

۱. اخلاقی، بهروز، «بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۲۴، ۱۳۶۸ ش.
۲. بابایی، ایرج، *حقوق بیمه*، تهران، سمت، ۱۳۸۲ ش.
۳. پرادل، ژان، *حقوق کیفری تطبیقی، جرایم علیه اشخاص (آسیبهای جسمی)*، ترجمه مجید ادیب، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۴. خدابخشی، عبدالله، «دفاع از حقوق کیفری»، *دوفصلنامه علوم جنایی*، سال دوم، شماره ۳، بهار و تابستان ۱۳۸۷ ش.
۵. همو، *تأثیر بیمه در حقوق مسئولیت مدنی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۱ ش.
۶. ژوردن، پاتریس، *اصول مسئولیت مدنی*، ترجمه و تحقیق مجید ادیب، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۷. عراقی، عزت‌الله، حسن بادینی و مهدی شهابی، *درآمدی بر حقوق تأمین اجتماعی*، مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۸۶ ش.
۸. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، عقود معین، عقود اذنی - وثیقه‌های دین*، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن‌برنا، انتشارات مدرس، ۱۳۷۶ ش.
۹. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن‌برنا، ۱۳۷۶ ش.
۱۰. همو، *نظریه عمومی تعهدات*، تهران، یلدا، ۱۳۸۴ ش.
۱۱. کاتوزیان، ناصر و محسن ایزانلو، *مسئولیت مدنی، بیمه مسئولیت مدنی*، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۷ ش.
۱۲. محمودصالحی، جانعلی، *فرهنگ اصطلاحات بیمه و بازرگانی*، تهران، شرکت صادراتی سازمان صنایع ملی ایران، ۱۳۷۶ ش.
۱۳. *مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور، سال ۱۳۸۲*، اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۵ ش.
۱۴. مشایخی، همایون، *مبانی و اصول حقوقی بیمه، بیمه‌های اشخاص*، مدرسه عالی بیمه ایران، ۱۳۵۳ ش.
۱۵. معین، محمد، *فرهنگ فارسی*، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۱ ش.
۱۶. ولایی، عیسی، *فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول*، چاپ چهارم، تهران، نی، ۱۳۸۴ ش.
17. Borham, Atallah, *Le Droit Propre De La Victime Et Son Action Direct Contre L'assureur De La Responsabilité Automobile Obligation*, L.G.D.J, Paris, 1976.
18. Ledoux, Jean-luc, *Les Saisies: Chronique de Jurisprudence*, 1986-1996, Larcier, 1997.
19. Liebenberg, Andre P., James M. Carson and Robert E. Hoyt, *The Demand for Life Insurance Policy Loans*, in: <http://ssrn-id1334711.pdf>.
20. Peden, M.M., *World Health Organization, World Bank, World Report on Road Traffic Injury Prevention: On Road Traffic Injury Prevention*, World Health Organization, 2004.

بینه و گستره آن*

□ سیداحمد سجادی نژاد^۱

□ دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

چکیده

در این مقاله بینه و گستره آن، در قالب دو مبحث کلی مورد بررسی قرار گرفته است.

در مبحث اول بینه تعبدی (شهادت شرعی و قانونی)، تفاوت شهادت با روایت، تعدد در شهادت، تعارض شهادت و مستند شهادت پس از نقل اقوال بررسی شده و در مبحث دوم بینه واقعی و وجدانی، ضرورت فحص از آن، هر گاه مرتبط با حقوق افراد باشد و ملاک حجیت تجربه مورد توجه قرار گرفته است و در پایان این گونه نتیجه‌گیری شده که «بینه» در لغت و عرف به معنای حجت و برهانی است که موجب یقین شود و اصل بر وجدانی (واقعی) بودن بینه است و خاستگاه بینه تعبدی (شرعی و قانونی) نبود بینه وجدانی است و بینه تعبدی مطلق بوده و شامل خبر واحد نیز می‌شود، بلکه خبر و شهادت از

* تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۷/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۸/۶/۱۲.

یک سنخ‌اند و شهادت عدل واحد همچون خبر واحد حجت است و حل تعارض در باب شهادت به شیوه حل آن در روایات انجام می‌گیرد و بینة وجدانی (واقعی) با تجربه که به معنای آزمودن است نیز به دست می‌آید و هر گاه با احقاق حق ملازمه داشته باشد انجام آن لازم است. و ازگان کلیدی: بینة، حجت، شهادت، روایت، مستند شهادت، تعدد در شهادت، بینة اعتباری، بینة وجدانی، تجربه، ظن خاص.

مقدمه

موضوع حکم^۱ عمل انسان است (ر.ک: حکیم، ۱۴۰۸: ۱۸۵/۲) و نوع حکم، اعم از ظاهری و واقعی و نیز تطبیق آن بر مصداق خارجی، نیازمند دلیل و حجت^۲ است. از حجت، که در مفهوم آن الزام به پیروی نهفته است، تعبیر به برهان، علامت، آیه، بینة و شاهد نیز شده است (ر.ک: سرخسی، ۱۴۱۴: ۲۷۷/۱).
 قاعدة «البینة علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه» (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۴۴۳/۱۸) در قضاوت که مقام فصل خصومت و یکی از میدانهای تطبیق احکام کلی بر مصداق خارجی است، معروف است اما اینکه «بینة» همان شهادت است یا هر نوع حجتی، اعم از شرعی و وجدانی را شامل می‌شود، موضوع این مقاله است و برآنیم تا آن را که لاقبل به لحاظ دامنه مستندات قاضی دارای آثار مهم و فراوانی است، در قالب دو مبحث: ۱. بینة تبعدی (شرعی و قانونی) ۲. بینة واقعی (وجدانی) بررسی کنیم.

۱. بینة تبعدی (شرعی و قانونی)

بینة به معنای مبین و کاشف از امری و اصل در آن کاشفیت واقعی و وجدانی است، اما از آنجا که همیشه بینة واقعی و وجدانی در دسترس نیست قانونگذار یا شارع اموری را به عنوان بینة اعتبار می‌کند تا در صورت نبود بینة وجدانی ذی‌حق بتواند از آنها در اثبات حق خود استفاده کند؛ بنابراین خاستگاه بینة اعتباری جایی است که

۱. بسیاری فعل مکلف را موضوع فقه دانسته و بعضی هم آن را موضوع احکام شرعی می‌دانند و بر فرض تفاوت، مراد ما از «موضوع» موضوعات خارجی فقه نیست، بلکه موضوع منطقی است.
 ۲. «حجت از حجج به معنای غلب است، «لجّ فحجّ» یعنی لجاجت کرد تا غالب شد. و ممکن است از باب «حجّ البیت» و به معنای رجوع باشد» (ر.ک: ابن منظور، ۱۴۰۵: ۲۲۸/۲).

بینة واقعی وجدانی وجود نداشته باشد.

در این مبحث در راستای مطلب فوق بینة شرعی (فرق بین شهادت و روایت، عدد در شهادت، تعارض بینات و شهادات، مستند شهادت) و بینة قانونی بررسی می‌شود.

۱-۱. بینة شرعی

«بینة» از «البین» به معنای واضح و «بین الشیء» به معنای روشن کردن است، أبان، بین، تبین و استبان، همگی به معنای وضوح و انکشاف است و «بینة» مؤنث «بیین» و جمع آن بینات به معنای دلالت واضح، اعم از عقلی و محسوس است (طریحی، ۱۴۰۸: ۲۷۴/۱؛ راغب اصفهانی، ۱۴۰۴: ۶۸).

در عرف نیز «بینة» به معنای حجت و برهانی است که موجب یقین شود (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱/۳)؛ بنابراین هر نوع برهان و دلیلی که آشکارکننده حق از باطل باشد، (از نظر لغت و عرف) بینة نامیده می‌شود (ر.ک: طوسی، ۱۴۰۹: ۳۸۹/۱۰؛ طبرسی، ۱۴۰۶: ۶۹/۴ و ۲۹۰؛ همو، ۲۵۴/۵؛ طباطبایی، میزان: ۱۱۴/۷؛ همو، ۱۸۳/۱۰؛ ابن جوزی، ۱۴۰۷: ۳۶/۳) و بینة شرعی مصداقی از مطلق بینة است و در نبود بینة واقعی و وجدانی^۱ درجه‌ای از اعتبار را دارد که بینة وجدانی دارد (خویی، ۱۳۶۴: ۴۰۵/۱).

در معنای شرعی بینة با دو نظریه روبه‌رو هستیم:

۱. بینة در شرع، به استثنای موارد خاص، فقط به معنای شهادت (فیروزآبادی، بی‌تا: ۳۰۵/۱) دو شاهد است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۸۲/۱).

