

جایگاه کتابت

در میان ادله‌ی اثبات دعوی

و تعارض آن با سایر ادله

از منظر فقه امامیه و حقوق ایران

تألیف:

حجت الاسلام و المسلمین دکتر شهریار مسلم



مجمع علمی و فرهنگی مجد

ارتباط با مجد

اطلاعات و اخبار حقوقی / آخرین کتاب های منتشر شده مجد / کتاب های جدید حقوقی خارجی



تلگرام



واتس آپ



اینستاگرام

بسم الله الرحمن الرحيم

سرشناسه	: مسلم، شهریار،
عنوان و نام پدیدآور	: جایگاه کتابت در میان ادله‌ی اثبات دعوی و تعارض آن با سایر ادله از منظر فقه امامیه و حقوق ایران/تالیف شهریار مسلم.
مشخصات نشر	: تهران: مجد، ۱۳۹۸.
مشخصات ظاهری	: ۱۸۳ ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۲۲-۲۲۵-۱۹۲-۵
وضعیت فهرست نویسی	: فیبا--
موضوع	: ادله اثبات دعوی (فقه)
موضوع	: Evidence, Demonstrative (Islamic law)
موضوع	: ادله اثبات دعوی -- ایران
موضوع	: Evidence, Demonstrative-- Iran
موضوع	: شواهد مستند -- ایران
موضوع	: Evidence, Documentary -- Iran
موضوع	: ادله و شواهد (فقه)
موضوع	: موضوع Evidence (Islamic law)
موضوع	: ادله و شواهد (حقوق) -- ایران
موضوع	: Evidence (Law) -- Iran
موضوع	: رده بندی کنگره BP ۱۹۵/۴
موضوع	: رده بندی دیویی ۲۹۷/۳۷۵
موضوع	: شماره کتابشناسی ملی ۵۸۵۵۲۶۳

هرگونه تکثیر کامل یا قسمتی از کتاب بدون اجازه پدیدآورنده یا ناشر، خلاف قانون، شرع و اخلاق است. موارد تخلف را به دفتر مرکزی «مجد» گزارش فرمایید.

جایگاه کتابت در میان ادله‌ی اثبات دعوی و تعارض آن با سایر ادله

از منظر فقه امامیه و حقوق ایران

تألیف: حجت الاسلام و المسلمین شهریار مسلم

انتشارات مجد

چاپ اول: ۱۳۹۹ تعداد: ۵۰۰ نسخه

حق چاپ محفوظ و منحصر «مجد» است.

شابک: ۹۷۸ - ۶۲۲ - ۲۲۵ - ۱۹۲ - ۵

ISBN: 978 - 622- 225- 192- 5

دفتر مرکزی مجد:

تهران، میدان انقلاب، تقاطع خیابان منیری جاوید و شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۷

تلفن و دورنگار: ۶۶۴۹۵۰۳۴ - ۶۶۴۱۲۰۷۸ - ۶۶۹۶۳۳۸۶

فروشگاه: تقاطع خیابان منیری جاوید و شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۹

تلفن: ۶۶۴۸۶۸۷۴ - ۶۶۴۰۹۴۲۲

www.majdpub.ir

E- mail: info@majdlaw.com

صفحه رسمی انتشارات مجد در اینستاگرام: [@majdlaw](https://www.instagram.com/majdlaw)

کانال رسمی انتشارات مجد در تلگرام: [@majdlaw](https://www.t.me/majdlaw)

قیمت: ۵۵۰۰۰ تومان

فهرست مطالب

۹	 مقدمه
۱۳	 فصل اول: مفاهیم و کلیات
۱۳	 گفتار اول: مفاهیم
۱۳	 مبحث اول: دلیل
۱۳	 ۱- تعریف لغوی
۱۳	 ۲- تعریف فقهی
۱۴	 ۳- تعریف حقوقی
۱۶	 مبحث دوم: اثبات
۱۶	 ۱- تعریف لغوی
۱۶	 ۲- تعریف فقهی
۱۷	 ۳- تعریف حقوقی
۱۷	 مبحث سوم: دعوی
۱۷	 ۱- تعریف لغوی
۱۸	 ۲- تعریف فقهی
۱۸	 ۳- تعریف حقوقی
۱۹	 مبحث چهارم: کتابت
۱۹	 ۱- تعریف لغوی
۱۹	 ۲- تعریف فقهی
۲۰	 ۳- تعریف حقوقی
۲۰	 مبحث پنجم: تعارض
۲۰	 ۱- تعریف لغوی
۲۱	 ۲- تعریف فقهی
۲۳	 ۳- تعریف حقوقی
۲۳	 مبحث ششم: حجت
۲۳	 ۱- تعریف لغوی
۲۳	 ۲- تعریف فقهی
۲۴	 ۳- تعریف حقوقی
۲۵	 مبحث هفتم: فرض قانونی
۲۵	 ۱- تعریف حقوقی

۲۶	۲- تفاوت فرض قانونی با اماره قانونی
۲۷	گفتار دوم: کلیات
۲۷	مبحث اول: اقسام دلیل
۲۷	۱- در فقه
۳۲	۲- در حقوق
۴۳	مبحث دوم: سلسله مراتب دلیل
۴۳	۱- در فقه
۵۰	۲- در حقوق
۵۳	مبحث سوم: جانشین دلیل
۵۳	۱- در فقه
۶۴	۲- در حقوق
۷۳	مبحث چهارم: موارد کاربرد کتابت در فقه امامیه
۷۳	۱- کاربرد کتابت در مقام انشاء ایقاعات
۷۸	۲- کاربرد کتابت در مقام انشاء عقود
۸۲	۳- کاربرد کتابت به عنوان اماره اثبات دعوی
۹۳	مبحث پنجم: اقسام کتابت
۹۳	۱- سند رسمی
۹۵	۲- سند عادی
۹۸	۳- کتابت الکترونیکی

فصل دوم: جایگاه کتابت به عنوان ادله‌ی اثبات دعوی از منظر فقه امامیه و حقوق

۱۰۵	موضوعه ایران
	گفتار اول: جایگاه کتابت به عنوان ادله‌ی اثبات دعوی از منظر فقه و حقوق موضوعه ایران
۱۰۵	مبحث اول: جایگاه کتابت به عنوان ادله‌ی اثبات دعوی از منظر فقه اسلامی
۱۰۵	۱- در فقه عامه
۱۰۸	۲- در فقه امامیه
	مبحث دوم: جایگاه کتابت به عنوان ادله‌ی اثبات دعوی از منظر حقوق موضوعه ایران
۱۴۷	۱- در قالب سند رسمی
۱۴۸	۲- در قالب سند عادی
۱۵۰	گفتار دوم: احکام تکلیفی و وضعی کتابت
۱۵۰	مبحث اول: احکام تکلیفی

۱۵۳.....	مبحث دوم: احکام وضعی
۱۵۷.....	فصل سوم: تعارض کتابت با سایر ادله
۱۵۸.....	گفتار اول: تعارض کتابت با اقرار
۱۵۸.....	بند اول: بررسی تعارض اقرار با ادله‌ی مقرر
۱۵۸.....	بند دوم: بررسی تعارض اقرار با ادله‌ی مقرر
۱۵۹.....	بند سوم: بررسی تعارض اقرار با ادله‌ی شخص ثالث
۱۵۹.....	گفتار دوم: تعارض کتابت با شهادت (گواهی)
۱۶۱.....	گفتار سوم: تعارض کتابت با سوگند
۱۶۴.....	گفتار چهارم: تعارض کتابت با سند کتبی دیگر
۱۶۴.....	۱- تعارض سند عادی با سند عادی
۱۶۴.....	۲- بررسی تعارض سند رسمی با سند رسمی
۱۶۵.....	۳- بررسی تعارض سند رسمی با سند عادی
۱۶۶.....	گفتار پنجم: تعارض کتابت با علم قاضی
۱۶۸.....	گفتار ششم: تعارض کتابت با امارات قانونی
۱۶۹.....	گفتار هفتم: راه حل‌های ویژه تعارض
۱۶۹.....	۱- تقدّم دلیل مدّعی
۱۷۰.....	۲- تقدّم بر اساس ماهیت
۱۷۰.....	۳- ترتیب قانونی
۱۷۲.....	۴- حکم قانونی
۱۷۲.....	۵- اقناع قاضی
۱۷۳.....	۶- تعدّد ادله
۱۷۵.....	منابع و مآخذ

مقدمه

قانون‌گذار هر کشور صرف‌نظر از حقوق طبیعی که برای هر شخص وجود دارد، حقوق متعددی را برای اشخاص به رسمیت شناخته است. یک جنبه از علم حقوق، مطالعه حقوق و تکالیف افراد نسبت به یکدیگر است. نقش موثر و کارآمد «دلیل»، در جهت‌دهی رفتار اشخاص و تعیین حقوق و تکالیف آنان در جامعه را نمی‌توان نادیده گرفت. هر چه دلایل از وضوح بیشتری برخوردار باشند، بهتر و مفیدتر می‌توانند رسالت خود را در رسیدن به نظم اجتماعی و تحقق اهداف نظام حقوقی تأمین کنند.

نظم و عدالت، در سایه‌ی مجموعه‌ی منظم و هدفمند دلایل قانونی، تأمین می‌شود و افراد، حقوق و تکالیف خود را به‌راحتی خواهند شناخت. عارض شدن عیوب در مواد قانون، بی‌نظمی و اختلاف در تشخیص حقوق و تکالیف افراد را سبب می‌شود و همچنین هماهنگی و ارتباط موجود بین دلایل قانونی را از بین می‌برد. وضعیت حقوقی حاکم بر قرارداد، با رجوع به ادله‌ی قراردادی که طرفین تنظیم می‌کنند و عرف و عادت آن را تکمیل می‌نماید، استقرار می‌یابد و قانون حاکم بر قرارداد، مفاد ترازوی طرفین است. برای جلوگیری از نزاع آینده بین طرفین قرارداد، ادله‌ی قراردادی باید واضح و درعین‌حال هماهنگ با یکدیگر در جهت بیان قصد مشترک طرفین باشد. آنجا که اختلافات اشخاص در مسائل حقوقی در مراجع قضائی مطرح می‌شود، «دلایل اثبات دعوی»، وجدان قاضی را در صدور حکم به نفع ذی‌حق قانع می‌کند و اساس حق‌گذاری قرار می‌گیرد.

اما جنبه‌ی دیگر از علم حقوق که مهم‌تر از جنبه‌ی اولی هست، توانایی اثبات این حقوق و تکالیف و آشنایی با قواعد اثبات می‌باشد چه‌بسا حقوقی که در مرحله‌ی ثبوت وجود دارند، لیکن به‌واسطه عدم توانایی مدعی در اثبات آن‌ها توسط دادگاه‌ها به رسمیت شناخته نمی‌شوند. لذا بر هر حقوقدانی لازم است که بر مباحث ادله‌ی اثبات دعوی احاطه داشته باشد.

مراد از ادله‌ی اثبات دعوی مجموعه وسایلی است که برای اثبات دعوی در مراجع قضائی مورد استفاده قرار می‌گیرد. در عمل دیده می‌شود به دلیل عارض شدن عیوبی همچون

نقص، اجمال و تعارض بر دلایل، این ابزار و راهنما، نقش مفید خود را نمی‌تواند ایفا کند و بر اثر این عیوب، اختلال در تشخیص حقوق و تکالیف افراد به وجود می‌آید. برای رفع این عیوب ابتدا باید شناخت کافی از آن‌ها صورت گیرد و سپس با ارائه‌ی راه‌حل مناسب، آن را رفع کرد.

عبارات علماء و دانشمندان حقوقی در زمینه‌ی حل تعارض، پراکنده و موردی است و قاعده‌ی منسجمی مطرح نشده که قابلیت شمول بر تمام موارد تعارض داشته باشد. که ما در این زمینه مطالب پراکنده را جمع کرده و با بررسی مصادیق تعارض، قواعد کلی و عامی برای حل تعارض عرضه نموده‌ایم.

در همین راستا ما اصل کتابت (سند کتبی) - که به‌عنوان سند حقوقی و مثبت دعوی است - به‌عنوان محور تحقیق قرار دادیم. در این تحقیق ضمن بحث از موارد کاربرد کتابت، سعی بر این است که راه‌ها و ادله‌ی حجیت کتابت و تعارضش با سایر ادله مورد بررسی قرار گیرد. بنابراین در این تحقیق در پی این هستیم، ضمن بررسی اینکه نوشته در قضاوت، عرف و ... چه اندازه اعتبار و حجیت دارد و احکام تکلیفی و وضعی نوشته را بیان کنیم.

پیرامون این موضوع، تاکنون مطالعات و پژوهش‌های پراکنده‌ای از سوی پژوهشگران صورت گرفته ولی به جهت اهمیت این موضوع در دعاوی و امور حقوقی و اثبات ادعا یا استناد به آن، پژوهشی جامع و مدون در این راستا صورت نگرفته است.

روشی که در این تحقیق در پیش گرفته‌ایم، بر اساس نگرش کاربردی و به اعتبار ماهیت توصیفی و تحلیلی است و جمع‌آوری مطالب آن به‌صورت کتابخانه‌ای (فیش‌برداری) بوده و از حیث موضوع فقهی و حقوقی می‌باشد.

در طرح مباحث به‌طور کلی از نظرات علما و فقها و اهل لغت استفاده کرده‌ایم ولی به‌منظور توضیح و تأیید از نظرات حقوقدانان مطالبی آورده‌ایم که در جای خود خالی از فایده نیست.

پژوهش حاضر در ۳ فصل با این موضوعات تنظیم و تدوین شده است:

گذشته از فصل مفاهیم و کلیات، فصل دوم پژوهش مربوط به موارد جایگاه کتابت به‌عنوان ادله‌ی اثبات دعوی از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران می‌باشد که در دو گفتار مورد بررسی قرار گرفته است. مبحث اول گفتار اول مربوط به جایگاه کتابت به‌عنوان ادله اثبات دعوی از منظر فقهی می‌باشد که شامل فقه عامه و امامیه می‌باشد، ابتدا اقوال فقهاء و دلایل اقوال آن‌ها مورد نقد و بررسی قرار گرفته است سپس به حجیت کتابت در برخی از مصادیق آن که شامل اقرارنامه، وصیت‌نامه و شهادت‌نامه اشاره شده است، در

مبحث دوم این گفتار به جایگاه کتابت به عنوان ادله اثبات دعوی از منظر حقوقی در قالب سند رسمی و عادی پرداخته شده است.

در گفتار دوم این فصل به احکام تکلیفی و وضعی کتابت اشاره شده است. در فصل سوم پژوهش تعارض کتابت با سایر ادله را بررسی کرده ایم و در آن به تعریف تعارض، اقسام تعارض، شرایط تحقق تعارض، تعارض کتابت با اقرار - شهادت - سوگند - سند کتبی دیگر - علم قاضی و آماره قانونی، و راه حل های ویژه تعارض پرداخته ایم.

نویسنده پژوهش حاضر، در پایان بر خود وظیفه میداند تا به رسم ادب و قدردانی مراتب سپاس و قدردانی را از دوست عزیز و فرهیخته دکتر علی صابر نژاد اعلام دارد که در مسیر آمادگی و چاپ این کتاب متحمل زحمات فراوان گردیده اند و همچنین نهایت تشکر و قدردانی را از مدیر انتشارات وزین مجد، جناب آقای دکتر سید عباس حسینی نیک، بابت الطاف عالی در چاپ کتاب در این انتشارات وزین را دارد.

فصل اول: مفاهیم و کلیات

گفتار اول: مفاهیم

مبحث اول: دلیل

۱- تعریف لغوی

۱- ادله جمع دلیل است و دلیل در لغت به معنای راهنما و بلد و هادی است و منظور از آن، این است که دلیل، شخص قاضی را از امر مجهول به امر معلوم هدایت می‌کند زیرا قاضی، نسبت به دعوی، ثالث است و از چگونگی آنچه بین طرفین دعوی گذشته است اطلاعی ندارد.^۱

۲- راهنما، راهبر، رهنمون و راهنماینده و ...^۲

۳- گواه، راهنما، نشان و نیز آنچه برای اثبات امری به کار رود.^۳

۲- تعریف فقهی

دلیل در اصطلاح فقه و علم اصول در مقابل اصل عملی است و گاه در معنایی اعم از علم و گمان به کار می‌رود. بنابراین هر چیزی که به صورت قطعی یا ظنی از یک واقعیتی کشف کند و پرده بردارد دلیل نامیده می‌شود. به طور مثال شهادت دو مرد عادل یا تصرف یک مسلمان و یا پیدا شدن یک جنس در بازار مسلمین دلیل نامیده می‌شوند، البته دلیل تنها زمانی به آن گفته می‌شود که حجیت آن اثبات شده باشد. پس مقصود از دلیل هر

۱. ابراهیم {و دیگران}، انیس، المعجم الوسیط، چاپ پنجم، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۷۴ش، ص ۲۹۴.

۲. علی اکبر، دهخدا، لغت نامه دهخدا، ج ۲۰، تهران: چاپخانه دانشگاه تهران، ۱۳۴۱ش، ص ۱۹۱.

۳. غلامرضا، انصاف‌پور، فرهنگ کامل فارسی، چاپ اول، تهران: انتشارات زوار، ۱۳۷۳ش، ص ۴۴۵.

چیزی است که از یک واقعیتی کشف کند و در مقام اثبات آن، حجیت شرعی داشته باشد.^۱

اما آنچه به نظر می‌رسد این است که اصطلاح دلیل در فقه اسلامی به‌طور کلی با همان معنای لغوی‌اش کاملاً موافق است و به معنای رهنما یا اثبات‌کننده موضوع و یا حکم می‌باشد.

روشن‌ترین و اصیل‌ترین دلیل‌ها عبارت است از قطع به‌واقع که با کلمات مختلفی بیان می‌گردد مانند یقین و جزم و علم و غیر ذلک. اما از آن جهت که افراد آدمی در شئون زندگانی معمولی خود و هم‌چنین درباره تکالیف و وظائف مقرر و موضوعات و شرایط آن‌ها غالباً نمی‌توانند یقین حاصل کنند لذا مجبورند در احراز واقعیت‌ها به دلیل تکیه کنند، اگرچه آن دلیل موجب علم صد در صد نبوده باشد.

هنگامی که می‌گوییم مدارک اربعه (کتاب و سنت و اجماع و عقل) ادله فقه و حقوق اسلامی می‌باشند؛ مقصود همین معنا از دلیل است که متذکر شدیم یعنی با توجه به لزوم عمل به تکالیف واقعی از یک طرف و انحصار راه تشخیص آن تکالیف در مدارک چهارگانه مزبوره، آن‌ها را به‌عنوان ادله احکام پذیرفته‌ایم.

بنابراین، دلیل یعنی روشنگر واقعیات. اما این که امور مزبور به چه علت می‌توانند روشنگر واقعیات بوده باشند، به‌طور انحصار از حکم عقل استفاده شده است و نمی‌تواند دلیل بودن امور مزبور مستند به تعهد صرف بوده باشد.

۳- تعریف حقوقی

درباره تعریف ادله از نظر اصطلاح علم حقوق، اتفاق نظر وجود ندارد؛ کارشناسان این فن، هر کدام تعریف خاص خودشان را از این واژه ارائه داده‌اند و برخی تعاریف دیگران را نیز به بوته نقد گرفته‌اند.

هم سنجی تعارفی که تاکنون درباره‌ی ادله‌ی اثبات دعوی ارائه شده است، می‌تواند ما را به تعریف دقیق‌تری رهنمون کند از جمله‌ی این تعاریف عبارت‌اند از:

۱- ادله‌ی اثبات دعوی در مراجع قضایی به کار می‌رود و ادعای مدعی را می‌تواند اثبات کند.^۲

۱. مصطفی، محقق داماد، قواعد فقه، جلد ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ ه ق، ص ۵۳.

۲. حسینی، حسینی نژاد، ادله‌ی اثبات دعوی، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۷۴ ش، ص ۷.

۲- آنچه وجدان دادرس را در اثبات ادّعا قانع می‌کند، در علم حقوق اصطلاحاً دلیل نامیده می‌شود.^۱

۳- راهنمای اندیشه را دلیل باید نامید؛ خواه در این راهنمایی وصول به مجهول موردنظر باشد یا صرفاً وصول به هدف، موردتوجه باشد؛ هرچند که مجهول حل نشود.^۲

۴- در قانون مدنی تعریفی از دلیل در عمل نیامده است لیکن در ق.آ.د.م. بر اساس ماده ۱۹۴ دلیل عبارت است از امری که اصحاب دعوی برای اثبات دعوی یا دفاع از دعوی به آن استناد می‌نمایند.^۳

اندکی دقت، نشان می‌دهد که هیچ‌یک از تعریف‌های فوق، تعریف دقیقی نیست. در هر یک از آن‌ها، روی جنبه‌ی خاصی تأکید شده است؛ در تعریف اول بر جنبه‌ی اقتناع وجدان دادرس، به‌عنوان عنصر مقوم دلیل، تکیه شده است. تعریف دوم روی اثبات ادّعا تکیه کرده و دلیل را منحصر در اموری دانسته است که بتواند ادّعای مدّعی را اثبات کند؛ درحالی‌که ادّله‌ی اثبات دعوی ممکن است توسط کسی که اصلاً طرف دعوایی ندارد، مورد استناد قرار گیرد؛ مثلاً ممکن است آدمی خود به قاضی مراجعه کند و درباره‌ی جرمی که مرتکب شده است اقرار نماید. از طرف دیگر، لزومی ندارد که دلیل حتماً بتواند وجدان قاضی را اقناع کند؛ زیرا قاضی در موارد زیادی، بدون اینکه اقتناع وجدان حاصل کند، بر اساس ادّله‌ی خاصی به فصل خصومت می‌پردازد و حتی در سیستم اقتناع وجدان قاضی نیز استثنائاً چنین مواردی وجود دارد. همچنین، ممکن است که دلیلی لزوماً به اثبات ادّعای مدّعی نمی‌انجامد؛ مثلاً اگر شهودی که از طرف مدّعی برای اثبات دعوای شهادت دادن، توسط دو شاهد عادل جرح شدند، در اینجا دو شاهد را می‌توان اسماً بینه به‌حساب آورد، درحالی‌که ادّعایی به اثبات نرسیده است.

قانون آیین دادرسی مدنی نیز به‌صراحت، دلیل را مقید به امری می‌کند که توسط اصحاب دعوی مورد استناد قرار گیرد. چنان‌که اشاره شد، در مواردی، از ادّله استفاده می‌شود، بدون آنکه طرف دعوایی در کار باشد (امور حسبی و ...) و یا بدون آنکه لزوماً مورد استناد یکی از طرفین دعوی قرار گرفته باشد؛ مثل اماره‌ی قضایی و قانونی که قاضی بدون استناد یکی از طرفین دعوی، می‌تواند آن را مستند حل دعوی و صدور حکم قرار دهد.

۱. محسن، صدر زاده افشار، ادّله‌ی اثبات دعوی، چاپ سوم، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۶ش، ص ۳.

۲. محمد جعفر، جعفری لنگرودی، دانشنامه‌ی حقوقی، ج ۴، چاپ اول، قم: انتشارات طه، ۱۳۶۹ش، ص ۳۱۲.

۳. جمعی از نویسندگان، ادّله‌ی اثبات دعاوی کیفری، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۲ش، ص ۶۴.

تعریفی که استاد جعفری لنگرودی ارائه داده است نیز خالی از اشکال نیست. تعریف ایشان بسیار کلی و به مفهوم لغوی نزدیک‌تر است.

البته، مقوله‌های اجتماعی و آنچه بدان ارتباط می‌یابد، برخلاف عناصر و موضوعات علوم دقیق عقلی؛ مثل ریاضی، منطق و ...، اصولاً از چنین خاصیتی برخوردار می‌باشد و نمی‌توان برای آن‌ها تعریفی صد در صد جامع و مانع ارائه کرد. بهترین تعریف در چنین مقوله‌هایی، تعریفی است که از جامعیت نسبی برخوردار بوده، حاوی بیشترین ویژگی‌های آن مقوله باشد.

براساس همسنجی، تلفیق و طرد نقاط ضعف تعریف‌های مذکور، می‌توان دلیل را چنین تعریف کرد:

دلیل، امر معلومی است که غالباً توسط یکی از اصحاب دعوی در مراجع قضایی برای آشکار ساختن حقیقت امر مجهول مورد ادعا، به کار می‌رود؛ خواه موجب اقناع وجدان قاضی یا کشف مجهولی بشود یا صرفاً در حل دعوی مورد توجه باشد.

مبحث دوم: اثبات

۱- تعریف لغوی

۱- [۱] نیک شناختن کسی و بر جای داشتن او.^۱

۲- (۱) [ع] ثابت گردانیدن، چ ثبت، معتمدان.^۲

۲- تعریف فقهی

اثبات در اصطلاح فقه به دو معنا به کار می‌رود: ۱- احراز وجود خارجی موضوع دارای اثر شرعی. ۲- اقامه دلیل بر دعوا نزد قاضی.^۳

منظور از اثبات به معنای نخست، احراز موضوع، مانند اجتهاد، اعلیت، طهارت، نجاست، و عدالت، در مقام عمل و انجام وظیفه است. از این عنوان در باب‌های بسیاری مانند اجتهاد و تقلید، طهارت و صلات سخن رفته است. از اثبات به مفهوم دوم، در باب

۱. علی اکبر، دهخدا، همان کتاب، ص ۴۶.

۲. محمد حسین، معین، فرهنگ فارسی معین، جلد ۱، چاپ دوم، تهران: امیرکبیر، ۱۳۵۳ش، ص ۵۳.

۳. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۶ چاپ چهارم، تهران: دار الکتب اسلامی، ۱۳۷۴ش، ص ۱۷۴.

قضاء و شهادت سخن به میان آمده است. و غرض از این نوع اثبات، استیفای حق توسط حاکم شرع می‌باشد.^۱

علاوه بر معانی فوق، تعریف سومی هم می‌توان مطرح کرد و آن عبارت است از اینکه، مرحله علم به چیزی را مرحله اثبات آن چیز می‌نامند و چون در علم هم، خطا واقع می‌شود بنابراین ممکن است مرحله اثبات مطابق مرحله ثبوت (واقع) نباشد. بجای اثبات، عبارت «به ثبوت رساندن» را بکار می‌برند و این از اغلاط است.

۳- تعریف حقوقی

اثبات در معنی ثابت گردانیدن، پا بر جای کردن و وجود امری را ثابت کردن می‌باشد. اثبات به دنبال ثبوت است. ثبوت تحقق امر در مرحله داخلی و واقعی است و اثبات تحقق امر در مرحله استدلال می‌باشد. هر صاحب حق باید آن چنان دلیل در اختیار داشته باشد که در هر لحظه‌ی حق، مرحله ثبوتی بتواند در مرحله اثبات نشانده شود. هر حقی محتاج قدرت اثبات است. اگر توانایی اثبات حق نباشد چه‌بسا مورد احترام قرار نگیرد. مرحله ثبوت حق مرحله وجود واقعی حق است و مرحله اثبات مرحله نمایاندن و محرز ساختن آن در دادرسی است. دارنده واقعی حق اگر حقش در معرض انکار قرار گیرد باید با دلیل آن را ثابت کند و اگر دلیل نداشته باشد مانند کسی است که اصلاً حق ندارد در این صورت بالاینکه در مرحله ثبوت صاحب حق بوده در مسأله اثبات، دارنده حق شناخته نمی‌شود.^۲ بنابراین از تعریف فوق چنین برداشت می‌شود که اثبات، اقامه دلیل بر مورد ادعا می‌باشد برای ترتب آثار قانونی آن بر آن.

مبحث سوم: دعوی

۱- تعریف لغوی

۱ - (اسم مصدر) [عربی] ادّعا کردن، خواستن، دادخواهی (حقوق، فقه).^۳

۱. محسن، طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، جلد ۱، قم: منشورات مکتب آیت الله العظمی مرعشی نجفی، ۱۳۷۴ ش، ص ۳۸.

۲. جلال‌الدین، مدنی، ادله اثبات دعوی، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰ ش، ص ۶.

۳. حسن، عمید، فرهنگ فارسی - عربی عمید، چاپ چهاردهم، تهران: امیرکبیر، ۱۳۵۹ ش، ص ۸۷.

