

بررسی نظریه مشهور در شهادت بر شهادت*

□ سیدجعفر علوی^۱

□ غلامحیدر رضوانی^۲

چکیده

شاهد یا خود مستقیم گواه واقعه بوده و بر آن شهادت می‌دهد و یا به واسطه شاهد واقعه از آن رخداد اطلاع یافته و بر شهادت او گواهی می‌دهد. کسی که خودش گواه واقعه بوده است و بر آن شهادت می‌دهد، شهادتش شهادت اصل و خود وی شاهد اصل و کسی که بر شهادت او نزد حاکم شهادت می‌دهد، شهادتش شهادت فرع و خود او شاهد فرع نامیده می‌شود. از آنجا که حضور شاهد اصلی در بسیاری از موارد متعذر می‌گردد، تبیین و تنقیح این بحث ضروری است. بسیاری از فقیهان، شهادت بر شهادت را با رعایت هفت شرط به عنوان دلیل اثبات دعوی پذیرفته‌اند که به اشتراط برخی تصریح کرده و برخی را در ضمن عباراتشان بیان کرده‌اند. اما از نگاه این تحقیق، دلیل قانع کننده‌ای برای اشتراط شرط اول، دوم، پنجم، ششم و هفتم، از سوی فقها ارائه نشده است؛ از

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۰/۱۸ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۴/۱۲.

۱. استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی (alavi.s.j@googlemail.com).

۲. دانشجوی دکتری فقه جزایی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (rezvani_76@yahoo.com).

این رو این شروط قابل نقد است و غیر لازم به نظر می‌رسد. همچنین ادله مشهور در رابطه با اثبات عدم مقبولیت شهادت بر شهادت شهود فرع که اصطلاحاً به آن شهادت ثالثه می‌گویند نیز نارسا و قاصر است و اعتبار شهادت سوم قابل دفاع می‌باشد.

واژگان کلیدی: شهادت، شهادت بر شهادت، نیابت در شهادت، شاهد اصل، شاهد فرع.

مقدمه

اساسی‌ترین خواسته جامعه از دستگاه اجرای عدالت، صدور حکم عادلانه و احقاق حق است؛ همان گونه که مهم‌ترین دغدغه قضات و حقوق‌دانان، کشف حقیقت و مبنا قرار دادن حقیقت در صدور حکم است. بدیهی است برای کشف حقیقت نمی‌توان به هر دلیل و وسیله‌ای متوسل شد و به مشروعیت و عدم مشروعیت آن توجه نکرد؛ بلکه پیمودن طریق مشروع و قانونی، بخشی مهم از اجرای عدالت می‌باشد. در میان ادله اثبات دعاوی، شهادت یکی از مهم‌ترین و متقن‌ترین ادله شرعی برای اثبات دعاوی است که هم در حقوق کیفری کاربرد دارد و هم در حقوق مدنی. به این مسئله در فقه و حقوق اسلامی تأکید فراوان شده است تا جایی که نسبت به ادای شهادت، ترغیب و از کتمان آن، نکوهش شده است. بر همین اساس، شهادت در فقه اسلامی نوعی تکلیف و ترک آن گناه و معصیت به حساب آمده است (کلینی، ۱۴۰۸: ۲/۲۸۷).

مباحث مفصل فقهی در رابطه با صفات شاهد و شرایط شهادت و اینکه شهادت هر کسی را و هر شهادتی را نمی‌توان مبنای صدور حکم قرار داد، نیز گویای اهمیت شهادت است.

در پاره‌ای از موارد ممکن است حضور شاهد اصلی به خاطر موانع احتمالی میسر نباشد. اگر در این فرض از شهادت شاهد صرف نظر کنیم، حقوق زیادی تضییع می‌گردد و عدالت در برخی از امور راه نخواهد یافت. با توجه به این ضرورت، در صورت تعذر حضور شاهد اصلی، برای حفظ و پاسداشت حقوق افراد جامعه، بررسی جایگاه شهادت بر شهادت در شریعت و حقوق اسلامی ضروری به نظر می‌رسد. مبحث شهادت بر شهادت دارای فروعات و مسائل زیادی است که پرداختن به همه

آن‌ها از رسالت و حوصله این نوشته خارج می‌باشد. در این مقاله تلاش شده است تا نظر مشهور فقهای امامیه در رابطه با اصلی‌ترین مباحث شهادت بر شهادت و نیز شهادت سوم - که فرعی از شهادت بر شهادت محسوب می‌شود - مورد بررسی و نقد قرار گیرد و جهت تنقیح بیشتر، به مهم‌ترین آرای فقهای دیگر مذاهب و مواد قانونی نیز اشاره شود.

تعریف شهادت بر شهادت

بیشتر فقها از تعریف شهادت بر شهادت - که به آن شهادت فرع نیز گفته می‌شود - چشم پوشیده و به موارد کاربرد، شرایط و دیگر زوایای آن بسنده کرده‌اند. در این میان، محمدجواد مغنیه در عبارتی مختصر، شهادت بر شهادت را این‌گونه تعریف کرده است:

«شهادت بر شهادت عبارت است از شهادت دادن دو عادل در نزد حاکم به اینکه فلانی در حضور ما به فلان امر شهادت داد» (مغنیه، ۱۴۲۱: ۱۵۳/۵).

جعفری لنگرودی آورده است:

«[شاهد فرع] شاهدی را گویند که شخصاً واقف به مورد شهادت نگردیده باشد، بلکه شهادت بر شهادتِ شاهد اصل دهد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۲۳۶/۳).

شهادت بر شهادت یا نیابت (وکالت) در شهادت

در رابطه با شهادت با واسطه در میان فقهای اسلامی دو رویکرد به چشم می‌خورد. فقهای امامیه این مبحث را تحت عنوان شهادت بر شهادت مطرح و بررسی کرده‌اند. فقهای اهل سنت با آنکه عنوان بحث را شهادت بر شهادت قرار داده‌اند، از نیابت در شهادت سخن گفته‌اند. روشن است که «شهادت» و «نیابت» دو گزاره فقهی و حقوقی است که هر کدام بار معنایی متفاوت و آثار و احکامی جداگانه دارد.

چنانچه شاهد یا شاهدان فرعی را شاهد بر شهادت شاهد اصل دانستیم، همان‌گونه که در روایات و لسان فقهای اسلامی تعبیر «الشهادة علی الشهادة» به کار رفته است، باید تعدد را در شهود فرع اعتبار کنیم؛ چون شهود فرع، بر شهادت شهود اصل که خود

از موضوعات خارجی است، شهادت می‌دهند و موضوعات خارجی که حکم شرعی بر آنها مترتب می‌گردد، با شهادت کمتر از دو شاهد اثبات نمی‌گردد. از آنجا که در شهادت تعدد شرط است و در نیابت تعدد شرط نمی‌باشد، فقهای امامیه نیابت در شهادت را پذیرفته و آن را مجاز ندانسته‌اند.

علامه حلی می‌فرماید:

«وکیل گرفتن در شهادت جایز نیست، مگر اینکه در قالب شهادت بر شهادت باشد»
(۱۴۱۳: ۳۵۵/۲)

سیدکاظم طباطبایی یزدی می‌فرماید:

«ظاهراً نیابت در شهادت جایز نیست؛ چون ادله پذیرفتن شهادت شامل نیابت در شهادت نمی‌شود. آنچه پذیرفته شده است شهادت بر شهادت است که غیر از نیابت در شهادت می‌باشد» (بی‌تا: ۱۳۳/۲).

اگر مبنای شهادت بر شهادت را نیابت و واسطه‌گری در شهادت بدانیم، همان گونه که از سخنان فقهای مذاهب اربعه پیداست که گفته‌اند: «شاهدان فرع به نیابت از شاهدان اصل شهادت می‌دهند و در واقع شهادت شاهدان فرع، همان شهادت شاهدان اصل است» (کاسانی حنفی، بی‌تا: ۴۲۶/۶)، آنگاه بحث تعدد در شهود مطرح می‌شود.

در نیابت در شهادت برخی تعدد را شرط دانسته و برخی مانند مالک، آن را شرط ندانسته‌اند. بر اساس دیدگاه نیابت، نظریه مالک در شرط ندانستن تعدد در شهود فرع، (سرخسی حنفی، بی‌تا: ۱۲۰/۸) دقیق‌تر و استوارتر به نظر می‌رسد؛ زیرا همان گونه که در تعریف وکالت آمده است، «نیابت آن است که انسان دیگری را در یک رفتار مجاز و معلوم به جای خودش نایب قرار دهد» (جزیری، بی‌تا: ۱۲۴/۳)، در وکالت و نیابت تعدد شرط نیست. یک نفر می‌تواند نایب دیگری شود؛ بلکه بالاتر از این می‌توان ادعا کرد که نیابت و وکالت به خاطر ظهور عرفی و غلبه خارجی، فردیت و یک نفر بودن نایب و وکیل را به ذهن متبادر می‌سازد. از سوی دیگر در نیابت و وکالت، عدالت نیز شرط نمی‌باشد. بر این اساس، مسئله مورد بحث به نحوی از مبحث شهادت بر شهادت خارج گردیده، با عنوان نیابت در شهادت تناسب پیدا می‌کند.

مراتب تحمل شهادت بر شهادت

فقها برای تحمل شهادت بر شهادت مراتبی را ذکر کرده‌اند:

۱. مرتبه اول استرعاء است. ریشه لغوی این واژه «رعی» است و اهل لغت آن را حفظ و مراقبت معنا کرده‌اند (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۴۰۹/۲). استرعاء در اصطلاح آن است که شاهد اصل به شاهد فرع بگوید: شاهد باش بر اینکه من شهادت می‌دهم به... (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۲۹/۲). استرعاء کامل‌ترین مرتبه شهادت بر شهادت است (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱۶۴/۲).

۲. مرتبه دوم این است که شاهد فرع به صورت قطعی بشنود که شاهد اصل در نزد حاکم به فلان امر شهادت داد.

۳. مرتبه سوم شهادت بر شهادت این است که شاهد فرع بشنود که شاهد اصل می‌گوید: من به فلان امر شهادت می‌دهم. از آنجا که در غیر مجالس دادرسی، گفت‌وگوها با تسامح و سهل‌انگاری همراه است، این احتمال وجود دارد که مرتبه سوم از بحث شهادت بر شهادت خارج گردد (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۵۰۴/۳).