۲. بینة در شرع به معنای مطلق حجت شرعی است.^۲

بر اساس نظریه اول، بینة در جمله «البینة علی المدعی...» به جز در موارد خاص، فقط به معنای شهادت دو شاهد است و بر اساس نظریه دوم عبارت است از مطلق

۱. اصل در بینة این است که فی‌نفسه مبین و نشانگر واقع باشد و از آنجا که بینة شرعی این چنین نیست از سوی دیگر دستور به پیروی از آن داده شده است بینة شرعی (تبعدی) نامیده می‌شود.
 ۲. محمد هادی معرفت در این باره می‌گوید: بینة در قرآن کریم و احادیث به معنای لغوی است و نمی‌توان حدیث مسعده را صرفاً دلیل بر حجیت شهادت عدلین گرفت و اگر بینة را ظاهر در خصوص شهادت عدلین بدانیم، لازمه‌اش آن است که تمامی مواردی را که به کمتر از این اکتفا شده، یا بیش از این اعتبار شده، موارد استثنایی بگیریم که این خود مشکل فنی در پی دارد (ر.ک: مجلة قضایی و حقوقی دادگستری، ۱۳۷۰: ۶۰/۲).

حجت شرعی، در مقابل استبانة و وضوح وجدانی، و اطلاق آن بر دو شاهد، اصطلاحی جدید است که در میان فقهای متأخر رایج شده و ناشی از انس ذهنی است.^۱ بنابراین علم قاضی،^۲ اقرار، خبر واحد، استصحاب و... نیز «بینه» است و همچون اثبات احکام کلی قدرت اثبات موضوعات را نیز دارند و معنی از این جهت نرسیده است (خویی، ۱۴۱۰: ۴۴۰/۵).

معروف است که خبر واحد در موضوعات حجت نیست. جماعتی هم آن را حجت دانسته‌اند و نظر صحیح حجت بودن خبر واحد در موضوعات است و دلیل آن همان دلیل حجیت خبر واحد در احکام یعنی سیره قطعی عقلاست و اینکه گفته شده: روایت مسعده (و الأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به اليقينة) راه اثبات اشیا را به استبانة وجدانی و بینه (شهادت) محدود کرده و خبر واحد در آن مشاهده نمی‌شود؛ بنابراین سیره یادشده نهی شده اشکال است (خویی، ۱۴۱۳: ۳۱۹/۱ و ۳۲۱).

بی‌شک حجت منحصر به شهادت نیست. اختلاف در این است که آیا اثبات موضوعات خارجی، مخصوصاً در مقام قضاوت، با هر نوع حجتی از جمله خبر واحد ثقه امکان‌پذیر است یا خیر؟

داخل کردن خبر واحد ثقه در بینه شرعی و در نتیجه امکان اثبات موضوعات از این طریق، به دو صورت و بر اساس دو فرض جدای از هم قابل بررسی است: یکی اینکه دامنه «بینه شرعی» را گسترش داده و آن را به معنای مطلق حجت شرعی بگیریم که بحث قبل بود. دوم اینکه «بینه شرعی» را به شهادت محدود کنیم اما شهادت و روایت را به لحاظ ماهوی یکی بدانیم که در مطلب آینده بحث می‌شود.

الف) شهادت و روایت

آیا بین شهادت و روایت تفاوت است؟ پاسخ مثبت یا منفی به این پرسش دارای

- اینکه اطلاق بینه بر دو شاهد، اصطلاح متأخران باشد با کلام ابن ادریس که از متقدمان است و می‌گوید: «اليقينة في الشريعة المعهودة، هي شهادة الشاهدين إلا ما خرج بالدليل» سازگار نیست.
- «و إذا جعلنا اليقينة الإقرار أو الإشهاد من حيث أبانت عن الأمر و كشفت فأقوى منها علم اليقين» (ر.ک: علم الهدی، ۱۴۱۵: ۴۹۱-۴۹۲).

آثار مهمی است؛ حجیت شاهد واحد اعم از زن و مرد، برده و آزاد، در غیر موارد منصوص، و رجوع به مرجحات باب تعادل و تراجیح در تعارض شهادت و حل تردیدهای موجود درباره حجیت ترجمه مترجم (گلابیگانی، کتاب الشهادت: ۲۶۵)، نظر کارشناس، بازگویی اشتباه دیگری در عبادات (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۳۵۷)، گزارشگر گزارشگر (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۸۷/۹) و خبره (بحرانی، بی‌تا: ۱۴۸/۲۴) را می‌توان از آثار پاسخ مثبت به این پرسش و اتحاد ماهوی بین روایت و شهادت برشمرد.

بعضی (ر.ک: خطاب رعینی، ۱۴۱۶: ۱۶۱/۸) گمان کرده‌اند معنای شهادت و تفاوت آن با روایت، روشن و بی‌نیاز از تعریف است در حالی که قرافی^۱ [متوفای ۷۲۳] در الفروق می‌گوید: «هشت سال تلاش کردم تا فرق بین شهادت و روایت را بیابم و در نهایت هم بدان دست نیافتم» (صنهاجی قرافی، ۱۹۹۸: ۱۲/۱).

قرافی پس از اعتراف به بی‌نتیجه ماندن تلاشهای هشت ساله‌اش در دستیابی به فرق بین شهادت و روایت، فرقه‌های ذکر شده (ر.ک: تستری، بی‌تا: ۲۲۴؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۹۰/۵؛ شانه‌چی، ۱۳۶۲: ۱۲۵؛ عسقلانی، بی‌تا: ۱۸۸/۵) از جمله تعدد، ذکوریت و حریت در شهادت را رد کرده و شرایط را فرع تصور شهادت و روایت دانسته و می‌گوید: اول باید بدانیم شهادت چیست تا بگوییم تعدد، ذکوریت و حریت و... در آن شرط است و مبتنی کردن شناخت بر شرایط و شرایط بر شناخت دور است. وی در ادامه فرقی را که مازری در شرح البرهان (که احتمالاً شهید اول [متوفای ۷۸۶] در القواعد و الفوائد (بی‌تا: ۲۴۷/۱) از او متابعت کرده است) آورده، نقل و آن را ستایش می‌کند که گفته است: الشهادة و الرواية خبران غير أن المخبر عنه إن كان أمراً عاماً لا يختص بمعين، فهو الرواية كقوله عليه الصلاة والسلام: إنما الأعمال بالنيات بخلاف قول العدل عند الحاكم: لهذا عند هذا دينار (ر.ک: صنهاجی قرافی، ۱۹۹۸: ۱۲/۱).

گرچه قرافی تعریف مازری در البرهان را ستوده اما اعتراف وی در دست نیافتن به فرق بین روایت و شهادت و استمداد ایشان از فضلا در این جهت نشانگر این است که این فرق نیز از نظر وی خالی از اشکال نبوده است. میرزای قمی نیز بعد از

۱. شهاب‌الدین ابوالعباس احمد بن ادریس بن عبدالرحمن صنهاجی بهنسی مصری مشهور به قرافی است، متبحر در علم فقه و اصول و علوم عقلیه.

ردّ تعدد در شهادت به عنوان ملاک تفاوت با روایت، روایات زیادی را که در آنها اخبار از سماع خاص و یا رؤیت خاص راوی از امام است، ناقض تعریف مازری و شهید دانسته است (قمی، چاپ سنگی: ۴۶۵) و نگاهی اجمالی به روایات، گفته میرزا را تأیید می‌کند؛ زیرا روایات همچون شهادت، خبر از امر محسوس و موضوع خارجی گفتار، تقریر و فعل معصوم عَلَيْهِ السَّلَام است. علاوه بر آن در نقل روایات از تعبیرهایی مثل نزد امام بودم،^۱ شنیدم^۲ و یا شاهد بودم...^۳ استفاده شده که «شاهد» نیز هنگام شهادت دادن از همین تعبیرها استفاده می‌کند.

همچنین مرحوم اصفهانی در حاشیه بر مکاسب پس از اشاره به انحصار قضیه به خبریه و انشائیه و تقسیم خبر به شهادت و خبر محض، وجوه متعددی را که در فرق بین شهادت و روایت آورده شده - از جمله، حق خدا بودن مخبر به در روایت و حق غیر بودن در شهادت، تعدد در شهادت بر خلاف روایت، مسبوق به سؤال بودن شهادت بر خلاف روایت، صرف اعلام در روایت و وسیله بودن شهادت - رد یا نقض کرده و می‌گوید: «هرگاه خبر بیانگر حکم کلی باشد روایت و اگر تطبیق کلی بر مصداق باشد شهادت است» (ر.ک: غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۹۰/۵ و ۹۲) که این تفاوت نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا تمام احکام در مرحله عمل تطبیق کلی بر مصداق خارجی است و چگونه می‌توان پذیرفت که تطبیق خبر کلی بر مصداق خارجی همیشه شهادت باشد.