۲- (ع مص) مصدر دعاء است در تمامی معانی، خواندن.^۱

۲- تعریف فقهی

واژه‌ی «دعوی» در علم فقه اصطلاح خاصی دارد که در کتاب القضاء از آن بحث شده، و در تعریف آن سخن‌های گوناگونی ذکر شده که: مدعی کسی است که در مقام اثبات امری علیه دیگری می‌باشد یا هر سخنی که خلاف ظاهر یا اصل باشد، بیشتر فقیهان، تشخیص دعوی و به تبع آن مدعی از منکر را به عهده عرف گذاشته‌اند البته شرایط ویژه‌ای نیز دارد که هر سخنی در دادگاه، دعوی نامیده نمی‌شود باید دارای اثر باشد و به صورت جزمی و قطعی نیز بیان شود.^۲ ولی نکته مهم در اینجا آن است که مقصود از دعوی، خصوص معنای اصطلاحی آن که در مقابل انکار قرار دارد نیست بلکه هر دو را شامل است زیرا اگر نوشته به عنوان سندی معتبر شناخته شود تفاوتی میان مدعی و منکر نخواهد بود و منکر نیز در مقام انکار یک ادعایی می‌تواند از آن بهره‌مند شود.

۳- تعریف حقوقی

در قوانین ایران تعریفی از دعوی ارائه نشده است و حقوقدانان هر کدام بنا بر ذوق خود تعریفی از دعوی ارائه نموده‌اند.^۳

باملاحظه‌ی مواد قانونی به نظر می‌رسد که قانون‌گذار دعوی را در سه مفهوم مختلف به کار برده است. مفهوم اول آنکه «دعوی توانایی قانونی مدعی حق تضییع یا انکار شده در مراجعه به مراجع صالح در جهت به قضاوت گذراندن وارد بودن یا نبودن ادعا و ترتیب آثار قانونی مربوطه است. برای طرف مقابل، دعوی، توانایی مقابله با این ادعاست». مفهوم دوم دعوی «منازعه و اختلافی است که در مرجع قضاوتی مطرح گردیده و تحت رسیدگی بوده یا می‌باشد و بدین مفهوم، دعوی زمانی محقق می‌گردد که دعوی در معنای اول (حق اقدام قانونی) به وجود آمده و دارنده آن را اعمال نموده است». مفهوم سوم آنکه «گاهی دعوی به معنای ادعا به کار می‌رود، که البته منظور ادعایی است که در مرجع قضایی مطرح نگردیده و یا ادعایی است که در خلال رسیدگی به دعوی به عنوان امری

۱. علی اکبر، دهخدا، همان کتاب، ص ۷۰۳.

۲. مسعود، انصاری و همکاران، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد ۱، چاپ دوم، تهران: محراب فکر، ۱۳۸۴ ش، ص ۴۵.

۳. عبدالله، شمس، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، چاپ پنجم، تهران: میزان، ۱۳۸۲، ص ۳۰۹.

تبعی مطرح می‌گردد. در ماده‌ی ۱۴۲ ق.آ.د.م. که بیان می‌دارد: «دعاوی تهاوتر، صلح، فسخ، ردّ خواسته و امثال آن که برای دفاع اظهار می‌شود...»، دعوی در همین معنا و مفهوم سوم به کار رفته است». با بررسی این سه مفهوم به روشنی مشخص می‌شود که منظور از «دعوی» در اصطلاح «ادله‌ی اثبات دعوی»، معنای دوم و سوم مذکور در فوق می‌باشد.

مبحث چهارم: کتابت

۱- تعریف لغوی

- ۱- [ک-ب] [ع مص] کتابه، نوشتن.^۱
- ۲- [ک-ب] [ع . کتابه] (مص م.) نوشتن، نویسندگی، خطاطی.^۲
- ۳- (اسم مصدر) [عربی: کتابه] [قدیمی] نوشتن، نویسندگی.^۳

۲- تعریف فقهی

در فقه امامیه، سند در شمار ادله ذکر نگردیده و طبیعی است که تعریفی هم برای آن ارائه نشده است. باینکه حال سند گاه به عنوان یک نوشته معتبر مورد نظر بوده است لذا از جمله اسنادی که نام برده شده است می‌توان به صورت جلسه محکمه که توسط منشی نگاشته می‌شود، احکام مکتوب آرای صادره توسط قضات اشاره کرد. البته در پاره‌ای از مواضع نیز به نوشته به طور مطلق اشاره شده و مورد بحث قرار گرفته است بدون آنکه خصوصیت دیگری برای نوشته، از حیث ماهیت آن و به طور مستقل از دلیل اعتبار آن، ذکر کنند. بنابراین می‌توان سند را تنها نوشته‌ای عادی دانست که در برخی شرایط دارای اعتبار می‌گردد.^۴

مع‌ذلک به نظر می‌رسد، کتابت هرگونه نوشته‌ای است که صلاحیت کاربرد در ثبت اعمال یا وقایع حقوقی را داشته باشد اعم از اینکه حجیت و اعتبار آن از سوی شارع و قانون‌گذار معلوم و قطعی باشد یا نیازمند استدلال باشد. گرچه در قرآن و سنت به تنظیم سند کتبی برای تثبیت و تسجیل تعهدات دستور داده شده است ولی فقیهان هنگام بحث از

۱. علی اکبر، دهخدا، همان کتاب، ص ۵۶.

۲. محمد حسین، معین، همان کتاب، ص ۱۲۳.

۳. حسن، عمید، همان کتاب، ص ۹۹.

۴. محمد حسن، نجفی، همان کتاب، جلد ۴، صص ۱۰۹-۱۱۰.

ادله‌ی اثبات دعوی نامی از آن نبرده‌اند و در سایر بحث‌های فقهی نیز تعریفی از سند ارائه نداده‌اند و این در حالی است که امکان به‌کارگیری اسناد رسمی در آن دوران وجود داشته و حتی بدان اشاره کرده‌اند، اما هنگام بحث درباره اعتبار آن به‌صورت مطلق جایگاهی اصیل برای آن در نظر نگرفته‌اند و تنها در صورت ضرورت، رأی به جواز نوشته داده‌اند. البته شایان ذکر است که با واکاوی متون فقهی و روایی، سند گاه به‌عنوان دلیلی معتبر و قابل اعتماد موردنظر بوده، چنانکه در ابواب فقهی مربوط به عقود و ایقاعات، قضا و شهادت، از آن بحث شده و ایجاب و قبول بسیاری از عقود و برخی از ایقاعات را به‌وسیله نوشته، انشاء و استدلال می‌کردند.

۳- تعریف حقوقی

کتابت در حقوق معنایی جدید ندارد ولی روشن است که اگر حجیت و سندیت نوشته اثبات شود دارای ویژگی و شرایط خاصی خواهد بود پس کتابت با آن شرایط خاص در حکم یک سند خواهد بود.

ماده ۱۲۸۳ ق.م. نیز در تعریف کتابت به معنی خاص می‌گوید: «سند عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوا یا دفاع قابل استناد باشد». بر طبق این تعریف، دلیلی سند محسوب است که دارای دو شرط اساسی باشد: (۱) نوشته باشد؛ (۲) در مقام دعوا یا دفاع قابل استناد باشد.^۱ البته بر تعریف فوق باید امضای سند را به‌عنوان شرط سوم بر آن افزود، هرچند که پاره‌ای از نوشته‌ها، نیاز به امضاء ندارد و دلالت عرف بر تصمیم نهایی تنظیم‌کننده، جای نشان ویژه امضاء را می‌گیرد.

مبحث پنجم: تعارض

۱- تعریف لغوی

- ۱- خلاف یکدیگر آمدن خبر و جزء آن و معارضه کردن یکی با دیگری.^۲
- ۲- از «عرض» گرفته‌شده و «ابراز کردن»، «اظهار» و «آشکار کردن» معنا می‌دهد.^۳

۱. ناصر، کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، جلد ۱، چاپ سوم، تهران: میزان، ۱۳۸۴ش، ص ۲۷۶.

۲. علی اکبر، دهخدا، همان کتاب، ص ۵۹۴۸.

۳. عبدالرحیم بن عبد الکریم، صفی پور، منتهی الارب فی لغة العرب، جلد ۴، بی جا: کتابخانه سنائی، بی تا، ص ۸۱۸.

۳- «اسم مصدر»: ۱- اختلاف داشتن، ۲- متعرض و مزاحم یکدیگر شدن، ۳- باهم مخالفت کردن.^۱

۲- تعریف فقهی

— شیخ انصاری (ره) تعریف مشهور درباره تعارض را چنین می‌داند:
التعارض هو تنافی مدلولی الدلیلین علی وجه التناقض او التضاد؛ تعارض عبارت است از ناسازگاری مدلول و مفهوم دو دلیل به گونه تناقض یا تضاد.^۲
 تعارض بنا به تعریفی که شیخ انصاری (ره) آن را به مشهور نسبت می‌دهد، از اوصاف مدالیل دلیلین محسوب می‌شود. ولی بنا بر تعریف آخوند خراسانی، تعارض از اوصاف دلیل است.^۳

آخوند خراسانی می‌فرماید:

التعارض هو تنافی الدلیلین او الادلة بحسب الدلالات و مقام الاثبات علی وجه التناقض او التضاد حقیقه او عرضاً.^۴

برخی اصولیین تعریف آخوند را مناسب دیده و برخی دیگر تعریف مشهور را که شیخ انصاری (ره) آن‌ها انتخاب نموده، می‌پسندند. امام خمینی (ره)^۵، محقق خوئی (ره)^۶، شیخ عبدالکریم حائری (ره)^۷ و شهید صدر (ره)^۸ تعریف مشهور را پذیرفته‌اند. منظور صاحب کفایه از تعریف تعارض، به این نحو که تعارض را از اوصاف دلیل می‌داند نه اوصاف مدلول و مفاد دلیل، این است که موارد جمع عرفی از قبیل ورود، حکومت، تخصیص، تخصص و تقيید را از شمول تعارض خارج کند؛ زیرا در این موارد، بین مدلول ادله و مفاد آن‌ها تنافی برقرار است، اما از حیث مقام اثبات و حکایت و دلالت، تکاذب نیست، بلکه بعضی قرینه بر سعه و ضیق مدلول دلیل دیگر خواهند بود.^۹ درواقع مرحوم خراسانی عقیده

۱. حسن، عمید، همان کتاب، ص ۸۶

۲. مرتضی، انصاری، فرائد الاصول، جلد ۲، چاپ پنجم، قم: انتشارات مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۴ ه.ق، ص ۱۱.

۳. محمد حسین، قمی، ایضاح الکفایه، جلد ۶ چاپ دوم، قم: انتشارات نوح، ۱۳۷۹ ش، صص ۱۲۸-۱۲۹.

۴. محمد کاظم، آخوند خراسانی، کفایة الاصول، چاپ سوم، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۴۹۶.

۵. روح الله، موسوی خمینی، الرسائل، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۳۵۸ ش، ص ۵.

۶. ابوالقاسم، موسوی خوئی، مصباح الاصول، جلد ۳، چاپ ششم، قم: مکتبه الداوری، ۱۴۲۰ ه.ق، ص ۳۴۶.

۷. عبدالکریم، حائری یزدی، من درر الاصول، جلد ۲، قم: مطبعة مهر، بی تا، ص ۲۶۲.

۸. محمد باقر، صدر، دروس فی علم الاصول، ترجمه و شرح: رضا اسلامی، جلد ۳، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۰ ش، ص ۴۴۴.

۹. حسین، کریمی، اصل الاصول، قم: انتشارات اشراق، ۱۳۷۵ ش، ص ۱۴۹.

دارند که در ورود، حکومت، تخصیص، تخصص و تقیید بین مدلول ادله، تنافی بدوی است ولی با توجه به نحوه دلالت دلیل وارد، حاکم، خاص، مقید و ...، تنافی بر طرف می‌گردد و این موارد از شمول تعارض خارج می‌شود.

شهید صدر (ره) پس از بیان عباراتی در مورد مفهوم تعارض، نتیجه می‌گیرند:

۱- محقق خراسانی، تلازم میان تنافی بین دو مدلول و تنافی بین دو دلیل را در نظر نمی‌گیرند و معتقد است که تنافی بین دو مدلول در موارد جمع عرفی وجود دارد، ولی بین دو دلیل در این موارد وجود ندارد.

۲- محقق نائینی، تنافی بین دو مدلول در موارد جمع عرفی را نفی می‌کند چه رسد به تنافی دو دلالت.

۳- محقق خراسانی و محقق نائینی متفق القولند که موارد جمع عرفی از تعریف تعارض خارج است.

از نظر شهید صدر (ره)، میان تنافی بین دو مدلول و دو دلالت تلازم وجود دارد.^۱

اصولیون بر تعریف تعارض همگی سعی و اهتمام ورزیده‌اند که تعریف فقهی و اصولی تعارض را به تعارض مستقر اختصاص دهند و موارد جمع عرفی را از تعریف خارج سازند؛ چه آنان که تعریف مشهور را پذیرفته‌اند و چه آنهایی که تعریف آخوند خراسانی (ره) را انتخاب نموده‌اند.

با توجه به اینکه علمای اصول، سعی و اهتمام در خروج موارد جمع عرفی از تعریف تعارض داشته‌اند حتی آنان که اخذ به تعریف مشهور کرده‌اند ما در اینجا تعریف جامعی از تعارض که هر دو قسم آن را شامل شود و شرایط عمومی تحقق هر دو را پوشش دهد، ارائه می‌کنیم:

تعارض عبارت است از برخورد مدلول دو یا چند دلیل کامل عرفی در مرحله جعل و انشاء، اعم از اینکه قابلیت جمع عرفی بین ادله موجود باشد یا نه.

چرا ما تعریف اصولی را مبنا قرار نداده، یک تعریف عام از تعارض را بیان کردیم؟ توجیه انتخاب این تعریف به شرح ذیل است:

در تعارض بدوی، ظاهر دو کلام عرفاً باهم برخورد دارند، اما این برخورد با یک دقت عرفی حل‌شدنی است. عرف این برخورد را نفی نمی‌نماید، بلکه آن را به راحتی حل می‌کند. اگر راه‌حل جمع عرفی نبود قطعاً این برخورد، مستقر می‌شد. در واقع، برخورد دو

۱. محمد باقر، صدر، بحوث فی علم الاصول (تعارض فی ادله الشرعیه)، جلد ۴، چاپ دوم، بی‌جا: المکتبه الاسلامیه الکبریٰ، ۱۳۹۶ ه.ق، ص ۱۷.

دلیل بدو وجود دارد. ولی به مرحله استقرار نمی‌رسد و عرف همان ابتدا آن را از بین می‌برد.

۳- تعریف حقوقی

در اصطلاح حقوق تعارض در ترکیبات متفاوتی از قبیل تعارض قوانین، تعارض دو حکم، تعارض ادله، تعارض اسناد مالکیت (اسناد مالکیت معارض)، تعارض دعاوی، تعارض عام و خاص و ... به کار رفته است که در اکثر موارد مذکور، تعارض به «دالالت» مربوط می‌باشد البته در تعارض قوانین که موضوع حقوق بین‌الملل خصوصی می‌باشد، دالالت نقشی ندارد؛ «زیرا تعارض در حقوق بین‌الملل خصوصی از جهت اجرای دو قانون داخلی یا خارجی در خصوص مورد است، نه از جهت ناسازگاری مدلول دو قانون»^۱.

مبحث ششم: حجت

۱- تعریف لغوی

حجت در لغت؛ یعنی، برهان و چیزی که به وسیله آن پیروزی در مقابل خصم حاصل می‌شود و بیانگر صحت ادعای یکی از طرفین منازعه می‌باشد.^۲

۲- تعریف فقهی

فقه‌های متقدم شیعه و اهل سنت، حجت را به معنای دلیل عام شرعی که موجب اثبات یا اسقاط تکلیف دینی می‌شود و مکلف یا مولا می‌تواند بدان احتجاج کند، به کار برده‌اند، ولی فقها، به سبب مبانی و دیدگاه‌های اعتقادی متفاوتشان، در ملاک‌های تعیین حجت و مصداق‌های آن اختلاف نظر دارند.^۳

در تعریفی دیگر علمای اصول حجت را گفته‌اند: عبارت است از هر چیزی که صلاحیت دارد تا به وسیله‌ی آن علیه دیگری احتجاج شود. و آن به این صورت است که به هنگام مخاصمه با دیگری به وسیله‌ی آن چیز بر آن شخص غلبه پیدا کند، و این غلبه کردن بر آن شخص (در مقام خصومت)، بر دو گونه است: یا به این است که او را وادار به

۱. محمد جعفر، جعفری لنگرودی، فرهنگ عناصر شناسی، چاپ اول، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲ش، ص ۱۹۵.

۲. جمال الدین محمد بن مکرم، ابن منظور، لسان العرب، جلد ۱، بیروت، دار صادر، بی تا، ص ۲۲۶.

۳. احمد بن علی، خطیب بغدادی، الفقیه و المتفقه، بیروت: اسماعیل انصاری، ۱۴۰۰ه.ق، ص ۸۰.

سکوت کرده، و عذر او را قطع کرده و باطل سازیم (مثل جایی که مولی با عبد خود بر سر مسئله‌ای احتجاج کند) یا به این است که خصم را وادار کند تا عذر صاحب حجّت را بپذیرد، که در این صورت حجّت برای آن شخص نسبت به آن طرف مقابل عذر آور خواهد بود.^۱

ولی آنچه به نظر می‌رسد که تعریف جامعی از حجّت باشد عبارت است از هر چیزی که متعلقش را ثابت کند و به درجه قطع نرسد. چون اگر قطع آور باشد، همان قطع به اعتبار معنای لغوی اش حجّت خواهد بود. به بیان دیگر «حجت هر چیزی است که کاشف و حاکی از چیز دیگر باشد به گونه‌ای که آن را اثبات کند.» و مقصود از «اثبات آن» این است که اثباتش بر حسب جعل شارع باشد نه برچسب ذاتش. و معنای «به گونه‌ای که آن را اثبات کند» آن است که حجّت، حکم فعلی را در حق مکلف به عنوان اینکه حکم واقعی است، اثبات می‌کند. و این زمانی درست است که دلیل معتبر بودن آن شیء کاشف و حاکی، از سوی شارع به آن ضمیمه شود.

۳- تعریف حقوقی

الف- دلیل را گویند.

ب- قیاس و استقراء و تمثیل را گفته‌اند.^۲

ولی آنچه از نظر حقوقدانان در کتاب‌های حقوقی استفاده می‌شود این است که حجّت در علم حقوق مترادف کلمه دلیل بوده و در این واژه استعمال می‌گردد که گاه‌ها به صورت ماهوی مورد بحث قرار می‌گیرد و گاهی مقررات شکلی آن بیان می‌شود و همچنین گاهی برای اثبات موضوع مدنی، مورد استفاده قرار می‌گیرد و گاهی، وسیله‌ی کشف جرم، واقع می‌شود، مقررات ماهوی این واژه در قانون مدنی بیان شده است و قانون آیین دادرسی مدنی، مقررات شکلی آن را بیان می‌کند. ماده ۱۹۴ ق.آ.د.م. دلیل را چنین تعریف کرده است: «دلیل عبارت از امری است که اصحاب دعوی برای اثبات یا دفاع از دعوی به آن استناد می‌نمایند.»

۱. محمد رضا، مظفر، کاملترین ترجمه و تبیین اصول فقه، مترجم: عباس زراعت - حمید مسجدسرای، جلد ۳، چاپ دوم، قم: حقوق اسلامی، ۸۷، ص ۲۰.

۲. محمد مجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، چاپ هفتم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۴، ص ۲۱۰.

مبحث هفتم: فرض قانونی

۱- تعریف حقوقی

فرض قانونی در اصطلاح حقوقی عبارت است از انگاشتن حادثه یا حالتی به صورت خاصی (به منظور رعایت مصلحتی اجتماعی و حل بعضی از مشکلات و اخذ بعضی از نتایج) مانند قرعه (در ماده‌ی ۱۵۷ ق.م.ا).

فرض قانونی دو قسم است قسمی که مقنن آن را از عرف می‌گیرد مانند قرعه و قسمی که خود آن را تأسیس می‌کند مانند مدلول ماده‌ی ۱۰۲۴ ق.م.

فرض قانونی از نظر دیگر دو قسم است: قسمی که اثبات خلاف آن تجویز شده مانند ماده‌ی ۳۵۷ آ.د.م. و قسمی که اثبات خلاف آن جایز نیست مانند مواردی که کسر از اعشار را در حکم اعشار قرار می‌دهند و مانند ذیل ماده‌ی ۱۶۹۱ آ.د.م. که می‌گوید: «بیست و پنج کلمه یک سطر و پانزده سطر یک صفحه و کسر از سطر و صفحه تمام محسوب است.»

اصطلاح فرض قانونی از فرنگ گرفته شده و در پاره‌ای از مواد مانند ماده‌ی ۱۰۲۴ ق.م. بکار رفته است معادل کامل آن در فقه ما «اصول عملیه» است و این ضرورت در همه‌ی سیستم‌های حقوقی احساس شده که باید گاهی برای یافتن راه‌حل قضایا به فرض قانونی دست بزنند.

در حقوق فرانسه هم آن را *procede de technique juridique* (یعنی شیوه عملی حقوقی یا اصل عملی در حقوق) نامیده‌اند اما در تعریفی که هانری کاپیتان و همکاران او در فرهنگ حقوق خود از آن کرده‌اند ظاهراً به اشتباه رفته‌اند زیرا در تعریف آن گفته‌اند: اصل عملی که عبارت است از خلاف واقع انگاشتن یک پدیده یا یک حالت حقوقی برای استنتاج نتایج حقوقی از آن! درحالی که:

اولاً - اصل عملی اساساً به‌واقع (نفیاً و اثباتاً) نظر ندارد.

ثانیاً - نظر مقنن در وضع اصل عملی این نیست که چیزی را خلاف واقع فرض کند بلکه نظر او این است که دستور عملی معین کند خواه اقدام بر طبق آن دستور، تصادف با واقع کند یا نکند. به هر حال عنصر مخالفت با واقع ابداً در ماهیت اصل عملی دخالت ندارد. مترجم فرهنگ کاپیتان از همین اشتباه پیروی کرده و اشتباه دیگری افزوده است و آن این است که *Fiction* را به (مجاز و حیل‌ی فقهی) ترجمه کرده است این نوع

ترجمه‌ها به کلی مباحث حقوق را در هم می‌ریزد، سایر ترجمه‌هایی که سایر مؤلفان از این اصطلاح خارجی کرده‌اند درست نیست.^۱

قابل ملاحظه آنکه فرض‌های قانونی که از نظر طبقه‌بندی قوانین، جزء قوانین ماهوی نبوده بلکه جزء قوانین شکلی هستند در میان قوانین شکلی پایین‌ترین طبقات قرار دارند یعنی تا وقتی که دلیلی از قبیل سند یا شهادت یا اقرار یا امارات در بین باشد نوبت استناد به فروض قانونی نمی‌رسد (الأصلُ دلیْلٌ حیث لا دلیْل) و به هر حال فروض قانونی جزء مقررات کم‌اهمیت هستند ولی مع‌ذلک در حدود چهار قرن است که فروض قانونی در فقه امامیه به عنوان اصول عملیه به قدری در تألیفات مورد توجه واقع شده که قسمت اعظم علم اصول را فراگرفته درحالی که فقهاء عامه و قداماء فقهاء شیعه برای اصول عملیه یا فروض قانونی همان اعتباری را که واقعاً استحقاق دارد قائل بودند و به همان شیوه عمل می‌کردند که امروزه در حقوق مختلف جهان عمل می‌شود تصوّر اینکه فروض قانونی و اصول عملیه استحقاق سیطره وسیعی در علم فقه و حقوق را داشته باشد از اغلاط است و به همین جهت بین حقوقدانان اخیر توسل بیش از حد به اصول عملیه از راه طنز به «اصول بازی» تعبیر شده است.^۲

۲- تفاوت فرض قانونی با اماره قانونی

این دو اصطلاح در حقوق ما گاه به جای هم به کار می‌رود و سبب اختلاط و آشفتگی در ذهن می‌شود: اماره، معادل واژه‌ی (presumption) در زبان فرانسه است و بر مبنای غلبه و احتمال راهی با واسطه به واقع دارد و به همین اعتبار در زمره‌ی دلیل‌های اثبات است. در اماره‌ی قانونی، قانون‌گذار حکم غالب و ظاهر را با وضع قاعده گسترش می‌دهد؛ چندان که همه‌ی مصداق‌های مشابه را در برگیرد و، به بیان دیگر، رویداد غالب را کاشف از حقیقت تلقی می‌کند، در اماره‌ها، مقصود وضع ثابت حقوقی نیست؛ هدف این است که، در مقام اثبات، رویدادی را کاشف از واقع قرار دهد و مدّعی را از اثبات امری که موافق با آن است معاف کند. به همین جهت، هرگاه به دلیلی ثابت شود که موضوع دعوی تابع قانون غالب نیست، اماره اعتبار خود را از دست می‌دهد. وانگهی، چهره‌ی کاشف بودن اماره ایجاب می‌کند که خلاف آن را بتوان اثبات کرد، یعنی اماره تاب مقاومت در برابر دلیل را ندارد.^۳

۱. عبدالله، شمس، همان کتاب، ص ۲۲۸.

۲. محمد جعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، همان، صص ۴۹۸-۴۹۹.

۳. ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، چاپ ششم، تهران: میزان، ۱۳۸۳ ش، ۱۰.

به عنوان مثال، اگر گفته می شود که اقرار اماره بر واقع یا همراه چنین اماره ای است، بدین معنی است که، چون انسان متعارف به دروغ به زیان خود سخنی نمی گوید، قانون گذار از این حکم غالب به تأسیس قاعده ای پرداخته است که چنین خلاصه می شود: اقرار کاشف از واقع است، مگر این که خلاف آن اثبات شود (ماده ی ۱۳۲۳ ق.م.ا).

ولی فرض قانونی که معادل واژه ی (Fiction) در زبان فرانسه است در واقع نوعی مجاز و استعاره ی حقوقی است که، به منظور انحراف یا تعدیل قاعده ی ماهوی، جعل می شود و ممکن است هیچ راهی به واقع نداشته و حتی مخالف آن باشد. چراکه قانون گذار یا اندیشه های حقوقی، برای دست یافتن به نتیجه ی مطلوب، دست از واقعیت می کشد و به مجاز روی می آورد. به همین جهت، بهتر این است که برای پرهیز از هرگونه اختلاط و ابهام، قید مجازی نیز بر فرض حقوقی افزوده شود و «فرض مجازی حقوقی» اصطلاح ویژه ی این گونه فرض ها، در برابر فرض های مبتنی بر واقعیت (اماره) باشد. به بیان دیگر، فرض حقوقی حکمی است تعبدی که خلاف آن را نمی توان ثابت کرد، چراکه کاشف از واقع نیست.^۱

گفتار دوم: کلیات

مبحث اول: اقسام دلیل

۱- در فقه

برای شناخت ادله در فقه امامیه آن ها را از جهت های گوناگون دسته بندی کرده اند که با نظر به موضوع مورد بحث، تنها به برخی از آن ها اشاره می شود.

الف- ادله اثبات احکام و ادله اثبات دعوی

۱- ادله ی اثبات احکام: این ادله که برای به دست آوردن احکام و موضوعات - نه دعاوی- به کار می رود و علم مستقلی بنام علم اصول را تشکیل می دهد بر سه قسم است:

۱. ناصر، کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، جلد ۲، همان، ص ۱۵۹.

الف- منصوص‌العله: علت تشریع حکم در قرآن بیان شده است مثلاً در عبارت «شرب الخمر حراماً لآنه مسکر» که علت حرام بودن خمر در خود حکم آمده است و علت مسکر بودن آن است (لام «لآنه» لام علت است).

ب- مستنبط‌العله: علت وضع حکم در قرآن نیامده و فقها آن را استنباط کرده‌اند مثلاً حرام بودن آب کشمش.

ج- تعبّدی: دلیلی برایش بیان نشده و دارای حکمت است مثل عده گذاشتن زن (بیشتر احکام در دین، تعبّدی است).^۱

و این ادله (اثبات احکام) در فقه امامیه به کتاب، سنت، عقل و اجماع منحصر است و جایگاه طرح و بررسی آن‌ها، دایره حقوق اسلامی یا علم اصول هست.

۲- ادله اثبات دعوی: ادله‌ی مذکور غالباً در باب‌هایی از کتب فقهی چون قضاء و شهادت، مورد بحث قرار گرفته است. اقرار بینه، علم قاضی و در مواردی سوگند، قسامه (قسم خوردن تعداد معینی درباره‌ی یک جرم)، استفاضه (شیوع یافتن مطلبی نزدیک به حد تواتر)، و ترکیبی از شهادت و سوگند به عنوان مستندات حکم قاضی مطرح شده‌اند.

ب- دلیل نقلی و عقلی

گاه ادله را از نظر مدرک یا شیوه‌ی تحصیل آن‌ها به دلایل نقلی یا عقلی تقسیم می‌کنند.

