

## مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره بیست و هفتم، بهار و تابستان ۱۴۰۰، ص ۱-۲۵

### احراز تعذر و تعسر شاهد اصل؛ قاعده‌گزینی شرط پذیرش شهادت بر شهادت<sup>۱</sup>

محمد امین ملکی<sup>۲</sup>

علی کشاورز<sup>۳</sup>

علیرضا عسگری<sup>۴</sup>

#### چکیده

شرایط پذیرش شهادت بر شهادت به عنوان جایگزین شهادت حقوقی در مواد ۱۳۲۰ ق.م. و ماده ۲۳۱ ق.آ.د.م. آمده است. اگر چه در نظام حقوقی ایران اصالت پذیرش شهادت بر شهادت به تبعیت از مبانی فقهی، با استدلالاتی که ذیلاً به آنها اشاره می‌نمائیم، مورد تثبیت قرار گرفته است؛ ولی به جهت تعدد اقوال فقهی و حقوقی در زمینه گستره تعذر و تعسر شاهد اصلی از حضور و ادای شهادت و عدم تفکیک ضوابط ذکر شده، ضروری است تا موارد اختلافی تشریح و پاسخ داده شود. محل اختلاف در فقه و حقوق به ترتیب، شمول مشقت از حضور یا مشقت از ادای شهادت توسط شاهد اصل و شمول فرض امتناع شاهد اصل از ادای شهادت می‌باشد. با بررسی صورت گرفته در این زمینه، باور بر اینست که موارد تعذر و تعسر در مواد فوق الذکر تنها ناظر بر عدم امکان عقلی و مشقت از حضور نیست، بلکه مشقت از ادای شهادت نیز مشمول اصل قاعده می‌باشد. به عبارت دیگر، معیار شخصی عذر از معیار نوعی آن تفکیک شده است و در پس این رویکرد، مواردی همچون امتناع شاهد اصل از ادای شهادت به دلایل خوف ضرر جانی و مالی نیز مشمول قاعده فرض شده است. از اینرو به پشتوانه فقهی موضوع، گذر از حصر مصادیق تعذر و تعسر ذکر شده در مواد ۲۳۱، ۲۴۴ و ۲۴۵ قانون مذکور و احراز تعسر یا عذر شخصی به عنوان فایده ملاک ماده ۲۴۶ ق.آ.د.م، ره‌آورد پژوهش جاری است.

**کلمات کلیدی:** شهادت بر شهادت، مشقت از حضور، مشقت از ادا، امتناع از ادای شهادت، شخصی، نوعی.

<sup>۱</sup> - تاریخ دریافت: ۲۴ مهر ۱۳۹۹، تاریخ پذیرش: ۱۴ بهمن ۱۳۹۹.

<sup>۲</sup> - استادیار حقوق اسلامی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

<sup>۳</sup> - کارشناس ارشد حقوق اسناد و قراردادهای تجاری (کارآموز قضایی) دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران. (نویسنده

مسئول

[ali.keshavarzghaza26@gmail.com](mailto:ali.keshavarzghaza26@gmail.com)

[alireza.asgari88@gmail.com](mailto:alireza.asgari88@gmail.com)

<sup>۴</sup> - استادیار حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم، قم، ایران

شرایط و احکام شهادت بر شهادت در ماده ۱۳۲۰ قانون مدنی و همچنین مواد ۲۳۱، ۲۴۴، ۲۴۵ و ۲۴۶ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است. علاوه بر اصل اعتبار شناسی و شرط پذیرش شهادت بر شهادت، جنبه‌های شخصی و نوعی عذر به ترتیب در مواد فوق آمده است؛ اما این جنبه‌ها دارای زوایای پنهانی از جهت معیار تعذر و تعسر شاهد اصل نیز می‌باشد که در قوانین اشاره‌ای به آنها نشده است. از اینرو، به جواز صادره از اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳.د.م. مراجعه به منابع یا فتاوای فقهی گریز ناپذیر است. از آنجایی که در فقه مبانی تعذر و تعسر به تفکیک ذکر نشده است، بررسی رهیافتهای موضوع در مستندات روایی و استدلالی لازم و ضروری می‌باشد. قابل ذکر است که جمع تمامی مبانی ذکر شده بدون مراجعه به روایات ممکن نخواهد بود؛ چه اینکه مبانی فتاوای فقهاء نیز همین بوده است. از طرفی در فقه، به بعضی از آن مبانی و ماهیتهای و نه تمامی آنها در توجیه آثار غیر قابل انکار ذکر شده برای شهادت بر شهادت (لزوم رعایت نصاب) اشاره شده تا خطای ذهن از جلوه‌ی تام آن آثار عدول نکرده و تسامح را در آن جاری نسازد. از طرفی گستره تعذر و تعسر، در فرض امتناع شاهد اصل از ادای شهادت، حکایت از اختلاف در شرط پذیرش شهادت بر شهادت در نوشته‌های حقوقی دارد. بنابراین دو سوال در این پژوهش مورد بررسی قرار می‌گیرد:

اول: ضوابط پذیرش شهادت بر شهادت، با فرض عدم دسترسی به شاهد اصل، به عنوان یک ضابطه مشقت بار محسوب می‌شود یا مطلق مشقت برای شاهد اصل، مجوز پذیرش شهادت بر شهادت است؟  
دوم: با فرض پذیرش مطلق مشقت شاهد اصل از ادای شهادت، امتناع او، مشمول قاعده و مجوز استماع شهادت بر شهادت می‌باشد یا باید قائل به تفکیک شد؟

با فحص و جستار در روایات صحیح و معتبر، ابتدا عدم استثنای فرض امتناع شاهد اصل در زمره شرایط پذیرش شهادت بر شهادت و پس از اعتبارسنجی آن، تفکیک فروض امتناع در مواردی که مشمول تعذر نباشد و داخل در تعسر باشد، معرف نظریات این پژوهش خواهد بود. همچنین است تفکیک میان فرض استشهاد شاهد ثانوی و غیر آن در مقام تحمل شهادت، نسبت به شمول و عدم شمول جنبه‌های تعذر و تعسر شاهد اصل.

لازم به ذکر است که شهادت بر شهادت در فقه و حقوق با عنوان شهادت فرع یا شهادت قائم مقامی استعمال شده که در این جستار از ذکر الفاظ فوق پرهیز و شهادت ثانوی به عنوان معادل برای آن برگزیده شده است (اسماعیل تبار و همکاران، ۱۳۹۹، ص: ۱۲).

## ۱- مفهوم شهادت بر شهادت

شهادت بر شهادت معادل شهادت بر مسموعات<sup>۱</sup> در نظام حقوقی غرب و در زمره ادله جایگزین اثبات دعاوی می‌باشد<sup>۲</sup>. بعضی از اهل لغت شهادت را گواهی دادن له و یا علیه کسی می‌دانند. (ترجمه المنجد الابدی متن، ۵۳۷). به صورت تبعیدی مشتق از مشاهده بر باب مفاعله است که اطلاع بر چیزی به صورت عینی و ادای آن مشروط بر مبنای موّدی (مشاهده) می‌باشد. (واسطی زبیدی ۱۴۱۴ ه.ق، ج ۵: ۴۷). نزدیکترین لفظ به ادای شهادت، (أشْهَدُ) به لفظ مضارع است؛ تا شرط تدوام علم به امر بیان شده را برساند. (فیومی، بی تا، ج ۲: ۲۳۵). ولی گفته شده علم قطعی لازم نیست و چنانچه بر مبنای امور ظاهری اظهاراتی را ادا کند، شهید است و بنابر چنین وصفی است که می‌تواند بر خلق شهادت دهد (ابن منظور، ۱۴۱۴ ه.ق، ج ۳: ۲۳۹). در نهایت اهل لغت به خبر بودن آن تصریح نموده‌اند. (همان، ج ۳: ؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ ه.ق، ج ۵: ۴۵) بنابراین، علم در آن تعدیل می‌شود تا حدی که در شک قرار نگیرد. شهادت بر شهادت در اصطلاح نیز که با عنوان شهادت غیرمستقیم یا عناوینی مثل گواهی‌برگواهی و یا شهادت فرع و غیره از آن یاد می‌شود، بدین صورت که شخصی آنچه را که از دیگری شنیده در دادگاه گواهی دهد (کاتوزیان ۱۳۸۸، ج ۲: ۲۰؛ امامی، ج ۶: ۲۲۶؛ نایب‌زاده، ۱۳۹۱: ۲۳۳). در فقه نیز تعریفی از شهادت بر شهادت ارائه نشده و آنچه که بیان شده در زمره شرایط پذیرش آن می‌باشد. بنابراین، آنچه که از فحوی کلام فقهاء و اهل لغت می‌توان دریافت آنست که «شهادت بر امری توسط شاهد مستقیم مشهوده آداء شود و فردی به یکی از انحاء تحمل شهادت شامل اقسام سه گانه شهادت استرعائی، شنیدن شهادت در دادگاه و شهادت با ذکر سبب متحمّل آن شده باشد، سپس آن را در دادگاهی غیرمحکمه اول آداء نماید».

## ۲- رویکرد نظام حقوقی ایران و فقه شیعه در پذیرش شهادت بر شهادت

در این بخش رویکرد فقه و قانون در پذیرش شهادت بر شهادت از آن جهت تفکیک شده که در نظام فقهی به عنوان خواستگاه اصلی قوانین ماهوی، مسئله جاری نیز متقن نیست و تبعاً این تزلزل وارد قوانین نیز شده است؛ از این رو، با تفکیک ذکر شده، مبانی و مصادر موضوع مورد بررسی تحلیلی قرار گرفته و میزان استعداد نظام حقوقی در پیروی از بنیادهای فکری آن مشخص و ارشاد به آنها در یکپارچه‌سازی قوانین پیشنهاد می‌گردد.

۱- Hearsay evidence (in u.s) & preuve par ouï-dire (in french).

۲- Accessory the principal.

## ۱-۲- رویکرد نظام حقوقی ایران در پذیرش شهادت بر شهادت

در ماده ۱۳۲۰ ق.م. پذیرش شهادت بر شهادت به مصادیق تمثیلی عدم امکان (مثل فوت شاهد اصل) یا عذر (همانند بیماری و سفر و غیره) منوط شده است. در ماده ۲۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی نیز میخوانیم که:

«در کلیه دعوی که جنبه حق الناسی دارد اعم از امور جزائی یا مدنی (مالی و غیر از آن) به شرح ماده فوق هرگاه به علت غیبت یا بیماری، سفر، حبس و امثال آن حضور گواه اصلی متعذر یا متعسر باشد گواهی بر شهادت گواه اصلی مسموع خواهد بود». تبصره- گواه بر شاهد اصلی باید واجد شرایط مقرر برای گواه و گواهی باشد.

