

بسم الله الرحمن الرحيم

قواعد فقه جزائی

دانشکده حقوق

دکتر مصطفی پیرعلی

عضو هیئت علمی دانشگاه

jozve ban ir

## مقدمه

دین مبین اسلام مجموعه بزرگی از نظام های ارزشی است که قضاوت و دادرسی در آن نقش عمده و برجسته ای دارد. نگاهی به سیره و روش حضرت پیامبر اعظم (ص) و اهل بیت عصمت و طهارت علیهم السلام نشان می دهد که در دیدگاه آنان اموری نظیر نظام، فرماندهی لشکر، مملکت داری وغیره هرگز ارج و ارزشی همدوش اهتمام به دادرسی و رسیدگی به تظلمات نداشته است، به همین جهت در صدر اسلام شخص حضرت رسول اکرم (ص) کفالت امر قضا را برعهده داشتند. جامعه ساده و محدود اسلام بعد از رحلت پیامبر (ص)، گسترش یافت و با پیروزی حکومت اسلامی بر امپراطوری های بزرگ و گسترش حکومت اسلامی لزوم منصب قضا برای کشورها و ولایات مفتوحه بیش از پیش احساس شد.

همانگونه که گفته شد، اهمیت و حساسیت منصب قضا به حدی بود که شخص رسول اکرم (ص) و بعدها جانشینانش در آن مباشرت می کردند و بعد از پیدایش ضرورت نصب قضات نیز علی الاصول متقی ترین و با فرهیخته ترین فقها و دانشمندان برای تصدی این مهم در نظر گرفته می شدند. حساسیت شغل قضا از اینجا ناشی می شد که آنها می بایست حدود الهی را جاری کنند که لازمه اش فهم و درک مقررات و موازین شرعی و قدرت تطبیق فروع بر اصول است. بنابراین در این سطور کوتاه ضمن آرزوی توفیق روزافزون برای قضات معزز، وکلای محترم، ضابطان خدوم دادگستری و دانشجویان و محققان ارجمند حقوق به مباحث «قواعد فقه جزائی» خواهیم پرداخت، که در امر رسیدگی های قضایی کاربردهای فراوانی دارد و در حد مجال کلاس های درسی دانشکده حقوق تهیه شده است. لذا از پژوهشگران ارجمند فقهی و حقوقی تقاضا می شود برای مطالعه بیشتر به کتاب استاد ارجمند و دانشمند گرانمایه ام حضرت آیت الله دکتر سید مصطفی محقق داماد که با عنوان قواعد فقه جزائی و توسط انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی منتشر گردیده است مراجعه فرمایند.

سربلند و منصور باشید

دکتر مصطفی پیرعلی

97-10-23

## 1- قاعده قبح عقاب بلا بیان: ( اصل قانونی بودن جرم و مجازات )

این قاعده اجمالا می گوید؛ مجازات بدون بیان حکم قبیح است، " لاجرمه و لا عقوبه بلانص " و " لا تکلیف الا بعد البیان " یعنی: هیچ تکلیفی نیست مگر بعد از بیان آن.

به موجب این تعبیر هیچ فعل یا ترک فعلی حرام نیست؛ مگر آنکه دلیل شرعی وجود داشته باشد. در ماده قانون مجازات اسلامی هم آمده است: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می شود.»

### مستندات قاعده:

#### سیر تاریخی:

در تاریخ فقه شیعه، از زمانی که عقل به عنوان یکی از منابع فقهی به حساب آمده، یعنی از زمان ابوعلی بن جنید ( د. 381 ه ق) قاعده قبح عقاب بلا بیان در راس اصول عقلی قرار گرفته است. البته نه به تعبیر واحد بلکه به تعبیر گوناگون و مشابه. بررسی انجام شده نشان می دهد که اصل اباحه، در مقابل اصل حظر (حرمت، منع) که مورد اعتقاد برخی از علمای عامه (اهل سنت) بوده، قبل از پیدایش قاعده قبح عقاب بلا بیان، در گفته فقیهان پیشین وجود داشته است.

نکته: قاعده قبح عقاب بلا بیان هم عقلی است و هم نقلی. یعنی این که:

الف- عقلی: این قاعده زیر بنای قوانین کیفری و حقوقی است. همه سیستم ها و مکاتب حقوقی آن را قبول دارند و بنابراین قاعده " قبح عقاب بلا بیان " یک اصل عقلانی است.

ب- نقلی: که به سه دسته تقسیم می شود:

1\_ سوره اسراء آیه 15: ما کنا معذبین حتی نبعث رسولا. " که این آیه بیانگر آن است که خداوند هیچ کس را بر معاصی و گناهانش مجازات نخواهد کرد، مگر آنکه با حجت ها و دلایل و ارسال پیامبران وی را آگاه ساخته باشد. ( وظیفه رسول ابلاغ است )

2- حدیث : مشهورترین حدیث ، حدیث « رفع » از پیامبر (ص) است که می فرمایند: رُفِعَ عَنِ امَّتِي تِسْعَةٌ: الْخَطَأُ، وَالنَّسْيَانُ، وَمَا اَكْرَهُوا عَلَيْهِ، وَمَا لَا يَعْلَمُونَ، وَمَا لَا يَطِيقُونَ، وَمَا اضْطُرُّوا اِلَيْهِ، وَالْحَسَدُ، وَالطَّيْرَةُ، وَالتَّفَكُّرُ فِي الْوَسْوَسَةِ فِي الْخَلْقِ مَا لَمْ يَنْطِقْ بِشَفَاةٍ.

مسئولیت نه چیز، از امت من برداشته شده است: خطا، فراموشی، آنچه بدان مجبور شوند، آنچه نمی دانند، آنچه از توانشان بیرون است، آنچه بدان ناچار شوند، حسادت، فال بد زدن، و تفکر و وسوسه آمیز در آفرینش، تا زمانی که به زبان آورده نشود.

اما هم شامل مسائل حکمی و هم شامل مسائل موضوعیه می شود، وقتی حکم چیزی را نمی دانیم مواخذه از ما برداشته می شود.

شبهه در مصداق باشد موضوعیه.

شبهه در حکم باشد حکمی .

3- اجماع :

### - مفاد اجمالی قاعده :

مفاد قاعده اجمالا آن است که مادام که عملی توسط شرع نهی نشده و آن نهی به مکلف ابلاغ نشده ، چنانچه شخصی مرتکب گردد مجازات او عقلا قبیح و زشت است و مادام که عملی توسط شرع واجب نشده و امر شارع به مکلف ابلاغ نشده، چنانچه شخصی ترک کند، مجازات او بر ترک فعل مزبور عقلا فبیح و زشت است.

باید دانست که قلمرو این قاعده وسیع تر از " اصل قانونی بودن و مجازات " در حقوق عرفی معاصر است چرا که اصل قانونی بودن جرم و مجازات، راجع است به وضع قانون و به تبع آن به مراحل ابلاغ و انتشار آن؛ ولی فقها در مواردی که مکلف نه به علت تقصیر، بلکه به جهتی دیگر، نسبت به تکلیف صادره جاهل بوده است نیز به این قاعده تمسک کرده اند. به دیگر سخن، مراد از بیان در این قاعده؛ « بیان واصل است نه بیان صادر». از این رو دایره شمول آن وسیع تر از اصل قانونی بودن جرم و مجازات است .

اصل قانونی بودن جرم و مجازات در قانون موضوعیه چه نقش و جایگاهی دارد؟

اولین قانونی که بررسی می شود قانون اساسی است .

کلیت : هیچ کس به واسطه عملی که انجام می دهد مجازات نمی شود مگر برای آن عمل مجازات تعیین شده باشد چه در قانون اساسی و چه در قانون مجازات اسلامی آمده باشد.

در سیستم حقوقی اصل بر براءت است.

هیچ کس مجازات نمی شود مگر جرمش در دادگاه صالح احراز شود . اگر احراز نشود اصل بر براءت و منع تعقیب است.

jozve ban ir

## 2- قاعده درء: (اصل برائت)

در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم و یا مسوولیت و استحقاق مجازات وی، به جهتی محل تردید و مشکوک باشد؛ به موجب این قاعده بایستی جرم و مجازات را منتفی دانست. که در قانون با اصل برائت شناخته می شود.

- این قاعده از قواعد تفسیری است و با قاعده " تفسیر به نفع متهم " در حقوق جزائی ، از جهاتی همتایی دارد.

قاعده درء : " ادرئوا الحدود بالشبهات " یعنی حدود با آنچه شبهه آمیز است از بین می رود .

تدرئوا : یعنی از میان برداشتن

حدود دو معنی دارد :

1- در معنای اخص : یعنی "مقدار مجازات مشخص شده، مجازاتی که کم و کیف آن " در شرع مشخص شده باشد. مثل زنا ، سرقت ، محاربه "

2- معنای اعم مطلق مجازاتها : شامل کلیه مجازات ها : شامل : قصاص ، حدود ، دیات در صورتی که دیات را ماهیتا کیفری بدانیم.

تعریف دومی بهتر است چون تفسیر به نفع متهم است و نظر بهتری است و حضرت آیت الله دکتر مصطفی محقق داماد آن را پذیرفته است.

- قبلا حد به معنی مجازات به کار می رفته است.

قوانین دیگر کشورها نیز تفسیر به نفع متهم را می پذیرد.

jozve ban air - مستندات قاعده :

برای قاعده درء به؛ ( اول ) روایات ، ( دوم ) اجماع و ( سوم ) ادله دیگر استناد شده است .

اول . روایات

بی گمان مهم ترین مستند قاعده درء ، روایات است . در این قسمت یک روایت عام یعنی: " ادرئوا الحدود بالشبهات، و دو یعنی: روایات خاص قابل اشاره اند.

1-روایت عام " تدرئوا الحدود بالشبهات"

1-1)روایت صدوق

2-1)عهدنامه مالک اشتر

2-روایات خاص

2-1) روایات مربوط به شبهه متهم

2-2) روایات مربوط به شبهه قاضی

دوم اجماع و تسالم اصحاب: " اتفاق نظر فقهای شیعه و اهل سنت"

در تبیین این دلیل چنین گفته شده است :

تمامی اصحاب امامیه بلکه فقهای اسلام به این قاعده استناد کرده اند و مطابق آن فتوا داده اند.

