهبر معظم انقلاب اسلامی هستند. مقاله حاضر به خاطر نبودن تحقیق مستقل، درباره مسأله و اهمیت آن در صدد است با استفاده از روش توصیفی تحلیلی به پاسخ‌دهی سؤالات دوگانه مذکور بپردازد. مقاله حاضر به این نتیجه رسیده که رویکرد قانون‌گذار به خاطر وجود ادله معتبر بر نظریه غیر مشهور و مخدوش بودن ادله نظریه مشهور دارای اتقان است. همچنین اصل اعتبار قسامه از نظر فقه و حقوق اسلامی قابل دفاع است.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۳-۲۴

اطلاعات نویسنده مسؤول

کد ارکید: ۳۵۶۹-۱۲۹۸-۰۰۰۲-۰۰۰۰-۰۰۰۰

تلفن: +۹۸۹۱۳۳۳۷۵۸۵۰

ایمیل: a_tavakoli@phu.iaun.ac.ir

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۳۰

تاریخ ویرایش: ۱۴۰۳/۰۶/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۲۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۰/۰۱

واژگان کلیدی:

آیت‌الله خامنه‌ای، شبهه قسامه، تکرار قسامه مدعی، قتل عمد، قصاص.

خوانندگان این مجله، اجازه توزیع، ترکیب مجدد، تغییر جزئی و کار روی حاضر به صورت غیرتجاری را دارند.



© تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده می‌باشد.

مقدمه

هنگامی که قتل عمد به صورت مخفیانه یا هر نحوی اتفاق افتاده باشد که قاتل به طور مشخص قابل شناسایی نباشد؛ در این مورد برای جلوگیری از هدر رفتن خون نفس محترم، شارع مقدس راه شناخت قاتل را اقامه سوگندهای پنجاه گانه توسط مدعی و اقربای او مقرر نموده است. البته یادآوری این نکته ضروری است که شارع مقدس راه مذکور اثبات قتل را به صورت ابتدائی مقرر نکرده، بلکه در مورد لوث راه مذکور را پیشنهاد نموده است که معنای ابتدائی لوث وجود گمان درباره فردی به عنوان قاتل است.

با توجه به پیشرفت علم و کشف راههای مدرن و مطمئن تری درباره شناخت قاتل مجهول، راه مذکور شرعی توسط مخالفان اسلام مورد انتقاد قرار گرفته و همچنین توسط برخی حقوقدانان مسلمان ایرانی نیز انگشت اتهام به سوی این راه مثبت قتل بلند شد. این مسأله در برخی مقالات مورد نقد و بررسی قرار گرفته است؛ اما با توجه به به روز رسانی ادله، شبهه مذکور توسط حقوقدانان مخالف نیاز به بررسی مجدد این شبهه در هر زمان و دوره وجود دارد. لذا مقاله مورد نظر ضمناً به بررسی ادله جدید این شبهه پرداخته است.

اما مسأله دیگری که مورد توجه مستقیم مقاله حاضر هست؛ جایی است که در صورت لوث و گمان به قاتل بودن فردی در قتل مجهول، اگر اقامه پنجاه قسم توسط پنجاه نفر از طرف مدعی امکان پذیر نباشد؛ آیا با تکرار قسامه قتل عمد اثبات می شود یا نه؟

در این مسأله، دو نظر فقهی شیعه مطرح می باشد. فقهایی مشهور موافق نظر مذکور هستند و تکرار قسامه توسط مدعی را اثبات کننده قتل عمد دانسته اند ولی دسته ای از فقهایی معاصر مخالف نظر مذکور هستند و تکرار قسامه را تنها مثبت دیه، نه قصاص می دانند. مهم ترین فقیه مخالف نظر مذکور رهبر معظم انقلاب اسلامی آیت الله العظمی سیدعلی خامنه ای هستند. از طرف دیگر، قانون مجازات اسلامی در قانون مصوب ۱۳۹۲ نظر غیر مشهور در آن مسأله را پذیرفته و قانون گذاری کرده است. اولین پرسش این است که، تغییر نظر قانون گذار تحت تأثیر فتوای رهبر معظم انقلاب بوده است یا

نه؟ دیگر اینکه نظر غیر مشهور در مسأله مذکور از لحاظ ادله و مبانی چگونه ارزیابی می شود؟ مقاله حاضر با استفاده از روش توصیفی تحلیلی و کتابخانه ای در صدد پاسخ دهی مستقیم به سؤال های دو گانه مذکور و پاسخ دهی غیر مستقیم ضمنی به شبهه قسامه است.

پس از جست و جوی بسیار، دو مقاله مرتبط به موضوع مقاله حاضر یافت شد. یکی مقاله سلیمان جدیدی سرای و همکاران با عنوان «چالش صدور حکم قصاص نفس با قسامه در پرتو ادله قرآنی و یافته های علوم جرم یابی و پزشکی» است نتایج نشان می دهد که با وجود راه های مدرن کشف مجرم، نباید بر قسامه به عنوان دلیل مثبت مجازات سنگین همچون قصاص مورد استفاده قرار بگیرد. این مرقوم به نقد ادله آن مقاله پرداخته و ادله آن را در اثبات مطلوب ناکافی دانسته است.

مقاله دوم توسط حسین حقیقت پور و همکاران با عنوان «نقدی بر نظریه فقهی کفایت پنجاه سوگند توسط مدعی در قسامه» نگاشته شده است نتایج نشان می دهد که نظریه غیر مشهور اگر معتبر نیز نباشد باز هم با توجه به این که قسامه دلیل تعبدی نیست؛ بلکه طریقت دارد؛ بنابراین، حاکم شرع می تواند روش آن را تغییر دهد. اما در مقاله مذکور برخلاف مقاله حاضر نظریه غیر مشهور مورد بررسی قرار نگرفته است و از لحاظ نتیجه گیری نیز مقالات دو گانه با هم اختلاف دارند؛ زیرا مقاله حاضر اعتبار مبانی فقهی قانون مبنی بر عدم جواز تکرار قسامه را به اثبات رسانده و همچنین اثبات کرده که قسامه یک دلیل تعبدی است و نمی توان طریقت تنهایی آن را پذیرفت.

۱- سیر تاریخی قانون مربوط به تکرار قسامه

قانون گذار مجازات اسلامی در دو مقطع زمانی با پیروی از هر کدام از نظریه های دو گانه فقهی مذکور، دو قانون متفاوت را ارائه کرده است. در تبصره ۲ و ماده ۲۴۸ قانون مصوب ۱۳۷۰ طبق فتوای فقهایی مشهور شیعه (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۳۳۶/۴) امکان تکرار قسم در جنایت بر نفس (عمدی و غیر عمدی) از سوی مدعی و بستگان وی وجود داشت. تبصره ۲ ماده ۲۴۸: «چنانچه تعداد قسم خورندگان کمتر از ۵۰ نفر باشد؛

۳- بررسی نظر مشهور

در مسأله تکرار قسامه توسط مدعی دو نظریه نزد فقهای شیعه مطرح است. نظریه مشهور مبنی بر جواز تکرار قسامه است و نظریه غیر مشهور عدم جواز تکرار قسامه است. در ذیل به مهم‌ترین قائلین هر دو نظریه و ادله آن‌ها را ذکر می‌کنیم.