مرحوم آشتیانی در رد نظر کسانی که ترجمه را گاهی روایت و گاهی شهادت دانسته‌اند می‌گوید: در دلیل حجیت خبر عادل، که عمده آن آیه نبأ است، لفظ روایت نیامده تا گفته شود مباین با شهادت است، بلکه نبأ مرادف با خبر است و هر خبری را - روایت یا شهادت - شامل می‌شود، جز اینکه نسبت به بعضی از افراد آن، دلیل خاص بر تعدد داریم و این موجب نمی‌شود این دو از تحت خبر خارج باشند (آشتیانی، ۱۴۰۴: ۶۰). سید مرتضی نیز شهادت، روایت و قول مفتی را از یک باب دانسته و تفاوت بین آنها را رد می‌کند (ر.ک: علم‌الهدی، ۱۳۷۶: ۵۲۲/۲ و ۵۲۷).

۱. «کنت عنده...» (ر.ک: کلینی، ۱۳۸۸: ۲۹۰/۱ و ۳۴۰/۴؛ صدوق، *الخصال*: ۱۶۰؛ طوسی، ۱۳۶۳: ۲۸۷/۳).
 ۲. «قال سمعت...» (ر.ک: حمیری قمی، ۱۴۱۳: ۳۵۹).
 ۳. «و أنا شاهد...»، «کنت شاهدا...» (ر.ک: کلینی، ۱۳۸۸: ۲۸۷/۷؛ صدوق، ۱۴۰۴: ۲۴۵/۴).

آنچه که به عنوان نتیجه در پایان این بحث می‌توان گفت این است که هرگاه خبری برای قضاوت به قاضی داده شود نامش شهادت است در غیر این صورت خبر محض است. از این رو شهادت شاهد اصل، در شهادت بر شهادت در حد روایت باقی می‌ماند و به صرف اعلام آن توسط شاهد فرع به قاضی، شهادت نامیده می‌شود. روشن است که این تفاوت اسمی است و تأثیری در ماهیت شهادت که همان خبر و روایت است، ندارد؛ بنابراین ادله حجیت خبر واحد مطلق خبر اعم از زن و مرد، برده و آزاد، مترجم، کارشناس، کسی که اشتباه دیگری در عبادات را بازگو می‌کند، گزارش گزارشگر و خبره در غیر موارد منصوص را شامل و در تعارض بینات همچون تعارض دو خبر به مرجحات باب تعادل و تراجیح رجوع می‌شود.

خطاب و عتاب علی عَلَيْهِ السَّلَام به شریح قاضی (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۲۶۵/۲۷)، به دنبال پذیرفتن خبر حضرت در رابطه با زره طلحه مبنی بر اینکه عبدالله بن قفل آن را به ناحق برداشته است نیز اشاره به عدم تفاوت بین روایت و شهادت دارد. همچنین سخن امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام، پس از تصریح به جواز پذیرش شاهد واحد و قسم و استقرار سیره پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و علی عَلَيْهِ السَّلَام بر آن، خطاب به ابوحنیفه، مبنی بر اینکه: «تعجب نکن! شما نیز با پذیرش خبر یک نفر از عده‌ای که شاهد واقعه بوده‌اند در حقیقت شهادت یک نفر را پذیرفته‌اید» (همان: ۲۶۸-۲۶۹) در دو روایت عباس ابن هلال و احمد بن محمد ابی نصر بن زنی از ابوالحسن الرضا عَلَيْهِ السَّلَام اشاره به عدم تفاوت بین خبر و شهادت دارد. علاوه بر این گاهی از روایت تعبیر به شهادت شده است؛ امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام می‌فرماید: دوازده هزار نفر واقعه غدیر را شاهد بوده و برای علی شهادت دادند نتوانست حق خود را بگیرد اما شما با دو شاهد حق خود را می‌گیرید (همان: ۲۳۸). روشن است که اخبار گزارشگران غدیر همچون سایر اخبار بوده و شهادت اصطلاحی در حضور قاضی نبوده است، در حالی که امام از آن تعبیر به شهادت کرده و از پذیرفته نشدن آن گله‌مند است.

بنابراین روایت و شهادت به لحاظ ماهوی یکی است و شرایط ویژه از جمله تعدد در بعضی از مصادیق (مثل اکثر موارد در باب شهادت که در عدد نیز متغیر و متفاوت است) نیاز به دلیل خاص دارد.

ب) تعدد در شهادت

شاید مهمترین موضوعی که بررسی فرق بین روایت و شهادت را به دنبال داشته این باور بوده که در شهادت تعدد شاهد شرط است اما در روایت و خبر تعدد راوی شرط نیست و به دنبال آن در بعضی از موضوعها مثل ترجمه اختلاف شده است که شهادت است تا تعدد لازم باشد و یا خبر است تا شرط نباشد.

اختلاف در وحدت و تعدد مترجم در بین امامیه (گلپایگانی، کتاب الشهادت: ۲۶۵) مخصوصاً اهل سنت (شوکانی، ۱۹۷۳: ۱۸۸/۹) شدید است به طوری که از مالک و شافعی دو قول نقل شده و ابوحنیفه اکتفای به یکی را جایز دانسته و ابویوسف دو تا را لازم می‌داند.

در مطلب قبل، به این نتیجه رسیدیم که دلیل حجیت شهادت همان دلیل حجیت خبر است و در خبر، اصل بر عدم تعدد است. اما آیا دلیلی کلی بر تعدد در خصوص شهادت (خبری که در جهت صدور حکم به قاضی داده می‌شود) داریم یا خیر؟

برخی تعدد در شهادت را مفروض گرفته و از آن بحثی نکرده‌اند^۱ و برخی نیز آیه شریفه ﴿وَأَشْهَدُوا ذُوَى عَدْلِ مِنْكُمْ﴾ (طلاق/۲) را دلیل بر تعدد در شاهد گرفته‌اند (گلپایگانی، کتاب القضاء: ۱۸/۱) در حالی که آیه یادشده مربوط به تحمل شهادت در طلاق است و بین تحمل شهادت و ادای آن در عدد ملازمه نیست و چه بسا علت تعدد در تحمل شهادت در دسترس نبودن یا فراموش کردن برخی از شهود در مقام ادا باشد نظیر آنچه که در آیه شریفه می‌فرماید: ﴿...فَإِنْ لَمْ يَكُنْ رَجُلَيْنِ فَرَجُلٍ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ (بقره/۲۸۲).

در روایتی امام باقر علیه السلام، در پاسخ به حکم ابن عتیبه و سلمة بن کهیل که با استدلال به آیه شریفه ﴿وَأَشْهَدُوا ذُوَى عَدْلِ مِنْكُمْ﴾، قضاوت با شاهد واحد را خلاف قرآن می‌دانستند، فرموده است: «چگونه آن را خلاف قرآن می‌دانید حال آنکه پیامبر صلی الله علیه و آله و نیز علی علیه السلام در نزد خود شما در کوفه با شاهد واحد و قسم حکم کرده‌اند و از همین رو بود که علی علیه السلام به شریح قاضی فرمود: سه مرتبه به جور قضاوت کردی:

۱. صاحب جواهر با این سخن که تمییز شهادت از روایت با عرف است، در واقع تفاوت ماهوی آنها را مفروض گرفته و عرف را ملاک تمییز مصادیق خارجی می‌داند (ر.ک: نجفی، ۱۳۴۷: ۱۰۷/۴۰).

آنجا که با درخواست بینه به خبر من به عنوان حاکم مسلمین، عمل نکردی و شهادت حسن را چون یکی است و قنبر را چون غلام است، درباره زره طلحه که عبدالله بن قفل تمیمی آن را به ناحق برداشته است، نپذیرفتی» (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۲۷/۲۶۵).