## ۱-۱-۲- اصل پذیرش شهادت بر شهادت در حقوق و قانون

چنان که مشهود است، ذکر تعسر در ماده اخیر نسبت به قانون مدنی، نشان دهنده رویکرد مقنن به احیاء قدرت از دست رفته شهادت به عنوان بینه شرعی در جهت مناسب سازی میزان نفوذ ادله باب پذیرش مطلق شهادت و رسوب عناوین ذکر شده در قانون و فقه می باشد. در این میان، حفظ علم قاضی به عنوان یکی از ادله شرعی و تناسب موضوعات ذکر شده نیز از منظر مقنن مغفول نمانده است. ماده ۲۴۱ ق.آ.د.م. در جهت این تناسب وضع شده است که اشعار می دارد: «تشخیص ارزش و اعتبار گواهی با دادگاه است». با امعان نظر به مطالب ذکر شده شرایط پذیرش شهادت بر شهادت را می توان در آراء حقوقدانان و ظهور بیان مقنن به شرح ذیل شرح نمود:

اول: ذکر شهادت بر شهادت در باب شرایط شهادت، مجوزی بر استماع شهادت با واسطه و مشمول اطلاق عنوان شهادت است؛ (کاتوزیان ۱۳۸۸، ج ۲: ۲۱) اما، در قانون به پیروی از فقه، پذیرش شهادت مشروط به شرایطی شده است، (حسن زاده ۱۳۹۱، ش: ۳۵) که ذکر خواهد شد.

دوم: موارد ذکر شده در ماده ۱۳۲۰ به عنوان مصادیق پذیرش شهادت بر شهادت از موارد تمثیلی است و حصری نیست.<sup>۱</sup> (قرجه لو ۱۳۸۷: ۸۱ / مهاجری ۱۳۹۰، ج ۲: ۲۵۵)

سوم: در ماده ۲۳۱ ق.آ.د.م. محدوده موضوعی شهادت بر شهادت، مطلق حقوق الناس ذکر شده و تنها مورد انصرافی آن اثبات حدود است (کاتوزیان پیشین، ج ۲: ۲۲ / فرح زادی و همکاران ۱۴۰۰، ۱۳(۱)). در این مورد، ظاهراً از نظر غیرمشهور در فقه پیروی شده؛ چراکه نظر مشهور در فقه شیعه عدم پذیرش شهادت فرع در حقوق مختلطی که دارای دو چهره‌ی حق الناسی و حق اللهی هستند، مثل سرقت و قذف می باشد؛

۱- کلمه‌ی (از قبیل) در متون قانونی غالباً نشانه عدم حصر موارد ذکر شده می باشد.

## اراز تعذر و تعسر شاهد اصل؛ قاعده‌گزینی شرط پذیرش شهادت بر شهادت / ۵

(فخرالمحققین حلی ۳۸۷ ق، ج ۴: ۴۱۷) در حالی که در فقه اهل سنت (میان شافعی و مالکی و ظاهری) شهرت در پذیرش حقوق ذکر شده است. بنابراین، همانگونه که بیان شده (کاتوزیان ۱۳۸۸، پیشین: ۲۱)، تنها استثنای پذیرش آن، حدود است ولی سایر آثار مثل بازگشت مال به صاحب آن و جبران خسارت از آثار پذیرش شهادت بر شهادت در حقوق مختلط می‌باشد. این تفسیر به نظر می‌رسد واضح‌ترین برداشت حقوقی از ماده ۲۳۱ ق.آ.د.م باشد.

چهارم: ضمن فراغت از اولیه و یا ثانویه بودن شهادت به عنوان دلیل شرعی در ماده ۲۴۱ به یک دلیل شرعی دیگر به عنوان (علم قاضی) پرداخته شده و اگر چه شهادت و شهود دارای شرایط کامل باشند، ضروری است تا قاضی محکمه به یک اقناع وجدانی برسد و به نوعی ناظر به عدم تحمیل ادله به قاضی می‌باشد. لازم به ذکر است که اصالت در پذیرش شهادت بر شهادت به معنای اولیه بودن آن نیست چنانکه حقوقدانان آن را به عنوان یک امر فرعی از شهادت پذیرفته‌اند، اگرچه ذکر «تعسر» در کنار «متعذر» در ماده ۲۳۱ ق.آ.د.م اهتمام مقنن در توسعه پذیرش شهادت فرع را می‌رساند. (کریمی، عباس و شکوهی‌زاده، رضا، ۱۳۸۸: ۲۳۳-۲۱۵). با دلایل موصوف و ویژگی مطلق یا مقید بودن پذیرش شهادت بر شهادت مورد بررسی قرار می‌گیرد:

### ۲-۱-۲- مطلق یا مقید بودن شهادت بر شهادت در حقوق و قانون

مطابق مواد ۱۳۲۰ ق.م. و ماده ۲۳۱ ق.آ.د.م. گواهی بر گواهی زمانی شنیده می‌شود که شرایط تمثیلی تعذر و تعسر محقق شده باشد. بر اساس مواد ذکر شده تنها تعذر شاهد اصل از ادای شهادت و حضور در دادگاه، جواز پذیرش شهادت بر شهادت می‌باشد. اگرچه این نظر با فقه هماهنگ است اما در مورد ضابطه عذر و مشقت روشنگری نشده است. در این میان، یکی از حقوقدانان تعبیر «تعذر» در مواد یاد شده در کنار تعبیر «تعسر» را ناظر به توسعه و تعمیم شرط پذیرش شهادت بر شهادت دانسته و ضابطه را علاوه بر عدم امکان عقلی حضور (تعذر)، عدم امکان حضور به صورت عادی را هم (تعسر) به شمار آورده‌اند- (حسن زاده ۱۳۹۳: ۱۰۲). این بخشی از همان ضابطه مشقتی است که در لسان فقها آمده. اما از طرفی (همان: ۱۰۲) اعتقاد دارد که امتناع از ادای گواهی را نمی‌توان مشمول ضابطه تعذر و مشقت برای ادای گواهی تلقی نمود و بر مدعای خویش به اینکه امتناع از حضور به دلایل خوف و ضرر و هر دلیل دیگری مشمول تعذر نیست استناد کرده و این نظر را با فقه هماهنگ می‌داند، اما باید دانست که مطابق فقه، ضابطه مشقت در عدم حضور و ادای شهادت است و ترجیحی در این میان نیامده است. مطابق ماده ۲۴۴ ق.آ.د.م: «در صورت معذور بودن گواه از حضور در دادگاه و همچنین در مواردی که دادگاه مقتضی بداند می‌تواند گواهی گواه را در منزل یا محل کار او یا در محل دعوا توسط یکی از قضات دادگاه استماع

## ۱۶ مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره بیست و هشتم، بهار و تابستان ۱۴۰۰، ص ۱-۲۵

نماید». همچنین مطابق ماده ۲۴۵ قانون مذکور: «در صورتی که گواه در مقر دادگاه دیگری اقامت داشته باشد دادگاه می‌تواند از دادگاه محل توقف او بخواهد که گواهی او را استماع نماید». ماده ۲۴۶ نیز بیان می‌دارد: «در موارد مذکور در مادتين ۲۴۴ و ۲۴۵ چنانچه مبنای رای دادگاه گواهی گواه باشد و آن گواه مطابق مقررات ماده ۲۳۱ از حضور در دادگاه معذور باشد استنادکننده به گواهی فقط می‌تواند به گواهی بر شاهد اصلی استناد نماید». بنابر آنچه که بیان شده ظاهراً قانونگذار در مورد تعذر حضور شاهد از ادای گواهی دو راه حل پیشنهاد نموده است:

اول: پذیرش گواهی برگواهی مطابق ماده ۲۳۱ ق.آ.د.م.

دوم: اختیار دادگاه در شنیدن گواهی شاهد معذور در محل کار یا سکونت و یا در محل دعوا بدون نیاز به شاهد فرع مطابق ماده ۲۴۴ ق.آ.د.م.

اولین نکته‌ای که از این موارد دریافت می‌شود این که دادگاه در این موارد اختیار دارد که در موارد معذور بودن شاهد از ادای گواهی و همچنین در مورد غیرمعذور بودن با تعبیر «در مواردی که دادگاه مقتضی بداند»، گواهی گواه را در خارج از دادگاه استماع نماید.

دومین نکته اینکه دادگاه برای استماع گواهی در محل خارج از حوزه قضایی می‌تواند به دادگاه دیگری، با اعطاء نیابت به استماع گواهی مبادرت نماید.

نکته سوم اینکه مطابق ماده ۲۴۶ مذکور در دو مورد گذشته چنانچه مبنای رای دادگاه گواهی گواه باشد تنها می‌تواند به گواهی برگواهی استناد نماید. اثر تعذر حضور شاهد اصلی برای ادای گواهی هم طبق قانون (ماده ۲۳۱ ق.آ.د.م) و (ماده ۱۳۲۰ ق.م) و هم طبق نصوص شرعی جواز پذیرش گواهی برگواهی می‌باشد.

آنچه که واضح و روشن است در موردی که استماع گواهی گواه متعذر باشد و مورد مشمول (مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ ق.آ.د.م) در مورد استماع گواهی در خارج از دادگاه نباشد، استناد به شهادت بر شهادت پذیرفته می‌شود. (همان، ص: ۱۰۵) در کنار این موضوع، مطابق ماده ۲۴۵ مطلب دیگری نیز وجود دارد و آن اینکه زمانی هم که شهادت تنها مبنای رأی دادگاه باشد یعنی به عنوان یک دلیل مبنای حکم قرار بگیرد تنها راه، استناد به شهادت بر شهادت است. همچنین اگر شرایط به نحوی باشد که شهادت شاهد تنها مبنای رأی نباشد ولی شهادت شهود به عنوان مادون دلیل شرعی باشد و از طرفی امکان استماع گواهی در خارج از دادگاه یا به وسیله دیگران مهیا باشد، دادگاه در این زمینه مختار است که یکی از دو راه را برگزیند. برخی از حقوقدانان اعتقاد دارند حکم این ماده برای کاستن از مغایرتی است که به دلیل عدم پیش‌بینی استماع شهادت شهود در خارج از دادگاه در لسان فقها و شرع می‌باشد و به نظر ایشان نوعی

## اعراض تعدر و تعسر شاهد اصل؛ قاعده‌گزینی شرط پذیرش شهادت بر شهادت ۲

مغایرت با شرع است چرا که مطلبی در نفی یا تأیید آن نیافته‌اند. (همان، ص: ۱۰۵) اما در رد این نظر می‌توان ابراز داشت مغایرت زمانی است که مخالف مسلمات فقه باشد، در حالی که در فقه در ذیل اقسام سه گانه شهادت فرع مباحثی وجود دارد که می‌توان عدم لزوم چنین شرطی (لزوم استماع توسط قاضی) را استظهار نمود. همچنین است صریح کلام مقنن در ماده ۲۴۵ ق.آ.د.م. از طرفی می‌دانیم که این مغایرت زمانی است که به عنوان بینه و دلیل شرعی مورد استناد باشد؛ در حالی که ماده ۲۴۶ به صراحت در این مورد فقط ادای شهادت بر شهادت را جایز دانسته است. پس موارد استماع به عنوان یک اماره را شامل نمی‌شود. با عنایت به موارد فوق‌الذکر، آنچه که دریافت می‌شود و فحوی کلام مقنن با توجه به نصوص شرعی می‌باشد شهادت بر شهادت هم در صورت تعدر و هم در صورت تعسر که شامل عوامل بیرونی و درونی عذر از جمله امتناع از ادای شهادت هست، مورد پذیرش می‌باشد منتها دلیل امتناع از ادای شهادت باید موجه و برای قاضی سبب اقناع شود و به تجویز ماده ۲۴۱ این فرصت برای قاضی فراهم می‌باشد. بنابراین، پذیرش شهادت فرع مقید به شرایط زیر است:

۱- ادای شهادت برای شاهد اصلی متعذر یا متعسر باشد.

