

# مسئولیت کیفری قاتل در موارد علم اجمالی\*

تاریخ دریافت: ۹۳/۱۰/۳۰

تاریخ تأیید: ۹۴/۷/۹

اسماعیل آقابائی بنی\*\*

۸۵

حقوق اسلامی / سال دوازدهم / شماره ۴۶ / پاییز ۱۳۹۴

## چکیده

در موارد متعددی به علت نامعلوم بودن عامل جنایت، در عین حال وجود علم اجمالی بر انحصار مرتکبان در تعداد معلوم، تحمیل مسئولیت کیفری از جمله دیه بر مرتکب واقعی با مشکل مواجه می‌شود و راهکارهایی چون قرعه، پرداخت دیه از بیت‌المال، توسل به قسامه و تنصیف مسئولیت مطرح شده است. این مقاله دو راهکار قرعه و قسامه را با توجه به رویکرد قدیم و جدید قانونگذار، بررسی کرده و به این نتیجه دست می‌یابد که قرعه، در حقوق کیفری کارایی ندارد و راهکار قسامه نسبت به پرداخت دیه به تساوی مقدم است و در صورت عدم امکان قسامه، تساوی دیه مطرح می‌گردد.

**واژگان کلیدی:** علم اجمالی، مسئولیت کیفری، قرعه، مسئولیت بیت‌المال، قسامه،

تنصیف دیه.

\* این مقاله برگرفته از تحقیق «دیدگاه‌های موثر بر قوانین کیفری در جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص با تأکید بر قتل» است که در پژوهشکده فقه و حقوق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی به انجام رسیده است.

\*\* استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (Aghababaei@isca.ac.ir).

## مقدمه

چنان‌که در امور مدنی گاه تشخیص مدیون یا ذی‌حق با مشکلاتی مواجه است، در حقوق کیفری نیز گاه شرایطی پیش می‌آید که متهم بین دو یا چند نفر محصور و تعیین وی ناممکن می‌شود. اگر به دلیل تردید در تعیین مجرم، اصل را بر براءت بدانیم، در جرایم علیه تمامیت جسمانی که مستلزم دیه و قصاص است، استناد به اصل براءت موجب تضييع حقوق مجنی‌علیه یا ولی دم می‌گردد. تحمیل دیه بر بیت‌المال نیز به دلیل فرار مجرم از مسئولیت از یک سو و محدود بودن پرداخت دیه از بیت‌المال به مواردی که راه حلی وجود ندارد از سوی دیگر، مانع چنین رویکردی است. در اینجا است که استناد به قرعه در کنار راه‌های دیگری همچون تقسیم مسئولیت به تساوی و تمسک به قسم یا قسامه در موارد لوث مطرح می‌گردد که البته هر یک از نظریه‌های یاد شده خود با مخالفت‌ها و موافقت‌های قابل توجهی همراه است و به رغم وجود برخی آثار در این زمینه (ر.ک: طیرانیان، ۱۳۴۵، ص ۱۲۷-۱۳۱ / مؤذن‌زادگان، ۱۳۷۸، ص ۲۳-۴۴ / یزدیان جعفری، ۱۳۸۵، ص ۱۴۹-۱۶۶)، ریشه‌یابی فقهی آرای مطرح در قانون مجازات اسلامی، پرداختن به این مسئله را ضروری می‌سازد.

به‌طور کلی تعیین متهم به قتل در موارد علم اجمالی دارای فروض زیر است:

۱. تعداد قاتلان به‌طور کلی نامعلوم است و هیچ اطلاعی از تعلق آنان به جمع خاص در دست نیست.

۲. تعداد قاتلان نامعلوم ولی انحصار آنان در بین جمع خاص روشن است.

۳. فرد خاصی با کمک عده‌ای دیگر که تعداد آنان نامشخص است مرتکب قتل شده‌اند.

۴. فردی که مرتکب قتل شده است قابل شناسایی نیست ولی می‌دانیم یکی از افراد جمع خاص است.

از فروض یاد شده، فرض اول به دلیل ابهام و غیر قابل انتساب بودن دعوا به فرد یا افراد خاص، قابلیت طرح و تعقیب ندارد؛ ولی از آنجا که خون ریخته‌شده نباید هدر رود، دیه مقتول از بیت‌المال پرداخت می‌شود. در این خصوص قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۴۸۷ مقرر می‌دارد: «اگر شخصی به قتل برسد و قاتل شناخته

نشود یا بر اثر ازدحام کشته شود دیه از بیت المال پرداخت می‌گردد». همچنین اصل مسئله در فقه مورد قبول فقهاست (برای نمونه ر.ک: مفید، ۱۴۱۳، ص ۷۴۱).

در فرض دوم که قاتل یا قاتلان در میان جمع خاصی مثل اهالی یک روستا منحصرند، در صورتی که مظنون به قتل باشند، از موارد اقامه قسامه است. در این خصوص گرچه در برخی روایات از مسئولیت مطلق متهمان سخن به میان آمده است (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۲۷۷، حدیث ۱-۳)، به قرینه روایات دیگر (همان، حدیث ۴ و ۵) باید آن را به مواردی ناظر دانست که مظنون‌ها از اقامه قسامه خودداری کنند و بسیاری از فقها نیز بر همین اساس به فرض خودداری از قسم فتوا داده‌اند (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۳۵۹/حلی (محقق)، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۳۹۸). قانون مجازات سال ۱۳۷۰ نیز در مواد ۲۵۵ و ۲۵۶ بدان تصریح کرده بود.

در فرض سوم نیز، حکم قاتل مشخص، معلوم است و تصمیم‌گیری راجع به شرکای قتل، در صورت مظنون‌بودن همانند صورت دوم، طبق قسامه صورت می‌گیرد. با این حال فرض چهارم از فروض قابل بحث است که خود دو صورت دارد: الف) هر یک از متهمان قتل را منتسب به خود می‌داند که در این صورت با توجه به اقرار و پذیرش مسئولیت، تحمیل مسئولیت کیفری (دست کم از نوع دیه و انتفای قصاص به دلیل شبهه) بر هر یک از اطراف دعوا ممکن است. ب) فرض دیگر آن است که مثلاً فردی در حین منازعه کشته شده و انتساب قتل به تعداد خاصی معلوم است ولی تعیین قاتل ممکن نیست یا هر یک از دو متهم، ادعای قتل توسط دیگری دارد و قراین و شواهد حاکی از آن است که یکی از آن دو قاتل است بی آنکه بتوان قاتل واقعی را از بین دو نفر مشخص کرد.

تعیین مسئول واقعی قتل در فرض اخیر، موضوع بحث این مقاله است که راه‌حل‌های مطرح را بر اساس مقررات و برخی آرای فقهی در قالب دو عنوان قرعه و قسم یا قسامه در ادامه پی می‌گیریم و راهکارهای دیگر از جمله تصنیف دیه، الزام به مصالحه و پرداخت دیه را به‌طور ضمنی یادآور می‌شویم.

## ۱. قرعه

پذیرش قرعه به عنوان راه حل در مسئله یاد شده منوط به امکان استناد به قرعه در امور کیفری است که از دو زاویه قرعه در حقوق کیفری و استناد به قرعه از نظر فقهی قابل طرح است:

### ۱-۱. قرعه در حقوق کیفری

در قانون مدنی در مصادیقی چون تقسیم سهم آب در جایی که حق تقدم محرز نیست (ماده ۱۵۷ قانون مدنی) تعیین سهم در مال مشترک در صورت عدم تراضی (ماده ۵۹۸ قانون مدنی) از قرعه سخن به میان آمده است و مصادیقی از این دست را در آرای فقهی نیز می‌توان یافت؛ ولی آیا در حقوق کیفری نیز می‌توان قرعه را مبنایی برای رفع اختلاف در نظر گرفت؟ به‌طور کلی، تا قبل از اصلاحات قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ تعیین متهم در قانون با قرعه پیش‌بینی شده بود و ماده ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی در این خصوص مقرر می‌کرد: «اگر دو نفر متهم به قتل باشند و هرکدام ادعا کند که دیگری کشته است و علم اجمالی بر وقوع قتل توسط یکی از آن دو نفر باشد و حجت شرعی بر قاتل‌بودن یکی اقامه نشود و نوبت به دیه برسد، با قید قرعه دیه از یکی از آن دو نفر گرفته می‌شود».