و نیز در دو روایت عباس بن هلال و احمد بن محمد بن ابی‌نصر بزنطی از ابوالحسن الرضا علیه السلام پس از نقل فرمایش امام صادق علیه السلام مبنی بر جواز پذیرش قسم و شهادت یک نفر و استقرار سیره پیامبر صلی الله علیه و آله و علی علیه السلام بر آن فرمود: ابوحنیفه که از امام صادق علیه السلام پرسیده بود و این پاسخ را شنید تعجب کرد. امام به ایشان فرمود: شما نیز با پذیرش خبر یک نفر از صد نفر که شاهد واقعه بوده‌اند در حقیقت شهادت یک نفر را پذیرفته‌اید (همان: ۲۶۸ و ۲۶۹). آیه الله معرفت نیز پس از طرح این سؤال که آیا اخبار یک نفر (شهادت عدل واحد) در موضوعات معتبر است، می‌گوید: با در نظر گرفتن آنکه دلیل حجیت خبر واحد، بنای عقلا و آیه نبأ می‌باشد، شامل احکام و موضوعات هر دو می‌گردد؛ زیرا آیه در خصوص موضوعات است و نمی‌تواند مورد خودش را شامل نشود. از این رو بدون اشکال، شهادت عدل واحد را حجت می‌دانیم. علاوه بر این، بینه در حدیث مسعده طبق مفهوم لغوی آن، شامل خبر واحد نیز می‌شود (ر.ک: مجله قضایی و حقوقی دادگستری، ۱۳۷۰: ش ۲).

با توجه به مطالب فوق، استدلال به آیات شریفه ﴿وَأَشْهَدُوا ذُوَى عَدْلِ مِنْكُمْ﴾ و ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ (بقره/۲۸۲) و ﴿وَأَشْهَدُوا ذُوَى عَدْلِ مِنْكُمْ﴾ (طلاق/۲) بر تعدد شاهد در مقام ادا از جهاتی قابل مناقشه است:

۱. آیات فوق در مقام اشهاد و تحمل شهادت است و مقام اشهاد با ادای آن در عدد ملازمه ندارد.

۲. قضاوت با شاهد واحد و قسم مدعی مورد اتفاق امامیه و قبول شافعی است، پیامبر صلی الله علیه و آله، ابوبکر، عمر و عثمان نیز به آن عمل کرده‌اند (علم‌الهدی، ۱۴۱۷: ۴۲۷ و ۴۲۹: شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۵۰۶/۱۳) و روایات نیز در این زمینه زیاد است (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۱۸/۱۹۲).

۳. چگونه ممکن است خبر یا روایت ثقه از معصوم نسبت به حکم کلی که تا قیامت کاربرد دارد و افراد بی‌شماری بر مبنای آن مورد حکم قرار خواهند گرفت حجت و مورد عمل باشد اما خبر ایشان در موضوع خارجی (شهادت) که موردی

است، حجت و مثبت دعوی نباشد؟ به ویژه نظر قاضی که در دایره وظیفه خود شأن اجتهاد را دارد، در پذیرش شهادت قابل توجه است؛ زیرا ممکن است صحت شهادت چند نفر را مشکوک و یا خلاف واقع بداند و آن را رد یا تحقیق کند (ر.ک: صدوق، ۱۴۰۴: ۲۰/۳ و ۲۷) و در مقابل شهادت یک نفر در نزد او به دلیل قدرت اثباتی که دارد مثل شهادت زوج نسبت به زوجه (نور/ ۶) و شهادت ذوالشهادتین (ر.ک: علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۴۹۱)، از همان آثاری برخوردار باشد که شهادت چند شاهد و راوی برخوردار است و حتی به صرف ادعا به دلیل محرز بودن صداقت مدعی، قاضی به نفع او حکم کند (صدوق، ۱۴۰۴: ۲۷/۳ و ۱۰۸). بنابراین ارزیابی طرفهای دعوا و نیز شهود و حل تعارض بین آنها به دست قاضی است و تنها تشخیص او، ملاک عمل است.

۴. روایتی (کلینی، ۱۳۸۸: ۴۱۶/۷) که فقها نیز بر اساس آن فتوای داده‌اند مبنی بر اینکه اگر یک مرد و دو زن نبود، یک شاهد و قسم مدعی کافی است و روایاتی که حاکی از تعدد است مربوط به موارد خاص است و دلیل کلی بر تعدد شهادت نداریم.

ج) تعارض شهادت

تعارض دو بینة وجدانی همچون تعارض دو قطع نسبت به یک موضوع امکان‌پذیر نیست، چنان که تعارض بینة شرعی با بینة وجدانی همچون تعارض امارات با قطع نشاید؛ زیرا با وجود قطع، موضوع اماره منتفی است، بنابراین تعارض در باب بینات منحصر است به دو یا چند بینة شرعی از قبیل دو خبر یا شهادت با یکدیگر.

یکی از آثار وحدت شهادت و روایت این است که در تعارض شهادت، همچون روایات، می‌توانیم به مرجحات رجوع کنیم هر چند طریقی بودن شهادت و کاشفیت آن خود نشانگر امکان رجوع به مرجحات است، روایات (صدوق، ۱۴۰۴: ۶۵/۳) نیز (علی‌رغم نظر مشهور (روحانی، ۱۴۱۲: ۲۴۳/۲۵)) در خصوص حل تعارض شهادت، دلالت بر رجوع به مرجحات دارد.

بر اساس قاعده کلی «البینة علی المدعی و الیمین علی من أنکر» (کلینی، ۱۳۸۸: ۳۶۱/۷، ۳۶۲ و ۴۱۵) اقامه بینة وظیفه مدعی و قسم بر دوش منکر است (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۷۶/۳)، در عین حال بینة منکر نیز در صورت اقامه، مورد توجه است و با قاعده فوق منافات

ندارد و فرضاً منافات داشته باشد تعارض بینات در جایی که هر دو مدعی و منکر باشند تردیدناپذیر است؛ زیرا در این صورت اقامه بینة و قسم بر عهده هر دو است.

روایات در حل تعارض بینة شرعی (شهادت) به صورتهای مختلف: ۱. تقدم بینة اکثر (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۲۷/۲۴۹)، ۲. تقسیم مال بر حسب عدد بینة (همان)، ۳. قرعه (همان: ۲۵۱)، ۴. تقدم بینة ذوالید (همان: ۲۴۹) بر کسی که ید ندارد ۵. عدم پذیرش بینة از ذوالید (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۲۷/۲۳۴) وارد شده است. شیخ طوسی در مقام جمع بین آنها می‌گوید: هرگاه دو بینة با هم تعارض کنند و هیچ یک از طرفین دعوی بر مورد ادعا ید نداشته باشد، بینة اعدل مقدم است و اگر در عدالت مساوی باشند طبق خبر ابوبصیر بینة اکثر مقدم است و روایت سکونی مبنی بر تقسیم مال بر حسب تعداد شهود، حمل بر صلح می‌شود و اگر در عدد نیز مساوی باشند قرعه زده می‌شود و نام هر کس خارج شد قسم می‌خورد و مال به او داده می‌شود اما اگر یکی از دو نفر بر مال ید داشته باشد، هرگاه بینة هر دو بر سبب مالکیت، مثل خریدن و... باشد بینة ذوالید مقدم است والا بینة مدعی مقدم خواهد شد و خبر اسحاق بن عمار مبنی بر قسم هر دو و تقسیم مال بین آنها حمل بر صلح می‌شود. ایشان می‌افزاید: بنابراین جمع بین روایات امکان‌پذیر است و هر کس در آنها تأمل و دقت کند چنین خواهد گفت (طوسی، ۱۳۶۵: ۶/۲۳۷).

سؤالی که در اینجا وجود دارد این است که در حقوق مالی یک شاهد و یک قسم کافی است آیا در مورد بحث نیز این گونه است؟

پاسخ این است که بینة مدعی در صورتی مقدم بر بینة ذوالید است که در عدد کامل باشد (ر.ک: حلی، ۱۴۱۲: ۵۳۵/۸؛ مزنی، بی‌تا: ۳۰۶؛ نووی، بی‌تا: ۳۲۸/۱۴) و بر خلاف سایر موارد قسم نمی‌تواند به جای شاهد دوم بنشیند (ر.ک: طوسی، ۱۳۸۷: ۲۷۷/۸؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۲۵۵؛ حلی، ۱۴۱۲: ۴۴۸/۸) در غیر این صورت برای کشف حقیقت استظهار و تحقیق می‌شود (ر.ک: حلی، شرواح الاسلام، بی‌تا: ۹۰۸/۴؛ حلی، ۱۴۱۳: ۴۸۱/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۴۴/۱۴).

بینة و ید هر دو از اماراتند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۳۰۸/۳). در عین حال بسیاری معتقدند در مقام تعارض، لاقبل به دو دلیل، بینة مقدم بر ید است: ۱. محل بینة جایی است که دیگری ید داشته باشد پس گویا تقدم بینة بر ید مفروض است ۲. اگر بینة مقدم

بر ید نباشد ادعای مدعی بر ذوالید مسموع نبوده و تکلیف مدعی به اقامه بینه لغو خواهد بود (ر.ک: بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۳/۳۵۴؛ بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱/۱۷۴).