۲- مطابق ماده ۲۴۶ ق.آ.د.م اگر گواهی مبنای صدور رأی باشد، فقط به شهادت فرع می‌توان

استناد جست.

۳- مطابق شرع و لسان فقها، اصل شهادت بر شهادت مورد پذیرش می‌باشد.

با توجه به مواد ۲۴۴ تا ۲۴۶ ق.آ.د.م. و ارتباط آنها با ماده ۲۳۱ قانون مذکور یادآوری می‌گردد که موارد ماده ۲۴۴ و ۲۴۵ از مصادیق عذر نوعی محسوب می‌شوند که شامل عذر در حضور و دوری محل اقامت است و از این رو مقنن به قاضی اختیار در استماع شهادت شاهد اصل در محل او و یا شهادت فرع را داده است. از طرفی در ماده ۲۴۶ قانون مذکور با تفکیک عذر ذکر شده در مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ با عذرهای ماده ۲۳۱ قانون مذکور، چنانچه این استماع مبنای صدور حکم باشد تنها شهادت بر شهادت جایز دانسته شده است؛ و به نظر ما این جز توجه مقنن به تفکیک جنبه‌های نوعی (مواد ۲۴۴ و ۲۴۵) و جنبه‌های شخصی عذر (ماده ۲۳۱) نمی‌باشد چراکه غیر از این باشد، با فرض حکمت مقنن در تعارض و تفکیک مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ را از سایرین بی‌فایده می‌سازد. در حقیقت اگر عذرهای نوعی مبنای حکم نباشند قاضی در استماع شهادت اصل یا فرع مخیر است ولی چنانچه با وجود هر کدام از جنبه‌های عذر نوعی و شخصی، شهادت مبنای صدور حکم باشد، استنادکننده تنها می‌تواند به شهادت فرع استناد نماید، به عبارت دیگر مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ خاص لاحق در تفسیر عام سابق یعنی مواد ۲۳۱ ق.آ.د.م. و ۱۳۲۰ ق.م. می‌باشند. همچنین عذرهای ماده ۲۳۱ شامل جنبه‌های شخصی عذر، با تعبیر و «امثال آن» نیز می‌شود.

به اقتضای این نظر، قاضی اختیار دارد؛ تا با سنجش وضعیت شهود اصل و فرع، چنانچه قاضی نسبت به اظهارات شاهد ثانوی قانع شود، و دلیلی بر رد آن نباشد، توسعه مصادیق تعذر را بپذیرد.

## ۲-۲- رویکرد فقه شیعه در پذیرش شهادت بر شهادت

در این بخش ادله پذیرش شهادت بر شهادت در آراء استدلالی فقهاء و مصادر روایی موضوع، در دو بخش قدرت اثباتی در حوزه موضوعی پذیرش شهادت بر شهادت ذیل اصل پذیرش و شرایط پذیرش شهادت بر شهادت ذیل مطلق و مقید بودن آن مورد بحث و تحلیل قرار گرفته است. در بحث روایی نیز ظهور تعارض روایات صحیح بر لوحه ذریعه فقه روایی نیز ما را بر آن داشت تا به تحلیل و بررسی آنها نیز، مطابق سنت پژوهش فقهی و حقوقی با رویکرد تقدیم قاعده جمع نیز پرداخته شود.<sup>۱</sup>

## ۲-۲-۱- اصل پذیرش شهادت بر شهادت در فقه شیعه

اصل پذیرش شهادت بر شهادت در فقه مورد بحث جدی قرار نگرفته و غالب فقها تمایل بر پذیرش آن دارند که از دو طریق روایی و استدلالی به ذکر آن پرداخته‌اند.

## ۲-۲-۱-۱- مصادر روایی اصل پذیرش شهادت بر شهادت

روایت اول: زمانی که فردی، بر شهادت فردی دیگر شهادت دهد، به عنوان نصف شهادت پذیرش می‌شود و اگر دو نفر بر شهادت فردی شهادت دهند، بوسیله آنها شهادت فرد واحد ثابت می‌شود. (صدوق ۱۴۱۳ ه.ق، ج ۳: ۶۷).<sup>۲</sup>

۱- لازم به ذکر است، زمانی که مصادر روایی یک موضوع که از صحت و شهرت هم برخوردار باشند، به ظاهر در تعارض باشند؛ مکاتب فقهی عراقی و ایرانی و حجازی دو رویکرد نسبت به مسئله دارند، اول آنکه ادله باب با توجه به صحت اسناد ذکر شده مورد بحث و بررسی قرار گیرند و در صورتی که ظهور روایات صحیح وارده، نشان از تعارض مضامین اعم از اصل موضوع و شرایط صحت سنجی آن باشد، با فرض حکمت مقنن و شارع و ضرورت قاعده جمع، جمع و تطبیق مضامین وارده اگر حائلی در میان نباشد وارد مورد اغلب است؛ در حالی که مطابق سنت متأخرین از فقه شیعه که در قم رشد و نمو یافته به شیوه حضرت آیت الله العظمی بروجردی به پیروی از اساتید مکتب اصفهانی خود، شیوه آن بدین صورت است که مصادر ذکر شده، مطابق بررسی‌های طولانی و منابع تاریخی معتبر با توجه به شرایط و اوضاع و احوال هریک از آن اسناد و با توجه به بنیان موضوعی مطلب که روایت در وضعیت خاص صادر شده یا نه و اینکه آیا ادله باب قابلیت تسری به ازمنه و امکانه و شرایط مشابه را دارد مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. البته این شیوه به جهت صعوبت بررسی و حوصله دقیق‌تر موضوع و البته پی بردن به حکمت روایات وارده، بعد از ایشان مهجور مانده و در متأخرین بعد از ایشان فرد شاخصی که این روش را سرلوحه تدریس و آموزش در حوزه علمیه قرار دهد شهرت نیافته است. از این رو به جهت قدمت و سیره ائمه حوزه نجف در طول بیش از هزار سال، سبک عراقی(کوفی) در بررسی روایی در این پژوهش تا حدی که جبران خلاء حقوقی بحث و رفع ابهام واجمال از آن نماید، مقدم شده است.

۲- قَالَ الصَّادِقُ ع «إِذَا شَهِدَ رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ فَإِنَّ شَهَادَتَهُ تَقْبَلُ وَ هِيَ نِصْفُ شَهَادَةٍ وَ إِنْ شَهِدَ رَجُلَانِ عَدْلَانِ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ فَقَدْ تَبَّتْ شَهَادَةُ رَجُلٍ وَاحِدٍ».



## ارازتوز و تعمر شاهد اصل؛ قاعده‌گزینی شرط پذیرش شهادت بر شهادت / ۹

روایت دوم: حضرت علی (علیه‌السلام) شهادت یک نفر بر شهادت دیگری را نمی‌پذیرفت مگر آنکه دو نفر بر شهادت یک نفر شهادت دهند.<sup>۱</sup> (طوسی ۱۳۹۰ ه.ق، ج ۳: ۲۱؛ صدوق ۱۴۱۳ ه.ق، ج ۳: ۶۷).  
روایت سوم: منقول است: حضرت علی (علیه‌السلام) فرمود: «شهادت بر شهادت در حد و کفالت جریان نمی‌یابد». (طوسی ۱۴۰۷ ه.ق، ج ۶: ۲۵۶).<sup>۲</sup>

### ۲-۱-۲- تحلیل فقهی - روایی اصل پذیرش شهادت بر شهادت

این روایات در باب شهادت ذکر شده و از مضمون آنها به وضوح پذیرش شهادت بر شهادت مستفاد می‌گردد؛ همچنین به قید حد و کفالت در روایت سوم به عنوان دلیل، اصالت پذیرش شهادت بر شهادت نیز ثابت می‌گردد چرا که اگر اصالت با عدم پذیرش شهادت بر شهادت بود ذکر «حد و کفالت» به عنوان استثناء بر پذیرش شهادت بر شهادت مطرح نمی‌شد.

در نوشته‌های فقهی در باب شهادت بر شهادت عده‌ای از فقها بنا به آیات مصحف شریف: (بقره: ۲۸۲)<sup>۳</sup> و عدم تفصیل در آیات بنا به قید اطلاق، اصل را در پذیرش شهادت بر شهادت می‌دانند. (طوسی ۱۳۸۷ ه.ق، ج ۸: ۱۷۱) عده‌ای هم فارق از اصل پذیرش؛ تنها به ذکر مصادیق پذیرش شهادت بر شهادت پرداخته‌اند و مطلق حق‌الله و حقوق مختلط را مثل سرقت و قذف و ... را از مدخل موضوعی شهادت بر شهادت مستثنا نموده‌اند. در فقه ملاک پذیرش شهادت بر شهادت علاوه بر شرایطی مثل عدم دسترسی به شاهد اصل و معذوریت شاهد اصل، تحصیل علم شاهد به صورت جازم و قاطع در مورد امر مشهود به می‌باشد.<sup>۴</sup> (انصاری ۱۴۱۵ ه.ق: ۲۶۲) محقق اردبیلی در مورد جواز پذیرش شهادت بر شهادت به چند دلیل استناد کرده است که شامل اجماع و روایت محمد ابن مسلم در باب پذیرش؛ (طوسی، ۱۴۰۷ ه.ق، ج ۶: ۲۵۶ / نجفی، محمدحسن، ۱۴۰۴، ج ۷: ۴۱)، سنت و عمومیت ادله در پذیرش شهادت بر شهادت می‌باشد. (اردبیلی ۱۴۰۳ ه.ق، ج ۱۲: ۴۷۵) شیخ انصاری از معدود فقیهانی است که در امر شهادت با نوآوری ویژه‌ای در بحث، ذیل استناد به شهادت استصحابی به جایگاه ویژه‌ی اقرار و علم در شهود و پذیرش آن توسط قاضی پرداخته است. ایشان همچنین معتقد است که شهادت استصحابی به صورت علم به واقعیت و از طریق امور واقعی نیست بلکه به صورت ظاهری است و استصحاب حالت سابقه به همراه اصول، سبب پذیرش شهادت می‌شود. به عنوان مثال: وقتی فردی فوت کند و ترکه‌ای از او باقی

۱- «أَنَّهُ كَانَ لَا يُجِيزُ شَهَادَةَ رَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ إِلَّا شَهَادَةَ رَجُلَيْنِ عَلَى رَجُلٍ».