فقهای حنفی در رابطه با تحمل شهادت بر شهادت، صرف شنیدن شهادت شاهد اصل را کافی نمی‌دانند؛ بلکه بر این باورند که شاهد اصل باید در قالب عباراتی خاص، شاهد فرع را بر شهادت خویش شاهد بگیرد؛ مثلاً بگوید: «أشهد علی شهادتی أنّی أشهد أنّ لفلان علی فلان كذا» یا اینکه بگوید: «أشهد أنّ لفلان علی فلان كذا، فأشهد علی شهادتی بذلك». می‌تواند عبارت طولانی‌تری را انتخاب نموده، بگوید: «أشهد أنّ لفلان علی فلان كذا. أشهدك علی شهادتی هذه وأمرك أن تشهد علی شهادتی هذه فأشهد» (کاسانی حنفی، بی‌تا: ۶۲۷/۶؛ الشیخ نظام، بی‌تا: ۴۴۷/۳). این عبارات مضمون واحدی را افاده می‌کنند که همان شاهد گرفتن شاهد اصل بر شهادت خویش است. این نظریه مرتبه دوم و سوم شهادت بر شهادت یعنی صرف شنیدن شهادت شاهد اصل را در محکمه یا جای دیگر، برای شهادت دادن شاهد فرع کافی نمی‌داند. در بدائع الصنائع برای این سخن این گونه استدلال کرده است:

«شاهد فرع به نیابت از شاهد اصل شهادت می‌دهد. از این رو شاهد اصل باید او را نیابت گرفته باشد و این نیابت گرفتن تنها با اشهد میسر است؛ به گونه‌ای که شاهد

اصل بگوید: «شَهِدَ عَلَى شَهَادَتِي» چنانچه به جای «شَهِدَ عَلَى شَهَادَتِي» تعبیر «بمثل ما شَهِدْتُ» یا «کَمَا شَهِدْتُ» را به کار برد، پذیرفته نیست؛ زیرا معنای نیابت در شهادت با گفتن «شَهِدَ عَلَى شَهَادَتِي» تحقق می‌یابد» (کاسانی حنفی، بی‌تا: ۶/۶۲۷).

مستندات شرعی شهادت بر شهادت

شهادت بر شهادت به صورت کلی در فقه پذیرفته شده است. در کیفیت پذیرش و قلمرو کاربرد آن مباحثی وجود دارد که در ادامه مطرح می‌گردد.

۱. عمومات و اطلاعات ادله شهادت

عمومات و اطلاعاتی که بر شهادت شاهد اصل اعتبار و مشروعیت می‌بخشد، همانند «وَأَسْتَشْهَدُوا شَهِدِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ» (بقره / ۲۸۲) و «وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ» (طلاق / ۲) صلاحیت تسری و تعمیم به شاهد فرع را نیز دارد؛ زیرا در این ادله قیدی وجود ندارد که این شهادت باید از نوع شهادت اصل باشد و شهادت بر شهادت پذیرفته نیست. اگر کسی ادعا کند که این ادله به شهادت شاهد اصل انصراف دارد و شهادت شاهد فرع از شعاع دلالت ادله شهادت به دور است، باید برای ادعای خود دلیل اقامه کند.

۲. روایات

محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام روایت کرده است که حضرت در مورد شهادت بر شهادت مردی که او خود در شهر حاضر است، پاسخ مثبت داده است؛ البته در صورتی که شهادت شاهد فرع در غیاب شاهد اصل باشد و شاهد اصل به خاطر علت و مانعی نتواند جهت اقامه شهادت حضور یابد.^۱

شیخ صدوق به صورت مرسل از امام صادق علیه السلام نقل کرده است:

«قَالَ الصَّادِقُ علیه السلام: إِذَا شَهِدَ رَجُلٌ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ فَإِنَّ شَهَادَتَهُ تُقْبَلُ وَهِيَ نِصْفُ شَهَادَةٍ وَإِنْ شَهِدَ رَجُلَانِ عَدْلَانِ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ فَقَدْ ثَبَتَ شَهَادَةُ رَجُلٍ وَاحِدٍ»

۱. «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ دُبْيَانَ بْنِ حَكِيمٍ عَنْ مُوسَى بْنِ أَكْبِيلٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ علیه السلام فِي الشَّهَادَةِ عَلَى شَهَادَةِ الرَّجُلِ وَهُوَ بِالْحَضْرَةِ فِي الْبَلَدِ، قَالَ: نَعَمْ وَلَوْ كَانَ خَلْفَ سَارِيَةٍ، يَجُوزُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يُقِيمَهَا هُوَ لِعَلَّةٍ تَمْنَعُهُ عَنْ أَنْ يَحْضُرَهُ وَيُقِيمَهَا فَلَا بَأْسَ بِإِقَامَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى شَهَادَتِهِ» (حرر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷/۴۰۳).

(صدوق، ۱۴۱۳: ۶۹/۳)؛ امام صادق علیه السلام فرمود: هر گاه مردی بر شهادت مردی شهادت بدهد، شهادتش به عنوان نصف پذیرفته می شود. اگر دو مرد عادل بر شهادت مردی شهادت بدهند، شهادت یک مرد محسوب می گردد.

طلحة بن زید در روایتی که فقها آن را معتبره دانسته اند از امام صادق علیه السلام و ایشان از امام علی علیه السلام نقل کرده است که حضرت اجازه نمی داد که یک مرد به جای یک مرد شهادت دهد، مگر اینکه دو مرد به جای یک مرد شهادت می داد.^۱ روایت دیگری با همین مضمون و به همین درجه از اعتبار سندی از غیاث بن ابراهیم نیز روایت شده است.

صفوان بن یحیی در روایت صحیحیه از امام کاظم علیه السلام روایت کرده است که از حضرت در مورد کسی سؤال کردم که اجیرش را بر شهادت خویش شاهد گرفته و سپس از او جدا شده بود، حضرت پاسخ مثبت داد و افزود که عبد نیز هر گاه آزاد شود، می تواند شاهد فرع قرار گیرد.^۲

به نظر می رسد در دلالت روایات فوق بر مشروعیت و مقبولیت شهادت بر شهادت تردیدی وجود ندارد. هر سه روایت شهادت بر شهادت را مسلم انگاشته، به تعیین حدود و شرایط آن پرداخته اند. اما در سند برخی از روایات تردید وجود دارد. روایت محمد بن مسلم که از طریق تهذیب (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵۶/۶) و من لایحضر (صدوق، ۱۴۱۳: ۷۱/۳) نقل شده است، طریق تهذیب به خاطر ذبیان بن حکیم و طریق من لایحضر به خاطر علی بن احمد ضعف دارد (موسوی خوبی، بی تا: ۱۷۷/۱). روایت طلحة بن زید و غیاث بن ابراهیم را برخی (همان: ۱۷۳/۱) معتبره و برخی (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰: ۵۷۰) موثقه دانسته اند. ضعف سندی و ارسال برخی از روایات، خدشه ای در استدلال به این روایات برای اثبات شهادت بر شهادت وارد نمی کند؛ زیرا با تجابر و تعاضد، مطلوب را به خوبی

۱. «وَيَأْتِيهِ [الطوسی] عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ طَلْحَةَ بْنِ زَيْدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ [عَنْ أَبِيهِ] عَنْ عَلِيِّ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ كَانَ لَا يُجِيزُ شَهَادَةَ رَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ، إِلَّا شَهَادَةَ رَجُلَيْنِ عَلَى رَجُلٍ» (همان).

۲. «مَا رَوَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ علیه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ أَشْهَدَ أَحْيَرَهُ عَلَى شَهَادَةٍ ثُمَّ فَارَقَهُ. أَمْ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ لَهُ بَعْدَ أَنْ يُفَارِقَهُ؟ قَالَ: نَعَمْ وَكَذَلِكَ الْعَبْدُ إِذَا أُغْتِقَ جَارَتْ شَهَادَتُهُ» (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۱/۲).

اثبات می‌کنند. همان گونه که صاحب جواهر دلالت مجموع نصوص را بر اثبات شهادت بر شهادت قطعی دانسته است (نجفی، بی تا: ۱۸۹/۴۱).

۳. اجماع

در اتفاقی بودن شهادت بر شهادت به عنوان دلیل اثبات دعوی، در میان فقهای امامیه تردیدی وجود ندارد. صاحب جواهر علاوه بر آنکه ادعای اجماع محصل دارد، اجماع منقول را نیز متواتر می‌داند.^۱ همچنین در میان فقهای اهل سنت نیز مخالفتی صورت نگرفته است. پس می‌توان اصل پذیرش شهادت بر شهادت را در میان فقهای اسلامی اتفاقی دانست. اختلاف نظری که وجود دارد، در رابطه با قلمرو شهادت بر شهادت است.

شرایط شهادت بر شهادت

شاهد فرع از نظر عرف و لغت شاهد است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵: ۳۴۵). از این رو فقها نوعاً به بیان شرایط عمومی شهادت در ابتدای مبحث شهادت بسنده نموده، از تکرار آن امتناع ورزیده‌اند. پس می‌توان گفت که تمامی شرایط عمومی شهادت از قبیل: بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، طهارت مولد و انتفای تهمت (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۶/۲) که در شاهد اصل اعتبار شده است، در شاهد فرع نیز معتبر می‌باشد^۲ (موسوی خمینی، ۱۴۰۹: ۴۴۹/۲؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۱۱۴/۵). علاوه بر آن، برای شاهد فرع شرایط اختصاصی نیز بیان شده است. همچنین تبصره ۱ ماده ۱۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تصریح کرده است: «شاهد بر شهادت شاهد اصلی باید واجد شرایط مقرر برای شاهد اصلی باشد».

۱. تعذر حضور شاهد اصلی

شاهد اصلی توانایی حضور در مجلس قضاوت را نداشته باشد؛ مثلاً غایب باشد یا فوت کرده باشد یا اینکه مریض باشد (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۱۴/۶). در اینکه معیار غیبت

۱. «بل الإجماع بقسمیه علیه، بل لعل المحکمی منه علی ذلك متواترة» (نجفی، بی تا: ۱۸۹/۴۱).

۲. «يعتبر في الشهادة على الشهادة ما يعتبر في شهادة الأصل من العدد والأوصاف».

چیست، فقها نظرات مختلفی را ارائه نموده‌اند. برخی معیار غیبت را مساحت سه روز و معیار مریضی را عدم قدرت حضور در مجلس محاکمه دانسته‌اند (زحیلی، بی‌تا: ۴۹۴/۶). برخی دیگر از مساحتی که در آن نماز قصر می‌شود، سخن گفته‌اند. اما مشهور فقهای اسلامی مشقت و صعوبت حضور شاهد اصل را معیار پذیرش شهادت شهود فرع دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۳۳/۸). این شرط میان فقها مشهور است (نجفی، بی‌تا: ۱۹۹/۴۱) و برخی آن را اجماعی دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۰۷: ۶۳۱۴). این شرط را می‌توان از روایت محمد بن مسلم که در گذشته اشاره شد، به دست آورد.

قوانین ایران به تبعیت از نظر مشهور فقها، تعذر حضور شاهد اصلی را شرط دانسته است. در ماده ۱۳۲۰ قانون مدنی آمده است:

«شهادت بر شهادت در صورتی مسموع است که شاهد اصل وفات یافته یا به واسطه مانع دیگری مثل بیماری و سفر و حبس و غیره نتواند حاضر شود».

چنانچه از تعبیر «نتواند حاضر شود» به دست می‌آید، مقصود بیماری، سفر و حبسی است که توان حاضر شدن در محکمه و ادای شهادت را از شاهد گرفته باشد. ماده ۱۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز این مضمون را تأکید کرده و آورده است:

«شهادت بر شهادت شرعی در صورتی معتبر است که شاهد اصلی فوت نموده و یا به علت غیبت، بیماری و امثال آن، حضور وی متعذر باشد».

در ماده ۲۳۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۹ نیز آمده است:

«در کلیه دعاوی که جنبه حق‌الناسی دارد، اعم از امور جزائی یا مدنی (مالی و غیر آن) به شرح ماده فوق هر گاه 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».

این ماده همان گونه که تصریح کرده است، امور مدنی و جزایی را شامل می‌شود.

