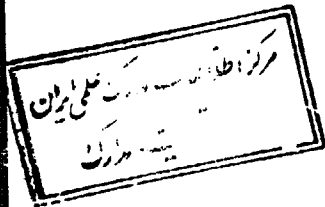


۱۲۴/۱۵

۱۳۷۹ / ۱۲ / ۲۰



**دانشگاه تهران**  
مجتمع آموزش عالی قم

پایان نامه برای اخذ درجه فوق لیسانس حقوق جزا و جرم‌شناسی

موضوع:

# «قسم در دعاوی کیفری»

استاد راهنما:

حضرت آیت الله سید محمد حسن مرعشی

استاد مشاور:

جناب آقای محمد جواد فتوی

استاد داور:

۹۸۴۲

دکتر جعفر کوخا

نگارنده:

علی آبکار

اسفندماه ۱۳۷۸

۳۲۴۱۴

## تقدیر به

حضرت امام خمینی رحمته الله علیه منادی اسلام ناب

محمدی، شهدای انقلاب که با خون خود فلسفه

عمیق شهادت را تفسیر کردند، جانبازان، آزادگان

سرافراز مملکت اسلامی و دانشجویان مسلمان.

## تَقْدِير

لازم است در اینجا از زحمات و ارشادهای بی دریغ  
استاد ارجمندم حضرت آیت الله سید محمدحسن  
مرعشی و راهنمایی‌های جناب آقای محمد جواد  
فتحی که در نگارش این اثر راهگشا بوده تشکر و  
قدر دانی نمایم.

## «فهرست مطالب»

صفحه	عنوان
۱	مقدمه
۹	بخش اول قسم
۱۰	فصل اول: موقعیت قسم در بین سایر ادله
۱۳	گفتار اول: ضرورت وجود قسم به عنوان دلیل
۱۶	گفتار دوم: نقش قسم در دعاوی کیفری
۱۶	الف: اقامه دلیل در امور کیفری به عهده کیست؟
۱۹	ب: قسم در دعاوی کیفری و اصل برائت
۲۱	ج: طریقت و موضوعیت در قسم
۲۲	د: آثار قسم
۲۳	ه: مجازات قسم دروغ
۲۴	و: قاعده بینه مدعی و قسم منکر
۲۴	۱- منابع و شرح اجمالی قاعده
۲۷	۲) تعریف مدعی و منکر
۲۸	۳) استثنائات قاعده
۲۸	ز) موارد اقامه قسم
۳۰	فصل دوم: ماهیت و انواع قسم
۳۰	گفتار اول: ماهیت قسم
۳۰	الف: معنای لغوی و اصطلاحی قسم
۳۱	ب: سابقه تاریخی قسم
۴۲	ج: مبنای قسم
۴۲	۱ - مبنای شرعی
۴۳	۲ - مبنای قانونی
۴۴	گفتار دوم: انواع قسم
۴۴	الف: قسم مدعی

۴۴	۱. قسم مدعی در قتل و جرح
۴۵	۲. قسم مردود
۴۵	- قسم مردود در دعاوی مدنی
۴۵	- قسم مردود در دعاوی کیفری
۴۷	۳ - قسم جزء بینه:
۴۷	۴ - قسم استظهاری:
۴۷	ب: قسم منکر
۴۸	۱ - قسم منکر در جرائم تعزیری
۴۸	۲ - قسم منکر در حدود
۴۸	۳ - قسم منکر در قتل عمدی، جایی که اصل قتل ثابت باشد
۴۹	۴ - قسم منکر در موارد لوث
۴۹	۵ - قسم بتی
۵۰	۶ - قسم نفی العلم
۵۰	ج: قسم ثالث
۵۰	۱ - قسم بستگان نسبی
۵۱	۲ - قسم شهود
۵۱	گفتار سوم: کیفیت اقامه قسم
۵۱	الف: صیغه قسم
۵۳	ب: مطالبه قسم
۵۴	ج: موضوع قسم
۵۵	د: وکالت در قسم
۵۶	ه: شرایط اطراف قسم
۶۴	گفتار چهارم: قسم در قوانین ماهوی
۶۴	الف: نقش قسم در اثبات جرائم تعزیری
۶۶	۱ - تعریف تعزیر و فرق آن با حدود
۷۰	۲ - نظریات مختلف پیرامون موضوع
۷۴	ب: نقش قسم در حدود