در تفسیر این ماده اعتقاد بر این بود که:

۱. قصاص به دلیل بروز شبهه ساقط است و تنها در مورد قرعه، دیه پرداخت می‌شود. چنان‌که در نظریه شماره ۶۵۷۴/۷-۳/۸/۱۳۸۵ بر این امر تاکید شده است که حکم اولیه در شبهه محصوره، قصاص نیست بلکه دیه است. این مسئله را قانونگذار به‌صراحت در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مد نظر قرار داد و در ماده ۴۸۲ مقرر کرد: «در موارد علم اجمالی به انتساب جنایت به یکی از دو یا چند نفر و عدم امکان تعیین مرتکب، چنانچه جنایت، عمدی باشد قصاص ساقط و حکم به پرداخت دیه می‌شود». به نظر می‌رسد احتیاط در دماء نیز چنین اقتضایی دارد و رویکرد جدید قانونگذار از این جهت قابل دفاع به نظر می‌رسد.

۲. طبق نظریه شماره ۷/۵۷۷۰-۷/۱۴/۸۱ عدد موضوعیت نداشت و در نتیجه در

بیش از دو نفر هم قرعه معیار تعیین مرتکب به شمار می‌آید (میرمحمد صادقی، ۱۳۷۵، ص ۳۶۱). چنان‌که هم اکنون ماده ۴۸۲ قانون مجازات مصوب ۹۲ به موضوعیت نداشتن عدد، تصریح کرده است.

۳. با اینکه اتهام قتل اعم از عمد، شبه عمد و خطای محض است، برخی در تفسیر ماده یاد شده بر این باور بودند که عبارت یکی از دو نفر به این معناست که دریافت دیه از عاقله با قرعه ممکن نیست (شکری، ۱۳۸۵، ص ۳۴۱). به بیان دیگر، در موارد قتل خطای محض نمی‌توان از راهکار این ماده بهره گرفت.

۴. به رغم آنکه طبق تصریح ماده ۳۱۵ دیه از متهم قابل دریافت بود در نظریه شماره ۶۵۷۴/۷-۳/۸/۱۳۸۵ بر این امر تأکید شده بود که طبق نظر اجتهادی آیت‌الله محمدحسن مرعشی، در شبهه محصوره هم مانند غیر محصوره، دیه بر عهده بیت‌المال است.

در تفسیر این ماده، برخی از دیگر نظریه‌های اداره کل امور حقوقی قوه قضائیه نیز قابل توجه است. در خصوص امکان تسری قرعه از قتل به ضرب و جرح دو نظریه متفاوت وجود داشت: در نظریه شماره ۸۶۰۳/۷-۱۷/۱۱/۱۳۸۳ آمده بود: قرعه موضوع ماده ۳۱۵ به قتل اختصاص دارد و در موارد علم اجمالی دیه به تساوی باید از متهمان دریافت گردد و نظریه ۳۶۳۱/۷-۱۰/۸/۱۳۷۶ هم بر این امر تأکید داشت که: قرعه به کیفیت مندرج در ماده ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی به غیر مورد قتل قابل تسری نمی‌باشد. در حالی که نظریه شماره ۶۵۷۴/۷-۳/۸/۱۳۸۵ مقرر می‌کرد: با توجه به اینکه قرعه برای هر امر مشکلی است، فرقی بین قتل و ضرب و جرح نیست.

۵- نکته قابل توجه دیگر در تعیین کیفر به سبب قرعه، در نظر گرفتن جنبه عمومی برای قتلی بود که مرتکب آن با قرعه مشخص می‌شود.

در نظریه شماره ۲۴۰۲/۷-۲۳/۴/۱۳۸۷ آمده بود: «چون در مورد ماده ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی کسی که محکوم به پرداخت دیه می‌شود قانوناً قاتل عمدی شناخته می‌شود و به علت عدم علم تفصیلی به قصاص محکوم نمی‌گردد، لذا می‌تواند مشمول ماده ۶۱۲ همان قانون که می‌گوید «به هر علتی قصاص نشود...» باشد» و نظریه شماره ۳۹۳۲/۷-۲۵/۶/۱۳۸۷ نیز بر همین مضمون تأکید داشت. در حالی که نظریه ۴۰۶۷/

۷-۱۶/۶/۱۳۸۴ تأکید داشت: بیم تجری که در مواد ۶۱۲ و ۲۰۸ قانون مجازات اسلامی از آن نام برده شده است از شمول ماده ۳۱۵ خروج موضوعی دارد. به عبارت دیگر در مورد ماده ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی غیر از دیه مجازاتی نمی‌توان تعیین کرد. کمیسیون استفتائات قضایی نیز در جایی که قاتل مردد بین چند نفر باشد (موضوع مواد ۲۱۴ و ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰) آورده بود: «در این صورت بین افراد محتمل و آنان که حاضر به سوگند نیستند قرعه کشی می‌شود و تبدیل دیه یا قصاص که از قبیل حق‌الناس هستند به تعزیر مجوزی ندارد» (به نقل از: گلدوزیان، ۱۳۸۲، ص ۱۹۷) با این حال در ادامه بر این نکته تأکید شده بود که تعزیر به خاطر شرکت در نزاع دسته جمعی مانعی ندارد.

در اینجا توجه به چند نکته اهمیت دارد:

۱. در قانون و آرای فقهی لحاظ جنبه عمومی در قتل عمد موجب قصاص در جایی که قصاص منتفی گردد، با تردیدهایی همراه است. برخی فقها به صراحت جنبه عمومی را در صورت سقوط قصاص نفی کرده‌اند و برخی دیگر از باب حکم ثانوی و در جایی که لحاظ کردن تعزیر موجب اخلال گردد به جواز تعزیر فتوا داده‌اند و به ندرت می‌توان رأی فقهی بر لزوم تعزیر یافت. قانون مجازات اسلامی نیز در مواد ۶۱۲ و ۶۱۴ تعزیرات تنها در فرض اختلال نظام یا بیم تجری تعزیر را مجاز شمرده است.
۲. فقط فردی که با قرعه تعیین می‌شود، در پرداخت دیه مسئولیت دارد.
۳. عبارت تبدیل دیه یا قصاص به تعزیر مجوزی ندارد و ضمن سخن گفتن از قرعه در مطلب نقل شده از کمیسیون استفتائات قضایی، این احتمال را تقویت می‌کند که با قرعه، تعیین مستحق قصاص نیز بلامانع است؛ هرچند احتمال بی دقتی در تنظیم عبارات نیز دور از ذهن نیست و این فرض که قرعه تنها برای تعیین پرداخت کننده دیه است نه مستحق قصاص، بعید به نظر نمی‌رسد.