۱- دلیل نقلی:

به دلیلی گفته می‌شود که کبرای آن برگرفته از کلام شارع باشد، خواه صغرای آن نیز شرعی باشد. مانند آنکه درباره‌ی آب مشکوک الطهاره گفته می‌شود: آبی که طهارتش مشکوک است شرعاً پاک می‌باشد و هر آب پاکی نوشیدنش جایز است پس نوشیدن این آب مشکوک جایز است و یا غیر شرعی هست مانند این دلیل که: این مایع شراب است و هر شرابی حرام است پس این مایع حرام است در این دلیل، کبری، شرعی است. لیکن صغری امری وجدانی است.

میان اقسام دلایل نقلی نیز تمایزاتی وجود داشته و معیارهای تمایز هم متعدد هستند. یک صورت مربوط به منشاء صدور احکام و ادله‌ی آن‌ها می‌باشد، با این توضیح که در شرع مقدس اسلام دو گونه مقررات پیش‌بینی شده است و بر همین اساس، عالمان دین نیز دارای دو گونه تکلیف هستند. گونه اوّل مقرراتی هستند که توسط خداوند تشریع

۱. احمد بن محمد مهدی، نراقی، مناهج الاحکام، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق، ص ۲۵۴.

گردیده‌اند و وظیفه عالمان دینی، کشف و تبیین و اعلان عمومی آن‌هاست، این دستورات از ثبات و جامعیت برخوردارند. گونه دیگر، دستوراتی مقطعی و متناسب با مصلحت‌های جامعه می‌باشند که به وسیله‌ی اشخاصی که بی‌واسطه یا باواسطه، از سوی خداوند یعنی شارع، برای حاکمیت در جامعه دارای اختیارات می‌باشند اعتبار یافته و اعلام می‌گردند. این بیان موردقبول فقهای امامیه است و به همین خاطر در باب‌های مختلف فقه، مانند بیع، زکات، خمس، جهاد و ... به بحث درباره‌ی ولایت حاکمان دینی یعنی معصومان (ع) و فقیهان پرداخته‌اند.^۱

۲- دلیل عقلی:

دلیل عقلی نیز خود بر دو قسم است: مستقل و غیرمستقل. قسم نخست دلیلی است که صغری و کبرای آن هر دو عقلی باشند و قسم دوم آن است که تنها کبرای آن عقلی باشد.^۲

ج- دلیل اجتهادی و دلیل فقهاتی

دلیل به لحاظ اینکه مدلول آن حکم واقعی یا حکم ظاهری است به دو قسم اجتهادی و فقهاتی تقسیم می‌شود.

۱- دلیل اجتهادی:

دلیلی است که بر حکم واقعی دلالت می‌کند، وجه نامیدن آن به این اسم مناسبتی است که با تعریف اجتهاد (استفراغ و وسع جهت تحصیل ظنّ به احکام واقعی) دارد و چون این دلیل موجب ظنّ به حکم واقعی می‌شود آن را دلیل اجتهادی نامیده‌اند.

۲- دلیل فقهاتی:

دلیل فقهاتی اثبات‌کننده‌ی حکم ظاهری است و در ظرف جهل به حکم واقعی کاربرد دارد به این دلیل، اصل عملی نیز می‌گویند و چون مفاد این دلیل علم به حکم ظاهری است که با تعریف فقه (علم به احکام شرعی) تناسب دارد آن را دلیل فقهاتی نامیده‌اند.^۳ به نظر می‌رسد بیان همین مقدار از تقسیمات مربوط به ادله در فقه امامیه برای بحث ما کافی باشد. بنابراین به صحبت درباره‌ی ادله‌ی دعوی در فقه امامیه می‌پردازیم.

۱. مرتضی، انصاری، المکاسب (المتاجر)، جلد ۲، چاپ دوم، قم: دارالحکمة، ۱۴۲۶هـ.ق، ص ۱۶۵.

۲. علی، مشکینی اردبیلی، اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها، قم: نشر الهادی، ۱۳۷۴ش، صص ۱۳۴-۱۳۵.

۳. محمد رضا، مظفر، اصول فقه، جلد ۱، چاپ دوم، قم: حقوق اسلامی، ۱۳۸۵ش، ص ۶.

د- ادله‌ی دعوی

ادله‌ی مذکور غالباً در باب‌هایی از کتب فقهی چون قضاء و شهادت، مورد بحث قرار گرفته‌اند. اقرار بینه، علم قاضی و در مواردی سوگند، قسامه (قسم خوردن تعداد معینی درباره‌ی یک جرم)، استفاضه (شیوع یافتن مطلبی نزدیک به حد تواتر)، و ترکیبی از شهادت و سوگند به عنوان مستندات حکم قاضی مطرح شده‌اند.

در فقه راجع به تعداد دلایل اثبات دعاوی دو نظر عمده ملاحظه می‌شود:

۱- بعضی بر این باورند که ادله منحصر به بینه و یمین است و مستند آنان حدیث نبوی «**أَمَّا اقْضَى بَيْنَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَالْإِيمَانِ**» می‌باشد.^۱ که پیامبر اکرم (ص) می‌فرماید: همانا من فقط بر اساس بینه و قسم در میان شما قضاوت می‌کنم. همان‌طور که می‌دانیم کلمه «أَمَّا» از ادات حصر است و چنین می‌فهماند که برای اثبات دعوی فقط می‌توان به بینه و قسم استناد کرد و دلیل دیگری در این میان اعتبار ندارد.

در مورد این روایت می‌توان گفت که برای فهم صحیح روایت، باید تمامی روایت را به‌طور کامل مورد توجه قرار داد؛ چراکه دنباله روایت می‌تواند قرینه‌ای برای درک درست مفاد آن باشد چنانکه پیامبر اکرم (ص) فرمود: من فقط بر اساس بینه و قسم در میان شما قضاوت می‌کنم و بعضی از شما در بیان دلیل خود زیرک‌تر از دیگری است پس هر کس که من چیزی از مال برادرش را به او دهم درواقع قطعه‌ای از آتش دوزخ را به او داده‌ام.^۲ با دقت در این روایت فهمیده می‌شود که پیامبر در مقام بیان دو نکته است:

نخست اینکه، استفاده از علم غیب در احراز موضوعات قضایی را نفی می‌کند با اینکه دسترسی به علم غیب دارد. دوم اینکه، برای اثبات موضوعات دعاوی از همان راه‌های استفاده می‌کند که در میان مردم معمول و متداول می‌باشد؛ زیرا می‌دانیم سیره عقلاً بر این استقرار یافته است که از بینه و سوگند برای اثبات دعوی استفاده می‌کنند و این امر نه‌تنها در گذشته در میان آنان رواج داشته بلکه در زمان حاضر نیز چنین است.

بدین ترتیب اصولاً این حدیث در مقام حصر ادله اثبات دعوی در بینه و قسم نمی‌باشد؛ زیرا اگر چنین بود، می‌بایست به این مقدار اکتفا می‌شد که بفرماید: «**أَمَّا اقْضَى بَيْنَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَالْإِيمَانِ**» درحالی که آن حضرت به این مقدار بسنده نکرده و به

۱. احمد بن عیسی، حسینی المرعشی، اجماعات فقه شیعه به نقل از صحیح هشام بن حکم از امام صادق (ع)، جلد ۳، بی‌جا، بی‌تا، ص ۵۳.

۲. محمد باقر، بهبودی، گزیده تهذیب، جلد ۳، تهران: انتشارات کبیر، ۱۳۷۰، ص ۲۹۷.

دنبال آن عباراتی را بیان فرموده است که قرینه بر صدر کلام ایشان بوده و آن را تفسیر می‌کند.

۲- به عکس جمعی دیگر قائل به حصر ادله‌ی اثبات دعاوی نیستند زیرا از نظر آنان شرعاً نصّی بر حصر دلایل وارد نشده است بلکه از نظر این دسته، شارع برخی از دلایل را مانند بینه به معنی اخصّ و یمین و اقرار را مقرر کرده و بعد با توجه به آیه‌ی «لاتقف»^۱ به‌طور عام هر امری که سبب یقین قضات شود متبّع دانسته است و دست قضات را باز گذاشته است مانند علم قاضی، اماره‌ی قاضی یا دلاله‌ی الحال، ظاهر، غلبه، شیاع امارات قانونی و هر دلیل که مشمول آیه‌ی مذکور باشد محترم می‌دانند. فقهای اهل سنت نیز در زمینه‌ی ادله‌ی اثبات دعاوی نظراتی ابراز کرده‌اند که به‌طور خلاصه به شرح آن‌ها می‌پردازیم:

مالکی‌ها دلایل اثبات دعاوی را بینه، یمین، شاهد و یمین، اقرار، اماره تصرف و قائف می‌دانند، حنفی‌ها ادله‌ی اثبات را چنین احصاء کرده‌اند. بینه، اقرار، اماره قضائی، فقهای حنفی قائف را دلیل نمی‌دانند فقه شیعه نیز آن را به استناد حدیث «لایوخذ» به قول و عرف و لا قائف دلیل نمی‌دانند. امامیه به عکس حنفی‌ها شاهد و یمین را در مسائل دیون و اموال، عقود معاوضی، رهن، غصب، وصیت تملیکی و جنایاتی که موجب تأدیه دیه می‌شود قبول دارد.^۲

اما آنچه به نظر می‌رسد این است که اصل در ادله بر عدم حصر بوده، بنابراین قول دوم قابل‌پذیرش می‌باشد اما اینکه چرا در روایت پیامبر از میان تمام ادله اثبات دعوی به بینه و قسم پرداخته شده و از دیگر ادله سخنی به میان نیامده است چه‌بسا به جهت کثرت استفاده از بینه و قسم در حلّ و فصل دعاوی و کارآیی بیشتر آنان نسبت به دیگر ادله اثبات دعوی باشد به‌گونه‌ای که با وجود آنان نوبت به دیگر ادله نمی‌رسد. بنابراین می‌توان گفت که دلیل قابل قبولی برای حصر ادله اثبات دعوی در موارد معین، در دست نیست، لذا این امکان وجود دارد که با مراجعه به منابع شرعی - کتاب، سنت، اجماع و عقل - بتوان اعتبار دلیل یا دلیل‌های دیگری را برای اثبات دعوی ثابت نمود.

اکنون اگر کسی این استدلال را نپذیرد و همچنان ادله را منحصر بداند، پاسخ این است، دلایلی که اعتبار اموری همچون علم قاضی و سند کتبی را اثبات می‌کند، روایت پیامبر را تقیید می‌زند و می‌دانیم که این روایت قابل تقیید نبوده و بدین ترتیب این روایت مفید حصر ادله اثبات دعوی نخواهد بود بلکه عدم حصر را ثابت می‌کند.

۱. سوره اسراء (۱۷)، آیه ۳۶.

۲. محمد جعفر، جعفری لنگرودی، دائرة المعارف علوم اسلامی قضائی، همان، صص ۳۸-۳۹.

۲- در حقوق

طبق ماده ۱۹۴ ق.آ.د.م. دلیل، عبارت از امری است که اصحاب دعوی برای اثبات یا دفاع از دعوی به آن استناد می‌نمایند.

از ظاهر این عبارت چنین برداشت می‌شود که تنها ملاک تحقق دلیل این است که اصحاب دعوی به منظور اثبات یا دفاع از دعوی به آن استناد می‌نمایند؛ بنابراین، هر امری که به منظور فوق مورد استناد اصحاب دعوی قرار گیرد، دلیل نامیده می‌شود اعم از اینکه در قانون به دلیل بودن آن اشاره شده باشد یا خیر. بر این اساس، ادله‌ی اثبات دعوی، منحصر به مواردی که در قانون ذکر شده نخواهد بود. البته ممکن است گفته شود از آنجا که اثبات یا دفاع از دعوی در محضر دادگاه به عمل می‌آید، فقط امری می‌تواند دلیل واقع شود که از نظر دادگاه قدرت اثبات داشته باشد و چون امری که دارای چنین قدرتی هستند از دیدگاه قانون‌گذار ایران محدود می‌باشند بنابراین هر امری که مورد استناد طرفین واقع شود نمی‌توان آن را دلیل شمرد مگر در صورتی که دارای قدرت مزبور باشد؛ بنابراین قانون‌گذار ایران، هم در قانون مدنی و هم در قانون آیین دادرسی مدنی، اقسام دلایل مورد قبول خود را برای اثبات یا دفاع از دعوی مشخص کرده است.

در ماده ۱۲۵۸ ق.م. دلایل اثبات دعوی عبارت‌اند از:

۱- اقرار؛ ۲- اسناد کتبی؛ ۳- شهادت؛ ۴- امارات؛ ۵- قسم.

در قانون آیین دادرسی مدنی از ماده ۲۰۲ تا ۲۸۹ ادله‌ی اثبات دعوی را از قرار ذیل دانسته است:

۱- اقرار؛ ۲- اسناد کتبی؛ ۳- شهادت؛ ۴- سوگند؛ ۵- تحقیق محلی؛ ۶- معاینه محل؛ ۷- کارشناسی.

بدین ترتیب قانون آیین دادرسی از امارات سخنی نگفته و قانون مدنی هم از تحقیق محلی، معاینه محل و کارشناسی سخنی به میان نیاورده است. همچنین در هیچ‌یک از دو قانون، علم قاضی در ردیف ادله شمرده نشده است.

به نظر می‌رسد که قانون مدنی، کارشناسی، معاینه محل و تحقیق محلی را جزء امارات دانسته و به همین دلیل به نام آن‌ها تصریح نکرده است. البته قانون مدنی در ماده ۱۳۳۵ علم قاضی را تلویحاً جزء ادله شمرده است.

بررسی ادله:

الف - اقرار

مطابق ماده ۱۲۵۹ ق.م، اقرار عبارت است از اخبار به حقی برای غیر بر ضرر خود. اقرار ممکن است شفاهی یا کتبی باشد. برخی اقرار را جزء امارات قانونی می‌دانند و برای این امر دو استدلال می‌آورند. استدلال اول آنکه فرض اصابت اقرار به واقع پایه محکمی ندارد؛ زیرا بسیاری از اقرارها به دلیل اکراه، اشتباه و تحت تأثیر عواطف تحقق می‌پذیرد و مخالف با واقع می‌باشند به همین جهت می‌توان گفت که اخبار به حق به سود غیر و به زیان خود، اماره بر درستی اقرار است و به همین جهت اعتبار اقرار تا زمانی است که کذب آن ثابت نشده باشد و ماده ۱۲۷۶ ق.م. که می‌گوید «اگر کذب اقرار نزد حاکم ثابت شود آن اقرار اثری نخواهد داشت» نیز این امر را تأیید می‌نماید. استدلال دوم آن است که نسبی بودن اقرار با دلیل بودن اقرار سازگار نمی‌باشد. نسبی بودن اثر اقرار نشان می‌دهد که اقرار دلیل به معنای خاص نبوده و صرفاً اماره اصابت به واقع می‌باشد که می‌توان کذب بودن آن را با هر دلیل اثبات نمود.

به نظر می‌رسد که استدلال‌ات فوق چنانکه در امور کیفری صحیح باشند لیکن در امور حقوقی قابل تأمل هستند. به نظر می‌رسد دلیل به معنای خاص بودن اقرار بر اماره بودن آن رجحان دارد. در پاسخ به استدلال اول قائلین به اماره بودن اقرار باید اظهار داشت، این درست است که کذب بودن اقرار را می‌توان اثبات نمود اما این دلیل نمی‌شود که اقرار را در زمره‌ی امارات بدانیم؛ زیرا با اثبات کذب بودن اقرار مشخص می‌شود که اقرار صحیح و جامع شرایط وجود نداشته است. در خصوص استدلال دوم قائلین به اماره بودن اقرار نیز این صحیح که اقرار اثر نسبی دارد، اما اثر نسبی آن به واسطه وصف جوهری موجود در تعریف اقرار یعنی «به ضرر خود»، می‌باشد. به همین دلیل اقرار نسبت به دیگری اثری ندارد؛ زیرا در غیر این صورت امکان تبانی و سوءاستفاده از اقرار بسیار افزایش می‌یافت از طرفی دیگر اثر نسبی داشتن، ذاتی امارات نمی‌باشد تا هر آنچه که اثر نسبی داشت آن را اماره بدانیم مگر اماره قانونی اثر نسبی دارد. بعلاوه ماده ۱۲۵۸ ق.م. اقرار را در عنوانی جدا از امارات قید نموده که این امر متفاوت بودن اقرار از امارات را تقویت می‌کند.

بنابراین باید قائل بر آن بود که اقرار در زمره‌ی دلایل به معنای خاص بوده و ازجمله ادله‌ای است که حدود اعتبار و ارزش اثباتی آن در قانون مشخص شده و قانون‌گذار، قاضی را مکلف به پیروی از اقرار جامع‌الشرایط نموده است و اقرار را سید ادله نامیده‌اند.

ب- اسناد کتبی

«سند» را می‌توان مهم‌ترین و رایج‌ترین دلیل از دلایل اثبات دعوی علی‌الخصوص در امور حقوقی دانست. سند طبق تعریف ماده ۱۲۸۴ ق.م. عبارت است از هر نوشته‌ای که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد. بنابراین مطابق ماده ۱۲۸۴ ق.م، چیزی را می‌توان به عنوان سند تلقی نمود که اولاً نوشته باشد، اعم از آن که بر روی کاغذ یا سنگ و یا پارچه نقش بسته باشد. ثانیاً قابلیت استناد داشته باشد. ثالثاً درج امضاء، مهر و یا اثر انگشت در سند داشته باشد.

ماده ۱۲۸۶ ق.م. بیان می‌دارد: سند بر دو نوع است رسمی و عادی، بلافاصله ماده ۱۲۸۷ ق.م. ملاک تشخیص اسناد رسمی از عادی را ارائه می‌دهد. ماده مذکور بیان می‌دارد: اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آن‌ها بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشد رسمی است. ماده ۱۲۸۹ ق.م. نیز بیان می‌دارد: غیر از اسناد مذکور در ماده ۱۲۸۷ ق.م. سایر اسناد عادی است.

اسناد از جمله ادله‌ی قانونی بوده و ارزش آن به حکم قانون بر دادرس تحمیل می‌شود. به عبارت دیگر پس از آنکه سند مستند دعوی، بدون تعرض باقی می‌ماند و یا پس از تعرض و اظهار انکار یا تردید و یا ادعای جعل، اصالت آن اثبات گردید، در این صورت قاضی دیگر اختیار ارزیابی آن را نداشته و مکلف به ترتیب اثر دادن به مفاد سند می‌باشد. مطابق ماده ۱۳۰۱ ق.م، «امضایی که در روی نوشته یا سندی باشد بر ضرر امضاء کننده دلیل است». بنابراین تا زمانی که بطلان یا عدم اعتبار اسناد ثابت نشده باشد، سند مزبور بر ضرر امضاکننده دلیل محسوب می‌شود.^۱

به نظر می‌رسد پس از اقرار و البته با تأملانی همچنین پس از سوگند «ارزش اثباتی» و تأثیر اسناد در اقتناع وجدان قاضی بیشتر از سایر ادله باشد. زیرا: اولاً مطابق ماده ۱۳۰۹ ق.م، «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده، دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت اثبات نمی‌گردد». (صرف نظر از بیان تفصیلی اختلافاتی که در خصوص ابطال یا عدم ابطال ماده ۱۳۰۹ توسط شورای نگهبان وجود دارد، به نظر می‌رسد باید قائل به عدم بطلان ماده مذکور باشیم. زیرا شورای نگهبان در سال ۱۳۶۷ ماده مذکور را مخالف موازین شرع باطل اعلام کرده بود، اما در سال ۱۳۷۰ و در هنگام تصویب قانون اصلاح موادی از قانون مدنی، ماده ۱۳۰۹ در زمره

۱. حسینقلی، حسینی نژاد، همان کتاب، ص ۱۸.

مواد حذف شده نیامده است و این امر به تعبیری عدول شورای نگهبان از نظر پیشین خود می‌باشد. بعلاوه شورای نگهبان صلاحیت ابطال قوانین مصوب مجلس را به‌طور مستقیم نداشته و مطابق قانون اساسی تنها می‌تواند در هنگام تصویب قوانین، آن‌ها را به مجلس بازگرداند.) بنابراین ملاحظه می‌شود که در نظر قانون‌گذار و به استناد ماده ۱۳۰۹ ق.م.ا.ر ارزش اثباتی سند بالاتر از شهادت شهود می‌باشد و به تبع شهادت از امارات قضایی (مواد ۱۳۲۴ و ۱۳۲۵ ق.م.ا.ر) و به تبع امارات قضایی از معاینه محل و تحقیق محلی نیز بالاتر (ماده ۲۵۵ ق.آ.د.م) می‌باشد. از آنجاکه شهادت شهود توان مقابله با اسناد را ندارند، لذا به طریق اولی امارات قضایی، معاینه محل و تحقیق محلی که علی‌الاصول ارزش اثباتی کمتری از شهادت دارند، توانایی مقابله با اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار آن در محکمه محرز شده است را نخواهد داشت.

ثانیاً ترتیب قانون مدنی در ذکر ادله‌ی اثبات دعوی، بی‌هدف و اتفاقی نبوده و لذا ارزش اثباتی اسناد، نوعاً بیشتر از شهادت و امارات می‌باشد.

ثالثاً احراز اصالت سند به مراتب ساده‌تر از احراز شرایط شهود و علم به راست‌گویی شهود می‌باشد و بعلاوه از آنجاکه دو طرف دعوی پیش از وقوع اختلاف و در زمان صلح و آرامش، اقدام به تهیه اسناد می‌کنند، لذا اطمینان‌بخش‌تر از دلایلی هستند که در هنگام تحقق اختلاف تهیه می‌شوند.

ج - شهادت

شهادت در حقوق اسلامی یکی از مهم‌ترین دلایل اثبات دعوی می‌باشد. در نصوص قانون، تعریفی از شهادت شهود، گواهی و یا بینه ارائه نشده است. در اصطلاح حقوق درباره تعریف شهادت باید گفت که اعلام شخص است که در دادگاه و با تشریفات معین درباره حضور او در وقوع امری انجام می‌شود. در این تعریف: اعلام شخص، به معنی این است که او شهادت را اداء می‌کند در این اعلام شخص باید جازم باشد. به همین جهت، ماده ۱۳۱۵ ق.م.ا.ر می‌گوید: «شهادت باید از روی قطع و یقین باشد نه به‌طور شک و تردید».^۱

در دادگاه اعلام شدن شهادت که در تعریف آمده است، به معنی این است که شهادت باید در دادگاه اداء یعنی ابراز شود. پس، شهادت اگرچه از حیث ماهیت (اعلام شخصی)

۱. احمد، متین دفتری، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد ۲، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۷۸ ش، ص ۴۲۳.

مانند اقرار است و باز هم مانند اقرار، نه داخل در اعمال حقوقی است و نه جزء وقایع حقوقی است. باوجوداین، متفاوت با اقرار که ماده ۱۲۷۷ ق.م. در صدر خود اعلام می‌دارد: «انکار بعد از اقرار، مسموع نیست...»، شهادت، قابل رجوع است ماده ۱۳۱۹ ق.م. می‌گوید: «در صورتی که شاهد از شهادت خود رجوع کند ... به شهادت او ترتیب اثر داده نمی‌شود».

افزون بر این، مطابق تعریف، شهادت در دادگاه باید اعلام شود یعنی شهادت باید در دادگاه اداء یعنی ابراز شود. پس، شهادت با اقرار و سند فرق دارد. اولی (اقرار) ممکن است در خارج از دادگاه باشد و یا در دادگاه. دومی (سند) نیز با اینکه ممکن است شامل اولی یعنی اقرار نیز باشد، اصولاً به سند در دادگاه و خارج از دادگاه متّصف نیست. به همین جهت است که قانون‌گذار مدنی، بعد از اینکه در ماده ۱۲۸۴ سند را تعریف می‌کند، بی‌درنگ در ماده ۱۲۸۵ اعلام می‌دارد: «شهادت‌نامه، سند محسوب نمی‌شود و فقط اعتبار شهادت را خواهد داشت». از طرفی بنا به تعریفی که ارائه دادیم، نظر کارشناس، از دایره تعریف شهادت بیرون می‌ماند. چه، کارشناس، با اینکه در کارشناسی، نظر و اظهار شخصی خود را اعلام می‌کند، در دادگاه نظر خود را ابراز نمی‌دارد. بنابراین کارشناسی، شهادت نیست زیرا کارشناس برخلاف شاهد، در امور فنی با استفاده از یافته‌ها و نتایج محسوساتی که مؤخّر بر زمان وقوع حادثه رؤیت و احساس می‌شوند، اخبار می‌دهد، درحالی‌که شاهد در لحظه وقوع حادثه حاضر بوده است.

به نظر می‌رسد بدین ترتیب باید گفت که شهادت از نظر رتبه، دلیلی از ادله اثبات دعوی است که بعد از سند و اقرار می‌باشد.

تقدّم سند بر شهادت، چنین بیان می‌شود که سند، چه رسمی و چه عادی، یک نوشته است و از نظر دادرسی، در جهان خارج تحقق یافته است و در دست طرف دیگر قرار دارد و او آن را به عنوان دلیل اثبات ادّعای خود به کار می‌برد. درحالی‌که شهادت، چنان‌که گفتیم، یک اعلام شخصی است. به همین جهت است که ماده ۱۲۸۵ ق.م. همچنان که قبلاً متذکر شدیم شهادت را سند نمی‌داند و می‌گوید: «شهادت‌نامه، سند محسوب نمی‌شود و فقط اعتبار شهادت را خواهد داشت». و همچنین از بندهای ۲ تا ۵ ماده ۱۳۱۲ ق.م. نیز آشکارا دانسته می‌شود، جایی که سند باشد، نیاز به شهادت نیست، البته، این به معنی آن نیست که سند یا اقرار در تقابل با شهادت قرار نگیرد. چه، از مفهوم مخالف ماده ۱۳۰۹ ق.م. دانسته می‌شود که ادّعای مخالف با مفاد یا مندرجات سند عادی، با دلیل شهادت، در دادگاه پذیرفته می‌شود.

درباره تقدّم اقرار بر شهادت، باید بگوییم که از تصریح ماده ۲۰۲ ق.آ.د.م. به اینکه «هرگاه کسی اقرار به امری نماید که دلیل ذی حق بودن طرف او باشد، دلیل دیگری برای ثبوت آن لازم نیست»، دانسته می‌شود که اقرار، قوی‌تر از شهادت است و جایگاه اقرار را باید مقدّم بر شهادت دانست.

د- امارات

بنا بر تعریف ماده ۱۳۳۱ ق.م، «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانونی یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود. مهم‌ترین تقسیم‌بندی امارات، تقسیم آن‌ها به اماره قانونی و قضایی می‌باشد. مطابق ماده ۱۳۳۲ ق.م. «امارات قانونی اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده...»؛ بنابراین رکن اصلی امارات قانونی «نص قانون» می‌باشد.

از مصادیق امارات قانونی می‌توان از اماره تصرّف (ماده ۳۵ ق.م)، اماره فراش (مواد ۱۱۵۸، ۱۱۵۹)، اماره ترصیف و وضع سر تیر (مواد ۱۰۹ و ۱۱۰ ق.م)، اماره فوت غایب مفقودالاثر (ماده ۱۰۲۰ ق.م) اماره تجاری بودن معاملات تجار (ماده ۵ ق.ت) و اماره وجود چک در ید صادرکننده (ماده ۱۷ ق.چ) نام برد.

در خصوص قدرت اثباتی اماره قانونی شایان ذکر است که دلیل مذکور مطابق نص صریح ماده ۱۳۳۳ ق.م، در کلیه دعاوی، اگرچه از دعاوی باشد که به شهادت شهود قابل اثبات نیست، واجد قدرت اثباتی بوده و معتبر است. بنابراین مطابق اطلاق و ظاهر ماده مذکور، اماره قانونی «در کلیه دعاوی» قابل استناد و قابل پذیرش می‌باشد. اما به این ظاهر نمی‌توان کاملاً اعتماد نمود، زیرا قدرت اثباتی امارات قانونی به تبع تعداد بسیار کم آن‌ها، محدود می‌باشد. توضیح آنکه امارات قانونی در قانون احصا شده است و قانون‌گذار در خصوص همه موضوعات و دعاوی اقدام به پیش‌بینی اماره نکرده و صرفاً در خصوص دعاوی و موضوعاتی محدود، مانند مالکیت و نسب، اماره قانونی پیش‌بینی شده است. لذا اماره قانونی، برخلاف ظاهر ماده ۱۳۳۳ که بیان می‌دارد: «...در کلیه دعاوی...»، تنها در خصوص دعاوی محدودی که در آن خصوص اماره قانونی وجود دارد قابل استناد می‌باشد. در سایر دعاوی که اصلاً اماره قانونی وجود ندارد، بحث از قدرت و ارزش اثباتی آن‌ها نیز سالبه به انتفاع موضوع می‌باشد.