۷۴	۱ - تعریف حد
۷۶	۲ - آیا قسم می‌تواند حد را ثابت کند؟
۷۸	۳ - قسم در سرقت حدی
۷۹	۴ - نقش قسم در جایی که بینة وجود دارد
۸۰	بخش دوم: لوٹ و قسامہ
۸۲	فصل اول: لوٹ
۸۲	گفتار اول: تعریف لوٹ
۸۲	الف): معنای لغوی و اصطلاحی لوٹ
۸۳	ب) لوٹ در گفتار فقهاء
۸۵	ج) لوٹ در قانون مجازات اسلامی
۸۷	گفتار دوم: ماهیت قضائی لوٹ
۸۷	الف) آیا لوٹ دلیل اثبات قتل است
۸۸	ب) میزان اعتبار لوٹ در قسامہ
۸۸	۱ - تلازم لوٹ و اجرای قسامہ
۸۹	۲ - تلازم ظن قاضی و اجرای قسامہ
۹۰	۳ - عدم لزوم ظن قاضی و لوٹ برای اجرای قسامہ
۹۱	گفتار سوم: شرایط تحقق لوٹ
۹۱	الف): موارد به وجود آمدن لوٹ
۹۱	۱ - وجود مقتول
۹۱	۲ - عدم کفایت ادله برای انتساب قتل به متهم
۹۱	۳ - حضور متهم در مکان و هنگام جنایت
۹۲	۴ - فقدان شک
۹۲	۵ - عدم مواطات:
۹۳	ب) لوٹ ناشی از شهادت زنان و فساق و صغار
۹۳	ج) لوٹ ناشی از صفت شرارت (متهم)
۹۴	د) غیر محصور بودن مصادیق لوٹ
۹۶	ه) وجود لوٹ در مورد بعضی از مدعی علیهم

- ۹۷ ..... (و) آثار لوث
- ۹۸ ..... گفتار چهارم: موانع حصول لوث
- ۹۸ ..... الف) مواردی که لوث نیست
- ۱۰۰ ..... ب) مسقطات لوث (تعارض ظنون)
- ۱۰۱ ..... فصل دوم: قسامه
- ۱۰۱ ..... گفتار اول: تعریف و تاریخچه قسامه
- ۱۰۲ ..... الف: تعریف قسامه
- ۱۰۳ ..... ب: تاریخچه قسامه (پیدایش قسامه در اسلام)
- ۱۰۳ ..... ۱ - دلیل نقلی
- ۱۰۴ ..... ۲ - دلیل عقلی
- ۱۰۴ ..... گفتار دوم: منابع قسامه
- ۱۰۵ ..... الف) منابع روائی قسامه
- ۱۰۷ ..... ب) قسامه در قانون مجازات اسلامی
- ۱۰۷ ..... ۱ - مصادیق لوث منتهی به قسامه در قانون مجازات اسلامی
- ۱۰۸ ..... ۲ - مفهوم لوث منتهی به قسامه
- ۱۰۸ ..... - حل تعارض
- ۱۰۹ ..... ج) امکان جمع قسامه با قاعده "یمین منکر"
- ۱۱۱ ..... د - امکان جمع قسامه با اصول علمی
- ۱۱۲ ..... گفتار سوم: ماهیت قسامه
- ۱۱۲ ..... الف) قسامه دلیل است یا اماره
- ۱۱۳ ..... ب) لوث منتهی به قسامه اماره قانونی است یا قضائی
- ۱۱۴ ..... ج) طریقت و موضوعیت در قسامه
- ۱۱۶ ..... د) مقایسه قسامه با سایر ادله
- ۱۱۹ ..... ه) تفاوت قسم و قسامه
- ۱۲۱ ..... و) آیا قسامه مثبت جرم است یا نفی اتهام؟
- ۱۲۲ ..... ز) قسامه مثبت قتل است یا دیه؟
- ۱۲۴ ..... گفتار چهارم: احکام قسامه



