

# قسامه در رویه قضایی

تاریخ دریافت: ۸۸/۵/۲۶

تاریخ تأیید: ۸۸/۱۱/۷

عبدالله خدابخشى\*

۱۴۱

حقوق اسلامی / سال هفتم / شماره ۲۵ / تابستان ۱۳۸۹

## چکیده

مبنای اثبات براساس قسامه، در کتب فقهی گوناگونی مورد بحث قرار گرفته است. هدف ما از این نوشتار، ورود در آن مباحث نیست، بلکه قصد داریم انعکاس قسامه را در رویه قضایی و عملکرد دادگاه‌ها بررسی کنیم تا ضمن تطبیق دعاوی گوناگون با آن، اجرای ملموس‌تر قسامه و برخی از مهم‌ترین مسائل مربوط به آن را که در عمل اتفاق افتاده است، مورد توجه قرار دهیم و از این راه، به اهمیت مسائل مذکور و نظارت دیوان عالی کشور بر عملکرد دادگاه‌ها پی ببریم؛ به عبارت دیگر، می‌خواهیم دعاوی واقعی را با قواعد قسامه تطبیق دهیم تا در هر مورد، مصداق قواعد مذکور، به صورت ملموس به دست آید؛ بنابراین به دنبال بازخوانی مفاهیم بنیادین و مبانی اساسی قسامه نیستیم و به آنچه در رویه قضایی اتفاق می‌افتد، بیشتر توجه داریم، هرچند در این میان، توجه به مبانی و نظریات فقهی و حقوقی نیز اجتناب‌ناپذیر است.

**واژگان کلیدی:** قسامه، لوث، دعوا، علم اجمالی، دادگاه، دیوان عالی کشور.

\* دکتری حقوق خصوصی از دانشگاه تهران (khodabakhshi1356@yahoo.com).

## مقدمه

«قسامه» از جمله دلایل اثباتی است که با نهضت اسلامی کردن دادگستری، در قانون مجازات اسلامی منعکس شده است و قواعد آن بر مبانی فقهی عمیقی مستقر می‌باشد. هرچند از برخی روایات می‌توان به فلسفه تشریح قسامه - از جمله حفظ دماء و جلوگیری از قتل - پی برد (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۳۶۰) و برخی نیز تشریح قسامه را بر مبنای تعبد می‌دانند (مرعشی نجفی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۱۳۴)؛ ولی آنچه در این میان حایز اهمیت است، دقت در اعمال قواعد آن در کنار لزوم رعایت احتیاط در اثبات قتل است. براساس فلسفه قسامه نمی‌توان متهم را در معرض مجازات بی‌اساس قرار داد؛ ولی مجازات مذکور می‌تواند به دنبال دادرسی نامعقول و طولانی، بر متهم تحمیل شود یا طول زمان، دادگاه و دیوان عالی کشور را به رهاکردن متهم ترغیب کند؛ البته در بسیاری از موارد، متهم در این مدت در بازداشت به سر می‌برد. نتیجه چنین دادرسی، نارضایتی اولیای دم و متهم است که یکی از رهاشدن و دیگری از دیر رهاشدن گلایه‌مندند. دقت در دعاوی مربوط به جنایات (جرایم علیه تمامیت جسمی) نشان می‌دهد که دادگاه‌ها نیز ناخواسته، سهمی در این نارضایتی دارند و این مسئله را باید در پرتو دعاوی و آرای که در دیوان عالی کشور نقض می‌شوند، یافت؛ از این رو، اهمیت بررسی دعاوی مربوط به لوث و قسامه، علاوه بر قواعد ماهوی آن روشن می‌شود. استفاده از قسامه نیازمند آگاهی دقیق موضوعی و حکمی است تا از قواعد آن انحرافی صورت نگیرد و به حقوق اصحاب دعوا خللی وارد نیاید. دادگاه از یک سو باید بر موضوع و جایگاه دعوا اشراف داشته باشد تا بی‌جهت به لوث و قسامه متوسل نشود و از سوی دیگر، به دنبال احراز موضوع قسامه، حکم شایسته فقهی - حقوقی آن را اعمال کند. بی‌شک قواعد دقیقی درباره لوث و قسامه در کتب فقهی (نجفی، [بی‌تا]، ص ۲۲۶ / فاضل اصفهانی (هندی)، ۱۴۱۶، ص ۱۲۳ / هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۰، ص ۳-۲۰) مطرح شده که احاطه بر آن برای دادگاه‌ها لازم است؛ ولی در این نوشتار درصدد تحلیل این قواعد نخواهیم بود، بلکه به رویکرد دادگاه‌هایی که از قسامه استفاده کرده‌اند یا تحقق لوث را مورد بررسی قرار داده‌اند، با اشاره به برخی آرا و تصمیمات قضایی می‌پردازیم تا

خواننده‌ای که در فضای عملی سیر نکرده است، با چگونگی کاربرد این قواعد بهتر آشنا شود. بدین منظور، تنقیح بحث و بررسی مهم‌ترین مسائل قسامه را می‌توان در دو عنوان مطرح کرد: نخست به تحقق لوث در رویه قضایی اشاره خواهیم داشت؛ سپس به اجرای قسامه می‌پردازیم.

## ۱. تحقق لوث و مسائل مربوط به آن

اگر رویه قضایی و عملکرد دادگاه‌ها را در دعوی جزایی بررسی کنیم، اهم مسائل مربوط به لوث، از جمله می‌تواند مشتمل بر این امور باشد: شرایط تحقق لوث، احراز انتساب و رابطه سببیت، شرکت در جرم و تأثیر بر لوث و علم اجمالی و ارتباط با لوث. هر یک از این عناوین، مسائل جزئی‌تری دارد که نیازمند توجه است و ما نیز ذیل آن عناوین، به آنها اشاره خواهیم کرد.

### ۱-۱. شرایط تحقق لوث

در ماده ۲۳۹ قانون مجازات اسلامی، برای تحقق لوث، قاعده کلی ارائه شده است: هرگاه بر اثر قرائین و اماراتی و یا از هر طریق دیگری از قبیل شهادت یک شاهد یا حضور شخصی همراه با آثار جرم در محل قتل یا وجود مقتول در محل تردد یا اقامت اشخاص معین و یا شهادت طفل ممیز مورد اعتماد و یا امثال آن، حاکم به ارتکاب قتل از جانب متهم ظن پیدا کند، مورد از موارد لوث محسوب می‌شود و در صورت نبودن بینه از برای مدعی، قتل یا جرح یا نوع آنها به وسیله قسامه و به نحو مذکور در مواد بعدی ثابت می‌شود.

با توجه به قواعد کلی حاکم بر لوث و رویه قضایی، می‌توان چنین گفت: ۱. اصل بر عدم تحقق لوث است و در تحقق آن باید بسیار احتیاط کرد و با ضابطه فراتر از تردید معقول، آن را محقق دانست؛ ۲. لوث با دلیل و علم، جمع نمی‌شود؛ بنابراین قسامه احتیاطی وجود ندارد؛ ۳. در صورت تعارض در لوث، نوبت به اعمال آن نمی‌رسد؛ ۴. لوث، وضعیتی شخصی دارد، نه نوعی و دیوان کشور نمی‌تواند آن را بر دادگاه تحمیل کند.

### ۱-۱-۱. احراز بدون تردید لوث

بی‌شک اثبات دعاوی و ضابطه آن در حقوق کیفری، بسیار دشوارتر و مضیق‌تر از حقوق مدنی و ضمان مالی است. حقوق کیفری بر ضابطه فراتر از تردید معقول (beyond a reasonable doubt) استقرار دارد و تا زمانی که دادگاه در فرایند اثبات و دلایل اثبات، تردید قابل توجه و متعارفی را احساس کند، دعوی جزایی ثابت نمی‌شود، در حالی که در حقوق مدنی (انواع قراردادها، تعهدات و مسئولیت مالی)، ضابطه آسان‌تری بر اثبات دعوا حاکم است و نظریه ترجیح احتمالات (preponderance of evidence) اجرا می‌شود (خدابخشی، ۱۳۸۹، ص ۴۳۴-۴۴۴).<sup>\*</sup> در حقوق کیفری نیز اثبات، درجاتی دارد و قسامه در انتهای دلایل اثبات قرار دارد؛ بدین ترتیب فقط ویژه جنایات یا جرایم علیه تمامیت جسمانی است؛ بنابراین از دو جهت، خلاف اصل است: از یک سو، چون از جمله دلایل حقوق کیفری است، باید با ضابطه فراتر از تردید معقول همراه باشد و از سوی دیگر، در میان دلایل اثبات در حقوق کیفری نیز مرتبه آخر است و نسبت به آن دلایل، خلاف اصل و استثنا محسوب می‌شود؛ بنابراین دو احتیاط اساسی را می‌طلبد و باید از دو مرحله عبور کند تا به اثبات دعوی جزایی قادر باشد:

۱. در جریان رأی اصراری شماره ۱۳۷۵/۳/۲۹-۵ هیئت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور، پس از اینکه دادگاه به تحقق لوث نظر داشت، شعبه ۱۱ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۱۱/۶۰۸ مورخه ۷۱/۱۱/۲۸، در مقام نقض رأی اعلام می‌دارد:

... اصولاً تشخیص موضوع از باب لوث ... هنگام صدور دستور تعیین وقت رسیدگی که هنوز از اولیای دم و متهم تحقیقی نشده تا دلایل لوث در پرونده احصا و به متهم، به منزله توجه اتهام باید تفهیم شود، فاقد وجاهت قانونی است ... (مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۷۷، ص ۱۲۸).

۲. در جریان رأی اصراری شماره ۱۳۷۹/۲/۱۳-۳، وقتی دادگاه عمومی بهبهان در دادنامه شماره ۱۳۷۶/۷/۲۴-۱۰۰۲ به تحقق لوث نظر داشت، شعبه ۳۳ دیوان عالی کشور، در دادنامه شماره ۱۳۷۷/۵/۵-۳۳/۱۴۷ با بیان «... در باب قسامه، در بدو امر باید

\* برای بررسی بیشتر ضابطه اثبات در حقوق کیفری، ر.ک به:

Keane, 2000, P. 86 / Monir, 2004, P. 478 / Laudan, 2006, P. 34.

مورد لوٹ بودن بزه انتسابی به متهم محرز شود و این امر با انکار متهم نسبت به حضور خود در محل واقعه و فقد قراین موجب ظن به وقوع قتل توسط وی، موضوعاً متنفی می شود...» (همان، ۱۳۸۲، ص ۴۶)، رأی دادگاه را نقض کرد.

۳. در مواردی که متهم به قتل اقرار دارد و چگونگی آن را بیان می دارد؛ ولی جسد مقتول در محلی که اعلام می کند، یافت نمی شود و دادگاه های بدوی به تحقق لوٹ و قصاص اقرارکننده حکم می دهند، هیئت عمومی اصراری دیوان عالی کشور، در رأی شماره ۲۴ مورخه ۱۳۷۴/۸/۲ بیان می دارد:

نظر به اینکه قصاص نفس، مجازات قتل عمدی است و تحقق جرم مزبور به مسلم بودن مرگ کسی که قتل وی مورد ادعاست، منوط است و در مورد فاطمه ... هرچند متهمان به دفعات و صراحتاً به ارتکاب قتل وی اقرار و نحوه اقدامات انجام شده را در مورد قتل و اخفای جسد به طور کامل تشریح کرده اند؛ ولی با وجود بررسی های لازم، وقوع قتل و اخفا یا معدوم کردن جسد مشخص نشده و در وضعیت موجود، حیات و ممات مشارالیها به طور قطعی معلوم نیست و اقرار متهمان نیز با واقعیات منعکس در پرونده و اوضاع و احوال قضیه، غیرقابل تطبیق و بی اعتبار است. اعتراض در مورد محکومیت به قصاص نفس، به جهات مذکور وارد است ... (همان، ۱۳۷۹، ص ۴۶۵-۴۶۶).