در اصلاحات به عمل آمده در قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲، گرچه اطلاق ماده ۴۷۷ قانون مذکور بر تعیین تکلیف بر اساس قسم به جای قرعه دلالت دارد، این سؤال مطرح است که به لحاظ فقهی چه اشکالی در مفاد ماده ۳۵۵ قانون سابق می‌توان یافت که قانونگذار از آن عدول کرده و سؤال دیگر اینکه آیا این عدول از قرعه به قسم،

می‌تواند اشکالات مطرح در فقه را پاسخ گفته و خود از مبنای فقهی قابل دفاعی برخوردار باشد؟

برای پاسخ به این سؤال در ادامه قرعه در فقه را مطرح و بررسی می‌کنیم. آنگاه فرض تعیین مسئول کیفری بر اساس قسم و قسامه را در موارد علم اجمالی به بحث می‌گذاریم.

## ۲-۱. قرعه در فقه

در اینکه با قرعه می‌توان فرد را به لحاظ کیفری هم مسئول دانست، دو نظر در بین آرای فقهی می‌توان یافت:

۱. حجیت نداشتن قرعه: برای نمونه راجع به تحمیل مسئولیت کیفری بر اطراف علم اجمالی برخی نوشته‌اند: با قرعه نمی‌توان کسی را قصاص کرد و تحمیل دیه بر اطراف علم اجمالی هم بی‌وجه است (یزدی، ۱۳۸۰، ص ۵۲). با این حال از آنجا که دعاوی را نمی‌توان بلا تکلیف رها کرد، به جای قرعه رعایت قاعده‌ای با عنوان قاعده عدل و انصاف در فقه پیشنهاد شده است (ر.ک: همدانی، ۱۴۱۶، ج ۱۴، ص ۶۳۱).
۲. قابلیت استناد به قرعه: فائلان به امکان استناد به قرعه برای تعیین تکلیف به سه دسته تقسیم می‌شوند:

الف) برخی نوشته‌اند: عدل و انصاف مختص امور مالی است و قرعه در امور غیر مالی کاربرد دارد (حسینی حائری، ۱۴۱۵، ص ۷۵۱).

ب) عده‌ای دیگر استناد به قرعه را در تمام موارد مشتبه می‌پذیرند و برخی روایات نیز با این نظر هماهنگ‌اند (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۳۳/ همان، حدیث ۸-۳).  
دو نمونه از آرای فقهی مبنی بر تعیین تکلیف با قرعه بدین شرح است:

۱. صاحب شرایع مسئله‌ای را به شرح زیر مطرح کرده و در کتب بعد از شرایع مدنظر فقها خصوصاً شارحان این کتاب قرار گرفته است: «هر گاه دو نفر راجع به کودکی که منشا تولد وی نامعلوم است، ادعای پدری کنند، اگر قبل از قرعه توسط یکی از آن دو کشته شود قصاص نیست چون احتمال دارد پدر واقعی همان قاتل باشد و اگر با هم به قتل اقدام کنند احتمال پدر بودن نسبت به هر یک باقی است و چه بسا استناد

به قرعه ممنوع باشد چون بی پروایی در ریختن خون است. بنابراین نظر راجح، قول اول است و اگر هر دو ادعای پدر بودن کنند و یکی از آن دو از ادعای خود برگردد و هر دو اقدام به قتل کنند، قصاص متوجه کسی است که از اقرار خود برگشته است بعد از آنکه مابه‌التفاوت بیش از جنایت خود را دریافت کرد و بر پدر لازم است نصف دیه را بدهد» (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۹۹).

ظاهراً سخن آن است که بعد از قرعه وقتی پدر بودن یکی از طرفین دعوا اثبات شد احکام آن هم که عدم جواز قصاص پدر در مقابل قتل فرزند است بر آن مترتب می‌شود و در این صورت اگر کسی که به قید قرعه پدر شناخته نشده، در صورت قتل مستحق قصاص به شمار می‌آید و احتمال پدر واقعی بودن وی مانع قصاص نیست.

مطلب زیر شاهد این مدعا است: «بعد از قتل هم قرعه جای طرح دارد پس اگر به نام قاتل بود قصاص منتفی می‌شود و اگر به نام دیگری بود قاتل قصاص می‌گردد؛ زیرا پدر بودن وی نسبت به مقتول شرعاً منتفی شده است» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۱۵۸).

به بیان دیگر، نتیجه قرعه، حکم شرعی به حساب آمده و با انتفای شرعی ابوت، قصاص قاتل بلا مانع دانسته شده است. صاحب عبارت فوق در ادامه به این پیامد برای قرعه تصریح کرده و می‌نویسد: «اگر قتل بعد از قرعه و الحاق فرزند به یکی از آن دو بود کسی که با قرعه از پدر بودن خارج شده قصاص می‌شود» (همان).

۲. در جایی که یکی از دو برادر پدر و دیگری مادر را کشته باشد هر یک به رغم قاتل بودن حق قصاص طرف مقابل را هم داراست و استیفای حق برای هر دو به‌طور همزمان ممکن نیست که راه حل را در فقه قرعه دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۱۲).

بدین ترتیب می‌توان گفت قرعه نیز از نظر برخی فقها می‌تواند از دلایل اثبات موضوع و آثار آن حتی در دعاوی کیفری به شمار آید و در مسئله شبهه در ابوت به شرحی که گذشت تفاوتی در اثر اثباتی قبل یا بعد از قتل ندارد و در هر دو مورد، مفاد قرعه حکم شرعی و موضوع واقعی برای حکم تلقی می‌شود.

ج) گروه سوم کسانی‌اند که قرعه را تنها در مواردی قابل اعمال می‌دانند که در روایات بدان توصیه شده باشد. به بیان دیگر اینان قرعه را به دلیل خلاف قاعده بودن



مختص جایی دانسته‌اند که مورد عمل باشد و معتقدند نمی‌توان آن را به هر مورد  
مشتبهی سرایت داد (ر.ک: همدانی، ۱۴۱۶، ج ۱۴، ص ۶۳۱ / نائینی، [بی‌تا]، ج ۴، ص ۶۸۰ /  
عراقی، [بی‌تا]، ج ۴، ص ۱۰۷).

### ۳-۱. نقد و بررسی

در تحلیل اقوال یاد شده می‌توان گفت گاه راه حلی جز قرعه برای تعیین تکلیف وجود  
ندارد مانند جایی که طلاق بین دو نفر مردد باشد. در این مسئله برخی قرعه را کاشف  
از واقع دانسته و تعبیر «القرعة التي هي كاشف واقعا في مثل المقام» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۲،  
ص ۲۸۸) را به کار برده‌اند و توسعه‌دادن قرعه با این استدلال در کلام فقها همراه است  
که قرعه در هر جایی که تعیین واقع ممکن نباشد کارایی دارد (همان، ص ۲۸۷).

در جایی که حقی برای کسی ایجاد نشده نیز مانند قرعه کشی برای انتخاب عده‌ای  
از داوطلبان، مانعی در عمل به مفاد قرعه نیست ولی در جایی که با قرعه احتمال تضييع  
حق وجود داشته باشد به نظر می‌رسد با امکان اجرای عدل و انصاف، نوبت به قاعده  
قرعه نمی‌رسد. برخی روایات نیز با این تحلیل هماهنگ است مانند: «امام صادق علیه السلام در  
جایی که دو نفر دو لباس (یکی به قیمت سی درهم و دیگری به ارزش بیست درهم)  
به کسی می‌سپارند و نمی‌داند که کدام یک متعلق به کیست فرمودند: هر دو فروخته  
شده و به صاحب لباس سی درهمی سه پنجم و به دیگری دو پنجم پرداخت می‌شود.  
عرض کردم اگر صاحب بیست لباس دارای ارزش بیست درهم به دیگری بگوید هر  
کدام را خواستی انتخاب کن چطور؟ فرمودند در این صورت انصاف به خرج داده  
است» (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۶، ص ۱۰۲). عمل اصحاب در مسئله امانت گذاری به مضمون  
این روایت و مشابه آن می‌تواند جابر ضعف سند آن به شمار آید (ر.ک: همان).