دلایل اقامه شده برای تقدم بینه (هرچند کامل باشد) بر ید در حالی که هر دو از امارات و حجتند، قابل تأمل است؛ زیرا بینه تنها به معنای شهادت عدلین نیست، بلکه شامل مطلق حجت اعم از شرعی و وجدانی می شود و اگر چنین باشد دیگر نخواهیم گفت اعتبار بینه (شهادت) در مواردی که ید وجود دارد دلیل بر تقدم بینه (شهادت) بر ید است و اگر نباشد لغویت لازم خواهد آمد؛ زیرا ممکن است کسی ادعا کند شهادت عدلین به عنوان مصداقی از بینه در جایی مورد قبول است که ید نباشد و اگر ید باشد مدعی باید بینه واقعی و وجدانی اقامه کند بنابراین پذیرش بینه (که به معنای مطلق حجت است) در مورد ید، دلیل بر تقدم نیست و لغویت لازم نمی آید و شهادت عدلین با ید معارضه و تساقط می کنند و حتی می توان گفت قاعده ید مقدم بر شهادت عدلین است؛ زیرا اقامه دو شاهد بر مالکیت خانه و یا زمینی که دیگری سالها آن را در تصرف خود دارد آسان است.

د) مستند شهادت

اخبار یا از روی علم است یا از روی ظن حاصل از حواس پنج گانه یا حدس و یا از روی تجربه مثل اخبار طیب که چیزی را تجربه کرده است. از سوی دیگر خبردهنده یا در ضمن خبر، اسباب علم و ظن خود را با تفصیل بیان می کند و یا تنها می گوید: می دانم یا گمان می کنم که مثلاً این ملک از آن زید است و یا بدون اشاره به ظن یا علم خود می گوید: این مال از آن زید است. حال باید دید وظیفه شاهد چیست و چگونه باید شهادت دهد تا مورد قبول واقع شود؟ بی شک اگر شهادت شاهد از روی علم یا مستند به حس باشد مورد قبول است. در عرف و لغت نیز شاهد به کسی گفته می شود که خبر از مشهودات و محسوسات خود بدهد. روایات شهادت بر زنا نیز دلالت بر لزوم شهادت حسی دارد و حتی می توان بر این مطلب ادعای اجماع کرد؛ زیرا همه تصریح دارند که علم حضوری و حسی به جز در چند مورد که استفاضه و شهرت در آنها کافی است شرط شهادت است. البته

تعداد موارد استنشاده بر اساس نظر فقها مختلف است و در مجموع از نسب، ملک مطلق، وقف، زوجیت، ولاء، عتق، موت، ولادت، رقیّت و عدالت نام برده اند (ر.ک: نراقی، ۱۴۱۵: ۱۸/۳۲۰-۳۳۳).

به نظر می رسد علاوه بر حس، آنچه قریب به حس است مثل تواتر و دلیل تبدلی نیز می تواند مستند شهادت قرار گیرد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۱)؛ زیرا هر یک از اینها حجت شرعی (ظن خاص) است. البته شهادتی که مستند آن علم^۱ باشد مقدم بر شهادتی است که مستند آن اصل یا استصحاب است و استصحاب نیز مقدم بر اصول دیگر است (خویی، ۱۴۱۳: ۱/۳۲۵) و شهادتی که مستند آن حدس و تخمین (ظن مطلق) باشد پذیرفته نمی شود (حلی، بی تا: ۲/۲۷۹) و بر اساس روایات، ضابط کلی شهادت علم عادی است (نراقی، ۱۴۱۵: ۱۸/۳۲۰).

۲-۱. بینه قانونی

در ابتدای بحث اشاره کردیم بینه به معنای چیزی است که کشف از واقع کند و از آنجا که کشف از واقع همیشه میسر نیست شارع یا قانونگذار اقدام به اعتبار امور دیگری به جای بینه واقعی می کند. بنابراین بینه شرعی و قانونی (شهادت) داخل در بینه اعتباری و تبدلی است و موضوع آن جایی است که بینه واقعی وجود نداشته باشد.^۲ ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی دلایل اثبات دعاوی را اقرار، اسناد کتبی، شهادت، امارات و قسم دانسته است که از این موارد، اقرار، شهادت، امارات (مثل تصرف و ید) و قسم دلایل شرعی نیز هستند.

علم قاضی که از طرق متعارف به دست آمده باشد در امور کیفری حجت و مثبت جرم است (رأی اصرازی ۱۳۶۸/۷/۱۱-۵۶، ردیف ۱۳/۶۸؛ رأی اصرازی ۱۸/۱۳۶۸/۷-۶۳، ردیف ۱۹/۶۸؛ رأی اصرازی ۱۳۷۸/۴/۱-۶، اما در قانون مدنی به عنوان دلیل اثبات دعوی ذکر نشده و در مقابل اسناد کتبی به ادله اضافه شده است.

بر اساس ماده ۱۲۸۴ ق.م. سند عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوی یا

۱. اگر مراد از علم، قطع طریقی باشد که حجیت آن ذاتی است نیازی به ذکر مستند نیست.

۲. لذا بعضی گفته اند: اگر آیه مربوط به شهادت نازل نشده بود و نص شرعی نداشتیم هزار شاهد هم چیزی را ثابت نمی کرد؛ زیرا شهادت شاهد ملازمه با کشف حقیقت ندارد (ر.ک: ابن سلمه، ۱۴۱۶: ۴/۱۴۷).

دفاع قابل استناد باشد و بر اساس مواد ۱۲۸۶، ۱۲۸۷، ۱۲۸۹ و ۱۲۹۱ سند بر دو نوع است: رسمی و عادی، اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأموران رسمی در حدود صلاحیت آنها و طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشد رسمی است و سایر اسناد کتبی عادی است و اسناد عادی در دو مورد اعتبار اسناد رسمی را داشته و درباره طرفین و وراثت و قائم مقام آنان معتبر است: ۱. اگر طرفی که سند علیه او اقامه شده است صدور آن را از منتسب‌الیه تصدیق نماید. ۲. هرگاه در محکمه ثابت شود که سند مزبور را طرفی که آن را تکذیب یا تردید کرده فی الواقع امضا یا مهر کرده است.

در مقابل اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی را دارد انکار و تردید مسموع نیست و طرف می‌تواند نسبت به اسناد مزبور ادعای جعلیت بکند یا ثابت نماید که اسناد مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است (ماده ۱۲۹۲ ق.م.).

در قانون مدنی دو نوع شهادت وجود دارد: یکی شهادت شرعی و دیگری شهادت تکمیلی که جهت مزید اطلاع استماع می‌شود (ماده ۱۳۱۴ ق.م.).^۱

در شهادت شرعی، شرایط شرعی مثل بلوغ، عقل، عدالت، ایمان و طهارت مولد مدنظر واقع شده است اما دایره جریان آن محدود است و نسبت به امارات از قبیل تصرف مالکانه، ارزش کمتری دارد؛ طبق مواد ۱۳۰۶، ۱۳۰۷ و ۱۳۰۸ ق.م. مصوب ۱۳۱۴ هیچ یک از عقود و ایقاعات و تعهدات که موضوع آن عیناً یا قیمتاً بیش از پانصد ریال باشد را نمی‌توان فقط به وسیله شهادت شفاهی یا کتبی اثبات کرد و دعوی سقوط حق از قبیل پرداخت دین، اقاله، فسخ، ابراء و امثال آنها در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده ولو آنکه موضوع سند کمتر از پانصد ریال باشد به شهادت قابل اثبات نیست و نیز در ماده ۱۳۰۹ آمده است: در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده دعوایی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت اثبات نمی‌گردد.

مواد ۱۳۰۶، ۱۳۰۷ و ۱۳۰۸ فوق‌الاشاره که مخالف با شرع نیز هست، به موجب

۱. شهادت اطفالی را که به سن پانزده سال تمام نرسیده‌اند فقط ممکن است برای مزید اطلاع استماع نمود.

قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ حذف شده‌اند. ماده ۱۳۰۹ نیز طبق نظریه ۲۶۵۵ مورخ ۱۳۶۷/۸/۸ شورای نگهبان، خلاف موازین شرع دانسته شده و ابطال گردیده است، اما کماکان در قانون مدنی وجود دارد و در نظریه ۱۲۹۰/۷-۱۳۷۷/۳۰۲/ح.ق. آمده است: با توجه به اینکه در اصلاحات سال ۱۳۷۰ ق.م. تعرضی به متن ماده ۱۳۰۹ نشده و حذف نگردیده است ماده ۱۳۰۹ ق.م. موضوعاً دارای قدرت اجرایی است.