۲- «...عَنْ جَعْفَرِ بْنِ أَبِيهِ ع قَالَ قَالَ عَلِيُّ ع «لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ عَلَى شَهَادَةٍ فِي حَدٍّ وَلَا كَفَالَةٌ فِي حَدٍّ».

۳- «وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ».

۴- «...جواز الشهادة إلا مع العلم القطعی بالمشهود به».

بماند شهادت شاهد به صورت ظاهری است؛ یعنی شاهد می‌داند که این خانه به عنوان ترکه از او به جای مانده مال متوفی بوده، هم‌چنین می‌داند که فلانی فرزند متوفی بوده است، حال بنا به اطلاعات گذشته و احراز عدم علم به حادث شدن حالت جدید (مثل وجود فرزند وزن دیگر یا عدم ملکیت متوفی) حالت سابق استصحاب می‌شود و در کنار اصولی مثل اصل عدم زوال ملکیت، عدم حدوث وارث جدید، اصل تداوم و استمرار ملکیت و عدم شک در اطلاعات مبتنی بر علم ظاهری شهادت شهود پذیرفته می‌شود. حال شهادت بر شهادت که ذیل عدم علم به موضوع از آن بحث می‌شود سوای از ادله نقلی و روایات، عقلاً با احراز شرایط فوق پذیرش می‌شود و مقصود شارع علم به موضوع است. پس در نظر شیخ اعظم (ره) نیز شهادت بر شهادت مورد پذیرش قرار گرفته است. بنابر جمع آراء، بجز اثبات حد، شهادت بر شهادت مورد پذیرش قرار گرفته است. (نجفی ۱۴۰۴، ج ۸: ۴۱).

## ۲-۲-۲- تحلیل فقهی مطلق و مقید بودن شهادت بر شهادت

در مطلق یا مشروط بودن شهادت بر شهادت به طور ضمنی میان فقها بیاناتی اظهار شده است. لذا به بیانات ذکر شده و تحلیل آنها پرداخته می‌شود.

## ۲-۲-۲-۱- مصادر روایی محل اختلاف در شرط پذیرش شهادت بر شهادت

مطلق لفظی است که دال بر معنای شایع در جنس خودش باشد. (حیدری ۱۳۸۹، ص: ۱۷۳) در تعریف دیگری آمده آنچه که بر ماهیتی دلالت می‌کند، بدون آنکه این دلالت از اطراف و فرعیات (قیود) آن ماهیت باشد. (زرکشی ۱۴۱۴ هـ ج ۵: ۵) اما مقید در امر شهادت بر شهادت یعنی اینکه توصیه و روایات ذکر شده در باب پذیرش شهادت بر شهادت برای پذیرفته شدن نیاز به یک شرط و یا به تعبیر دیگر تحقق یک امر دارند. مطابق سنت این پژوهش در فقه با استدلالاتی نسبت به روایات وارده از منظر فقهاء به بیان مطلق و یا مقید بودن شهادت بر شهادت می‌پردازیم.

روایت چهارم: «در مورد شهادت بر شهادت مردی پرسیده شد که در شهر حاضر است، فرمود بله می‌تواند، حتی اگر پشت ستونی باشد؛ زمانی که علتی، مانع حضور در جلسه دادرسی و اقامه شهادت شود؛ پذیرش شهادت بر شهادت ایرادی ندارد». (طوسی ۱۴۰۷، ج ۶: ۲۵۶ / نجفی ۱۴۰۴، ج ۷: ۴۱)<sup>۱</sup>

روایت پنجم: «شهادت ندهید؛ مگر آنکه همانند کف دست خود آن را بدانی». (کلینی ۱۴۰۷، ج ۷: ۲۳۸۳)

۱- «فِي الشَّهَادَةِ عَلَى شَهَادَةِ الرَّجُلِ وَ هُوَ بِالْحَضَرِ فِي الْبَلَدَةِ قَالَ نَعَمْ وَ لَوْ كَانَ خَلْفَ سَارِبَةٍ يَجُوزُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يُقِيمَهَا هُوَ لِعَلِّهِ تَمَنُّعُهُ عَنْ أَنْ يَحْضَرَ وَ يُقِيمَهَا فَلَا بَأْسَ بِإِقَامَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى شَهَادَةٍ.»

۲- «لَا تَشْهَدَنَّ بِشَهَادَةٍ حَتَّى تَعْرِفَهَا كَمَا تَعْرِفُ كَفَّكَ.»

## اعزاز تَعَدُّر و تَعَسُّر شَاهِدِ اَصْل؛ قَاعِدَةُ كُنْيَةِ شَرْطِ بَدَلِ شَهَادَاتِ بَرِّ شَهَادَاتِ ۱۱

روایت ششم: «شهادت بر شهادت فرد، پذیرفته نیست حتی اگر آن (شاهد اصلی) در سرزمین یمن باشد»<sup>۱</sup>. (همان، ص: ۳۸۳)<sup>۲</sup>

با توجه به اینکه مطلق یا مقید بودن شهادت بر شهادت ممکن است از ظاهر روایات بدست آید به روایاتی که شهادت بر شهادت را مشروط (مقید) یا مطلق می‌دانند می‌پردازیم. با بررسی صورت گرفته، روایت فوق محل اختلاف یافت شد که ذیل تحلیل به بررسی آنها پرداخته می‌شود.

مطابق روایت چهارم: از شهادت بر شهادت مردی پرسیده شده که در شهر حاضراست. سپس امام باقر علیه السلام ضمن تأیید پذیرش آن فرموده‌اند که: «وَلَوْ كَانَ خَلْفَ سَارِيَةٍ يَجُوزُ ذَلِكَ» یعنی اینکه جایز است ولو اینکه شاهد اصل پشت یک ستون باشد که ساریه را به معنای ستون استوانه شکل خوانده‌اند<sup>۳</sup> (ابن منظور ۵۱۴، ق، ج ۳۸۳: ۱۴ / واسطی زبیدی ۵۱۴، ق، ج ۵۱۶: ۱۹ / فیومی، همان، ج ۲: ۲۷۶) و کنایه از آن یعنی اینکه به اندازه یک ستون فاصله داشته باشند. در منتهای روایت اشاره به زمانی شده که علتی مانع از این شود که شاهد اصل حاضر و قادر به ادای شهادت شود، پس ضابطه‌ی اطلاق پذیرش منتفی است. مطابق این روایت شهادت بر شهادت پذیرفته می‌شود حتی اگر شاهد اصل حاضر باشد و ظاهراً این شرط که شاهد اصل غایب باشد منتفی است. اما آیا ضابطه مشروطی که پذیرش شهادت بر شهادت را مقید سازد وجود ندارد؟ آنچه که با کمی دقت می‌توان دریافت اینست آن ضابطه مشقت و نوعی عسر و حرج است که پذیرش شهادت بر شهادت را مقید می‌سازد.

مطابق روایت پنجم: شهادت بر شهادت را ادا نکن مگر آن را بشناسی همانگونه که کف دست خود را می‌شناسی.

در مورد کف بیان شده که منظور ظرف زمان حال است، (ابن منظور ۵۱۴، ق، همان، ص: ۳۰۳) و از لسان فقها همان ضابطه علم و آگاهی به موضوع فهمیده می‌شود. یعنی به اسباب ظاهری نسبت به آن قطعیت و علم داشته باشد؛ و این مورد از شروط عمومی شهادت فرع است. چه اینکه در تمامی انواع شهادت، علم به آن ضروری است.

مطابق روایت ششم: شهادت بر شهادت مردی که زنده است جایز نیست ولو اینکه در سرزمین یمن (کنایه از سرزمین دور است) باشد.

۱- کنایه از غیر قابل دسترس بودن شاهد اصل می‌باشد.

۲- «أَقْبَلُ شَهَادَةَ رَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ حَيٍّ وَإِنْ كَانَ بِالْيَمِينِ».

۳- «وَالسَّارِيَةُ: الْأَسْطُوَانَةُ؛ زَادَ صَاحِبُ الْبَارِعِ: مِنْ حَجَرٍ أَوْ أَجْرٍ، وَالْجَمْعُ السَّوَارِيُّ».

مطابق ظاهر این روایت شهادت فرع فردی که زنده باشد پذیرفته نیست و ضابطه، عدم حیات شهادت شاهد اصل است. مطابق روایات، شهادت فرع یک امر مقید است. اگرچه روایت چهارم گستره شهادت بر شهادت را می‌رساند اما به دلیل تعارض ظاهری که با روایت ششم دارد نیاز است تا نظرات فقها در این مورد تبیین شود. چراکه مطابق روایت چهارم شهادت بر شهادت مردی که خود حاضر است پذیرفته می‌شود ولی مطابق روایت ششم فقط در صورت موت شاهد اصل، پذیرش شهادت فرع جایز است.

### ۲-۲-۲- حل اختلاف در شروط روایی پذیرش شهادت بر شهادت

احتمال اول: در بیان این تعارض گفته شده که ممکن است منظور از روایت ششم عدم پذیرش در شهادت بر مدعی علیهی باشد که غایب است؛ زیرا ممکن است مدعی علیه غایب دارای بینهی متعارضی باشد که سبب تساقط دلیلین شود. (طوسی ۱۳۹۰، پیشین، ج ۳، ص: ۲۱). اما این دلیل توجیه مناسبی نیست. چه اینکه می‌توان بر فرد غایب حکم نمود و ملکش نیز فروخته شود؛ درحالی که کفیل از متخاصم گرفته می‌شود تا زمانی که حضور یابد و بینه متعارض ابراز نماید و حقتش تصبیح نشود. (طوسی ۱۴۰۷، پیشین، ج ۶: ۲۵۷)

احتمال دوم: در مورد روایت مبتنی بر عدم پذیرش شهادت بر شهادت فردی که زنده است؛ یک احتمال دیگر وجود دارد و آن اینست که خبر یا شاذ است یا اینکه این روایت در مقام تقیه بیان شده است. (نجفی، ۱۴۰۴ ه.ق، پیشین، ج ۴۱، ص: ۷/ حرّ عاملی ۱۴۰۹ ه.ق، ج ۲۷، ص: ۴۰۳). احتمال اول را شاید بتوان بنا بر عدم احتیاط پذیرفت؛ چه اینکه این خبر به دو طریق بیان شده، در تهذیب الأحکام به سند محمد ابن مسلم از ذبیان ابن حکیم که محمد ابن مسلم از اعظام رواه و بزرگان بوده که مورد تصدیق امام صادق علیه السلام می‌باشد چنان که حضرت اجازه حکم کردن میان مردم به ایشان داده‌اند، از طرفی در کتاب «من لایحضر» شیخ صدوق آن را به سند خودش از محمد ابن مسلم نقل می‌کند. ولی به اعتبار سند از محمد ابن مسلم بنا بر احتیاط نمی‌توان این نظر را پذیرفت پس شاید در مقام تقیه بیان شده باشد که این مورد نیز نیاز به شواهد و قرائن و دلیل ترجیحی دارد. از این رو به دنبال احتمالات دیگر می‌رویم.