بنابراین با وجود دشواری امر، لوٹ باید بدون تردید اثبات شود و محاکم حداکثر توان و تلاش خود را در این باره به کار گیرند. از سوی دیگر، تا زمانی که اصل وقوع قتل با قطعیت ثابت و مسلم نباشد، تحقق لوٹ و محکومیت بر این اساس صحیح نیست.

## ۲-۱-۱. لوٹ و دلیل

لوٹ و قسامه ناشی از آن، در مرتبه آخر اثبات دعوی جزایی است و اصولاً وقتی نوبت به لوٹ می رسد که علم، براساس دلایل دیگر وجود نداشته باشد، لوٹ نه در کنار علم می آید و نه می تواند تقویت کننده آن باشد. رابطه علم و لوٹ در مقام تشبیه، مانند اجماع مدرکی است که با وجود مدرک و دلیل اجماع کنندگان، وجهی برای استناد به اجماع وجود ندارد. از آنچه بیان شد، نتیجه می گیریم که لوٹ نمی تواند تکمیل کننده علم باشد و از باب احتیاط در دماء، در کنار علم و دلایل مستقیم اثبات قرار گیرد.

جریان صدور رأی اصراری شماره ۳-۲۳/۲/۱۳۸۲، یکی از مواردی است که دادگاه‌ها این نکته را نادیده گرفته بودند. دادگاه عمومی ابهر در دادنامه شماره ۷۱/۱۱۵ مورخ ۷۷/۳/۱، با اجرای قسامه و اقرار صریح متهم، حکم به قصاص نفس می‌دهد. شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۱۲۰۵ مورخ ۷۷/۷/۲۹، در مقام نقض رأی، این‌گونه بیان می‌کند: «... استناد دادگاه محترم نیز به لوث و اجرای قسامه، کاشف از آن است که دادگاه نیز اعترافات محکوم‌علیه را واجد شرایط ندانسته، و الاً با ملاحظه صراحت اعتراف او به قتل، نیازی به اجرای قسامه نبوده...» (همان، ۱۳۸۵، ص ۵۴). شعبه سوم دادگاه عمومی ابهر مجدداً ... طبق دادنامه شماره ۸۰/۱۲/۲-۲۹۸۶/۸۰، بیان می‌دارد: «اجرای قسامه در پرونده را از باب احتیاط دانسته و بیان کرده که آن دلیل بر بی‌اعتباربودن اقرار متهم در بخشی از مراحل تحقیق نبوده؛ بنابراین با بیان این مطلب که اصلاً نیازی به اجرای قسامه و رعایت شرایط آن نمی‌بینند و با توجه به اقرار مقررین به واقع متهم، وی را مستحق قصاص دانسته و با توجه به درخواست اولیای دم، نامبرده را به قصاص نفس محکوم کرده...» (همان، ص ۵۷). دادستان کل کشور نیز در بخشی از اظهارنظر خود بیان می‌دارد: «... آرای مذکور با یکدیگر تناقض دارد و در یک جا تشخیص و احراز دادگاه را بر قتل عمد، مستند به اقرار صحیح و موجه ذکر کرده، در جای دیگر آن را منتفی دانسته و فقط در حد لوث تشخیص داده است. همچنین آرای صادره دادگاه‌ها از این جهت که نفیاً یا اثباتاً توجهی به ادعای متهم مبنی بر دفاع از خود نکرده‌اند و از جهت اینکه در صورت وجود اقرار صریح متهم، نوبت به اجرای قسامه نمی‌رسد و اصولاً در مبانی فقهی و قانونی قسامه احتیاطی نداریم؛ بنابراین آرای مذکور، غیر صحیح و مخدوش به نظر می‌رسد...». رأی اصراری شماره ۳-۲۳/۲/۱۳۸۲ هیئت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور نیز بیان می‌دارد: «نظر به اینکه حکم تجدیدنظرخواسته در مورد قتل عمدی با احراز مجرمیت از راه حصول علم و به درخواست اولیای دم و به استناد مقررات قانون مجازات اسلامی صادر شده و تجدیدنظرخواه ایراد و اعتراض مؤثری به عمل نیاورده که مورد توجه و امعان نظر واقع شود...» (همان، ص ۷۱-۷۲). این نکته قابل ذکر است که هرچند قسامه با دلایل دیگر جمع نمی‌شود؛ ولی سایر دلایل جرم (اقرار، علم متعارف و شهادت شهود معتبر) در

کنار یکدیگر قابل جمع‌اند و این نشان می‌دهد که اثبات براساس قسامه، قابل مقایسه با اثبات با دلایل دیگر نیست. شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۱۳۷۱/۵/۱۸-۴۷۳، در مقام مردود دانستن اعتراض محکوم‌علیه که بیان داشته بود، علم در مرتبه چهارم ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی قرار دارد و اقرار در مرحله اول است و چون اقرار، مخدوش است و قسامه قبل از علم قرار دارد؛ بنابراین دادگاه باید قسامه را اعمال کند، نه اینکه براساس علم رأی دهد، چنین تصمیم می‌گیرد: «... طرق اثبات جرم تدریجی و مرتب نیست و هرکدام از موارد ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی، مثبت جرم است و برای دادگاه به دو طریق اقرار و علم به بزه انتسابی متهمان ثابت شده ...» (بازگیر، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۲۴). البته این اشکال به رأی دیوان، وارد است که قسامه از علم هم مؤخر است و با وجود علم، نوبت به قسامه نمی‌رسد و منظور دیوان کشور، عدم ترتب میان سایر دلایل است. نکته دیگر آنکه برخلاف رأی مذکور، در برخی موارد، از قسامه احتیاطی یاد شده است که در ادامه ملاحظه خواهیم کرد.

### ۳-۱-۱. تعارض در محتوای لوث

خلاف اصل بودن قسامه، بدین معناست که تحقق لوث نباید هیچ تردید معقولی داشته باشد و یکی از موارد تردید در آن، تعارض قراین ظنیه نسبت به چند نفر است که آنها را نمی‌توان شریک در جرم نیز محسوب کرد؛ زیرا همان‌گونه که در ادامه ذکر خواهد شد، اگر ظن متعارف متوجه چند نفر به گونه شرکت در جرم باشد، اشکالی در تحقق لوث نیست؛ ولی اگر جرم به وسیله یک شخص واقع شده باشد و قراین ظنیه به صورت معارض نیز عمل کنند و متوجه دو یا چند شخص باشند، لوث تحقق نمی‌یابد. دادنامه شماره ۱۲۰۵-۷۷/۷/۲۹-۱۲۰۵ شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور، از جمله دلایل نقض رأی دادگاه بدوی را این‌گونه اعلام می‌دارد:

... لوث در مورد محکوم‌علیه به دلیل اینکه امارات ظنیه نسبت به وی با امارات ظنیه نسبت به سایر متهمان از جمله ... متعارض است [قابل تحقق نیست] ... (مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۵، ص ۵۵).

تعارض در محتوای لوث، گاه به علم اجمالی منتهی می‌شود و آن در صورتی است که نسبت به دو یا چند نفر محصور، قراین مساوی باشد و گاه به برائت متهمان

می‌انجامد و آن در صورتی است که امارات مورد نظر، در تضاد با یکدیگر باشند و در مجموع، لوث را نسبت به هیچ فردی تحقق نبخشند. در این باره، اصل برائت حاکم خواهد بود و نوبت به قسامه نمی‌رسد. شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۱۷۷۵-۷۱/۱۲/۵ در مقام نقض رأی دادگاهی که لوث را محقق دانست و حکم به پرداخت دیه صادر کرد، اعلام می‌دارد:

با توجه به محتویات پرونده ... عدم احراز اختلاف میان متهم و مقتول و بالأخره فقد امارات ظنیه در پرونده که مورد را داخل در باب لوث کند و اگر امارت ضعیفی نیز وجود داشته باشد، معارض آن، اقوی است و نمی‌توان با قسامه متهم را ضامن دیه دانست ... (بازگیر، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۴۳۳).

در یک مورد دیگر، دادگاه بدوی، موضوع را با لوث تطبیق داد و با اجرای قسامه، به قصاص حکم داد. شعبه دوم دیوان عالی کشور با این استدلال که «از محتویات پرونده و اظهارات شهود، چنین استفاده می‌شود که قراین ظنیه مقدمه لوث با یکدیگر معارض می‌باشد و قسامه تا زمانی که مستند به علم صاحب حق و اقامه‌کننده قسامه نباشد، حجیت ندارد ...»، رأی را نقض می‌کند. دادگاه بعدی با این استدلال که «... نظر به اینکه قرینه ظنیه‌ای که در اثر آن بتوان مورد را از موارد لوث تشخیص داد، وجود ندارد و قراین موجود به فرض مقاومت، گرچه قراین به انتساب قتل به غیر (الف) اقوی است، متعارض اند؛ بنابراین مورد از موارد لوث نبوده ...»، حکم برائت متهم را صادر می‌کند و شعبه دوم دیوان عالی کشور طبق دادنامه شماره ۲۱۹-۱۲/۴/۱۳۷۱، این حکم را تأیید می‌کند (همان، صص ۵۱۸ و ۵۲۱).

#### ۴-۱-۱. شخصی بودن لوث و نقش دیوان عالی کشور

تحقق لوث در هر دعوا و اوضاع و احوال خاص حاکم بر آن به طور جداگانه بررسی می‌شود و ضابطه‌ای «نوعی» را نمی‌توان برای آن تصور کرد.

۱. در جریان صدور رأی اصراری شماره ۷-۷۶/۳/۲۰، پس از اینکه شعبه ۱۴ دادگاه کیفری ۱ شیراز، متهم را تبرئه کرد و از جمله بیان داشت که «... قتل عمدی توسط متهم، ثابت نیست و حتی زمینه لوث هم وجود ندارد ... و چون شک و تردید ... غیر از ظن است ...»، شعبه ۱۶ دیوان عالی کشور، رأی را نقض می‌کند و لوث را محقق می‌داند



و پرونده را به شعبه دیگر دادگاه کیفری شیراز ارجاع می‌دهد و این مرجع (شعبه نهم) نیز رأی برائت مجدد صادر می‌کند، شعبه ۱۶ دیوان عالی کشور در مقام ارجاع موضوع به هیئت اصراری، با بیان «... به دلایل زیر: ۱. حضور متهم و شاهد وی در محل حادثه؛ ۲. شهادت ... در کلیه مراحل تحقیق بر صحت انتساب اتهام به متهم؛ ۳. تناقض‌گویی متهم در مجموع تحقیقات به عمل آمده؛ ۴. اقرار اولیه متهم به قتل با ذکر خصوصیات؛ ۵. عدم دلالت موادی شهادت شهود تعرفه‌شده از سوی متهم بر برائت وی که مورد را از باب تعارض ادله لوث خارج می‌سازد...»، بر تحقق لوث تأکید می‌ورزد (مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۷۸، صص ۱۹۲ و ۲۰۴).