۱۲۴	الف) کیفیت اجرای قسامه .....
۱۲۴	۱ - مطالبه بینه از متهم .....
۱۲۶	۲ - نکول متهم از اقامه قسامه .....
۱۲۸	۳ - آیا در قسامه مدعی باید یکی از سوگند خورندگان باشد .....
۱۳۰	ب) کمیت قسامه .....
۱۳۰	۱ - تعداد افرادی که در قسامه شرکت می‌کنند .....
۱۳۱	۲ - تکرار ایمان یا قسامه کمتر از پنجاه نفر .....
۱۳۵	گفتار پنجم: تعریف ولی دم و شرایط حالفین .....
۱۳۵	الف) ولی دم کیست؟ .....
۱۳۸	ب) شرایط حالفین .....
۱۳۹	۱ - مرد بودن حالف .....
۱۳۹	- سوگند زنان: .....
۱۴۱	۲ - عقل و بلوغ و عدالت .....
۱۴۲	۳ - علم حالفین و منشأ آن .....
۱۴۳	۴ - مذهب حالفین و قسامه کفار .....
۱۴۶	نتیجه گیری .....
۱۴۹	فهرست منابع و مآخذ .....
۱۴۹	الف) منابع فارسی .....
۱۵۱	ب) منابع عربی: .....
۱۵۳	ج) سایر منابع (مقالات، پایان نامه، جزوات) .....

## مقدمه

برای اثبات دعاوی کیفری، چنانچه متهم، مقرر به جرم ارتكابی نباشد وجود بینه شرط اساسی است.

سؤالی که پیش می‌آید این است که چنانچه مدعی، اقامه بینه نکند آیا براساس اصلی کلی برائت باید متهم را تبرئه نمود یا اینکه جهت اصدار حکم برائت اتیان سوگند از جانب متهم منکر ضرورت دارد؟

و به عبارت دیگر آیا قسم می‌تواند به عنوان یک دلیل جرم را اثبات کند و آیا قسم در قوانین موضوعه فعلی جایگاهی دارد یا نه؟

قسم یا سوگند که عبارت از گواه گرفتن خداوند بر صحت گفتار یادکننده سوگند می‌باشد یکی از ادله‌ای است که از زمانهای قدیم در حل و فصل دعاوی مورد استفاده قرار می‌گرفت و چون قسم منشأ مذهبی دارد و در ادیان مختلف دارای جایگاه ویژه می‌باشد به دلیل گرایش شدید انسانها به مبانی مذهبی و ایمان کامل به ان مبانی، معمولاً قوانین و رسومات مذاهب را در روابط اجتماعی خویش به کار می‌برند و چون خداوند را حاکم علی الاطلاق بر تمامی موجودات می‌دانند، سوگند به نام چنین خداوندی را به دیده احترام می‌نگرند و از بیم عقوبت و عذاب وی از سوگند دروغ اجتناب نموده و حتی شهادت دروغ هم نمی‌دهند.

با تحولاتی که در جهان کنونی به علت پیشرفت تکنولوژی و علم حاصل شده است و این تعبد به علت عوامل متعدد کم رنگ شده و روح ایمان در انسانها رفته رفته کم شده است، سوگند هم مثل شهادت به تدریج از اهمیت والای آن کاسته شده است. به همین علت آنطوری که ملاحظه می گردد در قوانین موضوعه امری کمتر دیده می شود بابتی در این خصوص مطرح و از آن به عنوان دلیل اثبات دعاوی استفاده گردد.

وقتی در مواردی که قسم دلیل اثبات جرم و دعاوی حقوقی به شمار می رود اگر شاهد و سوگند خورنده معلوم شود دروغ، شهادت داده و یا سوگند خورده اند نه فقط بر خلاف اخلاق امری مذموم و زشت است بلکه با تعیین مجازات برای سوگند دروغ در همه زمانها و مقاطع مختلف قانونگذاری، به مقابله با سوگندهائی پرداخته اند که دروغ بوده و سوگند یاد کننده و شاهد از روی بی اطلاعی و بدون علم سوگند خورده اند.