3) سایر ادله : برای قاعده درء به ادله دیگری استناد شده است که در ذیل به برخی از آنها اشاره می کنیم.

1-مطابقت قاعده با ظواهر ادله و اصول عقلی.

2-مبنی بودن حدود بر تخفیف و مسامحه.

-واژه شبهه :

الف-معنای لغوی: شبهه در لغت به معنای شک ، بد گمان ، اشتباه والتباس درست به نادرست و حق به ناحق و همچنین واقع به موهوم است.

ب- معنای اصطلاحی شبهه : در اصطلاح فقهی ، فقهای امامیه در تفسیر شبهه اختلاف نظر دارند. برخی گفته اند که منظور از شبهه در فقه و این قاعده به معنای عدم العلم ، و عدم القطع به حرمت و ممنوعیت عمل یا ترک فعل است که شامل ظن ، شک و احتمال می شود . بعضی دیگر هم معتقدند که شبهه یعنی به حلیت و اباحه آنچه که در واقع محرم است . عده ای نیز آن را به ظن و گمان تفسیر نموده اند.

#### - تقسیمات شبهه از نظر فقه امامیه :

شبهه حکمیه : منظور از شبهه حکمیه آن است که حکم کلی چیزی مورد تردید باشد. به عبارت دیگر، مجازات چیزی را نمی دانستیم. دو نوع جاهل داریم . جاهلی که قاصر است راجع به مسئولیت. مثل جاهل به قانون ، مثلاً : کسی که در روستایی زندگی می کند ولی کسی که دانشجوی حقوق باشد جهلش رافع مسئولی نیست.

شبهات موضوعیه : مقصود از شبهه موضوعیه آن است که شخص حرمت و ممنوعیت عمل را می داند، ولی جاهل به موضوع حکم دارد؛ مثلاً: می داند که شرب خمر در اسلام حرام است ولی نمی داند که مایع حاضر از مصادیق خمر است یا آب . در موضوع شبهه وجود دارد و در مصادیق شبهه بوجود می آید.

اگر در موضوعی شبهه وجود داشته باشد قاضی حکم صادر نمی کند، چون شبهه به وجود آمده است.

ضمناً در نظر داشته باشید که " قاعده درء شامل هر دو شبهه می شود".

این قاعده را تمام فقهای شیعه و سنی می پذیرند به جزء آیت الله خوئی که نپذیرفته است. یعنی این قاعده حدیث مرسل است و سند ضعیف است و قابل اعتنا نیست و سند هم صریح نیست ، پس پذیرفته نمی شود. ولی در نظر داشته باشید که یک قاعده کاربردی است که **قانون مجازات اسلامی** آن را پذیرفته است. قانون گذار ایران در قانون مجازات اسلامی 1370 صریحاً به قاعده درء نپرداخته بود اما در ماده 120 و 121 قانون مجازات اسلامی 1392 در بحث سقوط مجازات‌ها، به صورت مستقل به آن پرداخته است. قاعده درء در برخی حالات کیفر خاصی را دفع می کند اما امکان اعمال کیفر از جهات دیگر وجود دارد و در برخی موارد به طور کلی محکومیت زدایی می کند. رویکرد قانون گذار به گونه ای است که قاعده درء را به غیر حدود نیز تسری داده و این رویکرد با اطلاق ادله قاعده درء مطابق می باشد چراکه با توجه به شواهد قرآنی و روایی، مشخص می شود، لفظ «حد» در مهمترین مستند قاعده، نمی تواند فقط به معنای مجازات خاص باشد و مطلق عقوبت را در برمی گیرد. جنایات موجب قصاص با توجه به مستندات فقهی و نظر قانونگذار در ماده 120 ق.م.ا در صورت حصول شبهه مشمول قاعده درء شده و با توجه به شرایط مسئولیت و شرایط جرم



هر دو اثر کیفرزدایی یا محکومیت‌زدایی را می‌تواند داشته باشد. اصولاً در مواردی که اصل رفتار مورد شبهه قرار گیرد اثر محکومیت‌زدایی قاعده درء اعمال می‌شود و اصولاً در مواردی که شبهه در شرایط ثبوت قصاص باشد و یا اصل رفتار ثابت باشد و شبهه در عنصرروانی یا قانونی تحقق یابد اثر کیفرزدایی قاعده درء اعمال می‌شود

واژه حدود: حد در لغت به معنای مرز، خاتمه، پایان، انتها و منتهی آمده است و در اصطلاح؛ حد عبارت است از واسطه میان دو چیز که از اختلاف آن دو جلوگیری می‌کند.

واژه درء: کلمه‌ی تدرء از ریشه درء، در لغت به معنای دور کردن، رد کردن و دفع کردن آمده است. بدین ترتیب، لغت تدرء یعنی؛ به واسطه شبهات، مجازات اشخاص دفع و دور می‌شود.

### 3- قاعده اکراه: (رفع مسئولیت کیفری)

رفع ما استکرها علیہ : آن چیزی که به آن اکراه شده اند مجازاتش برداشته شده است. این قاعده برگرفته از حدیث رفع پیامبر اکرم (ص) می باشد.

**اکراه : عبارت است از واداشتن دیگری به کاری که بدان مایل نیست و برای وی ناخوشایند است و در صورتی که همراه با تهدید و قهر و جبر باشد . یعنی همیشه اکراه با تهدید یک عامل بیرونی است که عامل پیروی انسان است.**

نکته : اکراه ، اجبار و اضطرار سه واژه متفاوت هستند . در اکراه واجبار هر دو تهدید شده ولی در اجبار قصد و رضائی وجود ندارد . مثلاً: انگشت کسی را ببریم و بزنیم پای یک معامله. ولی در اکراه مثلاً: اگر خانه ات را منتقل نکنی بچه ات را می کشم و قصد و رضا به صورت جزئی وجود دارد . این سه مورد در مسائل کیفری و مدنی متفاوتند .

در اجبار اراده به کلی از شخص مجبور سلب می شود؛ در حالیکه در اکراه و اضطرار عنصر اراده وجود دارد با این تفاوت که اضطرار یک عامل درونی بوده و خود را در معرض عسر و حرج و مشقت قرار می دهد و به طور طبیعی ایجاد می شود و انسان در بروز آن دخالت ندارد اما در اجبار واکراه عامل همیشه یک فرد انسانی است که عامل بیرونی بوده و همراه با تهدید است.

در قصاص نفس؛ اکراه شونده قصاص می شود و اکراه کننده قصاص نمی شود، اما حبس ابد دارد و این تنها استثناء این قاعده است. لذا اکراه مجوز قتل کسی نیست و لذا اگر کسی وادار به قتل دیگری شود قصاص می شود و اکراه کننده به حبس ابد محکوم می شند.

نکته : اکراه در معامله مدنی صحیح است و غیر نافذ رافع مسئولیت کیفری است ، اجبار هم به طریق اولی چون درجه بالای اکراه است هم رافع مسئولیت کیفری است.

اضطرار در امور مدنی معامله صحیح است ولی در امور کیفری در بعضی شرایط رافع مسئولیت است و در بعضی موارد رافع مسئولیت نیست.

**تفاوتهای مربوط به اکراه اجبار و اضطرار در امور کیفری و مدنی مهم است.**

اکراه در مسائل مدنی و معاملات بدین صورت است که فرد دیگری را تهدید می کند که خانه ات را به من یا شخص ثالثی بفروشد، اگر این معامله واقع شود معامله صحیح است و غیر نافذ و نفوذ معامله منوط است به رضایت مالک اما در مسائل کیفری اکراه بدین صورت است که فردی تهدید می کند که جنایتی را مرتکب شود یا این که با اکراه با شخصی رابطه نامشروع برقرار می کند در این جا مجازات از کسی که اکراه شده مطابق قاعده اکراه برداشته خواهد شد.

اجبار در امور مدنی بدین صورت است که دست فردی را بدون اراده می گیرد و پای بر گه ای می زند و در امور کیفری بدین صورت است که فرد بدون هیچ قصد و اراده مرتکب جرمی می شود.

اضطرار در امور مدنی بدین صورت است که فرد دچار عسر و حرج است و تن به معامله ای می دهد که صحیح و نافذ است اما اضطرار در امور کیفری بدین صورت است که فرد مثلاً در حال خفه شدن است شراب می نوشد یا در حال فوت کردن است گوشت حیوان حرام گوشتی را می خورد که در این موارد فرد مسئولیت کیفری ندارد.

#### مستندات قاعده اکراه : کتاب - سنت - اجماع - عقل

در این قاعده در کتاب که همان آیات قرآن است و در سنت یعنی در احادیث اولیای دین اسلام از جمله حدیث «رفع» پیامبر اکرم (ص) که تمام فقهای سنی و شیعه قبول دارند، آمده است.

و اجماع هم ، اتفاق نظر فقها است ، چون در کتاب و سنت این قاعده آمده است در اینجا اجماع بیشتر جنبه مدرکی دارد و اجماع دیگر حجیت ندارد، چون مدرکی است. و در ادله عقل هم ؛ دلیل عقلی حکم می کند که در مواردی که قصد و رضا وجود ندارد، مجازات از شما برداشته شده است.

**اقسام اکراه :** به اعتبار زوال یا عدم زوال رضا و تاثیری که اکراه بر آزادی و اختیار فرد می گذارد به دو قسم تقسیم می شود:

1- اکراه ملجی یا اکراه تام : این قسم اکراه موجب زوال رضا و محدودیت اختیار و آزادی اراده شده ، در آن خوف تلف نفس یا عضو وجود دارد. به بیان دیگر، شخص به تلف نفس یا قطع ویا نقص عضو تهدید می شود. تهدید به ایراد ضرب منتهی به مرگ یا حبس به مدت طولانی نیز موجب بروز اکراه ملجی می شود.