۲. مورد دیگری که لوث بر دادگاه تحمیل شد، به رأی اصراری شماره ۵-۱۶/۴/۷۷ بازمی‌گردد که این بار تحمیل لوث نه تنها از جانب شعبه ۱۱ دیوان عالی کشور، بلکه از جانب هیئت عمومی اصراری آن بود:

بنا به جهت ذیل، دادنامه تجدیدنظرخواسته واجد ایراد قضایی است: ۱. مجموع گواهی‌های پزشکی قانونی پیوست پرونده حاکی از آن است که مرحوم/صغر ... را به قتل رسانیده‌اند و در این مورد تردیدی وجود ندارد، خصوصاً نظریه افسر کارشناس فنی تصادفات نیز حاکی است که آتش‌سوزی موتورسیکلت و راکب آن (مرحوم/صغر ...) در اثر وقوع تصادف نبوده است؛ ۲. مؤدای شهادت صریح و بی‌شائبه کودکانی که ناظر عینی جریان از بالای درخت بوده‌اند؛ ۳. اظهارات بانو فرشته، همسر مقتول مبنی بر خواستگاری ولی‌الله ... فرزند تقی از او و اینکه متهم مذکور به هنگام خرید وسایل عروسی، او را تعقیب می‌کرده و زیر نظر داشته است و اظهارات آقایان محمد ... و علیرضا ... مبنی بر اینکه متهم ولی‌الله ... نزد آنها گفته است که/صغر ... را قبل از عروسی با فرشته به قتل خواهد رساند؛ ۴. به غیر از دلایل موجود بر دشمنی ولی‌الله ... با مرحوم/صغر ... هیچ انگیزه‌ای که حاکی از قتل آن مرحوم توسط شخص دیگر باشد، در پرونده امر مشهود نیست؛ ۵. اظهارات متناقض متهم به قتل (ولی‌الله ...) در مورد محل حضور وی در روز حادثه؛ برای مثال، یک بار گفته است روز وقوع حادثه در صحرا بوده و بار دیگر اظهار داشته در آن روز منزل بوده و بالأخره بیان داشته صبح در صحرا و بعدازظهر در منزل حضور داشته است. به علاوه، نامبرده در مراحل دیگر بازجویی مطالب متفاوتی را در این باره بیان کرده است که کذب‌بودن

گفته‌های او را به ثبوت می‌رساند؛ ۶. دلایل و قراین بسیار دیگری نیز در پرونده علیه متهمان مذکور وجود دارد ...؛ ۷. هرچند که دادنامه شماره ۷۵/۲/۲۹-۳۱۵ صادره از طرف شعبه ۱۳ دادگاه کیفری ۱ اصفهان اساساً به جهت عدم اجرای صحیح قسامه و نیز عدم اثبات جرم معاونت، نقض شده و لکن سایر دلایل منعکس در رأی مزبور، قابل توجه بوده و برای ثبوت قتل از سوی متهمان، مستدل و مستند است؛ ۸. گزارش آقای رئیس دادگاه فلاورجان در صفحات ۶۶۷-۶۹۶ پرونده که به جانشینی بازپرس تنظیم کرده و نیز ذکر حالات روحی متهم ولی/الله ... به هنگام حرکت به سمت محل وقوع قتل که مبین توجه اتهام قتل عمد به متهم موصوف است، خصوصاً که آثار ضرب و جرح نیز بر بدن متهم مذکور مشاهده شده و توجیحات وی در مراحل مختلف تحقیق نیز کافی و مقنع به نظر نمی‌رسد ... عنایت به دلایل، قراین و امارات موجود در پرونده که ارتکاب قتل را از سوی متهم ولی/الله ... فرزند محمدتقی و معاونت در قتل را از طرف دو متهم دیگر (ولی/الله ... فرزند صفرعلی و اسماعیل ...) را محرز و مسلم می‌دارد. رأی معترض عنه برخلاف مندرجات پرونده صادر شده ... نقض ... می‌شود (همان، ۱۳۸۰، صص ۱۶۲ و ۱۸۸).

۳. رأی اصراری شماره ۱۳۸۲/۳/۲۰-۵ هیئت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور نیز مورد دیگری از تحمیل لوث است:

نظر به اینکه جرم انتسابی به متهمان، شرکت در قتل عمد است و اولیای دم بر این اساس، صدور حکم به قصاص نفس را خواستار شده‌اند و چون دلایل اثبات جرم از طرق متعدد امکان‌پذیر است و در پرونده حاضر وجود قراین و امارات ظنیه که موجب لوث و مجوز اثبات ادعا یا اجرای قسامه به وسیله اولیای دم باشد، وجود دارد؛ بنابراین فقط انکار متهمان و منتفی بودن علم و عدم اقامه بینه را نمی‌توان مستند صدور حکم براءت محسوب کرده، بنا به جهات مذکوره دادنامه شماره ۸۱/۱/۱۴-۴ صادره از شعبه ۵ دادگاه عمومی تهران که به موجب آن آقایان محمدصفر (مهدی) ... و حسن از اتهام شرکت در قتل عمدی لیلی ... تبرئه شده‌اند، مخدوش و اعتراض تجدیدنظرخواه وارد است (همان، ۱۳۸۵، ص ۱۲۱).

## ۲-۱. بررسی مسئله حضور متهم

حضور متهم در محل جرم یکی از مسائل مهم تحقق لوث است؛ به گونه‌ای که می‌توان

آن را به منزله سبب تحقق لوث دانست که با جمع شدن شرایط دیگر، ظن ارتکاب جرم را به وجود می‌آورد و دادگاه را به سوی اجرای قسامه هدایت می‌کند؛ ولی این مسئله نیز مانند دیگر شرایط تحقق لوث باعث اختلاف نظرهایی در رویه قضایی شده که بهتر است به برخی از فروض آن اشاره کنیم:

### ۱-۲-۱. اثبات حضور متهم و نقش اثبات‌کننده آن

دادگاه کیفری ۱ ساری در دادنامه شماره ۱۷۶۵-۷۲، حکم برائت متهم به قتل را صادر می‌کند. شعبه ۱۱ دیوان، پس از رسیدگی دادنامه شماره ۱۱/۳۳۵ را این‌گونه صادر کرده است:

با آنکه قاضی دادگاه در جلسه مورخه ۱۳۷۲/۶/۱ مورد را لوث تشخیص داده ... در تاریخ ۱۳۷۲/۹/۴ از متهم خواسته شده اگر بینه‌ای بر بی‌گناهی خود دارد، اقامه کند. بدون آنکه از مدعی خواسته شود که در مورد حضور متهم در محل قتل، دلیلی مطالبه شود ... از متهم خواسته شده برای برائت خود سوگند یاد کند؛ اولاً، از اظهارات خود متهم و برادرانش حضور او در درگیری دوم به وضوح استفاده می‌شود؛ ثانیاً، برای سوگند منکر، مطالبه یمین از طرف مدعی لازم است؛ ثالثاً، لزوم اثبات حضور مدعی علیه در محل قتل توسط مدعی در مواردی است که قراین ظنی بر توجه اتهام به متهم جز حضورش در محل قتل نباشد، نه مورد این پرونده که سابقه خصومت و قراین دیگر را داراست ....

رأی اصراری شماره ۱۳۷۹/۲/۶-۲ هیئت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور

بیان می‌دارد:

با توجه به محتویات پرونده و اینکه اعتراض مؤثر و موجهی که قابل امعان نظر در این مرحله باشد، به عمل نیامده است؛ بنابراین دادنامه شماره ۱۴۳۹-۱۳۷۷/۹/۷ صادره از شعبه دهم دادگاه عمومی ساری که به موجب آن عقیل ... در مورد قتل عمدی عیسی ... به قصاص نفس محکوم شده، صحیح و موافق قانون تشخیص و ... ابرام می‌شود (همان، ۱۳۸۲، صص ۲۵ و ۴۲).

### ۱-۲-۲. مفهوم صحنه جرم و دامنه آن نسبت به افراد متعدد

محل وقوع جرم نوعاً مسئله دشواری نیست و به طور معمول، کسی شکی در آن ندارد؛

ولی در مواردی ابهام پیش می‌آید که آیا حضور متهم در جایی که اثبات شده، صحنه جرم و محل وقوع است یا نزدیک آن و یا در حوالی آن؟ همچنین ممکن است در محل وقوع جرم، افراد متعددی حضور داشته باشند یا طایفه‌ای معین زندگی کنند، آیا لوث نسبت به این مجموعه، صرف نظر از یک نفر معین، تحقق می‌یابد یا لوث فقط متوجه فرد معین است، نه یک مجموعه معین؟

موضوع دوم را در قسمت علم اجمالی بررسی می‌کنیم و در این قسمت به مسئله اول در قالب یکی از دعاوی اشاره می‌کنیم:

موضوع مربوط است به رأی اصراری شماره ۵-۳۸۲/۳/۲۰ که پیش‌تر به آن اشاره کردیم. یکی از متهمان، اقرار به قتل می‌کند و در جریان تحقیقات نیز خودکشی می‌کند. قرائنی مبنی بر دخالت افراد دیگر نیز وجود دارد و از جمله چند متهم در حوالی محلی که مقتول یافت می‌شود، حضور داشته‌اند. دادگاه حکم به قصاص متهمان صادر می‌کند و با نقض رأی در دیوان عالی کشور، دادگاه بعدی به برائت معتقد است. شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور در مقام نقض رأی دادگاه بیان می‌دارد:

نظر به اینکه حسب محتویات پرونده و کروکی موجود در آن، محل گم شدن مرحومه لیلا و انجام جنایت به وی، با محل کشف جسد فاصله زیادی داشته و به لحاظ صعب‌العبور بودن منطقه بعید به نظر می‌رسد هادی ... به تنهایی بتواند در روز حادثه، آن هم در کوهستان که دیگران در حال تردد و بعضاً در جست‌وجوی لیلا هستند و به طور طبیعی حدود دو ساعت وقت لازم داشته که جسد را به محل کشف آن برده باشد و هادی ... در غروب همان روز بازداشت می‌شود، پس باید جابجایی جسد در شب و توسط اشخاصی غیر از هادی ... انجام گرفته باشد و این اشخاص غیر از همراهان هادی ... در روز واقعه نمی‌تواند باشد ... با توجه به اینکه متهمان در روز واقعه جنایت و قتل در صحنه حضور داشته و پس از ناپدید شدن لیلا ... کوه بوده‌اند و خود نیز به آن اقرار دارند ... بدون معاینه محل و تحقیق در اطراف قضیه ... صدور رأی بر برائت متهمان، وجاهت قانونی ندارد ...» (همان، ۱۳۸۵، ص ۱۰۵-۱۰۶).

یکی از قضات دیوان عالی کشور، پس از طرح موضوع در هیئت عمومی اصراری،

درباره مفهوم صحنه جرم بیان می‌دارد:

به عقیده من، قاتل همان کسی است که خودکشی کرده؛ ولی علی‌الاصول می‌خواهم بگویم رأی براءت درست است، چرا؟ حضور متهمان اینطور که برای ما گزارش کردند، در منطقه محرز است، نه در صحنه قتل. این آقا منکر است، شما می‌گویید در صحنه جرم بوده، در صحنه بوده؛ ولی نه در صحنه جرم، بلکه در منطقه بوده ... (همان، ص ۱۱۸).