اساساً باید دید چرا در دعوائی برای اثبات آن از سوگند استفاده می شود؟ آیا سوگند برای حصول اطمینان و طمأنینه وجدان قاضی است یا صرفاً از جهات ثبوت و اثبات یا اسقاط دعوی است. خلاصه باید دید آیا سوگند و قسم در مرحله ای است که قاضی و داور و یا خواهان و خواننده یا شاکی و مشتکی عنه نسبت به دعوی مطروحه در رسیدگی به امر عاجز و از احقاق حق مستأصل شده اند و به عنوان آخرین درمان می خواهند از آن بهره برداری کنند یا خصوصیت دیگری در بین است<sup>(۱)</sup>

در صورتی که می دانیم در امور اداری و استخدامی و در امور سیاسی و کشورداری، سوگند برای پرهیز از کجروی، احتراز از تمایل به کینه توزی و تخلف، انتقام جویی در امور غیر شرافتی، حفظ بی طرفی، رعایت عدالت، احقاق حق، رفع ظلم، حمایت از مظلوم، صیانت اموال، وثیقه راستی و درستی و سند شرف و وجدان کسانی است که به جهاتی ملزم به آن هستند.

آری سوگندی که در گرو معرفت و شرافت آدمی است و امروز جزء تشریفات رسمی به

حساب آمده، در آن زمان وسیله احقاق حق و شفافبخش قلبهای آتش گرفته و انتقام گرا بوده و در بسیاری از موارد و دعاوی وسیله تکمیل اثبات یا طرح دلائل طرف یا اسقاط خواسته‌ها، خصومت‌ها و دفع غائله و بالاخره تکیه گاه صدور احکام بوده است.

در مورد موضوعات کیفری باید مصلحت جامعه و اصلاح متهم را در نظر گرفت و موضوعات و قوانین جزایی را تا آنجا که امکان دارد به نفع متهم یا مجرم تفسیر نمود. از طرف دیگر می‌بینیم که در قانون مجازات عمومی سابق در مواد ۲۱۶ و ۲۱۷ و ۲۱۸ و ۲۷۵ برای کسانی که در امور جنجه و جنایات شهادت دروغ بدهند از حیث مجازات، قانونگذار تفاوت قائل شده و تفاوت کیفر بستگی به تأثیر شهادت یا عدم تأثیر آن در صدور حکم داشت.

ولی بالعکس برای کسی که در امور حقوقی قسم متوجه او شده باشد و سوگند دروغ یاد نماید به یک الی سه سال حبس تأدیبی محکوم خواهد شد. تغییرات مستندات قانونی شهادت و قسم دروغ در دعاوی بعداً ذکر خواهد شد. اساساً خصوصیت به بینه و یمین است و بنا به مقتضای اصل "الْبَيْئَةُ عَلَى الْمُدَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ" قسم در دعاوی و فصل خصومات در شأن و موقعیت منکر است ولی در چند مورد اجرای مراسم سوگند به عهده مدعی گذاشته شده که از آن جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:<sup>(۱)</sup>

رد قسم از طرف مدعی علیه که آن را «یمین مردود» می‌گویند و در دعاوی بر میت که مدعی بر اقامه شهود، قسم هم یاد می‌کند که آن را قسم «استظهاری» گویند و همچنین در دعاوی بر مجنون و در دعوی دم، در صورتی که دعاوی لوث باشد مدعی می‌تواند با اقامه قسم، قتل را اثبات کند.

تحولاتی که پس از انقلاب اسلامی در نظام قضایی کشور به وجود آمد، سبب شد تا برخی از احکام جزائی اسلام که سالیان متمادی به آن عمل نمی‌شد جنبه اجرایی پیدا کند و قدرت شگرف خود را در جامعه نشان دهد از جمله احکامی که بعد از پیروزی انقلاب اسلامی مورد توجه قرار گرفت مسئله اثبات بعضی از جرائم توسط قسم است.