2- اکراه ناقص یا اکراه غیر ملجی: اکراه ناقص یا اکراه غیر ملجی که تنها سبب زوال رضا شده و محدودیتی در اراده و آزادی انتخاب ایجاد نمی کند، هنگامی حاصل می شود که خوف تلف نفس یا قطع عضو یا ایراد ضرب منتهی به مرگ یا حبس دراز مدت وجود نداشته باشد، بلکه تنها خوف ایراد ضرب خفیف یا حبس کوتاه مدت علیه مکره مطرح است. بنابراین، در اکراه ناقص موضوع تهدید، نه تلف نفس یا قطع عضو، بلکه ایراد ضرب خفیف یا حبس کوتاه مدت است؛ بگونه ای که عادتاً "منجر به فوق نشود. اکراه ناقص هیچ گونه الجاء و اضطراری در بر ندارد و اصولاً شخص در موقع اضطرار و ناچاری قرار نمی گیرد. به همین جهت، به اکراه غیر ملجی تعبیر شده است.

#### - تفاوت میان اکراه ملجی و غیر ملجی :

- 1- از نظر شدت وضعف، ضرر و زیان حاصل از عملی شدن تهدید. در اکراه ملجی تهدید نسبت به تلف نفس یا نقص عضو بود. اما در اکراه غیر ملجی با عملی شدن تهدیدات اکراه کننده، مکره تنها متحمل ضرباتی خفیف و غیر کشنده و یا حبس کوتاه مدت می شود.
- 2- تفاوت دیگر آنها؛ از جهت زوال یا بقای رضا و اختیار است. در هر دو قسم اکراه، رضای مکره زایل می شود و رضای به ارتکاب عمل تحمیل شده نیست. اما از حیث محدودیت اراده، مکره ملجی از آزادی برخوردار نیست و در اعمال اراده محدود است، ولی مکره غیر ملجی چنین محدودیتی ندارد.
- 3- تفاوت عمده آن؛ درحوزه تاثیر آنهاست. اکراه ناقص تاثیری در مسئولیت جزایی شخص ندارد و تنها در تصرفات قولی و اعمال حقوقی وی موثر واقع می شود. آن دسته از اقداماتی که صحت آنها منوط به رضای اقدام کننده است اکراه ناقص در آنها تاثیر حقوقی می گذارد از آن جمله، بیع، اجازة، اقرار، طلاق و نکاح است. اما اکراه تام به واسطه محدودیتی که در اختیار و آزادی اراده مکره ایجاد می کند در تمامی اقدامات و تصرفات حقوقی در قبال وقایع مادی منتسبه رفع مسئولیت می شود. بدین سان آنچه در امور کیفری مطرح است و موجب رفع مسئولیت در قبال ارتکاب جرم می شود اکراه تام یا ملجی است.

4-اکراه در قوانین جزائی : که یکی از عوامل رافع مسئولیت است در قانون مجازات اگر زانی مکره باشد مجازات بر داشته می شود . در قاعده درء وقتی شبهه بوجود آید مجازات برداشته می شود. ( طبق قاعده درء برای مکره - فقط در قتل نفس اکراه پذیرفته نیست ).

jozve ban ir

#### 4- قاعده اضطرار: (عدم مسئولیت کیفری)

این قاعده از حدیث "رفع" پیامبر اکرم (ص) گرفته شده است و در حقوق اسلام قاعده «الضرورت تبيح المحظورات» و یا «رفع ماضطروا» جرم اضطراری را توجیه می کند. بدین ترتیب حالت ضرورت در طول تاریخ، همواره دلیلی بر عدم مسئولیت شناخته می شود. اضطرار حرام ها را حلال می کند. اضطرار یکی از عوامل عدم مسئولیت کیفری است. ما باید از طریق خودمان بفهمیم که اضطرار شده ایم یا نه و قاضی باید در خصوص موضوعی حکم کند که رافع مسئولیت است یا نه.

اضطرار در اصطلاح یعنی کسی که دچار احتیاج و ناچاری، درماندگی و ناگزیری است؛ بدین معنی که شخص تحت تاثیر شرایط و موقعیتی قرار می گیرد که بخاطر خروج از آن حالت مرتکب خطا شده است یا می شود. اضطرار یک عامل درونی است و صبر بر آن ممکن نیست.

#### - مستندات قاعده اضطرار :

1- کتاب : آیاتی از قرآن ، از جمله آیات 173 از سوره بقره ، 115 نحل ، 119 ، 145 انعام و 3 مائده - ناظر به احکام اضطرار هستند.

بطور مثال در آیه 173 سوره بقره آمده است: «آنچه خداوند بر شما حرام نموده؛ مردار، خون، گوشت خوک و آنچه نام غیر خدا به هنگام ذبح بر آن برده شده است. پس اگر کسی ناگزیر از خوردن یکی از محرّمات مذکور شود چنانچه زیادت طلب و متجاوز از حد نباشد، گناهی بر او نیست. همانا خداوند آمرزنده و مهربان است.

2- روایات : در خصوص اضطرار، امامیه روایات متعددی از ائمه نقل کرده اند که در کتب حدیث ، از جمله در وسائل الشیعه می توان آنها را ملاحظه کرد. مهمترین دلیل روایی مورد استناد در باب اضطرار حدیث رفع است. حضرت امام صادق .ع. می فرمایند: هر کس به گوشت مردار و خون و گوشت خوک مضطر شود و از آنها تناول نکند تا بمیرد، به حکم خدا کفر ورزیده است.

3- اجماع: در خصوص اضطرار ، فقها بر حسب مورد حکم داده اند . از این رو در خصوص مورد می توان ادعای اجماع نمود؛ مثلا در خصوص شرب مسکر گفته اند که اگر شخصی برای حفظ سلامت ، مضطر به شرب مسکر شود نوشیدن آن جایز است. فقها در این خصوص ، به اتفاق چنین فتوی داده اند .

4- عقل : اضطرار یک قاعده عقلی است و خارج از ضوابط و مستندات شرعی ، از سوی ملل و اقوام مختلف نیز مورد استناد قرار گرفته است. حقوقدانان مسلمان و غیر مسلمان این قاعده را قبول دارند.

### شرایط تحقق حالت اضطرار:

- 1- خطر باید مسلم الوقوع باشد: یعنی وقوعش به درجه فعلیت رسیده باشد. پس از خطرات احتمالی نمی تواند مجوز عمل حرام باشد. مثلا کسی نمی تواند بگوید من الان شراب خوردم که یک ساعت دیگر هلاک نشوم، یا شراب می خورم که سنگ کلیه نگیرم....
- 2- خطر باید شدید یا به تعبیر فقها ملجی باشد: به نحوی که شخص خود را در موقعیتی بیابد که بیم از بین رفتن نقص عضو در او ایجاد شود.
- 3- خطر باید به وسیله خود مضطر ایجاد نشده باشد: یعنی شخص با اقدامات عمدی خود، شرایط و موقعیت اضطراری برای خود پیش نیارد. و عمدا شرایط خودش را سخت نکرده باشد. مثلا عمدا چیزی بخورد که در گلویش گیر بکند و برود شراب بنوشد.
- 4- فرد مضطر به موجب شرع و قانون مکلف به تحمل ضرر نباشد: کسانی هستند که بر حسب وظیفه شرعی یا قانونی در وضعیتی قرار گرفته اند که مستلزم فداکاری و تحمل خطر هستند. مثلا؛ افرادی که در جبهه می جنگند یا کادر درمانی که به دلیل شرایط کرونایی باید در بیمارستان خدمت کنند یا ماموران آتش نشانی یا ماموران نیروی انتظامی. این افراد نمی توانند به استناد ضرورت و دفع خطر، رفع تکلیف کرده و از انجام وظایف خود به دلیل اضطرار سر باز بزنند.

### شرایط اقدام مضطر :

- 1- ارتکاب فعل حرام باید تنها راه دفع ضرورت و نجات نفس باشد. لذا کسی که بتواند از طرق دیگری نسبت به رفع ضرورت اقدام کند، دیگر مضطر محسوب نمیشود. مثلا اگر لقمه در گلویت گیر کرده و آب هست اما شراب می خورد که دیگر مضطر محسوب نمی شود.
- 2- اقدام فرد مضطر باید به قدر حاجت و متناسب با شرایط و احوال اضطراری باشد. یعنی باید با رعایت الا سهل فا الاسهل باشد و به قدر ضرورت و نیاز صورت بگیرد. مثلا؛ کسی برای تسکین درد از مواد مخدر استفاده نکند و ابتدا باید به پزشک مراجعه کند تا پزشک برای ایشان داروی مسکن تجویز کند.

### -اضطرار در حقوق جزا یا قانون مجازات اسلامی :

در حقوق جزا اضطرار به عنوان عوامل موجهه جرم و حتی جزء عوامل رافع مسئولیت کیفری نام برده شده و قوانین متناسب با آن وضع شده است. مثلاً می گویند سرقت در صورتی حدی است که در سال خشک سالی نباشد، چون در سال خشکسالی به نوعی ممکن است اضطرار پیش آید و مردم دست با این کار بزنند در ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مورد حالت اضطرار چنین مقرر می دارد: «هرکس هنگام بروز خطر شدید فعلی یا قریب الوقوع از قبیل آتش سوزی، سیل، طوفان، زلزله یا بیماری به منظور حفظ نفس یا مال خود یا دیگری مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می شود قابل مجازات نیست مشروط بر اینکه خطر را عمداً ایجاد نکند و رفتار ارتكابی با خطر موجود متناسب و برای دفع آن ضرورت داشته باشد. لکن تبصره ماده مذکور به بیان یک حکم استثنایی پرداخته و چنین اشعار می دارد: «کسانی که حسب وظیفه یا قانون مکلف به مقابله با خطر هستند، نمی توانند با تمسک به این ماده از ایفای وظایف قانونی خود امتناع کنند» به نظر می رسد ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی در جهت تفسیر تبصره ماده ۱۵۲ این قانون قابل استناد باشد زیرا به موجب آن: «هرگاه کسی فعلی که انجام آن را بر عهده گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون بر عهده او گذاشته است، ترک کند و به سبب آن، جنایتی واقع شود، چنانچه توانایی انجام آن فعل را داشته است جنایت حاصل به او مستند می شود و حسب مورد عمدی، شبه عمدی یا خطای محض است، مانند اینکه مادر یا دایه ای که شیر دادن را بر عهده گرفته است، کودک را شیر ندهد یا پزشک یا پرستار، وظیفه قانونی خود را ترک کند ضمناً باید دانست که بحث اضطرار در قانون مجازات اسلامی (کتاب پنجم «تعزیرات و مجازات های بازدارنده» مصوب ۱۳۷۵/۳/۲ نیز مورد توجه مقنن قرار گرفته است؛ چنان که تبصره ماده ۵۹۲ این قانون، رازی مضطر را معاف از مجازات دانسته است. همچنین تبصره ۲ ماده ۵۹۵ همین قانون، ربا دهنده مضطر را از مجازات معاف می داند.