### ۳-۱. لوٹ و علم اجمالی

اگر جانی در میان عده‌ای محصور باشد و تفصیلاً معلوم نباشد جرم به چه کسی منتسب است، نوبت به قواعد علم اجمالی می‌رسد. رویه قضایی، مواردی از این حالات را دارد و در این قسمت به بررسی آنها می‌پردازیم. این موارد به ویژه در منازعه به چشم می‌خورد و قواعد متعددی را به دنبال دارند که از اهم آنها، مسئله تقسیم خسارت و دیه یا قرعه برای تعیین مسئول است. باید بررسی کرد که لوٹ در حالت علم اجمالی چه وضعی دارد و انحلال علم اجمالی چه تأثیری بر لوٹ می‌گذارد و آیا لوٹ می‌تواند متوجه مجموعه‌ای از افراد شود و در واقع به علم اجمالی، سببیت بخشد؟

#### ۳-۱-۱. تحقق لوٹ، علم اجمالی و انحلال آن

ممکن است جنایت براساس دلایل اثبات مانند اقرار یا بیّنه شرعی، متوجه بیش از یک نفر شود. در این حالت، مسئله شرکت در جرم مطرح نیست؛ زیرا آشکار است که جانی، یک شخص، ولی مردد میان مجموعه‌ای از اشخاص است. آیا لوٹ و قسامه ناشی از آن، به رغم خلاف اصل بودن، به نشان دادن این وضعیت قادر است و در فرضی که قراین و امارات فراتر از تردید معقول نسبت به بیش از یک نفر مساوی است و دادگاه، جنایت را متوجه اطراف علم اجمالی به صورت غیرمتعین می‌داند، می‌توان قواعد قسامه را اعمال کرد؟

۱. موضوع رأی اصراری شماره ۷۵/۲/۲۵-۲ نمونه‌ای از این نزاع حقوقی است. دادگاه عمومی همدان موضوع را از موارد لوٹ تشخیص می‌دهد و با اجرای مراسم قسامه، آقای حمزه را به قصاص نفس و آقای مسیح/الله را به علت فقد ادله، از بزه

انتسابی (معاونت در قتل عمدی) تبرئه کرده است. پرونده به دیوان عالی کشور (شعبه چهارم) ارجاع شد و مورد رسیدگی قرار گرفت. این شعبه طی دادنامه شماره ۷۲/۸/۳۰-۴/۵۳۰، با استدلالی که کرده است، موضوع را از موارد لوث خارج و قتل را مردد میان آقایان حمزه و مسیح/الله دانسته، دادنامه معترض عنه را نقض کرد. پرونده به شعبه دوازدهم دادگاه کیفری ۱ همدان ارجاع شد که شعبه مزبور بعداً با تشکیل دادگاه‌های عمومی، به شعبه ششم دادگاه عمومی تبدیل شده است. شعبه ششم دادگاه عمومی همدان نیز اقدام به رسیدگی کرده، مورد را همانند دادگاه قبلی از موارد لوث تشخیص داد و با اجرای مراسم قسامه، آقای حمزه فرزند مسیح/الله را با استناد به ماده ۲۰۵ قانون مجازات اسلامی، حکم به قصاص نفس داد. شعبه دیوان عالی کشور، موضوع را به هیئت عمومی اصراری ارجاع می‌دهد و بیان می‌دارد: «... این شعبه بر نظریه قبلی خود باقی بوده و با استفاده از ماده ۲۴۲ قانون مجازات اسلامی مورد را از موارد لوث خارج و قتل را مردد میان آقایان مسیح/الله و حمزه می‌داند». رأی اصراری شماره ۱۳۷۵/۲/۲۵-۲ هیئت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور در این باره مقرر می‌دارد:

در برگ معاینه جسد، پرشک قانونی علت مرگ موسی ... را خونریزی مغزی ناشی از ضربه جسم سخت به طرف راست سر تشخیص داده و به حکایت محتویات پرونده در نزاعی که موسی، مصدوم شده، مسیح/الله و فرزندش حمزه هر دو شرکت داشته‌اند، اینکه ضربه وسیله کدام یک از آنان و یا شخص دیگر به سر مصدوم اصابت کرده مختلف بیان شده، ... عمده کسانی که از آنان تحقیق به عمل آمده و همچنین اولیای دم، حمزه فرزند مسیح/الله را قاتل موسی می‌دانند و متهمان که منکر ارتکاب قتل و معاونت در قتل هستند، اظهار می‌دارند که ضربه چوب/مان/الله [که] به نیت زدن مسیح/الله فرود آمد، اشتبهاً به سر موسی اصابت کرده است، با عنایت به تعارض که در قرائن و امارات مذکور وجود دارد و ماده ۲۴۳ قانون مجازات اسلامی، مورد از موارد لوث نیست و قسامه حجیت ندارد. علیهذا حکم تجدیدنظر خواسته ... نقض ... می‌شود (همان، ۱۳۷۷، صص ۴۵ و ۵۶).

۲. در جریان رأی اصراری شماره ۱۳۸۱/۱/۲۷-۱ و اختلاف دادگاه‌های عمومی

قوچان و شعبه ۲۸ دیوان عالی کشور نیز قاتل میان دو نفر مردد بود. اظهار نظر دادستان کل کشور و رأی اصراری بدین صورت است:

... قراین و امارات نسبت به توجه و انتساب قتل به هر دو متهم تقریباً علی السویه است ... در نتیجه وجود این قراین و امارات موجب حصول علم اجمالی است بر اینکه قتل در اثر ضربه وارده توسط یکی از دو متهم واقع شده است ... بنا بر مراتب مذکور از یک طرف، موضوع قصاص نفس به جهت عدم احراز اشتراک و نیز وجود تردید میان دو نفر منتفی است. از طرف دیگر با وجود شکایت علیه هر دو متهم و با استناد به قراین و امارات فوق‌الاشعار که موجب علم اجمالی شده، در صورت استمرار شکایت انتساب قتل متوجه هر دو نفر بوده، در نتیجه دیه بالمناصفه میان آنان تقسیم می‌شد ...

هیئت عمومی اصراری دیوان عالی کشور نیز در رأی شماره ۱-۱۳۸۱/۱/۲۷، به نقض رأی دادگاه اقدام می‌کند (همان، ۱۳۸۴، صص ۳۳ و ۳۶).

۳. شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۶۸۷-۱۶/۱۰/۸۱ در مقام نقض رأی دادگاه عمومی شهرستان ایذه بیان داشته است:

با ملاحظه کشف تعدادی اسلحه ... علی القاعده نزد عشایر وجود دارد و ملاحظه نظریه‌های پزشکی و نظریه کارشناس اسلحه، احراز قاتل بودن دو نفر فوق‌الذکر فاقد دلیل قانع‌کننده است. با اینکه در روز حادثه تیراندازی و تیراندازان متعدد بوده‌اند، اولیای دم ابتدا با دلیل مشاهده، از فردی و بعدها از شخص دیگری، شکایت و مطالبه قصاص کرده‌اند ... با ارشاد به اینکه ظاهراً مورد از موارد علم اجمالی است و طبق مقررات باید عمل شود؛ رأی صادره نقض ...

شعبه دوم دادگاه عمومی ایذه به پرونده رسیدگی کرده، با تشکیل یک جلسه در مورخ ۸۲/۳/۲۹ و استماع دفاعیات و اظهارات دو طرف در دادنامه شماره ۸۲/۵/۱۹-۶۴۶، مانند رأی دادگاه اول، حکم می‌دهد. پس از اعتراض محکومان و وکیل آنها، مجدداً پرونده به دلیل سابقه، به شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور ارجاع شد و هیئت شعبه در دادنامه شماره ۸۲/۵/۱۹-۶۴۶ فرجام‌خواسته مشاوره کرد و چنین رأی داد: «... تیرانداز و تیراندازان متعدد بوده؛ به خصوص اولیای دم در اوایل دو نفر را متهم و با استناد به دیدن برخی، دو نفر دیگر را قاتل فرزندان خود معرفی کرده‌اند که احراز را مشکل‌تر می‌کند. وانگهی کارشناس اسلحه گفته از سه قبضه اسلحه ام‌یک تیراندازی شده

و یک قبضه کلاش و تازه در گزارش خود نوشته از اسلحه پُر قدرت مانند امیک و مانند آن (برنو) و کلاش و از جهتی هم تیرانداز متعدد بوده و هم تیراندازی و در گزارش‌ها از پشت سر گلوله اصابت کرده که به نظر راه حل فقط از راه علم اجمالی است که طایفه مقابل باید دیه بدهد؛ ولی دست گذاشتن روی هر کدام بدون داشتن علم غیب، میسر نیست؛ بنابراین با رأی اخیر هم موافقت نمی‌شود و به دلیل بند (ج) ماده ۲۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری، پرونده صلاحیت طرح در هیئت عمومی دیوان عالی کشور را دارد». قسمتی از نظر نماینده دادستان کل کشور نیز بر همین علم اجمالی تأکید دارد: «... از یک طرف به موجب ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی راه‌های ثبوت قتل منحصر است به اقرار، شهادت، قسامه و علم قاضی که در پرونده سه طریق اول اساساً وجود ندارد و طریق چهارم نیز علاوه بر اینکه فاقد دلیل و مبنای کافی و مفید علم است، در رسیدگی دادگاه ضعیف‌ها و اشکالاتی هم دیده می‌شود و اولیای دم نیز در شکایت خود منجزاً قاتلان را معرفی نکرده‌اند و از طرف دیگر، تیراندازی ... محرز و مسلم است، لکن هیچ دلیل قابل قبولی بر انتساب به فرد یا افراد خاصی وجود ندارد و نهایتاً مورد از موارد علم اجمالی است و موجب پرداخت دیه توسط افراد طایفه که در صحنه حضور داشته و اقدام به تیراندازی کرده‌اند، خواهد بود ...». رأی اصراری شماره ۱۳۸۲/۱۱/۲۸۱۸ هیئت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور، بدین شرح است: «صدور حکم به قصاص نفس در صورتی جایز و با موازین و مقررات قانون قابل تطبیق است که علاوه بر عمدی بودن قتل، انتساب آن به محکوم‌علیه موجه و مقرون به دلیل باشد، در حالی که این مورد درباره آقایان پیرعلی ... و سوخته‌رو ... که به اتهام قتل حسین و غلام به موجب رأی صادره از شعبه دوم دادگاه عمومی ایذه به قصاص نفس محکوم شده‌اند، با وجود مسلم بودن قتل، فاقد دلیل بوده و صدق نمی‌کند؛ زیرا علت مرگ، اصابت گلوله تشخیص داده شده، در زمان منازعه عده‌ای مسلح در محل وقوع قتل حضور داشته و تیراندازی کرده‌اند. معلوم نیست که اصابت گلوله‌هایی که موجب قتل شده، از اسلحه چه کسی یا چه کسانی شلیک شده است؛ بنابراین رأی فوق‌الذکر که بدون توجه به شرایط و جهات مذکور صادر شده، مخدوش و برخلاف قانون است، ... به اکثریت آرا نقض و رسیدگی به دادگاه دیگری از دادگاه‌های عمومی ایذه ارجاع و



متذکر می‌شود که چون قتل محرز و قاتل معلوم نیست، از حیث هدرنرفتن چون مسلمان و مجازنبودن تحمیل پرداخت دیه به بیت‌المال، استناد به وحدت ملاک ماده ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی و تعیین مسئول یا مسئولان پرداخت دیه مقتولان با استقراع از میان کسانی که با داشتن اسلحه در محل وقوع جرم حضور داشته و تیراندازی کرده‌اند، ضروری است» (همان، ۱۳۸۵، صص ۴۰۳ و ۴۲۴).