نقد شرط اول

پشتوانه این شرط، روایت محمد بن مسلم است و این روایت ضعف سندی دارد که

به آن اشاره شد. با توجه به ضعف این روایت و مخالفت برخی از فقهای قدیم و جدید، اجماع مدرکی و غیر قابل اعتنا به نظر می‌رسد و توان مقابله با اطلاق ادله اعتبار شاهد فرع را ندارد. از این رو برخی از فقها برای قبول شهادت شاهد فرع، تعذر حضور شاهد اصل را شرط ندانسته‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۳۶۶/۱۰؛ نجفی، بی‌تا: ۱۹۹/۴۱). پس از اثبات مقبولیت شهادت بر شهادت، اختصاص آن به موارد و حالات خاص، نیازمند دلیل متقن و روشن است.

۲. باقی ماندن شاهد اصلی بر اوصاف لازم

مراد این است که هنگام شهادت دادن شهود فرع در محکمه، حال شاهد اصلی از اسلام به کفر یا از عدل به فسق تغییر نکرده باشد. مبنای اشتراط این شرط آن است که اگر در حال شهادت شهود فرع، شهود اصلی فاسق شده باشند، حکم بر اساس شهادت فاسق صادر شده است و باطل خواهد بود (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۸۲/۱۴). از سوی دیگر، ظهور فسق و کفر شاهد اصل، عدالت گذشته او را نیز مورد تردید قرار می‌دهد؛ زیرا فسق و کفر معمولاً دفعی و آنی به وجود نمی‌آید (همان).

نقد شرط دوم

برخی در این سخن خدشه کرده و گفته‌اند: معیار صحت شهادت، داشتن عدالت در هنگام ادای شهادت است، نه هنگام صدور حکم. از این رو اگر شهود اصلی در وقت ادای شهادت در نزد شهود فرع عادل بوده‌اند، فسق آن‌ها در وقت شهادت دادن شهود فرع، مورد توجه و اعتنا قرار نمی‌گیرد؛ زیرا فرض بر این است که شهود فرع آنچه را که از انسان عادل شنیده‌اند، بدان شهادت می‌دهند و مورد تردید قرار دادن عدالت شاهد اصل، خارج از محل کلام و مصادره به مطلوب است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵: ۳۶۸). مبنای مقبولیت شهادت شاهد فرع، شهادت بر شهادت است، نه نیابت در شهادت، و شاهد فرع آنچه را که از انسان عادل دریافت کرده است، در محکمه عرضه می‌کند و فسق بعدی شاهد اصل، دخالتی در شهادت شاهد فرع ندارد. اگر مبنای شهادت بر شهادت نیابت باشد، شاهد فرع در زمان حضور در محکمه، از هویت و جایگاه مستقل برخوردار نمی‌باشد، بلکه به نیابت از انسانی که در حین ادای شهادت

فاسق است، شهادت را ادا می‌کند و می‌توان در این فرض شهادت او را نپذیرفت. از سوی دیگر، مورد تردید قرار دادن عدالت سابق شاهد اصل با فسق لاحق او، مستلزم استصحاب قهقرایی است که احدی به آن ملتزم نمی‌باشد.

۳. نام بردن شاهد اصلی

شاهد فرع باید در محکمه، شاهد اصلی را با نام مشخص کند و اینکه بگوید شخص عادل در نزد من شهادت داد، کافی نیست (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲۸۳/۵؛ نجفی، بی‌تا: ۲۰۹/۴۱). گفتن نام و مشخصات بارز شاهد اصل بدان جهت است که ممکن است قاضی شاهد اصل را بشناسد و از عدالت یا فسق او اطلاع داشته باشد. همچنین نام بردن شاهد اصلی، زمینه جرح او را برای مشهود علیه فراهم می‌سازد (نجفی، بی‌تا: ۲۰۹/۴۱) و جرح شاهد از جمله حقوقی است که شرع و قانون برای مشهود علیه در نظر گرفته است. گذشته از این، نام نبردن شاهد اصلی، شائبه توطئه و تبانی قاضی را با مشهودله و شاهد در پی دارد.

۴. تعدد در شهود فرع

باید بر شهادت هر یک از دو شاهد اصل، دو شاهد فرع شهادت دهند. اگر بر شهادت یکی از دو شاهد اصل، دو نفر و بر دیگری، یک نفر شهادت دهد، شهادت شهود فرع پذیرفته نیست (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۱۷/۶). آری دو نفر به عنوان شاهد فرع می‌توانند برای هر یک از دو شاهد اصل شهادت دهند. مشهور فقهای اسلامی پذیرفته‌اند که دو مرد می‌توانند بر شهادت هر یک از دو شاهد اصل شهادت باشند. تنها شافعی بر این باور است که باید بر شهادت هر یک از دو شاهد فرع، دو مرد به صورت جداگانه، یعنی در واقع چهار مرد شاهد قرار گیرند. در میان فقهای مذاهب چهارگانه اهل سنت تنها مالک در شهود فرع، تعدد را شرط نمی‌داند و بر این باور است که یک شاهد فرع می‌تواند قائم مقام شاهد اصل گردد تا به عنوان فرستاده شاهد اصل، شهادت او را در محکمه ابلاغ نماید؛ همان گونه که در نقل اخبار، یک نفر راوی می‌تواند روایت را از راوی قبلی دریافت نموده، به راوی بعدی منتقل سازد (سرخسی حنفی، بی‌تا: ۱۲۰/۸).

۵. زن نبودن شاهد فرع

بدیهی است که در شریعت اسلام در رابطه با گستره شهادت زن‌ها، محدودیت‌هایی وجود دارد. این محدودیت‌ها شهادت بر شهادت را نیز شامل می‌شود. در رابطه با شهادت زن‌ها به عنوان شاهد فرع در میان فقهای امامیه سه دیدگاه وجود دارد.

الف) دیدگاه مشهور خصوصاً متأخران این است که شهادت زن‌ها به عنوان شاهد فرع پذیرفته نمی‌شود. صاحب جواهر می‌فرماید: در میان متأخران درباره این سخن مخالفی نیافتم (نجفی، بی‌تا: ۲۰۷/۴۱). علامه نیز در تحریر (علامه حلّی، ۱۴۲۰: ۲۸۳/۵) و قواعد (همو، ۱۴۱۳: ۵۰۵/۳) همین دیدگاه را پذیرفته است.

ب) برخی بر این باورند که در مواردی که شهادت زن‌ها پذیرفته می‌شود، مانند امور مالی یا اموری که شهادت زن‌ها به صورت انفرادی هم پذیرفته می‌شود، مانند عیب‌های باطنی زنان، استهلال و وصیت، اگر شهود اصلی، مرد و دو زن یا چهار زن باشند، چنانچه شهود فرعی زن باشند، باز هم شهادت دو زن با شهادت یک مرد برابری می‌کند. به دیگر بیان، در مسئله شهادت بر شهادت نیز همان قانون مساوی بودن شهادت دو زن با شهادت یک مرد پذیرفته شده است (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۳۳/۸).

ج) دیدگاه دیگر این است که شهادت زن‌ها به عنوان شاهد فرع در اموری که شهادت آن‌ها به تنهایی دارای اعتبار است، مانند عیب‌های باطنی زنان، استهلال و وصیت پذیرفته می‌شود (همو، ۱۴۰۷: ۳۱۶/۶).

بر اساس فقه حنفی در مواردی که شهادت زن‌ها پذیرفته می‌شود، شهود فرع می‌توانند یک مرد و دو زن باشند (سرخسی حنفی، بی‌تا: ۱۲۰/۸).

برخی برای مشروعیت شهادت زنان به عنوان شاهد فرع به سه دلیل تمسک کرده‌اند:

۱. ﴿...وَأَشْهَدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ...﴾ (بقره/۲۲۸).
ظاهر این آیه آن است که در مواردی که مرد بودن یا زن بودن شاهد تصریح نشده است، زنان می‌توانند در کنار مردان شهادت دهند.

۲. قیاس؛ مقتضای قیاس این است که در شهود فرع، مرد بودن شرط نیست (کاسانی حنفی، بی‌تا: ۴۲۸/۶). منظور قیاس شاهد فرع به شاهد اصل می‌باشد. روشن است که قیاس در فقه امامیه جایگاهی ندارد.

۳. اصل؛ اصل در شهادت این است که هر انسانی که دارای شرایط شهادت است، می‌تواند شهادت دهد. مرد بودن شهود اصل، تنها در حدود و قصاص به دلیل خاص ثابت شده است (همان). به نظر می‌رسد محتوای دیدگاه فقه حنفی با آنچه که به عنوان قول دوم فقهای امامی مطرح شد، تفاوتی ندارد. هر دو در مواردی که شهادت زنان پذیرفته می‌شود، تفاوتی میان شاهد اصل و فرع قائل نشده‌اند. اما شافعی شهادت زن‌ها را بر شهادت به صورت مطلق قبول ندارد (ابن قدامه مقدسی، بی‌تا: ۹۴/۱۲).

نقد شرط پنجم

در کلام فقها دلیل روشن و قانع‌کننده‌ای برای پذیرفتن شهادت زنان به عنوان شاهد فرع مشاهده نشد. استناد به شهرت و ادعای اجماع با وجود مخالفان و تعدد دیدگاه‌ها راهگشا نمی‌باشد. از سوی دیگر از ادله اثبات اعتبار شهادت زن‌ها به دست نمی‌آید که شهادت آن‌ها در صورتی پذیرفته می‌شود که شاهد اصل باشند (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵: ۳۷۶). از این رو باید در عدم مقبولیت شهادت زنان فقط به مواردی که دلیل خاص و قانع‌کننده وجود دارد، بسنده شود و در ماورای آن، نص قرآنی «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ جُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَأَمْرَاتَانِ» که شهادت دو زن را برابر با شهادت یک مرد می‌داند، معیار قرار گیرد. بنابراین در موارد و موضوعاتی که شهادت زنان به عنوان شاهد اصل پذیرفته می‌شود، دلیلی ندارد که به عنوان شاهد فرع پذیرفته نشود.

۶. از حدود نبودن مورد شهادت بر شهادت

در رابطه با قلمرو شهادت بر شهادت در حدود نیز دست کم دو دیدگاه وجود دارد: الف) فقهای امامیه شهادت بر شهادت را در گونه‌های مختلف حق‌الناس معتبر می‌دانند؛ خواه در قلمرو حقوق کیفری جای بگیرد، مانند قصاص، یا از حقوق مدنی باشد، مانند طلاق، عتق و نسب، قرض، دین، بیع، اجاره و صلح (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۲۷/۴).

برای اثبات این نظریه، به اجماع و عموم ادله شهادت استدلال کرده‌اند (نجفی، بی‌تا: ۱۹۰/۴۱). اصلاً می‌توان گفت پذیرفتن شهادت بر شهادت در امور فوق که مورد ابتلای مردم است، از ضرورت‌های اجتماع به حساب می‌آید؛ چون در بسیاری از موارد،

حضور شاهد اصل به خاطر موانعی از قبیل مرگ، دوری راه، مریضی و... امکان ندارد. در این موارد، نپذیرفتن شهادت شهود فرع، موجب تضییع حقوق و ضرر و زیان می‌گردد. اما در خصوص حدود به دلایلی که ذکر خواهد شد، شهادت بر شهادت را نپذیرفته‌اند (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۴۰۴/۲۷).