## 5- قاعده وزر: ( اصل شخصی بودن مجازات )

این قاعده یکی از پایه های اصولی و اساسی در حقوق جزای مدرن است. در آیه 164 سوره انعام آمده است که: ".... ولا تزرو وازره وزر اخری"، هیچکس بار گناه دیگری را بر دوش نمی کشد. طبق این قاعده، اصل شخصی بودن مجازات ها مطرح می شود. یعنی هر کس فقط درباره نتایج و عواقب اعمال خود مسئولیت دارد و نمی توان او را بخاطر اعمال و کردار دیگران مواخذه کرد. اما این قاعده استثنائاتی نیز دارد، مثل وجوب پرداخت دیه بر عاقله یا اینکه فردی فوت شده در جایی پیدا شده و قاتل آن مشخص نشود، مسولیت با دولت است و دولت باید دیه آن را از بیت المال بپردازد.

### -مستندات قاعده وزر :

کتاب ، سنت ، اجماع ، عقل ( این 4 مورد ادله حجیت هر قاعده ای می تواند باشد ) در مقام مکاتب و سیستم های حقوقی قاعده وزر به عنوان یک اصل عقلایی پذیرفته شده ، چرا که گذاشتن بار گناه و مجازات کسی بر دوش دیگری زشت و قبیح است و حکم عقل به قبح آن مسلم است که در واقع سه دلیل دیگر نیز به این دلیل بر می گردد.

یکی از استثنائات قاعده وزر مسئولیت کارفرما است . مثلا کارگری از چهارپایه بیافتد. این کارفرما است که مسئول است و در ماده 11 و 12 قانون مسئولیت مدنی مصوب 1339 نیز به آنها اشاره شده است. یک موردی که قانون اساسی به آن اشاره می کند اصل 171 قانون اساسی است که می گوید: « هر گاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم به موارد خاص ضرر مادی یا معنوی متوجه شخصی شود ، در صورت تقصیر مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیله دولت جبران می شود و در هر حال از متهم اعاده حیثیت می شود.»

## 6- قواعد فقهی تعزیرات :

-تعزیرات در لغت : از ریشه عزر به معنای منع کردن و باز داشتن و نیز سرزنش کردن آمده است و به عبارت دیگر عبارت است از کیفری که در قانون برای آن قصاص، دیه و حد در نظر گرفته نشده است. در ماده 18 قانون مجازات اسلامی درباره تعریف تعزیر چنین آمده است: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجراء و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می شود. دادگاه در صدور حکم تعزیری، با رعایت مقررات قانونی، موارد زیر را مورد توجه قرار می دهد:

الف- انگیزه مرتکب و وضعیت ذهنی و روانی وی حین ارتکاب جرم

ب- شیوه ارتکاب جرم، گستره نقض وظیفه و نتایج زیانبار آن

پ- اقدامات مرتکب پس از ارتکاب جرم

ت- سوابق و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مرتکب و تاثیر تعزیر بر وی»

در خصوص تعزیرات موارد زیر باید بررسی شود:

1- ماهیت حقوقی تعزیرات تحت قاعده "التعزیر دون الحد"

2- مرجع تعیین کننده کم و کیف تعزیرات تحت قاعده "التعزیر بمایراه الحاکم"

3- قلمرو تعزیرات تحت قاعده "التعزیر لكل عمل محرم"

در خصوص این نوع مجازات چند مساله اصلی وجود دارد که پرداختن به آنها مهم است:

1- آیا در تعزیرات اصل بر تازیانه است؟ ( قاعده اول)

2- آیا بخش مجازات تعزیری به نظر قاضی واگذار شده؟ ( قاعده دوم)

3- در چه مواردی مجازات تعزیری قابل اعمال است؟ ( قاعده سوم)

الف- ماهیت حقوقی تعزیر (التعزیر دون الحد) : یعنی تعزیر به کمتر از حد قابل اعمال است. یعنی مجازات تعزیری منحصر در ضرب تازیانه نیست و به هر وسیله ممکن و متناسب با توان بزهکار و شرایط به گونه ای که بازدارنده باشد قابل اعمال است. دو نظر هست، بعضی می گویند دون به معنی کمتر و بعضی می گویند به جزء ( به غیر ). اگر بگوییم دون به معنی کمتر یعنی در تعزیرات اصل بر تازیانه است. دون را به معنی « غیر از » بگیریم دیگر محدود به تازیانه نمی شود که شامل جزای نقدی و حبس و محرومیت از حقوق اجتماعی است. حضرت آیت الله دکتر مصطفی محقق داماد، «دون» را به معنی « غیر از » می داند. بعضی محدود به غیر از تازیانه نمی شود و اعدام تعزیرات را می پذیرد. اصل بر تازیانه نیست. یعنی شامل حبس و جزای نقدی هم می شود. ( مربوط به سوال اول ).

ب- مرجع تعیین کننده کم و کیف تعزیرات (التعزیر بمایراه الحاکم): منظور حاکم و رهبر جامعه اسلامی است. اما بعضی می گویند مجتهد جامع الشرایط فتوی است، و نظر دیگران این است که منظور همان قاضی است. یعنی تعزیر به آن چه که حاکم اسلامی صلاح می داند. یعنی تعیین نوع و میزان مجازات تعزیری از اختیارات حاکم اسلامی است و می تواند انواع مجازات ها از جمله زندان، جریمه مالی، تبعید، محرومیت از مشاغل دولتی و... را در نظر بگیرد. ( مربوط به سوال دوم )

پ- قلمرو تعزیرات (التعزیر لكل عمل محرم): یعنی مراجع ذی صلاح نسبت به ارتکاب چه اعمالی می توانند مجازات های تعزیری تعیین نمایند. بنابراین طبق این قاعده، تعزیر برای هر عمل حرامی انجام می شود. تعزیر برای هر گونه گناهی اعمال می شود. طبق این اصل هر گناهی تعزیر دارد. مثل زورگویی، ترک نماز و غیبت حرام است و مجازات دارد. هر عمل حرامی که جرم انگاری شده است قابل تعزیر است.

#### دو نوع گناه داریم: کبیره - صغیره

گناهی که در قرآن مشخص شده و نام برده شده است گناه کبیره است و شامل زنا و سرقت و ... می شود ولی آن هایی که در قرآن مشخص نشده است گناهان صغیره است. اصرار بر گناهان صغیره هم خودش کبیره است. اگر در قانون یک گناه یا عمل حرامی مشخص نشده باشد، می شود مطابق اصل 167 قانون اساسی به موازین معتبر فقهی مراجعه کرد و قاضی آن فردی است که مرتکب عمل حرام شده را مجازات می کند. بعضی می گویند منظور از حدود تعزیرات است، ولی طبق فقه شیعه هر کس مرتکب عمل حرامی می

شود مجازات می شود، خواه گناه کبیره باشد ، خواه گناه صغیره باشد. در قانون عنوانی به نام تعزیرات وجود دارد که خیلی از جرم ها در آن یاد شده ، مثل : رشوه ، کلاهبرداری ، تحصیل مال به طرق نامشروع و ... برخی تعزیرات حکومتی و برخی هم شرعی است. تعزیرات شرعی سابقه شرعی دارد ولی تعزیرات حکومتی سابقه و ریشه شرعی ندارد. کلاهبرداری ، اختلاس ، جیب بری شرعی است و سابقه شرعی دارد. جرائم سایبری ، جرائم مربوط به راهنمایی و رانندگی حکومتی است، چون قبلا وجود نداشته است . در قانون سابق از 92/2/1 تعزیرات حکومتی را مجازات های باز دارنده نامیده بودند، که شامل مرور زمان می شد.

### -تعزیرات شرعی دو نوع است :

#### 1- منصوص 2- غیر منصوص

حد مجازاتی است که هم نامش در شرع آمده و هم 1.نوع و 2.میزان و 3.کیفیت اجرای اون در "شرع" مشخص شده است.مثل زنا و لواط و شرب خمر و...

اما تعزیر مجازاتی است که نوع و میزان و کیفیت اجرائیش در شرع نیامده و دو حالت دارد:

1-منصوص:ممکن هست که عملی در شرع حرام اعلام شده اما مجازاتش مشخص نشده باشه(یعنی به حد مجازات حد نرسیده باشن) به آن تعزیر «منصوص شرعی» می گویند که تعزیری هست که نامش در شرع آمده (و نص شده) مثل جرم رابطه نامشروع.

2-غیرمنصوص:ممکن است عملی جرم باشد اما نه اسمش در شرع آمده باشد و نه مجازاتش در شرع باشد که به آن تعزیر غیر منصوص شرعی(نوشته نشده در شرع) می گویند. مثل جرم ناشی از تصادف رانندگی

تعزیرات منصوص شرعی چون کم و کیفش مشخص شده این ها را می آورند زیر مجموعه حد و می گویند که این ها تعزیرات منصوص شرعی است و کم و کیفش مشخص شده و زیر مجموعه حد بررسی می شود

پس:

1-حد مجازاتی که هم نامش و هم میزان مجازاتش در شرع آمده است.

2-تعزیر منصوص شرعی مجازاتی است که نامش در شرع آمده اما میزان مجازاتش در شرع نیامده است.

3- تعزیر غیر منصوص شرعی مجازاتی است که نه نامش در شرع آمده و نه میزان مجازاتش نظریه مشورتی: تعزیرات منصوص شرعی به تعزیراتی گفته می شود که در شرع مقدس اسلام برای یک عمل معین، نوع و مقدار کیفر مشخص شده است، بنابراین مواردی که به موجب روایات و یا هر دلیل شرعی دیگر، به طور کلی و مطلق برای عملی تعزیر مقرر شده است ولی نوع و مقدار آن معین نگردیده، تعزیر منصوص شرعی محسوب نمی شود.