۴. علم اجمالی ممکن است منحل شود و یکی از اطراف آن حالت منجز یابد. در این حالت امکان لوث و قسامه ممکن است و در قتل عمد، قصاص را می‌تواند به دنبال داشته باشد؛ ولی اگر به هر دلیل چنین انحلالی صورت نگرفت، قصاص را با قسامه نمی‌توان حکم داد و فقط دیه به صورت قرعه یا تساوی در تقسیم آن، عهده اطراف علم اجمالی استقرار می‌یابد و این امر نه تنها به دلیل خلاف اصل بودن لوث و قسامه است، بلکه استثنایی بودن قرعه نیز آن را تقویت می‌کند؛ زیرا هیچ‌کس با این «کوره‌راه»، با جان اشخاص بازی نکرده و نمی‌کند. آیا ادعای اولیای دم بر اینکه قاتل، فرد معینی از اطراف علم اجمالی است، می‌تواند باعث انحلال علم اجمالی شود یا این ادعا مانند هر مورد دیگر باید به اثبات برسد و حالت منجز شدن یک طرف علم اجمالی باید با دلایل دیگر صورت گیرد؟ ظاهر ماده ۲۵۶ قانون مجازات اسلامی، دلالت بر این دارد که اگر اولیای دم، شخص معینی را تأکید کردند، همان شخص، حالت تعیین می‌یابد. در این ماده می‌خوانیم: «هرگاه کسی را در محلی کشته ببابند؛ ولی مقتول مدعی شود که شخص معینی از ساکنان آن محل، وی را به قتل رسانده است، مورد از موارد لوث است. در این صورت چنانچه حضور مدعی علیه هنگام قتل در محل واقعه ثابت شود، دعوی ولی با قسامه پذیرفته می‌شود». «ساکنان محل» می‌تواند اطراف علم اجمالی باشد و «ادعای ولی دم» می‌تواند منحل‌کننده علم اجمالی و تحقق لوث نسبت به یکی از اطراف علم اجمالی باشد. همین نظر در رأی اصراری شماره ۱-۲۷/۱/۱۳۸۱ که پیش‌تر اشاره کردیم نیز پذیرفته شده است؛ ولی این رویکرد اشکال دارد و ماده ۲۵۶ نیز آن را بیان نمی‌کند؛ زیرا لوث در اختیار ولی دم نیست و احراز آن با دادگاه است و اگر قراین ظنی نسبت به دو نفر مساوی باشد و حالت علم اجمالی به وجود آید، صرف ادعای اولیای دم، توجیه‌کننده انحلال علم اجمالی نیست و نه تنها این رویکرد با قواعد

انحلال علم مذکور مطابقت ندارد، بلکه قوه عقل نیز آن را نمی‌پذیرد و قسمت اخیر ماده ۲۵۶ نیز آن را مردود می‌داند؛ زیرا شرط قسامه نسبت به شخص مظنون را حضور او در صحنه جرم می‌داند و اگر همه اطراف علم اجمالی از این جهت، شرایط یکسان داشته باشند، شرط قسمت اخیر ماده ۲۵۶ تحقق نیافته است. ترجیح بلامرّح میان اطراف علم اجمالی، ناپسند است و قانون به امر قبیح نظر نمی‌دهد. رویکرد فقهی نیز مؤید آن است و انحلال علم اجمالی را به صرف ادعا نمی‌پذیرد؛ هرچند نظرات فقهی مخالف نیز وجود دارد.

### ۲-۳-۱. سببیت لوث در تحقق علم اجمالی

علم اجمالی از راه‌های گوناگون تحقق می‌یابد و در بحث قسامه، این پرسش را مطرح می‌سازد که آیا سببیت ناشی از لوث می‌تواند به علم اجمالی منتهی شود؟ به عبارت دیگر، آیا می‌توان براساس لوث، یک مجموعه، طایفه، محله، قبیله و مانند آن را که محصورند، در معرض اتهام قرار داد و علم اجمالی به وجود آورد؟ یا اینکه لوث نمی‌تواند سببی برای علم اجمالی باشد؟ روشن است که اگر علم اجمالی تحقق یابد، هرچند قصاص منتفی خواهد بود؛ ولی دیه به صورت قرعه یا توزیع مساوی، از اطراف علم اجمالی گرفته می‌شود و اگر لوث، باعث علم اجمالی به دخالت جماعتی در جنایت باشد، دست کم می‌تواند دیه را به دنبال داشته باشد.

از آنچه در نظریات فقهی آمده است، می‌توان پاسخ مثبت داد و سببیت لوث برای حصول علم اجمالی را پذیرفت. قانون مجازات اسلامی نیز در مواد ۲۳۹، ۲۵۵ و ۲۵۶، چنین سببیتی را پذیرفته است و از تحقق لوث نسبت به «جماعتی» یا «ساکنان محل» سخن می‌گوید و این به معنای حصول علم اجمالی مبنی بر تحقق جرم به وسیله جماعت، فرد یا افرادی از جماعت است. در جریان مذاکرات مربوط به رأی اصراری شماره ۸۲/۱۱/۲۸-۱۸ که پیش‌تر اشاره شد، یکی از قضات دیوان عالی کشور، این نکته را بیان می‌دارد که هرچند اصل موضوع، انطباقی با سببیت لوث در علم اجمالی ندارد؛ چون اگر برای مثال در منازعه‌ای، مسلّم باشد که گلوله را یکی از پنج نفر شلیک کرده و نامعلوم است، علم اجمالی تحقق می‌یابد و دیه با قرعه یا تساوی در

توزیع میان اطراف علم اجمالی تعیین می‌شود؛ ولی در این حالت، علم اجمالی به دلیل لوث نیست، بلکه ناشی از علم قطعی است بر اینکه گلوله را یکی از پنج نفر مذکور شلیک کرده است؛ در حالی که بحث ما آن است که آیا علم اجمالی می‌تواند ناشی از لوث (و نه ناشی از علم قطعی، شهادت، بیّنه قطعی و دلایل دیگر اثبات) باشد؟ درباره رأی اصراری مذکور، به دلیل منازعه، مسلم بود که گلوله را شلیک کرده‌اند؛ بنابراین علم اجمالی تحقق می‌یابد؛ ولی اگر جز به دلیل قراین و امارات ظنیه، امکان تحقق علم اجمالی نباشد، مورد بحث ماست؛ پس اظهار نظر یکی از قضات دیوان عالی کشور، هر چند صحیح بوده، ولی با موضوع رأی اصراری شماره ۸۲/۱۱/۲۸-۱۸ مناسبت نداشته است، مگر آنکه علت اظهار نظر ایشان را این گونه بدانیم که چون در اینکه گلوله از طایفه مقابل شلیک شده یا از طایفه‌ای که مقتول در آن بوده، تردید بود، قراین ظن‌آور دلالت بر شلیک از طایفه مقابل داشته باشد. اظهار نظر ایشان بدین صورت است که:

و اما اینکه ما به مسئله علم اجمالی اشاره کردیم، ولیکن به ماده ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی اشاره نکردیم؛ یعنی همان علم اجمالی که ما در علم اصول فقه خوانده‌ایم را برای قاضی نوشتیم و ارشاد کردیم؛ بدین گونه که اگر ۳ یا ۴ نفر اسلحه داشته باشند، یا ظاهراً در مجموع ۸۷ نفری توی اینها مسلح بوده‌اند (البته برخی از اسلحه‌ها پُرآنند که گلوله اصابت شده با آن، با گلوله اصابت کرده به مقتول، تطابق نداشته است) و باید به گونه‌ای فرض شود که از طرف مقابل، یعنی طایفه مخالف مقتول، شلیک شده باشد، سپس بحث علم اجمالی می‌شود. ضمناً ما یک روایت داریم و من در کتاب قسامه به این روایت اشاره کرده‌ام و از جهاتی مورد بحث قرار گرفت و الآن به یاد ندارم در **جواهرالکلام** یا **کشف‌اللثام فاضل‌اصفهانی**، مورد استناد قرار گرفته یا کتاب دیگر؟ گاهی ممکن است قبیله یا طایفه خاصی مورد لوث قرار گیرد، نه یک شخص خاص، بلکه یک جمعیت یا طایفه یا اهالی یک ده یا شهرک. خلاصه منظور ما این بوده اگر علم اجمالی به یک طایفه یا ده یا شهرک باشد، برای تشخیص یک نفر خاص، نیاز به دلیل داریم که علم اجمالی را منحل کند و به عبارت دیگر، یک حجت شرعی روشن باید باشد تا در موضوعات، موجب انحلال علم اجمالی شود مانند بیّنه یا اقرار قاتل و...، والا علم اجمالی موجب سقوط قصاص می‌شود ... در

صورت احراز قتل از سوی طایفه مقابل، آنها باید دیه پردازند و حق قصاص ساقط می‌شود (همان، ۱۳۸۵، ص ۴۰۷).

#### ۴-۱. لوث و رابطه سببیت (قابلیت انتساب)

درباره لوث، مسئله سببیت در برخی از آرای دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها مطرح شده است و این پرسش را مطرح می‌کند که آیا لوث می‌تواند سببیت را نیز اثبات کند؟ یا در صورتی که سببیت با دلایل قطعی محرز نشد، لوث و قسامه نیز به احراز آن قادر نیست؟ به عبارت دیگر، آیا لوث فقط ارکان «فعل» و «نتیجه» جرم را ثابت می‌کند یا می‌تواند قابلیت انتساب به متهم را نیز مدلل کند؟ روشن است که منظور از لوث، امری فراتر از تردید در سببیت است و باید قراین و امارات فراتر از تردید معقول وجود داشته باشد. ذکر برخی از آرا در این باره، مفید است:

۱. نزاعی میان چند نفر اتفاق می‌افتد و یکی از آنها با دست به صورت دیگری می‌زند و با توهین لفظی، نزاع پایان می‌یابد. مضروب، نقش زمین می‌شود و فوت می‌کند. دادگاه عمومی با اقامه قسامه، قتل را شبه‌عمد و منتسب به ضارب می‌داند. شعبه ۲۸ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۷۲/۸/۲۹-۶۶۹ به شرح ذیل تصمیم‌گیری می‌کند: «با عنایت به گواهی پزشکی قانونی در خصوص علت فوت که بیماری قلبی تعیین شده، استناد قتل به متهم نمی‌تواند موجه باشد؛ بنابراین اعتراض تجدیدنظرخواه وارد به نظر می‌رسد». پرونده اعاده شده، به شعبه هجدهم دادگاه کیفری ۱ مشهد ارجاع می‌شود و پس از رسیدگی، به شرح رأی شماره ۱۳۷۳/۲/۱۵-۷۴/۱۹۲، موضوع را از باب لوث تشخیص داده، با اقامه قسامه اقارب مقتول، متهم را به پرداخت دیه محکوم کرده است. پرونده در هیئت عمومی اصراری مطرح می‌شود و طبق رأی شماره ۷۴/۸/۲-۲۳، مقرر می‌شود: «نظر به اینکه استناد به قسامه و اجرای ترتیبات آن با وقوع قتل موجه است و قتل شبه‌عمد که مستند محکومیت به پرداخت دیه است نیز بدون قصد قتل و با انجام کاری که نوعاً کشنده نیست، محقق می‌شود و در مورد فوت مرحوم ... هرچند درگیری وی و متهم مسلم است؛ ولی شبکه بهداشت و درمان و پزشکی قانونی علت مرگ وی را بیماری قلبی اعلام داشته‌اند و این امر با درگیری به

طور کلی رابطه‌ای ندارد و وقوع قتل محقق نیست تا اتهامی متوجه متهم باشد؛ بنابراین اعتراض وارد است. حکم ... نقض ... می‌شود» (همان، ۱۳۷۹، صص ۴۲۷ و ۴۳۶).