احتمال سوم: اینست که به ضرورت قاعده جمع، آن را حمل بر مورد شهادت واحد بر شهادت واحد نمائیم. یعنی در جواز شهادت بر شهادت باید دو نفر بر شهادت یک نفر شهادت دهند و این مورد را از قیود پذیرش شهادت بر شهادت حمل کرده‌اند. پس مطابق این نظر که اولی و نظر برگزیده است، شهادت بر شهادت پذیرفته نیست مگر شهادت دو نفر بر شهادت یک نفر (نجفی، ۱۴۰۴ ه.ق، پیشین،

## اراز تندر و تعمر شاهد اصل؛ قاعده‌گزینی شرط‌پذیرش شهادت بر شهادت / ۱۳

ج ۴۱، ص: ۱۹۰ / طوسی، ۱۳۹۰ ه. ق: ج ۳: ۱۲). البته لزوم رعایت عدلین در مبحث مربوط به شرایط و تعداد شهود مورد بررسی قرار گرفته است (قرجه‌لو، ۱۳۸۷، ص: ۱۱؛ اسماعیل تبار و همکاران، ۱۳۹۹، ص: ۴۵). مطابق این روایات روشن شد که لسان روایی شرع مقدس پذیرش شهادت بر شهادت را مقید به سه شرط علم و آگاهی به موضوع، علتی که مانع حضور وادای شهادت به طور مطلق شود، و عدم پذیرش شهادت کمتر از دو نفر بر شهادت فردی واحد.

بنابراین؛ آنچه محرز است، پذیرش شهادت فرع در هر صورت مقید به شرایط مطرح شده؛ و تنها اختلاف مطابق روایت محمدابن مسلم (روایت چهارم)، ضابطه حضور است که فرد می‌تواند حاضر باشد ولی به دلیل عذر شخصی نتواند ارائه شهادت دهد. این می‌تواند یکی از رهیافتهای پذیرش امتناع از ادای شهادت شاهد اصل و در نتیجه پذیرش شهادت شاهد ثانوی نیز باشد. این حقیقت با توجه به رأی صواب مطرح شده توسط فقها و دقت نظر در ماده ۲۳۱ ق. آ. د. م قابل دریافت می‌باشد.

### ۳- فرض امتناع شاهد اصل از ادای شهادت

ضابطه پذیرش شهادت بر شهادت، مشقت است به طور کلی و منحصر در مشقت از حضور نیست (طوسی ۱۳۸۷ ق، ج ۸، ص: ۲۲۳).<sup>۱</sup> اما یک مسئله در مورد ابتدای به شهادت در مبسوط شیخ طوسی (۱۳۸۷ ق) آمده و آن اینست که ابتدای به شهادت در شهادت بر شهادت تجویز شده است؛ چه اینکه در بعضی از اقسام شهادت بر شهادت تحمل بدون در خواست هم صورت می‌گیرد و از این رو فردی که متحمل شهادت می‌شود، می‌تواند ادای شهادت نماید. منتها ملاک شیخ در اثر فوق تفکیک ابتداء به شهادت و شهادت ثانوی، در نحوه ی تحمل آنست، در دومی، ملاک درخواست و استشهاد است ولی در اولی غیر آنست. اما می‌دانیم که اقسام شهادت بر شهادت محصور در قسم استدعاء نیست و اقسام دیگری همچون شهادت استماعی و ذکر شهادت بر شهادت به همراه سبب مشهود به در فقه شهرت یافته (حلی، علامه، بی تا، ج ۲، ص: ۲۱۶) که با احراز اقسام ذکر شده، تبعاً ملاک ابتدای به شهادت در شهادت ثانوی ثابت می‌گردد. در قوانین ایران ادای شهادت واجب نیست و آنچه که در آیات (مائده: ۱۰۶؛ بقره: ۱۴۰) و روایات مورد تأکید است (ابن حیون، ۱۳۸۳، جلد ۲، ص: ۵۱۶)، مبنای آراء فقهی قرار نگرفته است؛ چه اینکه روایات وارده بر لزوم ادای شهادت با هم اختلاف دارند و قدر متیقن آنها، فرض تحمل در قسم اول شهادت بر شهادت یعنی قسم استدعاء می‌باشد. در این فرض بدلیل اینکه صراحتاً شاهد اصل شاهد ثانوی را بر مشهود به خودش، به عنوان شاهد درخواست می‌کند، نوعی از توافق بر تحمیل شهادت

۱-: «والضابط عندنا بالمشقة...» .

## ۱۴/ مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره بیست و هفتم، بهار و تابستان ۱۴۰۰، ص ۱-۲۵

متصور است. آیات وارده (بقره: ۲۸۲)<sup>۱</sup> نیز صراحتاً از منع امتناع در قسم اول شهادت تأکید دارد. همچنین است ظهور تأکیدات فوق به عنوان قید احترازی از موضعی که بتوان به سایر روش‌های پذیرفته شده، از تضييع حقوق مشهود له جلوگیری نمود. در جایی که حوزه موضوعی مشهود به، اجازه پذیرش شهادت بر شهادت را می‌دهد، قید تضييع حق مشهود له منتفی است و به عنوان رهیافتی جایگزین، می‌توان از آن بهره برد. در یک مثال ساده می‌توان فرض فوق را به تصویر کشید، فرض کنیم که یک نفر شاهد طلب یک نفر از آشنایان و دوستانش بوده است. از یک طرف به دلایل شخصی از جمله مأخوذ به حیا بودن، ترس از مطالبه طلبی که مشهود علیه از او دارد و یا به جهات خوف از مسائل حیثیتی و جانی نتواند به صورت مستقیم شهادت دهد یا به نحوی ملتزم شده باشد که در دادگاه به صورت مستقیم علیه بدهکار شهادت ندهد، در چنین فرضی، شاید به شهادت او نیز استناد شود، امتناع از شهادت در چنین فرضی زمانی مصداق کتمان شهادت و نهی شارع است که جایگزین و چنانکه در ماهیت شهادت بر شهادت در فقه گفته شده (اسماعیل تبار و همکاران، ۱۳۹۹، ص: ۴۱) عدم طریق شرعی در اتصال شهادت به محکمه محرز شود در حالی که یکی از ماهیتهای شهادت بر شهادت، شهادت قائم مقامی ذکر شده است و این یعنی شهادت ثانوی جایگزینی مطلوب در اتصال شهادت اصلی به جلسه رسیدگی می‌باشد.<sup>۲</sup>

ممکن است گفته شود، خروجی موضوعی فرض امتناع از شرایط تعسر در پذیرش شهادت بر شهادت، مبتنی بر این است که شهادت بر شهادت نوعی استشهاد است که شاهد اصل، شاهد ثانوی را از موضوع شهادت مطلع می‌کند و او را شاهد بر شهادت می‌گیرد؛ در حالی که در فرض امتناع از شهادت، فرض استشهاد منتفی است. همچنین نشان از عدم تمایل شاهد اصل بر استماع شهادتش دارد و الا خود شهادت می‌داد. در جواب عرضه می‌داریم، اول آنکه مواضع تحمل شهادت بر شهادت تنها در فرض استشهاد محصور نیست و اقسام دیگری هم دارد. دوم آنکه بر فرض حصر استشهاد به عنوان رهیافت تحمل صحیح شهادت بر شهادت، زمانی که شاهد اصلی پس از ادای شهادت توسط شاهد ثانوی، از شهادتش برگردد و انکار نماید، در فقه اختلاف است که نظر کدام‌یک برگزیده شود و حتی در فقه روایاتی دال بر اعتنا به اعدل موجود است (طوسی؛ ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص: ۲۵۶؛ صدوق؛ ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص: ۷۰)،<sup>۳</sup>

۱- «و لا یأب الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا».

۲- این تحلیل در آراء فقهای اهل سنت سبب شده که ماهیت شهادت ثانوی را وثیقه ای بادوام به شمار آوردند و هدف آن را تداوم تحمل صحیح شهادت و نهایتاً اتصال آن نزد قاضی محسوب دارند.

۳- «فِي رَجُلٍ شَهِدَ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ فَجَاءَ الرَّجُلُ فَقَالَ لَمْ أَشْهَدْهُ قَالَ فَقَالَ تَجَوَّرَ شَهَادَةُ أَعْدِلِيهِمَا وَ لَوْ كَانَ أَعْدَلِيهِمَا وَاحِدًا لَمْ تَجَزَّ شَهَادَتُهُ» (تهذيب الأحكام؛ ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص: ۲۵۶ / صدوق؛ ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص: ۷۰).

## احراز تعدد و تفسر شاهد اصل؛ قاعده‌گزینی شرط‌پذیرش شهادت بر شهادت / ۱۵

پس به طریق اولی فرض امتناع که ترجیحی بر رجوع از شهادت ندارد، نمی‌تواند مستمسک قائلان بر عدم پذیرش فرض امتناع در زمره شرایط پذیرش شهادت ثانوی قرار گیرد. چه اینکه، ممکن است امتناع شاهد اصل از ادای شهادت مبتنی بر عسر و حرجی باشد که از جمله دلایل درونی شاهد باشد و محل خارجی نداشته باشد. از آن جمله است خوف ضرر جانی و مالی.

### ۴- علم قاضی و شهادت بر شهادت

علم به معنای دانستن و آگاهی انسان نسبت به ماهیت وقایع و پدیده‌های اطراف است؛ لذا آگاهی حاکم شرع به وقایع و امور، مبنای دعواست، چنانکه وی را قادر به صدور حکم نماید. از آنجا که در نظامهای حقوقی، قانونگذار نظام ادله اثبات دعوی را معین می‌کند، سؤال این است که آیا «علم قاضی» نیز در این شماراست؟ به جهت حفظ سنت این پژوهش که بر مبنای دفع دخل مقدر تنظیم گردیده به شبهاتی که در راستای حجیت علم قاضی و تأثیر آن در شهادت بر شهادت می‌تواند موثر در کشف ماهیت آن باشد، پاسخ مناسب داده خواهد شد. از این‌رو ضمن بررسی فقهی موضوع، به کشف مراد مقنن در قوانین پرداخته خواهد شد.

علم قاضی به معنای پیش گفته؛ حالتی است که در نتیجه سنجش قراین، شواهد، اوضاع و احوال حاکم بر یک پدیده خارجی بدست آمده و با حصول آن هرگونه احتمال مخالف از بین می‌رود. در برابر علم، حالات دیگری نیز برای ذهن نسبت به پدیده‌های اطراف متصور است؛ جهل به معنای عدم آگاهی از ماهیت یک شیء و هم به معنای ضعیف‌ترین احتمال از بین احتمالات مختلف، شک به معنای حالت ذهن نسبت به احتمالات مساوی و ظن به معنای احتمال قویتر در بین احتمالات مختلف با شدت و ضعفهای متفاوت می‌باشد. علم از یک سو دارای موضوعیت است یعنی فی نفسه معتبر و دارای ارزش اثباتی است و بر طبق آن عمل می‌شود و از سوی دیگر امری است که می‌توان بر مبنای آن واقعیت پدیده‌های مورد نظر را کشف نمود؛ لذا گفته می‌شود که علم از حجیت برخوردار است؛ حجیت آن ذاتی بوده و اعتبار آن موقوف به تصریح قانونگذار نمی‌باشد.