### فرق میان حد و تعزیر :

- حد و تعزیر در سه جهت اساسی با یکدیگر تفاوت دارند :

1- از جهت موضوع :

در حدود شرعی، موضوع هر حدی و نوع جرم آن کاملاً مشخص شده و کاملاً تعریف شده و شرایط هر یک به تفصیل بیان شده است ، به نحوی که با عدم تحقق هر یک از شرایط مقرر، حد اجرا نشده و مجازات مقرر احياناً به تعزیر مبدل می شود . مانند سرقت که تحت شرایط خاصی موضوع « قطع ید » قرار می گیرد. در این موارد انتخاب نوع مجازات ( حد ) در اختیار حاکم نیست و فقط تشخیص موضوع با حاکم است. اما در تعزیرات ، هیچ گونه تحدید موضوعی مطرح نیست و فقط به بیان کلی فعل محرّمات اکتفا شده است. در نتیجه، سنجش بزه ارتكابی و تعیین نوع و مقدار مجازات متناسب ، به نظر و صلاحدید حاکم بستگی دارد.

2- از جهت نوع عقوبت :

نوع عقوبت های حدی نیز در شریعت مشخص شده است که در محدوده های معینی ( تعیبا یا تخییراً ) محصور است. از این رو ، حاکم شرع نمی تواند از آن محدوده پا را فراتر نهد و یا کوتاهی نماید، اما مجازات های تعزیری هیچ گونه تعینی نداشته ، به نظر و صلاحدید حاکم شرع واگذار شده است؛ اوست که باید تشخیص بدهد چگونه مجازاتی بازدارنده و متناسب با بزه ارتكابی است.

3- از جهت میزان مجازات ها :

کمیت مجازات تعزیری نیز به صلاحدید و تشخیص حاکم بستگی دارد که بایستی متناسب با جرم ارتكابی باشد. همچنین در کم و کیف هر مجازاتی، حال بزهکار از نظر توانایی وی نیز باید مراعات شود، اما در حدود چنین نیست.

### خلاصه مباحث تعزیرات:

- 1- در حقوق جزای اسلامی تعزیرات دامنه وسیعی داشته و نوع آن منحصر به تازیانه نیست، بلکه به نوع جرم ارتكابی، توانایی مجرم و شرایط زمان و مکان بستگی دارد که باید توسط گروهی صاحب نظر و کارشناس معین شود.
- 2- تعیین نوع و میزان مجازات در اختیار حکومت بوده و از اختیارات آن ها است نه قضات دادگستری
- 3- موارد اعمال مجازات تعزیری در برخی موارد منحصر به محرمات الهی نیست؛ بلکه تعیین نوع عمل مجرمانه بستگی به تشخیص و صلاحدید حکومت است که هر گاه تشخیص دهد با اعمال مفسده انگیز مبارزه کند- خواه آن عمل شرعا حرام باشد و یا حرمتی درباره آن نرسیده باشد- می تواند از پیش آن را جرم اعلام نموده و مجازات متناسب تعیین کند تا با استفاده از آن و اعلان و ابلاغ آن به مردم بتوان مرتکب را مجازات نماید.

## 7- قاعده حرز در سرقت مستوجب حد

قاعده حرز " لا قطع الا فی حرز ": از شروطی که برای قطع ید سارق متذکر شده اند، محرز بودن مال مسروقه است. به عبارت دیگر در سرقت حد قطع دست اجرا نمی شود مگر اینکه مال مسروقه را حرز خارج شده باشد. از این رو می توان از آن با استفاده از روایات و با تعبیر (لا قطع الا فی حرز) به مثابه یک قاعده کلی، در اجرای حد سرقت یاد کرد.

اعتبار حرز برای قطع ید سارق بالنص و الفتوا، بلکه اجماع منقول و محصل ثابت است

در تعریف سرقت، ربودن مال دیگری به طور پنهانی از حرز؛ سرقتی حدی محسوب می شود که از حرز دزدی کند. در سرقت حدی اکثر فقها گفته اند 14 شرط لازم دارد تا سرقت حدی محسوب شود. " عاقل، بالغ، از پدرش نباشد، به اندازه ربع دینار برسد، در سال قحطی و خشکسالی نباشد، در شب صورت بگیرد، هتک حرز پنهانی باشد و ... اگر یکی از این شرایط نباشد سرقت از نوع تعزیری محسوب می شود.

- تعریف لغوی و اصطلاحی حرز: حرز در لغت به معنای " طلسم، پناه و ستر " و در اصطلاح؛ مکانی «مغلق و مقفل» است؛ یعنی مکانی که از چشم اشخاص مخفی باشد.

- حرز: جایی که مال عرفا در آن نگهداری می شود. مثلا پارکینگ برای ماشین حرز است.

- مستلب: افرادی که مالی را از محل غیر از حرز، آشکارا می ربایند بدون آنکه محارب باشد، مجازات آنان تعزیری است. ( جیب بر ) از استلاب می آید و سارق نیستند و در قالب سرقت نیست.

- محتال: کسانی که با حيله و نیرنگ اموال مردم را تصاحب می کنند. مثلا به آنها کلاهبردار گفته می شود و سارق نیستند. آنهایی که اختلاس می کنند مالی که نزد آنها است را مختلس می گویند و آنها هم در باب سرقت نیستند.

- مصادیق مشتبه حرز:

1- سرقت از جیب (جیب بری)

اگر جیب کسی را بزنند آیا سرقت از حرز صادق است؟ مشهور فقها در این مورد بین جیب ظاهر و باطن قائل به تفصیل شده اند. با این توضیح که اگر سرقت از جیب روئین باشد، دست قطع نمی شود و اگر سرقت از جیب زیرین باشد، دست قطع می شود.

روایات وارده در این موضوع سه دسته است؛ یک دسته، مطلقاً سرقت از جیب را موجب قطع می داند. دسته دیگر، به طور مطلق، نظر به عدم قطع دارد. و گروه سوم، قائل به تفصیل شده است. روایت دسته اخیر، تعارض بین دو گروه اول را مرتفع می کند. و لذا روایاتی را که مطلقاً نظر به قطع دارد، حمل بر جیب داخل کرده اند و روایات گروه مقابل را حمل بر جیب اعلی.

## 2- سرقت زوج و زوجه از یکدیگر

فقها در مورد سرقت زوجه از مال زوج گفته اند که اگر زوجه از مال زوج به اندازه نفقه اش بردارد سرقت نیست. از این فتوا می توان استفاده کرد که اگر چه حرز شکسته باشد حد نمی خورد. پس اگر زنی از شوهرش پولی بردارد یا اگر مرد بدون اجازه زن یک جهیزیه ای از او بردارد آیا سرقت محسوب می شود؟ در مورد اول اگر برای نفقه باشد سرقت محسوب نمی شود و در مورد دوم هم سرقت نیست و ممکن است از باب خیانت در امانت باشد. اگر طبق قاعده کلی عمل کنیم، همان تفصیل مذکور در مورد اجیر و کارگر را نیز در اینجا باید مورد عمل قرار دهیم. فقها در مورد سرقت زوجه از مال زوج گفته اند: اگر زوجه از مال زوج به اندازه نفقه اش بر دارد. سرقت نیست. از این فتوا می توان استفاده کرد که اگر چه حرز شکسته باشد، حد نمی خورد.

## 3- سرقت ثمره (میوه)

در مورد سرقت میوه سه فرض قابل تصور است:

الف- میوه ها از درخت چیده شده و در حرز قرار گرفته باشد

ب- میوه ها روی درخت بوده و درخت در باغ غیر محصور باشد

ج- میوه ها روی درخت بوده و درخت در باغ محصور و مقفل باشد

در فرض اول بدون تردید قطع اجراء خواهد شد. زیرا با قاعده منطبق است و حرز صدق می کند. چون صندوق برای میوه حرز است.



در فرض دوم هم حرز نیست. فلذا قطع اجراء نخواهد شد. اما فرض سوم مورد بحث و مناقشه است. روایات متعددی بر عدم قطع دلالت می کند.

#### 4- آدم ربایی

آیا آدم ربایی سرقت محسوب می شود؟ و به فرض اینکه سرقت باشد آیا موجب قطع ید است؟ و یا اینکه تعبیر سرقت بر ربودن انسان، استعمال مجازی است؟ در این صورت اگر قطع صحیح باشد به چه عنوانی است؟ بعنوان سرقت است یا افساد ( افساد فی الارض)؟

شیخ طوسی در مبسوط آورده است که آدم ربایی مطلقا مجازات قطع ید دارد و آن را مصداق سرقت گرفته است وی در این خصوص به آیه شریفه سرقت اشاره کرده است ولی قطع را از باب فساد گرفته نه بخاطر سرقت و دلیل آن را اجماع دانسته است، زیرا در قطع ید باید مال مسروقه ربع دینار قیمت داشته باشد و انسان حر ( آزاد ) قیمتی ندارد .

بطور کلی آدم ربایی سرقت تلقی نمی شود چون انسان مالیت ندارد ولی در قدیم بوده چون به عنوان مال تلقی می شده و سرقت محسوب می شد و اگر آدم ربایی تحت عنوان مفسد باشد (یعنی از باب فساد گرفته شود نه به خاطر سرقت ) قطع پای چپ و دست راست مجازات آن است.

#### 5- سرقت اجیر

اگر اجیر از مال مستأجر سرقت کند آیا دست وی قطع خواهد شد؟ مطابق قاعده آنچه در اختیار فرد است، نسبت به او حرز ندارد فلذا اگر روایت در این مورد نباشد سرقت از مال مستأجر مستوجب قطع ید نیست و از مصادیق خیانت در امانت است.

#### 6- هتک حرز به صورت گروهی

به صورت گروهی؛ اگر یک گروهی حرز را هتک کنند و تنها یکی از آنها مال را بر دارد دست کسی که مال را بر داشته فقط قطع می شود، هم هتک حرز و ربودن ( اخراج مال ) باید با هم باشد اگر با هم نباشد مصداق سرقت حدی نیست.