از این رو استناد به قرعه برای تعیین قاتل در موارد تردید هم به دلیل امکان تنصیف  
دیه بین طرفین خالی از مناقشه نیست و به جای ماده ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی  
مصوب ۱۳۷۰ مناسب‌تر تنصیف دیه است که برخی فقها هم بر آن تصریح دارند  
(تبریزی، ۱۴۲۸، ص ۳۳۲).

به نظر می‌رسد با امکان تنصیف همان‌گونه که قرعه وجهی ندارد، تخیر هم فاقد

وجه است؛ هرچند برخی قرعه را بر تخییر ترجیح داده‌اند (فیاض کابلی، [بی‌تا]، ج ۳، ص ۳۵۲).

در مورد فرد خنثی هم که علائم جنس مذکر و مؤنث را داراست و تشخیص جنسیت واقعی ناممکن است، غالب روایات از در نظرگرفتن نیمی از سهم زن و نیمی از سهم مرد در خصوص دیه و ارث وی سخن گفته‌اند (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶، ص ۲۸۳ به بعد) با این حال برخی روایات مربوط به قرعه را در اینجا هم جاری دانسته‌اند. همین بحث در مورد فرد ممسوح که فاقد علائم هر دو جنس است نیز مطرح شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۹، ص ۲۸۲ به بعد / کاشف‌الغطا، ۱۴۲۰، ص ۲۹۴ به بعد).

به نظر می‌رسد با توجه به عام‌بودن روایات قرعه و خاص‌بودن روایاتی که بر ترکیب سهم زن و مرد در مورد خنثی تصریح دارند، می‌توان گفت قرعه مربوط به جایی است که هیچ راه حلی ممکن نباشد و نقد برخی در تمسک به قرعه برای موارد یاد شده (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶، ص ۲۹۰)، نقد به جایی است.

نتیجه اینکه: به‌رغم تعیین قرعه به عنوان راه حل در مصادیق علم اجمالی در قانون مجازات سال ۱۳۷۰ و امکان تأیید آن بر اساس برخی آرای فقهی، به دلیل نامعلوم‌بودن جریان قرعه در این موارد بنا بر برخی آرا و ترجیح تنصیف دیه بر قرعه در فرض مورد بحث، چنان‌که برخی تصریح کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۳، ص ۳۸۵ / بهجت، ۱۴۲۸، ج ۴، ص ۴۷۹) استناد به قرعه قابل نقد است و عدول قانونگذار در سال ۱۳۹۲ از قرعه در موارد علم اجمالی به شرحی که خواهد آمد راجح به نظر می‌رسد.

## ۲. قسم و قسامه

راه حل دیگر برای تعیین مرتکب در موارد علم اجمالی، تعیین وی با استناد به قسم و قسامه است که این موضوع را نیز همانند قرعه، از دو ناحیه حقوقی و فقهی در ادامه پی می‌گیریم.

## ۱-۲. موضع قانونگذار

چنان‌که اشاره شد یکی از مسائل مطرح در حقوق کیفری تعیین متهم در مواردی است که از یک سو منحصر بودن وی در بین جمع معلوم و از سوی دیگر تعیین وی ناممکن است و در قانون سابق راهکاری به عنوان قرعه پیش‌بینی شده بود. قانونگذار در اصلاحات جدید راهکار دیگری را به عنوان قسم و قسامه مطرح کرده است که به اختصار می‌توان گفت در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مواردی مرتکب مردد بین چند نفر باشد به شرح زیر تعیین تکلیف شده است:

۱. در صورت تردید، قصاص به دیه تبدیل می‌شود به استناد ماده ۴۸۲ که مقرر می‌دارد: «در موارد علم اجمالی به انتساب جنایت به یکی از دو یا چند نفر و عدم امکان تعیین مرتکب، چنانچه جنایت، عمدی باشد قصاص ساقط و حکم به پرداخت دیه می‌شود».

۲. در صورتی که جنایت با اقرار ثابت شود و منشا علم اجمالی اقرار باشد، یکی از اقرارکنندگان به انتخاب مجنی علیه یا اولیای دم مسئول شناخته می‌شود. چنان‌که در ماده ۴۸۳ مقرر شده است: «هرگاه کسی اقرار به جنایت موجب دیه کند سپس شخص دیگری اقرار کند که مرتکب همان جنایت شده است و علم تفصیلی به کذب یکی از دو اقرار نباشد، مدعی مخیر است فقط از یکی از آن دو مطالبه دیه کند».

در این مقرر، از اقرار موجب دیه سخن به میان آمده و اقرار موجب قصاص مسکوت مانده است که به نظر می‌رسد با مراجعه به تبصره ماده ۴۷۷ می‌توان گفت در اقرار موجب قصاص نیز متهمان به پرداخت دیه ملزم می‌گردند. در این تبصره آمده است: «هرگاه منشأ علم اجمالی، اقرار متهمان باشد، حسب مورد اولیای دم یا مجنی علیه مخیرند برای دریافت دیه به هر یک از متهمان مراجعه کنند و در این امر تفاوتی بین جنایت عمدی و غیرعمدی و قتل و غیر قتل نیست».

از آنجا که در اقرار که به نوعی با قاعده اقدام علیه خود هم هماهنگی دارد از تبدیل قصاص به دیه سخن به میان آمده است، در تعارض سایر ادله، تبدیل قصاص به دیه به طریق اولی ممکن خواهد بود و ماده ۴۸۲ نیز به شرحی که گذشت بر همین اساس تنظیم شده است. با این حال در مواد فوق تنها در تعارض اقرارها با ارجاع مسئله به

مدعی تعیین تکلیف شده است و این سؤال باقی است که در موارد علم اجمالی برخاسته از سایر ادله، مسئولیت چگونه قابل تقسیم است؛ با قرعه، به تساوی یا بر مبنای قسم؟

راهکاری که در ماده ۴۷۷ پیش‌بینی شده چنین است:

الف) ابتدا بررسی می‌شود که مورد علم اجمالی از مصادیق لوث است یا خیر و اگر از مصادیق لوث باشد با قسامه دعوا خاتمه می‌یابد.

ب) در صورتی که از مصادیق لوث نباشد، باید بین قتل و غیر قتل تفاوت نهاد. در خصوص قتل اگر یک یا چند نفر حاضر به قسم نشدند، همان‌ها دیه را به تساوی پرداخت می‌کنند و اگر همه بر تبرئه خود قسم یاد کردند، بیت‌المال عهده‌دار پرداخت دیه می‌گردد.

ج) در غیر قتل، اگر یک نفر یا تعدادی قسم نخورند همانند فرض قبل به تساوی عهده‌دار پرداخت دیه می‌شوند ولی اگر همگی بر تبرئه خود قسم خوردند یا هیچ کدام قسم یاد نکردند، دیه به تساوی از آنان دریافت می‌شود و به عبارت دیگر، قسم خوردن همگی بر بی‌گناهی خود در غیر قتل، تأثیری بر مسئولیت ندارد.

متن ماده یاد شده که فروض فوق را مد نظر قرار داده چنین است:

«در موارد علم اجمالی به ارتکاب جنایت، توسط یک نفر از دو یا چند نفر معین، در صورت وجود لوث بر برخی از اطراف علم اجمالی، طبق مواد قسامه در این باب عمل می‌شود و در صورت عدم وجود لوث، صاحب حق می‌تواند از متهمان مطالبه سوگند کند که اگر همگی سوگند یاد کنند در خصوص قتل دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود و در غیر قتل، دیه به نسبت مساوی از متهمان دریافت می‌شود.»