از دیدگاه ابوحنیفه نیز شهادت بر شهادت در حدود پذیرفته نمی‌شود. ولی ابوحنیفه در قصاص نیز شهادت بر شهادت را مردود می‌داند (کاسانی حنفی، بی‌تا: ۴۲۷/۶). دلیل این سخن آن است که حدود و قصاص با شبهه برداشته می‌شود و شهادت بر شهادت خالی از شبهه نیست و به همین جهت است که شهادت زن‌ها در حدود و قصاص پذیرفته نیست و از آنجا که حدود مبتنی بر درء است، باید اثبات آن بر اساس دلایل مخصوص و متقن باشد؛ همان‌گونه که در حد زنا، شهادت چهار مرد عادل به صورت مخصوص لحاظ شده است و این‌گونه شهادت در عالم خارج به ندرت اتفاق می‌افتد (همان).

ب) در میان فقهای اهل سنت تنها شافعی شهادت بر شهادت را در حدود و قصاص مجاز می‌داند. شافعی این‌گونه استدلال کرده است که: شاهدان فرع به نیابت از شاهدان اصل شهادت می‌دهند و در واقع شهادت شاهد فرع همان شهادت شاهد اصل می‌باشد و شهادت شاهد اصل در حدود و قصاص معتبر است (همان: ۴۲۶/۶).

در ماده ۱۸۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آمده است:

«جرائم موجب حد و تعزیر، با شهادت بر شهادت ثابت نمی‌شود؛ لکن قصاص، دیه و ضمان مالی با آن قابل اثبات است.»

روشن است که این ماده تنها به بی‌اعتبار بودن شهادت بر شهادت در حدود و تعزیرات اشاره کرده است، اما اینکه وساطت و وسایل الکترونیکی در انتقال شهادت شاهد اصل که ماده ۱۸۶ همین قانون به آن اختصاص یافته است، در حدود و تعزیرات پذیرفته می‌شود یا نه، قانون‌گذار مسکوت گذاشته است.

دلایل ناکارآمدی شهادت بر شهادت در حدود

گفتنی است که بی‌اعتباری شهادت بر شهادت در حدود، مربوط به اجرای حد است. غیر از اجرای حد، دیگر آثار کیفری ثابت و اجرا می‌گردد؛ مثلاً اگر موضوع

شهادت بر شهادت، سرقت، لواط، زنا با محارم یا غیر محارم باشد، حد جرایم ارتكابی ساقط می‌شود، ولی دیگر آثار فقهی و حقوقی آن مترتب می‌گردد؛ مال از سارق پس گرفته می‌شود، حرمت ازدواج در مورد جرایم جنسی به اثبات می‌رسد. اگر اتهام شخص، نزدیکی با حیوانات باشد، تعزیر ساقط است، ولی حرمت گوشت حیوان و دور نمودن آن از محل ارتكاب جرم، قطعی و لازم‌الاجرا خواهد بود (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲۸۴/۵؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۴۴۹/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۱۷۶/۴۱). تفکیک میان اجرای حد و دیگر آثار و تبعات بدان جهت است که بر اساس نظر مشهور، حدود با وجود روایات از قلمرو شهادت بر شهادت خارج گردیده است. از آنجا که ادله تنها حدود را استثنا کرده و دیگر آثار و تبعات فقهی و حقوقی را متعرض نشده است، دیگر آثار و پیامدهای جرایم ارتكابی، مشمول ادله شهادت بر شهادت خواهد بود و دلیلی بر عدم ترتب آن‌ها وجود ندارد. برای نپذیرفتن شهادت بر شهادت در حدود، به ادله زیر تمسک کرده‌اند:

۱. روایات

گفتنی است که مشهور فقها به خاطر عموم روایت طلحة بن زید و غیاث بن ابراهیم، شهادت بر شهادت را در حد سرقت و قذف نپذیرفته‌اند؛ ولی مقتضای ادله این است که در حدود، تفاوتی میان حدودی که حق‌الله محض است، مانند زنا، لواط و مساحقه، و حدودی که هم جنبه حق‌اللهی دارد و هم جنبه حق‌الناسی، مانند حد سرقت و قذف، وجود ندارد. در این روایات صحبت از حق‌الناس و حق‌الله مطرح نیست، بلکه تعبیر حد به صورت مطلق به کار رفته است. همان‌گونه که واژه حد در رابطه با حد زنا کاربرد دارد و صدق می‌کند، در رابطه با سرقت و قذف نیز این‌گونه است؛ فلذا تفکیک حق‌الله و حق‌الناس در این بحث ضرورت ندارد (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵: ۳۴۷).

طلحة بن زید از امام صادق و ایشان از طریق پدرش از امام علی علیه السلام چنین روایت کرده است:

«عَنْ طَلْحَةَ بْنِ زَيْدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي تَالِبٍ، أَنَّهُ كَانَ لَا يُجِزُّ شَهَادَةً

عَلَى شَهَادَةِ فِي حَدِّ» (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۰۴/۲۷): ... امام علی عَلَيْهِ السَّلَامُ هیچ گاه شهادت بر شهادت در حد را اجازه نمی داد.

غیاث بن ابراهیم نیز از امام صادق و ایشان از طریق پدرش از امام علی عَلَيْهِ السَّلَامُ چنین نقل کرده است:

«عَنْ غِيَاثِ بْنِ اِبْرَاهِيمَ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ أَبِيهِ قَالَ: قَالَ عَلِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ عَلِيٍّ شَهَادَةَ فِي حَدٍّ وَلَا كِفَالَةَ فِي حَدٍّ» (همان: ۴۰۵/۲۷); ... شهادت بر شهادت و کفالت در حد جایز نمی باشد.

نقله و بررسی

همان گونه که برخی متأخران این دو روایت را ضعیف دانسته اند (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵: ۳۴۷)، برخی دیگر از جمله آیه الله موسوی خویی (۱۴۱۳: ۱۷۴/۴۱)، آن دو را معتبره و آیه الله فاضل لنکرانی (۱۴۲۰: ۵۷۲) موثقه دانسته اند. ولی به نظر می رسد که بر اساس معیارهای رجالی، این دو روایت از لحاظ سند ضعیف اند؛ در سند روایت طلحه بن زید، خود طلحه بن زید وثاقتش ثابت نیست. تنها توصیفی که درباره او وارد شده این است که شیخ طوسی در کتاب فهرست کتاب او را مورد اعتماد دانسته است: «له کتاب وهو عامی المذهب إلا أن کتابه معتمد» (طوسی، بی تا: ۸۶).

علمای علم رجال نوعاً «معتمد الکتاب» بودن را از الفاظ دال بر وثاقت نمی دانند؛ از این رو نمی توان با تمسک به این روایت، ادله شهادت بر شهادت را به غیر حدود اختصاص داد.

همچنین در سند روایت غیاث بن ابراهیم، احمد بن محمد بن یحیی العطار وجود دارد که در مورد او نیز توثیقی وارد نشده است. تنها اینکه احمد بن محمد بن یحیی العطار از مشیخه صدوق است، برای وثاقت او کافی نیست.

آیه الله خویی پس از بحث و بررسی در رابطه با وثاقت احمد بن محمد بن یحیی العطار قمی فرموده است:

«فالمتحصل مما ذكرناه، أن الرجل مجهول؛ كما صرح به جمع، منهم صاحب المدارك» (موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۱۲۲/۳).

آموزه های فقه مدنی / پاییز - زمستان ۱۳۹۸ / شماره ۲۰

با اینکه آیه‌الله خویی ایشان را مجهول می‌داند، این روایت را معتبره دانسته است^۱ (همو، ۱۴۱۸: ۱۷۳/۴۱)؛ در حالی که طبق مبنای ایشان، تنها روایت صحیح و موثقه را می‌توان معتبره نامید (همو، ۱۴۲۲: ۲۳۶/۱). در هر حال، ضعف سند این دو روایت محرز است. اگر همانند مشهور، عمل اصحاب را موجب جبران ضعف سند بدانیم (نجفی، بی‌تا: ۱۹۱/۴۱)، این دو روایت قابلیت استناد را دارد. اگر به مبنای آیه‌الله خویی ملتزم شویم که عمل اصحاب را جابر ضعف سند نمی‌داند (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۴۷۸/۱)، تمسک به این دو روایت برای ناکارآمدی شهادت بر شهادت در حدود، جایز نخواهد بود.

۲. قاعده درأ

این قاعده بر پایه روایت منتسب به پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شهرت یافته است:

«مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اذْرَوْوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ، وَلَا شَفَاعَةَ وَلَا كَفَالََةَ وَلَا يَمِينَ فِي حَدٍّ» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۴۷/۲۸).

نقد و بررسی

در رابطه با قاعده درأ باید یادآور شد که این قاعده، مستند قطعی و محکمی ندارد. عمده مستند آن مرسله صدوق «ادرووا الحدود بالشبهات» و برخی از روایات خاصه است که برخی از لحاظ دلالت و برخی از لحاظ سند مخدوش می‌باشد. از این رو بعضی از محققان این قاعده را اصطیادی دانسته و مفاد آن را در محدوده شبهات عقلایی پذیرفته‌اند، نه مطلق شبهات (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۹: ۸۴). حال پرسش این است که آیا شبهه‌ای را که از شهادت بر شهادت در حدود به وجود می‌آید، می‌توان شبهه عقلایی دانست؟ ظاهراً پاسخ منفی است. اگر با شبهاتی از این دست، از اجرای حدود دست برداریم، بدون تردید تعطیل شدن حدود لازم می‌آید.

۳. اجماع

بسیاری از فقها در رابطه با اینکه شهادت بر شهادت در حدود پذیرفته نیست،

۱. «منها: معتبره غیث بن ابراهیم، عن جعفر بن محمد، عن أبيه عَلَيْهِ السَّلَامُ: "أَنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ لَا يَجِيزُ شَهَادَةَ رَجُلٍ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ، إِلَّا شَهَادَةَ رَجُلَيْنِ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ" وقریب منها معتبره طلحة بن زید».

ادعای اجماع کرده‌اند (علامه حلّی، ۱۴۱۰: ۱۶۴/۲). صاحب جواهر نیز این اجماع را پذیرفته است (نجفی، بی‌تا: ۱۹۱/۴۱).

نقد و بررسی

ادله ارائه شده برای پذیرفتن شهادت بر شهادت در حدود، قابل خدشه است. عمده دلیل همان دو روایت بود که ضعف سندی داشتند و با توجه به دو روایت، اجماعی که در رابطه با پذیرفتن شهادت بر شهادت در حدود ادعا شده است، مدرکی بوده، از درجه اعتبار ساقط می‌باشد.

۷. از تعزیرات نبودن مورد شهادت بر شهادت

فقها فرموده‌اند که شهادت بر شهادت در تعزیرات به دو دلیل پذیرفته نمی‌شود:

۱. واژه حد که در روایات آمده است، احتمالاً شامل تعزیر نیز می‌شود؛ همان گونه که در روایات و موارد دیگر، واژه حد در رابطه با تعزیر به کار رفته است (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۱۵/۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰: ۵۷۲). از این رو فقها با طرح بحث حد، از آوردن مباحث مربوط به تعزیر خودداری کرده‌اند (علامه حلّی، ۱۴۱۰: ۱۶۹/۲؛ ابن ادریس حلّی، ۱۴۱۰: ۴۲۸/۳).

۲. حد و تعزیر هر دو در بنای بر تخفیف مشترک‌اند. پس همان گونه که در حدود، شهادت بر شهادت پذیرفته نمی‌شود، در تعزیرات نیز نباید پذیرفته شود (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵: ۳۴۸).

نقد و بررسی

در رابطه با دلیل اول باید گفت:

اولاً، اگر واژه حد شامل تعزیر نیز بشود و عدم طرح مبحث تعزیرات با طرح بحث حدود از سوی برخی از فقها اتحاد آن دو تلقی شود، در مبحث شهادت بر شهادت در حدود، گفته شد که به خاطر عمومات ادله شهادت و نارسایی ادله در استثنای شهادت بر شهادت در حدود، اعتبار شهادت بر شهادت در حدود قابل دفاع می‌باشد.

ثانیاً، بسیاری از فقها برای طرح مبحث حدود و تعزیرات تنها به واژه «حد» بسنده

نکرده و عنوان تعزیر را نیز نام برده‌اند (فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۵۳۸/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۳۶/۴؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۳۲۷/۴).



ثالثاً، بر فرض پذیرفتن مبنای مشهور و نپذیرفتن شهادت بر شهادت در حدود، شهادت بر شهادت در تعزیرات باید قابل پذیرش باشد؛ زیرا تعزیر به لحاظ مفهوم، ماهیت و آثار با حد متفاوت است؛ تعزیر مجازات عمل حرامی است که قصاص یا حد نباشد، میزان تعزیر باید کمتر از حد باشد، میزان تعزیر در شرع معین نشده است و تعیین نوع و مقدار آن به دست قاضی است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۹: ۵۱). از سوی دیگر تنها موردی که از عموم ادله شهادت در روایات استثنا شده و شهادت بر شهادت مورد پذیرش قرار نگرفته است، حد است و اطلاق واژه حد بر تعزیر مجاز است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۷۶؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۲۹۱/۱) و فقط در صورت وجود دلیل و قرینه پذیرفته می‌شود.

در نقد دلیل دوم می‌توان گفت:

۱. مبنای تخفیف در حدود قاعده در آن است که اولاً خود قاعده از اتقان لازم برخوردار نمی‌باشد؛ ثانیاً در قاعده، سخن از رفع حد به وسیله شبهه مطرح می‌باشد، نه تعزیر، و روشن است که حد و تعزیر، دو گزاره مجزایند و تسری دادن حکم یکی بر دیگری دلیل روشن می‌طلبد.

۲. همان‌گونه که بیان شد، نمی‌پذیریم که قاعده تخفیف، مورد شهادت بر شهادت را شامل شود. شبهه برخاسته از شهادت بر شهادت، از آن دست شبهه‌هایی که موجب تخفیف گردد، نمی‌باشد.

بدین ترتیب در میان شرایط مذکور تنها دو شرط یعنی «نام بردن شاهد اصلی» و «تعدد شهود فرع» خدشه‌ناپذیر به نظر می‌رسد.

دیگر شرایط از قبیل: «تعذر حضور شاهد اصلی» و «تغییر نکردن حال شاهد اصلی» مورد تردید و نقد قرار گرفته است. اما اثبات سه شرط اخیر، یعنی «زن نبودن شاهد فرع»، «نبودن مورد شهادت بر شهادت از حدود» و «نبودن مورد شهادت از تعزیرات» به راحتی امکان‌پذیر نیست.

شهادت سوم

در مقدمه گفته شد که یکی از فروع شهادت بر شهادت، شهادت سوم است. مراد از شهادت سوم، شهادت بر شهادت شاهد فرع می‌باشد. با توجه به اینکه شهادت دو شاهد عادل از امارات شرعی است، هر گاه اماره شرعی نسبت به موضوعی اقامه شد، مانند دیگر امارات باید نسبت به تمامی آثار و پیامدها و همچنین تمامی افراد و در تمامی مراتب حجیت داشته باشد. بر این اساس، حجیت شهادت بر شهادت شاهد اصل در مرتبه دوم، و شهادت بر شهادت شاهد فرع در مرتبه سوم، نباید مورد تردید قرار گیرد؛ چون شهود در هر مرتبه‌ای آنچه را که از موضوعات خارجی می‌بینند یا می‌شنوند، بر آن شهادت می‌دهند و شهادتشان باید پذیرفته شود. اطلاق این سخن، شهادت بر شهادت در حدود و تعزیرات را نیز شامل می‌شود.

آری، احتیاط و دقت در صدور حکم قضایی و رعایت حقوق مردم، باعث شده است تا در گستره کاربرد و مراتب شهادت، محدودیت‌هایی پیش‌بینی و اعمال گردد و در واقع قانون حاکم بر امارات تا حدودی در شهادت نادیده انگاشته شده، شهادت حقوقی و قضایی معنای خاصی پیدا کند. در نظر گرفتن شرایط خاص برای قاضی و شاهد نیز بیانگر همین واقعیت است. بر همین اساس، شعاع اطلاق ادله شهادت نسبت به شهادت سوم، با مستندات و ادله‌ای نه چندان قانع‌کننده محدود گردیده و شهادت بر شهادت شاهد فرع در دیدگاه مشهور فقهای اسلامی پذیرفته نشده است.

فقهای امامی همانند ابن زهره حلبی، ابن ادریس حلی، محقق حلی، سیدعلی طباطبایی حائری، مقدس اردبیلی، صاحب جواهر و...، به اتفاق شهادت بر شهادت شاهد فرع را نپذیرفته و بر بی‌اعتباری آن ادعای اجماع نموده‌اند و در میان فقهای معاصر، آیه‌الله خویی قبول شهادت سوم را قوی دانسته است (موسوی خویی، بی‌تا: ۱۷۵/۴۱).

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز با پیروی از مشهور فقها، شهادت سوم را مردود دانسته است. در تبصره ۲ ماده ۱۸۸ این قانون آمده است: «شهادت بر شهادت شاهد فرع، معتبر نیست».

دلیل بی اعتباری شهادت سوم

کسانی که شهادت شاهد سوم را بی اعتبار دانسته‌اند، به دو دلیل تمسک کرده‌اند:
 ۱. نبود دلیل بر قبول آن؛ روایاتی که اعتبار شهادت بر شهادت را ثابت می‌کنند، شهادت بر شهادت شاهد فرع را شامل نمی‌شوند. بنابراین عدم اعتبار شهادت سوم مطابق اصل می‌باشد. این استدلال مبتنی بر این است که ادله اعتبار شهادت و ادله حجیت شهادت بر شهادت، هیچ کدام شامل شهادت سوم نمی‌شود. از این رو باید برای قبول شهادت سوم دلیل جداگانه اقامه نمود.

آیه‌الله خویی در نقد این دلیل فرموده است:

«اگرچه ادله حجیت شهادت بر شهادت که مراد معتبره طلحة بن زید و روایت غیاث بن ابراهیم است، شامل شهادت سوم نمی‌شود، ولی ادله حجیت بینه که حجیت بینه را به صورت قضیه حقیقه ثابت می‌کند، شهادت سوم را شامل می‌شود (همان).

با این لحاظ، جایی برای اصل عدم حجیت شهادت سوم باقی نمی‌ماند. بدیهی است که شهادت بر شهادت شهود فرع به صورت مستقل بینه به حساب می‌آید. با وجود این، هر جا تعریف شهادت صادق باشد، مصداق همان قضیه حقیقه و مشمول ادله اعتبار شهادت خواهد بود. از سوی دیگر آن گونه که فقها شهادت را تعریف کرده‌اند، تعریف شهادت، بر شهادت سوم نیز صادق است که به چند نمونه از تعاریف فقها اشاره می‌گردد.

- «شهادت اخبار قاطعانه از حق مسلم دیگری است» (مشکینی، بی تا: ۳۱۹).

- «الشهادة لغة الحضور والعلم والإخبار عن اليقين وشرعاً قيل هو إخبار جازم عن حق لازم لغیره واقع من غیر الحاکم» (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱)؛ شهادت در لغت به معنای حضور، علم و اخبار از روی یقین است و در اصطلاح شرع، اخبار قاطعانه غیر حاکم از حق مسلم دیگری می‌باشد.

- «والمراد من الشهادة في كتاب الشهادات هو الإعلام والإخبار، ويعتبر فيه الجزم واليقين، ويرادفه في الفارسية "گواهی" و...» (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵: ۱۷)؛ مراد از شهادت در باب شهادت، اعلام و اخبار می‌باشد که در آن جزم و یقین نیز معتبر است. در فارسی به آن «گواهی» گفته می‌شود....

چنانچه برخی از فقها اشاره نموده‌اند، اهل لغت نیز در تعریف شهادت با فقها اختلافی ندارند:

«شهود و شهادت به معنای حضور توأم با مشاهده می‌باشد؛ مشاهده خواه با چشم باشد یا با بصیرت و آگاهی» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۴۶۵).

با توجه به این تعاریف، حقیقت و ماهیت شهادت، اخبار جازم از حق متعلق به غیر است. در شهادت سوم نیز این حقیقت ملموس و مشهود است. شاهد سوم در رابطه با حق متعلق به غیر، شهادت جازم و قاطع می‌دهد. تنها تردیدی که وجود دارد این است که در شهادت سوم، واسطه وجود دارد. پاسخ این تردید روشن است؛ ادله اعتبار شهادت از این جهت اطلاق دارد و فقها هم با توجه به اطلاق ادله، اخبار جازم در شهادت را به نبود واسطه مقید نکرده‌اند. از این رو منعی برای شمول ادله حجیت شهادت و تعریف شهادت نسبت به شهادت سوم وجود ندارد.

۲. عمرو بن جَمِیع از امام صادق علیه السلام و ایشان از امام باقر علیه السلام روایت کرده است که حضرت فرمود:

«وَرَوَى عَمْرُو بْنُ جُمَيْعٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ عليه السلام قَالَ: أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِكَ مَنْ يَنْصَحُكَ. قَالُوا: أَصْلَحَكَ اللَّهُ، كَيْفَ يَزِيدُ وَيَنْقُصُ؟ قَالَ: لَا، وَلَكِنْ مَنْ يَحْفَظُهَا عَلَيْكَ وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةٌ عَلَى شَهَادَةٍ» (صدوق، ۱۴۱۳: ۷۱/۳)؛ ... کسی را که خیرخواه توست، بر شهادتت گواه بگیر. [جماعتی از حاضران] پرسیدند: ... چگونه خیرخواه است، در حالی که کم و زیاد می‌کند؟ حضرت فرمود: چنین کسی را گواه مگیر. بلکه کسی [را گواه بگیر] که شهادتت را برای تو حفظ کند. شهادت بر شهادت بر شهادت جایز نیست.

در فراز پایانی این روایت با صراحت آمده است که شهادت بر شهادت بر شهادت جایز نمی‌باشد.

در رابطه با روایت عمرو بن جمیع چند نکته قابل یادآوری است:

۱. هم خود عمرو بن جمیع ضعیف است (نجاشی، ۱۳۶۵: ۲۸۸) و هم طریق صدوق به عمرو بن جمیع ضعیف می‌باشد (موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۹۱/۱۴)؛ پس نمی‌توانیم برای رد شهادت سوم به این روایت تمسک کنیم. با توجه به وجود این روایت، اجماع ادعاشده

در فرض اثبات نیز ارزشی نخواهد داشت؛ چون به احتمال زیاد اجماع بر محور همین روایت شکل گرفته است یا حداقل این احتمال مطرح می‌باشد. در نتیجه مانعی برای پذیرفتن شهادت سوم وجود ندارد (همو، ۱۴۱۸: ۱۷۵/۴۱).