در هر حال محدودیتهای یادشده در امارات قانونی وجود ندارد؛ در ماده ۱۳۲۳ آمده است: امارات قانونی در کلیه دعاوی اگرچه از دعاوی ای باشد که به شهادت شهود قابل اثبات نیست معتبر است مگر آنکه دلیل بر خلاف آن موجود باشد.

بر اساس مواد ۱۳۲۱، ۱۳۲۲ و ۱۳۲۴ اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود. امارات قانونی اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده مثل امارات مذکور در این قانون از قبیل مواد ۳۵، ۱۰۹، ۱۱۰، ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و غیر آنها و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر و اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده، عبارت است از اوضاع و احوالی در خصوص مورد و در صورتی قابل استناد است که دعوی به شهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادله دیگر را تکمیل کند.

نسخ ماده ۱۳۰۶ و ۱۳۰۷ در عدم پذیرش شهادت در دعاوی مربوط به عقود و ایقاعات و تعهدات که موضوع آن عیناً یا قیمتاً بیش از پانصد ریال باشد موجه است اما نسخ ماده ۱۳۰۸ و ۱۳۰۹ که شهادت را در مقابل سند رسمی و حکم دادگاه نمی‌پذیرد موجه نیست؛ زیرا سند رسمی و حکم دادگاه بینه واقعی و یا به منزله آن است و بدیهی است که موضوع بینه شرعی (شک) همواره در جایی است که دلیل واقعی و قطعی وجود نداشته باشد و تقدم شهادت دو شاهد که تحصیل آن برای بسیاری آسان است بر حکم دادگاه و سند رسمی که بینه واقعی یا به منزله آن است خلاف وجدان است؛ چگونه می‌توان پذیرفت شخصی با دو شاهد بتواند منزل مسکونی و یا زمین زراعتی و باغ دیگری را که سالها در آن زندگی و یا زراعت می‌کند و سند رسمی به نام خود دارد بگیرد و تصرف و سند ثبتي او ارزشی نداشته باشد!

۲. بینة واقعی (تجربی و وجدانی) و فحص از آن

موضوعهایی که بالوجدان حقیقت را نمایان می‌کند به دو بخش برهانی و حسی قابل تقسیم است: بخش حسی، گاه همچون حرارت برای آتش بر همه آشکار است و گاه کشف آن با کاوش و آزمایشهای علمی^۱ و تجربی پیچیده بر روی اشیا همچون دی ان ای (DNA) به دست می‌آید و نتایج به دست آمده از آزمایشهای تجربی را می‌توان به سه دسته احتمالی، ظنی و یقینی تقسیم کرد. در این بحث می‌خواهیم بدانیم جستجو برای کشف حقایق خارجی که موضوع حکم شرعی قرار می‌گیرند و یا دارای آثار حقوقی هستند، از طریق تجربه و تحقیقات علمی (فحص در موضوعات) واجب است یا خیر؟ و اگر پاسخ مثبت است ملاک پذیرش آن علم است یا ظن تجربی نیز کفایت می‌کند؟

۱-۲. ملاک حجیت تجربه

آیا ظن حاصل از تجربه حجت است؟ ظاهراً اختلافی است: عده‌ای به ظن حاصل از تجربه تکیه کرده (ر.ک: نراقی، ۱۴۱۵: ۱۷/۱۵؛ عاملی، ۱۴۱۰: ۱۹۴/۲) و بعضی دیگر آن را کافی نمی‌دانند.

بحث از تجربه در صورتی موضوعیت دارد که به عنوان ظن خاص مطرح باشد و مواردی که علم آور است از بحث خارج است؛ زیرا حجیت علم ذاتی است و ابزار آن هر چه باشد نقشی در حجیت علم ندارند و در این صورت بحث و گفتگو محدود به این است که قاضی می‌تواند به علم خود عمل کند یا خیر.^۲ بنابراین بحث از تجربه در صورتی موضوعیت دارد که به عنوان ظن خاص مطرح باشد که قهراً شامل هر نوع تجربه خواهد شد. به عنوان مثال، قیافه‌شناسی در شناخت نسب

۱. علم در لغت به معنای دانایی نقیض جهل به معنای نادانی است که از تجربه حاصل آید و به آن عقل نیز گویند (ر.ک: ابن منظور، ۱۴۰۵؛ غزالی، ۱۴۱۷: ۲۰).

۲. از نگاه امامیه و اهل ظاهر، امام و حاکمان منصوب از جانب ایشان می‌توانند در حقوق و حدود بدون استثنا به علم خود حکم نمایند از همین رو قاطبة امامیه بر ابوبکر ایراد کرده‌اند که چرا علی‌رغم علم به عصمت و طهارت فاطمه علیها السلام که جز حق نمی‌گوید به ادعای ایشان در نخله بودن فدک گوش نداده و از وی بینه خواسته است (ر.ک: علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۴۸۶، ۴۸۸، ۴۹۱ و ۴۹۲؛ طوسی، ۱۴۱۷: ۲۴۴/۶).

اشخاص از روشهای تجربی است (ر.ک: طوسی، ۱۳۸۷: ۳۰۷/۸؛ حلی، بی‌تا: ۲۷۸/۲) و بسیاری از اهل سنت آن را پذیرفته‌اند^۱ و فقهای امامیه نظر قیاف را از این رو نپذیرفته‌اند که مبتنی بر حدس و تخمین است (ر.ک: حلی، بی‌تا: ۱۷۱/۲، ۲۷۸ و ۲۷۹). استدلال فوق در رد قیاف نشانگر این است که هرگاه قیاف بر اساس تجربه عمل کند تفاوتی با سایر تجربه‌ها نخواهد داشت. سکوت امام رضا علیه السلام نیز مخصوصاً راجع به آنچه که به پیامبر صلی الله علیه و آله نسبت داده می‌شود (ر.ک: کلینی، ۱۳۸۸: ۳۲۲/۱؛ صدوق، بی‌تا: ۲۰) دلالت بر جواز رجوع به قیاف دارد و روایت مستدرک در فرض صحت سند، مبنی بر حرام بودن اجرت قیاف (نوری، ۱۴۰۸: ۶۹/۱۳)، دلالت بر حرمت قیافه‌شناسی ندارد؛ زیرا در همین روایت اجرت قضاوت نیز که بی‌تردید از مشاغل حلال است، مورد نهی قرار گرفته است. البته عدم رضایت مندی امام رضا علیه السلام در رجوع به قیاف از روایت مشهود است (نجفی، ۱۳۴۷: ۹۳/۲۲) لکن این عدم رضایت مندی می‌تواند جهات مختلفی داشته باشد و مهم این است که امام علیه السلام از آن نهی نکرده است. رد نظر قیاف از سوی فقها نیز بر این مبنا بوده است که وی بر اساس حدس و تخمین عمل می‌کند و مفهوم آن این است که اگر کار قیاف بر اساس تجربه واقعی باشد، مخصوصاً در عصر علم و صنعت که ابزار لازم را در دست دارد، می‌تواند مورد قبول قرار گیرد و استثنای آن از سایر تجربه‌ها و وجهی نخواهد داشت.

۲-۲. تجربه (فحص) و ضرورت آن در موضوعات شرعی

تجربه به معنای آزمودن است و مجرب کسی را گویند که امور و اشیا را آزموده و نسبت به آنها شناخت و علم یافته است، بلوا نیز به معنای تجربه است (ر.ک: فراهیدی، ۱۴۰۹: ۱۱۳/۶ و ۳۴۰/۸).

خواص و آثار اشیا از طریق کاوش و جستجوی علمی به دست می‌آید که همواره همراه بشر بوده و هست جز اینکه تا قبل از عصر صنعت و پیشرفت به دلیل مجهز نبودن انسان به ابزار مدرن علمی و ناقص بودن جستجوها و تجربه‌های

۱. ابن کثیر در سیره نبوی آورده: هنگامی که حضرت وارد بر عایشه شد از سخن قیاف نسبت به زید ابن حارثه و اسامة بن زید مسرور بوده است از همین رو شافعی و احمد در اختلاف نسب به قول قیاف عمل کرده‌اند (ر.ک: ابن کثیر، ۱۳۹۶: ۶۱۸/۴).