علاوه بر موارد یاد شده، از مقرر فوق نکات زیر نیز به دست می‌آید:

۱. در موارد علم اجمالی تنها در صورتی دعوا قابل طرح و بررسی است که در دو یا چند نفر محصور باشد و موارد علم اجمالی غیر محصور مشمول ماده نیست.
۲. با وجود علم اجمالی دو صورت قابل تصور است: وجود لوث نسبت به فرد یا افراد خاص از اطراف علم اجمالی و یکسان بودن همه اطراف علم اجمالی. نظیر آنکه یکی از دو شاهد، فرد خاصی از افراد علم اجمالی را قاتل معرفی کند. در اینجا فرد یاد

شده مصداق لوث است و با جریان قسامه نسبت به وی دعوا خاتمه می‌یابد.

۳. در صورتی که ظن نسبت به همه یکسان باشد، لوث محقق نشده و متهمان می‌توانند با قسم خوردن بر بی‌گناهی خود از اتهام قتل تبرئه شوند.
  ۴. در اتهام به غیر قتل حتی اگر همگی بر بی‌گناهی خود قسم یاد کنند، دیه از عهده آنان برداشته نمی‌شود و فایده قسم‌دادن تنها در جایی است که تعداد خاصی بر تبرئه خود قسم بخورند که در این صورت دیه تنها بر کسانی تحمیل می‌شود که از قسم خوردن امتناع کنند.
  ۵. در صورتی که منشا علم اجمالی اقرار باشد، به حسب مورد با انتخاب ولی دم یا مجنی‌علیه از اقرار کننده دیه دریافت می‌گردد و حتی اگر این افراد به قتل عمد هم اقرار کرده باشند، به دلیل نامشخص بودن قاتل، قصاص به دیه تبدیل می‌شود.
  ۶. از آنجا که در قسامه ابتدا باید مدعی، بر صحت دعوی خود قسامه اقامه کند (مواد ۳۱۳، ۳۱۷ و ۳۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) و اقامه قسامه منوط به علم و اطمینان است، در اینجا در صورتی که مدعی فرد خاصی از یک جمع را به عنوان قاتل یا جانی معرفی نکند، به دلیل عدم اطمینان، قسم از ابتدا متوجه فرد مورد لوث است که در صورت مطالبه شاکی اگر بر تبرئه خود قسامه اقامه کند رهایی می‌یابد و در غیر این صورت به دیه محکوم می‌شود.
- با وجود شمول ماده یاد شده بر ابعاد مختلف مسئله به شرح فوق، این ماده از جهات زیر مبهم یا دست کم در مرحله اجرا با مشکل مواجه است:
۱. در مقرر فوق در صورت تحقق لوث نسبت به برخی افراد علم اجمالی، اقامه قسامه راه حل نهایی برای پایان‌دادن به دعوا در نظر گرفته شده است که اگر مدعی، اقامه قسامه کرده یا قسامه را به متهم برگردانده و وی از اقامه قسامه خودداری کند، با پرداخت دیه توسط متهم دعوا خاتمه می‌یابد ولی چنانچه وی بر تبرئه خود اقامه قسامه کند، در اینکه بقیه افراد همچنان مظنون به حساب آمده و باید بر بی‌گناهی خود قسم یاد کنند یا خیر، ماده مذکور مبهم است و عبارت «در صورت وجود لوث بر برخی از اطراف علم اجمالی، طبق مواد قسامه در این باب عمل می‌شود» ظهور در آن دارد که به جز فرد مورد لوث، بقیه طرف دعوا قرار نمی‌گیرند تا ملزم به قسم شوند.

تا جایی که می‌توان گفت با تبرئه یکی از افراد، علم اجمالی نیز منتفی می‌گردد و احتمال اینکه فرد تبرئه شده مجرم اصلی باشد منتفی نیست. در این صورت همین که یک نفر بر تبرئه خود قسم یاد کرد یا به دلیل امتناع از اقامه قسامه ملزم به پرداخت دیه شد، بقیه بی آنکه دلیلی بر بی‌گناهی خود ارائه دهند، تبرئه می‌گردند!

۲. ابهام دیگر اینکه با تحقق لوث آیا مدعی می‌تواند از ادعای سابق خود مبنی بر نداشتن علم عدول کرده و فرد مورد لوث را قاتل معرفی کند و با قسامه، خواهان قصاص وی شود؟ به نظر می‌رسد از آنجا که ممکن است مدعی در جریان دادرسی علم تفصیلی پیدا کند، برگشت از عدم علم سابق منتفی نیست ولی آیا باید برای نحوه علم خود دلیل ارائه کند یا ادعای داشتن علم کافی است؟ از آنجا که اگر از اول هم ادعای علم می‌کرد لازم نبود قراین و شواهد علم خود را ارائه دهد، در اینجا هم نیازی به مطالبه دلایل عدول از علم اجمالی به تفصیلی نیست که همین امر خود می‌تواند موجبات سوء استفاده از ماده یاد شده را به دنبال آورد.

۳. قانونگذار حتی در فرض اقرار به قتل عمد، از انتفای قصاص و تبدیل آن به دیه سخن گفته است و معلوم نیست وقتی فردی به قتل عمد اقرار می‌کند، دریافت دیه به جای قصاص بر چه اساسی است؟ ممکن است علت آن را تقدم قاعده درء بر اقرار بدانیم که اولاً، خلاف نظر مشهور فقهی است و ثانیاً، مقرر را به امری ملزم می‌کنیم که خلاف اقرار اوست و اگر تقدم قاعده درء را به دلیل شبهه در قصاص بپذیریم، برای مقرر که اقرار به قتل عمل می‌کند چنین شبهه‌ای نیست و الزام وی بر خلاف آنچه بدان اقرار کرده و بدان اطمینان دارد، خلاف مجازاتی است که در شرع و قانون برای وی در نظر گرفته شده است. این در حالی است که در قانون سابق بر امکان قصاص در اقرار به قتل عمد تصریح شده بود و ماده ۲۳۵ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مقرر می‌کرد: «اگر کسی به قتل عمدی شخصی اقرار نماید و دیگری به قتل عمدی یا خطایی همان مقتول اقرار کند، ولی دم در مراجعه به هر یک از این دو نفر منخیر است که برابر اقرارش عمل نماید و نمی‌تواند مجازات هر دو را مطالبه کند». اگر بگوییم شبهه مانع قصاص است این امکان فراهم می‌شود که افراد برای فرار از قصاص با تبانی قبلی به قتل اقرار کنند و در نهایت پس از محکوم شدن به پرداخت دیه، طبق توافق قبلی آن را

بر قاتل واقعی که به دلیل اقرارهای متعدد بر دادگاه مخفی مانده است، تحمیل کنند. البته فرض مسئله جایی است که تحقیق از صحت اقرار ممکن نیست و در صورت امکان کشف اقرار درست از نادرست، این مسئله فرض پیدا نمی‌کند و در اینجا هم به دلیل آنکه اقرار دوگانه موجبات رفع قصاص را فراهم می‌آورد، داعی بر چنین اقرارهایی بسیار است و نمی‌توان گفت اقرار نادرست به قتل موجب قصاص، عملاً ناممکن یا نادر است.

علاوه بر ابهام‌های فوق و نکاتی که در تدوین ماده مذکور مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است، سؤال قابل طرح دیگر اینکه قانونگذار بر چه مبنای فقهی از نظر سابق خود مبنی بر تعیین متهم توسط قرعه، به راه حل‌های دیگر عدول کرده است و اساساً کدامیک از مبانی مورد پذیرش قانونگذار در قانون سابق و جدید، با مبانی فقهی سازگاری بیشتری دارد؟

پاسخ این سؤال و راهکار رفع ابهام‌های یاد شده بررسی فقهی مسئله است که در ادامه آن را پی می‌گیریم.