۲. احتمال دارد فراز آخر: «وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةٌ عَلَى شَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةٍ» که به عنوان ادامه روایت نقل شده است، فتوای فقهی خود صدوق بوده یا حاشیه و شرح ایشان بر روایت باشد (مجلسی، ۱۴۰۶: ۱۸۷/۶)؛ چه اینکه دأب صدوق بر این بوده که گاهی روایات را معنا می‌کرده و برداشت خودش را نیز نقل می‌نموده، چنانچه در برخی از روایات دیگر این اتفاق مشاهده شده است.

۳. این فقره با قسمت اول روایت از لحاظ سیاق و محتوا هم چندان ارتباطی ندارد. این احتمال از آنجا تقویت می‌شود که برخی از محققان، این قسمت از روایت را با خط متفاوت به ثبت رسانده‌اند؛ چنان که در دیگر مواردی که احتمال تعلق متنی که به عنوان حدیث نقل شده است، به صدوق وجود داشته است، این کار را کرده‌اند (نرم‌افزار جامع فقه اهل بیت علیهم‌السلام، ۲، ذیل همین روایت در کتاب *من لایحضره الفقیه*).

۴. از آنجا که این روایت در کتاب *من لایحضره الفقیه*، آخرین روایت باب «الشهادة علی الشهادة» قرار داده شده است، این احتمال تقویت می‌شود که این فقره که به عنوان قسمت آخر روایت ذکر شده است، نتیجه‌گیری صدوق از روایاتی باشد که در باب شهادت بر شهادت وارد شده است؛ یعنی تمامی روایات وارد شده در این باب، مربوط به شهادت بر شهادت است، پس شهادت بر شهادت شاهد فرع پذیرفته نیست.

۵. این روایت در *کافی* و *تهذیب* نیز ذکر نشده است. ذکر نشدن این روایت در *کافی* و *تهذیب* می‌تواند نشانگر عدم مقبولیت این روایت در نظر مؤلفان این دو کتاب باشد.

با توجه به نکات فوق به این نتیجه می‌رسیم که «وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةٌ عَلَى شَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةٍ» از معصوم صادر نشده است. اگر هم تردید در صدور حاصل شود، مقتضای اصل این است که صادر نشده است و با توجه به نکاتی که بیان شد، این اصل بر اصل عدم زیاده برتری خواهد یافت.

سخن آیه‌الله خویی در رابطه با پذیرفتن شهادت سوم، همچنان که با اطلاعات و

عمومات ادله شهادت و بینه تناسب دارد، با ضرورت و حکمت مطرح شده در پذیرش شهادت بر شهادت نیز کاملاً سازگار است؛ شهادت بر شهادت مشروعیتش بدان جهت است که گاه دسترسی به شهود اصل میسر نیست. در این فرض، پذیرفتن شهادت بر شهادت موجب تضییع حقوق می‌گردد. این سخن در شهادت سوم نیز مطرح می‌باشد.

نتیجه‌گیری

شهادت بر شهادت در فقه اسلامی و به تبع آن در حقوق به عنوان دلیل اثبات دعوی از اعتبار برخوردار می‌باشد. اما این اعتبار را فقهای امامیه منوط به وجود هفت شرط دانسته‌اند؛ شروطی که برخی به عنوان شرط به آن‌ها تصریح شده است و برخی را می‌توان از عبارات و توضیحات فقها به دست آورد. در میان شرایط مذکور تنها دو شرط یعنی «نام بردن شاهد اصلی» و «تعدد شهود فرع» خدشه‌ناپذیر به نظر می‌رسد. دیگر شرایط، از قبیل: «تعذر حضور شاهد اصلی» و «تغییر نکردن حال شاهد اصلی» مورد تردید و نقد قرار گرفته است. اما اثبات سه شرط اخیر یعنی: «زن نبودن شاهد فرع»، «نبودن مورد شهادت بر شهادت از حدود» و «نبودن مورد شهادت از تعزیرات» به راحتی امکان‌پذیر نیست. این شرایط غیر از احتیاط فقها و تسالمی که در مرور زمان شکل گرفته است، دلیل معتبری ندارد. از این رو نادیده گرفتن شرایطی که از اعتبار لازم برخوردار نمی‌باشد، می‌تواند موانع را از سر راه شهادت بر شهادت برداشته و زمینه را برای کارایی بهتر و بیشتر آن به عنوان دلیل اثبات دعوی فراهم سازد.

همچنین شهادت سوم یعنی شهادت بر شهادت شاهد فرع را که اصطلاحاً شهادت ثالثه می‌گویند، مشهور فقها فاقد اعتبار دانسته‌اند، ولی دلیل روشنی برای عدم اعتبار آن ارائه نکرده‌اند و از آنجا که شهادت سوم مشمول عمومات و اطلاقات ادله شهادت می‌باشد، از مصادیق شهادت و دلیل شرعی به حساب می‌آید.

کتاب‌شناسی

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲. ابن فارس، ابوالحسن احمد، *معجم مقاییس اللغة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۳. ابن قدامه مقدسی، موفق‌الدین عبدالله بن احمد، *المعنی*، بیروت، دار الکتب العربی، بی تا.
۴. جزیری، عبدالرحمن بن محمد عوض، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، قاهره، دار الآفاق العربیه، بی تا.
۵. جزیری، عبدالرحمن، سیدمحمد غروی و یاسر مازح، *الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البيت (علیهم‌السلام)*، بیروت، دار الثقلین، ۱۴۱۹ ق.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸ ش.
۷. حاجی ده‌آبادی، احمد، *قواعد فقه جزایی*، چاپ دوم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۹ ق.
۸. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، قم، آل‌البيت (علیهم‌السلام)، ۱۴۰۹ ق.
۹. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، بیروت، دار العلم - الدار الشامیه، ۱۴۱۲ ق.
۱۰. زحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی و ادلته*، دمشق، دار الفکر، بی تا.
۱۱. سرخسی حنفی، شمس‌الدین ابوبکر محمد بن احمد، *المبسوط*، بیروت، دار الفکر، بی تا.
۱۲. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۱۳. الشیخ نظام، *الفتاوی الهندیه*، بیروت، دار الفکر، بی تا.
۱۴. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۵. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *تکملة العروة الوثقی*، قم، کتاب‌فروشی داوری، بی تا.
۱۶. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ش.
۱۷. همو، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ش.
۱۸. همو، *الخلاص*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۱۹. همو، *الفهرست*، نجف اشرف، المكتبة الرضویه، بی تا.
۲۰. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ش.
۲۱. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۲۲. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۳. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *ارشاد الازهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲۴. همو، *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه امام صادق (علیهم‌السلام)، ۱۴۲۰ ق.
۲۵. همو، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۶. فاضل آبی، زین‌الدین حسن بن ابی طالب یوسفی، *کشف الرموز فی شرح المختصر النافع*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

۲۷. فاضل لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - القضاء و الشهادات*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۰ ق.
۲۸. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، *کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۲۹. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۳۰. کاسانی حنفی، علاء الدین ابوبکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، بیروت، دار الفکر، بی تا.
۳۱. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۲. مجلسی، محمدتقی، *روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه*، تحقیق حسین موسوی کرمانی و علی پناه اشتهاردی، قم، کوشانپور، ۱۴۰۶ ق.
۳۳. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۳۴. مشکینی، میرزاعلی، *مصطلحات الفقه*، بی جا، بی تا.
۳۵. مغنیه، محمدجواد، *فقه الامام الصادق علیه السلام*، چاپ دوم، قم، انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
۳۶. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، *فقه الحدود و التعزیرات*، چاپ دوم، قم، دانشگاه مفید، ۱۴۲۷ ق.
۳۷. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۳۸. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، بی جا، بی تا.
۳۹. همو، مصباح الاصول، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۴۰. همو، معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرواة، چاپ پنجم، بی جا، ۱۴۱۳ ق.
۴۱. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *کتاب الشهادات*، قم، دفتر معظم له، ۱۴۰۵ ق.
۴۲. نجاشی، ابوالحسن احمد بن علی، *رجال النجاشی*، چاپ ششم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۵ ش.
۴۳. نجفی کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهة - کتاب الشهادات*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۴۴. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جوهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.

تَرْجَمُ حِكْمَهُمَا

موجز المقالات

تحليل مفهوم الشرط في العرف الخاص لفقهاء الإمامية

- أحمد باقرى (أستاذ بجامعة طهران)
- حسين داورزنى (أستاذ مشارك بجامعة طهران)
- سيد محمود هل أتايي (طالب دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامي بجامعة طهران)

لم تتطرق الروايات أبداً لطبيعة مفهوم كلمة الشرط. مفهوم الشرط من وجهة النظر العرفية وبناءً على الشواهد اللغوية الموجودة عبارة عن شيئين: الأول: الجعل والعقد الموجود في المعاملة، الثاني: الشيء الذي يتعلّق عليه شيء آخر، وبما أنه لا يوجد بين المفهوم الأول والثاني قدر جامع، ولم يرد عن فقهاء الإمامية أيضاً مصطلح خاص ومختلف عن العرف فيجب أن نرى بأيّ مفهوم عرفي قد تمّ الاهتمام في مجال المواضيع الفقهية وخاصة المعاملات؟ بشكل عام يوجد ثلاثة نهج وبناء على كلّ واحد منها فإنّ المفهوم المحوريّ لمواضيع الشرط عبارة عن: مفهوم الإلزام والالتزام، الثاني: مفهوم التعليق، الثالث: مفهوم الربط. بناءً على نتائج هذا البحث الناتجة عن دراسة ومطالعة عشرات الأعمال الفقهية، فإنّ المفهوم الذي تمّ وضعه منذ الماضي بالاستناد للقرائن المؤكدة أساساً للمواضيع الفقهية عبارة عن: «الإلزام والالتزام في البيع وأمثال

ذلك» وعلى أساس هذا الارتكاز لا يصدق أبدًا عنوان الشرط على الشرط خارج العقد.
الكلمات الأساسية: الشرط، مفهوم الشرط، العرف، عرف الفقهاء الخاص.

نظرة فقهية قانونية على المادة ٤٠١ للقانون المدني

□ سيد محمد مهدي قبولي درافشان (أستاذ مشارك بجامعة فردوسي بمشهد)

□ مهديّة لطيف زادة (طالبة دكتوراه في القانون الخاص بجامعة فردوسي بمشهد)

خيار الشرط واحد من الخيارات المنسوبة إلى اتفاق طرفي العقد. من القضايا الهامة المتعلقة بهذا الخيار هي ومدة الخيار التي اعتبرت المادة ٤٠١ من القانون المدني وتبعًا لمجموعة من الفقهاء أنّ عدم تعيين المدة يؤدي إلى بطلان الشرط والعقد «كما قامت مجموعة من علماء القانون بإلحاق التوافق حول المدة المجهولة تبعًا للنصوص الفقهية. السؤال الآن هل الحكم المذكور مبني على أدلة وأسس قوية أم لا. خاصة أنه في حالات عديدة في العقود كان هناك إهمال أو تسامح فيما يخص تحديد مدة الخيار. يقوم هذا البحث بدراسة الآراء الفقهية والقانونية المختلفة ونقد ودراسة الأدلة. فقد خلصنا إلى نتيجة مفادها أن سكوت الطرفين حول مدة الخيار وكذلك الحالات الموجودة كميّار لتعيين المدة، فالأقوى صحة الشرط والعقد؛ لذلك فإنّ تعديل وتكميل القانون المدني في هذا المجال.