۲. در پرونده دیگری، مقتول، یک هفته پس از ایراد ضربه‌ای فوت می‌کند و در این فاصله، حال مناسبی داشته است؛ ولی در زمین فوتبال و به هنگام بازی، نقش بر زمین می‌شود. شعبه چهارم دادگاه عمومی لاهیجان طبق دادنامه شماره ۱۱۵۸-۱۳۷۷/۹/۲۳، مقرر می‌دارد: «در خصوص اتهام احدی از متهمان پرونده به نام آقای مهدی ... هجده ساله (هنگام وقوع قتل) دایر به یک فقره قتل عمدی مرحوم حسین ... با ضربه چماق و اخلال در نظم عمومی و صیانت و امنیت جامعه با التفات به شکایت اولیای دم و تقاضای قصاص از ناحیه ایشان، گزارش ضابطان انتظامی، اقرار و اعتراف صریح متهم در تحقیقات اولیه، اظهارات غیرموجه و غیرمدلل وی در دیگر مراحل تحقیق و اظهارات افراد شاهد، نظریه پزشکی قانونی، کشف آلت قتاله با راهنمایی متهم و دیگر قرائن و امارات موجود در پرونده، ضمن احراز مجرمیت متهم موصوف و مجرمیت دیگر متهمان پرونده مبنی بر اخلال در نظم و آسایش عمومی مردم و مستنداً به مواد مندرج در دادنامه یادشده، اعلام داشته به اولیای دم مقتول، اذن قصاص متهم مهدی ... با رعایت شرایط قانونی اعطا شده ...». پرونده به دیوان عالی کشور ارسال شده، به شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور ارجاع شده است و این شعبه در دادنامه شماره ۱۳۵۸-۱۳۷۸/۳/۸، بیان می‌دارد: «مضاف بر اینکه رأی دادگاه را در خصوص محکومیت آقای مهدی ... بر قصاص رأی متداول و متعارف ندانسته و در نحوه انشای آن اشکال کرده با استدلال به اموری مبنی بر اینکه؛ اولاً، مقتول پس از یک هفته ترخیص از بیمارستان و در حالی در زمین فوتبال حالش به هم خورده و پس از انتقال مجدد به بیمارستان فوت کرده و بررسی نشده که فوت نامبرده آیا مستند به همان ضربه مغزی قبلی بوده و آیا اولین ضربه کشنده بوده یا نه؟ کمیسیون پزشکی در این مورد اظهارنظر نکرده و نیز از افراد هم‌بازی در فوتبال با مقتول تحقیق لازم معمول نشده؛ بنابراین در مرحله اول و تا قبل از بررسی مسائل ذکرشده، اصل اینکه قتل در اثر ضربه مغزی باشد، مشکوک به نظر می‌رسد؛ ثانیاً، با توجه به وجود تهافت و تناقض در اظهارات متهمان و از جمله مهدی ... نسبت به ضارب ضربه مغزی به مقتول و نوع آلت قتل به کار رفته که

آیا چماق بوده یا نانچیکو، بررسی لازم معمول نشده و اصل انتساب قتل به محکوم علیه نیز مشکوک به نظر می‌رسد و بر فرض بررسی و انجام تحقیق کافی در نهایت با توجه به قراین و امارات، مورد می‌تواند از موارد لوث باشد؛ بنابراین ضمن نقض رأی ...». شعبه سوم دادگاه عمومی شهرستان لاهیجان پس از بررسی و تحقیقات انجام شده، طبق دادنامه شماره ۱۳۸۰/۳/۵-۲۹۹، ... همانند شعبه چهارم ضمن احراز مجرمیت متهم موصوف آقای مهدی ... نامبرده را به قصاص نفس محکوم کرده است. پرونده به دیوان عالی کشور ارسال شده، شعبه ۲۶ طبق دادنامه شماره ۱۳۸۰/۱۱/۵-۱۳۲۵، اعلام داشته است: «با توجه به محتویات پرونده و سیر مراحل آنکه قبلاً نیز در این شعبه مطرح شده، متذکر می‌شود که دادگاه اخیر (شعبه دادگاه عمومی لاهیجان) موضوع پرونده را همانند شعبه چهارم دادگاه عمومی لاهیجان و برخلاف نظریه شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور، محرز دانسته و اقدام به صدور رأی اصراری کرده است و این شعبه همانطور که قبلاً اشاره شد، اصل انتساب قتل را تا چه رسد به عمدی بودن آن توسط متهم مهدی ... محل تردید می‌دانسته، البته بعید به نظر نمی‌رسد که با توجه به وجود قراین و امارات، اصل انتساب قتل به متهم مهدی ... از موارد لوث محسوب و با اجرای قسامه متهم به پرداخت دیه (از بابت قتل شبه‌عمد) محکوم شود، نه قصاص. پس از ارجاع به شعب دیگر دادگاه و اصرار به همان آرای سابق، هیئت شعبه ۲۶ چنین رأی می‌دهند: ... با توجه به مراتب یادشده، این شعبه از دیوان عالی کشور انتساب قتل عمدی مرحوم حسین ... را به متهم پرونده آقای مهدی ... محرز نمی‌داند و طرق تحصیل شده برای احراز را همان‌گونه که بیان شد، به صورت جدی مخدوش و غیرقابل اعتماد می‌داند، النهایه انتساب اصل قتل غیرعمد را نسبت به محکوم علیه با توجه به بعضی قراین و امارات، از موارد لوث و اجرای قسامه می‌داند؛ بنابراین پرونده در اجرای بند (ج) ماده ۲۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ جهت طرح در هیئت محترم عمومی دیوان عالی کشور به آن مرجع ارسال می‌شود». دادستان کل کشور نیز به شرح ذیل، اعلام نظر می‌کند: «... به علت اینکه قراین قوی‌ه‌ای وجود دارد که حاکی از غیرعمدی بودن قتل است، خارج از باب لوث خواهد بود و اگر از نظر انتساب اصل قتل به مهدی ... داخل در باب لوث بدانند، به علت وجود اقرار متهم در مراحل

مختلف، خارج از باب لوث است...». رأی اصراری شماره ۱۳۸۳/۳/۱۲-۶ نیز بیان می‌دارد: «با توجه به اظهارات متهم ... و با توجه به نظریه پزشکی قانونی در خصوص علت اصلی مرگ و گزارش معاینه جسد و نظریه اعضای کمیسیون پزشکی مرکز و سایر دلایل و قرائن موجود در پرونده، هرچند متهم عالماً چوب را در تاریکی به طرف مجنی‌علیه حواله کرده؛ ولی قصد نتیجه و قتل عمدی و همچنین قصد زدن به سر مجنی‌علیه از جانب وی احراز نمی‌شود و مورد از شمول بند (ب) ماده ۲۰۶ قانون مجازات اسلامی خارج است. بنا به مراتب هیئت عمومی اصراری دیوان عالی کشور با اکثریت آراء، نوع قتل را از مصادیق بند (ب) ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی تشخیص و با نقض دادنامه شماره ۸۲/۵/۴-۶۹۳ شعبه پنجم دادگاه عمومی لاهیجان، پرونده ... به دادگاه هم‌عرض ارجاع می‌شود...» (همان، ۱۳۸۶، صص ۹۸ و ۱۲۰).

۱۶۳

۳. شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۷۱/۲/۲۰-۵۱۸ بیان می‌دارد: «با توجه به محتویات پرونده و اینکه فوت مرحوم ... بعد از ۸ روز از ایراد ضرب یا ضربات متهم که ادعا شده واقع شده، بر فرض که سیلی زدن متهم به پدرش (متوفی) مسلم باشد، قصد زدن سر او را به دیوار نداشته و از طرفی به علت کهولت سن (هشتاد سالگی) و داشتن بیماری قلبی، انطباق بندهای ماده ۲ قانون حدود و قصاص سابق (ماده ۲۰۶ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰) اگر مقطوع‌العدم نباشد، حداقل مورد شبهه است و تا موضوع محرز نشود، حکم قصاص را نمی‌توان صادر کرد؛ ولی در حد قتل شبه‌عمد با وجود امارات ظنینه و اجرای مراسم قسامه، ایرادی ملحوظ نمی‌گردد» (بازگیر، ۱۳۷۶، ص ۶۰).

حقوق اسلامی / قسامه در رویه قضایی

## ۲. اجرای قسامه در رویه قضایی

هنگام اجرای قسامه و صدور حکم براساس آن، مسائلی مطرح می‌شود که اهم آن در رویه قضایی بدین شرح است: باید میان حکم و قسامه پیوند باشد و ارتباط آنها قطع نشود. در شرکت در جرم برخی شرایط رعایت شود و قسم‌خورندگان باید اموری را رعایت کنند.

این مسائل را در سه مبحث دنبال می‌کنیم:

## ۲-۱. پیوند قسامه و حکم دادگاه

اگر قرار است براساس قسامه حکم داده شود، چون لوث که مبنای قسامه است، شخصی بوده، برای هر دادگاه به طور مستقل مطرح می‌شود، اجرای مراسم قسامه نیز باید مستقل باشد و هر حکمی که صادر می‌شود، قسامه‌ای مستقل داشته باشد؛ به گونه‌ای که میان حکم و قسامه، ارتباط حفظ شود و براساس قسامه پیشین که حکم آن نقض شده است، نمی‌توان حکم مجدد داد.

۱. در دادنامه شماره ۲۰/۶۷۷-۱۵/۹/۱۳۷۱ شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور، آمده است: «شعبه ۲۶ دادگاه کیفری یک ... با لوث شناختن قتل و اجرای قسامه به قصاص اظهار نظر کرده، شعبه بیستم به دلیل اینکه دو نفر له متهم شهادت داده‌اند، قراین را معارض [دانسته و] پرونده را برای تجدیدنظر به دادگاه برگشت داده [است]. دادگاه ... با صدور حکم براءت درباره آقای (س) و ساختگی دانستن شهادت‌های له (س) طی دادنامه ۶۶/۲/۴ جرم متهم را محرز [دانسته و] مستنداً به مواد ۳۷ و ۳۸ و ... ق.ح.ق. نظر به اعدام متهم (الف) صادر کرده. شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور دادنامه ۶۶/۱۰/۲۴-۷۲۶ به جهت اینکه پس از انجام قسامه در شعبه ۲۶ دادگاه ... نیز می‌بایستی حضوراً قسامه انجام دهد، نه اینکه به قسامه دادگاه قبلی اکتفا شود، رسیدگی را ناقص ذکر کرده و برای انجام قسامه، پرونده را برگشت داده. مفاد حکم و ایراد دیوان عالی دلالت بر این دارد که در لوث شناختن مورد ایراد نداشته و در راستای تنفیذ بوده. النهایه دستور اجرای قسامه و رفع نقص داده است که در این صورت با عدول در رأی قبلی (مسئله تعارض در ظن) ارسال پرونده به هیئت اصراری موجه تشخیص داده نشده است؛ چون دادگاه ... صادرکننده نظریه منحل اعلام شده، شعبه ۱۲ رسیدگی کرده و آن را شبیه محصوره تشخیص داده و به تاریخ ۶۷/۳/۵ حکم براءت (الف) «متهم» را صادر کرده و با اعتراض اولیای دم، دادسرای شعبه ۲۰ دیوان عالی به این حکم ایراد گرفته، آن را نقض کرده، سرانجام شعبه ۱۳ کیفری یک ... با انجام رسیدگی وسیع، نهایتاً با اجرای قسامه تحت شماره ۷۱/۲/۲۶-۱۵۱ حکم بر محکومیت متهم صادر کرده است. بنا بر ... مستفاد از حکم شعبه ۲۰ (رأی شماره ۱۳۶۶/۱۰/۲۴-۷۲۶)، این است که با لوث بودن مورد، مخالف نبوده، بلکه اجرای قسامه را در حضور حاکم دادگاه لازم شمرده، به این



معنا که قسامه‌ای که در شعبه دیگر نزد قاضی دیگر انجام شده، نمی‌تواند منشأ صدور حکم برای حاکم دادگاه دیگر باشد ...» (بازگیر، ۱۳۷۶، ص ۱۲۰-۱۲۱).