## ۲-۲. آرای فقهی

چنان‌که اشاره شد شناسایی نشدن قاتل فروض مختلفی دارد که بر فرض انحصار قاتل یا قاتلان در جمع خاص، جای بحث دارد. نیز در فروض یاد شده ممکن است قرآینی بر تعیین قاتل یا قاتلان وجود داشته باشد که فرض لوث مطرح می‌شود. این فروض را در ادامه بررسی می‌کنیم:

الف) تعداد قاتلان مشخص نیست ولی مدعی می‌داند که در میان جمع خاصی قرار دارند. در این صورت برخی معتقدند قصاص و دیه ساقط است و طرفین به مصالحه ملزم می‌گردند. چنان‌که محقق حلی می‌نویسند: «اگر ادعا کند که مقتول توسط جماعتی که تعداد آنان مشخص نیست به قتل رسیده است، ادعای وی پذیرفته می‌شود ولی به قصاص یا دیه حکم نمی‌شود چون سهم فرد مورد ادعا از جنایت نامشخص است بلکه برای جلوگیری از پایمال شدن خون به صلح حکم داده می‌شود» (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴،

ص ۲۰۲)\*.

علامه حلی نیز مشابه همین عبارت را به کار برده است (حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۶۱۱ / همو، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۱۳) و برخی در شرح مطالب وی آورده‌اند: «هر گاه کسی ادعا کند که مورث وی که او ولی دمش است، توسط گروهی کشته شده است که آنان را نمی‌شناسد و تعدادشان نامعلوم است، دعوای وی پذیرفته می‌شود؛ چه ادعای قتل عمد کند، چه قتل خطایی و چه شبه عمد. در این صورت چنانچه ادعای خود را... ثابت کند، ملزم به صلح می‌گردند؛ زیرا قصاص ممکن نیست و علت آن هم روشن است؛ زیرا وجود شبهه مانع قصاص می‌گردد نیز نمی‌توان به دیه حکم کرد؛ زیرا شرکای قتل شناخته شده نیستند تا بتوان به حسب کسانی که مورد ادعا هستند سهم هر یک را از دیه مشخص کرد با این حال مسئله جای تأمل دارد» (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۴، ص ۱۵۴).

به نظر می‌رسد این دیدگاه که قصاص را ساقط و مصالحه اجباری بر پرداخت دیه را مطرح می‌سازد با این اشکال مواجه است که: اولاً از آنجا که اصل در قتل عمد، قصاص است و تبدیل آن به دیه بنا بر رأی مشهور نیاز به توافق با جانی دارد، تبدیل قصاص به دیه دلیلی ندارد جز اینکه نامعلوم بودن قاتل مانع قصاص است ولی اگر چنان که برخی تصریح کرده‌اند (تبریزی، ۱۴۲۶، ص ۱۷۴) فرض مسئله را جایی بدانیم که یکی از قاتلان معلوم و شرکای وی نامعلوم باشد، انتفای قصاص از شخص معلوم، قابل قبول نخواهد بود. در اینجا لزوم پرداخت فاضل دیه قبل از قصاص نیز مانع به شمار نمی‌رود؛ زیرا ولی دم تنها یک نفر را قصاص می‌کند و در نهایت سایر شرکا باید سهم دیه وی را بپردازند نه خود ولی دم تا الزام به پرداخت دیه مانع اعمال حق قصاص ولی دم به شمار آید (برای مطالعه بیشتر ر.ک: همان، ص ۱۷۵) ثانیاً از آنجاکه صلح نیازمند توافق طرفین است، اجبار به توافق و صلح هم خالی از اشکال نیست

\* برخی عبارت مذکور را ناظر به جایی دانسته‌اند که یکی از قاتلان معلوم ولی شرکای وی نامعلوم است و دو فرض برای آن در نظر گرفته‌اند: فرض ادعای قتل عمد و فرض ادعای قتل خطایی، آن گاه به نقد و بررسی آن پرداخته‌اند (ر.ک: تبریزی، ۱۴۲۶، ص ۱۷۴ به بعد) که به نظر می‌رسد عبارت، به فرض نامعلوم بودن قاتل و انحصار آن در بین جمع خاص ناظر است و معین بودن یکی و نامعلوم بودن شرکا را در نظر ندارد.



(چرا که توافق امری اختیاری است و الزام به صلح امری اجباری).\*

از این رو دو راه حل باقی می‌ماند: ۱. اجبار به پرداخت دیه به تساوی؛ ۲. اجازه دادن به متهمان که برای تبرئه خود قسم یاد کنند و اگر کسانی از قسم خوردن ممانعت کردند، ملزم به پرداخت دیه شوند.

اشکال راه حل اول آنکه کسانی ملزم به پرداخت دیه می‌شوند که به یقین جنایتی مرتکب نشده‌اند. شاید همین امر موجب شده است که فقها به جای الزام به پرداخت دیه، الزام به صلح را مطرح کنند و برای فرضی که اطراف دعوا به مصالحه نرسند، راه حلی مطرح نکرده‌اند. در راه حل دوم هم در جایی که همه بر قاتل نبودن قسم یاد کنند، راهی برای الزام به پرداخت دیه باقی نمی‌ماند و اتفاقاً این راه حل موجبات سوء استفاده را برای افراد فراهم می‌آورد.

به نظر می‌رسد برای جلوگیری از سوء استفاده به شرح فوق از یک سو و با عنایت به کلام فقها که از تحمیل دیه بر جمع سخن گفته‌اند و انتفای دیه با قسم را مطرح نکرده‌اند می‌توان گفت در صورتی که افراد حاضر به مصالحه نشوند، الزام به پرداخت دیه به تساوی راه حل منطقی است. امکان پرداخت دیه از سوی افراد بی‌گناه هم بدین صورت قابل توجیه است که از یک سو خون مسلمان نباید هدر رود و از سوی دیگر تبرئه آنان و تحمیل هزینه بر بیت‌المال، در واقع تحمیل هزینه بر کل افراد جامعه است. در نتیجه در تحمیل هزینه بر همه افراد جامعه یا تعدادی بی‌گناه که دست کم متهم هستند، تحمیل دیه بر متهمان ترجیح دارد و البته پیشنهاد و تقاضای صلح هم نهایت احتیاط در مسئله است تا اگر به نتیجه نرسید از این راه حل یعنی الزام به پرداخت دیه از سوی همه متهمان بهره ببریم.

ب) فرض دیگر آن است که تعداد قاتلین مشخص است ولی تعیین آن از بین عده‌ای خاص ممکن نیست. در این صورت برخی از قسم متهمان برای تبرئه خود

\* تشبیه مسئله به مصالحه در پراخت خمس هم به نظر تشبیه نادرستی است؛ زیرا در پرداخت خمس اولاً از حقوق الله است و امکان تسامح در آن وجود دارد ثانیاً در آنجا مصالحه بین خمس دهنده و ذی نفع صورت می‌گیرد حال آنکه در فرض مسئله ولی دم خواهان کل دیه است و فقط دهندگان دیه ملزم به صلح می‌گردند که طبعاً هیچ کدام انگیزه و تمایلی هم به پرداخت بیش از سهم خود ندارند و در نهایت به رغم رضایت باطنی مجبور می‌شوند پرداخت دیه به صورت مساوی را بپذیرند که در این صورت عملاً مصالحه معنا پیدا نمی‌کند.

سخن گفته‌اند (حلی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۲۵۰) و برخی دیگر، الزام به پرداخت دیه به تساوی را مطرح کرده‌اند و گروه سوم، همانند فرض قبل الزام به صلح را مطرح ساخته‌اند.