الكلمات الأساسية: شرط الخيار، عدم تعيين مدة الخيار، الغرر، المادة ٤٠١ للقانون المدني، بطلان الشرط والعقد.

التحقيق الفقهي في حيز البيانات في الفضاء الإلكتروني

□ علي أكبر إيزدي فرد (أستاذ بجامعة مازندران)

□ عابدين مؤمنّي (أستاذ مشارك بجامعة طهران)

□ سيد مجتبي حسين نژاد (أستاذ مساعد بمؤسسة بارسا للتعليم العالي، بابلسر)

□ فاضل أميری سوادردباري (دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامي)

يعدّ الاحتجاز في الفضاء الإلكتروني أحد أهمّ الأحداث في العصر الحاليّ. في كثير من الحالات، يتمّ احتجاز المعطيات والمعلومات العلميّة والتعليميّة والماليّة للأفراد في

الفضاء الإلكتروني بطريقة تمنع أصحاب العمل من استخدام معلوماتهم، مما يثير سؤالاً وهو هل هذا الاحتجاز في العالم الافتراضي جائز؟ في حالة عدم الجواز فما هو حكمه من الناحية التكميلية والوضعية؟ هل الاحتجاز في جميع الحالات يوجب الحرمة والضمان؟ وقوع الاحتجاز في العالم الافتراضي في حالات يوجب الحرمة والضمان، لكن في حالات فقط يأتي حكم الضمان أو فقط حكم الحرمة ووجوب رفع الاحتجاز، على الرغم أنه من الممكن في مصاديق أن لا يأتي حكم الضمان ولا حكم الحرمة. في هذا البحث هناك أدلة مثل حكم العقل بقبح التصرف في أموال الآخرين دون إذن الولي، حرمة أكل المال بالباطل، قاعدة على اليد وقاعدة الاحترام فيما يتعلق بالحرمة والضمان والجهل والشبهة وانتقاد أدلة الضمان في فرض الإباحة وعدم الضمان من المواضع التي تمّ بحثها ودراستها.

الكلمات الأساسية: الاحتجاز، الغضب، الحكم التكميلي، الحكم الوضعي، الحرمة، الضمان.

تأمل حول عقيدة الفقهاء

في باب اشتراط «وحدة الجنس» في تحقق المعاملة الربويّة

- إحسان على أكبرى بابوكاني (أستاذ مساعد بجامعة إصفهان)
- أحمد على قانع (أستاذ مشارك بجامعة الإمام الصادق عليه السلام)
- محمّد هادي حبيب اللّهي (طالب دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامي)

الربا في المعاملة واحد من أقسام الربا ومشهور الفقهاء أنّ له ثلاث شروط للتحقق وهي: ١- كونه مكيل وموزون، ٢- أخذ الزيادة، ٣- العوضين من نفس الجنس. المقصود من نفس الجنس في كلام الفقهاء هو أنّه إذا كان العرف يحمل كلمة خاصّة على شيئين متشابهين، فلا يمكن بيعهما بالتفاضل، وبالتأكيد يجب أن يكونا متساويين من حيث الكميّة. قول الفقهاء هذا يصدق عندما يعتبر عرف الناس أنّ السلعتين المتشابهتين ولكن بصفات مختلفة لهما قيمة تداول مختلفة، والعقل يحكم أيضاً أنّ أخذ الزيادة ليس جائز فقط، بل سيكون ضروريّ لانعقاد الصفقة. لقد افترض الفقهاء ضمن الإشارة إلى الروايات المذكورة في هذا الباب، أنّ هذا الشرط تعبديّ، وقد حكموا جميعاً بذلك

بشكل إجماعي. في هذه المقالة وضمن فحص الأدلة وصلنا إلى هذه النتيجة وهي أنّ روايات هذا الباب لا تعطى من عبارات الفقهاء معنى ضرورة نفس الجنس ويمكن استبدال معيار «نفس القيمة» بدل نفس الجنس. بهذه الطريقة إذا لم تكن قيمة سلعتين متساوية، فليس فقط أخذ الزيادة جائز، بل عدم أخذ زيادة العين سيكون عين الربا. الكلمات الأساسية: الربا، ربا المعاملة، المكيل والموزون، تفاضل العوضين، اتحاد جنس العوضين.

دراسة ونقد أدلة حكم بطلان المعاملة المشروط بالعمل الحرام (بالاستناد إلى دليل حرمة أكل المال بالباطل)

- سجّاد داورپناه مقدّم (طالب دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامي بجامعة فردوسی بمشهد)
- حسين ناصري مقدّم (أستاذ بجامعة فردوسی بمشهد)

أحد المواضيع التي تمّ بحثها في الفقه المدنيّ هو جعل الصفقة مشروطة بشرط حرام من قبل البائع. أحد تلك الأدلة الثلاثة للفقهاء القائلين ببطلان هذا النوع من المعاملة هو تطبيق عنوان أكل المال بالباطل، هو هذه المعاملة. مدّعى البطلان يستندون إلى دلالة الكتاب على سلب الماليّة عن هذا النوع من المعاملة، وعدم إمكانيّة التفكيك بين الشرط والمشروط والروايات الخاصّة. في هذه المقالة سيتمّ التطرّق لدراسة أدلة بطلان المعاملة بنهج أكل المال بالباطل، وقد خلصت هذه الدراسة إلى ضرورة الماليّة في المعاملات، عدم دلالة الكتاب على سلب الماليّة عن الصفقة، التفكيك بين الشرط والمشروط، قرار ثمن المعاملة مقابل المبيع جزء في حالات تأثير الشرط في انخفاض وزيادة السعر وفي النهاية ستختم على عدم دلالة الرواية بشكل صريح على بطلان المعاملة المشروطة بالحرام. لذلك فإنّ الحكم ببطلان هذه المعاملة سيكون ثابتاً فقط في الشروط التي هي سبب في تقليل وسعر البضاعة.

الكلمات الأساسية: سلب الماليّة، الشرط الحرام، أكل المال بالباطل، المعاملة الباطلة.

تحليل نقديّ لنهج الفقهاء للسنة الحالية في استنباط الأحكام

«دراسة حالة لرواية عبد الحميد بن سعيد»

- راضية أمينيّ (طالبة دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلاميّ بجامعة فردوسيّ بمشهد)
- حسين صابريّ (أستاذ بجامعة فردوسيّ بمشهد)
- محمّد حسن حائريّ (أستاذ بجامعة فردوسيّ بمشهد)

لا شكّ أنّ السنة الحالية التي هي نفس عمل المعصوم عليه السلام لها مصداقية، ويتمّ الاستشهاد بها تحت شروط في عمليّة الاستنباط؛ لكنّ الأمر الجدير بالتأمّل في هذا الصدد هو أنّه على الرغم من التأثير الأعمق للأفعال مقارنة بالأقوال، فإنّ هذا الجزء من التراث الإسلاميّ تمّ إهماله ولم يتمّ الاهتمام به كما ينبغي. يقوم المقال الذي بين أيدينا ضمن التأكيد على أنّ اكتشاف العقبات ممكن من خلال فحص المصاديق، بدراسة أحد الروايات التي تدلّ على السنة الفعلية للمعصوم عليه السلام. يوضح مضمون الرواية المذكورة أنّ سلوك الإمام عليه السلام في مواجهة الأموال التي تمّ الحصول عليها عن طريق المقامرة، والتي شكّك الفقهاء بسند ودلالة الخبر، قد حكموا بتعارض مفاد الرواية مع الأسس العقائديّة للإماميّة بما في ذلك عصمة وعلم الإمام. قام الباحث بمنهج وصفيّ - تحليليّ بمطالعة الخبر المذكور وطريقة تعامل الفقهاء معه باعتباره واحد من مصاديق السنة الفعلية للمعصومين عليهم السلام. بموجب البحث في فرض المسألة، وبينما كان باستطاعة الإمام الاكتفاء بالنهيّ القوليّ، فقد قام تأكيداً للنهيّ بحظر المال؛ وهو ما يظهر أنّ النهيّ الفعليّ له ردة أكبر من النهيّ القوليّ؛ لذلك فإنّه وفق الرأى المختار فإنّ الرواية لا تتنافى مع المبادئ العقائديّة بما في ذلك العصمة وعلم الإمام، كما يعتقد بعض الفقهاء؛ إضافة إلى ذلك فإنّه من خلال فحص الخبر المذكور فقد حصلت النتيجة التالية وهي أنّ في فحص الروايات يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار مجموعة من القرائن؛ حيث ستكون دراسة المضمون والسند من بين تلك القرائن؛ لذلك فإنّ الاكتفاء بواحد منها فقط لا يبدو صحيحاً؛ وعليه فمن أجل الحكم النهائيّ لا بدّ من جعل مجموع القرائن أساساً للعمل.

الكلمات الأساسية: السنة الحالية، سلوك المعصوم عليه السلام، السنة القولية، خبر عبد الحميد بن سعيد.

دراسة النظرية المشهورة في الشهادة على الشهادة

- سيد جعفر علوي (أستاذ مساعد بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- غلام حيدر رضوانى (طالب دكتوراه فى الفقه الجنائى بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)

الشاهد إما نفسه يكون شاهداً مباشراً على الحادثة ويشهد عليها، وإما الاطلاع على ذلك الحدث بواسطة من شهد الحادثة ويشهد على شهادته. الشخص الذى يكون شاهداً على الحادثة ويشهد عليها فإن شهادته شهادة أصلية وهو بنفسه الشاهد الأساسى والشخص الذى يشهد على شهادته عند الحاكم تكون شهادته ثانوية، ويسمى أيضاً بالشاهد الثانوى. بما أن حضور الشاهد الأصلى فى كثير من الحالات يكون متعديراً فإن شرح وتنقيح هذا البحث يكون ضرورياً. كثير من الفقهاء قد قبلوا الشهادة على الشهادة مع مراعاة سبعة شروط بعنوان دليل إثبات الدعوى؛ حيث تمّ التصريح باشتراط بعضها، والبعض الآخر بينوها ضمن عباراتهم. لكن من وجهة نظر هذا البحث لم يتمّ تقديم دليل مقنع من قبل الفقهاء على اشتراط الشرط الأول والثانى والخامس والسادس والسابع، وعليه فإن الشرط قابل للنقد ويبدو غير لازم. كذلك فإن الأدلة المشهورة فيما يخص إثبات عدم مقبولية الشهادة على شهادة الشهود هو فرع يطلق عليه بالمصطلح الشهادة الثالثة غير ناضج وقاصر، وصحة شهادة الثالث قابلة للدفاع.

الكلمات الأساسية: الشهادة، الشهادة على الشهادة، النيابة فى الشهادة، الشاهد الأساسى، الشاهد الثانوى.