صورت گرفته، نتایج قطعی اندکی به دست آورده و بیشتر بر حدس و قیاس تکیه داشته است که نمونه‌های آن انحصار تولد در بیضه چپ، نکبت بودن ذبح خروس سفید (ر.ک: مجلسی، بی تا: ۳۷۷/۵۷ و ۷/۶۲: مناوی، ۱۴۱۵: ۷۴۰/۳)، آسیب دیدن کبد همچون دیگک داغ با وارد کردن ناگهانی آب در آن (ر.ک: مناوی، ۱۴۱۵: ۴۹۵/۱) است. لذا فلاسفه در رد احکام نجوم می‌گویند: اساس این علم بر تجربه است که حاصل نیست؛ زیرا گردش امور سماوی طولانی‌تر از عمر افراد است تا بتوان آن را با تجربه دریافت (ر.ک: ابن ابی‌الحدید، ۱۳۷۸: ۲۰۴/۶ و ۲۰۵).

در آیات شریفه قرآن واژه‌های امتحن، ابتلی، خُبر و خبیر (ر.ک: حجرات/۳؛ بقره/۱۲۴؛ نساء/۶؛ احزاب/۱۱؛ کهف/۶۸ و ۹۱؛ نساء/۳۵) و مشتقات آنها به معنای آزمودن (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۸۱/۲) به کار رفته است. همچنین در روایات، به دلیل آثار مفید و فراوانی که در تجربه و آزمودن وجود دارد، همچون انتخاب مناسب و استحکام و اتقان کار، مردم نسبت به خود و دیگران، مخصوصاً برای دست‌یابی به حقیقت شیعه بودن، تشویق و احیاناً تکلیف به امتحان (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۸۳/۳)، و اختبار (کلینی، ۱۳۸۸: ۶۷۲/۲) شده‌اند. ابن عساکر در تاریخ دمشق آورده است: ای مردم! فرزندانان را با حب علی بیازمایید چرا که بی‌شک علی مردم را به گمراهی نمی‌خواند و از حق دور نمی‌شد. پس هر کس او را دوست بدارد از شماسست و دشمن او از شما نیست (ابن عساکر، ۱۴۱۵: ۲۸۸/۴۲).

فقها نیز در موارد متعددی از جمله تشخیص میزان نقصان شنوایی (حلی، ۱۴۱۳: ۶۸۵/۳) از تجربه بهره گرفته و رجوع به پزشک و اعتماد به نظر خبره و صاحب تجربه را در تشخیص موضوعهایی که دارای حکم شرعی است، مثل جایی که استعمال آب (ر.ک: عاملی، ۱۴۱۰: ۱۹۴/۲)، امساک از خوردن و آشامیدن (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۳۱/۵)، راه رفتن و حرکت کردن (کاشف‌الغطاء، چاپ سنگی: ۴۳۳/۲) مضر است و امور مربوط به رؤیت هلال (ر.ک: کرکی، ۱۴۰۸: ۹۷/۱۱) را پذیرفته‌اند. امیرالمؤمنین علیه السلام نیز بر اساس بعضی از نقلها، از روشهای تجربی برای دست‌یابی به واقع و کشف آن در قضاوت بهره برده و مستند فقها نیز قرار گرفته است (حائری، ۱۴۱۵: ۲۳۳).

اصولیان بر خلاف شبهات حکمیة تحریمیه و وجوبیه، در شبهات موضوعیه، به دلیل اطلاق روایات، فحص را که همان تجربه در جهت کشف واقع است، شرط اجرای

اصول عملیه نمی‌دانند اما در مواردی مثل شک در حصول استطاعت در باب حج، رسیدن مال به حد نصاب شرعی در باب زکات، اشتباه دماء ثلاثه در زنها، جستجو برای یافتن آب قبل از تیمم و آنچه که شارع به آنها اهتمام دارد مثل نفوس و اعراض مردم می‌گویند بنای عقلا بر فحص است (انصاری، ۱۳۸۱: ۴۴۱/۲ و ۴۴۲) و بعضی از بزرگان معتقدند عقل، بنای عقلا و وجدان حکم می‌کند که در تمام موضوعات فحص و جستجو بشود و مسامحه در ترک آن در صورت امکان، مخصوصاً زمانی که رفع شبهه سهل، و مشتبه مهم باشد، قابل قبول نیست (ر.ک: سبحانی، ۱۳۶۷: ۵۹/۳).

لااقل در مواردی که فحص و جستجو لازمه احقاق حق است ضرورت آن به خوبی از کلام فقها و روایات قابل استفاده است.

نتیجه گیری

بینه، به معنای روشن کردن، وضوح و انکشاف و دلالت واضح اعم از عقلی و محسوس است و هر نوع برهان و دلیلی که آشکارکننده حق از باطل باشد، بینه نامیده می‌شود و بینة شرعی مصداقی از مطلق بینه و در نبود بینة واقعی و وجدانی، درجه‌ای از اعتبار را دارد که بینة وجدانی دارد.

در معنای شرعی بینه دو نظریه وجود دارد: یکی اینکه بینه در شرع فقط به معنای شهادت دو شاهد است. دوم اینکه بینه در شرع به معنای مطلق حجت شرعی است که خبر واحد نیز از آن جمله است.

داخل کردن خبر واحد ثقه در بینة شرعی و در نتیجه امکان اثبات موضوعات از این طریق، به دو صورت امکان پذیر است: یکی اینکه دامنه «بینة شرعی» را گسترش داده و آن را به معنای مطلق حجت شرعی بگیریم. دوم اینکه «بینة شرعی» را به شهادت محدود کنیم اما شهادت و روایت را به لحاظ ماهوی یکی بدانیم.

وحدت و عدم وحدت شهادت و روایت دارای آثار مهمی است؛ حجیت شاهد واحد اعم از زن و مرد، برده و آزاد، در غیر موارد منصوص، و رجوع به مرجحات باب تعادل و تراجیح در تعارض شهادت و حل تردیدهای موجود درباره حجیت ترجمه مترجم، نظر کارشناس، بازگویی اشتباه دیگری در عبادات، گزارش

گزارشگر و خبره را می‌توان از آثار اتحاد ماهوی بین روایت و شهادت برشمرد.

تعدد شهادت، به عنوان قاعده کلی از روایات قابل استفاده نیست و آنچه که هست مربوط به موارد خاص است. آیات شریفه «و استشهدوا شهیدین من رجالکم... و أشهدوا إذا تبایعتم» و «و أشهدوا ذوی عدل منکم» نیز دلالت بر لزوم تعدد شهادت در مقام ادا ندارند؛ زیرا این آیات در مقام اشهاد و تحمل شهادتند و مقام اشهاد با ادای آن در عدد ملازمه ندارد.

در قوانین دو نوع شهادت وجود دارد: یکی شهادت شرعی که بلوغ، عقل، عدالت، ایمان و طهارت مولد در آن شرط است اما دایره جریان آن محدود است و نسبت به امارات از قبیل تصرف مالکانه از ارزش کمتری برخوردار است و دیگری شهادت تکمیلی که جهت مزید اطلاع استماع می‌شود.

موضوعهایی که بالوجدان حقیقت را نمایان می‌کند به دو بخش برهانی و حسی قابل تقسیم است: بخش حسی گاه همچون حرارت برای آتش بر همه آشکار است و گاه کشف آن با کاوش و آزمایشهای علمی و تجربی پیچیده بر روی اشیا همچون دی ان ای (DNA) به دست می‌آید. نتایج به دست آمده از آزمایشهای تجربی را می‌توان به سه دسته احتمالی، ظنی و یقینی تقسیم کرد و حجیت ظن حاصل از این گونه تجربه‌ها به عنوان ظن خاص مورد اختلاف است.

در آیات شریفه قرآن واژه‌های امتحن، ابتلی، خبر و خیبر و مشتقات آنها به معنای آزمودن به کار رفته است. همچنین تجربه در روایات، به دلیل آثار مفید و فراوانی که دارد مورد سفارش واقع شده است. فقها نیز در موارد متعددی از جمله تشخیص میزان نقصان شنوایی از تجربه بهره گرفته‌اند. در عین حال اصولیان بر خلاف شبهات حکمیة تحریمیة و وجوبیه در شبهات موضوعیه، به دلیل اطلاق روایات، فحص را که همان تجربه در جهت کشف واقع است شرط اجرای اصول عملیه نمی‌دانند هر چند عقل، بنای عقلا و وجدان حکم می‌کند که در تمام موضوعات فحص و جستجو بشود و مسامحه در ترک آن، مخصوصاً زمانی که رفع شبهه سهل و مشتبّه مهم باشد، قابل قبول نیست و در مواردی که فحص و جستجو لازمه احقاق حق است ضرورت آن به خوبی از کلام فقها و روایات قابل استفاده است.