یک از فقها می‌نویسد: اگر قاتل منحصر در یکی از پنج نفر باشد و نتوان وی را مشخص کرد، هر یک از متهمان یک پنجم دیه را پرداخت می‌کند و علت آن اصل برائت از پرداخت بیش از یک پنجم از طرف هر یک است. صاحب نظر فوق، پس از تشریح مطلب یاد شده در پایان می‌نویسد: با این حال صلح به احتیاط نزدیک‌تر است ولی بر رعایت قاعده عدل و انصاف دلیلی نداریم (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰، ص ۱۱۴).

به نظر می‌رسد صاحب عبارت یاد شده، علت عدم قصاص در عبارت شرائع را همانند دیه، عدم امکان تعیین سهم متهمان دانسته و بر همین اساس به نقد عبارت شرائع روی آورده است حال آنکه چنان‌که دیگران هم تصریح کرده‌اند و عبارات آنان گذشت، علت عدم قصاص به دلیل شبهه در تعیین مرتکب است نه عدم امکان تعیین سهم هر یک از متهمان.

نیز در استفتا از برخی فقهای معاصر از تنصیف دیه به صلح تعبیر شده که سؤال و پاسخ مذکور به شرح ذیل است: «س: اگر دو نفر به قتل متهم باشند و هر کدام ادعا کند که دیگری کشته است و علم اجمالی بر وقوع قتل یکی از آن دو نفر باشد و حجت شرعی بر قاتل بودن یکی اقامه نشود و نوبت به دیه برسد، مبلغ دیه چگونه اخذ می‌گردد؟ با قرعه و یا بالتنصیف؟ ج: تنصیف صلح است و آن هم علی‌الحال جایز است و قرعه رفع اشکال است و صلح بر تقدیر اشکال است و حاکم شرع ممکن است یا امر به صلح نماید و یا خود صلح نماید و قرعه در همه جا مأمور نیست و احتیاط آن است که امر به قرعه نشود» (بهجت، ۱۴۲۸، ج ۴، ص ۴۷۹).

به نظر می‌رسد مراد از عبارت «خود صلح نماید»، آن است که حاکم آنان را به پرداخت دیه به تساوی ملزم سازد نه اینکه به حسب سلیقه و نظر خود برای هر یک از متهمان سهمی از دیه را هر چند متفاوت تعیین کند؛ زیرا در پرداخت دیه در موارد شبه عمد به توان افراد توجهی نمی‌شود؛ بر خلاف تحمیل دیه بر عاقله در خطای محض که تمکن افراد در پرداخت دیه موثر است.

ج) فرض سوم آن است که تعداد مشخص و قاتل یا قاتلین در بین عده‌ای محصورند با این حال قراین ظن‌آور بر تعیین آنان وجود دارد. مثلاً یک شاهد، فرد خاص یا چند نفر از آن جمع را به عنوان قاتل معرفی می‌کند که از یک سو به دلیل یک شاهد بودن حکم بینة را ندارد از طرف دیگر تعیین قاتل یا قاتلین گمان به قاتل بودن آنان را تقویت می‌کند که در اینجا فقها آن را از مصادیق لوث بر شمرده‌اند.

چنان‌که علامه حلی پس از طرح فرض قبل مبنی بر امکان قسم افراد متهم که در جمع خاصی محصورند، فرض تعیین برخی متهمان را از سوی وارث طرح کرده و آن را از مصادیق لوث می‌داند و می‌نویسد: «در صورتی که وارث یکی از متهمان را به عنوان قاتل مشخص کند و برای اثبات لوث بینة بیاورد، از وی پذیرفته می‌شود» (حلی، همان).

۱۰۴

در این عبارت فرض آن است که بینة فرد خاصی را تعیین نکرده است و گرنه با تعیین بینة دعوا خاتمه می‌یابد. بلکه وارث نسبت به یکی ادعای قاتل بودن می‌کند ولی بینة آن را در بین جمعی منحصر می‌داند یا حداکثر یکی از شاهدان طبق مدعای اولیای دم شهادت می‌دهد که به دلیل تحقق ظن از مصادیق لوث به شمار می‌آید.

در این صورت اگر مدعی به ادعای خود اطمینان داشته باشد، طبق آن قسامه اقامه می‌کند و بسته به نوع قتل مورد ادعا، قتل عمد یا غیر عمد طبق قسامه ثابت می‌گردد (برای مطالعه بیشتر ر.ک: فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۴۲۵-۴۷۰ / مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۵۳۴-۵۳۵).

نکته قابل ذکر دیگر در اینجا اینکه اگر مدعی بعد از تعیین قاتل از نظر خود برگشته و دیگران را هم در قتل شریک بدانند، به دلیل آنکه ادعای دوم موجب نفی ادعای اول و تکذیب آن است، به طور کلی دعوای وی قابل پذیرش نخواهد بود (ر.ک: حلی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۲۵۰). چنان‌که در ضمن شرایط دعوای قابل قبول آورده‌اند: «لازم است تناقض در دعوا پیش نیاید. بنا بر این اگر ادعا کند که کسی به تنهایی مرتکب قتل شده است آن گاه دیگری را به عنوان شریک معرفی کند، دعوای دوم وی پذیرفته نمی‌شود؛ زیرا دعوای اولی تکذیب آن را در پی دارد و تفاوتی هم ندارد که نسبت به متهم اول ادعای شراکت کند یا وی را بریء معرفی کند» (حلی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۲۵۰).

به نظر می‌رسد عبارت فوق مانع از آن نیست که بعد از ادعای منحصر بودن قاتل در بین جمع خاص، از آن برگشته و به دلیل قراینی فرد خاصی را به عنوان قاتل معرفی کند. بنابراین اگر بعد از اقامه بینه و تعیین قاتل توسط یکی از دو شاهد، مدعی نیز همان را به عنوان قاتل معرفی کرد، این تغییر عقیده به معنای ادعای متناقض نیست تا پذیرفته نشود. بلکه به شرحی که گذشت می‌تواند از مصادیق لوث تلقی گردد.

عبارت فقهی زیر نیز در همین راستا قابل ارزیابی است: «اگر مدعی در جایی که شخصی توسط جماعتی به قتل رسیده است که تعداد آنها را نمی‌داند، بینه اقامه کند از او پذیرفته می‌شود البته نه به این عنوان که نسبت به افراد مورد ادعا یا یکی از آنها به‌طور خاص حقی پیدا کند، بلکه به عنوان تحقق لوث و آن در جایی است که بعد از اقامه بینه یکی از افراد مورد شهود را که توسط شهود تعیین نشده است به عنوان قاتل تعیین کند. در این صورت با قسم حق وی اثبات می‌گردد» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۱۷۰).

با توجه به مطالب پیش‌گفته می‌توان گفت در جایی که قاتل منحصر بین چند نفر باشد، چنانچه لوث محقق شده و شرایط به گونه‌ای باشد که مدعی بتواند اقامه قسامه کند، احکام قسامه جاری است یعنی اگر خود اقامه قسامه کند طبق آن عمل می‌شود و حتی امکان قصاص بعد از اقامه قسامه منتفی نیست که این فرض در قانون مجازات سال ۱۳۹۲ مغفول مانده و دلالت متن ماده بر امکان قصاص نامعلوم است و ظاهر ماده از سقوط قصاص حکایت دارد.