اگر چه اجرای آن باعث شد که قوانین و احکام سعادت بخش اسلام جایگاه خود را در زندگی مردم پیدا کند و لیکن چون این شیوه اثبات قتل امری فوق العاده استثنایی است لذا اجرای آن به علت حساسیت موضوع باید با کمال احتیاط صورت گیرد و علاوه بر آن بسیاری از حقوقدانان معتقدند که حاکم نمی تواند باتوسل به قسم هیچ جرمی را به اثبات برساند از آنجایی که قسامه نمونه بارز و آشکار استفاده از قسم به عنوان دلیل می باشد با انتقادات زیادی روبرو گردیده است. انتقاد کنندگان ضمن رد استفاده از قسامه، معتقدند همان اندازه که مجرمین با وسایل تکنیکی جدید مرتکب جرمهای پیچیده می شوند که کشف آنها را مشکل می سازد همان اندازه هم علم امروز کشف آثار جرم را آسان نموده و شناسایی مجرمین را سهل کرده است. بعنوان مثال اثر انگشتان و یا آثار پا و باقی ماندن لکه ای از خون قاتل بر بدن مقتول، هویت جانی را مشخص می کند و حتی تار مویی که تحت مطالعه قرار گیرد صاحبش را معرفی می نماید.<sup>(۱)</sup>

همان گونه که تجزیه خون و ادرار و یا آب دهان و نطفه و... نوع بیماری مریض را مشخص می کند آثاریکه از مجرمان در صحنه جرم به دست می آید، آنان را معرفی می نماید و سائل شگفت انگیز جاسوسی که امروزه در جهان شرق و غرب شناخته شده است و رقابتی در میان کشورها برای کسب اطلاعات وجود دارد خود نمونه بارزی از پیشرفت علوم بشری می باشد. فقط دقت و کنجکاوی لازم دارد تا با استفاده از تکنولوژی روز آثار به جامانده در صحنه جرم را جمع آوری و مورد استفاده قرار دهد پس در دنیای این چنین مجهز با ابزار پیچیده، برای اثبات جرم، توسل به اماره ای مثل قسامه شایسته نیست بلکه لازم است دستگاه قضایی با خرید کامل ترین وسائل کشف جرم و آموزش دادن به جرم شناسان و با تربیت این گونه افراد و تأسیس مؤسسه آثارشناسی، امنیت قضایی را تضمین نماید و در نظام قضایی کشور برای «کشف علمی جرم» مقام والائی قائل شود.

یعنی همان روشی که امیرالمؤمنین علیه السلام در مسائل پیچیده قضایی در پیش می گرفت که

شماه‌ای از آن در کتاب قضاوت‌های محیرالعقول امیرالمؤمنین علیه السلام نقل شده است. ثانیاً با مراجعه به وضعیت قبائل در شبه جزیره عربستان که زمان به کار بردن قسامه بوده است به این نتیجه می‌رسیم که شبه جزیره عربستان که آفتاب سوزان آن جز عرق بدن انسان، تا فرسنگها آبی به جای نمی‌گذارد مردم ناچار بودند هر جا گودالی از آب باران بیابند و یا با حفر چاه مختصر آبی بدست آورند، اطراف آن چاه حلقه زده و چادری چند در اطرافش برپا می‌کردند، چادر نشینانی که توفیق یافته‌اند، در صحرای رمل در ریگزار زمینی بیابند که در آن مدتی زندگی کنند، غالباً خویشان و بستگان همدیگر هستند که قبیله‌ای را تشکیل می‌دهند و فاصله قبائل و «واحات»<sup>(۱)</sup> هم بستگی به وضع جغرافیایی داشت به این ترتیب بعضی از قبایل به هم نزدیک هستند و برخی دور و چون در بیابانی که نعمتش اندک است، هر کسی برای زنده ماندن خود به هر جرم و جنایتی دست می‌زند که عمده‌ترین آنها غارت و آدم کشی بود و رد چنین محیطی پر رنج که رفت و آمد در آن به سختی انجام می‌گیرد و همه جا کمین‌گاه فجار است هر گاه قتلی به وقوع بپیوندد، کشف آن آسان نخواهد بود. و به لحاظ اینکه از خون به ناحق ریخته شده به آسانی نمی‌توان صرف نظر کرد برای کشف حقیقت غالباً بوسیله اماره‌ای که دلالتش ظنی است، تمسک می‌جویند پس دور از عقل و دوراندیشی نیست اگر در چنین محیط‌هایی در موارد لوث با قسامه در مقام اثبات جرم برآمده و کسی را که به شرارت و فسق شهرت یافته به دست عدالت بسپارند.