کتاب‌شناسی

۱. آشتیانی، میرزا محمدحسن، *القضاء*، چاپ دوم، قم، دار الهجره، ۱۴۰۴ ق.
۲. ابن ابی الحدید، *شرح نهج البلاغه*، بیروت، دار احیاء الکتب العربیه، ۱۳۷۸ ق.
۳. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، *السرائر*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴. ابن جوزی، عبدالرحمن، *زاد المسیر*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۰۷ ق.
۵. ابن حمزه طوسی، ابو جعفر محمد بن علی، *الوسیله*، قم، مکتبه آیه الله المرعشی النجفی، ۱۴۰۸ ق.
۶. ابن سلمه، احمد بن محمد، *شرح معانی الآثار*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۶ ق.
۷. ابن عساکر دمشقی، ابوالقاسم، *تاریخ مدینه دمشق*، دار الفکر، ۱۴۱۵ ق.
۸. ابن فهد حلی، احمد بن محمد، *المهذب البارع*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۷ ق.
۹. ابن کثیر، محمد، *السیره النبویه*، بیروت، دار المعرفه، ۱۳۹۶ ق.
۱۰. ابن منظور، *لسان العرب*، ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ق.
۱۱. اردبیلی، ملا احمد، *مجمع الفائده والبرهان*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۳ ق.
۱۲. انصاری، مرتضی، *الرسائل*، قم، مؤسسه مطبوعاتی دینی، ۱۳۸۱ ش.
۱۳. همو، *القضاء و الشهادت*، قم، باقری، ۱۴۱۵ ق.
۱۴. بجنوردی، محمدحسن، *القواعد الفقهیه*، قم، الهدی، ۱۴۱۹ ق.
۱۵. بحر العلوم، سید محمد، *بلغه الفقهیه*، تهران، مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ ق.
۱۶. بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضره*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
۱۷. تستری، نورالله، *احقاق الحق*، بی تا.
۱۸. حائری، سید کاظم، *القضاء فی الفقه الاسلامی*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۱۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، و سائل الشیعہ، چاپ چهارم، قم، آل البيت، ۱۴۱۴ ق.
۲۰. خطاب رعینی، محمد بن محمد، *مواهب الجلیل*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۶ ق.
۲۱. حکیم، سید محسن، *حقائق الاصول*، چاپ پنجم، قم، بصیرتی، ۱۴۰۸ ق.
۲۲. حلی، ابوالقاسم جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام*، چاپ دوم، تهران، استقلال، بی تا.
۲۳. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، *تذکره الفقهاء*، تبریز، المطبعة الرضویه، بی تا.
۲۴. همو، *قواعد الاحکام*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۵. همو، *مختلف الشیعہ*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۲۶. حمیری قمی، ابوالعباس عبدالله بن جعفر، *قرب الاسناد*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۳ ق.
۲۷. خوبی، سید ابوالقاسم، *الصوم*، قم، لطفی، ۱۳۶۴ ش.
۲۸. همو، *الطهاره*، چاپ دوم، قم، لطفی، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. همو، *الصلاه*، چاپ سوم، قم، دار الهادی، ۱۴۱۰ ق.
۳۰. روحانی، سید محمدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، چاپ سوم، قم، دار الکتب، ۱۴۱۲ ق.
۳۱. سبحانی، جعفر، *تهذیب الاصول* (تقریرات درس اصول امام خمینی)، قم، دار الفکر، ۱۳۶۷ ش.
۳۲. سرخسی، ابوبکر، *اصول السرخسی*، تحقیق ابوالوفاء الافغانی، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۴ ق.
۳۳. شانه چی، کاظم، *درایة الحدیث*، چاپ سوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۶۲ ش.
۳۴. شوکانی، محمد بن علی بن محمد، *نیل الاوطار*، بیروت، دار الجیل، ۱۹۷۳ م.
۳۵. شهید اول، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، قم، کتابخانه مفید، بی تا.

۳۶. شهید ثانی، زین‌الدین جبعی عاملی، *الروضه البهیه (شرح لمعه)*، قم، داوری، ۱۴۱۰ ق.

۳۷. همو، *مسالك الافهام*، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۳۸. صدوق، محمد بن علی، *الخصال*، تحقیق علی‌اکبر غفاری، قم، جامعه مدرسین، بی‌تا.

۳۹. همو، *من لا یحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۴ ق.

۴۰. سنه‌اجی قزاقی، احمد بن ادريس، *الفروق*، دار الکتب العلمیه، ۱۹۹۸ م.

۴۱. طباطبایی، سیدمحمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.

۴۲. طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان*، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۰۶ ق.

۴۳. طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرین*، تحقیق سیداحمد حسینی، چاپ دوم، قم، مکتب النشر الثقافه الاسلامیه، ۱۴۰۸ ق.

۴۴. طوسی، محمد بن حسن، *الاستبصار*، چاپ چهارم، قم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۳ ش.

۴۵. همو، *التبیان فی تفسیر القرآن*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۹ ق.

۴۶. همو، *الخلافت*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.

۴۷. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المکتبه الرضویه، ۱۳۸۷ ق.

۴۸. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، قم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵ ق.

۴۹. عاملی، سیدمحمد، *مدارک الاحکام*، قم، آل‌البت، ۱۴۱۰ ق.

۵۰. عسقلانی، ابن حجر، *فتح الباری*، چاپ دوم، بیروت، دار المعرفه، بی‌تا.

۵۱. علم‌الهدی، سید مرتضی، *الانتصار*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.

۵۲. همو، *الذریعه الی اصول الشریعه*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۶ ش.

۵۳. همو، *الناصریات*، رابطه الثقافات و العلاقات الاسلامیه، ۱۴۱۷ ق.

۵۴. غروی اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه المکاسب*، انواری، ۱۴۱۸ ق.

۵۵. غزالی، محمد، *المستصفی فی علم الاصول*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۷ ق.

۵۶. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، چاپ دوم، دار الهجره، ۱۴۰۹ ق.

۵۷. فیروزآبادی الهورینی، شیخ نصر، *القاموس المحیط*، بی‌تا.

۵۸. قمی، میرزا ابوالقاسم، *قوانین الاصول*، چاپ سنگی.

۵۹. کاشف‌الغطاء، جعفر، *کشف الغطاء*، چاپ سنگی، اصفهان.

۶۰. کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، *جامع المقاصد*، قم، آل‌البت، ۱۴۰۸ ق.

۶۱. کلینی، محمد بن یعقوب، *اصول کافی*، چاپ سوم، آخوندی، ۱۳۸۸ ق.

۶۲. گلپایگانی، محمدرضا، *کتاب الشهادات*، قم، دار القرآن الکریم.

۶۳. همو، *کتاب القضاء*، قم، دار القرآن الکریم.

۶۴. مجلسی، محمدباقر، *بحار الانوار*، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الوفاء، بی‌تا.

۶۵. مزنی، اسماعیل، *مختصر المزنی*، بیروت، دار المعرفه، بی‌تا.

۶۶. مناوی، محمد عبدالرؤوف، *فیض التدریر شرح الجامع الصغیر*، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.

۶۷. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، چاپ سوم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۴۷ ش.

۶۸. نراقی، ملااحمد، *مستند الشیعه*، مشهد، آل‌البت، ۱۴۱۵ ق.

۶۹. نوری طبرسی، میرزا حسین، *مستدرک الوسائل*، آل‌البت، ۱۴۰۸ ق.

۷۰. نووی، محیی‌الدین، *المجموع*، بیروت، دار الفکر، بی‌تا.

آثار ناشی از قرارداد استفاده از رحم جایگزین*

- مهدی علیزاده^۱
- کارشناس ارشد حقوق خصوصی

چکیده

قرارداد جانشینی در بارداری از پیچیدگی‌های ویژه‌ای برخوردار است، چرا که علاوه بر آثار عمومی قراردادها، آثار خاصی را در بر می‌گیرد. چگونگی تعهدهای مادر جانشین و والدین حکمی در مقابل یکدیگر و خودداری آنها از ایفای تعهدات می‌تواند مسائل مهم بسیاری را در آثار عمومی قرارداد ایجاد کند. از سوی دیگر، اجرای قرارداد مطابق مفاد نیز موجب می‌شود تا مباحث جدیدی در مورد نسب فرزند ناشی از جانشینی در بارداری، چگونگی حریمیت و یارث وی مطرح شود که ضرورت دارد از نظر فقهی - حقوقی بررسی شود. در این نوشتار تلاش شده تا بر پایه مبانی و منابع فقه امامیه و حقوق ایران آثار ناشی از قرارداد استفاده از رحم جایگزین بررسی و تبیین گردد.

* تاریخ دریافت: ۱۳۸۶/۵/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۷/۱۰/۲۶.