امارات قضایی نیز یکی از ادله اقناعی بوده و برخلاف امارات قانونی، قانون‌گذار میزان تأثیر آن در اقناع قاضی و همچنین امکان یا عدم امکان اثبات خلاف آن با سایر ادله را مشخص ننموده است.

اماره قضایی عبارت است از قرائن و اوضاع و احوالی که در هر مورد خاص در نظر قاضی دلالت بر امری کند، به طوری که از نتایج آن ظن معقول و قوی بر وجود مجهول یافت شود، به طوری که قاضی به میزانی از قناعت وجدان رسد که به احتمال قوی به واقع دست یافته است. همان طور که از تعریف فوق پیداست، مهم ترین ویژگی اماره قضایی، واگذار شدن آن ها به نظر قاضی یا دادرس می باشد. قرائن و امارات یا نشانه ها در صورتی به عنوان اماره قضایی مستند صدور رأی قرار می گیرند که در قاضی باور درونی ایجاد نمایند، برخلاف اماره قانونی که حتی اگر موجب اقناع وجدان دادرس نشود بر او تحمیل می گردد.^۱

ه- سوگند

سوگند، اخبار به حقی است که شخص برای خود و به زبان دیگری می کند و به موجب آن خداوند متعال یا سایر مقدسات را بر صدق اظهار یا عهد خود گواه می گیرد.^۲ استناد به قسم محدودیت دارد و فقط در بعضی موارد صحیح است. مطابق ماده ۱۳۳۵ ق.م. «توسل به قسم وقتی ممکن است که دعوای مدنی نزد حاکم به موجب اقرار یا شهادت یا علم قاضی بر مبنای اسناد یا امارات ثابت نشده باشد. در این صورت، مدعی می تواند حکم به دعوای خود را که مورد انکار مدعی علیه است، منوط به قسم او نماید». همین حکم را ماده ۲۷۱ ق.آ.د.م. همراه با قیودی دیگر و با عباراتی متفاوت بیان داشته و مقرر می دارد: «در کلیه دعوای مالی و سایر حقوق الناس از قبیل نکاح و ... فاقد دلایل و مدرک معتبر دیگری باشد، سوگند شرعی به شرح مواد آتی می تواند ملاک و مستند صدور حکم دادگاه قرار گیرد». مطابق مواد فوق الذکر، برای آنکه امری قابل اثبات از طریق سوگند باشد، وجود شرایط ذیل ضروری می نماید:

اول آنکه به استناد ماده ۲۷۱ ق.آ.د.م. دعوی باید از دعوای حق الناسی باشد و لذا مطابق ماده ۲۸۰ همان قانون، در حدود شرعی حق سوگند دادن و استناد به سوگند وجود ندارد. بنابراین سوگند تنها در دعوای حق الناسی اعم از مالی و غیرمالی دارای قدرت اثباتی و قابل استناد می باشد.

۱. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، دایرة المعارف علوم اسلامی قضایی، همان، ص ۷۶.

۲. ناصر، کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، چاپ بیست و دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۶ش، شماره ۳۶۰.

شرط دوم آنکه در خصوص همان دعوی، دلایل و مدارک معتبر دیگر وجود نداشته باشد. این شرط هم در ماده ۲۷۱ ق.آ.د.م. و هم در ماده ۱۳۳۵ ق.م. مورد اشاره قرار گرفته است.

شرط سوم از شرایط امور قابل اثبات با سوگند آن است که امر مورد ادعا، قابل اثبات از طریق شهادت شهود باشد. مطابق ماده ۱۳۲۵ ق.م، «در دعاوی که به شهادت شهود قابل اثبات است، مدعی می‌تواند حکم به دعوی خود را که مورد انکار مدعی علیه است منوط به قسم او نماید». بنابراین در مواردی که تنظیم سند رسمی ضروری می‌باشد، شهادت شهود فاقد قدرت اثباتی بوده و به تبع آن سوگند نیز قابل استناد نمی‌باشد. همچنین مطابق ماده ۱۳۰۹ ق.م، دعوی مخالف با مفاد یا مندرجات سند رسمی که اعتبار آن در محکمه محرز شده، با شهادت شهود قابل اثبات نمی‌باشد. بنابراین در این موارد نیز امکان استناد به سوگند وجود ندارد. برای مثال چنانکه در قرارداد عادی ثمن معامله دو میلیون تومان تعیین شده باشد، خوانده یا خواهان نمی‌توانند به استناد سوگند کمتر یا بیشتر از آن را برخلاف سند ادعا کنند.^۱

مع‌هذا علی‌رغم اطلاق ماده ۱۳۳۴ ق.م. به نظر می‌رسد انجام تعهدات مندرج در سند را می‌توان به استناد سوگند اثبات نمود. خلاصه آنکه اولاً خلاف مندرجات اسناد را به استناد ماده ۱۳۰۹ نمی‌توان با شهادت و به تبع آن با سوگند اثبات نمود. ثانیاً اموری که در آن تنظیم سند رسمی ضروری می‌باشد نیز نمی‌توان با سوگند اثبات نمود. ثالثاً به دلیل نسخ ضمنی انتهای ماده ۱۳۰۴ ق.م. ادعای انجام سقوط تعهدات مندرج در اسناد را می‌توان با سوگند اثبات نمود.

و- معاینه محل و تحقیق محلی

در قانون مدنی ذکری از تحقیق محلی و معاینه محل به میان نیامده است، اما قانون آیین دادرسی مدنی قدیم (مصوب ۱۳۱۸)، در میث پنجم از فصل دهم به‌طور مستقل در ضمن مواد ۴۲۶ الی ۴۳۵ به بیان آن پرداخته بود. قانون جدید آیین دادرسی مدنی نیز در مواد ۲۴۸ الی ۲۵۶ به بررسی توأمان معاینه محل و تحقیق محلی پرداخته است. معاینه محل عبارت است از حضور دادرس دادگاه یا نماینده او در محل مورد اختلاف، درواقع معاینه محل وسیله‌ای است که دادگاه را در نقطه اختلاف قرار می‌دهد و با مشاهده

۱. عباس، زراعت، ادله اثبات دعوی، چاپ دوم، کاشان، قانون مدار، ۱۳۹۰ش، ص ۴۲۵.

مستقیم وضع محل با وجود سایر دلایلی که در پرونده است یا به تنهایی می‌تواند واقع را احراز نماید یا به آن نزدیک شود.^۱

مطابق ماده ۲۴۸ قانون آیین دادرسی عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ شمسی: «دادگاه می‌تواند رأساً یا به درخواست هر یک از اصحاب دعوی، قرار معاینه محل را صادر نماید. موضوع قرار و وقت اجرای آن باید به طرفین ابلاغ شود». اما تحقیق محلی عبارت است از تحصیل اطلاعات اهل محل (اعم از محله، بازار، کارگاه، و غیره) راجع به امور موضوعی مورد اختلاف می‌باشد. در قانون مدنی تحقیق محلی به عنوان دلیل شناخته نشده ولی قانون آیین دادرسی مدنی خصوصیات آن را بیان و از طریق رسیدگی آن را نیز قید نموده است. بنابراین اصحاب دعوی می‌توانند به تحقیق محلی یعنی اطلاع اشخاصی که در محل موضوع اختلاف سکونت دارند یا به کار مشغول‌اند استناد نمایند بدون اینکه از قبل آن‌ها را معرفی کنند.^۲

قانون آیین دادرسی مدنی در ماده ۲۵۵ بیان می‌دارد: «اطلاعات حاصل از تحقیق و معاینه محل از امارات قضایی محسوب می‌گردد که ممکن است موجب علم یا اطمینان قاضی دادگاه یا مؤثر در آن باشد». به نظر می‌رسد منظور ماده مذکور از «موجب علم یا اطمینان قاضی»، منصرف به معاینه محل با ماهیت دلیل به معنای خاص باشد. تحقیق محلی و معاینه محل با ماهیت اماره قضایی، توانایی ایجاد علم و یقین را نداشته و نهایت امر آن است که از آن‌ها ظن متأخم به علم حاصل می‌شود؛ زیرا تحقیق محلی و معاینه محل از نوع اماره، در زمره امارات قضایی بوده و به واسطه غیرمستقیم و استنتاجی بودن، مبتنی بر ظن و غلبه هستند.

به هر حال قانون‌گذار معاینه و تحقیق محلی را حجت دانسته و لذا چنانچه در امور قابل اثبات از طریق معاینه و تحقیق محلی، به دلیل مذکور استناد شود و در مقابل آن دلیل متعارضی وجود نداشته باشد، دادرس بر اساس آن رأی صادر خواهد نمود، مگر آنکه با استدلال و توجیه، دلیل مذکور را غیر مؤثر در اقناع خویش بیان دارد. اما چنانچه در مقابل معاینه و تحقیق محلی، ادله متعارض وجود داشته باشد، در این حالت است که تعیین میزان ارزش اثباتی دلیل مذکور در مقایسه با سایر ادله، از اهمیت فراوانی برخوردار گردیده است.

۱. حسن، امامی، حقوق مدنی، جلد ۶ چاپ هفتم، تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۵، ص ۲۴۵.

۲. جلال الدین، مدنی، ادله اثبات دعوی، همان، ص ۲۲۹.

ح - علم قاضی

هرگاه قاضی در تحقیق خود نسبت به پرونده دعوایی که نزد او مطرح است، به ارتکاب جرم یا عدم ارتکاب آن توسط متهم، یقین نماید، این را علم قاضی گویند و تحت شرایطی می‌توان آن را از ادله‌ی اثبات دعوای کیفری دانست:

ماده ۱۰۵ ق.م. اعلام می‌دارد: «حاکم شرع می‌تواند در حق‌الله و حق‌الناس به علم خود عمل کند و حد الهی را جاری نماید و لازم است مستند علم خود را ذکر کند...».

ماده ۱۳۳۵ ق.م. نیز مقرر می‌دارد: «توسّل به قسم وقتی ممکن است که دعوای مدنی نزد حاکم به موجب اقرار یا شهادت یا علم قاضی بر مبنای اسناد یا امارات ثابت نشده باشد در این صورت مدعی می‌تواند حکم به دعوای خود را که مورد انکار مدعی علیه است منوط به قسم او نماید». چنانکه از این دو ماده دانسته می‌شود، شرایطی برای پذیرش علم قاضی به عنوان یکی از ادله اثبات دعوای کیفری وجود دارد که ازجمله آن‌ها، استناد قاضی به ثبوت علم خود به وسیله مستندات قانونی مانند اسناد یا امارات است. بدین ترتیب در این دو ماده، اعتبار علم قاضی به عنوان یکی از ادله‌ی اثبات دعوای پذیرفته شده است درحالی‌که پیش از پیروزی انقلاب اسلامی ایران در هیچ‌یک از قوانین، سخنی از علم قاضی به میان نیامده بود.

با دقت در عبارات تعریف، معلوم می‌شود که ماهیت علم قاضی، همان ماهیت تحقیق است. یعنی قاضی در اثر تحقیق، با توسّل به قسمت فنی حقوق که همانا تفسیر قواعد حقوقی و تمسک به اصول کلی حقوق و منطق حقوق است، به نتیجه‌ای رسیده است که می‌تواند به استناد آن، حکم پرونده دعوی را صادر کند. نکته‌ای که باید به آن توجه داشت، اینکه علم قاضی، مانند هر علم دیگر، یک معرفت است و معرفت، متعارف است و در چهارچوب شناسایی قابل فهم است. پس، قاضی نمی‌تواند از این چهارچوب فراتر رود و آنچه را که نامتعارف و خارق‌العاده است و تنها شخص او دریافته است، به عنوان علم قاضی جلوه دهد و بر مبنای آن، حکم پرونده دعوی را صادر کند.

این مطلب، از ماده ۳ ق.آ.د.م. نیز دانسته می‌شود. این ماده می‌گوید: «قضات دادگاه‌ها موظف‌اند موافق قوانین به دعوای رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه، کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند

...». تصریح ماده نامبرده به وظیفه قاضی به صدور حکم قضیه (که اعم از دعوی است و شامل موضوع‌های امور حسبی هم می‌شود) بر اساس قانون یا منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، خود به معنی این است که قاضی، با احاطه به علم تفسیر قوانین و فهم و درک اصول حقوقی (اصول کلی حقوق و منطق حقوق) حکم پرونده مطرح‌شده را صادر کند.^۱

بنابراین به نظر می‌آید می‌توان گفت در همه احکام دادگاه‌ها به نحوی علم قاضی در ساختار این احکام و تاروپود آن‌ها به کاررفته است. ولی این علم نمی‌تواند یک علم شخصی باشد. آن طور که قاضی دیگری، به آن دسترسی نداشته باشد. از این رو، نظر آقای دکتر جعفری لنگرودی درباره اینکه «اماره قضایی، مفید علم شخصی قاضی است و قاضی از راه کاربرد امارات قضایی علم شخصی پیدا می‌کند و علم او حجت است»^۲ صحیح نیست. زیرا چنین علمی، یک علم متعارف در علم حقوق نیست که بر اثر تفسیر قاضی از قوانین و اصول کلی حقوق و منطق حقوق پدید آمده باشد.

در استناد قاضی به علم خود باید بسیار محتاط بود و دقت و تأمل داشت. به ویژه در امور کیفری که هرگاه قاضی، صرفاً بر اساس علم یعنی نظر خود عمل کند و رأی صادر نماید، آثار خطیری برجا گذاشته می‌شود که در صورت خلاف بودن علم قاضی، همیشه جبران آن آثار و برگرداندن وضع به حال سابق، به آسانی امکان نخواهد داشت.

از سوی دیگر، مشاهده تخلف‌های قضات از متون قوانین نشان می‌دهد که بها دادن به صرف علم قاضی به معنی معتبر دانستن ظن قاضی و مطلق دانستن این ظن برای صدور احکام است که در قلمرو حقوق کیفری نمی‌توان آن را پذیرفت. به همین جهت است که در حقوق مدنی، از علم قاضی به عنوان یکی از ادله اثبات دعوای حقوقی کمتر سخن به میان آمده است و ما نیز آن را جزء ادله اثبات چنین دعوای نیاوردیم.

در بحث از ادله اثبات دعوای کیفری، مستند قانونی ما برای سخن گفتن از علم قاضی به عنوان یکی از ادله اثبات چنان دعوایی، ماده ۱۰۵ ق.آ.م. است که البته، باید بی‌درنگ بگوییم که مفاد این ماده را باید با مفاد ماده ۱۳۳۵ ق.م. یکجا مورد بررسی قرارداد و اعلام داشت که علم قاضی، هنگامی می‌تواند یک دلیل از ادله اثبات دعوای کیفری باشد که قاضی مستند علم خود را که همانا ادله دیگر تعیین‌شده در قانون یعنی اسناد و امارات و اقرار و شهادت و نیز تحقیقات کیفری است و نیز تفسیر قواعد حقوقی در حکمی که صادر می‌کند، صریحاً بیاورد تا قاضی دیگر نیز بتواند به همان روش، به همان نتیجه که قاضی

۱. احمد علی، حمیتی واقف، ادله اثبات دعوی، چاپ اول، تهران: دانش نگار، ۱۳۸۷ش، ص ۲۶۸.

۲. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، دایرة المعارف علوم اسلامی (قضایی)، همان، ص ۱۸۲.

در صدور حکم به آن رسیده است، برسد اگرچه آن قاضی دیگر، نتواند به همه جزئیات حکم احاطه یابد.

مبحث دوم: سلسله مراتب دلیل

۱- در فقه

یکی از مهم‌ترین مباحث در استنباط احکام و قوانین، چگونگی تقدیم بعضی از دلایل بر بعضی دیگر است که منظور از دلیل در لغت به معنی «راهنما» است راهنمایی که فرد را به حق و واقع سوق می‌دهد و به همین علت اگر دلیلی کاشفیت بیشتری از واقع داشته باشد، قطعاً بر دلیلی که کاشفیت کمتری دارد، مقدم است. و به همین علت می‌توان گفت که مراحل تقدیم برخی از ادله بر برخی دیگر طی پنج مرحله صورت می‌گیرد:

۱- تقدّم ادله‌ی قطعی بر ادله‌ی دیگر:

هرگاه از طریقی به حکمی قطع پیدا شد، اصول عملی و امارات دیگر جریان نخواهد داشت. چنین تقدیمی به جهت تخصّص است؛ زیرا بدون هیچ اعمال تعبدی از ناحیه‌ی شارع و قانون‌گذار صورت می‌گیرد؛ مثل این که اگر مکلف در حلیت و حرمت، شک داشته باشد و بر حرمت، دلیلی وجود نداشته باشد، عقل به برائت حکم می‌کند؛ ولی چنانچه از طریقی به حرمت قطع پیدا شود، جایی برای حکم عقل به برائت باقی نمی‌ماند و حکم عقل به برائت، با قطع به حرمت برداشته می‌شود.^۱

۲- تقدّم امارات بر اصول عملی:

همان‌گونه که گفته شد، چنانچه قطع حاصل نشود، نوبت به امارات می‌رسد و در صورت تعدّد امارات باید هر یک بررسی شود و به وجوهی که ذکر شد، بین آن‌ها جمع گردد یا یکی بر دیگری مقدّم شود، ولی به هر حال با وجود امارات نوبت به اصول عملی نمی‌رسد. البته در این مرحله چنانچه برای اعمال قاعده‌ی لا ضرر و لا حرج محملی وجود داشته باشد، نه به امارات و نه به ادله‌ی اولیه احکام، عمل نمی‌شود؛ بلکه قاعده‌ی لا ضرر و لا حرج بر آن‌ها مقدّم می‌گردد.

۱. حسن، موسوی بجنوردی، منتهی الوصول، جلد ۲، قم: انتشارات بصیرتی، بی تا، ص ۲۵۵.

الف: تقدیم امارات بر اصول عملی شرعی: شکی نیست که هرگاه در مورد اصول عملی شرعی، اماره‌ای یافت شود، بر آن اصول مقدم می‌شود. در مورد نحوه‌ی این تقدیم سه وجه ذکر شده است:

وجه اول تخصیص است؛ به این بیان که به هنگام وجود امارات، از عموم ادله اصول عملی شرعی مانند، استصحاب و براءت شرعی صرف نظر می‌شود؛ برای مثال ادله‌ای دلالت دارند که در نماز چنانچه شک میان سه و چهار رکعت رخ نمود، باید بنا را بر این نهاد، که چهار رکعت گذارده شده است؛ اما طبق مقتضای استصحاب، باید بنا را بر این نهاد که رکعت سوم است، در چنین صورتی باید از مقتضای استصحاب صرف نظر کرد.^۱

وجه دوم حکومت است؛ به این بیان که نسبت ادله‌ی اعتبار امارات به اصول عملی شرعی، نسبت حاکم به محکوم است و ادله‌ی امارات بر اصول عملی شرعی مقدم می‌شود؛ زیرا ادله‌ی امارات به منزله‌ی شرح و تفسیر آن اصول است؛ به این صورت که برای مثال وقتی شارع در موارد شک، عمل به بینة را لازم می‌شمارد و فرض این است که شک در این موارد وجود دارد؛ در حقیقت شارع به ترتیب اثر ندادن به آثار احتمال مخالف با بینة حکم می‌کند که از جمله‌ی آن آثار جریان اصول عملی شرعی مثل استصحاب است و این تقدیم به حکومت است.

وجه سوم ورود است.^۲ محقق خراسانی، بعد از اشکال به نظریه‌ی حکومت، می‌گوید: «برای مثال وقتی در مورد استصحاب اماره‌ای یافت شود، به حکمی خلاف حکم سابق یقین حاصل می‌شود. منتها نه یقین به عنوان اولی، بلکه یقین به عنوان ثانوی؛ به عبارت دیگر، با وجود اماره، یقین با یقین نقض می‌شود؛ و موضوع استصحاب، شک با وجود یقین سابق است و در اینجا دیگر شکی نیست بلکه یقینی به عنوان ثانوی است. پس، قهراً در مورد اماره به‌طور وجدانی، خروج موضوعی محقق می‌شود، منتها، این خروج موضوعی تکوینی نیست؛ بلکه به کمک دلیل اعتبار اماره است. حقیقت ورود نیز همین است که موضوع یکی از دو دلیل به‌طور وجدانی منتفی شود، با عنایت به تعبّد از طرف شارع. این نظریه محقق حائری^۳ است و اشکالاتی بر آن وارد است که زمینه‌ی ذکر آن‌ها نیست.^۴

۱. مرتضی، انصاری، فرائد الاصول، جلد ۲، همان، ص ۴۰۷.

۲. محمد کاظم، آخوند خراسانی، حاشیه فرائد الاصول - کفایة الاصول (جلد ۲)، قم: انتشارات بصیرتی، ۱۳۷۴ ه.ق، ص ۲۳۵.

۳. عبدالکریم، حائری یزدی، درالفرائد، جلد ۲، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۸ ه.ق، ص ۶۲۱.

۴. محمد علی، کاظمی، فرائد الاصول - تقریرات درس محقق نائینی، جلد ۴، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۶۰۱.

به هر حال به نظر می‌رسد از این سه وجه، نظریه‌ی حکومت متین‌ترین وجوه است. شیخ انصاری و بسیاری از بزرگان نیز همین نظریه را پذیرفته‌اند.^۱

ب: تقدیم امارات بر اصول عملی عقلی: امارات بنا بر اتفاق علماء بر اصول عملی عقلی از باب ورود مقدم می‌شود.^۲ و وجهش این است که در برائت عقلی چون موضوعش عدم‌البیان است، وقتی اماره قائم شد این اماره بیان می‌شود و قهراً موضوع برائت عقلی، به‌طور وجدانی، با عنایت تعبّد از ناحیه‌ی شارع مرتفع می‌شود.

نیز در اصالت اشتغال عقلی، چون این اصل عدم مأمن است، وقتی اماره قائم شد، این اماره مأمن می‌شود و موضوع این اصل به‌طور وجدانی، با عنایت تعبّد از شارع مرتفع می‌شود که این نیز از زمره‌ی ورود است.

همچنین در اصالت تخییر، چون موضوع این اصل عدم ترجیح برای یکی از دو احتمال است، وقتی اماره قائم شد برای همان مورد اماره‌ی مرجّح درست می‌کند، و موضوع اصل تخییر به‌طور وجدانی مرتفع می‌شود؛ منتها، با عنایت به تعبّد از طرف شارع که این نیز از قبیل ورود است. پس، نتیجه این شد که موضوع هر سه اصل به‌طور وجدانی به کمک تعبّد شارع مرتفع می‌شود و شکی در ورود امارات بر اصول عملی عقلی باقی نمی‌ماند.

ج: تقدیم قاعده‌ی لا ضرر و لا حرج بر امارات و ادله‌ی اولیه احکام: در اصل تقدیم قاعده‌ی لا ضرر اختلاف نظری نیست اما در وجه تقدیم این قاعده نظرات گوناگونی عرضه‌شده است. مهم‌ترین نظر، حکومت است^۳ و بر مبنای آن «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» و مانند این‌ها بر ادله‌ی اولی احکام، مقدم می‌شوند که بنا بر یک مبنای^۴ ادله‌ی لا ضرر به لسان نفی موضوع، نفی حکم می‌کند و شارع احکامی را که در مورد موضوعی بر اساس عناوین اولی ثابت است، در مواردی که آن موضوع معنوی به عنوان ضرری شود، نفی می‌کند، مثل این که گفته باشد «الوضوء الضروی لیس بوضوء» و بنا بر مبنای دوم ادله‌ی لا ضرر بر ادله‌ی اولی احکام، مقدم می‌شود؛ اما نه به لسان نفی موضوع، که مثلاً بگوید «الوضوء الضروی لیس بوضوء» و نه به صورت تخصیص، که بگوید «لا یجب الوضوء علی المتضرر»؛ بلکه وقتی می‌گوید، لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام، این کلام

۱. روح الله، موسوی خمینی، تحریر الوسیله، جلد ۱، پاپ یکم، قم: دارالعلم، بی تا، ص ۲۴۲.

۲. مرتضی، انصاری، فرائد الاصول، جلد ۲، همان، ص ۴۲۳.

۳. روح الله، موسوی خمینی، الرسائل، همان، ص ۴۰.

۴. محمد، حسینی بهسودی، مصباح الاصول (تقریرات درس محقق خوئی)، جلد ۲، نجف: مطبعة النجف، ۱۳۷۶.

۵. ص ۵۲۷.

ناظر بر محمول ادله‌ی اولی است؛ بدین معنا: حکمی که تشریع می‌شود، اگر مستلزم ضرر باشد، حقیقتاً رفع می‌شود.^۱

۳- تقدیم قواعد فقهی بر اصول عملی:

این مرحله زمانی مطرح خواهد بود که اماره‌ای نباشد؛ اما قواعد فقهی مناسبی وجود داشته باشد و این قواعد با اصول عملی معارض باشد.^۲ نظر علمای اصول در این زمینه این است که قاعده‌ی ید، اصالت صحت، قاعده‌ی فراغ و تجاوز بر اصول عملی مقدم می‌شوند. مثال قاعده‌ی ید چنین است که وقتی مالی در اختیار شخصی باشد و شک پیدا شود که آیا آن به او تعلق دارد یا نه، بنا بر اصل استصحاب به او تعلق ندارد؛ ولی طبق قاعده‌ی ید آن به وی متعلق است و این قاعده بر آن اصل مقدم می‌شود؛ و مثال اصالت صحت این گونه است که اگر بیعی صورت گرفت و رعایت شرایط صیغه، مورد تردید واقع گردید، مقتضای استصحاب این است که نقل و انتقال عوضین صورت نگرفته است؛ اما اصالت صحت، درستی این بیع را اقتضا دارد. در اینجا اصالت صحت بر استصحاب عدم نقل و انتقال عوضین مقدم می‌شود؛ و مثال قاعده‌ی فراغ یا قاعده‌ی تجاوز آن است که پس از اتمام نماز اگر در اتیان جزء یا شرطی تردید به وجود آید، مقتضای استصحاب این است که آن جزء یا شرط به جا آورده نشده و نماز باطل است، اما مقتضای قاعده‌ی فراغ یا قاعده‌ی تجاوز، صحت نماز است. که در اینجا قاعده‌ی فراغ و تجاوز بر استصحاب عدم اتیان جزء و شرط مقدم می‌شود.

در اصل تقدیم این قاعده بر اصول عملی اختلاف نظری نیست؛ اما در جهت و ملاک تقدیم، دو وجه ذکر شده است:

وجه اول تخصیص است که محقق خراسانی بر آن است و می‌گوید: «تمسک به اصل استصحاب در مواردی که قاعده‌ی فراغ و تجاوز جاری می‌شود، مستلزم تخصیص به فرد نادر است و موردی نمی‌ماند یا در کمال ندرت باقی خواهد ماند و چون این قواعد در مورد اصل (مانند استصحاب) وارد شده‌اند، ما دلیل اصل را با ادله‌ی این قواعد تخصیص می‌زنیم.^۳

وجه دوم حکومت است که نظریه‌ی شیخ انصاری است این قواعد بنابراین که از امارات باشند، در اینجا به همان ملاک تقدیم امارات بر اصول عملی شرعی، مقدم

۱. مرتضی، انصاری، فرائد الاصول، جلد ۲، همان، ص ۳۱۵.

۲. همان، ص ۴۲۲.

۳. محمد کاظم، آخوند خراسانی، کفایة الاصول، همان، ص ۳۵۷.