نکته قابل ذکر آنکه هر چند علم قاضی برای او کاشف مطلق از واقع باشد، قانونگذار را مقید نمی‌کند، بلکه این قانونگذار است که ادله اثبات دعوی را حسب مصالح و شرایط اجتماعی خویش معین می‌نماید. حال مسأله این است که در نظامهای حقوقی وضع به چه منوال است. آیا قاضی می‌تواند به علم خود عمل نموده و بر مبنای آن مبادرت به صدور حکم نماید یا آنکه روابط در دنیای کنونی چنان پیچیده شده که قضات از چنین امکانی برخوردار نمی‌باشند. لذا به طور مختصر و در حد اثبات منظور به بررسی

## ۱۶/ مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره بیست و هفتم، بهار و تابستان ۱۴۰۰، ص ۱-۲۵

جایگاه ویژه ی علم قاضی در قوانین و فقه که خواستگاه اصلی قوانین و شارح مکتوبات قانونی است می- پردازیم.

### ۴-۱- علم قاضی در قانون

مطابق ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «علم قاضی عبارت از یقین حاصل از مستندات بیّن در امری است که نزد وی مطرح می‌شود. در مواردی که مستند حکم، علم قاضی است، وی موظف است قرائن و امارات بیّن مستند علم خود را به طور صریح در حکم قید نماید». آنچه که این نص در وهله‌ی اول ظهور دارد، حجیت علم قاضی در میان ادله اثبات دعوا می‌باشد و دارای چند نکته اساسی است که از منظر می‌گذرانیم.

اول: شناسایی و اعتبار بخشی به علم قاضی است.

دوم: علم قاضی باید یقینی و بلاشک باشد باشد و مفهوم آن عدم حجیت علم ظنی و یا امور مشکوک را می‌رساند.

سوم: ذکر مستندات بیّن نشانه آن است که باید مستندات علم قاضی آشکارا و در منظر باشد و بتوان به منشأ آن مراجع کرد و مفهوم آن نشان می‌دهد که علم حاصل از مواردی مثل رویا و کشف و شهود و... نمی‌تواند مستند قرار گیرد ولو آنکه برای قاضی یقین حاصل شود چنانکه منظور فقه شریف از علم قاضی نیز همین است. (عراقی، بی‌تا: ۳۷)

چهارم: طرائق علم قاضی که موجب اعتماد او شده است باید به صورت روشن و شفاف در حکم قید گردد.

هم‌چنین مطابق ماده ۲۱۲ ق.ا.م.ا: «در صورتی که علم قاضی با ادله قانونی دیگر در تعارض باشد، اگر علم بیّن باقی بماند، آن ادله برای قاضی معتبر نیست و قاضی با ذکر مستندات علم خود و جهات رد ادله دیگر، رأی صادر می‌کند. چنانچه برای قاضی علم حاصل نشود ادله قانونی معتبر است و بر اساس آنها رأی صادر می‌شود». نکته مورد نظر در این ماده اعتماد به علم قاضی و حتی رد ادله شرعی که قاعدتا تحمیلی هستند در برابر یقین قاضی و ممنوعیت قاضی معتقد به علمی که با ادله شرعیه مثل اقرار و سوگند و بیّنه در تعارض است، از اصدار حکم بر اساس آن ادله می‌باشد. پس حجیت علم قاضی در قانون مدون ایران تثبیت می‌شود؛ و موید آن ماده ۲۴۱ ق.ا.د.م. است که تشخیص درجه ارزش و اعتبار گواهی را بنابر نظر قاضی می‌داند و نظر او را لازم الإلتیاع می‌داند. (حیاتی ۱۳۹۰: ۴۳۷) پس مطابق آنچه که ادعا شده (حیاتی، همان، ص: ۴۳۶) قانون گذار ما از نظر مشهور در فقه پیروی کرده و برای علم قاضی جایگاه ویژه‌ای در کنار سایر ادله اثبات دعوا قائل است که موید آن عنوان فصل پنجم قانون مجازات



## اراز نمود و تفسیر شاهد اصل؛ قاعده‌گزینی شرط پذیرش شهادت بر شهادت / ۱۷

اسلامی در بخش پنجم ادله اثبات دعوا در امور کیفری است که به علم قاضی اختصاص داده شده است. همچنین است ذکر ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی در حجیت و اعتبار نظر قاضی. بنابراین با ملاکهای ذکر شده و فحوی کلام مقنن در ماده ۲۴۱ ق.آ.د.م. و قانون مدنی در ادله اثبات دعوا، شمار گواهان همیشه نمی‌تواند برای قاضی ملاک باشد چرا که ممکن است قاضی گواهی یک نفر را برابر با واقع و با ارزش تشخیص دهد و گواهی چند نفر مقابل او را بی ارزش انگارد و این را از اختیاری که برای او در جهت کشف حقیقت و مبانی گواهی لازم است، می‌توان استنباط کرد (مدنی، آیین دادرسی مدنی، ج ۱، ص: ۲۱۰)؛ که در قانون پیشین در ماده ۴۲۱ به صراحت به آن تصریح شده بود. (حیاتی، پیشین، صص: ۴۳۶ و ۴۳۷) مطابق این ماده و تفاسیر فوق از قانون شاید ادعا شود که همانطور که علم قاضی خود حجت است و به عنوان دلیل مورد شناسایی قرار گرفته است قدرت اعتبار بخشیدن به سایر امور را دارد و زمانی که شهادت بر شهادت بتواند با شاهد واحد تحقق پیدا کند چرا برای آن اعتبار قائل نشویم؟! و اگر بتوان آن را پذیرفت شاید ماهیت شهادت فرع را همان بدلیت و جایگزینی چنانکه در فقه اهل سنت (حنفیه) مورد اشاره قرار گرفته است، قائل شویم. اما غالب فقها در رد این نظر در توجیه نصاب (دو نفر بر یک نفر) به معرفی ماهیت شهادت بر شهادت پرداخته‌اند؛ ولی در بیان آن، پراکندگی نظر و اختلافی که منشأ اثر بتواند باشد، مشهود است. با عنایت به مطالب فوق، نگارنده، ماهیت ویژه‌ی شهادت فرع با آثار خاص خود را به عنوان احسن برگزیده است. (اسماعیل تبار و همکاران، ۱۳۹۹، ص: ۵۱).

### ۴-۲- علم قاضی در فقه

در فقه شریف از علم قاضی به صورت مبسوط صحبت به میان آمده که زیندگی بیانات فقهی به انتساب شخصیتی فقهاء نیز می‌باشد. در فقه جایگاه علم قاضی در صدور احکام به این صورت است که در اثبات کلیه حقوق از اعتبار و جایگاه مطلوبی برخوردار است؛ همچنین مطلقاً ایجاد علم قاضی (حتی قبل از قضاء) کافی دانسته شده است. (شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ۴۸۶ / شیخ طوسی، پیشین، ص: ۲۴۲ / سوره «ص»: ۲۶). از طرفی در باب صدور حکم مبتنی بر قول قاضی دیگر، تنها قول و اخبار کافی دانسته نشده و جز با رعایت نصاب، مجوزی در صدور رأی وجود ندارد. چه اینکه قاعدتاً مفید ایجاد علم نمی‌باشد و حکم به آن نمی‌شود. حتی در باب جرح و تعدیل شهود گفته شده که اگر حاکم بنا بر علمش حکم نکند سبب توقف احکام و ایجاد فسق در حاکم شرع می‌شود (حلی، ۱۴۱۳ق، پیشین، ج ۸، ص: ۴۰۰) و روشن است که قاضی باید از این مواضع به دور باشد. به عنوان مثال هرگاه مردی همسرش را سه بار طلاق داده باشد، مطابق احکام بر او بدون محلل حرام می‌شود و اگر برای او قول به همراه قسم تنها باشد مصداق حکم به عدم علم در موضوع و نتیجتاً حکم به فسق می‌شود که تسلیم زوجه به مرد به همراه

یک قسم از جانب مرد است و اگر هم حکم صادر نکند مصداق توقف احکام است که مذموم شارع می- باشد. مطابق آنچه که بیان شد حاکم باید جهادگر در کشف حقیقت باشد منتها ظوابط و قواعد قاعده منع تحصیل دلیل به نحوی که اشاعه جانبداری از طرفین در میان باشد را رعایت و از هر تهمتی خود را مبرا سازد. (فاضل هندی ۱۴۱۶هـ.ق، ج ۱۰، ص: ۶۸؛ اردبیلی ۱۴۰۳، ج ۱۲، ص: ۸۳). در سایر کتب فقهی قضاوت مطلق قاضی بنا به علمش مخصوص امام معصوم صلوات الله علیهم معرفی شده و در غیر معصوم بنا بر قول اصح در حقوق الناس و همچنین در حقوق لله نیز قضاوت قاضی بنا بر مستند علم قاضی مورد پذیرش و بلکه وجوب علم قاضی به امر محکومه از ضروریات است. پس اگر علم در موضوعی که به او ارجاع شده نداشت و یا کسب علم در آن تعذر یا تعسر داشته باشد نیاز به حجتی پیدا می کند تا موضوع را روشن سازد. از اینرو اگر بدانند که شاهدان فاسق یا دروغگو هستند به آن حکم نمی کند و اگر عدالتشان روشن باشد بی نیاز از تزکیه، به آن حکم می شود. اما اگر وضعیت آنها مجهول باشد قاضی از احوالات آنها سوال می کند تا به صدق و درستی شهود که حجت و بینة معرفی شده اند، پی ببرد. شناسایی شهود علاوه بر تسمیه، اجمالا شامل دیانت و ایمان و عدالت آنها می شود و حتی اگر غریب اقراری نماید قاضی به علمش حکم می کند (فخرالمحققین حلی ۱۳۸۷هـ.ق، ج ۴، ص: ۳۱۳). (ظاهر در کسب علم برای قاضی توسط اقرار مقرر).