تطبيق القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية غير التعاقدية

على مسؤولية الشركة القابضة على تصرفات الشركات التابعة

- إبراهيم عبدى پور (أستاذ بجامعة قم)
 - بشرى كريمى (طالبة دكتوراه فى القانون الخاص بجامعة قم)
- المجموعة القابضة وشركتها التابعة، واحدة من أكثر الأنشطة نشاطاً فى المجتمع الاقتصادى اليوم، والتي على الرغم من عدم وجود أحكام خاصة فى النظام القانونى الإيرانى، كانت تعمل فى النظام الاقتصادى الإيرانى لبعض الوقت. لذلك فإنه من أجل

استنباط الأحكام والقوانين التي تحكم العلاقات فيما بينها، فلا بدّ من مراجعة القواعد والقوانين العامّة الموجودة. أحد القضايا المتبلى فيها فيما يخصّ مجموعة الشركة المذكورة هي مسؤوليّة وعدم مسؤوليّة الشركة القابضة تجاه المدينين للشركات التابعة لها بالنظر للأسهم ومدير الشركة القابضة في الشركات التابعة والشخصيّة القانونيّة المستقلّة لكلّ منهم. بعد الاختلاف بوجهات النظر المتعلّقة بوحدة أو تعدّد الشخصيّة القانونيّة بين هاتين المجموعتين للشركة وفي النتيجة المسؤوليّة المطلقة أو عدم المسؤوليّة المطلقة للشركة القابضة، فقد اخترنا رأياً ثالثاً بين الرأيين يقوم على الاستقلال النسبيّ للشركة القابضة تجاه أعمال الشركات التابعة. بعد دراسة استدلالات مؤيدى نظريّة الاستقلال النسبيّ في قانون الغرب مثلاً إجراء خرق حجاب الشخصيّة القانونيّة للشركة، الغشّ بالنسبة للقانون، منع استغلال الحقّ بالنظر لاستغناء النظام القانونيّ الإيرانيّ الذي يقوم على أساس النظام القانونيّ للإسلام، ونظرًا للقواعد الفقهيّة مثل لا ضرر، الغرور، «من له الغنم فعليه الغرم»، التسبب وغيرها وكذلك الموادّ القانونيّة المرتبطة بها، اختيار قاعدة التسبب وتنقيح المناط من الموادّ المتعلّقة بالمسؤوليّة المدنيّة غير التعاقدية القائمة على التسبب مثل الموادّ ١، ٧، ١١ و١٢ من قانون المسؤوليّة المدنيّة بعنوان معيار عامّ في إحراز وأساس مسؤوليّة الشركة القابضة تجاه أعمال الشركات التابعة.

الكلمات الأساسيّة: الشركة القابضة، الشركات التابعة، إجراء خرق حجاب الشخصيّة القانونيّة للشركة، التسبب.

أمكانيّة القياس الفقهيّ والقانونيّ

للتعويض الناتج عن ملكيّة الأشياء الخطيرة

□ رضا دريائيّ (أستاذ مساعد بجامعة جيلان)

□ مصطفى كربلائيّ آقازادة (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ بجامعة المفيد)

تتمّ دراسة مواضيع «المسؤوليّة المدنيّة في القانون» تحت عنوان «الضمان القهرىّ» في الفقه. التدقيق في مسببات الضمان القهرىّ في الفقه تدلّ على أنّ من بين مسببات الضمان فإنّ «سلوك الشخص» هو الذى يلعب الدور الأساسيّ في الضمان. التأكيد على ضرورة انتساب تلف المال إلى السلوك في القانون الإسلاميّ يخلق هذا السؤال وهو هل

يمكن اعتبار ملكية الأشخاص للمال أن تكون من موجبات الضمان القهرى مثل الإلتاف وعلى اليد؟ بعبارة أخرى هل يمكن بمساعدة الملكية أو حيازة الأشخاص على المال دون أن تستند الخسارة إلى سلوك المالك، أن نعتبر الشخص ضامناً للخسارة؟ أظهر البحث أن الملكية فى القانون الإسلامى مثل حزمة من الحقوق التى تمنح للشخص إمكانية الاستفادة منها، دون أن تكون تلك الملكية سبباً للضمان فى مقابل حق الاستعمال وحق الاستثمار وحق التصرف الذى يطبقه الشخص على تلك الملكية. ومع ذلك وبمنظور المحافظة على المصالح والعادات الاجتماعية فى العصر الحاضر التى أدت إلى إنتاج أشياء خطيرة وإلحاق خسارة زائدة بالأشخاص ناتجة عنها، فلا بد من السعى لإيجاد حل للإجابة على المالك بالنسبة للخسارة الناتجة عن البضاعة الخطيرة التى كانت تحت سلطته. باعتقاد الكتاب فإنه بالاستناد إلى فقه الإمامية والاهتمام بالفرق بين مفاهيم «المسؤولية» و«الضمان» فإنه يمكن الاستفادة من نظريات المسؤولية المدنية فى القانون التى تعادل وجوب تعويض الخسارة وكذلك توفير التأمين بشكل إجبارى والتعرف على الطبيعة العقلانية للضمان.

الكلمات الأساسية: المسؤولية المدنية، الضمان القهرى، السلوك، الملكية، البضاعة الخطيرة.

بحث فى ملاك تأثير الجهة غير المشروعة: التصريح أو الإحراز

(فحص المبادئ الفقهية للمادة ٢١٧ من القانون المدنى)

- أمين سليمان كلوانق (طالب دكتوراه فى الفقه ومبادئ القانون الإسلامى بجامعة قم)
- محمد على راغبى (أستاذ مساعد بجامعة قم)
- أحمد مرتاضى (أستاذ مساعد بجامعة تبريز)

بموجب المادة ١٩٠ من القانون المدنى، فإن شرعية الجهة واحدة من الشروط الأساسية لصحة المعاملات. وفيما يخص الشرط فقد نصت المادة ٢١٧ من القانون المدنى على تأثيره وأنه من أجل تأثير الجهة غير المشروعة (يعنى بطلان العقد) فيجب التصريح بذلك. لذلك فإنه فى حال علم أحد الطرفين بالجهة غير المشروعة للطرف المقابل فإن العقد صحيح. هذا فى حين أن هذه المسألة محل اختلاف بين فقهاء

الإمامية بحيث يعتبر البعض أنّ ذلك جائز، ويعتبره البعض الآخر باطل. في الدراسة التي بين أيدينا وبعد شرح معنى الجهة غير المشروعة ونقل التفاسير القانونية التي تحكم البحث، فإن المبادئ الفقهية الخاصة بالمسألة مثل الروايات الخاصة وحرمة الإعانة على الإثم، مع الأخذ بعين الاعتبار غرض الشارع المبتنى على قلع مادة الفساد، فقد تمت دراسة تلك الحالة وفي النهاية ثبت بطلان العقد في حال كانت الجهة غير مشروعة من جهة واحدة مع علم الطرف المقابل بذلك، ولا يمكن لأصول مثل أصل الصحة أن يمنع نفاذ حكم البطلان، وقد حصلت النتيجة التالية وهي أنّه من أجل تأثير الجهة غير المشروعة يلزم إحراز أو إثبات ذلك (وليس التصريح به) لذلك تمّ تقديم اقتراح للمشروع المحترم للاهتمام بهذا الأمر في التعديلات اللاحقة للقانون المدني.

الكلمات الأساسية: جهة غير مشروعة، جهة المعاملة، العلم، التصريح، الحرمة، البطلان.

دراسة في تأثير إعسار الدائن على موضوع مستثنيات الدين

- موسى حكيمي صدر (أستاذ مساعد بجامعة الحكيم السبزواري)
- فاطمة رجائي (أستاذة مساعدة بجامعة الحكيم السبزواري)

أحد القضايا التي تغصّ بها المحاكم المدنية من الماضي حتى الآن هي مستثنيات الدين. يعتقد الفقهاء وعلما القانون أنّه إذا لم يمتلك المديون ممتلكات باستثناء المنزل وبعض مستلزمات الحياة الأخرى، فإنّ الدائن لن يستطيع إجباره على بيع أمواله. تمت دراسة الجوانب المختلفة لمستثنيات الدين في كتب الفقهاء والأبحاث الفقهية والقانونية، لكن الشيء الذي لم يتمّ التطرّق له هو تأثير الظروف المالية للدائن على حكم مستثنيات الدين. السؤال هو هل إذا كان الدائن في عسر وحرَج فهل يمكن الحكم باستثناء بعض أموال المديون؟ وهو السؤال الذي حاولنا في هذا البحث الإجابة عنه بين الكتب الفقهية والروائية والقانونية. في الختام وبعد دراسة أدلة مستثنيات الدين التي معظمها روايات وقاعدة لا حرج، فإنّ الشيء الذي تمّ شرحه كجواب لهذا السؤال هو أنّ هذه الأدلة لا تشمل الحالة التي يكون فيها الدائن في عسر وحرَج. لذلك إذا كان الدائن في عسر وحرَج، فإنّه متى ما زال العسر والحرج فيمكن أخذ الدين من أموال المديون حتى لو كان بيته.

الكلمات الأساسية: مستثنيات الدين، العسر والحرج، المديون، قاعده لا حرج.

بحث فى دور سيرة العقلاء فى تحديد نطاق المسؤولية التعاقدية بالاستناد إلى رأى الإمام الخميني والشهيد الصدر

□ سيد محمد حسن موسوي خراساني
□ أستاذ مساعد بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية

لقد كان الدور الفاعل «لسيرة العقلاء» فى استبطان الأحكام الشرعية محل اهتمام الفقهاء نوعاً ما. لكن هناك اختلاف فى وجهات النظر حول كيفية إحراز السيرة وشروطها ومدى مصداقيتها. فى الوقت نفسه، فإنّ إنفاذ معظم أحكام المعاملات بالمعنى الأعمّ يشير إلى أهميّة بناء العقلاء فى الفقه. إنّ الآراء البديعة لبعض الفقهاء فى الحصول على المكونات المادية والمعنوية تؤسس مبدأً يلعب دوراً فى أعمال مهمّة فى المسؤولية التعاقدية. بحسب نتائج هذا البحث الذى كُتب بطريقة وصفية تحليلية، يمكن القول أنه إضافة إلى أدلة الضمان القهرى فى إثبات أصل المسؤولية التعاقدية، وبالاستناد إلى السيرة المؤكدة للعقلاء، فإنّ هذا القسم من المسؤولية مسلّم، وربطه باشتراط كونه صريحاً أو ضمناً غير صحيح. لذلك فإنّ طريقة تدوين المادة ٢٢١ من القانون المدنى نادرة. إضافة إلى ذلك وبالاستناد إلى الدور الآلى لسيرة العقلاء واعتبارها أداة فى فهم قواعد الإتلاف، على اليد ولا ضرر، فإنّ شعاع المسؤولية يشمل ضرر عدم النفع مسلّم الحصول. على هذا الأساس تمّ اقتراح موادّ تعديلية بدل المواد ٢٢١ من القانون المدنى والتبصرة ٢ من المادة ٥١٥ من قانون أصول المحاكمات المدنى. المنهج العام للمقالة التى بين أيدينا فى تأييد نظرية وحدة مبانى المسؤولية، وعليه فإنّها تتماشى مع الفقه، فى الوقت نفسه وبما أنّ أدلة الضمان القهرى تشمل خسارات عدم النفع المؤكدة فإنّها تختلف عن الرأى المشهور للفقهاء. خسارة عدم النفع سواء كانت ناتجة عن غصب المال أو حبس الإنسان الحرّ أو انتهاك العقد.

الكلمات الأساسية: سيرة العقلاء، العرف، المسؤولية المدنية التعاقدية، خسارة عدم

النفع.