فقهای متقدم و متأخر شیعه نظریه جواز تکرار قسامه توسط مدعی به‌عنوان یک نظریه مشهور و اجماعی مطرح بوده است. در ذیل به مهم‌ترین قائلین این نظریه اشاره می‌شود.

الف) شیخ طوسی در الخلاف همانند نظر مشهور اهل سنت، قسامه را حتی در قتل عمد، اثبات‌کننده دیه دانسته است. (طوسی، ۱۴۰۰: ۳۳۴-۳۳۵) اما ایشان در کتاب‌های دیگر از آن نظر بازگشته و قسامه و همچنین تکرار قسامه مدعی را اثبات‌کننده قتل عمد دانست. شیخ طوسی تا جایی که جست‌وجوی ما نتیجه داده، نخستین فقیه شیعه است که حکم مذکور را صریح‌تر ذکر کرده است (ابن ادریس حلی، ۱۳۸۷ ش: ۲۰۲/۱۰). سپس ابن ادریس حلی در قرن ششم گرچه بزرگ‌ترین ناقد نظرات شیخ طوسی به حساب می‌آید (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۳: ۷۱۸/۲) ولی در مسأله مذکور نظر شیخ طوسی را پذیرفته است (ابن ادریس حلی، ۱۳۸۷: ۲۰۱/۱۰). در کتاب ابن حمزه در قرن ششم که کتاب او تا یک قرن مرجع مجتهدان شیعه بوده نیز صراحتاً نظریه مذکور را پذیرفته است (ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۴۶۰-۴۶۱).

ب) نظریه مشهور مذکور توسط فقهای شیعه در دوره‌های بعدی؛ همچون محقق حلی در قرن هفتم (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۰۰/۴-۲۰۹) و علامه حلی (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۱۸/۳) نیز پذیرفته شده است. نظریه مشهور تا اواخر قرن هشتم همان‌گونه که از مطرح نکردن مسأله مذکور به‌عنوان مسأله اختلافی توسط شهید اول استفاده می‌شود؛ فقیه مخالف وجود نداشته است (شهید اول، ۱۴۳۰: ۳۱۶/۴). البته تا قرن دهم و زمان شهید ثانی نیز فقیه مخالف نظر مشهور به چشم نمی‌خورد (شهید ثانی، بی‌تا: ۴۱۰/۲).

هر یک از قسم خورندگان مرد می‌تواند بیش از یک قسم بخورد؛ به‌نحوی که ۵۰ قسم کامل شود.

ولی با اصلاحات صورت گرفته در سال ۱۳۸۰ و بر اثر فتوای رهبر معظم انقلاب این امکان از مدعی و بستگانش گرفته شد. همان‌گونه که در مواد ۲۴۸ و ۲۵۳ اصلاحی ۱۳۸۰ آمده است.

«ماده ۲۴۸- در موارد لوث، قتل عمد با قسم پنجاه نفر مرد ثابت می‌شود و قسم خورندگان باید از خویشان و بستگان نسبی مدعی باشند. تبصره ۲- چنانچه تعداد قسم خورندگان مدعی علیه کمتر از پنجاه نفر باشد، هریک از قسم خورندگان مرد می‌تواند بیش از یک قسم بخورد به‌نحوی که پنجاه قسم کامل شود.»

در ماده ۳۳۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز نظر غیر مشهور فقهای موردپذیرش قرار گرفت و این‌گونه آمده است: «نصاب قسامه در اثبات قتل عمدی، سوگند پنجاه مرد از خویشاوندان و بستگان مدعی است؛ با تکرار سوگند قتل ثابت نمی‌شود.»

۲- تأثیرپذیری تغییر قانون مجازات از فتوای رهبر انقلاب

یکی از عوامل انتخاب نظریه غیر مشهور توسط قانون‌گذار، فتوای موافق نظریه غیر مشهور توسط حضرت آیت‌الله خامنه‌ای بوده است. از بیان بخشنامه زیر نیز این امر قابل اثبات است: «در خصوص نظر مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی)، در صورتی که بستگان نسبی مدعی به میزان حدنصاب (پنجاه نفر) نباشند و یا نکول عده‌ای از بستگان از اتیان سوگند، بر اساس فتوای صریح معظم له و نیز بخشنامه شماره ۲۹/۱۱/۱۳۹۹-۷۷/۷۷/۱ قوه قضاییه مبنی بر لزوم رعایت تعداد قسم خورندگان مذکور در فتوای ایشان موارد مذکور در سؤال، از موارد عدم اقامه قسامه توسط مدعی محسوب می‌شود و مطابق قاعده اجرای قسامه و نیز بر اساس ماده ۲۴۴ و ۲۴۷ (قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰) لازم است مدعی علیه برای برائت خود اقامه قسامه نماید. لازم به ذکر است فتوای مقام معظم رهبری مبنی بر لزوم پنجاه نفر در طرف مدعی است؛ بنابراین، اقامه قسامه در ناحیه مدعی علیه مطابق مواد قانون مجازات اسلامی خواهد بود.

آوردن پنجاه نفر قسم خور امکان پذیر باشد؛ اما جایی که اضطرار باشد؛ دلالت روایات خالی از مفهوم مذکور هستند؛ پس وجه تعارض این گونه روایات نیز از بین خواهد رفت.

اما باید گفت ظاهر هر دو روایات ناظر به حکم و تشریع واحدی هستند؛ منتها دسته اول از روایات به بیان اصل حکم و تشریع و دسته دیگر به جزئیات و کیفیت آن پرداخته اند. لذا وقتی روایات دسته دوم که در مقام بیان کیفیت قسامه هستند به ذکر سوگند پنجاه نفر اکتفا کرده و اشاره نکرده است که در صورت نبودن پنجاه نفر، سوگندها تکرار می شوند؛ بلکه بیان کرده اند که در صورت نبودن پنجاه نفر قسم خور، سوگند به مدعی علیه منتقل می شود. لامحاله از این نوع بیان روایات، به دست می آید آن سوگندی که خداوند در دماء حکم کرده، فقط قسامه پنجاه نفر است.

۳-۱-۲- ظهور روایات

حکم جواز تکرار قسامه مدعی گرچه به طور صریح از روایات قابل استنباط نیست؛ اما با تأمل در روایات مرتبط با قسامه می توان قائل به ظهور روایات در حکم مذکور شد.

الف) استدلال از صحیح برید و مفضل

گرچه در برخی روایات دستور آمده است که پنجاه مرد قسم بخورند؛ اما آخر همان روایات این تعبیر نیز آمده است: «فَلْيَتِمُّوا قَسَمَةَ خَمْسِينَ رَجُلًا» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳/۹)

اینچنین باید استدلال نمود که واژه قسامه مضاف به بعد خود است. پس آنچه که در روایت و تعبیر مذکور مورد تأکید قرار گرفته پنجاه قسم و سوگند است نه پنجاه مرد قسم خور. (نجفی، ۱۴۲۱: ۲۴۶/۴۲). بر اساس قرائت مذکور، مضمون روایت این است که مدعی باید قسم پنجاه نفر را بخورد؛ بنابراین، شامل آن مورد نیز خواهد بود که افراد قسم خور برای مدعی کمتر از پنجاه نفر باشند. در این صورت نیز باید قسم پنجاه نفر محقق شود و افراد موجود تکرار سوگند کنند؛ تا پنجاه سوگند کامل شود.