بنا بر آنچه که بیان شد علم قاضی چه در فقه و چه در قانون مستند است منتها همانطور که در فقه بیان شده و فحوی کلام مقنن نیز موید آنست، علم قاضی به عنوان یکی از ادله یا باید مستند به قرائن و امارات چنان که در ماده ۲۱۱ق.م.ا. آمده باشد و یا آنکه از طرق دیگری با لزوم ذکر آن در فقه که امور ظاهری را پیش فرض مستندات علم قاضی معرفی می کند، باشد. در این صورت مورد از موارد شهادت و شهادت بر شهادت جدا خواهد بود؛ چرا که اگر قرار بود شهادت بر شهادت بدون رعایت نصاب، ادا شود مطابق روایت اول نهایتا نصف شهادت خواهد بود؛ پس نصاب آن از ضروریات است. همچنین به وضوح می توان دریافت که شهادت با نصاب نیز در زمره علم ویژه قاضی نیست؛ چه اینکه اگر نصاب رعایت شود خود دلیلی محوری در قضاوت است و به عنوان بینة شرعی در فقه روایی متواتر است؛ منتها تشخیص قاضی می تواند در رد آن اگر مستندی معقول داشته باشد جرح بر شهود قرار گیرد. در مرقومات یکی از نویسندگان مربوط به قانون سابق آ.د.م. (امامی، سید حسن، ج ۶، ص: ۲۰۳ به نقل از حیاتی، پیشین) آمده: «قانون مدنی عده گواهان را برای اثبات دعوی تعیین نموده است، و مدعی می تواند چندان گواه اقامه کند که برای اثبات دعوی در نظر دادرس کافی باشد، اگر چه دو یا سه نفر باشد، ولی رویه عملی در پرونده های حقوقی اغلب آنست که به کمتر از چهار گواه استناد نمی نمایند، مگر اینکه گواهی برای

## ارز تضر و تضر شاهد اصل؛ قاعده‌کنینی شرط پذیرش شهادت بر شهادت / ۱۹

تکمیل یا تأیید دلیل دیگر باشد، استثنائاً در بعض دعاوی قانون کمترین عدّه گواهانی که گفته آنان می‌تواند دلیل بر اثبات دعوی قرار گیرد تعیین نموده است، مانند دعوی اعسار از محکوم به. بنابراین چنانچه از گفتار گواهان اگر چه عدّه آنان کم باشد، دعوی مدعی در نظر دادگاه اثبات گردید، دادگاه طبق آن رأی صادر می‌نماید و هرگاه گفتار آنان نتوانست در نظر دادگاه دعوی را اثبات کند، دادگاه مدعی را بعدم اثبات دعوی محکوم می‌نماید، اگر چه عدّه گواهان بسیار باشد.

در بیان فوق عدم اشاره قانونگذار به رعایت نصاب در امور مورد قضاوت ذکر شده است. از طرفی بیان شده که غالباً شهادت کمتر از چهار نفر را در محکمه نمی‌پذیرفتند. با این وضعیت حقوقی در زمان قبل از تصویب ق.آ.د.م. ۱۳۷۹ که به تفکیک نصاب شهود را در موضوع مورد شهادت آنها محصوراً بیان کرده است (ماده ۲۳۰ ق.آ.د.م)، وضعیت نصاب شهود نوعی بلا تکلیفی داشته است. البته که در حدود شرعیه چه نص قانونی وجود داشته باشد و چه نباشد به جهت احتیاط و حرمت دم انسان قاعدتاً از منابع فقهی و استفتائات مراجع عظام بهره‌ها برده شده و نصاب حداقلی رعایت شده است. لیکن یکی از نویسندگان (حیاتی ۱۳۹۰، پیشین: ۴۲۶) در شرح ماده ۲۴۱ ق.آ.د.م با اعلان نظر به وضعیت قانون سابق بیان داشته‌اند: اگر چه اختیار تشخیص اعتبار گواهی با قاضی محکمه است لیکن با توجه به ماده ۲۳۰ دادگاه نمی‌تواند به کمتر از شمار گواه حکم صادر کند ولی نگارنده بر این باور است که اگر بخواهیم این نظر را بپذیریم ماده ۲۴۱ را تنها در شناسایی صدور حکم به استناد گواهی گواه که از دلایل شرعی است، محصور کرده‌ایم؛ در حالی که با بیانات فقهی و حقوقی در پیش گفته ثابت کردیم که در اقل مراتب با تنقیح مناط ماده فوق‌الذکر نسبت به علم قاضی که مورد پذیرش مقنن و شارع می‌باشد، نوعی اعتبار بخشی به شهادت از یک طرف و از طرف دیگر عقلاً نظری به درجه وضعیت و کیفیت اعتبار علم قاضی دارد. البته که اگر گواه دارای شرایط نصاب نباشد حجیت علم قاضی به حدی اعتبار دارد که آن را نه به عنوان گواهی گواه، دلیل بشناسد، بلکه قاضی، گواهی ناقص (کمتر از نصاب) را با علمش و با کیاست و تجربه‌اش می‌تواند از قرائن و امارات مورد استناد قرار دهد (برای نظر مخالف رجوع شود به حیاتی، پیشین، /زراعت، پیشین، ص: ۵۰۵) تا در شرایط بخرنج و مواردی که تضييع حق و حقوق فردی بدان وابسته است، حدود مجوز شرعی و قانونی از این حقوق دفاع نماید و لزوم رعایت عدالت نیز همین است؛ چه اینکه اگر تمامی امور قضایی تحمیلی باشد غالباً تضييع حق را به دنبال خواهد داشت؛ درحالیکه بنا بر اعتقاد نگارنده علاوه بر بینه و قسم با توجه به شیوه نگارش ماده ۲۴۱ ق.آ.د.م. و سایر موارد ذکر شده، قضاوت، دائرمدار اقناع و علم قاضی (حتی در پذیرش ادله تحمیلی شرعی همانند بینه) می‌باشد. از طرفی ایشان به صراحت بیان داشته‌اند: «اگر شمار گواهان کمتر بود و دعوا در نظر دادگاه ثابت گردید به آن

## ۱۲۰ مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره بیست و هفتم، بهار و تابستان ۱۴۰۰، ص ۱-۲۵

حکم می‌دهد.» این بیان را به دو صورت می‌توان تحلیل کرد، اول در شمار کمتر گواهان وعدم رعایت نصاب منظور در همان برهه‌ی زمانی، اگر گواهی گواه که دارای شرایط تام هم نیست، قاضی را قانع کرد به جهت حجیت و اعتبار علم قاضی می‌تواند به آن استناد کند و حکم صادر نماید؛ این جز اماره محسوب کردن شهادت شهود و قرائن مثبت نمی‌تواند باشد. دوم: اگر بگوییم منظور ایشان از این بیان این بوده که در صورت عدم رعایت نصاب عرفی که بیان شده به کمتر از چهار نفر در محکمه توجه نمی‌شده، این باشد که با کمتر از آن مثل دو نفر، قاضی مجاز بوده که بر اساس همان شهادت حکم را به سبب اینکه دارای دلیل (بینه) شرعی بوده، صادر نماید، این تنها به فرضی محصور می‌شود که نصاب شرعی آن کمتر از چهار نفر باشد؛ ولی محکمه مطابق رویه سابقش، چهار نفر را به قید اینکه از حداقل شرعی کمتر نباشد صالح در اثبات مدعا بشناسد و قاضی بتواند برای آن در کنار اقتناع وجدانی و علمش اعتبار بشناسد و حکم را بر همان اساس صادر نماید. با کمی دقت روشن می‌شود که هر دو تفسیر فوق مخالف صریح ادعای نویسنده مذکور می‌باشد. از این رو شهادت فرع می‌تواند به عنوان اماره قضایی مستند حکم قرار بگیرد. چنان که یکی دیگر از نویسندگان (حسن‌زاده ۱۳۹۱، پیشین، ص: ۹۷) در تأیید منظور ابراز داشته‌اند: «در مواردی که دادگاه گواهی را واجد شرایط نمی‌داند (مثل عدم رعایت نصاب) نه از باب شهادت بلکه به عنوان اماره قضایی و در جهت کشف واقع مورد توجه و استناد قرار می‌دهد».

### ۵- نتیجه گیری

با عنایت به مواد مذکور اگر قرار بود اصلاتی برای شهادت بر شهادت قائل نشویم پس باید به عنوان استثنای حکم ذکر میشد نه آنکه احکام بر آن استناد شوند. اگر بخواهیم به دلیل ایجاد شرایطی مثل نصاب (شهادت دو نفر بربیک نفر) که در تمامی انواع شهادت لزوم رعایت آن ضروری است قائل به پذیرش استثنای شهادت بر شهادت و یک امر حقوقی بدون اصالت و هویت مستقل باشیم همین موارد را باید در مورد بینه هم بپذیریم و این نتیجه‌ای است که هیچ‌کس نمی‌پذیرد؛ چرا که در بینه هم شهود باید مشهور به منهیات شرعی نباشند و ظاهر عدالت را داشته باشند، نصاب باید در مورد آنها رعایت شود و متصف به خصیاتی که مانع پذیرش شهادت می‌شود، نباشند؛ از این رو، این شرایط پذیرش، سبب استثنای شدن ماهیت شهادت فرع نمی‌شود. نتیجه این پژوهش علاوه بر تقیید پذیرش به جنبه‌های نوعی و شخصی عذر نوعی رویکرد توسعه و تعمیم برای شهادت بر شهادت نیز در بر دارد. به تعبیر دیگر، ضابطه‌ی تعذر و تعسر علاوه بر مشقت از حضور، مشقت از ادای شهادت که اختلاف بارز آن امتناع از ادای شهادت است، می‌باشد. اصالت شهادت بر شهادت در فقه شیعه که خواستگاه اصلی قانون است با توجه به روایات طلحة ابن زید و غیاث ابن ابراهیم (مفهوم روایت دوم مبنی بر رعایت نصاب: دونفر) که

## احراز تعذر و تعسر شاهد اصل؛ قاعده‌گزینی شرط‌پذیرش شهادت بر شهادت ۲۱

همه فقها آنها را توثیق کرده‌اند نظر دارد؛ بدین معنا که وقتی از اصالت صحبت می‌کنیم منظور ما اصل اولیّه و مبنا می‌باشد و اِلّا هیچ اصل و قاعده‌ای از تخصیص بی‌نیاز نیست.

در بحث تعذر و تعسر یک اختلاف در نتایج این تحقیق با برخی از نویسندگان که با ادعای عدم سبقه‌ی شرعی صحبت از عدم دخول امتناع و عدم ادای شهادت در زمره تعذر و تعسر نموده‌اند؛ وجود دارد که استظهارات روایی ذکر شده در گستره‌ی موضوعی تعذر و تعسر و همچنین رویکرد توسعه‌گرایانه‌ی مقنن در احیای بعضی از مواد مرتبط با شهادت و همچنین فحوی مواد ۲۳۱، ۲۴۴، ۲۴۵ و ۲۴۶ ق.آ.م. در گسترش حوزه تعسر، در مورد امتناع از ادای شهادت با عذرهای موجه که در اقتناع وجدانی قاضی موثر افتد می‌توان صحت نظریه را برگزید.