ولی چنانچه لوث برای قاضی ثابت شود و ولی دم از اطمینان کافی برای اقامه قسامه برخوردار نباشد، راه حل ارجاع قسم به فرد مورد لوث است که در این صورت اگر از اقامه قسامه خودداری کرد ضامن شناخته می‌شود؛ ولی اگر اقامه قسامه کرد، خود تبرئه شده ولی دلیلی بر دست برداشتن از دیگر مظنون‌ها نداریم و برای جلوگیری از تضییع حقوق مدعی، می‌توان از راهکار قسم‌دادن سایر متهمان هم بهره گرفت و به نظر می‌رسد از آنجا که علم اجمالی به وقوع قتل توسط آن جماعت داریم، با فرض نشأت گرفتن علم اجمالی از اقرار تفاوتی ندارد و همانند آن چه در تبصره ماده ۴۷۷ آمده است می‌توان مسئولیت را به جای بیت‌المال متوجه متهمین کرد با این تفاوت که

در اقرار هر یک را به تنهایی می‌توان مسئول دانست ولی در غیر اقرار چون متهمان در قبول مسئولیت هیچ اقدامی انجام نداده‌اند مسئولیت متوجه همه آنان خواهد بود. نیز از آنجا که قرعه و صلح با اشکال مواجه‌اند، از بین راه‌کارهای ارائه شده، توسل به تنصیف دیه مناسب به نظر می‌رسد.

## نتیجه

در جایی که تعیین متهم از بین دو یا چند نفر مشخص ممکن نباشد:

۱. راه حل قرعه به‌رغم آنکه در برخی آرای فقهی مطرح شده و در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ نیز در برخی مصادیق پذیرفته شده بود، به دلیل نامعلوم بودن جریان قرعه در این موارد بنا بر برخی آرا و ترجیح تنصیف دیه بر قرعه در فرض مورد بحث، قابل نقد است و عدول قانونگذار در سال ۱۳۹۲ از قرعه در موارد علم اجمالی راجح به نظر می‌رسد. بر این اساس تحمیل مجازاتی فراتر از مسئولیت مالی هم به‌رغم آنکه در برخی آرای حقوقی و فقهی مطرح شده، به استناد اصل برائت در حقوق کیفری فاقد وجاهت حقوقی برآورد می‌شود.

۲. راهکار الزام به مصالحه به‌رغم آنکه قائلان فقهی متعدد دارد، در صورت نپذیرفتن طرفین دعوا و حاصل نشدن توافق، به ناچار به الزام به تنصیف دیه می‌انجامد. علاوه بر این اصل نظریه الزام به مصالحه هم با توجه به ماهیت مصالحه که رضایت طرفینی است، با منطق آمرانه بودن قوانین کیفری، هماهنگی ندارد و نمی‌توان به بهانه سکوت قانون از این راهکار به صورت آمرانه در حل و فصل دعاوی ای که مرتکب از بین جمع خاص قابل تعیین نیست، بهره گرفت.

از این رو با توجه به نتایج سه گانه فوق می‌توان گفت:

استناد به قرعه در تحمیل کیفر، قابل قبول نیست؛ تنها در فرض تحقق لوث می‌توان از قسامه بهره گرفت؛ در سایر موارد به لحاظ تحمیل دیه و جبران خسارت، در صورتی که طرفین مصالحه کنند، می‌توان طبق توافق عمل کرد ولی در صورت استنکاف از مصالحه، تقسیم مسئولیت مالی بین طرفین بر پرداخت دیه از بیت‌المال ترجیح دارد. با وجود این به جز مسئولیت مالی، تحمیل هر مجازات دیگری بر اطراف دعوا در موارد

علم اجمالی فاقد توجیہ حقوقی خواهد بود.

## منابع

۱. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور؛ السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى؛ ج ۳، چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد؛ مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان؛ ج ۱، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ق.
۳. بهجت، محمد تقی، استفتاءات، ج ۴، چ ۱، قم: دفتر حضرت آیت الله بهجت، ۱۴۲۸ق.
۴. تبریزی، جواد بن علی، تنقیح مبانی الأحكام - کتاب القصاص؛ چ ۲، قم: دارالصدیقة الشهيدة سلام الله عليها، ۱۴۲۶ق.
۵. —؛ تنقیح مبانی الأحكام - کتاب الديات؛ چ ۱، قم: دارالصدیقة - الشهيدة سلام الله عليها، ۱۴۲۸ق.
۶. حر عاملی، محمد بن حسن؛ وسائل الشیعة؛ قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چ ۱، ۱۴۰۹ق.
۷. حسینی حائری، سید کاظم؛ القضاء فی الفقه الإسلامی؛ چ ۱، قم: مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۱۵ق.
۸. حلی (محقق)، جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام؛ ج ۴، چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۹. —؛ نکت النهایه؛ ج ۳، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۲ق.
۱۰. حلی (علامه)، حسن بن یوسف؛ إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان؛ ج ۲، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق.

۱۱. —؛ تحریر الأحكام الشرعیه علی مذهب الإمامیه؛ ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ق.
۱۲. —؛ قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام؛ ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق.
۱۳. شکری، رضا و قادر سیروس؛ قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی؛ ویرایش دوم، تهران: مهاجر، ۱۳۸۵.
۱۴. طوسی، محمدبن حسن؛ الاستبصار فیما اختلف من الأخبار؛ ج ۴، چ ۱، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۹۰ق.
۱۵. —؛ تهذیب الأحكام؛ ج ۶، چ ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ق.
۱۶. —؛ المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۷، چ ۳، تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق.
۱۷. طیرانیان، علیرضا؛ «مطالبه ضرر و زیان از متهمین شرکت در منازعه»؛ کانون وکلا، ش ۱۰۱، ۱۳۴۵.
۱۸. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ ج ۱۵، چ ۱، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۱۹. عراقی، آقا ضیاء الدین؛ القواعد الفقهیة (نهاية الأفكار)؛ چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، [بی تا].
۲۰. فاضل لنکرانی، محمد؛ جامع المسائل؛ چ ۱، قم: انتشارات امیر قلم، ۱۴۲۵ق.
۲۱. فیاض کابلی، محمد اسحاق؛ منهاج الصالحین؛ ج ۳، [بی جا]، [بی نا]، [بی تا].
۲۲. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر؛ شرح الشيخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر؛ [بی جا]: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۰ق.
۲۳. گلدوزیان، ایرج؛ ادله اثبات دعوا؛ تهران: نشر میزان، بهار ۱۳۸۲.
۲۴. مؤذن زادگان، حسنعلی؛ «بررسی جرم صدمات بدنی در اثنای منازعه»؛ مجله پژوهش حقوق و سیاست، ش ۱، ۱۳۷۸.
۲۵. مجلسی، محمدتقی؛ روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه؛ ج ۶، چ ۲، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور، ۱۴۰۶ق.



۲۶. مدنی کاشانی، آقا رضا؛ کتاب القصاص للفقهاء و الخواص؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق.
۲۷. مفید (شیخ مفید)، محمد بن محمد؛ المقنعه؛ ج ۱، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ق.
۲۸. مکارم شیرازی، ناصر؛ استفتانات جدید؛ ج ۲ و ۳، ج ۲، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ق.
۲۹. میر محمد صادقی، حسین؛ جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی؛ ج ۷، تهران: میزان، زمستان ۱۳۷۵.
۳۰. نائینی، میرزا محمد حسین؛ القواعد الفقهیه (فوائد الأصول)؛ [بی جا]، [بی نا]، [بی تا].
۳۱. نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۳۲ و ۳۹، ج ۷، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۳۲. همدانی، رضابن محمد هادی؛ مصباح الفقیه؛ ج ۱۴، ج ۱، قم: مؤسسه الجعفریه لإحیاء التراث و مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۶ق.
۳۳. یزدی، محمد؛ مسائل فقهی جدید؛ ج ۱، قم: نصاب، ۱۳۸۰.
۳۴. یزدیان جعفری، جعفر؛ «معلوم نبودن مرتکب صدمات در منازعه و چگونگی جبران خسارت از زیان دیده»؛ مجله فقه و حقوق، ش ۸، ۱۳۸۵.