آیت الله مشکینی معتقد است که از روایات مرتبط با قسامه استفاده می شود که اگر مدعی دلیل نداشته باشد و لوث محقق گردد؛ مدعی حق دارد پنجاه مرد قسم خور از فامیل خود

(ج) از میان فقههای معاصر شیعه فقههای بسیاری نظریه مشهور را پذیرفته اند؛ از جمله آیت الله خوئی (خوئی، ۱۴۱۰: ۸۰/۱)؛ امام خمینی (امام خمینی، ۱۳۹۲: ۵۲۷/۲)، آیت الله مکارم شیرازی (مکارم شیرازی، ۱۴۱۷: ۴۱۱/۳)؛ آیت الله نوری همدانی (نوری همدانی، ۱۳۸۸: ۲۴۴/۲)؛ آیت الله وحید خراسانی (وحید خراسانی، ۱۳۸۶: ۵۱۹/۳).

۳-۱-۳- ادله نظریه مشهور عبارتند از:

۳-۱-۳-۱- تمسک به اطلاق روایات

در دسته ای از روایات مرتبط با قسامه این قضیه کلی بیان شده است:

«خداوند در دماء و اموال جداگانه حکم کرده است. در اموال گفته که بین بر مدعی و سوگند بر مدعی علیه است و در دماء برعکس آن فرموده است» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۴/۹).

مقتضای قضیه کلی آن است که در باب دماء مطلقاً قسم بر مدعی است حتی اگر، مدعی پنجاه نفر نداشته باشد. اما با توجه به ادله دیگر می دانیم که کمتر از پنجاه سوگند کافی نیست. بنابراین، اطلاق قضیه کلی را مقید به پنجاه سوگند می کنیم. بنابراین، اثبات می شود که در فرض نبودن پنجاه نفر، مدعی با تکرار سوگند می تواند ادعای خود را علیه منکر ثابت کند.

نقد و بررسی:

اما این دلیل ضعیف است، زیرا:

اولاً؛ این روایات در مقام بیان کیفیت قسامه و موارد و شرایط آن نیست؛ بلکه تنها در صدد بیان تشریع اصل قسامه و شکستن قاعده اولیه باب اموال و دیات در باب دماء است. به همین خاطر فقههای شیعه در موارد عدم لوث و تهمت، به اطلاق این روایات تمسک نکرده اند.

ثانیاً؛ اطلاق یادشده معارض با مضمون برخی از روایات دسته دوم است که ظهور در شرط بودن تعداد پنجاه نفر در قسامه دارد و این گونه روایات مفسر کیفیت قسامه هستند.

ممکن است ادعا شود که روایات مقید به پنجاه نفر، وقتی معارض روایات مطلق هستند که اختیاری وجود داشته و

ب) استدلال از مؤثقه ابی بصیر

از مؤثقه ابی بصیر و روایات دیگر نظیر آن استدلال شده است در صورتیکه مدعی فاقد فامیل باشد یا فامیل او منکر سوگند خوردن به نفع او باشند؛ مدعی به تنهایی می‌تواند پنجاه سوگندها بخورد.

تقریب استدلال: در مؤثقه ابو بصیر آمده است: «خداوند درباره خون حکم کرده است که دلیل بر مدعی علیه و قسم بر مدعی است» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳/۶). از روایات دو گانه مذکور و روایات دیگر استفاده می‌شود که قسامه در مرحله اول و اصلی بر عهده خود مدعی است و ثابت شدن سوگند بر فامیل مدعی در مرتبه بعدی و فرعی است. لذا اراده و قصد مدعی اولویت و اصالت دارد (مشکینی اردبیلی، ۱۳۹۲: ۶۸/۳).

بنابراین در صورتی که افرادی از فامیل مدعی نباشد یا منکر اقامه سوگند باشد؛ خود مدعی به عنوان رکن اصلی قسم خور وجود دارد و می‌تواند به تنهایی پنجاه قسم را اقامه کند.

ج) استدلال از صحیححه مسعده:

«هنگامی که قوم نتواند بر کشته‌های خود دلیل اقامه کند و سوگند نخورند بر این که متهمان مقتول را نکشته‌اند متهمان پنجاه تا قسم می‌خورند بر این که ما مقتول را نکشتیم» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۹/۳).

تقریب استدلال به این صورت است که در روایت مذکور بر پنجاه قسم و سوگند تأکید شده است نه پنجاه مرد قسم خور و این احتمال که تعداد متهمان پنجاه مرد قسم خور باشد بعید است.

نقد و بررسی:

البته استدلال مذکور از صحیححه مسعده درست نیست؛ زیرا:

اولاً: روایت در مورد اسقاط قصاص توسط سوگند مدعی علیه است و ملازمه‌ای بین کافی بودن پنجاه قسم در اسقاط قصاص و بین کفایت پنجاه قسم در ثبوت قصاص وجود ندارد (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۱: ۳۲۳).

ثانیاً: این استدلال و مضمون روایت خلاف احتیاط است و شارع اهمیت زیادی به مسأله دما داده است.

بیاورد که اطلاعی بر را ستگویی دعوی مدعی داشته باشند. پس اگر تعداد آنها به پنجاه نفر نرسد؛ قسامه بر آنها تکرار می‌شود و اگر اصلاً امکان اقامه قسامه توسط فامیل مدعی وجود نداشته باشد یا پس از اقامه قسامه افراد هم فامیل، باز هم تعداد سوگند باقی بماند؛ باید خود مدعی همه سوگندها را اقامه کند یا سوگندهای ناقص را تکمیل کند. همچنین از روایات ظاهر می‌شود که در صورت تکرار قسم‌ها، اقامه قسم‌ها به صورت واجب کفایی محول به افراد موجود می‌شود. پس آیا مقصود سوگند، تعداد خاصی از فامیل مدعی است یا اقامه عدد خاصی از سوگند به هر نحو اتفاق بیفتاد؟

ایشان به عنوان شاهد، صحیححه برید را ذکر می‌کند که در آن آمده است: «فَأَقِيمُوا قَسَامَةَ خَمْسِينَ رَجُلًا أَقِيدُ بِرُمْتِهِ» پس اگر ما کلمه «خمسین» را بدل از «القسامه» قرار دهیم دلالت بر پنجاه مرد قسم خور می‌کند و اگر ما قائل شویم که واژه «قسامه» مضاف به بعد خودش است؛ دلالت بر این امر خواهد داشت که بر فامیل مدعی لازم است قسم بخورند هر طوری که توانسته‌اند.

ما حاصل دعوی این خواهد بود که مجموع سوگندها بر مجموع مدعین است و اختیار در خوردن قسم‌ها بر عهده مدعین است.

«راوی از امام صادق (ع) پرسید که قسامه بر عهده کیست؟ آیا بر عهده فامیل قاتل است یا مقتول؟ فرمود: بر فامیل مقتول است» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۰/۶).