می‌شود؛ به این صورت که ادله‌ی این قواعد بر ادله‌ی اصول حکومت می‌کنند و احتمال خلاف، معدوم به شمار می‌رود و از روی تعبّد رفع جهل می‌کنند؛ لذا همه‌ی این قواعد بر اصول عملی حاکم بوده و به منزله‌ی مفسّر و شارح می‌باشند. البته چنانچه این قواعد از اصول به شمار آید، نظرات دیگری مطرح می‌شود که از ذکر آن‌ها خودداری می‌شود.^۱

۴- تقدیم استصحاب بر سایر اصول عملی:

در صورت فقدان اماره و قواعد فقهی مناسب و در حالت شک و تردید چنانچه سابقه‌ای وجود داشته باشد، استصحاب جاری می‌شود و بر اصول عملی دیگر، مقدّم می‌گردد و در صورت تعارض اصل استصحاب سببی با اصل استصحاب مستببی، اصل سببی مقدّم می‌شود. نظر به این که بعضی از اصول عملی عقلی هستند و بعضی شرعی بحث سه وجه پیدا می‌کند:

الف: تقدیم استصحاب بر اصول عملی عقلی: با توجه به این که استصحاب اصل عملی شرعی است و به تعبّد از طرف شارع اتّکاء دارد، بر اصول عملی عقلی به همان مناط در تقدیم امارات بر اصول عملی عقلی به وجه ورود مقدّم می‌شود،^۲ یعنی دلیل استصحاب مانند «لا تنقض الیقین بالشک» موضوع برائت عقلی را که عدم البیان باشد و موضوع اصل اشتغال عقلی، یعنی: عدم اتیان و موضوع اصالت تخییر، یعنی: عدم ترجیح یکی از دو احتمال را، بالوجدان با عنایت به تعبّد شارع مرتفع می‌سازد.

ب: تقدیم استصحاب بر اصول عملی شرعی دیگر: در این تقدیم نیز دو وجه ذکر شده است:

وجه اول حکومت است که شیخ انصاری^۳ و محققین متأخر^۴ به آن قائل شده‌اند، شرح این وجه آن است که در برائت شرعی مستفاد از دلیل برائت مثل «کلّ شیء مطلق حتی یرد فیه نهی»^۵، غایت حلیّت و جواز ورود نهی است و مستفاد از دلیل استصحاب مثل لا تنقض الیقین بالشک،^۶ بقاء نهی است. چنانچه مکلف یقین داشت که این شیء قبلاً حرام و منهی بوده و سپس شکّ کند که نهی برطرف شده است یا نه، طبق دلیل

۱. مرتضی، انصاری، فرائد الاصول، جلد ۲، همان، صص ۴۰۹-۴۱۴.

۲. همان، ص ۴۲۳.

۳. همان، ص ۴۲۴.

۴. محمد علی، کاظمی، همان کتاب، جلد ۴، ص ۶۸.

۵. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه، جلد ۱۸، قم: کتابفروشی اسلامیّه، ۱۳۸۸ ه.ق، ص ۱۲۷.

۶. همان، جلد ۱، همان، ص ۱۰۸.

استصحاب آن نهی باقی است و این نهی تعبدی به شمار می‌آید، در نتیجه موضوع «کل شیء مطلق حتی یرد فیه نهی» را مرتفع می‌سازد و به این ترتیب دلیل استصحاب بر دلیل اصالت برائت حاکم می‌شود.

وجه دوم ورود است که نظریه‌ی محقق خراسانی^۱ است. به این شرح که موضوع، در اصول عملی شرعی، از هر جهت مشکوک است و غایت این اصول دانستن حداقل یکی از آن جهات است؛ برای مثال مفاد دلیل برائت این است که «کل شیء لک حلال حتی تعلم انه حرام».^۲ در اینجا موضوع حلیت، هر چیزی است که معلوم الحرمة نیست و غایت آن، علم به حرمت از هر طریقی است و استصحاب حرمت در مورد اصالت برائت از جهتی علم به حرمت، حاصل می‌کند که این علم به حرمت از روی تعبد حاصل می‌شود و موضوع در ظاهر معلوم الحکم می‌شود و در نتیجه موضوع این اصل و همین طور بقیه اصول عملی شرعی از لحاظ وجدانی، ولی با عنایت به تعبد از ناحیه‌ی شارع منتفی می‌شود.

ج: تقدیم استصحاب سببی بر استصحاب مسببی: بحث تعارض اصل سببی و مسببی از مسائل مهم است و مرحوم محقق قمی^۳ استصحاب سببی را بر مسببی مقدم نمی‌داند. شیخ انصاری چهار دلیل برخلاف نظریه‌ی ایشان ذکر کرده است. بهترین دلیل وی حکومت است. او بر این نظر است که استصحاب سببی بر استصحاب مسببی به نحو حکومت مقدم است.^۴

برای مثال چنانچه وکیلی، خانه‌ی موکل خود را بفروشد، سپس مشتری ادعا کند که وکیل قبل از انجام معامله از وکالت عزل شده و به اطلاع او هم رسیده است، در اینجا نقل و انتقال ثمن و مبیع به وسیله‌ی این بیع مورد تردید واقع می‌شود؛ لذا بقای ملکیت سابق نسبت به مبیع و ثمن استصحاب می‌شود. در نتیجه بیع باطل خواهد بود؛ ولی باید گفت: این استصحاب، مسببی است و محل جریان ندارد؛ چون در عزل و عدم عزل وکیل و در نتیجه نقل و انتقال مبیع مسبب، تردید وجود دارد. وقتی استصحاب در سبب جاری شود و عدم عزل وکیل و بقاء وکالت استصحاب گردد، موضوع استصحاب مسببی یعنی شک مسببی به جهت تعبد از بین می‌رود؛ در نتیجه دیگر نسبت به نقل و انتقال و ملکیت

۱. محمد کاظم، آخوند خراسانی، کفایة الاصول، همان، ص ۳۵۴.

۲. محمد بن حسن، حر عاملی، همان، جلد ۱۲، همان، ص ۶۰.

۳. مرتضی، انصاری، فرائد الاصول، جلد ۲، همان، ص ۴۲۴.

۴. همان، ص ۴۲۵.

طرفین بر مبیع و مثن شکی باقی نمی ماند و نقل و انتقال صحیح فرض می شود. این معنای حکومت است.

البته، محقق خراسانی در تقدیم اصل سببی و اصل مسببی قائل به ورود است^۱ به این شرح که در موارد ترتب و سببیت آثار شرعی مثلاً، اگر از استصحاب سببی به جهت استصحاب مسببی دست برداشته شود، با وجود موضوع دلیل استصحاب، تخصیص در دلیل استصحاب لازم می آید، بدون این که وجهی برای آن داشته باشد. ولی اگر از اصل مسببی دست برداریم و یقین را به واسطه‌ی شک در سبب نقض نکنیم، موضوع اصل مسببی خودبه خود منتفی می شود و هیچ تخصیصی بر دلیل استصحاب وارد نمی شود، چون جریان اصل در سبب شکی را که موضوع اصل است در مسبب از لحاظ وجدان، ولی با عنایت به تعبد شرعی، نفی می کند؛ در نتیجه قاعده‌ی ورود قابل اعمال خواهد بود.

۵- جریان اصول عملی در صورت فقدان اماره و قواعد فقهی و عدم وجود حالت سابقه: در این حالت می بایست حسب مورد به یکی از اصول عملی دیگر رجوع کرد. و چنانچه در اصل تکلیف الزامی، شک وجود داشته باشد، اصل برائت جاری می شود؛ اعم از این که موجب شک، فقدان دلیل یا اجماع دلیل یا تعارض دو دلیل باشد و نیز اعم از این که منشأ شک، اشتباه در موضوع حکم (شبهه‌ی موضوعیه) یا اشتباه در خود حکم (شبهه‌ی حکمیه) باشد؛ اما اگر اصل تکلیف الزامی معلوم باشد، ولی مورد تکلیف مجهول باشد، چنانچه احتیاط ممکن باشد، اصل اشتغال جاری می شود؛ مثل معلوم بودن وجوب که مردّد بین نماز جمعه و ظهر باشد در اینجا چون احتیاط ممکن است باید احتیاط کرد؛ ولی چنانچه دوران بین محذورین باشد و احتیاط ممکن نباشد، اصل تخییر جاری می شود، مثل دوران تکلیف الزامی، بین وجوب نماز جمعه و حرمت آن که در این خصوص اصل تخییر جاری می شود^۲ و هر کدام از این موارد در محل خود با دلیل ثابت است.

در آخر می توان چنین نتیجه گرفت که این ادله به ترتیب و شرح ذیل بر یکدیگر مقدّم می شوند:

الف. ادله‌ی قطعی به تخصّص بر سایر ادله.

ب. ادله‌ی ظنی به وجه حکومت یا ورود بر اصول عملی عقلی؛ و به وجه ورود بر اصول عملی شرعی.

۱. محمد کاظم، آخوند خراسانی، کفایة الاصول، همان، ص ۳۵۴.

۲. مرتضی، انصاری، فرائد الاصول، همان، ص ۲۳.

- ج. قواعد فقهی نظیر، قاعده‌ی لا ضرر به وجه حکومت بر ادله‌ی ظنی؛ و ادله‌ی ظنی به وجه ورود بر برخی از قواعد فقهی مثل قاعده‌ی ید، و قواعد فقهی بر اصول عملی به وجه حکومت یا تخصیص.
- د. اصل استصحاب به وجه حکومت یا ورود بر سایر اصول عملی، و استصحاب سببی بر مستببی به وجه حکومت.
- ه. سایر اصول عملی به حسب موارد بر یکدیگر.

۲- در حقوق

ماده‌ی ۱۲۸۵ ق.م. دلایل اثبات دعوی را بر پنج امر دانسته است. همچنین آیین دادرسی مدنی از اصول عملیه مثل استصحاب و برائت نیز در بین دلایل سخن به میان آورده است اما هیچ‌گونه ترتیبی بین آن‌ها مقرر نشده است. این در حالی است که ارزش اثباتی این دلایل یکسان نیست. از کلیه دلایلی که می‌توانند مستند حکم قرار گیرند، دلیل به معنای عام یاد می‌کنیم.

اگر بخواهیم دلایل به معنای عام یا هر دلیلی که مستند حکم قاضی برای صدور حکم قرار می‌گیرد را از جهت دلالت آن‌ها بر واقع تقسیم‌بندی نماییم، می‌توانیم آن‌ها را بر سه نوع منقسم بدانیم:

۱- اصول عملیه یا اصول عقلیه (به نظر می‌رسد معادل اصول عملیه در حقوق فرانسه واژه‌ی Fiction باشد که استاد لنگرودی نیز بر همین عقیده‌اند ولی استاد کاتوزیان با این نظر مخالف‌اند و این واژه را در معنای موارد «در حکم امر دیگر» می‌دانند).

۲- امارات (Presomptions)

۳- دلیل به معنای اخص (بیّنه)

اجمالاً اینکه اگر در وجدان دادرس علم عادی از طریق بیّنه شرعیه وجود داشته باشد، دادرس طبق آن عمل می‌کند و علمی که بدین طریق برای قاضی پیدا می‌شود، حجّت است و حجیت آن هم مجعول نمی‌باشد ولی در هنگام نبون چنین علمی، چنانکه ظنی در جان دادرس وجود داشته باشد، در صورتی که قانون‌گذار برای چنین ظنی اعتبار قائل شده باشد، دادرس موظّف است طبق آن عمل کند یعنی مبنای حجیت چنین حکمی، «کاشف بودن ظن از واقع به طور نوعی» می‌باشد. البته، شارع نیز این نوع ظن را فقط در برخی موارد حجّت دانسته است. ولی چنانچه متعاقباً خواهد آمد، باید معتقد شد در هر مورد که ظن نوعی حاصل شود، خود ظن، فی‌نفسه حجّیت دارد و حجّیت ظن بنا به جعل شارع نیست و لذا امارات قضائی نیز می‌تواند مستند حکم قاضی قرار گیرند. ولی اگر هیچ‌گونه

دلیل و یا وجه راجح معتبری وجود نداشته و قاضی در مقام مطلق شک و تردید قرار گیرد به اصولی (عملیه) متمسک می‌شود که عملاً تکلیف قاضی و اصحاب دعوی را مشخص می‌کنند یعنی موجب فیصله دادن دعوی شده و بدین ترتیب دادرس را از حیرانی درمی‌آورند. با این حساب اصول عملیه، ضعیف‌ترین دلایل محسوب می‌شوند.

قسمت اول - اصول عملیه

بحث اصول عملیه یکی از مباحث مهم علم اصول فقه است که مورد مطالعه دقیق فقه‌های عظام اسلام قرار گرفته و درباره‌ی آن‌ها و حدود دلالتشان کتاب‌ها نوشته شده است. به هر حال ممکن است مستند حکم قاضی یکی از اصول عملیه باشد. مجرای اصول عملیه «مقام مطلق شک» است. یعنی در موقعی به اصول عملیه تمسک می‌شود که امر دایر باشد بین دو مورد و هیچ‌وجه از آن دو راجح نبوده و بر طرف دیگر غلبه نداشته باشد. در چنین صورتی بنا به حکم عقل، یکی از دو وجه، بر وجه دیگر برگزیده می‌شود به همین جهت به این اصول، دلایل عقلی می‌گویند زیرا مستند ترجیح یک‌طرف برطرف دیگر، حکم عقل است. دلیل نام‌گذاری این اصول به اصول عملیه^۱ (عده‌ای از این اصول به دلیل فقهاتی یادکرده‌اند) این است که در مقام عمل انسان را از شک و تردید می‌رهانند یعنی فقط دستورالعمل هستند و تنها عملاً تکلیف مسائل قضایی را روشن می‌کنند.^۲ به این اصول، دلیل اجتهادی هم می‌گویند از این جهت که در طریق استنباط احکام از ادله مخصوص خود در قالب اجتهاد به کار می‌روند و برای اجتهاد فقیه، کارایی دارند.

حکمی که شارع در مورد شخصی نسبت به احکام مقرر فرموده، در اصطلاح فقه‌اء «حکم ظاهری» نامیده می‌شود که در مقابل «حکم واقعی» قرار دارد. عمده این اصول که مبنای حکم ظاهری قرار می‌گیرند، اصل استصحاب، اصل برائت، اصل اشتغال و تخییر می‌باشند. البته، اصول دیگری هم مثل اصل تاخر حادث و اصل عدم و ... نیز وجود دارند که مآلاً به یکی از این چهار اصل برگشت می‌نمایند.

اصول عملیه که در مقاطع بسیاری در قانون ما به آن‌ها تمسک شده مجاری متفاوتی دارند که اجمالاً توضیح می‌دهیم. چنانچه در مقام مطلق به وجود حکم و یا تکلیف باشیم، و به اصطلاح فقهی در مورد «عدم بیان»، اصل برائت را جاری می‌کنیم. اگر حالت سابقه‌ای برای حکم و یا موضوع آن متصور باشد، مجرای اصل استصحاب خواهد بود. و

۱. محمد، سنگلجی، آیین دادرس در اسلام، چاپ دوم، تهران: انتشارات طه، ۱۳۷۸ش، ص ۳۴.

۲. محمد جعفر، جعفری لنگرودی، مکتبهای حقوقی در اسلام، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰ش، صص ۵۶-۵۷.



در مقام داشتن علم اجمالی به وجود تکلیف و «احتمال عقاب»، اصل اشتغال یا احتیاط را جاری می‌نماییم. به اصطلاح فقهی مقام اجرای اصل برائت، «شکّ در تکلیف» و اصل اشتغال «شکّ در مکلف به» می‌باشد. اصل تخییر نیز راه حلّ متصور در مقام تعارض دو دلیل در فرض «عدم رجحان» یکی بر دیگری است.

قسمت دوم - امارات

دومین قالب برای مستندات حکمی و موضوعی قاضی، امارات می‌باشند. وفق قانون مدنی امارات بر دو نوع‌اند: امارات قانونی و امارات قضایی. اماره از حیث دلالت بر واقع، بر اصل مقدم است، زیرا مبنای اماره، غلبه است. یعنی مقام انتخاب بین یکی از دو وجه است که یکی از آن‌ها وجه غالب، می‌باشد. البته، در علم فقه، به دلیل، به‌طور عام هم اماره اطلاق می‌گردد ولی اماره‌ای که در بحث ادله‌ی اثبات دعوی در ردیف دلایل به شمار آمده، دلیل شرعی به معنای خاص نیست، بلکه یک نوع «پیش‌فرض قانونی» است. در لسان حقوق فرانسه، معادل اماره کلمه Presumption را داریم که از فعل Presumer گرفته شده و به معنای «پیش‌فرض قلمداد نمودن» است. اما در علم حقوق اماره بافاصله نگرفتن از ریشه لغوی خود به معنای «پیش‌فرض قانونی» است و به عبارت دقیق‌تر، اماره «شیوه استدلال حقوقی است که بر مبنای آن از یک واقعه اثبات‌شده، واقعه دیگر اثبات نشده را نتیجه می‌گیرند». قانون مدنی در ماده ۱۳۲۱ در تعریف اماره آن را عبارت از اوضاع و احوالی دانسته که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود.^۱

قسمت سوم - دلیل به معنای اخصّ

از آنجایی که بسیاری از دلایل ارزشی در حد مؤید دارند نه در حد دلیل، ما از دلیل به معنای اخصّ تحت عنوان بیّنه یاد می‌کنیم. در بحث‌های فقهی وقتی بخواهند یک مسأله را بررسی کنند، گاهی اوقات از تعبیر یُؤیِّدُهُ استفاده می‌کنند. فرق بین مؤید و دلیل این است که مؤید بار اثباتی‌اش کمتر از دلیل است. دلیل اگر مخدوش باشد، اصل مسئله را زیر سؤال می‌برد ولی در مؤید اگر مقداری هم خدشه باشد، به جایی برخورد پیدا نمی‌کند چون در جهت تأیید مطلب اساسی است. یعنی بعد از اینکه اصل مطلب توسط دلیل اثبات شد، آن موقع نوبت به مؤید می‌رسد تا مطلب کمتر شود. دلیل در معنای اخصّ، شامل اقرار و شهادت شهود و علم قاضی می‌باشند ولی در معنای اعم اصول عملیه و امارات را

۱. احمدعلی، حمیتی واقف، همان کتاب، ص ۲۶۰.

نیز در برمی‌گیرد. البته، از آنجاکه فقهای اسلام اسناد کتبی را مورد جعل و تردید می‌دانستند، آن‌ها را مورد توجه قرار نداده‌اند (محقق حلی در شرائع الاسلام، می‌گوید چون در نوشته جعل می‌شود، نوشته نمی‌تواند ملاک باشد. شهید ثانی نیز در کتاب شرح لمعه در باب شهادت، نوشته «سند کتبی» را تا آن حد بی‌اعتبار می‌داند که می‌گوید اگر مدعی شاهی بی‌آورد و خود آن را تأیید کند و این شاهد شهادت خود را از روی نوشته‌ای که به خط خود اوست و دور از دسترس دیگران بوده است بخواند، این گواهی مردود است!) هرچند اگر اخلاقیات در جامعه بی‌رنگ شد، شهادت شهود و حتی سوگند نیز نمی‌توانند دلایل قاطعی بر اثبات دعوی باشند ولی به هر حال در فقه، اسناد رسمی در صورت اقامه دو شاهد بر صحت انتساب آن به صادرکننده سند، معتبر دانسته شده است و مستقلاً سند محکمی به حساب نیامده است. قسم نیز در بین ادله، از جایگاه بالایی برخوردار نیست.^۱

در هر صورت، قانون‌گذار با علم به اینکه حکمی که مستند آن اقرار باشد، بیش‌ترین احتمال اصابت با واقع را دارد، در ماده‌ی ۲۰۲ (آ.د.م.)، اعتبار خاصی برای آن قائل شده است. یعنی با آمدن اقرار در امور مدنی، مجالی برای سایر ادله از جمله اسناد و شهادت شهود و قسم باقی نمی‌ماند.

مبحث سوم: جانشین دلیل

۱- در فقه

در فقه دلیل به دلیل اجتهادی و فقهاتی تقسیم می‌شود:

الف- ادله‌ی اجتهادی

ادله‌ی اجتهادی: عبارت است از دلیل ظنی که حکم شرعی را برای ما اثبات می‌کند و بدان دلیل علمی، یعنی دلیلی که با دلیل قطعی حجیت آن ثابت شده، نیز می‌گویند. دلیل اجتهادی از زیر عنوان «اصالت عدم حجیه کل ظن» خارج است از ظنون معتبر شرعی به شمار می‌آید؛ مانند خبر واحد و اجماع.

ادله‌ی اجتهادی عبارت‌اند از:

قرآن، سنت، اجماع و عقل. حال در ذیل به توضیح هریک از این موارد می‌پردازیم:

۱. عبدالرسول، دیانی، ادله‌ی اثبات دعوی در امور مدنی و کیفری، چاپ سوم، تهران: تدریس، ۱۳۸۵، صص ۷۴-۷۵.

اول - قرآن:

قرآن، که در اصول فقه از آن بیشتر به «کتاب» تعبیر می‌شود، مهم‌ترین دلیل اثبات احکام است. اهمیت آن ناشی از آن است که اساس دین اسلام و کلام خداست و همه چیز دین اسلام حتی پیغمبری پیغمبر متکی به آن است. اعجاز قرآن مثبت آن است که آیات آن کلام خداست و در نتیجه محمد بن عبدالله (ص) حامل آن پیغام از طرف خدا (پیغمبر خدا) است. این قرآن است که تصریح می‌کند که آنچه محمد (ص) می‌گوید کلام و وحی الهی است:

«وما ینطق عن الهوی، إن هو الا وحی یوحی»^۱ او از روی هوس سخن نمی‌گوید. آنچه می‌گوید سروش عامل غیب است. قرآن مثبت حجیت ادله‌ی دیگر حتی گفته پیغمبر است زیرا این قرآن است که می‌گوید:

«وما اتاکم الرسول فخذوه و ما نهاکم عنه فانتهوا»^۲ آنچه فرستاده خدا بدهد (یا بگوید) فراگیرید و آنچه را نهی کند بپذیرید.

و «اطیعوا الله و الرسول»^۳ اطاعت کنید خدا و پیامبر را.

سنت پیامبر به مقدار زیادی بیان آیات قرآنی است.

قرآن کریم با اینکه قطعی است که کلام خداست و مسلم است که تمام آیات و کلمات آن گفته پیغمبر خداست، با این همه، دلالت همه آیات قرآنی قطعی نیست بلکه دلالت بعضی از آن‌ها قطعی و دلالت بعضی دیگر ظنی است. زیرا چنانکه قرآن خود گویاست «منه آیات محکمات هن ام الكتاب و آخر متشابهات»^۴، برخی از آن، آیات محکم (صریح و روشن) است. آن‌ها اساس کتاب‌اند و برخی دیگر متشابهات (که تأویل‌پذیرند). در آن محکم و متشابها، ناسخ و منسوخ، عام و خاص، مطلق و مقید و مجمل و مبین وجود دارد و از این رو دلالت آن در تمام موارد نمی‌تواند قطعی باشد. صاحب معالم این مطلب را امری واضح دانسته و در ضمن بحث از حجیت خبر واحد می‌نویسد: «و لوضوح ... کون الكتاب ظنی الدلالة» و محقق قمی در قوانین در همین بحث چنین می‌نویسد: «... الكتاب و ان کان قطعی الصدور و لکنه ظنی الدلالة»^۵

۱. سوره نجم (۵۳)، آیات ۲ و ۳.

۲. سوره حشر (۵۹)، آیه ۷.

۳. سوره آل عمران (۳)، آیه ۳۲.

۴. سوره آل عمران (۳)، آیه ۷.

۵. ابو القاسم بن محمد حسن، گیلانی (میرزای قمی)، قوانین الاصول، جلد ۱، بی جا: تفرشی، بی تا، ص ۳۰۹.

بنابراین استنباط از قرآن و استناد به آن برای اثبات احکام و مسائل در این زمان، منحصر و مختص است به فقها و مجتهدین و مفسرین که به زبان قرآن آشنا هستند، نصّ و ظاهر و مجمل و مأوّل آن را می‌شناسند و محکم و متشابه آن را می‌دانند و جز ایشان را کسی شایسته و روا نیست که به قرآن استدلال کند مگر به گونه نقل و حکایات از ایشان. و اینکه می‌بینیم و می‌شنویم برخی با بضاعت مزجات علمی یا حتی بدون اندک آشنایی با علوم اسلامی به آیات قرآنی متوسّل می‌شوند تا عقیده و نظریه‌ای را به اثبات رسانند، باید دانست که ایشان از حد خود تجاوز کرده و پا را از گلیم خود فراتر نهاده‌اند، مگر اینکه این کار به استناد عقیده مفسران و فقیهان باشد. به‌طور خلاصه اهمیت قرآن از نظر اصولی و از حیث دلیل بودن برای استنباط احکام بدیهی است و محتاج توضیح بیشتر نیست.

دوم - سنّت:

بند اوّل - تعریف سنّت:

دومین دلیل استنباط احکام اسلامی سنّت است. و اصولیون آن را چنین تعریف کرده‌اند: سنّت عبارت است از قول یا فعل یا تقریر معصوم (ع) در امور دینی. نقل و حکایات سنّت را روایت، حدیث و خبر گویند.^۱ منظور از قول و فعل، گفتار و کردار و منظور از تقریر سکوت و رفتار تأیید آمیز معصوم است نسبت به فعل یا عقیده‌ای که در حضور ایشان انجام یا مطرح شده و آن را رد نکرده باشند. عدم رد و سکوت معصوم تأیید ضمنی واقعه‌ای است که رخ داده و حجت و دلیل است. در اینجا باید اضافه کرد که سکوت معصوم در صورتی که ناشی از خوف و تقیه یا جهات دیگر باشد، نمی‌تواند دلیل جواز آن واقعه باشد، البته این گونه احتمالات باید ثابت شود و تا ثابت نشده تقریر معصوم حجت خواهد بود.^۲

در بیان سنّت دو تفاوت بین مذهب سنی و شیعه است که باید مورد توجه قرار گیرد. یکی اینکه به عقیده علماء شیعه گفتار و کردار و رفتار معصوم، که منظور از آن پیغمبر و دوازده امام و فاطمه (س) است، حجیت دارد و از غیر آنان خبری را نمی‌پذیرند.

۱. همان، صص ۴۰۹ و ۴۹۵.

۲. محمد، خضری بیک، اصول فقه، چاپ دوم، بی جا: بی نا، بی تا، ص ۷۶.

علمای اهل تسنن معتقدند که احادیثی هم که به یکی از صحابه یا تابعین صحابه منتهی می‌شود، حجت است.^۱ در نتیجه شیعیان اخباری را که خلفا یا افرادی مانند ابن عباس، ابن مسعود و غیره رسیده حجت نمی‌دانند و حال آنکه این اخبار به رأی سنّیان حجت است، نمونه این گونه سنت‌ها روایتی از ابن مسعود است که گفته: «ما راه المسلمون حسناً فیهو عند الله حسن» و اهل تسنن به این روایت عمل کرده‌اند. این روایت گفته‌ی ابن مسعود است نه حدیث پیغمبر. باید توجه داشت که اهل تسنن این گونه روایات را به عنوان فتوای صحابه حجت می‌دانند نه حدیث پیغمبر (ص) ولی به هر حال این اختلاف تعبیر عنوان ماهیت امر را تغییر نمی‌دهد.

تفاوت دیگر سنت در میان شیعه و سنی این است که شیعه سنن ائمه‌ی خود را حجت می‌دانند در حالی که سنی آن‌ها را در صورتی که از پیامبر نقل شده باشد، حجت می‌دانند.

بند دوم - حجیت سنت:

حجیت و اعتبار سنت نبوی (ص) مسلم و اجماعی است و احتیاجی به استدلال ندارد، با این حال می‌توان گفت دلیل حجیت آن قرآن کریم است که می‌فرماید:

«و ما اتاکم الرسول فخذوه و ما نهاکم عنه فانتهوا»^۲ آنچه را پیامبر اکرم (ص) برای شما می‌آورد (یا به شما می‌گوید) بپذیرید و از آنچه شما را منع می‌فرماید خودداری کنید.

درباره‌ی حجیت سنت بحثی که همیشه پیش می‌آید، نزاعی صغروی است یعنی در این بحث می‌شود که آیا حدیث مورد نظر واقعاً از پیغمبر (ص) رسیده است یا خیر و علم حدیث متکفل بیان سند احادیث است تا ثابت کند کدام حدیث از پیامبر است و کدام از او نیست.

بند سوم - نقش اثباتی سنت:

نقش اثباتی سنت در درجه‌ی اول بیان و توضیح قرآن است. چه، قرآن، چنانکه گذشت قواعدی کلی در زمینه احکام دارد و شرح و تفصیل آن‌ها موکول به سنت و احادیث است.

۱. ابی یحیی زکریا، النصارى الشافعی، غایة الاصول فی شرح لب الاصول، چاپ دوم، بی جا: قاهره، ۱۹۴۲م، ص ۱۰۶.

۲. سوره حشر (۵۹)، آیه ۷.

چنانکه در قرآن به اجمال آمده است که: «وَأَتُوا الزَّكَاةَ» و اما اینکه از چه مالی و در چه نصابی و به چه نسبتی و در چه وقتی باید زکات داد شرح آن مجمل در سنت نبوی آمده است. علاوه بر این گاهی در سنت احکام تشریعی هم دیده شده مثل اینکه میراث جدّه از طریق سنت ثابت شده و قرآن درباره آن ساکت است^۱ و نیز مانند: ذمی بودن مجوس به دلیل حدیث: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ» با ارتشیان مانند اهل کتاب رفتار کنید.