۲. شعبه ۳۳ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۷۷/۸/۲-۷۲۳، رأی دادگاه عمومی بهبهان را نقض می‌کند و مقرر می‌دارد: «با آنکه مورد لوث و قسامه بودن بزه انتسابی به مهدی ... مردود بوده ... شعبه چهارم دادگاه عمومی نیز به مثابه دادگاه قبلی ظاهراً اتهام نامبرده را از مصادیق لوث احراز کرده، لکن بدون اجرای مراسم قسامه، مبادرت به صدور رأی بر قصاص متهم کرده است؛ بنابراین دادنامه تجدیدنظرخواسته، به جهت رعایت نشدن موازین قانونی، نقض و پرونده به شعبه چهارم دادگاه عمومی بهبهان اعاده می‌شود تا در صورتی که قاضی محترم بر تشخیص خود باقی باشد، مراسم قسامه را با رعایت دقیق مقررات مذکور در مواد قانونی مربوطه به آن با حضور متهم و وکیل او اجرا و رأی جدید صادر کند و پرونده را در صورت اعتراض به رأی دادگاه، به این مرجع برگرداند» (مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۲، ص ۴۷-۴۸).

۳. شعبه ۲۸ دیوان عالی کشور در مقام نقض رأی دادگاه عمومی بیرجند، در دادنامه شماره ۲۶۴ مورخ ۷۷/۶/۳۰، چنین بیان می‌دارد: «... نظر به اینکه یکی از مبانی صدور رأی در حکم صادره، اجرای قسامه ذکر شده است، در حالی که حسب محتویات پرونده در دادگاه رسیدگی‌کننده (شعبه ۶ دادگاه عمومی بیرجند)، اجرای قسامه به عمل نیامده است و اگر منظور دادگاه قسامه‌ای بوده است که قبلاً در شعبه ۲ انجام شده است، صرف نظر از اینکه اجرای قسامه می‌بایستی در محضر دادگاه رسیدگی‌کننده به عمل آید، اصولاً چون قبلاً رأی شعبه دوم طبق دادنامه قبلی این شعبه نقض شده بوده است، آثار آن منتفی شده است» (همان، ۱۳۸۲، ص ۲۱۱).

۴. رأی اصراری شماره ۱۱-۱۳۷۵/۷/۳-هیئت عمومی شعب کیفری دیوان عالی کشور نیز در این باره بیان می‌دارد: «مستنبط از ماده ۲۴۹ قانون مجازات اسلامی، صحت اجرای مراسم قسامه و قبول تکرار آن با قاضی صادرکننده حکم است و شعبه دهم دادگاه عمومی کرمانشاه با اینکه قتل عمد موضوع پرونده را از راه قسامه ثابت تشخیص و به استناد آن حکم به قصاص نفس محمد ... داده‌اند، لیکن خود بدون آنکه قسامه را

انجام داده باشد، مبادرت به صدور حکم کرده است؛ بنابراین با این کیفیت و به لحاظ عدم اجرای قسامه، رسیدگی ناقص بوده و پرونده به جهت اصراری نبودن، قابل طرح و بررسی در هیئت عمومی (شعب کیفری) نیست و جهت اقدام قانونی به شعبه شانزدهم دیوان عالی کشور اعاده می‌شود» (همان، ۱۳۷۷، ص ۲۷۷-۲۷۸).

۵. شعبه دوم دادگاه عمومی ابهر در دادنامه شماره ۲۹۴-۷۸/۵/۱۱، پس از ذکر مشروح جریان پرونده و ضمن بیان مقدماتی، بزه انتسابی به متهم (آقای رضا ...) را بدون اجرای قسامه، محرز تشخیص داده، وی را مستنداً به مواد ۲۰۶ بند (ب) آن اجرای قسامه کرد. پس از ارسال پرونده به دیوان عالی کشور، به شعبه ۲۶ ارجاع شد و این شعبه طبق دادنامه شماره ۹-۷۹/۱/۱۴، اعلام کرد: «چون تشخیص و احراز دو دادگاه که از نزدیک محکوم‌علیه را محاکمه و قراین را از نزدیک مشاهده کرده‌اند و هر دو به یک نحو تشخیص داده‌اند، صحیح و موجه است، لیکن چون شعبه دوم بدون اجرای مراسم قسامه و اکتفا به قسامه اجراشده توسط شعبه پنجم کرده که موجه نیست، پرونده را ناقص تشخیص و ضمن نقض رأی دادگاه ...» (همان، ۱۳۸۵، ص ۵۶).

## ۲-۲. قسامه و مسئله شرکت در جرم

گاهی لوث را باید در ارتباط با اشخاص مختلفی تصور کرد؛ بدین‌گونه که چند نفر در تحقق قتل به صورت مشارکت دخالت دارند. با ملاحظه آرای دادگاه‌ها در این باره معلوم می‌شود که تصمیم‌هایی متفاوت و گاه متعارض گرفته می‌شود. بهتر است به برخی از فروض این مسئله در پرتو آرای قضایی اشاره کنیم:

### ۲-۲-۱. استقلال قسامه برای هر شریک

اگر چند شخص به صورت مشارکت، باعث جنایت شوند، با یک بار قسامه نمی‌توان همه را محکوم کرد، بلکه اجرای قسامه باید درباره هریک از آنها مستقل باشد. در جریان صدور رأی اصراری شماره ۵-۱۳۸۲/۳/۲۰، شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور طبق دادنامه شماره ۳۲/۲۵۷-۱۳۷۵/۶/۲۵، با این استدلال به نقض رأی بدوی اقدام می‌کند که «... مراسم قسامه به صورت کامل انجام نپذیرفته (برای هر کدام از متهمان، پنجاه بار

سوگند تکرار نشده است) ...» (همان، ص ۱۰۲).

## ۲-۲-۲. تخییر میان شرکا در اجرای قسامه

وقتی لوث نسبت به چند شخص به صورت شرکت در جرم، ثابت و برای محکومیت همه آنها قسامه‌ای مستقل برای هریک اجرا شود، می‌توان مانند سایر موارد شرکت در جرم، از قصاص برخی گذشت کرد و یا از اجرای قسامه نسبت به برخی امتناع کرد و فقط نسبت به برخی دیگر، قسامه را اجرا کرد. شرکت چند شخص در ارتکاب جرم بدین معنا نیست که اگر از اجرای قسامه نسبت به یکی از شرکا امتناع شد، دیگران نیز از لوث مصون می‌شوند؛ زیرا شرط لوث نسبت به آنها، مقید به اثبات شرکت دیگران نیست؛ بنابراین ولی دم می‌تواند نسبت به دو شریک، این‌گونه عمل کند که یا قسامه را نسبت به هر دو اجرا کند (مثلاً حکم قصاص صادر شود) و یا نسبت به یکی از آنها اجرای قسامه کند که در این صورت، شریک دیگر تبرئه می‌شود؛ ولی اجرای قصاص شریک اول، منوط به دادن نیمی از دیه به اوست؛ زیرا لوث با فرض شرکت در جرم، به اثبات رسیده است و لوازم آن باید اعمال شود. این مسئله، تفاوت شرکت را با علم اجمالی نشان می‌دهد؛ زیرا در علم اجمالی، ولی دم نسبت به تمام اطراف علم اجمالی باید قسامه را اجرا کند تا دیه به صورت قرعه یا تساوی عهده آنها قرار گیرد و اگر از یکی امتناع کند، هیچ دیه‌ای تعلق نمی‌گیرد و به عبارت دیگر، قسامه میان آنها کل غیرقابل تفکیک است و اگر نسبت به یکی اجرا نشد، دیگران نیز از آثار قسامه مصون‌اند، مگر اینکه گفته شود ولی دم در علم اجمالی، حق انتخاب دارد و این انتخاب، یکی از دلایل تقویت لوث نسبت به برخی از اطراف علم اجمالی و انحلال آن است.

۱. شعبه ۲ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۱۳۷۱/۶/۲۱-۲/۳۶۳ بیان داشته است: «آنچه مسلم و غیرقابل انکار است و طرفین نسبت به آن اعتراف کرده‌اند، اینکه میان فامیل (ص)، خاصه (ع) و (م) با مقتول اختلاف و عداوت شدید ناشی از کشته شدن پدر آنان وجود داشته ... و به این ترتیب، به موجب ذیل مسئله یک صفحه ۵۲۷ جلد ۲ تحریرالوسیله و ماده ۲۳۹ قانون مجازات اسلامی، مورد از موارد لوث [طرف موضوع] نیز بدون تردید آقایان خانواده (ص) است و ... این موضوع روشن است که قتل

انتسابی با عنایت به نحوه وقوع آن و نظریه پزشکی قانونی در خصوص چگونگی قتل و تقارن سنی میان مقتول و متهم موصوف (م) مسلماً توسط یک نفر صورت نگرفته، بلکه حداقل دو نفر به نحو شرکت در آن دخالت و مباشرت داشته‌اند ... و نتیجتاً با عنایت به قسامه اقامه‌شده از سوی اولیای دم، آنان حق قصاص یک نفر را دارند و یا اینکه دو نفر را با پرداخت یک دیه کامله با اجرای سایر شرایط آن قصاص نمایند ... وفق موازین فقهی، اولیای دم می‌توانند نسبت به همان فردی که اقامه قسامه کرده‌اند و دلایل کافی بر حضورش در جریان و صحنه قتل وجود داشته است، درخواست قصاص نمایند؛ مشروط بر اینکه نصف دیه کامله را در حق او قبل از اجرای قصاص بپردازد ... (بازگیر، ۱۳۷۶، ج ۲، صص ۴۲۲ و ۴۲۴).

۲. شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۱۲۵۰ مورخ ۷۱/۴/۲۷ مقرر می‌دارد: «با توجه به محتویات پرونده و... حصول قطع به اینکه هر ۳ نفر دخالت در قتل داشته‌اند، از طرق متعارف است و ظن به (شرکت در قتل) از سوی آنان از مجموع اوراق پرونده حاصل است. لولا العلم یعنی اگر دادگاه ادعای علم به اشتراک می‌کرد، می‌توانست مورد تصدیق باشد؛ بنابراین اجرای قسامه با ملاحظه ماده ۲۵۲ در این رابطه با احتیاط در باب دماء مستحسن و نیکو انجام شده ... و قسامه نیز صحیحاً انجام شده و... دادگاه می‌تواند اولیای دم را ارشاد کند که می‌توانند از یک نفر دیه گرفته، دو نفر را قصاص و یا از دو نفر دیه [گرفته]، یک نفر را قصاص کنند که در این رابطه اختیار با آنان است. البته در هر صورت، فاضل دیه کاملاً ملحوظ شود ...» (همان، صص ۱۷۴-۱۷۵).

۳. شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور نیز در دادنامه ۱۷۸۴ مورخ ۷۱/۱۲/۸ مقرر داشته است: «با توجه به محتویات پرونده، در مجموع اصل (اشتراک قتل) با ملاحظه گواهی شهود و برگ معاینه جسد و پرونده بالینی مقتول، محرز است و زمینه‌های احراز نسبت به انتساب قتل نسبت به دو نفر یعنی آنچه در رأی دادگاه حکم داده شده، از اوراق پرونده به دست می‌آید و می‌تواند قابل ابرام باشد؛ ولی سزاوار است احتیاطاً دادگاه اجرای قسامه کند، مخصوصاً که اولیای دم، حاضر به قسم‌خوردن هستند. پرونده جهت اجرای قسامه از سوی اولیای دم به دادگاه صادرکننده رأی ارجاع

می شود ...» (همان، ص ۱۷۷).

ملاحظه می شود که در دادنامه های اخیر از «قسامه احتیاطی» یاد شده است.

### ۲-۳. قسم خورندگان و شرایط آنها

اشخاصی که پس از تحقق لوث و در مقام اجرای قسامه باید سوگند یاد کنند، شرایطی لازم دارند که بدون آن نمی توان به سوگند آنها توجه داشت. بی توجهی به این شرایط در مواردی باعث نقض رأی و اطلاع رسیدگی می شود و همین مسئله، توجه بیشتر دادگاه ها را ایجاب می کند. اهم این شرایط که در رویه قضایی دیده شده، به شرح ذیل است:

#### ۲-۳-۱. جزم در قسم و قسم ناشی از علم شخصی

در فقه، بحث مفصلی در این باره وجود دارد که اشخاص قسم خورنده، چه علمی باید داشته باشند و علت پذیرش قسم و خویشاوندی آیا بدین جهت است که شهادت اقوام پذیرفته نمی شود، ولی سوگند آنها قابل پذیرش است؟ و نیز آیا علم آنها صداقت در ادعای ولی دم است یا علم شخص یا نوعی خود آنهاست؟ این موضوع در قانون منعکس نشده است که علم و جزم ناشی از آن چیست؛ ولی دیوان عالی کشور نظارت مستقیمی بر این شرط دارد و بسیاری از احکام را نقض می کند.