نقد و بررسی:

در مقابل قرائت به صورت مضاف، قرائت جمله مذکور به صورت تمیز بودن (خمسین رجلاً) است. بر اساس قرائت اخیر ممنوعیت تکرار قسامه مدعی استنباط می‌شود؛ زیرا تعبیر پنجاه مرد ابهام موجود در تعداد قسم خورندگان را برطرف می‌سازد و لزوم حضور پنجاه مرد قسم‌خور را بیان می‌کند. به نظر این گروه، قرائت (خمسین رجلاً) به صورت مضاف و مضاف الیه یک قرائت غیرظاهر است (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۱: ۳۲۳).

ثالثاً: روایت مذکور ضعیف است.

رابعاً: در برخی روایات عنوان قسم خورنده و متعدد بودن آن‌ها نیز آمده است (مرعشی، ۱۴۱۵: ۲۱۸/۲).

۳-۱-۳- الغای خصوصیت از برخی روایات

دسته‌ای از روایات مرتبط با قسامه آن‌ها هستند که صراحت در تکرار قسامه مدعی در جراحات یا جنایت بر اعضاء و منافع دارند.

مانند این که در معتبره یونس بن عبد الرحمن از امام رضا (ع) آمده است:

«... اگر شخص مجنی علیه برای اثبات ادعای خود در هنگام لوث، اشخاص قسم خور نداشته باشد بر او سوگندها دو برابر خواهند شد مانند این که اگر سلب منفعت او یا مقدار دیه جراحات وارد شده بر او، به میزان یک ششم دیه چشم فرد سالم باشد باید یک قسم بخورد و اگر به میزان یک سوم باشد دو قسم بخورد.» (حر عاملی، وسائل، ۱۴۰۹: ۱۵۹/۲۹)

گرچه این دسته روایات درباره جراحات (جنایت بر اعضاء و منافع) هستند؛ اما با الغای خصوصیت و عدم احتمال فرق، موارد قتل نفس را نیز در بر می‌گیرد.

نقد و بررسی:

استدلال مذکور از جهاتی ضعیف است، زیرا:

اولاً: تفاوت میان مورد این روایات که اعضاء و منافع است و مورد قتل نفس، بسیار زیاد است؛ زیرا قتل نفس اهمیت بیشتری دارد و لذا کمتر از پنجاه قسم در مورد عمد و بیست و پنج قسم در خطا و شبه عمد نمی‌شود، برخلاف اعضاء و منافع که دیه آن صد دینار است و با سوگند شش نفر اثبات می‌شود و هر چه قدر میزان دیه کمتر باشد به همان اندازه از تعداد شش نفر کم می‌شود.

افزون بر این، در جراحات‌ها همان گونه که در روایات نیز آمده است خود شخص مجروح و مصدوم، مدعی است و عادتاً او شخص متهم را به شکل محسوس دیده است و می‌شناسد، لذا اگر مورد اطمینان و راستگو باشد، مستند قسم او نسبت به

قسامه در موارد قتل و لوث و عدم شاهد، از کاشفیت بیشتری برخوردار است.

ثانیاً: آنچه در این دسته از روایات با قسامه شش نفر اثبات می‌شود، دیه است نه قصاص. بلکه در برخی از روایات این تعبیر آمده است: «والی در حدود و قصاص باید بر قسامه اکتفا نکند و بر او لازم است که از تأمل، دقت و پرس و جو کمک بگیرد.»

این تعبیر اگر دلالت بر عدم اکتفا به قسامه در مورد قصاص حتی در قصاص اعضاء تا چه رسد به قصاص نفس و لزوم حصول یقین یا اطمینان برای قاضی نداشته باشد، حد اقل دلالت بر برابر نبودن مورد قصاص و مورد دیه دارد.

آیت‌الله جواد تبریزی در رد استدلال جواز تکرار قسامه از روایت مذکور می‌نویسد: «گاهی از این روایات استدلال می‌شود که پس از بیان دیه و قسامه در جروح در آن آمده است: «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُصَابِ مَنْ يَحْلِفُ مَعَهُمْ ضُوعِفَتْ عَلَيْهِ الْإِيمَانُ». اما ما متذکر شدیم که محل بحث و مورد روایت حکم قسامه در اعضا و دیه جنایت بر اعضا است بنا براین سرایت این مورد و حکم به وجوب دیه نفس در قتل خطائی نیز قابل تأمل است تا چه رسد درباره قتل عمدی و قصاص باشد» (تبریزی، ۱۴۲۷: ۲۰۸/۳).

ثالثاً: جمله مورد استدلال از روایت جزو روایت نیست بلکه مرحوم کلینی بخش مذکور را به عنوان توضیح روایت خودش ذکر کرده است. مجلسی در شرح کتاب کافی بخشی از روایت مذکور را که با عبارت (تفسیر ذلک) شروع می‌شود کلام مؤلف کافی (مرحوم کلینی) دانسته است (مجلسی، ۱۳۸۵: ۱۸۹/۲۴).

۳-۱-۴- اقتضای غرض و هدف قسامه

در روایات متعدد غرض و هدف قرار دادن قسامه در هنگام لوث و گمان بر راستگویی مدعی و شاکی ذکر شده است؛ از جمله این که در صحیح زراره این گونه آمده است:

«بدون تردید قسامه برای احتیاط در خون مردم جعل شده است تا این که اگر شخص فاسق قصد کندی فردی را دور از چشمان مردم و

در پنهانی به قتل برساند، از قسامه (به عنوان روش اثبات قتل‌های پنهانی) بترسد و از کشتن مقتول دست بکشد» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۰/۳).

در روایات دیگر نیز این مطلب آمده است؛ از جمله: «و در دماء مقرر شده است که دلیل بر مدعی علیه و قسم بر مدعی باشد تا خون شخص مسلمان هدر نرود» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳/۱۴۰۹).

تقریب استدلال:

در روایات مذکور هدف قسامه محافظت از ریخته شدن خون مردم به دست قاتلان و افراد شرور است. بنابراین اصرار بر پنجاه نفر قسم خوردن وجود داشته باشد در غالب موارد خلاف مصلحت و غرض دلیل قسامه واقع می‌شود؛ زیرا غالباً به دست آوردن پنجاه نفر قسم خور برای اثبات قتل غیرممکن است. این امر ناقض غرض قسامه است که برای حفظ از ریختن خون قرار داده شده است؛ زیرا مصلحتی که در قسامه در نظر گرفته شده است این است که مردم از روزی بترسند که ممکن است صاحب دم ادعا کند و قسم بخورد و با قسم او طرف را محکوم کند و اگر واقعاً در قسامه پنجاه مرد شرط باشد، این باعث جرأت اراذل می‌شود؛ چون می‌بینند که طرف نمی‌توانند پنجاه نفر را پیدا کند تا قسم بخورند (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۱: ۳۰/۱).

این غرض قسامه در روایات آمده است.

۳-۱-۵- اجماع

مسأله تکرار قسامه میان بقیه افراد، در سخنان بزرگان و فقهای عظام به اجماع نسبت داده شده است. مانند این که در کتاب خلاف آمده است: «اگر ولی دم یک نفر باشد و قوم و خویش نداشته باشد اگر همین یک نفر پنجاه قسم بخورد قسامه ثابت می‌شود اجماعاً» (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۰۸/۵).

صاحب ریاض درباره جواز تکرار قسامه مدعی ادعای بلاخلاف کرده است. همچنین در کتاب الغنیه ادعای اجماع شده است (حسینی عاملی، بی‌تا: ۶۱/۱۱).