سوم - اجماع:

بند اول - تعریف اجماع:

اجماع در لغت به دو معنا آمده است: یکی به معنای عزم و قصد و نیت چنانکه در این حدیث است: «لَا صِيَامَ لِمَنْ لَمْ يَجْمَعْ الصِّيَامَ مِنَ اللَّيْلِ»^۲ کسی که از شب نیت روزه ندارد روزه دار نیست. دوم به معنای اتفاق و بیشتر به همین معنا استعمال شده است. برای اجماع دو تعریف ذکر می کنیم تا یکی مسلک سنیان را بازگو کند و دیگری حاکی از مشرب علمای شیعه مذهب باشد.

میرزای قمی از علمای مذهب شیعه اجماع را چنین تعریف می کند: اجماع عبارت است از اتفاق جماعتی، که اتفاق آن ها کاشف از رأی معصوم باشد، برای امری از امور دینی^۳. غزالی از علماء اهل تسنن می گوید: اجماع عبارت است از اتفاق امت محمد (ص) بر امری از امور دینی. و توضیح می دهد که منظور از امت مجتهد صاحب فتوا است و اتفاق همه مردم حتی عوام و یا علماء سایر رشته های علمی لازم نیست^۴. به عبارت دیگر در نظر غزالی برای تحقق اجماع اتفاق کسانی که در مسائل دینی صاحب نظر هستند لازم است و آن ها که در این رشته تخصصی ندارند یا اصلاً اطلاعی ندارند، نظرشان نمی تواند در تحقق اجماع مؤثر باشد.

۱. مصطفی، احمد الرزقا، الفقه الاسلامی فی ثوب الجدید، چاپ هشتم، بی جا: بی نا، بی تا، ص ۷۵.

۲. محمد حسین بن محمد، رحیم، فصول فی الاصول، بی جا: خوانساری، بی تا، ص ۲.

۳. میرزا ابوالقاسم، گیلانی (میرزای قمی)، همان کتاب، صص ۳۴۶-۳۴۷.

۴. محمد بن محمد، غزالی (شافعی)، المستصفی من علم الاصول، جلد ۱، بیروت: شرکة دار الارقم بن ابی الارقم، ۱۱۱۹ هـ، صص ۱۷۳ و ۱۸۱.

بند دوم - فرق اجماع بنا بر عقیده علمای سنی و شیعه:

با دقت در دو تعریفی که گذشت، روشن می‌شود که فرق عمده اجماع در این دو مکتب این است که بنا به عقیده سنیان حجیت اجماع به واسطه خود آن است و به این جهت حجیت است که چنانکه پیغمبر اسلام فرموده: «لا تجتمع اُمّتی علی الخطأ» امت اسلام به خطا و باطل اتفاق نمی‌کنند. و نمی‌توان قبول کرد که مسئله‌ای را که همه دانشمندان متفقاً بر آن هم‌عقیده‌اند، اشتباه و خطا باشد. بنا بر اینکه روایت مزبور به عقیده شیعه صحیح نبوده حجیت اجماع در مسلک امامیه بدین جهت است که کاشف از رأی معصوم بوده و فقط در این صورت حجّت است. پس حجیت اجماع در این مذهب به واسطه خود آن نیست بلکه به واسطه‌ی رضای پیغمبر یا امام است که اتفاق علماء حاکی و کاشف از آن است. فرق دیگر اینکه به مشرب علمای سنی اتفاق مجتهدین لازم است تا اجماعی به وجود آید و حال آنکه در طریقه شیعه اتفاق کلی لازم نیست. به خصوص اگر مخالف شناخته‌شده و به اصطلاح «معلوم النسب» باشد چون معلوم است که او معصوم نیست و مخالفتش مضر نمی‌باشد.

می‌توان گفت بین اجماع شیعه و سنی از این لحاظ عموم و خصوص مطلق است، هر جا اجماع به عقیده سنیان حاصل شود اجماع شیعه هم حاصل شده ولی ممکن است بعضی موارد باشد که شیعه آن را اجماع بداند ولی سنیان ندانند چنانکه در مخالفت شخص معروف و شناخته‌شده این وضع پیش می‌آید.

چهارم - عقل:

بند اول - تعریف دلیل عقلی:

دلیل عقلی عبارت است از حکمی عقلی که با درک صحیح آن ممکن باشد حکمی شرعی به دست آید. چنانکه در مسئله تراحم احکام، عقل حکم می‌کند به تخییر مثلاً هرگاه شخصی موظف به نگهداری دو نفر باشد و ببیند که هر دو دچار سيل و یا طوفان شده‌اند و در معرض هلاکت هستند و برای او فقط نجات یکی از آن‌ها ممکن باشد و هیچ‌یک هم بر دیگری ترجیحی نداشته باشد، عقل حاکم است به اینکه این شخص در نجات هر یک از آن‌ها مخیر است. این حکم عقل و درک عقلی موجب تحسین فاعل و ثواب شرعی است.^۱ و از این روی می‌گویند حکم عقلی دلیل حکم شرعی است و برای بهتر

۱. ابوالحسن، محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ بیست و نهم، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۶ش، ص ۴۵.

و روشن شدن مطلب می‌توان تعریف بالا را چنین بیان کرد: دلیل عقلی عبارت است از ادراک عقلی که بتواند زمینه‌ی حکم شرعی قرار گیرد.

بند دوم - قاعده تلازم بین حکم عقل و حکم شرع:

در اصول قاعده‌ای است که می‌گوید: «**كُلُّ مَا حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ حَكْمٌ شَرْعِيٌّ**» یعنی هر چه را عقل حکم کند شرع هم حکم می‌کند و برعکس اکنون می‌خواهیم ببینیم این قاعده چیست و تا چه حد درست است؟ به طوری که دیده می‌شود، این قاعده خود مرکب از دو قاعده است.

قاعده اول - «**كُلُّ مَا حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ حَكْمٌ شَرْعِيٌّ**» معنای این قاعده این است که هر چه را عقل بفهمد و درک کند شرع نیز آن را چنانکه عقل پذیرفته است می‌پذیرد. یعنی اگر عقل کاری را خوب و مفید تشخیص دهد و آن را لازم شمارد مثل دفاع از جان و ناموس و مال، شرع هم آن را لازم می‌شمارد و اگر عقل کاری بد و زیان‌آور ببیند و منع کند، مثلاً تجاوز به حقوق دیگران، شرع هم آن را منع می‌کند و حرام می‌شمارد. دلیل بر این مطلب این است که احکام شرع چنانکه علمای شیعه و اهل تسنن معتقدند مبتنی است بر مصالح و مفاسدی که از انجام آن عمل به مردم می‌رسد. پس وقتی عقل در انجام کاری مصلحتی ببیند شرع هم آن را توصیه می‌کند و چنانچه انجام کاری مفسده و زیان داشته باشد و عقل آن را مضر و بد تشخیص دهد شرع نیز آن را ممنوع و حرام خواهد دانست. این قاعده به نحوی که بیان شد نشان‌دهنده این حقیقت است که عقل یکی از ادله‌ی شرع است. متکلمین امامیه این معنا را به بیانی لطیف آورده‌اند، آن‌ها می‌گویند: فرستادن پیامبران و کتب آسمانی لطفی است از ناحیه‌ی حق تعالی بر این لطف همانا کمک و یاری‌دادن به عقل بشری به وسیله راهنمایی‌های پیامبران در جهتی که وظیفه قوه عاقله بشری است.^۱

قاعده دوم - «**كُلُّ مَا حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ حَكْمٌ بِالْعَقْلِ**» معنای این قاعده این است که هر چه را شرع و دین حکم کند عقل نیز می‌پذیرد. این معنا در بدو امر مواردی از شک و تردید را به ذهن می‌آورد زیرا بدیهی است که در بسیاری از موارد شرع احکامی دارد که عقل را در آن‌ها راهی نیست. مثلاً در عبادات که شرع کیفیات خاصی مقرر داشته و شرائط و مواعی پیش‌بینی کرده عقل ساکت است البته عقل می‌پذیرد که شکر منعم واجب و عبادت خداوند بزرگ پسندیده و لازم است ولی اینکه با این کیفیت خاص و شرایط

۱. حسین، نائینی، تقریرات، جلد ۳، بی‌جا: بی‌نا، بی‌تا، صص ۶۰-۶۱

مخصوص باشد عقل در این باره ساکت است. با توجه به این موارد شک و تردید اصولیون این قاعده را چنین توجیه کرده‌اند که اگرچه در بعضی موارد عقل از درک حقائق قاصر است و حکمی ندارد ولی اگر فرض کنیم که دید عقل کامل می‌بود و بر مصالح و مفاسدی که شرع می‌بیند وقوف و اطلاع می‌یافت او نیز چون شرع حکم می‌کرد: کارهای مفید و واجد مصلحت را که شرع بدان امر کرده لازم می‌دانست و کارهای مضر و مفسده‌انگیز را که شرع تحریم کرده او نیز منع می‌کرد. البته در بسیاری از موارد عقل می‌تواند جهات مصلحت و مفسده کارها را تشخیص دهد و در نتیجه پا به پای شرع امر و نهی کرده و آنچه را شرع بدان حکم کرده او هم حکم کند. مثلاً در باب عده، شرع برای حفظ نسب و جلوگیری از اختلاط نسل و احترام رابطه پیشین، عده را برای زن مطلقه و بیوه لازم دانسته است عقل هم آن را می‌پذیرد.^۱

ب- ادله‌ی فقهی:

بند اول- تعریف ادله‌ی فقهی:

برای هر مکلفی سه حالت نسبت به احکام شرعی متصور است: «قطع»، «ظن» و «شک» که در صورت سوّم که همان شک در حکم واقعی است وظیفه مکلف این است که به اصول عملیه مراجعه کند. به بیان دیگر، تا دلیل قطعی (مثل خبر متواتر) یا دلیل علمی (مثل ظنون معتبره‌ای که دلیل قطعی، حجیت آن‌ها را اثبات کرده است، مثل خبر واحد و بدان امارات و ادله‌ی اجتهادی می‌گوییم وجود دارد، «توبت به اصول عملیه نمی‌رسد». اما اگر دلیل قطعی یا ظنی وجود نداشت «ناچار باید به اصول عملیه رجوع کنیم». بنابراین اصول عملیه که به آن ادله‌ی فقهی هم گفته شده است عبارت‌اند از اصولی که شارع مقدس آن‌ها را برای رهایی مکلف از شک در حکم واقعی شرعی مقرر نموده است.

بنابراین برای اینکه مکلف از سرگردانی و بلاتکلیفی نجات یافته و یکی از دو طرف شک را اختیار کند چهار قانون یا اصل تأسیس شده و این اصول را شیخ مرتضی انصاری اعلی‌الله مقامه منحصر به چهار اصل یا قاعده می‌داند که عبارت‌اند از:

۱- اصل برائت ۲- اصل احتیاط ۳- اصل تخییر ۴- اصل استصحاب.

این اصول مورد تأیید و تصدیق عقل و شارع است و تکالیف مکلف را از لحاظ عمل در مواضع شک تعیین می‌نماید. حجیت اصول عملیه از لحاظ کاشفیت آنها نیست و با

۱. ابوالحسن، محمدی، همان کتاب، صص ۲۰۶-۲۰۸.

واقعیات امور سرکار ندارد و به عبارت دیگر حجّیت آنها از لحاظ کاشفیت نیست، بلکه از باب موضوعیت می‌باشد.

اصول عملی در مورد جهل به حکم و دستور قانونگذار اعمال می‌شود: در مورد شکّ در حکم (تکلیف) چهار حالت پیش می‌آید یا در وجود حکم شکّ وجود دارد یا در رفع حکم چنانکه در اصل حکم شکّ داشته باشیم اصل برائت جاری می‌شود و اگر به وجود حکمی یقین داشته و رفع حکم مورد شکّ باشد به اصل استصحاب متوسل می‌شویم ولی اگر شکّ در وضع حکم و رفع حکم یکسان باشد اصل تخییر به کار می‌رود و دانشمندان اخباری گفته‌اند در مقام شکّ در حکم به اصل احتیاط متوسل می‌شویم.^۱

بند دوم - اصل برائت:

هرگاه برای دسترسی به حکمی تا اندازه ممکن سعی و جدّیت شود ولی حکم واقعی به دست نیاید (به علت فقدان نصّ یا اجمال و ابهام آن و یا تعارض نصّین) شکّ در تکلیف باقی می‌ماند و آن را شبهه حکمیة نامیده‌اند. اصولیون می‌گویند در این موارد که حالت سابقه در آن ملحوظ نیست (شکّ ابتدائی) و احتیاط هم به حکم عقل و شرع واجب نشده پس باید اصل برائت جاری شود.

مثلاً هرگاه بین وجوب و حرمت چیزی شکّ باشد بنا بر عقیده اصولیون اصل برائت جاری شده و بنا بر عدم حرمت گذارده می‌شود و اگر بین حکم ایجابی و حکم غیر تحریمی تردید باشد متّفق علیه بین اصولیون و اخباریون جاری کردن اصل برائت است یعنی به عدم وجوب حکم می‌شود.

و هر گاه بین حکم ایجابی و تحریمی شکّ باشد اگر منشاء شک فقدان نصّ یا اجمال نصّ باشد باید اصل برائت جاری شود. بدین معنی که هم نسبت به حکم ایجابی و هم نسبت به حکم تحریمی اصالت العدم جاری گردیده و حکم به اباحه آن می‌شود ولی اگر منشاء شکّ تعارض نصّین باشد اصل تخییر جاری شده و مکلف مخیر است که به هر یک از آن دو که بخواهد عمل نماید. و گاه حکم شرع یا قانون معلوم است ولی نسبت به اینکه مورد نظر از مصادیق حکم است یا خیر حصول شکّ شده است. مثلاً می‌دانیم که هر مدیونی باید و تکلیف دارد که دین خود را ادا کند ولی در اینکه زید مدیون است یا نه؟ شکّ داریم، این مورد که شبهه در موضوع حکم است شبهه موضوعیه نامیده شده و در شبهه موضوعیه که ناشی از شکّ ابتدائی باشد مطلقاً اصل برائت جاری می‌شود.

۱. محمدرضا، مظفر، کاملترین ترجمه و تبیین اصول فقه، جلد ۱، همان، ص ۲۳.

جاری کردن اصل برائت در شبهات حکمیّه محل اشکال است و می‌گویند باید به جستجو ادامه داد تا دلیل کافی بر بودن و یا نبودن حکم شارع به دست آید زیرا اگر حکمی وجود داشته باشد ولی ما آن را ندانیم نمی‌توان اصل عدم حکم را جاری کرد. این قاعده فقهی در حقوق عرفی هم مورد توجه قرار گرفته و یکی از اصول اساسی حقوق این است که چهل به حکم قانون رفع تکلیف نمی‌کند و چنین ادّعی مسموع نیست ولی در شبهات موضوعی جستجویی ضرورت ندارد و اصل برائت جاری شده و حکم بر عدم تسری حکم بر موضوع می‌کنیم.^۱

برای صل برائت دلائل زیر را ذکر کرده‌اند:

الف- قرآن کریم:

۱- (وما کنا معذبین حتی نبعث رسولا)^۲

۲- (لا یكلف الله نفساً الا ما اتیها...)^۳

ب- سنت:

۱- حدیث رفع «رفع عن امتی تسه اشیاء الخطاء و النسیان و ما استکرهاوا علیه و ما لا یعلمون و ما لا یطیقون و ما اضطرّوا علیه و الحسد و الطیره و التفکر فی الخلق ما لم ینطق بشفه»^۴

۲- حدیث حجب «ما حجب الله علمه عن العباد فهو موضوع عنهم»^۵

۳- حدیث سعة «الناس فی سعة ما لا یعلمون»^۶

ج- عقل:

دلیل عقلی اصل برائت را قاعده «قبح عقاب بلا بیان» قرار داده‌اند که این قاعده‌ی عقلی از آیه‌ی «ما کنا معذبین حتی نبعث رسولا» استنباط می‌شود که می‌فرماید ما کیفر نمی‌دهیم کسی را تا بیانی به او نرسیده باشد.

با توجه به ادله‌ی چهارگانه که ذکر نمودیم در مواردی که شک ابتدائی نسبت به آن باشد خواه شبهه حکمی و خواه موضوعی و خواه شبهه وجوبی و یا تحریمی، مکلف به استناد اصل برائت در شبهه وجوبی آن را ترک و در شبهه تحریمی آن را ایجاد می‌کند.

۱. جعفر، سبحانی، الموجز فی اصول فقه، چاپ دوم، قم: میزان، ۱۳۸۶ش، ص ۱۱۷.

۲. سوره اسراء (۱۷)، آیه ی ۱۵.

۳. سوره طلاق (۶۵)، آیه ۷.

۴. محمدبن علی، ابن بابویه (صدوق)، خصال، قم: جامعه مدرسین، ۱۴۰۳هـ.ق، ص ۴۱۷.

۵. محمدبن حسن بن علی، حرّعاملی، وسائل الشیعه، جلد ۲۷، همان، ص ۱۶۳.

۶. محمدبن حسن بن علی، حرّعاملی، وسائل الشیعه، جلد ۲، همان، ص ۱۰۷۳.

بند سوم - اصل احتیاط:

اگر تکلیف اجمالاً برای ما معلوم باشد و در انجام آن تردید حاصل شود باید اصل احتیاط را جاری کنیم بدین معنی که عمل را طوری انجام دهیم که به طور قطع یقین حاصل نماییم که تکلیف انجام شده است. خلاصه اینکه اگر علم به تکلیف باشد (اشتغال ذمه) باید عمل را طوری انجام دهیم که یقین به برائت پیدا کنیم. علمای اخباری گفته‌اند در مواردی که حکم و تکلیف مشکوک باشد باید اصل احتیاط را جاری کنیم بنابراین اگر به واجب بودن امری شک داشته باشیم بنا به عقیده آنان باید اصل «احتیاط» را جاری کنیم یعنی به آن امر عمل نماییم و اگر حرمت چیزی مورد شک ما باشد بر طبق این اصل باید از انجام آن امر خودداری کرد.^۱

بند چهارم - اصل تخییر:

قاعده تخییر در شبهه حکمیه (بین وجوب و حرمت) که از تعارض دو نص حاصل می‌شود جاری خواهد شد؛ یعنی اختیار عمل با خود مکلف است لذا هر یک از این دو طرف شک را اختیار کند عقابی برای او نیست. اما همین که یکی از دو طرف را انتخاب کرد دیگر عدول از آن جایز نیست زیرا این عمل با مقتضای تکلیف که دایر مدار وجوب و حرمت است مخالفت دارد.

بند پنجم - اصل استصحاب:

جامع‌ترین تعریف از استصحاب عبارت است از **إبقاء ما کان**، یعنی حکم بر بقاء چیزی که وجودش در سابق یقینی بوده است. بدین توضیح هرگاه وجود چیزی در سابق متیقن باشد و بعد به جهتی بقاء آن مورد شک قرار گیرد، به شک حادث اعتناء نشده و وجود آن چیز کماکان باقی فرض می‌شود و به اصطلاح مستصحب می‌گردد. مثلاً به زنده بودن فردی در سابق یقین داریم و بعد از گذشت مدتی در زنده بودن آن فرد تردید می‌کنیم. چنانچه دلیل خلاف زنده بودن او در بین نباشد، بنا به اصل استصحاب زنده بودن مشارالیه استصحاب می‌شود.^۲

۱. جعفر، سبحانی، الموجز فی اصول الفقه، همان، ص ۱۳۹.

۲. محمدرضا، مظفر، اصول فقه، جلد ۱، همان، ص ۱۰۵.

۲- در حقوق

الف- اصول عملیه جانشین:

اصل براءت، اصل استصحاب، اصل عدم، اصل تأخر حادث و اصل احتیاط، از جمله‌ی اصول عملیه عقلیه هستند و اقرار، سند، سوگند، شهادت، اماره، کارشناسی، تحقیق محلی و معاینه محلی دلائل و ابزار اثبات دعوی هستند، یعنی باید یک یا چند مورد از این ادله ارائه شود تا حق را از مرحله ثبوت به مرحله اثبات برساند. اما اگر دلیلی وجود نداشت یا کافی نبود دادگاه، به چه اتکائی باید تصمیم بگیرد؟ این نقاط اتکاء را اصول عملیه یا اصول عقلیه می‌گویند، برای اینکه در عمل مورد استفاده دارند و تصمیم گیرنده را از حالت شک و تردید خارج می‌سازد.

اصول عقلیه می‌گویند، برای اینکه عقل آدمی اجرای این اصول را می‌پسندد چون از عقل سرچشمه می‌گیرند مهمترین اصولی که دادگاه به آن اتکاء می‌نماید اصل براءت، استصحاب، اصل عدم و تأخر حادث است.

وقتی که قاضی به موضوع علم ندارد، و دلالی نیست که برای او حجت باشد و با دو احتمال مواجه است که هیچ کدام را نتواند بر دیگری ترجیح دهد، باید راهی بیابد که این حالت شبهه یا شک یا تردید را کنار گذارد، دادگاه به این اصول عملیه عقلیه متوسل می‌شود. شبهات قاضی ممکن است از نوع شبهه حکم باشد یعنی در وجود قانون یا در تعارض بودن آن، یا صریح و روشن نبودن آن تردید داشته باشد یعنی نداند که نظر قانونگذار در آن مورد چیست؟ تکلیفی معین کرده یا نکرده، مثلاً نمی‌داند معتاد قابل مجازات است یا نه یعنی حکمی، قانون دارد یا ندارد. (در شبهات حکمیه نمی‌توان از اصل براءت استفاده کرد و گفت اصل براءت است و بنابراین حکمی وجود ندارد، باید جستجو و تفحص کرد تا دلیل کافی بر بودن یا نبودن حکم به دست آید. اگر حکمی باشد و ما به آن جاهل باشیم نمی‌شود با جاری کردن اصل، خود را از آن حکم معاف بدانیم و یکی از اصول اساسی حقوق این است که چهل رفع تکلیف نمی‌کند یعنی از کسی پذیرفته نیست که مدعی چهل به قانون باشد. دلیل وجوب بر جستجو در شبهات حکمی علاوه بر اجماع از جمله‌ی آیه‌ی شریفه «فاسئلوا اهل الذکر ان کنتم لا تعلمون»^۱ است.

در شیوه قانونگذاری امروز جایی برای شبهه حکمیّه تقریباً باقی نیست با وجود مدوّن بودن قوانین، قاضی با سرعت به نتیجه می‌رسد ولی برای فقها شبهه حکمی جای بحث فراوان داشت و به همین جهت آن را به انواعی تقسیم کرده بودند.

بند اوّل - اصل استصحاب:

استصحاب در لغت به معنی همراه داشتن و همراهی است و در اصطلاح حقوقی معنائی نزدیک به معنای لغوی دارد و تعریف آن را به «**ابقای ما کان**» می‌کنند یعنی حکم به بقاء آنچه قبلاً وجود داشته، به این ترتیب که هرگاه یقین باشد که شخصی در زمانی وجود داشته و حالا شکّ داشته باشیم که وجود دارد یا خیر او را موجود فرض می‌کنیم و آثار و احکام زنده بودن را بر او جاری می‌سازیم اموال و دارائیش همچنان به نام او باقی می‌ماند و بین ورثه‌ی احتمالی تقسیم نمی‌شود و همسر او همچنان باید همسر او بماند مگر اینکه حکم موت فرضی صادر شود. از عناصر اصل استصحاب: ۱- یقین سابق ۲- شک لاحق ۳- وحدت متیقن و مشکوک ۴- تعدد زمان متیقن و مشکوک ۵- تقدم زمان متیقن بر زمان مشکوک ۶- وحدت زمان شکّ و یقین می‌باشد.

در مواردی که نسبت به وجود و عدم چیزی که در سابق محقق و محرز بوده تردید حاصل شود و حالت سابق را به زمان حال سرایت می‌دهند و از شکّ و تردید خارج می‌شوند یعنی با وجود یقین سابق به تردید و شکّ فعلی توجه نمی‌شود. این اصل در امر قضاء کار برد زیاد دارد وقتی خواهان دادخواستی را تسلیم دادگاه می‌کند و محکومیت خوانده را نسبت به مورد خواسته طلب می‌نماید، دادرس دادگاه در تلاش است که بداند حق مورد مطالبه در زمان رسیدگی موجود است یا نه؟ اگر چنین حقی را احراز نماید باید به نفع خواهان حکم صادر نماید. بعضی از دلائل مثل اقرار و سوگند از نظر قضائی حق را در زمان حکم مسلّم می‌دارد، در اقرار مقرر اخبار به وجود حقّ در زمان اقرار برای خواهان می‌نماید و در سوگند نیز یاد کننده سوگند اگر خوانده باشد خداوند را گواه به وجود حقّ برای خود در زمان سوگند برای خود قرار می‌دهد. اما گاهی ادله‌ی ابرازی، سند یا گواه است مثلاً سندی حکایت از مدیونیت خوانده به خواهان می‌نماید وجود دین در زمان تنظیم سند بر دادرس محرز می‌گردد یا وقتی شاهد گواهی می‌دهد دین را در زمان ملاحظه شاهد ثابت می‌کند و به تنهایی کافی نیست که حقّ مورد ادّعا را در زمان صدور حکم ثابت کند. در این موارد دادرس با استعانت از اصل استصحاب به وجود حقّ در زمان صدور حکم می‌رسد ماده ۳۵۷ آ.د.م. در تأیید همین اصل می‌گوید: «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد اصل، بقاء آن است مگر اینکه خلافش ثابت شود.»

اصل استصحاب هم در مسائل موضوعی (مثل اینکه موضوع و قضیه ای محل شک و تردید قرار بگیرد. احکامی که دادگاه ها به استناد ماده ۳۵۷ آ.د.م. صادر می کنند غالباً متضمن استفاده از استصحاب موضوعی است. با ارائه سندی که داین بر سابق دین ارائه می دهد دین سابق مورد یقین قرار می گیرد. ادعای مدیون بر پرداخت، در مرحله شک و تردید و بدون دلیل است دادگاه حالت سابق را به زمان حال سزایت داده علیه خوانده حکم صادر می کند.) جاری است و هم در مسائل حکمی. (هرگاه سابقاً مسئله ای حکم مسلم داشته مثل اینکه اتفاق والدین به فرزند واجب و به موجب قانون مقرر شده است، اکنون پس از سالها در وجود این حکم تردید می شود آیا همان قانون به قوت خود باقی است یا به نحوی از بین رفته است؟ بقای حکم سابق استصحاب می شود.) اگر دینی به عهده کسی ثابت گردید و تردید کردیم که مدیون دین را پرداخت کرده یا نپرداخته، وجود دین سابق را استصحاب می کنیم. همچنین اگر تردید داشته داشتیم که قانون حاکم بر موضوع که قبلاً وجود داشته اکنون باقی است یا نسخ شده است، تا زمانیکه نسخ صریح و یا ضمنی آن را نیابیم بقای آن را استصحاب می کنیم. بعضی بین استصحاب عدمی و اصل عدم، تفاوتی قائل نگردیده استصحاب عدمی را نمی پذیرند و می گویند عدم، نیازی به اثبات ندارد تا با کمک اصل استصحاب ثابت شود، قاعده عدم خود قاعده ای مستقل و عقلی است هم شرع، هم قانون و هم عرف آن را پذیرفته اند، اینکه می گویند **البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر**، مبین قاعده عدم است و ماده ۳۵۹ قانون مدنی هم جلوه ای از همین اصل عدم است. (ماده ۳۵۹ قانون مدنی می گوید «هرگاه دخول شیئی در مبیع عرفاً مشکوک باشد آن شیء داخل در مبیع نخواهد بود» یعنی اصل، عدم است.) در اصل عدم، سابقه مورد توجه نیست. (تفاوت اصل عدم و استصحاب عدمی در این است که استصحاب یقین سابق را می خواهد در حالیکه اصل عدم، به سابق بی توجه است).^۱

بند دوم- اصل برائت:

یعنی اصلی که عدم تکلیف را اظهار می نماید و شخص را از تردید و شک خارج می سازد. بر مبنای این اصل کسی را در برابر دیگری نمی توان مدیون شناخت مگر اینکه خلاف آن با دلیل ثابت شود.

ماده ۳۵۶ آئین دادرسی مدنی می گوید:

۱. امیرحسین، شیخ نیا، ادله اثبات دعوی، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵ش، ص ۱۹۴.