در پایان مطالبی دال بر گذر از شرایط حصری ذکر شده روشنگر موضوع خواهد بود. در مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ ق.آ.م. که اختیار دادگاه را در مراجعه به منزل یا محل اقامت شاهد اصل بیان کرده است، بایستی به فلسفه و مبنای آن توجه نمود. در این زمینه نظری که با آنچه از فقه را از منظر گذراندیم هماهنگ باشد، ایسنت که توجه مقنن به احتیاط در توسعه پذیرش شهادت بر شهادت محرز است؛ چه اینکه در مواردی که مطابق ماده ۲۴۵ مشقت از حضور در بیان مقنن ظهور دارد، دادن اختیار به دادگاه در مراجعه به منزل یا محل اقامت شاهد اصل مطابق احتیاط است؛ پس در اینجا سنجش قاضی که مجوز آن در ماده ۲۴۱ قانون مذکور صادر شده است، معیار قرار گرفته است. همچنین معیار دیگر در موردی که تعذر، دوری محل اقامت شاهد اصل است، صدور مجوز اختیار قاضی، جهت نیابت قضایی در استماع شهادت می‌باشد. در ماده ۲۴۶ مبنای ذکر شده در الزام قاضی به شهادت بر شهادت در موردی که قرار است مبنای حکم قرار بگیرد با دو ماده پیشین نوعی تعارض ظاهری دارد. که با فرض حکمت مقنن در تقابل است. پس باید به این نکته توجه نمود که دادن اختیار در مواد ذکر شده (۲۴۴ و ۲۴۵) ناظر به موردی است که تعذر از معیار نوعی برخوردار است. اما آنجا که در ماده ۲۴۶ احاله عذر به مصادیق ماده ۲۳۱ شده، ناظر بر معیار شخصی عذر است که تبعاً با اثبات آن می‌توان دلایلی همچون امتناع به دلیل خوف از ضرر و تهدید و ... را دلیل و مجوز پذیرش شهادت بر شهادت دانست. (برای نظر مخالف ر.ک حسن زاده، پیشین. / برای نظر موافق ر.ک فحوی بیان کاتوزیان، پیشین، ص: ۲۱). این ناظر به مواردی غیر از حصر دلیل صدور حکم در شهادت بر شهادت می‌باشد و اِلّا مطابق ظهور صریح مواد فوق‌الذکر زمانی که شهادت شاهد دارای عذر شخصی و نوعی، دلیل منحصر صدور حکم باشد به جهت احتیاط می‌توان به شهادت بر شهادت استناد جست که موافق روایت صحیح محمد ابن مسلم نیز می‌باشد. همچنین اگر شرایط به نحوی باشد که شهادت شاهد تنها مبنای رأی نباشد ولی شهادت شهود به عنوان مادون دلیل

## ۱۲۲ مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره بیست و هفتم، بهار و تابستان ۱۴۰۰، ص ۱-۲۵

شرعی باشد، و از طرفی امکان استماع گواهی در خارج از دادگاه یا به وسیله دیگران مهیا باشد، دادگاه در این زمینه مختار است.

### منابع

#### ۱- فارسی

##### الف- کتب

۱. حیاتی، علی عباس، آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی، دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰.
۲. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸.
۳. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، انتشارات دراک، تهران، ایران، ۱۳۸۷.

##### ب- مقالات

۴. اسماعیل تبار، احمد، میرداداشی، سید مهدی، کشاورز، علی، آرامون، مصیب.. «جستار ماهیت شهادت بر شهادت، اجابتی بر تعداد و جنسیت شهود». فصلنامه قضاوت، ۲۰(۱۰۲)، ۱۳۹۹.
۵. حسن زاده، مهدی، «اثر تعذر حضور شاهد در ادای شهادت»، مجله حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۳۵، ۱۳۹۱.
۶. .... «بررسی فقهی حقوقی اثر رجوع شاهد از شهادت»... مجله حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۴۱، ۱۳۹۳.
۷. صفایی، سید حسین، «ارزش اثباتی شهادت»، پژوهش حقوق و سیاست، ش ۱۳، ۱۳۸۳.
۸. فرح زادی، علی اکبر، میرداداشی، سید مهدی، کشاورز، علی، سلطانیان نژاد، احسان. «امکان سنجی اثبات قذف از گذرگاه شهادت ثانوی: نگاهی به نظام حقوقی ایران، فقه شیعه و اهل سنت». مطالعات حقوقی، ۱۳(۱)، ۱۴۰۰.
۹. قرجه لو، علیرضا، شهادت بر شهادت در حقوق ایران و انگلیس، الهیات و حقوق، ش ۲۸، ۱۳۸۷.
۱۰. کریمی، عباس، عدم پذیرش شهادت بر مسموعات و ...، فصلنامه دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۱، ۱۳۸۸.

#### ۲- عربی

۱۱. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۲، اول، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
۱۲. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، ج ۳، سوم، بیروت، دار الفکر- دار صادر، ۱۴۱۴ق.
۱۳. حلی، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام، ج ۴، دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸.
۱۴. حلی، علامه، تحریر الأحكام، ج ۲، اول، مشهد، انتشارات آل البيت علیهم السلام، بی تا.

## ارزاتغذو تفسر شاهد اصل؛ قاعده كزینی شرط پذیرش شهادت بر شهادت / ۲۳

۱۵. حلی، علامه، مختلف الشیعة، ج ۸، دوم، قم - ایران، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۱۶. فخرالمحققین حلی، إیضاح الفوائد، ج ۴، اول، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق.
۱۷. حمیری، نشوان بن سعید، شمس العلوم و دواء کلام العرب، ج ۱۲، اول، بیروت، دار الفکر، ۱۴۲۰ق.
۱۸. خویی، ابو القاسم، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۱، اول، قم، إحياء آثار، ۱۴۲۲ق.
۱۹. طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار، ج ۳، اول، تهران، دار الکتب الإسلامیة، ۱۳۹۰ه ق.
۲۰. .... تهذیب الأحکام، ج ۶، چهارم، تهران، دارالکتب، ۱۴۰۷ه ق.
۲۱. .... الخلاف، ج ۶، اول، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷.
۲۲. .... المبسوط، ج ۸، سوم، تهران، المكتبة المرتضویة، ۱۳۸۷ه ق.
۲۳. عراقی، آقا ضیاءالدین، علی کزازی، کتاب القضاء (للأغا ضیاء)، یک جلد، اول، قم، چاپخانه مهر، بی تا.
۲۴. فاضل هندی، کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحکام، جلد ۱۰، اول، قم، نشر اسلامی، ۱۴۱۶ه ق.
۲۵. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، دوم، قم - ایران، نشر هجرت، ۱۴۱۰ق.
۲۶. فیومی، احمد بن محمد مقری، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، بی تا، ج ۲، اول، قم، منشورات دار الرضی.
۲۷. صدوق، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، ج ۳، دوم، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳.
۲۸. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، الکافی (ط - دار الحدیث)، ج ۷، دارالحدیث، قم - ایران، ۱۴۲۹.
۲۹. نراقی، مولی احمد، مستند الشیعة فی أحكام الشریعه، ج ۱۸، اول، قم - آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۵ق.
۳۰. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۷، هفتم، بیروت، دار إحياء، ۱۴۰۴ق.
۳۱. نوری، حسین، مستدرک الوسائل، ج ۱۷، اول، بیروت - مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۸ق.
۳۲. واسطی، زبیدی، حنفی، محب الدین، سید محمد مرتضی حسینی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۵، اول، بیروت - لبنان، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ق.

## الملخص

تعتبر الشهادة على الشهادة كدليل بديل يندرج تحت فريعات الشهادة الثانوية الواردة ضمن بنود (١٣٢٠ق.م. و ٢٣١ق.أ.د.م) كشرط القبول فى التشكيل القانونى الإيرانى و تبعاً للقواعد الفقهية، كما ثم تبنى مثل هذه الشهادة استناداً الى الأدلة التى سنذكرها تباعاً. لكن نظر لتعدد الآراء فى هذا المجال يقتضى ايضاح الموارد المختلفة عليها و تفصيلها. فموارد «التعذر والتعسر» الواردة فى بند (٢٣١ق.أ.د.م). خلافاً لما يزعمه الكتاب القانونيون، لا تتعلق بعدم الإمكان العقلى و صعوبة الحضر و لأن الباحث و من خلال متابعة للمبادئ الشرعية استظهر مسألة صعوبة تأدية الشهادة، حيث طرح بالتفكيك المعيار الفردى أو الشخصى، كمعيار نوعى. على هذا الأساس فإنها تشمل حالات مثل الإمتناع عن تأدية الشهادة من جانب الشاهد الرئيسى (الأصل) خوفاً على نفسه أو ماله. من هنا فإن هذه الدراسة إجتيازاً إلى تخطى ظاهرة الحضر فى حالات التعذر و التعسر الواردة ضمن بنود (٢٣١، ٢٤٤ و ٢٤٥) من القانون المذكور ضمن ضوابط الشهادة على الشهادة هذا و تابع الباحث هذه الدراسة وفقاً للمنهج الوصفى - التحليلى .

**الكلمات المفتاحية:** الشهادة، صعوبة الحضر، الإمتناع عن تأدية الشهادة، التعذر و التعسر، الشخصى و النوعى .



***Ascertainment of excuse and impossibility of the principal witness:  
Rule-making condition for accepting hearsay evidence<sup>1</sup>***

M.Amin Maleki<sup>۲</sup> ali keshavarz<sup>۳</sup> alireza asgari<sup>۴</sup>

***Abstract***

*Hearsay evidence, including alternatives to evidence of substantiation and and from the background of legal testimony, which the provisions of 1320 of the Civil Code and 231 of the Civil Procedure Law are subject to acceptance. In the legal system of Iran, following the jurisprudence and signification of the words of the jurists, the following arguments were fixed but due to the plurality of expression in this field, it is essential to explain and respond to these issues. The authenticity of in Shi'"a and Sunni jurisprudence also indicates its development. In Sunni jurisprudence, the development of hearsay evidence is martyred. In Shiite and Sunni jurisprudence, the only difference is the acceptance of the hearsay evidence, the precaution and attention to the religious provisions that it is not acceptable , Which is mentioned in Sunni jurisprudence And only in al-Maliki'"s jurisprudence is the authenticity of hearsay evidence in your everyday affairs. Hence, the development of more than a tradition for hearsay evidence which is not accepted in Islamic law. Also in the context of the restricted of Hearsay evidence, the criterion in Sunni jurisprudence is the torment of presence But in Shi'"a jurisprudence it is a hardship to testify. The specific approach of this study is to examine the proper criteria for the hearsay evidence and to circumvent legal liability in accepting hearsay evidence as one of the alternative evidence of substantiation.*

***Keywords:*** *hearsay evidence Excuse the presence Excuse the testify refraining to testify impossibility being in difficulty.*

---

<sup>1</sup> - Receive Date: 15 October 2020, Accept Date: 02 February 2021.

<sup>۲</sup> - Assistant Professor of Islamic Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran. [Maleki@ujsas.ac.ir](mailto:Maleki@ujsas.ac.ir)

<sup>۳</sup> - LL.M. in Documents and Commercial Contracts, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran. [ali.keshavarzghaza26@gmail.com](mailto:ali.keshavarzghaza26@gmail.com)

<sup>۴</sup> - Assistant Professor of Islamic Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.

[alireza.asgari88@gmail.com](mailto:alireza.asgari88@gmail.com)