نقد و بررسی:

با توجه به احتمال به این که ادعای اجماع شیخ در خلاف (طوسی، بی‌تا: ۳۰۸/۵) اشاره به روایاتی چون صحیح مسعوده

بن زیاد است که می‌گوید: «حلف المتهمین بالقتل خمسين يمينا بالله» و صحیحه برید برید بن معاویه که می‌فرماید: «فأقيموا قسامه خمسين رجلاً». بنابراین اجماع مذکور مورد مناقشه علمای معاصر قرار گرفته است، به خاطر این که: اولاً اجماع منقول است نه محصل. و ثانیاً بر فرض تحصیل هم اعتباری ندارد، چون اجماع مذکور مدرکی است (بجنوردی، ۱۳۷۹: ۲۸۷/۱).

البته احتمال برعکس هم داده شده است و منبع اجماع غنیه را عبارت مذکور روایات دانسته شده است؛ اما به این نحو که جواز تکرار قسامه از طرف مدعی درواقع تکمیل کننده پنجاه افراد قسم خور از طرف اولیای مقتول است که روایات دلالت بر لزوم پنجاه فرد قسم خور دارند (حسینی عاملی، بی‌تا: ۶۲/۱۱).

۴- بررسی نظر غیر مشهور

مهم‌ترین قائل به نظریه غیر مشهور مبنی بر عدم جواز تکرار قسامه توسط مدعی رهبر معظم انقلاب مدظله العالی هستند که نظریه ایشان را در مبحث اول ذکر کردیم. برخی فقهای معاصر دیگر نیز قائل نظریه غیر مشهور هستند از جمله آیت‌الله هاشمی شاهرودی (پایگاه اطلاع رسانی آیت‌الله محمود هاشمی شاهرودی)؛ آیت‌الله فیاض می‌گوید: (فیاض، بی‌تا: ۷۶۰). از فقهای متقدم شیعه قاضی ابن براج در نیمه دوم قرن پنجم نیز اشاره به نظریه غیر مشهور داشته است (ابن براج، ۱۴۰۶: ۵۰۰-۵۰۱).

۴-۱- مهم‌ترین ادله نظریه غیر مشهور

۴-۱-۱- تصریح برخی روایات

در روایات مرتبط با قسامه صراحت در تعبیر پنجاه مرد قسم خور وجود دارد که دلالت صریح بر عدم جواز تکرار قسامه مدعی و لزوم اقامه پنجاه قسامه توسط پنجاه مرد قسم خور دارد (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۱: ۳۰/۱).

از جمله روایاتی که صراحت در لزوم پنجاه مرد قسم خور دارند؛ عبارتند از:

در روایت زراره است: «باید از میان شما پنجاه مرد علیه مرد دیگر قسم بخورند ما آن مظنون را به شما می‌سپاریم» (حر

عاملی، ۱۴۰۹: ۱۰/۳) و در روایت ابوبصیر است: «پس بر مدعی واجب است که پنجاه مرد را بیاورد که قسم بخورند فلانی فلان را کشته است» حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۰/۳).

همچنین از در ذیل برخی از روایات قسامه چنین آمده است: «در صورتی که از سوگند خوردن سرباز زند فقط آنچه که بر آن سوگند خورده و به صدق او اطمینان وجود دارد به او داده می شود. در این زمینه حاکم می تواند به کمک سؤال و تحقیق و تفحص به حقیقت مطلب پی ببرد» (صدوق، ۱۳۶۳: ۸۰/۴).

این تعبیر اگر دلالت بر عدم اکتفا به قسامه در مورد قصاص، حتی در قصاص اعضا تا چه رسد به قصاص نفس، و لزوم حصول یقین و اطمینان برای قاضی نداشته باشد، حداقل دلالت بر یکسان نبودن مورد قصاص و مورد دیه دارد.

همچنین تعبیر صدر روایت که می فرماید: «در صورتی که از سوگند خوردن سرباز زند فقط دیه آنچه که بر آن سوگند خورده و به صدق او اطمینان وجود دارد به او داده می شود».

این تعبیر نیز دلالت دارد که حصول وثوق و اطمینان به راستگویی مطلقاً در باب قسامه شرط شده است و اختصاص به قسامه جراحات ندارد. لذا اگر سوگند خورنده در قسم خود متهم باشد، طبق سوگند او حتی دیه پرداخت نمی شود. از این روشن شد که قصاص اعضا و جوارح با سوگند شش نفر اثبات نمی شود؛ البته ثبوت آن با سوگند پنجاه نفر مبتنی است بر این که ثبوت قصاص اعضا توسط پنجاه قسامه اولویت و برتری بر ثبوت قصاص نفس توسط پنجاه قسم دارد و همچنین میان قصاص نفس و قصاص اعضا احتمال تفاوت فقهی وجود ندارد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۰: ۶۵/۱).

۴-۱-۲- قاعده درء الحدود

مخالفان تکرار قسامه نیز به گونه ای با دلیل عقل تمسک کرده اند، به این بیان که مقتضای روایات مرتبط با قسامه این است که قصاص منوط و معلق بر قسم «خمسین رجلاً» است (قسم پنجاه نفر) و لذا اگر قسم انجام نشود قهراً قصاص ثابت نمی شود. تکرار قسم از طرف بقیه افراد هم نیازمند دلیل خاص است که دلیل خاص در اینجا نداریم. صحیحۀ یونس از حضرت رضا (ع) در قسامۀ اجزاء است و نمی توان آن را به قسامۀ نفس سرایت داد. لذا این چنین قسامه ای نمی تواند

مثبت قصاص باشد و در صورت شک و شبهه حکمیه که آیا قسامه با تکرار سوگند ثابت می شود یا نه؟ بعید نیست قاعده درء الحدود در این مورد جاری و نتیجه آن عدم ثبوت قصاص باشد و بسنده به دیه شود (بجنوردی، ۱۳۷۹: ۲۸۶/۱).

البته از سخنان منکران تکرار قسامه مدعی و همچنین از قانون مجازات اسلامی استفاده می شود که آن ها حتی تکرار قسامه را مثبت دیه نیز نمی دانند.

۴-۱-۲- اخذ قدر متیقن در مورد خلاف اصل

این دلیل به عنوان مهم ترین دلیل ممنوعیت تکرار سوگند مطرح شده است.

به این صورت که «قسامه، برخلاف اصول اولیه در باب قضا و شهادات است. اصل اولیه در این باب آن است که بینة بر عهده مدعی و سوگند به ذمه منکر باشد. لکن در نهاد قسامه، از همان ابتدا حق ادای سوگند به مدعی داده شده است. در موارد خلاف اصل، باید به قدر متیقن اکتفا نمود و قدر متیقن در این باب، ادای سوگند توسط پنجاه نفر است. تا این اندازه مورد اتفاق می باشد مدعی کفایت پنجاه سوگند توسط تعدادی کمتر از پنجاه نفر باید قول خویش را با دلیل اثبات نماید». (حقیقت پور و همکاران، ۱۳۹۴: ۷۵)

۴-۱-۳- حکم حکومتی

در بیانیه مرتبط با تغییر ماده قانون مجازات اسلامی مبنی بر تکرار قسامه که سابقاً گذشته است تأکید قانون گذار بر فتوای صریح رهبر معظم انقلاب درباره ممنوعیت تکرار قسامه، به عنوان علت تغییر قانون سابق در حالی که این فتوا خلاف مشهور فقهای شیعه است، می رساند که نگاه قانون گذار نسبت به فتوای مذکور به عنوان یک فتوای حکومتی است. این احتمال که قانون گذار به احترام نظر رهبر انقلاب و حاکم اسلامی دست به تغییر قانون مذکور زده باشد، با توجه به موادهای دیگر قانون مجازات اسلامی که محتوای آن ها مخالف نظر مقام معظم رهبری است احتمال مذکور را نقض می کند.