«اصل برائت است بنابراین اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد باید آن را اثبات کند و آلا مطابق این اصل، حکم به برائت مدعی علیه داده خواهد شد». دلیل حجیت برائت، قاعده عقلی قبح عقاب بلا بیان است. (از اخبار حدیث رفع و حدیث حجب «ما حجب الله علمه عن العباد فهو موضوع عنهم») قاعده‌ای همگانی که مکان، زمان و شرع و قانون در آن تاثیری ندارد. قانون اساسی در فصل حقوق ملت اصل برائت را جزء حقوق اساسی افراد شناخته و در اصل ۳۷ می‌گوید: «اصل، برائت است و هیچکس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد». بنابراین در امور جزائی متهم و در امور حقوقی مدعی علیه لازم نیست دلیلی بر برائت خود بیاورند زیرا در پناه همین اصل قرار دارند. در همه سیستمهای حقوقی این اصل پذیرفته شده و بار دلیل را به عهده مدعی گذاشته‌اند. مدعی کسی است که در مقام اثبات امری بر خلاف اصل برائت قیام می‌کند. اعمال اصل برائت در مسائل موضوعی محل تردید نیست و تکلیف داریم هر ادعائی را که فاقد دلیل باشد بی‌مورد تلقی کنیم و هر اتهامی را که فاقد دلیل باشد بی‌مبنا بشناسیم. کاربرد اصل برائت در مراجع قضائی اعم از جزائی و حقوقی فوق العاده است.^۱

وقتی گفته می‌شود مدعی باید تمام دلائل خود را در دادخواست قید کند و اسناد خود را ضمیمه سازد برای همین است که از سدّ اصل برائت بگذرد. دادخواست فاقد دلیل اگر با انکار و یا سکوت خوانده مواجه شد، بلا اثر است. دادگاه نمی‌تواند سکوت خوانده و عدم دفاع او را دلیل اشتغال ذمه او بداند و به نفع خواهان حکم صادر کند بلکه باید اصل برائت را به نفع خوانده، اساس صدور حکم قرار دهد. همین ملاک برای کلیه دعاوی عینی و مالی جاری است و حتی در مواردی که قسمتی از خواسته همراه با دلیل است و قسمت دیگر از آن فاقد دلیل، اصل برائت، تکلیف قسمت بدون دلیل را معین می‌نماید. مثلاً کسی مطالبه یک صد هزار تومان طلب خود را دارد و مجموع دلائلی که ابراز می‌دارد فقط ششصد هزار تومان دین را ثابت می‌کند، نسبت به بقیه که مورد شک و تردید است اصل برائت جاری می‌شود. دادگاه نمی‌تواند وجود اسناد و شهاداتی که برای ششصد هزار تومان دین ارائه شده قرینه بقیه مورد ادعا قرار بدهد چنین قرینه‌ای کافی نیست. البته امارات قضائی که در هر دعوائی شناسائی آن با قاضی است و او باید ارزش آن را معین کند. اگر چنین اماراتی به نفع خواهان وجود داشت طبعاً اصل برائت را متزلزل می‌سازد تا آنجا که ممکن است دادگاه به اتکاء قرائن و امارات دین را محرز تشخیص بدهد و به نفع خواهان حکم صادر بکند.

۱. جلال‌الدین، مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، چاپ هشتم، تهران: خانه کتاب، ۱۳۸۴، ص ۲۹۶.

بند سوم - اصل تأخر حادث:

در صورتی که دو امر در خارج محقق باشد و تاریخ وقوع یکی از آن دو امر مجهول و تاریخ وقوع دیگری معلوم باشد، با اعمال اصل تأخر حادث، فرض می‌شود امری که تاریخ وقوع آن مجهول بوده پس از امری که تاریخ وقوع آن معلوم است واقع شده است. قانون مدنی این اصل را در مسئله‌ی ارث در ماده ۸۷۴ به کار برده است که می‌گوید: «اگر اشخاصی که بین آنها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد، فقط آنکه تاریخ فوتش مجهول است از آن دیگر ارث می‌برد.» مثلاً زن و شوهری مسافرت می‌روند و پس از مدتها مشخص می‌گردد هر دو فوت کرده‌اند اما فقط تاریخ فوت زن ثبت شده و معلوم است، در حالیکه تاریخ مرگ شوهر معلوم نیست و در نتیجه مشخص نیست در زمان فوت زن، حیات داشته یا قبل از آن در گذشته. طبق این اصل حیات شوهر تا زمان فوت زن استصحاب می‌شود، یعنی آنکه تاریخ فوتش مجهول است، در زمان فوت دیگری زنده فرض می‌شود و ارث تلقی می‌گردد. در واقع اصل تأخر حادث نتیجه اصل استصحاب است.^۲ در مثال فوق حیات شوهر تا نقطه فوت زن که زمان آن معین است استصحاب می‌گردد و در حالیکه اگر تاریخ فوت هیچ یک معلوم نباشد اصل تأخر حادث در هریک با اصل تأخر حادث در دیگری تعارض پیدا می‌کند و هر دو ساقط می‌شوند. به همین جهت ماده ۸۷۳ ق.م. می‌گوید: «اگر تاریخ فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث می‌برند مجهول و تقدم و تأخر هیچ یک معلوم نباشد، اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمی‌برند مگر آنکه موت به سبب غرق یا هدم واقع شود که در این صورت از یکدیگر ارث می‌برند.»^۳

بند چهارم - اماره قانونی:

به موجب ماده ۱۳۲۲ ق.م. «اماره قانونی اوضاع و احوالی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده مثل امارات مذکوره در این قانون، از قبیل مواد ۳۵ و ۱۰۹ و ۱۱۰ و ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ و غیر آنها و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر». پس دلالت وجود امر یا مجموعه‌ای از امور (اوضاع و احوال) بر وجود امر دیگر (امر مورد ادعا) اگر به حکم قانون باشد، اماره قانونی (Presomption legale) خوانده می‌شود. بنابراین مبنای امارات قانونی

۱. ابوالحسن، محمدی، همان کتاب، ص ۲۵۸.

۲. جلال‌الدین، مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، همان، ص ۲۹۸.

۳. جلال‌الدین، مدنی، ادله‌ی اثبات دعوی، همان، صص ۲۹-۳۰.

غلبه (غلبه بر حسب اخبار واصله‌ی مفید علم عادی است) یا حکم عقل است در واقع قانونگذار با استقراء در بیشتر مصادیق یک چیز به این نتیجه می‌رسد که همه آنها از یک کیفیت برخوردار و در یک اثر مشترک می‌باشند لذا این استقراء وسیله کشف غلبه که بستر اماره قانونی است می‌باشد و قانونگذار با توجه به مصالح عام حکم مذکور را که ناشی از غلبه است نسبت به مصادیق مجهول تسری می‌دهد مگر اینکه خلاف اماره در مورد مجهول ثابت شود.^۱ مثلاً مردم عمدتاً از وسائل شخصی خود استفاده کرده و در اموال خود تصرف می‌نمایند حال اگر در یک مورد تردید باشد و دلیلی در دست نباشد آن را مشمول حکم غالب می‌کنیم. فرض کنید احمد متصرف ملکی به عنوان مالک می‌باشد و دیگری ادعای مالکیت نسبت به همان ملک کند اما برای اثبات ادعای خود دلیلی در دست نداشته باشد در این گونه موارد متصرف را مالک می‌شناسیم. تا وقتی که مدعی بتواند با اتیان دلیل اماره تصرف را متزلزل کند.

با توجه به مطالب فوق، امارات قانونی، اماراتی است که طبق ماده ۱۳۲۲ ق.م. دلیل بر امری باشد. بنابراین شایسته است که برخی از ویژگیهای امارات قانونی را بر شماریم: ۱- امارات قانونی مبتنی بر غلبه است و از مقوله ظنون نمی‌باشد زیرا به شرحی که بیان شد قانونگذار با استقراء در بیشتر مصادیق یک چیز در می‌یابد که همه آنها در یک اثر مشترک می‌باشند بنابراین استقراء مذکور وسیله کشف غلبه می‌باشد. مانند تصرف به عنوان مالکیت که دلیل بر مالکیت است. ۲- امارات قانونی طریقت دارد یعنی راه رسیدن به مجهول می‌باشد. ۳- امارات قانونی کلیت دارد به عبارت دیگر نوعی می‌باشد و بر همه مصادیق خود دلالت دارد. ۴- امارات قانونی به حکم قانون دلیل بر امری است و این امر مهمترین ویژگی امارات قانونی است. بنابراین اولاً بسیط است نه مرکب، ثانیاً قابل تفسیر موسع به موجب قیاس اولویت یا از طریق مماثله نمی‌باشد. و قانون، احکام و نحوه دلالت آنها را بیان می‌کند. لذا قضات و اصحاب دعوی ناگزیر از پیروی مفاد آنها می‌باشند و حق اتخاذ تصمیم خلاف ندارند. ۵- دلالت امارات قانونی بنا به مصالح عام یا فرد، قهری می‌باشد.^۲

۱. محمد حسین، صمدانی، مطالعه تطبیقی ادله‌ی اثبات دعاوی، چاپ اول، شیراز: کوشا مهر، ۱۳۹۰ش، ص ۱۹۳.

۲. عبدالله، شمس، همان کتاب، ص ۲۲۲.

بند پنجم - قرعه:

۱- تعریف قرعه:

از جمله قواعدی که ادعا می‌شود از منابع شرعی به دست آمده است قاعده «اجرای قرعه در امر مشکل» می‌باشد. قرعه واژه‌ای عربی بوده و در لغت به معنای سهم، نصیب است.^۱ و گاهی این واژه را در معنای وسیله‌ای به کار می‌برند که قرعه کشی با آن انجام می‌شود.^۲ قرعه از عبارت «قارعة القلوب» به معنای ترساننده قلوب گرفته شده است و در اینجا هم معنای ترساندن را در بر دارد زیرا طرفین در ترس و اضطراب به سر می‌برند تا نتیجه قرعه معلوم شود.^۳ در اصطلاح، قرعه تدبیری است که هنگام شبهه و ابهام برای مطلوب به کار می‌رود.

در فقه و حقوق، قرعه عبارت است از قاعده‌ای که در مواردی امر مشکل وجود دارد و نتوان واقعیت را از وسائل دیگری (دلائل، امارات، اصول عملی) به دست آورد به کار می‌برند به عبارتی در هر جایی که ناگزیر به انتخاب باشیم و هیچ ترجیحی بین موضوعات وجود نداشته باشد جهت جلوگیری از جانبداری از قرعه استفاده می‌کنیم.

۲ - موارد کاربرد قرعه:

به طور کلی هر جا بر تصمیم‌گیری ترجیح باشد و برگزیدن یک طرف بر طرف دیگری بالاتر ترجیح باشد جایگاه استفاده از قرعه است. فقها گفته‌اند مورد قرعه «هر مجهولی است» و این تعبیر از روایات استفاده می‌شود. برخی گفته‌اند مورد آن هر مشکلی است ولی این تعبیر در روایات نیامده است. «سالت ابا الحسن عن شیء فقال: کل مجهول فيه القرعه». سوالی که پیش می‌آید آن است که کاربرد قرعه تنها در موارد متنازع در موضوع حقی است که باید بر سر ادعای حقی درگیری باشد یا آنکه حتی اگر نزاع بر سر حقی هم نباشد می‌توان قرعه زد؟ چنانکه در مورد سرپرستی حضرت مریم کسی مدعی حقی نبود بلکه همگان در پی کسب افتخار بودند.

۱. محمد، بندر ریگی، فرهنگ جدید عربی - فارسی، ترجمه منجد الطلاب، چاپ چهارم، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۶، ص ۴۴۲.

۲. محسن، طباطبائی، حقائق الاصول، چاپ دوم، قم: مکتبه البصیره، بی تا، ص ۵۳۷.

۳. محمد، معین، همان کتاب، ص ۲۶۵۸.

۳- ادله‌ی حجیت قرعه:

برای مشروعیت این قاعده به آیات قرآن و روایات شرعی استناد شده است مانند:

الف- آیات:

۱- «فساهم فکان من المدحضین»: ^۱قرعه کشیده شده و نام او با قرعه در آمد. این آیه، داستان انتخاب حضرت یونس برای انداختن وی به دریا از طریق قرعه را بیان می‌کند. ۲- «اذ یلقون اقلامهم ایهم یکفل مریم» ^۲ این آیه، داستان حضرت مریم می‌باشد که وقتی پدر وی از دنیا رفت و دانشمندان یهود در بر عهده گرفتن کفالت وی به اختلاف افتادند کفیل را از طریق قرعه تعیین کردند.

ب- روایات:

در خصوص قرعه، روایات فراوانی وجود دارد که ادعای تواتر آنها شده است و عمل مشهور فقها، ضعف آنها را برطرف می‌کند. در کتابهای روائی مرسوم است که یک باب به قاعده قرعه اختصاص داده می‌شود. ^۳برخی از این روایات در مورد مسائل ذیل است: تعیین فرزند برای مردانی که با یک زن نزدیکی کرده‌اند و از نزدیکی آنها از راه شبهه یا اشتراک در کنیز فرزندی متولد شود؛ تعیین برده و انسان آزاد. بقیه روایات، حکم قرعه و جواز آن را بیان کرده‌اند مانند روایتی از امام کاظم (ع) که فرمود: «کل مجهول ففیه القرعه فقلت له عن القرعه تخطئی و تصیب فقال: کل ما حکم الله به فلیس بمخطئی» قرعه برای هر امر مجهولی است و امری که به خدا واگذار گردد خطا در آن وجود ندارد. ^۴

ج - عقل:

دلیل عقل گرچه در بیشتر نوشته‌های فقهی بیان نشده است اما باید آن را مهمترین دلیل مشروعیت قاعده قرعه به حساب آورد و این را از امضائی و ارشادی بودن آیات و روایات باب قاعده قرعه نیز می‌توان دریافت به گونه‌ای که می‌توان قرعه را قاعده‌ای

۱. سوره صافات (۳۷)، آیه ۱۴۱.

۲. سوره آل عمران (۳)، آیه ۴۴.

۳. محمد بن حسن، حر عاملی، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشرعیه، ج ۱۸، همان، ص ۱۸۷.

۴. میر فتاح، حسینی مراغی، العناوین، جلد ۱، چاپ اول، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ هـ.ق، ص ۳۴۱.

عرفی دانست. براین اساس، قرعه، یک قاعده عقلی است که قبل از اسلام در بقیه ادیان نیز مورد عمل بوده است و در حال حاضر نیز اختصاص به حقوق اسلامی ندارد. آنچه که در آیات و روایات آمده است ارشاد به حکم عقل می‌باشد.

د - اجماع:

فقه‌های شیعه به صورت موجب جزئی اعتبار قاعده قرعه را پذیرفته‌اند و هیچ کدام به صورت سالبه کلیه آن را نفی نکرده‌اند به اعتقاد شیعه اعتبار اجماع ناشی از اجماع نیست بلکه به خاطر کاشف از رأی معصوم است یعنی در اجماع نیز به صورت غیر مستقیم رأی معصوم به دست می‌آید پس در هر دو صورت به سنت عمل می‌شود و مدرک اجماع، سنت است.^۱

در حقوق موضوعه درباره ماهیت قرعه، اختلاف نظر شده است و عده‌ای، آن را جزء اصول عملیه قرار داده‌اند زیرا قرعه در مرتبه‌ای بعد از ادله قرار دارد و برای رفع سردرگمی به کار می‌رود.^۲

قاعده قرعه در برخی مواد قانونی به صراحت بیان شده است مانند ماده ۱۵۷ ق.م. که آورده است: «هرگاه دو زمین در دو طرف نهر، محاذی هم واقع شوند و حق تقدّم یکی بر دیگری محرز نباشد و هر دو در یک زمان بخواهند آب ببرند و آب کافی برای هر دو نباشد باید برای تقدّم و تأخّر در بردن آب به نسبت حصّه قرعه زد و اگر آب کافی برای هر دو باشد به نسبت حصّه تقسیم می‌کنند».^۳

از آنجا که قرعه شباهت فراوانی به بخت آزمایی دارد و برخلاف سایر امارات و اصول عملیه، بر مبنای ظن غالب پایه گذاری نشده است مجریان عدالت ترجیح می‌دانند پا را فراتر از مواد ذکر شده قانونی نگذارند و از توسعه‌ی دامنه‌ی آن بویژه در امور کیفری که منتهی به تعیین کیفر و مجازات، می‌شود پرهیز کنند.

۱. ناصر، مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، جلد ۲، چاپ دوم، قم: انتشارات امام امیر المومنین A، ۱۴۱۱ ه.ق، ص ۱۵۵.

۲. محمد جعفر، جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، همان، ص ۷۱.

۳. عباس، زراعت، قواعد فقه مدنی، چاپ سوم، بی جا: بی نا، بی تا، ص ۲۱۳.

مبحث چهارم: موارد کاربرد کتابت در فقه امامیه

۱- کاربرد کتابت در مقام انشاء ایقاعات

الف- وصیت:

وصیت از دو نظر دارای اهمیت است: اولاً: در بین اعمال حقوقی، وصیت از خصوصیت خاصی برخوردار است که باید نسبت به آن دقت بیشتری به عمل آورد؛ چرا که مفاد وصیت پس از فوت موصی باید انجام پذیرد، و چنانچه مسائل مطروحه در وصیتنامه به جهتی از جهات مورد تردید یا تکذیب قرار گیرد، موصی در قید حیات نیست تا بتواند از صحت آن آگاهی یابد. به همین جهت، قوانین مربوطه برای جلوگیری از هر گونه سوء استفاده و تزویر توجه بیشتری در شرایط صوری وصیت نموده و آن را تابع تشریفات مخصوصی قرار داده‌اند.

ثانیاً: از آنجا که طبع تصرفات رایگان به گونه‌ای است که انشاء کننده ممکن است بیشتر در معرض فشار و تهدید واقع شود، قانون برای انشای این اعمال رعایت تشریفات خاصی را اجباری دانسته است؛ زیرا وصیت به طور معمول در هنگام نزدیک به مرگ موصی انشاء می‌شود، و ناتوانی مادی و معنوی محتضر به فریکاران فرصت بیشتری برای سوء استفاده می‌دهد. به همین جهت، تشریفات تنظیم وصیتنامه را می‌توان ضامن حفظ آزادی و استقلال فکر موصی دانست.^۱

در خصوص صیغه وصیت بعد از مراجعه به منابع معتبر فقهی به طور اجمال می‌توان گفت که از نظر فقهای امامیه در کلیه عقود و ایقاعات رضایت قلبی صرفاً کافی نیست، بلکه باید رضایت و اراده به شکلی در خارج ابراز گردد. وصیت نیز از این قاعده بیرون نیست. آنچه که بیان کننده رضایت و اراده قلبی موصی و یا موصی‌له است صیغه وصیت می‌نامند.

صیغه وصیت به صورت لفظی و غیرلفظی انجام می‌شود و صیغه غیرلفظی ممکن است به صورتهای کتابت و اشاره باشد که به ترتیب مورد بحث قرار می‌گیرد.

۱. محمد جواد بن محمد، حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، جلد ۹، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی، بی تا، ص ۳۷۹

۱- صیغه لفظی:

فقها اتفاق نظر دارند که انجام صیغه وصیت به صورت لفظی صحیح و نافذ است. ولی لفظ خاصی برای این جهت منظور نشده است، بلکه هر لفظی که رساگر مفاد مزبور و کافی به مراد باشد می‌تواند صیغه وصیت محسوب گردد. در این جهت میان فقهای امامیه اختلافی مشهود نیست.^۱ از علمای عامه، مالکیه^۲ و شافعیه^۳ نیز با نظر فقهای امامیه موافقت دارند، ولی حنفیه مخالفند و چنین عقیده دارند که بایستی انشاء وصیت با مشتقات از همین واژه انجام گردد.^۴ در مورد صیغه قبول وصیت میان فقها دو نظر وجود دارد. بعضی معتقدند، که قبول منحصرأ بایستی به طور شفاهی و لفظی صورت گیرد. ولی بعضی دیگر قبول عملی مانند تحویل گرفتن موصی به و تصرف در آن را کافی می‌دانند. به نظر فقهای امامیه قبول عملی کافی می‌باشد^۵ از میان فقهای عامه صاحب نهایه^۶ المهتاج از علمای شافعی مذهب معتقد است که وصیت بایستی با قبول لفظی انجام گیرد،^۷ ولی سایر مکاتب فقهی عامه همانند امامیه معتقدند قبول وصیت با هر گونه اقدامی که رساننده رضایت قلبی موصی له باشد تحقق می‌یابد.^۸

۲- کتابت:

در مورد ایراد صیغه وصیت به صورت کتابت، با قدرت موصی بر سخن گفتن میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. گروهی از فقهای امامیه مانند علامه حلی و عده‌ای از فقیهان عامه معتقدند که چنان چه موصی قادر به تکلم باشد وصیت او توسط کتابت بلااثر است. ولی مشهور فقهای امامیه معتقدند که وصیت به کتابت نافذ است، هر چند که موصی قادر به تکلم باشد. نظر مشهور موجه است، زیرا رضایت نفسانی همان طور که با لفظ ابراز می‌گردد با عمل کتابت نیز قابل ابراز است و عقلاء برای افعال و اقوال تفاوتی

۱. جعفر بن حسن، حلی، مسالک الافهام، جلد ۱، قم: موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۳۰۶.

۲. محمد، دسوقی مالکی، شرح الکبیر، جلد ۲، بی جا: بی نا، بی تا، ص ۳۰۵.

۳. ابوبکر، بکری شافعی، اعانه الطالبین علی حل الفاظ فتح المبین، جلد ۲، بیروت: داراحیاء التراث العربی، بی تا، ص ۳۰۵.

۴. محمد امین بن عمر بن عبد العزیز، ابن عابدین، الدر المختار وحاشیه ابن عابدین، جلد ۵، بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۲ ه.ق، ص ۶۳۸.

۵. حسن بن یوسف بن مطهر، حلی، تذکره الفقهاء، جلد ۲، تهران: المکتبه المرتضویه، بی تا، ص ۴۵۳.

۶. شمس الدین محمد، الرملی، نهایه المهتاج الی شرح المنهاج، جلد ۶، بیروت: دارالفکر، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۶۶.

۷. علی بن محمد، ماوردی، الاقناع فی الفقه الشافعی، جلد ۳، تهران: احسان، ۱۳۸۱، ص ۵۱.

قائل نیستند. فتوای فقیهان معاصر بر همین نظر مستقر است. در فقه هر چند در سایر عقود، هنگام امکان تلفظ، انشاء عقود به صورت کتابت را باطل دانسته‌اند ولی در مورد وصیت، انشاء کتبی توسط بسیاری از فقهاء پذیرفته شده است.

در تحریر الوسیله چنین آمده است: «ظاهر آن است که ایجاب وصیت به صورت کتابت کافی است. حتی آنگاه که قدرت بر نطق وجود دارد، خصوصاً در وصیت عهدیه، اگر ثابت شود که موصی در مقام وصیت جمله مزبور را نگاشته است نه چیز دیگر و جمله نوشته شده صراحت در این امر داشته و وافی به مقصود باشد. بنابراین کافی است که مکتوبی از سوی موصی به خط او و با امضاء یا مهر وی یافت شود و قرائن و شواهد کافی مبنی بر آنکه مکتوب مزبور وصیت نامه اوست موجود باشد، که در این صورت بر ورثه واجب است آن را تنفیذ نمایند»^۱.

به موجب این نظریه چنانچه پس از مرگ شخصی مکتوبی از او باقی ماند که با قرائن و شواهد ثابت شود که مکتوب به خط متوفی است و به قصد وصیت آن را نوشته است، ورثات موظفند که آن را تنفیذ نموده و به آن عمل کنند.

۳- اشاره:

فقهایی عامّه^۲ و خاصّه^۳ به اتفاق آراء نظر داده‌اند که چنانچه شخص لال که از تکلم عاجز است با اشاره مفهومه وصیت نماید، وصیت او نافذ است، کما اینکه در سایر عقود نیز این حکم جاری است. ولی در اینکه آیا شخصی که قادر به تکلم است وصیت او به طریق اشاره صحیح است یا خیر، میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. بسیاری از فقهای امامیه و عامّه نظر به عدم وصیت مزبور داده‌اند. ولی عده‌ای از متأخرین امامیه و نیز فقیهان مالکی معتقدند وصیت به اشاره حتی در صورت قدرت بر تکلم صحیح و معتبر است.

به نظر می‌رسد: که ایجاب وصیت به هر اقدامی که رضایت و ارده قلبی موصی ابراز می‌گیرد و چنانچه با شواهد و قرائن به اثبات رسد، لازم الاجراء است. و لذا قول متأخرین امامیه کاملاً موجه می‌باشد و وجهی برای تخصیص وصیت به اشاره در حال ضرورت به نظر نمی‌رسد. کما اینکه شخص لال در فرض قدرت بر کتابت نیز می‌تواند با اشاره وصیت کند.

۱. روح الله، موسوی خمینی، تحریر الوسیله (کتاب وصیت)، جلد ۲، همان، ص ۱۲۳.

۲. محمد کاظم، طباطبایی یزدی، عروة الوثقی، جلد ۲، تهران: مطبعة حیدری، ۱۳۷۸ ش، ص ۹۸.

۳. حسن بن یوسف بن مطهر، حلی، تحریر الاحکام الشریعة علی، همان، ص ۴.

چنانکه در مطالب قبل متذکر شدیم، وصیت به هر طریقی که انجام گیرد صحیح و نافذ است، چه با لفظ باشد و چه با کتابت و یا اشاره. اصولاً آنچه مورد اتفاق فقهای عامّه و خاصّه بود، وصیت به لفظ و شفاهی بود، ولی امروز عمدتاً روی وصیت نامه کتبی تکیه دارند. در توضیح این مطلب باید بگوئیم:

همه بحثها در صورتی است که اختلاف بین ورثه و افراد ذی نفع پیدا شود و مفاد وصیت مورد تأیید یا تکذیب قرار گیرد و گرنه اگر شخصی به هر طریقی وصیت کند و ورثه نیز آن را بپذیرد و مورد تصدیق آنان باشد، مسأله حلّ است و اگر از ناحیهی ورثه نسبت به اصل وصیت و یا کم و کیف وصیت اختلافی حاصل شود و دعوی به محکمه کشانده شود، اینجاست که اسناد کتبی (وصیت نامه) با شرائط مقررّه رهگشاستر است تا امور دیگر.

بنابراین چنانکه ملاحظه شد در فقه، هیچ تشریفات برای وصیت پیش بینی نشده است، بلکه وصیت در هر حال به طور شفاهی مورد پذیرش و نافذ است، منتهی در صورت اختلاف برای اثبات وصیت باید به وسیله شهادت دو مرد عادل، آن را اثبات نمایند، یا ورثه و افراد مرتبط به این وصیت، نسبت به مفاد آن اقرار نمایند، لذا دستور می دهند که صیغه وصیت نزد شهود انجام گیرد تا آنان در صورت اختلاف بتوانند شهادت دهند.

ب- وقف:

وقف در اصطلاح فقهی عبارت است از: حبس کردن اصل عین (مثل خانه و باغ و زمین ...) و آزاد گذاشتن منفعت آن (برای گروههای مختلف موقوف علیهم)، لفظ صریح وقف (وقف) است ولی کلمات دیگر مثل (حبست) نیاز به قرینه دارند تا بر وقف دلالت کنند.^۱

همچنین در تعریف دیگر از امام خمینی (ره) آمده است: وقف حبس کردن عین و سبیل نمودن منافع آن است و وقف فضیلت و پاداش فراوان دارد.^۲

در یک تعریف کلی و همه جانبه در خصوص وقف باید گفت، وقف عبارت است از اینکه به موجب آن مالک عین مال منقول و غیر منقول خود را از نقل و انتقال مصون کرده (حبس کرده) و منافع آن را در اختیار شخص یا اشخاصی یا مصرف معینی می گذارد.

۱. محمدبن جمال الدین، مکی (شهید اول)، لمعه دمشقیه، جلد ۱، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۴هـ.ق، ص ۱۹۴.

۲. روح الله، موسوی خمینی، تحریر الوسیله، جلد ۳، همان، ص ۱۰۹.