باید دید آیا در جامعه ایران، که قبایل و عشایر آن غالباً در شهرها سکونت اختیار نموده‌اند و شهرها از گروهها و نزادها و لهجه‌های مختلف گرد هم آمده‌اند و به کسب و کار مشغول هستند اگر قتلی در میانشان اتفاق افتاد باز هم باید از قسامه یاری جست در حالی که قبیله یا قومی که در میان آنها قسامه کارساز باشد در شهرها وجود ندارد و علاوه بر آن شناسایی افراد شرور جامعه امروزی به آسانی مقدور نمی‌باشد و امروزه با وجود وسائل نقلیه سریع السیر و نقل و انتقال جسد مقتول به مکانهای دور غیر از مکان جنایت، نحوه ارتکاب جرم به کلی

۱- واحه که جمع آن واحات است به زمینی می‌گویند که در صحرای رمل یافت شود و قابل سکونت گردد.

تفاوت کرده و با استفاده از سلاحهای مدرن می توان دشمن خود را در چندین کیلومتر دورتر از محل استقرار خویش به قتل رساند و یا جسد مقتول را با هلی کوپتر یا اتومبیل یا موتور سیکلت و... به دورترین نقطه برد و در کنار روستایی که هرگز مقتول را ندیده و نمی شناسند افکند و در چنین صورتی اخذ دیه از مردم آن روستا و یا به قتل رساندن حتی شخص شروری از آن دیار پس از اجرای قسامه ظلمی بزرگ محسوب خواهد شد. بنابراین جهات کاربرد قسامه، در زمان حاضر مانند صدر اسلام نیست پس باید به قدر متیقن در حال حاضر اکتفاء نمود حال آن که امروزه زندگی صنعتی نقش بسیار مؤثری در کم رنگ نمودن اعتقادات جوامع بشری داشته، چطور می شود با توسل به سوگند مدعی که احتمال دارد، از روی ظن اقامه شده باشد، کسی را محکوم به قصاص نموده و یا سالها در حبس نگه داشت چرا که ممکن است سوگند اصحاب دعوی و اولیاء دم از روی عداوت و دشمنی باشد و چطور ممکن است کسی که خود شاهد قتل نبوده از روی جزم و یقین ادعای خود را مطرح نمایند و در صورتیکه قسم به تنهایی و فی نفسه بدون منظم نمودن آن به قرائن و امارات دیگر نمی توان موجب علم حاکم به وقوع قتل گردد از طرف دیگر بینه ای که در مسائل جزائی مطرح می گردد، بینه به معنی خاص می باشد یعنی شهادت کسی مسموع است که با علم قطعی شهادت می دهد و شهادتش مبتنی بر حس و بصر باشد و حال آنکه در موضوعاتی مثل قسم مدعی و اولیاء دم و بستگان او که سوگند ادا می کنند نه ارتکاب قتل را مشاهده نموده و نه در صحنه جرم حضور داشتند و امروزه افراد حاضرند بخاطر منافع شخصی و فردی هزاران سوگند دروغ ادا نمایند.

اگر گفته شود که قسم هیچگاه توان اثبات امری را ندارد و نهایت تأثیری که می تواند در برخی دعاوی داشته باشد این است که موجب بی حق شمردن مدعی و تبرئه متهم باشد پس چگونه می توان گفت قسامه که خود نوعی اتیان سوگند است در دعوی مهمی همچون قتل مثبت قضیه باشد.

به راستی چگونه می توان قسم تعدادی از کسانی که با مدعی نسبت دارند و چه بسا به لحاظ