از طرف دیگر آیت الله سبحانی در درس خارج خود با وجود اینکه نظر نهایی خود را در پذیرش قول مشهور اعلام کرده

کیفر قصاص نفس محکوم شود به این لحاظ اصلاحات قانونی برای تغییر ضمانت اجرای دیه به جای قصاص در صورت لوث، همانند صدر اسلام توصیه می‌شود.» (جدیدی سرای و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۱۲)

نقد و بررسی:

اصالت برائت جایی قابل جریان است که دلیلی برخلاف آن نباشد. این در حالی است که قسامه در روایات و به اعتقاد فقهای شیعه به عنوان دلیل معتبر و علمی مطرح است. در برخی روایات نیز به این مطلب اشاره شده است.

مانند اینکه در روایتی در مقام اعتبار سازی قسامه آمده است: «در روایت برید بن معاویه آمده است: حقوق این گونه هستند که در آنها بین بر مدعی و قسم بر مدعی علیه است مگر در دماء (به طور خاص خلاف اصل است)» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۹/۳). روایت دلالت دارد که لزوم قسامه بر مدعی خلاف اصل است لذا معتبر بودن قسامه با وجود این که خلاف اصل است، به خاطر این است که در آن نجات مردم از کشته شدن و مورد جنایت واقع شدن توسط فاسقان است، بنابراین در قسامه بر قدر متیقن اکتفا خواهد شد و آن قدر متیقن جایی است که لوث و امارات موجب ظن وجود داشته باشد.

۵-۲- قاعده احتیاط در دماء

برخی از حقوقدانان معتقد هستند که قضات محترم دادگاه‌های کیفری نباید با توجه به اوضاع و احوال موجود که مردم غالباً در اثر حب و بغض بدون در نظر گرفتن واقعیات شهادت می‌دهند و اداء سوگند می‌نمایند، وقتی دلایل قوی به وقوع قتل از طرف متهم نداشتند، فوراً به سراغ قسامه بروند و بدون اینکه احراز نمایند اولیاء از روی علم و یقین اداء سوگند می‌کنند متهم را با چنین قسامه ای محکوم به قصاص و یا پرداخت دیه بنمایند و احتیاط در دماء را که مورد عنایت شارع مقدس بوده نادیده بگیرند (مرعشی، ۱۴۱۵: ۱۳۸).

فقهای شافعی و حنفیه نیز قسامه را مثبت قصاص و قتل عمد نمی‌دانند و تنها موجب پرداخت دیه از سوی قاتل می‌دانند. یکی از ادله آنها در کنار دلالت روایت پیامبر بر ثبوت دیه توسط قسامه، این است که قسامه دلیل ضعیف و مشتمل بر

بودند؛ اما وقتی توسط حضاار متوجه شدند که نظر قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی خلاف نظر مشهور است و قانون نیز طبق آن تصویب شده است؛ از ابراز نظر خود خودداری کرده و وجود قانون مبنی بر نظر غیر مشهور را قرینه‌ای بر استحکام نظر غیر مشهور دانسته‌اند.

تعبیر روایتی مشعر به این استدلال این است که در ذیل برخی روایات این گونه آمده است: «در صورتی که از سوگند خوردن سرباز زند فقط آنچه که بر آن سوگند خورده و به صدق او اطمینان وجود دارد به او داده می‌شود. در این زمینه حاکم می‌تواند به کمک سؤال، تحقیق و تفحص به حقیقت مطلب پی برد.» (صدق، ۱۳۶۳: ۸۰/۴)

محدث نوری در ذیل روایت و در توضیح عبارت «و الوالیٰ یستعین فی ذلک بالسؤال و النظر» معتقد است. این عبارت دلالت بر می‌کند بر این که قاضی از استفاده از آنچه که آن را به دست آوردن حقیقت موفق بدارد، اختیار دارد (نوری، ۱۴۰۸: ۷۸۵/۱۶).

۵- بررسی اعتبار قسامه

ممکن است از اثبات نظریه غیر مشهور در مسأله تکرار قسامه در لوث، این گمان ایجاد شود که اصل قسامه نامعتبر است و نظریه غیر مشهور نیز تأیید بر نامعتبر بودن اصل قسامه است. برخی از حقوقدانان معاصر نیز در مقالات اشاره به این نامعتبر بودن اصل قسامه داشته‌اند. لذا بررسی شبهه قسامه مبنی بر نامعتبر بودن اصل قسامه را در اینجا براساس ادله جدید شبهه قسامه می‌پردازیم.

۵-۱- اصل برائت

یکی از مقاله نگاران پس از ذکر ماده ۳۱۷ قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ که کیفیت اجرای قسامه را طبق مسأله فقهی بیان می‌کند؛ می‌نویسد: «الزام متهم از همان مرحله ابتدایی دادگاه و مطالبه دلیل بر نفی اتهام از خود، حتی در مرحله لوث با اصل برائت قانون اساسی مغایرت و منافات دارد و منصفانه نیست که با ثبوت لوث (به جای کشف حقیقت و توسل به ضوابط کشف علمی جرایم) به شاکی اجازه داده شود که با سوگند خود و پنجاه نفر از بستگانش باعث شود؛ متهمی که باید از قاعده شک و تردید به نفع متهم بهره‌مند می‌گردید؛ به

قانون گذار به صدور حکم قصاص با قسامه و سخت کردن شرایط توسل به قسامه جهت اثبات جنایت عمدی موجب قصاص و سهل کردن تبرئه متهم با تکرار قسم است.

نقد و بررسی:

از بررسی قانون مجازات اسلامی ایران این ادعا مورد مناقشه است که رجحان قانون گذار در پذیرش نظر عدم امکان ثبوت قتل عمد توسط قسامه در هنگام لوٹ است؛ زیرا:

اولاً: بسیاری از موادهای قانون مذکور صراحت در پذیرش اثبات قصاص و قتل عمد در قسامه توسط قانون گذار دارند، از جمله:

در ماده ۳۳۶ قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ آمده است: «نصاب قسامه در اثبات قتل عمدی، سوگند پنجاه مرد از خویشاوندان و بستگان مدعی است. با تکرار سوگند قتل ثابت نمی شود».

در ماده ۲۰۸ این گونه آمده است: «حدود و تعزیرات با سوگند نفی یا اثبات نمی شود لکن قصاص، دیه، آرش و ضرر و زیان ناشی از جرائم، مطابق مقررات این قانون با سوگند اثبات می گردد».