۱. در دادنامه شماره ۲۰/۴۹۹ مورخ ۷۱/۷/۱۲ شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور، در مقام نقض رأی دادگاه بدوی می خوانیم: «نظر به اینکه ... علم قسم خورندگان قید و احراز نشده که به موجب ماده ۲۵۱ قانون مذکور، قسم خورندگان بایست علم به وقوع حادثه و استناد آن به متهم داشته باشند؛ بنابراین رأی ... قابل تأیید نیست ...» (بازگیر، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۳۴۳).

۲. شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور نیز در دادنامه شماره ۳۲/۶۶۱ مورخ ۱۳۷۶/۱/۵، با بیان: «... راجع به جازم بودن اجراکنندگان مراسم قسامه در دادنامه تصدیقی به عمل

نیامده است ...»، رأی دادگاه بدوی را نقض می‌کند (مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۵، ص ۱۰۳).

### ۲-۳-۲. درک و فهم قسم

شعبه ۲۸ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۳۷۶-۲۳/۱۰/۷۵ در این باره بیان می‌دارد: «... مراسم قسامه به نحو شرعی و قانونی انجام نشده است و با وجود بستگان نسبی، فقط دو نفر مدعیه یعنی دختران مقتول که در سن نوجوانی هستند و در موقع حادثه صغیر بوده‌اند، قسم خورده‌اند و مشکل است معنی عمد را درک کرده باشند و اصولاً با این وضع، جازم بودن آنها مورد تردید است؛ بنابراین رأی شماره ۹۲۰-۶/۳۱-۷۵ شعبه ۲ دادگاه عمومی بیرجند که مبنی بر قصاص نفس سیدرضا ... صادر شده است، نقض می‌شود و رسیدگی مجدد به یکی دیگر از شعب دادگاه‌های عمومی بیرجند، حسب‌الارجاع محول می‌شود» (همان، ۱۳۸۲، ص ۲۰۹).

### ۲-۳-۳. احراز خویشاوندی نسبی

۱. رأی شعبه ۱۱ دیوان عالی کشور (دادنامه شماره ۱۱/۱۵۰-۲۹/۴/۷۱)، در این باره قابل توجه است: «با توجه به محتویات پرونده، صرف نظر از اینکه آیا ماده ۲۴۹ قانون مجازات اسلامی رعایت شده یا نه، چون چهار نفر از افرادی که در اجرای قسامه شرکت ... بستگی نسبی‌شان با مقتول محرز نیست و خویشان سببی حق اجرای قسامه را ندارند و ماده ۲۴۸ قانون مجازات اسلامی رعایت نشده، دادنامه فوق‌الذکر نقض و رسیدگی به شعبه دیگر دادگاه کیفری یک ... ارجاع می‌شود» (بازگیر، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۴۸۷).

۲. دادنامه شماره ۴۹۹-۲۰/۱۲/۷۱-۷۱ شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور نیز بیان می‌دارد: «نظر به اینکه خویشاوندی نسبی تعدادی از قسم‌خورندگان با مدعی، قید و احراز نشده که باید به موجب ماده ۲۴۹ قانون مجازات اسلامی احراز شود؛ بنابراین رأی صادره فعلاً قابل تأیید نیست ...» (همان، ص ۳۴۳).

### ۴-۳-۲. اجرای قسامه در حضور متهم

در این باره، دادنامه ۹۴۴-۱۰/۱۱/۱۳۷۱ شعبه ۳۱ دیوان عالی کشور قابل ذکر است. در این رأی می‌خوانیم: «... چنانچه موضوع نزاع در پرونده از موارد لوث باشد، با توجه به ماده ۲۴۴ قانون مجازات اسلامی، حضور متهم در جلسه قسامه الزامی است؛ زیرا در بدو امر از مدعی علیه مطالبه شهود معتبر می‌شود، در صورتی که نامبرده از معرفی شهود بر بی‌گناهی خود عاجز باشد، آنگاه مدعی اقامه قسامه کند ... چون دادگاه بدون حضور متهم و غیاباً اقدام به اجرای قسامه کرده، حکم صادره از این لحاظ صحیح به نظر نمی‌رسد...» (همان، ص ۴۱۵).

منظور رأی دیوان کشور آن است که اگر متهم در دسترس است، باید در مراسم قسامه حضور داشته باشد.

۱۷۱

### نتیجه

احراز تحقق لوث و اجرای قسامه، یکی از دشواری‌های دادگاه‌هاست و دیوان عالی کشور نیز برای نظارت خود در این باره اهمیت و تأکید بسیار قائل است. قانون مجازات اسلامی همه قواعد قسامه را بیان نکرده است و در عمل نیز هنگام اجرای آن نیازمند دقت و رجوع به کتب فقهی هستیم. تجربه نشان می‌دهد که در پرونده‌ای که با لوث و قسامه همراه است، مدت زمان طولانی تا صدور حکم قطعی لازم است و دادگاه‌ها باید دقت کرده، به گونه‌ای عمل کنند که اشتباه آنان بر این زمان نیفزاید و قراین پرونده در طول زمان از میان نرود. به عنوان یک اصل باید توجه داشت که در صورت تردید در ارکان لوث و قسامه، حجیت آنها را باید کنار نهاد و متوجه اصل احتیاط در دماء بود. در فقه، بر اهمیت قسامه و دقت در تدوین قواعد آن تأکید بسیار شده است. اگر قرار است این قواعد در عمل پیاده شوند، گذشته از لزوم رعایت نظراتی که به احتیاط نزدیک‌تر است، باید ارتباط صحیح و دقیقی میان قواعد دادرسی و موازین اجرای قسامه برقرار کرد.

رعایت اصول دادرسی، حق دفاع اشخاص، اجتناب از دشوارکردن دعوا و

به زحمت‌انداختن اولیای دم و بستگان آنها، از جمله نکاتی است که باید مورد توجه باشد. جمع‌آوری سریع قراین و امارات و استنباط منطقی از آنها، به گونه‌ای که تحقق لوث را از تردید معقول خارج سازد و معیار اثبات آن را به سایر دعاوی جزایی نزدیک کند نیز از امور مهم است. فلسفه قسامه براساس قواعد فقهی، حفظ دماء و پیشگیری از وقوع جرم است و نباید حفظ حقوق متهم و ویژگی‌های شخصیتی او را در این بحث فراموش کرد؛ از این رو، صرف حضور متهم در محل جرم نباید از قراین اثباتی باشد، بلکه این حضور باید به وسیله قراین دیگر تقویت شود؛ بنابراین اجمال برخی از مواد قانون مجازات اسلامی را باید بر این اساس رفع کرد. در حقوق تطبیقی، اثبات جرمی مانند قتل، دشوار است و اگر کمتر از مدت زمان معینی نیز به اثبات و مرحله اجرا برسد، ظن خروج از بی‌طرفی و تحمیل محکومیت مشکوک متهم را به دنبال خواهد داشت. درباره قسامه که درصدد اثبات مهم‌ترین جرم و مجازات ناشی از آن است، اطلاع دادرسی امری طبیعی محسوب می‌شود و در پرتو این زمان، فرصت بررسی بیشتر برای دادگاه‌ها فراهم می‌شود؛ ولی می‌توان با دقت در نکات مورد نظر دیوان عالی کشور که به ویژه در آرای اصراری آمده است، به حذف یا کاهش دل‌نگرانی‌های این مرجع، همت گمارد و از این نظر نیز به حفظ حقوق اولیای دم و متهم کمک کرد.

گفتنی است با توجه به آرای که نقل شد و رویکرد دیوان عالی کشور و دادگاه‌های تالی، این نکته به دست می‌آید که برخی از جلسات دادرسی و یا مراحل رسیدگی، به دلیل بی‌توجهی به شرایط قسم‌خورندگان یا کیفیت اتیان سوگند و اعتماد به اقدامات نادرست پیشین، تجدید می‌شوند و این بی‌نظمی در رویه قضایی شاید بدین دلیل باشد که دادگاه‌ها توجه خود را فقط به ارکان قسامه و لوث و مبانی نظری آن معطوف می‌کنند و از چگونگی اجرای قسامه و برگزاری جلسات مقرر و جمع‌بندی عملی موضوع، غافل مانده‌اند. همچنین، در مواد قانونی نیز به این مسئله کمتر توجه شده است و می‌توان گفت برخی از آرای نقل شده، مرهون استنباط خاص برخی از شعب دیوان عالی کشور است و برای همه قابل پیش‌بینی نیست. شایسته است رویه قضایی به این جهات و جهات مشابه دیگری که در این نوشته چهارچوب آن در حد مقدور تبیین گردید، توجه کند و از نقض‌های شکلی رأی، جلوگیری نماید؛ نقضی که در ماهیت موضوع بی‌اثر است و با اندک توجهی می‌توان مانع آن شد.



## منابع

۱. بازگیر، یدالله؛ قانون مجازات اسلامی در آئینه آرای دیوان عالی کشور (قتل شبه عمد و خطای محض)؛ ج ۱ و ۲، چ ۱، تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۷۶.
۲. خدابخشی، عبدالله؛ تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری؛ چ ۱، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۹.
۳. فاضل اصفهانی (هندی)، محمدبن حسن؛ کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج ۱۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۱۶ق.
۴. کلینی، ابوجعفر محمدبن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۷، چ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
۵. مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۴؛ ج ۱، چ ۲، تهران: اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور؛ ۱۳۷۹.
۶. مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۵؛ ج ۲، چ ۱، تهران: اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۷۷.
۷. مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۶؛ ج ۳، چ ۱، تهران: اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۷۸.
۸. مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۷؛ ج ۴، چ ۱، تهران: اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۰.
۹. مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۹؛ ج ۶، چ ۱، تهران: اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۲.
۱۰. مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۸۰؛ ج ۷، چ ۱، تهران: اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۳.

۱۱. مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۸۱؛ ج ۸، چ ۱، تهران: اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۴.
۱۲. مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۸۲؛ ج ۹، چ ۱، تهران: اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۵.
۱۳. مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۸۳؛ ج ۱۰، چ ۱، تهران: اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۶.
۱۴. مرعشى نجفى، سيدشهاب الدين؛ القصاص على ضوء القرآن والسنة؛ ج ۲، قم: مكتبة آيت الله مرعشى نجفى، ۱۴۱۹ق.
۱۵. نجفى، محمدحسن؛ جواهرالكلام فى شرح شرائع الاسلام؛ ج ۴۲، چ ۷، بيروت: دار احياء التراث العربى، [بى تا].
۱۶. هاشمى شاهرودى، سيد محمود؛ «قسامه، تعدد افراد يا تكرار قسم»؛ فصلنامه فقه اهل بيت علیهم السلام، ش ۲۵، ۱۳۸۰.
17. Keane, A.; **The Modern Law Evidence**; Fifth edition, Butterworths, London, 2000.
18. Laudan, Larry; **Truth Error and Criminal Law: an Essay in Legal Epistemology**; London: Cambridge University Press, 2006.
19. Monir, M.; **Law of Evidence: Revised by H. S. ursekar**; Sixth edition, London: The University Book Agency, 2004.