زیرا در قطع ید تحقق هتک و اخراج مال هر دو شرط است و این دو شرط بر خارج کننده مال صدق می کند. و دلیل عدم ثبوت قطع بر هتک به تنهایی، عدم تحقق اخراج مال است. در پاسخ به اشکال مقدر مبنی بر اینکه سارق حرز را به تنهایی هتک نکرده، گفته می شود. که استقلال در هتک شرط نیست. فلذا اگر گروهی به اتفاق یکدیگر مبادرت به هتک حرز و اخراج مال بنمایند در فرض وجود سایر شرایط دست همه آنان قطع می شود.

بطور کلی: (هتک حرز+ اخراج مال) مساوی است با: قطع ید

### 7- اخراج مال به دفعات مکرر

اگر مال مسروقه را که به حد نصاب قطع رسیده است. یکباره از حرز خارج کند. در ثبوت قطع تردیدی نیست. ولی اگر این مقدار را به دفعات از حرز بیرون ببرد دو حالت متصور است:  
الف- مجموع سرقت ها عرفاً یک سرقت تلقی شود.  
ب- سرقت های متعدد به موضوع صدق کند.

در مورد « الف » هر چند میزان مال مسروقه، در هر دفعه کمتر از حد نصاب هم باشد، قطع ثابت می شود زیرا عرفاً مجموعه عملیات یک بار سرقت شناخته شده مثل اینکه فاصله بین دفعات سرقت آنقدر کوتاه است که به آن سرقت مکرر گفته نشود. لازم به ذکر است: بعضی از فقها بلوغ مال مسروقه را به حد نصاب در هر دفعه شرط کرده اند. ولی در مورد « ب » موضوع محل اختلاف است. با این توضیح که برای ثبوت حد قطع آیا لازم است. میزان مال مسروقه در هر بار به حد نصاب رسیده باشد؟ یا اینکه بلوغ مجموع سرقت ها به حد نصاب برای ثبوت قطع ید کافی است. هر چند در هر دفعه مال مسروقه به اندازه نصاب از حرز خارج نشده باشد؟

فردی دو بار دزدی می کند، بار اول یک هشتم دینار و بار دوم هم یک هشتم دینار خارج کرده است، اگر روی هم دزدی به اندازه ربع دینار برسد، سرقت حدی نیست و مجازاتش در قالب سرقت تعزیری میشود.

### 8- اعاده مال مسروقه به حرز

فردی مالی را دزدیده است و مال را بر گردانده است " اعاده مال مسروقه به حرز " آیا سرقت محسوب می شود؟

اگر سارق پس از اخراج مال از حرز ، مال را به حرز بر گرداند ، قطع دست ساقط نمی شود. الف-حق الناس ( قبل از مراجعه به دادگاه)..... ب-حق الله ( بعد از مراجعه به دادگاه) اگر بعد از مراجعه نزد حاکم باشد سرقت حدی است و جنبه عمومی پیدا می کند ، اگر هم مالباخته بگوید تو را می بخشم ، بخشش مالباخته هیچ تاثیری ندارد و حد می خورد و اگر قبل از مرافعه باشد حد نمی خورد .

« اگر توبه بعد از اقرار باشد پذیرفته است ولی بعد از بینه می گویند حاکم جامعه اسلامی مخیر است که حد را جاری کند و یا فرد را ببخشد و یا تبرئه کند.»

-مجازات سرقت حدی در مرتبه اول قطع چهار انگشت و در مرتبه دوم قطع پای چپ تا بر آمدگی پا و در مرتبه سوم هم حبس ابد و بار چهارم هم اعدام . ( ماده 278 ق.م. اسلامی )

ادله اثبات سرقت ( حدی ) : 1- اقرار دو مرتبه 2- شاهد دو مرد عادل 3- علم قاضی

علم قاضی در ق.م. اسلامی مصوب 1392 بالاتر و در قانون مدنی اقرار ارجحیت دارد . چون مثلاً امکان دارد تحت شکنجه مجبور شده دروغ بگوید و به خاطر همین تبرئه می شود ( با توجه به علم قاضی که ارجحیت دارد).

### 9- بلعیدن مال در حرز

اگر مال مسروقه را که به حد نصاب رسیده در داخل حرز و قبل از اخراج ببلعد آیا قطع ثابت می شود؟ در این فرض ، سه حالت را متصور است:  
اول - مال مسروقه با بلعیدن ضایع شود.

دوم- با بلعیدن مال تزییع نشود، ولی اخراج آن عرفاً متعذر باشد  
سوم - با بلعیدن مال تزییع نشود و عرفاً هم اخراج آن متعذر نباشد  
در فرض اول ، مانند اینکه کسی طعامی را در داخل حرز بلعد، عرفاً چنین عملی را موجب ضایع شدن طعام می دانند، در این صورت قطع ثابت نمی شود . زیرا مال به اندازه نصاب از حرز خارج نشده است ، بلکه می توان گفت: مال از حرز اصلاً خارج نشده است. فلذا مجالی برای ثبوت قطع نیست. در حالت دوم با وجود تعذر اخراج مال ، مانند فرض اول می شود نهایت اینکه در اینجا تعذر اخراج مال را در حکم تلف قرا می دهد . و با سارق مثل تالف باید برخورد شود ؛ و لذا قطع ثابت نیست . اما در فرض سوم ، به طور کلی دو حالت متصور است:

الف- یا نسبت به سارق ، اخراج مال از بدن از بلعیدن ممکن است که در اینصورت باید به قصد سارق توجه کرد . اگر قصد سارق سرقت مال بوده و مال هم قابل اخراج از بدن است. با بلعیدن، اخراج حد نصاب از حرز تحقق یافته و قطع ثابت می گردد. و اینجا کیفیت اخراج مال از حرز تأثیری در حکم ندارد. زیرا غرض اخراج از حرز است که این عمل با بلعیدن محقق شده است.  
ب- با بلعیدن قصد خروج مال از حرز وجود نداشته باشد که قطع ید ثابت نیست.

## 8- قاعده «اقرار»:

قاعده درقرآن و حدیث نبوی مورد اشاره قرار گرفته است و مهمترین مدرک آن حدیث پیامبر اعظم(ص) با عنوان: «اقرار العقلاء علی انفسهم جائز» یاد می شود. اقرار در لغت؛ مصدر باب افعال از ریشه «قَرَرَ» به معنای اثبات، مستقر کردن، قرار دادن و استوار داشتن و اذعان و پذیرفتن است. چنان که اگر چیزی بر جای خود قرار گیرد،

پس اقرار در لغت به معنای تثبیت کردن کسی یا چیزی در مکانی است و در اصطلاح چنان که ماده 1259 ق.م. می گوید: «اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر بر ضرر خود»، اقرار در معنای اصطلاحی از معنای لغوی دور نیفتاده است. زیرا به وسیله اقرار ادعای طرف اثبات می گردد.

اقرار در لغت و متفاهم عرف عبارت است از «جعل الشیء ذا قرار و ثبات»؛ چیزی را صاحب قرار و ثبات گرداند. وقتی گفته می شود؛ «اقره علی شغله» یعنی وی را بر شغل و کسبش ثابت گرداند. چنان که از ماده 1259 ق.م. معلوم است؛ اقرار از نظر تحلیلی عبارت است از؛

### الف - اخبار

اخبار، لفظ یا الفاظی است که حکایت از یک نوع اعمال خاص عصبی دماغی در انسان می نماید و وجود امری را در زمان حال یا گذشته بیان می کند، همچنانی که انشاء، لفظ یا الفاظی است که حکایت از یک نوع اعمال خاص عصبی دماغی می نماید که امری را ایجاد می کند. به عبارت دیگر، اعمال خاص عصبی که وجود حق را برای غیر به زیان خود در صفحه دماغ منعکس می نماید، نمی تواند به تنهایی دلیل قرار گیرد، بلکه باید به وسیله چیزی در خارج که دلالت بر آن نماید اعلام شود و آن عموماً لفظ می باشد.

این است که ماده 1260 ق.م. می گوید: «اقرار واقع می شود به هر لفظی که دلالت بر آن نماید». اقرار در فقه عبارت از اخبار از ثبوت حق به نفع دیگری و به زیان خویش است.

### ب - حق

حق، عبارت از اختیاری است که قانون برای کسی شناخته تا بتواند امری را انجام یا ترک نماید. بنابراین در اقرار باید اخبار به وجود حقی بشود، خواه مستقیم باشد چنان که در دعوی طلب کسی بر دیگری، خوانده اقرار به طلب او نماید و یا غیرمستقیم باشد، چنان که در دعوی مطالبه جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد، خوانده اقرار به تأخیر انجام تعهد کند. اقرار مزبور، اخبار به وجود سبب حق برای خواهان است.

### - بررسی کلمه «عقلاء»:

فقیهان، در درجه نخست، مبنای اقرار را عقل می دانند. چرا که وقتی کسی به نفع دیگری و به زیان خود اعتراف به حقی کند، در آن صورت، قطعاً باید به این امر ترتیب اثر داد موجب اعتبار اقرار به زیان اقرارکننده آن است که شخص عاقل، با توجهی که به معنای گفتار و آثار و نتایج آن دارد، هیچ زمان اقرار به وجود حق

برای دیگری، به زیان خود، نمی‌کند، مگر آن‌که آن امر را، در واقع، موجود و او را ذی‌حق بداند. بنابراین چنان‌که کسی مجنون باشد، توجه به آثار و نتایج گفتار خود ندارد تا گفتارش پذیرفته شود. اقرار، بین ادله دیگر ساده‌ترین طریقی است که می‌تواند صحت ادعای طرف را اثبات نماید و هرگونه تردید و اشکال را برطرف کند. زیرا از نظر تحلیلی هیچ عاقلی ادعای دیگری را که به زیان اوست نمی‌پذیرد، مگر آن‌که آن ادعا در واقع محقق باشد. چون انسان عاقل مختار، با توجه به زیان عملی، آن را انجام نمی‌دهد. بنابراین کسی که عاقل است و کاملاً آزاد است چنانچه اقرار بر امری نماید که به نفع دیگری است و خود از آن متضرر می‌شود، باید بر آن بود که امر مزبور درست است. نبوی عام می‌گوید؛ اقرار العقلاء علی انفسهم جائز. بنابراین می‌توان گفت اقرار از نظر آن‌که کاشف از واقع می‌باشد، دلیل بر دعوی قرار گرفته است. با توجه به این معانی است که ماده 1262 ق.م. از جمله شرایط مقرر را عقل دانسته، می‌گوید؛ «**اقرارکننده باید بالغ و عاقل ... باشد...**». چنان‌که گذشت، تأثیر اقرار به اعتبار آن است که شخص عاقل مختار خبری نمی‌دهد که به زیان او و نفع دیگری باشد مگر آن‌که آن گفتار صحیح باشد. بنابراین عدم تصدیق مقرر هیچ‌گونه تأثیری در اعتبار اقرار ندارد. از این جهت است که هرگاه کسی اقرار به مدیونیت خود به نفع غیر نماید، کشف می‌گردد که غیر، دارای حق مزبور می‌باشد. ولی هرگاه غیر، آن را تکذیب نماید یعنی خود را ذی‌حق نداند، اقرار مزبور نسبت به او اثری ندارد. زیرا تکذیب‌کننده با توجه به آثار گفتار خود از (نبود و) عدم وجود حق خبر داده است و شخص عاقل در صورتی که امری را مطابق با واقع نداند، هیچ‌زمان به زیان خود اقرار نمی‌کند. ماده 1272 ق.م. می‌گوید؛ «**در صحت اقرار، تصدیق مقرر شرط نیست لیکن اگر مفاد اقرار را تکذیب کند، اقرار مزبور در حق او اثری نخواهد داشت.**».