اولویت اثبات قصاص توسط قسامه هنگام لوٹ از ماده مذکور کاملاً مشخص است؛ زیرا در قسامه برخلاف سوگند، لوٹ و ظن ارتکاب قتل توسط متهم و پنجاه قسم از طرف شاکی و خویشاوندان او اقامه می شود. علاوه بر آن قانون گذار در ماده ۳۳۹ قسامه و سوگند را از لحاظ شرایط مساوی دانسته است.

ثانیاً: گرچه از ماده ۳۳۸ که در آن تکرار قسامه متهم در نفی اتهام پذیرفته شده است؛ اما لازمه این ماده رجحان عدم پذیرش اصل قسامه در قانون مجازات اسلامی یا توسط قانون گذار نیست؛ زیرا این استلزام از طرفی مخالف ماده مذکور است؛ چون ماده مذکور پذیرش قسامه و حتی تکرار قسامه را به عنوان یکی از راه های ثبوت یا نفی جنایت را اعلام می کند. علاوه بر این در ماده های دیگر قانون مجازات که در مناقشه اول بیان کردیم صراحت در پذیرش قسامه به عنوان راه ثبوت جنایت هستند.

شبهه است لذا اقتضای وجوب احتیاط در خون مسلمان است که موجب قصاص نباشد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۳۲۷).

نویسنده کتاب مذکور نیز در نظر نهایی خود قسامه را در زمان حاضر غیر عملی و غیر مثبت قتل عمد دانسته است و می نویسد: «به نظر می رسد، با توجه به شرایطی که در مباحث پیش گفتیم، اولاً: استفاده از قسامه برای اثبات قتل، در زمان کنونی تقریباً امری غیر عملی است. ثانیاً: اثبات قصاص امری بعید است؛ به خصوص آنکه نظر به وجود اختلافات فقهی، بی گمان از موارد شبهه است و شمول قاعده در آن، نسبت به موارد قصاص خالی از توجیه نیست و به هر حال مقتضای احتیاط در دماء، عدم قصاص است» (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۳۲۷).

نقد و بررسی:

روایات متعدد صراحت دارند که یکی از راه های اثبات قتل عمد قسامه هنگام لوٹ است. برخلاف نظر متشکل که ندانستن قسامه به عنوان دلیل ثبوت قصاص و قتل عمد را مطابق قاعده احتیاط در دماء دانسته است، در روایات فریقین حکمت قسامه ایجاد امنیت جانی در جامعه در پرتوی اجرای قسامه بیان شده است.

در روایتی آمده است: «قسامه حق واجب نزد ما (اهل بیت) است و اگر قسامه نمی بود برخی از مردم برخی دیگر را به قتل می رساندند و به مجازات نمی رسیدند، بدون تردید قسامه نجات مردم از کشته شدن است» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۹/۲). روایت دیگر حکمت مذکور را بیشتر توضیح می دهد: «زراره از امام صادق (ع) نقل کرده است: بی شک قسامه به عنوان احتیاط برای مردم جعل شده است؛ زیرا وقتی شخص فاسقی قصد کشتن فردی را می کند و یا می خواهد فردی را برای به صورت فریبانه و دور از چشمان مردم به قتل برساند، از آن (ثابت شدن قتل از راه قسامه) می ترسد و از کشتن پرهیز می کند.» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۹/۱)

۵-۳- پذیرش نظر مذکور توسط قانون گذار مجازات

حذف تکرار قسم برای اولیای دم (ماده ۳۳۶) و قبول تکرار قسم برای متهم جهت نفی اتهام بعد از مطالبه قسامه از طرف شاکی به متهم (ماده ۳۳۸ ق.م.ا) و همچنین اعطای مهلت سه ماهه به شاکی جهت اقامه قسامه یا مطالبه آن از متهم (تبصره ماده ۳۱۸ ق.م.ا) در واقع به نوعی عدم تمایل

۵-۴- امکان حصول علم قاضی از طرق دیگر

این دسته از حقوقدانان پیشرفت علم و وجود ابزارهای مدرن و معتبر و اطمینان را برای اثبات یا نفی اتهام قتل که در حد قطع و یقین برای قاضی موجب می‌شوند، استفاده از این ادله یقینی را به جای قسامه و سوگند توصیه کرده‌اند و معتقدند که تنها به خاطر لوث توسل به قسامه جهت صدور حکم قصاص نفس و درخواست دلیل از متهم برای دفع اتهام (ماده ۳۱۷ ق.م.ا) کاملاً برخلاف اصول و قواعد فقهی و حقوقی مختلف از جمله اصل عدم، قاعده درأ، اصل احتیاط در دماء، و اصل تفسیر مضیق نصوص جزایی و واقعیت‌های امروز جامعه بوده و نیاز به اصلاح مقررات قسامه و ضمانت اجرای آن دارد.

نقد و بررسی:

شبهه مذکور نیز خدشه پذیر است؛ زیرا:

اولاً: وجود لوث که خودش اطمینان و ظن آور است نحوه ادای قسامه و شرایط قسم خوردن‌گان خودش موجب علم قاضی خواهد بود و صدور حکم طبق علم و یقین ایرادی ندارد. از شرایط قسامه ذکر شده در قانون مجازات با تکیه بر فقه شیعه نیز موجب اطمینان آور بودن قسامه قابل استفاده است مانند این که در تعریف لوث آمده است: ماده ۳۱۴: «لوث عبارت از وجود قرائن و اماراتی است که موجب ظن قاضی به ارتکاب جنایت یا نحوه ارتکاب از جانب متهم می‌شود». همچنین شرط تحمل و ادای سوگند و قسامه قطع و یقین ذکر شده است: ماده ۲۰۴: «سوگند باید مطابق با ادعای صریح در مقصود و بدون هر گونه ابهام باشد و از روی قطع و یقین ادا شود». علاوه بر آن تحقیق و بررسی مقام قاضی از ادا کننده سوگند بلامانع است. در ماده ۲۴۰ آمده است: «لازم نیست اداء کننده سوگند، شاهد ارتکاب جنایت بوده باشد و علم وی به آنچه بر آن سوگند یاد می‌کند، کافی است... در هر صورت تحقیق و بررسی مقام قضائی از اداء کننده سوگند بلامانع است».

در قانون آمده است که در صورت احتمال خلاف تحقیق مقام قضایی الزامی است. «اگر احتمال آن باشد که اداء کننده سوگند، بدون علم و بر اساس ظن و گمان یا با تبانی سوگند می‌خورد، مقام قضائی موظف به بررسی موضوع است...».

همچنین ادا کنندگان قسامه نیز دارای شرایط متعدد هستند، از جمله: ماده ۳۴۲: «لازم است اداء کنندگان سوگند از کسانی باشند که احتمال اطلاع آنان بر وقوع جنایت موجه باشد».

ثانیاً: بر فرض پذیرش این که قسامه پنجاه نفر موجب علم قاضی نباشد طبق صراحت مواد قانون مجازات استفاده از هر راه و ابزار موجب علم برای قاضی مجاز است. مانند ماده ۳۴۴: «اگر پس از اقامه قسامه و پیش از از صدور حکم، دلیل معتبری بر خلاف قسامه یافت شود و یا فقدان شرایط قسامه اثبات گردد، قسامه باطل می‌شود و چنانچه بعد از صدور حکم باشد موضوع از موارد اعاده دادرسی است».