بنابراین هرگاه کسی اقرار نماید مالی که در تصرف دارد متعلق به شخص معین می‌باشد و شخص مزبور آن را تکذیب کند، مال مزبور از آن هیچ‌یک شناخته نمی‌شود. زیرا مقرر پس از اقرار به آن که مال متعلق به مقرر است، اقرار به عدم مالکیت خود نموده است و چنانچه مقرر اقرار مقرر را تکذیب نماید، او نیز اقرار به عدم مالکیت خود کرده است و گفته هر دو آنان معتبر می‌باشد و مال مجهول‌المالک محسوب می‌گردد.

#### - بررسی عبارت «علی انفسهم»:

کلمه «علی» که در حدیث آمده است در معنی ضرر، استعمال شده است. گفته می‌شود؛ «**أنت لنا أو علینا**» یعنی؛ تو به نفع ما و یا به ضرر ما هستی. کلمه جائز که در حدیث آمده است به معنای نافذ است. از ظرف «علی انفسهم» آنچه متبادر به ذهن می‌شود این است که متعلق به کلمه اقرار است و قرینه است بر این که پس از کلمه «جائز»، «علی انفسهم» دیگری مقدر می‌باشد و در اصل، تقدیر کلام چنین است که «اقرار العقلاء علی انفسهم جائز علی انفسهم»؛ چون ظاهر کلام این است که رسول خدا (ص) خواسته است بفرماید؛ «هرگاه اقرار عقلا به ضررشان باشد، آن اقرار در حق آن‌ها نافذ است»

در اقرار، باید اخبار به وجود حق برای غیر باشد و الا چنان که کسی اخبار به وجود حق برای خود کند، دعوی حق می‌نماید و اصطلاحاً نمی‌توان آنرا اقرار نامید.

در اقرار، مقرر، خبر از وجود حق برای دیگری، بر ضرر خود می‌دهد و الا چنانچه مقرر، اخبار از وجود حق برای کسی به ضرر دیگری بنماید، گواهی داده است. گاه ممکن است اقرار در ظاهر به زیان اقرارکننده و در حقیقت به زیان دیگری باشد، در این صورت، این امر اقرار کامل محسوب نمی‌گردد، مانند آن که داین در جریان عملیات اجرایی دادگاه، اموالی را از مدیون خود بازداشت نماید. زن مدیون، دعوایی را به طرفیت شوهر خود و طلبکار اقامه می‌نماید که اموال موردبازداشت جهیزیه و متعلق به او می‌باشد، و مدیون در مقابل دعوی زن اقرار می‌کند که اموال مزبور از او نیست و جهیزیه زن اوست. گفتار شوهر اگرچه به اعتبار دعوی زن اقرار محسوب می‌شود، ولی بر زیان طلبکار که آن اموال به نفع او بازداشت شده می‌باشد، بدین جهت است که اقرار مزبور نسبت به طلبکار اثری ندارد.

این است که ماده 1265 ق.م. می‌گوید: «اقرار مدعی افلاس و ورشکستگی در امور راجعه به اموال خود، به ملاحظه حفظ حقوق دیگران، منشأ اثر نمی‌شود تا افلاس و عدم افلاس او معین گردد.»  
گرچه ورشکسته، محجور واقعی به معنای مصطلح نیست و اشکالی از لحاظ عقل و اراده ندارد و حجر او به سبب مصلحت و حفظ حقوق اشخاص ثالث است.

## 9- قاعده لوث و قسامه

بر طبق قاعده: «لا قسامه الا فی لوث»: هیچگاه قسامه اجرا نمی شود مگر در جایی که لوث وجود داشته باشد

یکی از ادله اثبات قتل چهار چیز است:

اقرار دو مرتبه - بینه - قسامه - علم قاضی - شهادت دو نفر مرد عادل

- غیر از قسامه سه مورد دیگر برای دعوی کیفری کاربرد دارد.

روش اثبات جرم در فقه اسلامی به دو طریق است 1- روش عام 2- روش خاص. روش عام، روشی است که اصولاً برای اثبات همه جرایم با کم و بیش اختلاف قابل اعمال است و روش خاص، همان طور که از نامش پیداست، روشی است که برای اثبات جرم در موارد خاص به کار می رود؛ مثل قسامه در قتل.

### روش اثبات جرم در فقه شیعه

تنها موردی که قسامه اجرا می شود، جایی است که «لوث» وجود دارد؛ لذا به صورت یک قاعده کلی گفته شده است: «لا قسامه الا فی لوث»؛ هیچ گاه قسامه اجرا نمی شود مگر جایی که لوث وجود دارد. قسامه در لغت، به معنای قسم یاد کردن است. به نظر شهید ثانی، قسامه (با فتح قاف) برای اولیای دم است که بر ادعای خود سوگند یاد کنند. فقهای شیعه به اتفاق، نظر دارند که قسامه برای قتل همراه با لوث است و در غیر از مورد لوث جایی ندارد. به استناد مواد 313 و 314 قانون مجازات اسلامی، نظریه فوق در سیستم حقوق کیفری ایران نیز پذیرفته شده است.

ماده 313 قانون مجازات اسلامی: «قسامه عبارت از سوگندهایی است که در صورت فقدان ادله دیگر غیر از سوگند منکر و وجود لوث، شاکی برای اثبات جنایت عمدی یا غیرعمدی یا خصوصیات آن و متهم برای دفع اتهام از خود اقامه می کند.»

قسامه یکی از راههای اثبات وقوع جنایت (قتل و صدمات بدنی) در فقه اسلامی و حقوق کیفری ایران است و در مواردی کاربرد دارد که قاضی مورد قتل یا جراحت وارده را از موارد «لوث» تشخیص دهد؛ لوث به معنای وجود قرائن و دلایلی است که برای اثبات وقوع جرم کافی نبوده اما ظن به راست بودن آن وجود داشته باشد. ماده 313 قانون مجازات اسلامی مصوب سال 1392 در تعریف قسامه مقرر کرده «قسامه عبارت از سوگندهایی است که در صورت فقدان ادله دیگر به غیر از سوگند منکر و وجود لوث، شاکی برای اثبات



جنایت عمدی یا غیرعمدی یا خصوصیات آن و متهم برای دفع اتهام از خود اقامه می‌کند.» کاربرد قسامه فقط در جنایات است؛ به این معنا که سایر جرایم با قسامه اثبات نمی‌شوند. همچنین در جنایات علاوه بر اینکه می‌توان از قسامه برای اثبات گناهکاری و نیز بی‌گناهی استفاده کرد، می‌توان خصوصیات جنایت، یعنی عمدی یا غیرعمدی بودن آن را هم اثبات کرد. از لحاظ سلسله مراتب دلیل، قسامه در درجه پایین‌تری نسبت به اقرار و شهادت قرار دارد و همانطور که ماده 313 قانون مجازات اسلامی تصریح کرده است، در صورت فقدان دلایل دیگر توسل به قسامه جایز است.

### لوث در قتل:

همان‌گونه که گفته شد، ماده 313 قانون مجازات اسلامی مصوب سال 1392، توسل به قسامه را در مورد فقدان دلایل دیگر و وجود لوث جایز می‌داند. ماده 314 در تعریف لوث مقرر می‌کند «لوث عبارت از وجود قرائن و اماراتی است که موجب ظن قاضی به ارتکاب جنایت یا نحوه ارتکاب آن از جانب متهم می‌شود.» ماده 316 این قانون نیز مقام قضایی را موظف کرده در صورت استناد به قسامه، قرائن و امارات موجب لوث را در حکم خود ذکر کند. در هر حال با توجه به ماده 314 قانون مجازات اسلامی، مصادیق لوث حصری نیست و تمامی قرائن و اماراتی که برای قاضی، ظن به ارتکاب جنایت از جانب متهم ایجاد کند، از مصادیق لوث محسوب می‌شود. تشخیص لوث نیز با مقام قضایی رسیدگی‌کننده به پرونده است.

### تفاوت قسامه قتل با قسامه جنایت:

قسامه قتل با قسامه جنایت، تفاوت‌هایی دارد که یکی از این تفاوت‌ها، از لحاظ تعداد سوگند است؛ در قتل عمدی نصاب قسامه 50 قسم و در قتل‌های غیرعمدی یعنی شبه‌عمد و خطای محض 25 قسم است. این موضوع در حالی است که در جنایات طبق ماده 456 قانون مجازات اسلامی مصوب سال 1392، میزان قسم با توجه به میزان دیه متفاوت است. به عنوان مثال، جنایتی که موجب دیه کامل باشد، با 6 قسم ثابت می‌شود. در این زمینه، در ماده 336 آمده است «نصاب قسامه در اثبات قتل عمدی، سوگند 50 مرد از خویشاوندان و بستگان مدعی است. با تکرار سوگند قتل ثابت نمی‌شود.» همچنین بر اساس ماده 455 «قتل عمدی موجب دیه، به شرح مقرر در باب قصاص با قسم 50 مرد و قتل غیرعمدی با قسم 25 مرد، تنها در صورت حصول لوث و فقدان ادله دیگر غیر از سوگند منکر، اثبات می‌شود.» همچنین در قسامه قتل، با تکرار سوگند، قتل ثابت نمی‌شود؛ در حالی که در جراحات یا جنایات طبق تبصره یک ماده 456 قانون مجازات اسلامی، در صورت نبودن نفرات لازم، مجنی‌علیه خواه مرد باشد خواه زن می‌تواند به همان اندازه قسم‌ها را تکرار کند.