ثالثاً: مورد قسامه جایی است که هیچ دلیلی غیر از قسم نباشد بنابراین جایی که استفاده از طرق مدرن اثبات قتل یا جنایت وجود داشته باشند و موجب علم قاضی نیز باشد، نیازی به اقامه قسامه نخواهد بود. ماده ۳۱۳: «قسامه عبارت از سوگندهایی است که در صورت فقدان ادله دیگر غیر از سوگند منکر و وجود لوث، شاکی برای اثبات جنایت عمدی یا غیر عمدی یا خصوصیات آن و متهم برای دفع اتهام از خود اقامه می‌کند».

نتیجه‌گیری

از بررسی ادله قول مشهور در رابطه با تکرار قسامه مدعی، نتیجه مبنی بر ضعف نظریه مشهور و اتقان نظریه نادر به دست می‌آید؛ زیرا مهم‌ترین دلیل قول مشهور روایات مرتبط با قسامه هستند، زیرا به احتمال زیاد اجماع مطرح در قول مشهور نیز اجماع مدرکی است و به روایات این باب برمی‌گردد. این در حالی است که روایات این باب صلاحیت اثبات جواز تکرار قسامه توسط مدعی و بستگانش را ندارند؛ چون نص روایات بر لزوم پنجاه قسم خورنده پنجاه سوگند است و ظهور برخی روایات دیگر در مورد کفایت پنجاه سوگند نیز قابل اثبات نیست و دچار ضعف‌های گوناگون است. بنابراین فتوای مورد اتکای قانون‌گذار در حذف ماده مبنی بر جواز تکرار قسامه توسط مدعی، معتبر و غیر قابل خدشه است

نظریه انکار اصالت قسامه در اثبات قتل عمد و قصاص قابل پذیرش نیست؛ زیرا ادله انکار اصالت قسامه از اتقان کافی برخوردار نیستند. ادله‌ای همچون اصالت براءت، قاعده درء الحدود و سایر ادله ذکر شده جایی کاربرد و اعتبار دارند که

- تبریزی، جواد (۱۴۲۷). تنقیح مبانی الاحکام. جلد سوم، قم: دار الصدیقه الشهیده سلام الله علیه،

- حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البیت.

- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد (بی تا). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

- جدیدی سرای، سلیمان؛ انصاری ولی الله و کلانی درونکلا، کیومرث (۱۴۰۰). «چالش صدور حکم قصاص نفس با قسامه». فصلنامه قرآن و طب، ۶(۳): ۱۱۲-۱۲۰.

- حقیقت پور، حسین، فخلعی؛ محمد تقی، علی اکبری بابوکانی، احسان و نا صری مقدم، حسین (۱۳۹۴). «نقدی بر نظریه فقهی کفایت پنجاه سوگند تو سط مدعی در قسامه». فصلنامه فقه و اصول، ۱(۴۷): ۷۵-۹۱.

- خمینی، روح الله (۱۳۹۲). تحریر الوسیله. سوم. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰). تکملة منهج الصالحین. بیست و هشتم. قم: مدینه العلم.

- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۹۱). احکام القصاص فی الشریعه الغراء. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

- شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۳۰). موسوعه الشهد الأول، قم: مکتب الاعلام الاسلامی فی الحوزة العلمیه. مرکز العلوم و الثقافه.

- شهید ثانی، زین الدین بن علی (بی تا). الروضه البهیة. بی جا.

- صدوق (ابن بابویه)، محمد بن علی (۱۳۶۳). من لا یحضره الفقیه. جلد دوم، قم: جماعه المدرسین الحوزة العلمیه قم.

- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷). الخلاف. قم: جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیه قم. مؤسسه النشر الاسلامی.

- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰). النهایة. بیروت: دار الكتاب العربی.

دلیلات قسامه مشکوک باشد یا موجب علم بودن آن قابل اثبات نباشد. در حالی که روایات مرتبط با قسامه در کنار صراحت در دلیلات قسامه به عنوان طرق اثبات جرم و جنایت، به اندازه کافی، اثبات کننده علم و قطع آور بودن قسامه نیز هستند. به ویژه این که اگر شرایط تحقق لوث و اجرای قسامه را در روایات و فتاوی فقهی شیعه مشاهده کنیم وثاقت و اتقان قسامه قابل اثبات است. تعبدی نبودن امر قسامه که از روایات و فتاوی فقهی شیعه قابل استنباط است نیز ثابت کننده قطع آور بودن قسامه است؛ زیرا معنای تعبدی نبودن قسامه این است که حجیت قسامه در صورت وجود قرائن و امارات موجب ظن (لوث) است.

ملاحظات اخلاقی: در این پژوهش تمامی ملاحظات اخلاقی رعایت گردیده است.

تعارض منافع: نگارش این مقاله، فاقد هرگونه تعارض منافی بوده است.

سهم نویسندگان: در این پژوهش نویسنده دوم به عنوان نویسنده مسئول و نویسندگان اول و سوم به عنوان نویسندگان همکار است.

تشکر و قدردانی: ابراز نشده است.

تأمین اعتبار پژوهش: این پژوهش بدون تأمین مالی انجام گرفته است.

منابع و مأخذ

- قرآن کریم

- ابن ادریس، محمد بن احمد (۱۳۸۷). موسوعه ابن ادریس /الحلی. قم: دلیل ما.

- ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر (۱۴۰۶). المهذب. قم: جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیه.

- ابن حمزه، محمد بن علی (۱۴۰۸). الوسیله. قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی.

- بجنوردی، سید محمد بن حسن موسوی (۱۳۷۹). قواعد فقهیه. جلد دوم، تهران: مؤسسه عروج.

- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳). قواعد الاحکام. قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية.
- فیاض، شیخ محمد اسحاق (بی تا). رساله توضیح المسائل. نرم افزار جامع فقه ۳.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (۱۳۸۵). مرآة العقول فی شرح الاخبار آل الرسول. چاپ دوم، دارالکتب الاسلامیه.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸). شرائع الاسلام. قم: اسماعیلیان.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶). قواعد فقه. چاپ دوازدهم. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مرعشی، شهاب الدین (۱۴۱۵). القصاص علی ضوء القرآن و السنه. قم: کتابخانه عمومی آیت الله العظمی مرعشی.
- مرعشی شوشتری، محمدحسین (۱۳۷۳). دیدگاه های نو در حقوق کیفری اسلام. تهران: نشر میزان.
- مشکینی اردبیلی، علی (۱۳۹۲). التعلیقہ الاستدلالية علی شرائع الاسلام. تهران: مؤسسه علمی فرهنگی دار الحديث.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷). استفتائات جدید. جلد دوم. قم: مدرسه الامام علی بن ابیطالب.
- موسوی بجنوردی، محمدکاظم (۱۳۸۳). دائرة المعارف بزرگ اسلامی. تهران.
- موسوی بجنوردی، محمدکاظم (۱۳۷۹). قواعد فقهیه. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- نجفی، محمد حسن بن باقر (۱۴۲۱). جواهر الکلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف. فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت.
- نوری، حسین بن محمد بن تقی (۱۴۰۸). مستدرک الوسائل. بیروت: مؤسسه آل البيت.
- نوری همدانی، حسین (۱۳۸۸). هزار و یک مسأله (مجموعه استفتائات). قم: مهدی موعود (ع)