### تفاوت قسامه قتل با جنایت از جهت اثبات قصاص :

تفاوت دیگر قسامه قتل با جنایت، از جهت اثبات قصاص است. در قسامه قتل در صورتی که سوگند با نصاب بوده و شرایط آن کامل باشد، قصاص ثابت می‌شود اما در جراحات با قسامه، فقط دیه ثابت می‌شود. ماده 456 قانون مجازات اسلامی تاکید می‌کند که مجنی‌علیه در جنایت بر اعضا می‌تواند با اقامه قسامه جنایت مورد ادعا را اثبات و دیه آن را مطالبه کند اما حق قصاص با آن ثابت نمی‌شود. تفاوت دیگر قسامه قتل با قسامه جنایت، از حیث سوگند خوردن یا سوگند نخوردن مجنی‌علیه است. در قسامه قتل، شاکی یا متهم می‌توانند یکی از سوگندخوردگان باشند (ماده 337 قانون مجازات اسلامی) اما در قسامه جراحات، مجنی‌علیه الزاماً باید یکی از سوگندخوردگان باشد (ماده 456 همان قانون)

### مهلت اجرای قسامه در جنایات غیر عمدی :

در خصوص مهلت اجرای قسامه در جنایات غیر عمدی، این پرسش مطرح می‌شود که اگر مدعی نتواند در مهلت تعیین شده 50 نفر را حاضر کند، آیا مهلت اجرای قسامه تمدید می‌شود یا خیر؟ که در پاسخ باید گفت طبق ماده 318 قانون مجازات اسلامی، در جنایات غیر عمدی، متهم بدون سپردن تأمین و در جنایات عمدی با سپردن تأمین مناسب آزاد می‌شود اما حق اقامه یا مطالبه قسامه برای شاکی محفوظ است و سه ماه به او مهلت داده می‌شود و اگر در این مهلت اقامه قسامه نکرد یا آن را از متهم مطالبه نکرد، از تأمین اخذ شده رفع اثر خواهد شد. در مورد تمدید مهلت نیز سخنی در قانون نیامده است.

### نحوه اجرای قسامه :

در خصوص نحوه اجرای قسامه باید گفت که در صورت حصول لوث، ابتدا از متهم، برای نفی اتهام از وی، دلیل مطالبه می‌شود و اگر دلیلی آرایه شد، نوبت به قسامه شاکی نمی‌رسد و متهم تبرئه می‌شود. در غیر این صورت، با ثبوت لوث، شاکی می‌تواند اقامه قسامه کرده یا از متهم درخواست قسامه کند که این موضوع نیز شامل موارد و حالاتی است. در شکل نخست، شاکی قسامه را با نصاب معتبر آن اقامه می‌کند؛ در این حالت، حق شاکی ولو قصاص ثابت می‌شود. در حالت دوم، شاکی از متهم درخواست قسامه می‌کند؛ که در این حالت نیز طبق ماده 319 قانون مجازات اسلامی، اگر متهم قسامه را با نصاب معتبر آن اقامه کرد، تبرئه شده و در صورت خودداری متهم از اقامه قسامه، وی محکوم به پرداخت دیه می‌شود. در حالت سوم، نه خود شاکی اقامه قسامه کرده و نه آن را از متهم مطالبه می‌کند؛ در این حالت، طبق ماده 318 این قانون، در جنایات غیر عمدی متهم بدون سپردن تأمین و در جنایات عمدی با سپردن تأمین مناسب آزاد می‌شود اما

حق اقامه یا مطالبه قسامه برای شاکی محفوظ است و سه ماه به او مهلت داده می‌شود و اگر در این مهلت، اقامه قسامه نکرد یا از متهم آن را مطالبه نکرد، از تأمین اخذشده رفع اثر می‌شود.

همان طور که بیان شد لوث؛ اماره ای که به کمک آن گمان به صدق حرف مدعی می‌رود مثلاً یک فرد با سلاح آغشته به خون در حال فرار کردن است و جلوتر می‌بینیم خون آلود روی زمین افتاده و مرده، فردی که هراسان در حال فرار کردن است قاتل است. اگر این حالت را مدعی دید خودش مرد خویشاوندانش 50 بار قسم می‌خورند به آن قسامه می‌گوییم. ممکن است خویشاوندان کمی داشته باشد هر کدام 5 بار قسم می‌خورند یا 25 نفر باشند هر کدام 2 بار قسم می‌خورند و به وسیله این قسامه حاصل می‌شود. تایید می‌کند و این قتل ثابت می‌شود.

شهادت یک مرد عادل، شهادت کافری که مؤمن به مذهب خود باشد. شهادت زنان و فاسقین از موارد لوث است. شهادت کودکان موجب لوث نیست؛ مگر اینکه به تواتر برسد. شهادت کفار نیز از موارد لوث نیست. البته مشهور علما، شهادت کفار را از موجبات لوث می‌دانند.

#### نکته : قسم شخص جزء ادله اثبات ادله کیفری نمی‌باشد.

قسامه که با لوث ثابت می‌شود تا خون مسلمان هدر نرود، برای این وضع شده است. یعنی این که یک شخص نباید این جرات را داشته باشد که در عموم فردی بکشد و فرار کند. یک فردی که مرتکب جرم می‌شود اصلاً حالت طبیعی و عادی ندارد و شخصی به راحتی تشخیص می‌دهد که فرد آدم مشکوکی است در علم جرم شناسی این ثابت شده است.

**حکمت تشریح قسامه این است که « خون مسلم باید صیانت شود و نباید هدر رود ».**

اگر قاتل را شناختند قصاص می‌کنند، اگر شناختند دیه این فردی که کشته شده باید از بیت المال پرداخت شود که خون مسلمان هدر نرود.

**ادله اثبات** : ( قسم را خویشاوندان ذکور پدری می‌خورند ) به نوعی هم عاقله هستند .

- ادله اثبات قسامه ( مشروعیت قسامه )

1- احادیثی که در این زمینه وجود دارد و گفته است که قسامه برای احتیاط در خون مردم وضع شده است یا گفته شده که قسامه برای نجات جان انسان هاست.

2- دومین دلیل توجیهاات و ادله عقلی که در این زمینه وجود دارد که در مواردی که ظن یا شک قریب به یقین وجود دارد باید به آن ظن یا شک قریب به یقین اعتماد کرد. " صحبت از جان یک انسان است".

یک فردی به صورت کشته شده پیدا شده و یا در بن بست پیدا شود اینجا لوث وجود دارد که صاحب خانه کشته است. هر جا در محل عمومی باشد محل لوث می باشد. در زمان کنونی لوث زیاد مصداق ندارد.

اثبات قصاص با قسامه یک چیز بعیدی است. در گذشته که خانواده ها به صورت جمعی زندگی می کنند مصداق بیشتر داشت. امروزه علم قاضی کاربرد دارد. استفاده از نظر کارشناس و پلیس علمی و نظر پزشک قانونی است و برای قاضی علم ایجاد می کند.

اگر جایی شک و شبهه به وجود آمده که فردی قاتل است یا قاتل نیست ، طبق قاعده درء باید حکم برایش صادر کرد به خاطر احتیاط در ( خون ) قاعده درء محدود به حد نمی باشد در قصاص و تعزیر هست.

از نظر فقهای شیعه قسامه وقتی قابل اعمال است که لوث وجود داشته باشد.

حضرت سیدالشهداء(ع): «هرکس گره از کار مسلمانی بگشاید، خداوند در دنیا و آخرت گره از کارش می گشاید». التماس دعا

### فهرست منابع

- 1- ابن اثير ، مبارك بن ابى الكرم ، نهايه فى غريب الحديث ، داراحياء التراث العربى ، بيروت ، بى تا .
- 2- ابن بابويه ، شيخ صدوق ، محمد بن على ، الاعتقادات ، قم ، نشر المؤتمر العالمى لالفیه الشيخ المفيد، چاپ اول، 1314ه.ق.
- 3- من لا يحضره الفقيه ، دار صعب و دار التعارف، بيروت ، 1401 ه.ق.
- 4- محقق داماد، مصطفى، قواعد فقه جزائى، تهران، مركز نشر علوم اسلامى، 1390.
- 4- المقنع، ( الجوامع الفقهيہ ) چاپ رحلى ، افسست قم.
- 5- خصال ، دار صعب و دارالتعارف، بيروت بى تا.
- 6- ابن حزم اندلسى ، ابى محمد على بن احمد بن سعيد ؛ المحلى بالاثار؛ دارالجيل و دار الافاق الجديده ، بيروت ، بى تا.
- 7- ابن زهره ، غنيه الزوع، الجوامع الفقهيہ ( يك جلدى ) ، قم .
- 8- ابن عابدين ، محمد بن امين، رد المختار على الدر المختار، دار الطباعة العامره، بيروت، 1257 ه.ق.
- 9- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، المغنى (همراه با شرح الكبير)، داراحياء التراث العربى، بيروت، 1404ه.ق.
- 10- روضه الناظر و جنبه المناظر، بيروت، 1401ه.ق.
- 11- ابن قيم جوزى، الام الموقعين سعن رب العالمين، قاهره، چاپ دارالحديث، 4جلد، بى تا.
- 12- ابن ماجه، محمد بن يزيد؛ السنن المصطفى، با تصحيح محمد فوادالباقى، مطبقة مصطفى البابى الحلبى، قاهره، بى تا.
- 13- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب؛ بيروت، دارالتراث العربى، 1408ه.ق.