امام خمینی (ره) پیرامون ارزش و اعتبار وقف‌نامه نظر مخصوصی داشتند. ایشان در جواب به این پرسش که اگر ملکی در دست یا تصرف شخصی باشد و بعد، چند نفر یا یک نفر مدعی شوند که این ملک، وقف است و نوشته‌ای هم داشته باشند که در آن مرقوم شده که فلان ملک مثلاً وقف است، آیا با ارائه این گونه نوشته‌ها و ادعاها وقف بودن ثابت می‌شود یا خیر؟ در جواب می‌فرمایند: «با ادعا و نوشته وقف ثابت نمی‌شود مگر موجب اطمینان شود.»^۱ یا در جایی دیگر، در جواب پرسش دیگری با این عبارت که وقف نامه‌هایی از دویست، سیصد سال قبل در اداره اوقاف یا ادارات دیگر مثل دادگستری، موجود است و فعلاً یک قسمت از چهار قسمت اراضی موقوفه، برابر وقف‌نامه مزبور در تصرف بوده و برای سه قسمت دیگر سند مالکیت صادر شده است. گر چه هنگام تقاضای سند مالکیت، وارث واقف شکایت نموده و مدتها پرونده در جریان بوده، بالاخره ترتیب اثر داده نشده است. با توجه به اینکه طبق مسأله ۹۲ در کتاب تحریر الوسیله کتاب وقف، فعلاً شیاع مفید علم یا اطمینان (و دیگر راههای اثبات وقف بودن مانند: اقرار ذوالولید)، تصرف به عنوان موقوفه، بینه شرعیه (در مسئله مورد بحث) نیست تکلیف اراضی مزبور چیست؟ ایشان در جواب این پرسش چنین گفته‌اند که اگر اراضی مزبور در تصرف وقف نبوده یا معلوم نیست که در تصرف بوده‌اند، تا به طریق شرعی، وقف بودن آنها ثابت نشود، حکم وقف ندارند.^۲

البته این حکم می‌تواند ناظر به مسأله دیگری باشد زیرا وقف شرعی تنها زمانی ثابت می‌شود که مالک زمین انشاء وقف کرده و آن را به تصرف در مورد وقف در آورده باشد پس اگر به وسیله یک نوشته‌ای انشاء وقف ثابت شود ولی تصرف به عنوان موقوفه ثابت نشود حکم به وقف نمی‌شود و آن ملک به وارث منتقل می‌شود.

همچنین حضرت امام خمینی (ره) در پاسخ به سوالی با این عنوان که اگر کسی از بازار کتابی را بخرد و بعداً ببیند که در این کتاب مهر وقف زده شده، یعنی نوشته که این کتاب وقف بر مسجد است، یا وقف بر مدرسه، فرمودند: «مجرد اینکه پشت این کتاب نوشته وقف است، دلیل بر وقفیت نیست. چرا؟ چون بسیاری از افراد یک چنین چیزی را می‌نویسند، بعداً که می‌خواهد به قبض برسانند، موفق به قبض و اقباض نمی‌شوند.

بله، مجرد وقف نوشتن، انشاء وقف است، ولی بالکتابه، اما نمی‌دانیم قبض و اقباض هم انجام گرفته یا نه؟

۱. حسین، کریمی، موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی (ره)، چاپ اول، قم: شکوری، ۱۳۶۵، ص ۱۴۴.

۲. همان، صص ۱۴۶-۱۴۵.

واقعیت وقف مقدارش با قبض و اقباض است، این نوشته و ممهور بودن با مهر وقف، حد اکثر انشاء وقف است، اما اینکه بگوییم قبض و اقباض هم انجام گرفته، این جهتش معلوم نیست.

آنگاه حضرت امام می‌فرماید: به مجرد این کتابت، وقفیت ثابت نمی‌شود. زیرا کتابت فقط انشاء وقفیت را می‌رساند اما اینکه قبض و اقباض هم صورت گرفته باشد یا نه؟ معلوم نیست، یعنی این جهت را ثابت نمی‌کند، و از طرفی هم تا قبض و اقباضی صورت نگیرد، وقفیت ثابت نمی‌شود.^۱

همچنین آیت الله مکارم شیرازی در پاسخ به این سوال که آیا وقف به صورت نوشتاری نیز تحقق می‌یابد؟ می‌فرماید: «با نوشتن و امضاء کردن هم وقف حاصل می‌شود چون (در غیر امثال نکاح و یا طلاق) کتابت جانشین خواندن صیغه است و حتی در عرف، انشاء با کتابت دارای اهمیّت بیشتری نسبت به انشاء لفظی است، زیرا در معاملات مهم سراسر دنیا لفظ به تنهایی اعتبار ندارد و تا کتابت نباشد مقبول نیست».^۲

بنابراین با استناد به فتوای مراجع معاصر می‌توان گفت: با توجه به اهمیت اثباتی اسناد کتبی از منظر عرف نسبت به صیغه لفظی و معتبر بودن عرف در فقه امامیه، لذا فقهای امامیه انشاء وقف به وسیله کتابت را نافذ می‌دانند. لذا در قول امام (ره) نیز که فرمودند: انشاء وقف با کتابت دلیل بر وقفیت نیست، در تعلیل آن آورده‌اند، چون ممکن است که این آدم فقط انشاء وقفیت کرده باشد، اما موفق به قبض و اقباض نشده است. بنابراین در خصوص انشاء وقف با کتابت هیچ محدودیتی نیست ولی وقفیت شرعی علاوه بر انشاء (با لفظ یا کتابت) محتاج به قبض و اقباض نیز هست.

۲- کاربرد کتابت در مقام انشاء عقود

همچنانکه در تعریف عقد گفتیم - مقصود از عقد توافق دو یا چند اراده است که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود - اینک سؤال این است که اگر چنین توافقی صورت پذیرد و به وسیله‌ای مانند کتابت اظهار گردد، آیا در تحقق اثر عقد کفایت می‌کند؟ اگر انشاء با کتابت باشد، یک انشاء عقلانی است و معاطات هم نیست تا ادعای اجماع بر بطلان شود و در بین عقلاء هم معمول بوده و در عصر ما بهائی که به کتابت می‌دهند

۱. روح الله، موسوی خمینی، همان کتاب، ص ۸۶.

۲. ناصر، مکارم شیرازی، استفتائات جدید، جلد ۳، چاپ دوم، قم: مدسه علی بن اب طالب A، ۱۴۲۷ ه.ق، ص ۶۵.

به عقود لفظی نمی‌دهند حال آیا نمی‌توان اینها را دلیل گرفت که کتابت داخل در «افوا بالعقود» است؟

جواب از دلیل: کتابت در اسلام اهمیت زیادی دارد و طولانی‌ترین آیه قرآن مربوط به کتابت است و ۱۸ حکم اسلامی در این آیه جمع شده است کتابت چیزی نیست که آن را دست کم بگیریم. حکومتها در زمان ما عقد لفظی را به تنهایی کافی نمی‌دانند و باید ثبت شود، و حتی در بعضی از عقود ابداً انشاء لفظی اعتبار ندارد مثل عقودی که دولتها با هم دارند، پس در بین عقلاء اصل، کتابت و لفظ فرع است و در زمان قدیم اصل، لفظ بود و کتابت فرع، حتی از اشاره اخرس هم پست تر بود، کم کم مسیر عوض شد و کتابت اصل شد و ما حرفهای گذشته را در اینجا نمی‌توانیم بزنیم پس کتابت از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.

بنابراین جا دارد در مسئله‌ی کتابت نه تنها در باب عقود بلکه در تمام ابواب معاملات به چند نکته اشاره کنیم:

۱- در قدیم الایام انشاء در عقود با الفاظ بود نه با کتابت، ولی گاهی برای اینکه نتیجه عقدها محفوظ بماند و طرفین آن را انکار نکنند و جزئیات فراموش نشوند و سندی داشته باشند بعد از انشاء لفظی آن را می‌نوشتند که نوشتن به عنوان انشاء نبود بلکه به عنوان حفظ نتیجه عقد لفظی بود. به تدریج این مسئله تغییر شکل داد و انشاء کتبی یکی از دو قسم انشاء شد که جزئیات معامله را نوشته و بعد امضاء می‌کردند که این امضاء به معنی «قبلت و بعثت» بود و اکنون به جایی رسیده که در بعضی از معاملات مهم انشاء لفظی اهمیت خود را از دست داده و انشاء معتبر همان انشاء کتبی شده است، یعنی برای الفاظ ارزش قائل نیستند.

۲- در ابواب معاملات، اساس بنا عقلاء است، یعنی عقلاء هر چیزی را که عقد و معامله دانسته‌اند شارع امضاء کرده است الا ما خرج بالدلیل و مثل عبادات امور توقیفیه نیستند، پس اساس در معاملات بناء عقلاء است و هر چیزی عقد عقلایی محسوب شد، داخل در تحت عنوان «**افوا بالعقود**» است، حتی عقود متحدّه مثل بیمه. کتابت به عنوان انشاء عقد در بین عقلاء متعارف است. «**افوا بالعقود**» تمام عقودی را که انشاءش با الفاظ است شامل می‌شود، و دلیلی در منع در معاملات نداریم.^۱

جماعتی از علماء در باب انشاء به کتابت، مخالفت کرده‌اند و تصورشان این است که کتابت صراحت ندارد و شبیه کنایات است و الفاظ صریح است، و این توهم پیدا شده که کتابت از نظر انشاء کمبود دارد یعنی در انشاء بودنش تردید کرده‌اند این توهم باطل است

۱. ناصر، مکارم شیرازی، النکاح، جلد ۱، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، بی تا، ص ۹۰.

چون کتابت همان صراحت الفاظ را می‌تواند داشته باشد، چرا که امروزه عهدنامه‌ها، و قراردادهای و معاملات مهمی که انجام می‌شود تمام جزئیات را دارد و از الفاظ صریح‌تر و بهتر است و امضاء هم انشاء است و به معنی نفوذ دادن به نوشته است، بلی اگر بنویسند و امضاء نکنند چیزی نیست ولی اگر امضاء کنند انشاء است.^۱

از میان معاملات در مورد نکاح، بالخصوص گفته شده است که کتابت اعتباری ندارد و ادعای اجماع کرده‌اند (که تراضی، معاطات، کتابت و اشاره کافی نیست) و چون اجماع، تعبدی است و مدرکی هم نیست، بنابراین حساب نکاح از معاملات جدا است و شبیه عبادات توقیفی است، به این معنی که شارع مقدس به قدری قید و شرط به آن اضافه کرده که از معاملات خارج و مثل عبادات توقیفی شده است، در حال حاضر باید مردم را وادار کرد که علاوه بر عقد لفظی عقودشان را محضری کنند، و تا عقدنامه تنظیم نشده، عقد خوانده نشود، چون بدون آن تبعات خطرناکی دارد، و از نظر قانون جرم است، از نظر عنوان ثانوی هم مشکل دارد چرا که تبعات زیادی به دنبال دارد، پس در شرایط فعلی شاید به عنوان ثانوی اکتفاء به عقد لفظی خلاف عرف باشد. این مسأله اجماعی است و مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید: «اجماعاً به قسمیه». و اگر نبود این اجماع، جای چانه زدن در مورد کتابت بود، چرا که یکی از طرق انشاء کتابت است.^۲

امام خمینی (ره) در مسئله‌ی ۵ از کتاب بیع در تحریر الوسیله می‌نویسند:

شخص لال عقد خود را به وسیله اشاره مفهمه منعقد می‌کند و اگر قادر نبود وکیل می‌گیرد یا عقد معاطاتی انجام می‌دهد و اگر اینها نیز ممکن نبود با کتابت و نوشتن عقد را انشاء می‌کند.^۳

فقه‌های امامیه در موضوع فوق اتفاق نظر دارند.^۴ و دلیل آنان این است که اولاً دلیل لزوم به کارگیری لفظ در عقد اجماع است و در مورد اشخاص لال و گنگ چنین اجماعی محقق نمی‌باشد؛ و ثانیاً هر چند روایتی در خصوص اجرای نکاح اشخاص لال وارد نگشته ولی می‌توان با استناد به وحدت ملاک روایتی که در خصوص نحوه اجرای طلاق آنان وارد شده، حکم نحوه اجرای نکاح آنان را استنباط کرد.

۱. محمد بن حسن، حرّ عاملی، وسائل الشیعه، جلد ۱۵، همان، ص ۹۵.

۲. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۹، همان، ص ۱۴۲.

۳. روح الله، موسوی خمینی، تحریر الوسیله (کتاب بیع)، جلد ۱، همان، ص ۱۶۰.

۴. مصطفی، محقق داماد، مباحثی از اصول فقه، جلد ۲، چاپ ۱۳، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۵، ص ۱۸۰.

نکته‌ی دیگر این است که ظاهراً افراد لال می‌توانند از طریق نوشتن اعلام اراده نمایند حتی اگر بتوانند از طریق توکیل به دیگری، به نمایندگی قصد انشاء نمایند زیرا متن ماده ۱۰۶۶ ق.م. از این حیث اطلاق دارد.^۱

مؤلف الوسیط می‌گوید:

خیلی از اوقات اتفاق می‌افتد که متعاملین عقد را با کتابت ابرام می‌کنند و عقد را به وسیله امضاء تمام می‌کنند و محکمه استیناف شهر اسیوط حکمی در این زمینه صادر نموده مبنی بر اینکه عقد به مجرد تدوین و کتابت هر چند که امضاء شده باشد حاصل نمی‌شود بلکه باید دلیل اثبات کند که متعاملین باهم تعهد بر امری نموده و اراده کرده‌اند که تعهد معینی را تنفیذ نمایند.^۲

این مسأله در فقه نیز مطرح بوده و فقها به نقد و بررسی آن پرداخته‌اند.

عده‌ای از فقها بر عدم صحت عقد بدون لفظ دعوی اجماع نموده‌اند.

محقق ثانی به نقل از علامه شیخ انصاری (ره) گفته است: در عقد لازم، لفظ معتبر

است بالا جماع، و بعضی بر عدم صحت عقد بدون لفظ، دعوی شهرت نموده‌اند.

علامه شیخ انصاری نیز به صحت عقد بدون لفظ، تنها در صورت ضرورت رأی داده

است که اگر شخص عاجز از نطق و تکلم باشد مثل شخص لال می‌تواند با کتابت عقد را انجام دهد.^۳

مرحوم آیت الله خویی می‌گوید: إنشاء عبارت است از اخبار معامله در افق نفس، و هر

امری که صلاحیت ابراز داشته باشد می‌تواند مبرز آن باشد، اعم از اینکه آن مبرز لفظ باشد یا کتابت.^۴

پس می‌توان از مجموع عبارات فقها و مواد فوق الذکر چنین استنباط نمود که إنشاء

معامله به هر وسیله‌ای که ابراز شود صحیح بوده و موجب ترتیب اثر می‌باشد و عقد اعم از

اینکه به وسیله لفظ صورت بگیرد یا به وسیله کتابت، تحقق می‌یابد. چون عقد به معنای

تعهد و تطابق دو اراده می‌باشد و لفظ کتابت مبرز آن می‌باشد، پس اشکالی در تحقق عقد

و ابرام آن به وسیله کتابت به نظر نمی‌رسد.

۱. همان، ص ۱۸۰.

۲. عبد الرزاق احمد، السنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی، جلد ۲، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸،

ص ۱۰۷.

۳. مرتضی، انصاری، المکاسب، جلد ۲، همان، ص ۹۳.

۴. ابوالقاسم، خویی، مصباح الفقاهه، جلد ۳، قم: نشر الفقاهه، ۱۳۷۱، ص ۱۴.

۳- کاربرد کتابت به عنوان اماره اثبات دعوی

موارد کتابت رایج و متداول در فقه که گویای معتبر بودن سند در فقه و به عنوان اماره اثبات دعوی است، عبارتند از:

الف: کتابت حاکی از اقرار:

اول - سَفْتَجَه:

سَفْتَجَه (به ضم سین و سکون فاء و فتح تاء و جیم بر وزن مشتبه) بدین معنا می‌باشد که؛ فردی که قصد سفر به مکانی را دارد، به فردی که در آن مکان مورد نظر دارای اموالی می‌باشد مبلغی پرداخت نماید تا وی برای شخص پرداخت کننده سندی تنظیم نماید که مطابق آن، مال خویش را پس از رسیدن به مکان مورد نظر تحویل بگیرد. لذا به واسطه این تدبیر از خطرات همراه بردن مال خود در امان می‌ماند.^۱

در مورد واژه‌ی «سَفْتَجَه» روایات زیادی است که ما به عنوان نمونه به روایتی از امام صادق(ع) اشاره می‌کنیم:

روی کلینی فی قوی عن السکونی، عن اُبی عبد الله (ع) قال: «قال أمير المؤمنين (ع): لا بأس أن يأخذ الرجل الدراهم بمكة، و يكتب سفاتج أن يعطوها بالكوفة».^۲
کلینی از سکونی به نقل از امام صادق (ع) در حدیثی صحیح چنین گفته است که: «امیرالمومنین (ع) می‌فرمایند: اشکالی ندارد به اینکه شخصی درهم‌های کسی را در مکه بگیرد و در مقابل آن سَفْتَجَه‌های بنویسد که آن درهم‌ها را در کوفه پس بدهد.
سخنان فقهاء در مآذهی سَفْتَجَه نزدیک به هم هستند آنها به مشروعیت سَفْتَجَه فتوا داده‌اند. که متذکر بعضی از آنها می‌شویم:

- نووی در این باره گفته: سَفْتَجَه سندی است که صاحب مال برای وکیلش در مکانی دیگر می‌نویسد تا مطابق آن سند عوض مالش را به او برگرداند و فائده این تدبیر، سلامت بودن مال از خطرات راه و مخارج حملش می‌باشد.^۳

۱. فخرالدین، الطریحی، مجمع البحرین، جلد ۲، چاپ سوم، تهران: انتشارات مرتضوی، ۱۳۷۵، ص ۳۰۹.

۲. محمد بن یعقوب، کلینی، اصول الکافی جلد ۵، تهران: دارالکتب اسلامی، ۱۳۸۸، ص ۲۵۶.

۳. یحیی بن شرف، نووی، تحریر ألفاظ التنبيه، جلد ۴، دمشق: دارالعلم، ۲۰۱۰م، ص ۲۱۶.

و همچنین ابن بطلال الرکبی نیز گفته: سفتجه، کاغذی است که بدهکار برای طلبکار، عوض قرضی که در مکانی شرط نموده آن را بدهد، می‌نویسد.^۱

و ابن عابدین گفته: سفتجه، قرض دادن، برای دفع خطر راه است.^۲

و در حاشیه‌ی دسوقی آمده: سفتجه سندی است که طلبکار برای وکیلش در شهری می‌فرستد تا وکیل برای بدهکار سندی تنظیم نماید که مطابق آن سند مال خودش (طلبکار) را در شهر مورد نظر تحویل بگیرد.^۳

و در کتاب «الإفصاح» آمده: سفتجه، اینکه می‌دهد طلبکار به کسی مالی را و برای گیرنده (بدهکار) در شهری مالی هست که آن مال را در آن شهر به دهنده مال (طلبکار) بر می‌گرداند. و فایده این کار در امان بودن مال از خطرات راه است.^۴

و مثال آن همانطوریکه ابن بطلال نقل کرده این است که: مثلاً برای مردی مالی هست و او قصد دارد آن مال را به شهری ببرد و از خطر راهزنها می‌ترسد پس می‌دهد آن مال را به خریداری یا مردی که برای او در آن شهر بدهی بر دیگری دارد و می‌گوید بر او: بنویس برای من سندی بر دمه آن مرد به آن چیزی که برای تو به دمه اوست تا بدین طریق از آن شخص مالش را بگیرد.^۵

همچنین محقق بحرانی نیز در ذیل برخی از روایات به تفسیر سفتجه پرداخته و نوشته است: «السفاتج جمع سفتجة بالضم و المراد أنه يدفع ماله لأحد في بعض البلدان فيكتب ذلك المدفوع إليه كتاباً يدفع إليه ذلك المال في بلد أخرى و أن الكتاب بهذه الصورة يسمي سفتجة.»^۶ به این مضمون که سفاتج جمع سفتجه با ضم سین بوده و مراد اینکه صاحب مال مالش را در قبال نوشته‌ای برای فردی در بعضی از شهرها بدهد تا آن مال را در شهری دیگر با همان نوشته تحویل بگیرد و کتابت به این صورت سفتجه نامیده می‌شود.

بنابراین می‌توان گفت: سفتجه همان سفته امروزی بوده و در روایات و فقه امامیه به همان معنای متداول در برات امروزه (برات، نوشته‌ای است که به موجب آن، شخصی به

۱. محمد بن أحمد بن محمد، ابن بطلال الرکبی، النظم المستعذب فی تفسیر غریب ألفاظ المذهب، جلد ۱، بی‌جا: بی‌نا ۱۴۰۸ هـ. ق، ص ۲۶۱.

۲. محمد آمین بن عمر بن عبد العزیز، ابن عابدین، الدر المختار و حاشیه ابن عابدین (رد المحتار)، جلد ۳، همان، ص ۸۳.

۳. مصطفی محمد، دسوقی مالکی، حاشیه دسوقی علی شرح الکبیر، همان، ص ۱۵۲.

۴. حسین یوسف، موسی، الإفصاح فی فقه اللغة، قم: مکتب الإعلام الإسلامی، ۱۴۱۰ هـ. ق، ص ۹۶.

۵. محمود، عبد الرحمان، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة، جلد ۲، بی‌جا: بی نا، ص ۲۷۱.

۶. یوسف بن احمد، بحرانی، الحدائق الناضرة، جلد ۲۰، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۸ هـ. ق، صص ۲۱۱-۲۱۲.

شخص دیگری امر می‌دهد مبلغی در وجه یا حواله کرد شخص ثالثی در موعد معینی پرداخت کند براین اساس، قوام برات از ابتدا به وجود سه نفر از: صادر کننده برات، دارنده برات و برات گیر و از این نظر شباهت زیادی به سفته دارد که در آن نیز سه نفر دخالت دارند. اما شباهت سفته به سفته از این جهت است که هر دو مصداق سند کتبی هستند و در هر دو مورد، امضاء کننده تعهد می‌کند مبلغی در موعد معین یا عندالمطالبه در وجه حامل یا شخص معین کار سازی نماید.^۱ البته این دو با یکدیگر فرقه‌های نیز دارند؛ زیرا در سفته، امضاء کننده پرداخت مبلغ معین را به شخص ثالثی حواله می‌دهد و او باید وجه مزبور را به دارنده سفته پرداخت نماید در حالیکه در سفته، معمولاً خود امضاء کننده پرداخت وجه را به عهده می‌گیرد، اگر چه این امر نیز همیشگی نیست؛ زیرا ممکن است ظهر سفته را شخص ثالثی امضاء کند که در این صورت با امضاء کننده سفته در پرداخت مبلغ مندرج در سفته، مسؤولیت تضامنی خواهد داشت و در نتیجه دارنده سفته برای دریافت مبلغ مندرج در آن می‌تواند به هر یک از امضاء کننده یا ظهر نویس مراجعه کند^۲ به هر حال عبارت «کارسازی نماید» مندرج در ماده ۳۰۷ قانون تجارت که می‌گوید فته طلب، سندی است که به موجب آن، امضاء کننده تعهد می‌کند مبلغی در موعد معین یا عندالمطالبه در وجه حامل یا شخص معین یا به حواله کرد آن شخص، کارسازی نماید، اطلاق دارد و شامل کارسازی مستقیم توسط خود امضاء کننده و کارسازی غیر مستقیم توسط شخص ثالث می‌شود و به این صورت که امضاء کننده، پرداخت مبلغ معین را به شخص دیگری واگذار نماید. واضح است که در این صورت، سفته شباهت بیشتری با سفته پیدا خواهد کرد) در معاملات ایران کاربرد دارد. با این همه سفته به معنای اصطلاحی سفته شباهت دارد.

دوم- صک:

این واژه عرب لغت فارسی چک می‌باشد. به اعتقاد برخی حقوقدانان این واژه درباره اسنادی به کار می‌رفته که متن آن‌ها شامل یکی از عقود و یا ایقاعات بوده است. بر این اساس، این واژه شامل همه اسنادی می‌باشد که امروزه در دفاتر اسناد رسمی و ازدواج و طلاق تنظیم می‌شود.^۳ این واژه همچنین به معنای حواله به کار رفته است به خاطر اینکه در گذشته پول نقد کم بود معمولاً حکومتها حقوق کارمندان دولت را به صورت حواله

۱. حسن، ستوده تهرانی، حقوق تجارت، جلد ۳، تهران: دادگستر، ۱۳۷۷، ص ۱۷۴.

۲. محمد و دیگران، درمچیلی، قانون تجارت در نظم حقوق کنونی، تهران: دادستان، ۱۳۹۲، صص ۵۰۵-۵۰۶.

۳. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، همان، ص ۸۵۹.

صادر می‌کردند، این حواله‌ها غالباً برای دریافت اجناسی مانند برنج و امثال آن بود در بسیاری از موارد کارمندان دولت پیش از فرا رسیدن موعد پرداخت این حواله‌ها اقدام به فروش آن می‌کردند. این کار در اصطلاح روایات «بیع صک الورق» نامیده‌اند.^۱

بیشترین کاربرد واژه صک را در تالیفات فقهی اهل سنت می‌توان ملاحظه نمود. همچون صک اجاره به معنای سند اجاره، صک وقف به معنای سند وقف.^۲

ولی فقه‌های امامیه در خصوص بیع صک به روایتی از امیرالمومنین علی (ع) استناد نموده‌اند که می‌فرماید: «إنه کره بیع صک الورق حتی یقبض»^۳ اینکه آن حضرت خرید و فروش صک را قبل از آنکه تحویل صورت بگیرد ناپسند شمرده است.

مجلسی دوم به نقل کلامی از ابن اثیر در کتاب النهایه^۴ به شرح حدیث فوق پرداخته و بعد از آنکه آنرا از نظر سند موثق دانسته، گفته است: در حدیثی ابوهریره در جواب سؤال مروان که پرسیده بود آیا حلال است خرید فروش صکاک گفته: صکاک جمع صک و آن نوشته‌ای است که پادشاهان برای مردم در هدایایشان و بخشش‌های که داشتند به صورت نوشته‌ای می‌نوشتند پس خرید و فروش انجام می‌دادند قبل از آنکه آن را فوراً تحویل بگیرند، و صک را به مشتری می‌دادند تا بعد از گذشت مدتی آن را تحویل بگیرد، پس از آن عمل نهی کردند به خاطر اینکه آن معامله‌ای است که قبض محقق نشده است سپس سه دلیل دیگر برای بطلان آن ذکر کرده که عبارتند از غرری بودن، ربوی بودن و عدم تقابض در خصوص بیع صرف (طلا و نقره).^۵

ولی آنچه از عبارات فقه‌های اهل بیت (س) برداشت می‌شود این است که صک به عنوان سندی که دارای ارزش اثباتی و استنادی باشد مورد تأیید قرار گرفته است. چنانکه جواد بن سعد اسدی در مسالک الأفهام بیان کرده: «فَاكْتُبُوهُ» در آیه ۲۸۲ سوره‌ی بقره گویای این است که دین را در صک بنویسید، به خاطر اینکه نوشتن مطمئن‌تر و دفع کننده‌ی نزاع ناشی از فراموشی و انکار است، جمهور علماء معتقد بر استحباب نوشتن دین در صک هستند، به دلیل اینکه مسلمین قدیم و جدیداً اتفاق نظر دارند بر مباح دانستن معامله با پولهایی که از غیر نوشتن و شهادت گرفته می‌شود و به خاطر اینکه در واجب

۱. محمد بن حسن، طوسی، تهذیب الاحکام، بیروت: دار التعارف للمطبوعات، بی تا، جلد ۷، ۱۲۳.

۲. محمدآمین بن عمر بن عبدالعزیز، ابن عابدین، رسائل، جلد ۲، مصر: محمد هاشم الاکتبی، ۱۳۲۵هـ.ق، ص ۱۶۴.

۳. محمدبن حسن، طوسی، همان کتاب، ص ۳۸۶.

۴. المبارک بن محمدالجزری، ابن اثیر، النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، جلد ۳، چاپ چهارم، قم: اسماعیلیان، ۱۳۶۴ش، ص ۴۳.

۵. محمد باقر، مجلسی، ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، جلد ۱۰، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶، ص ۴۱۶.

دانستن کتابت و شهادت حرج و مشکل پیش می‌آید و نبی (ص) برای شریعت آسان برانگیخته شده است.^۱

سوم - کتابت حاکی از وقف:

یکی از اسنادی که در گذشته فراوان به چشم می‌خورد و امروزه نیز تعداد زیادی از آنها باقی مانده است وقف‌نامه می‌باشد.

به تصریح برخی از فقهای معاصر، سند می‌تواند دلیل وقف باشد: چنانچه اگر بر روی کتاب یا ظرف نوشته شده باشد که این کتاب یا ظرف وقف است آن نوشته بر وقف بودن آن کتاب و یا ظرف دلالت دارد بنابراین صاحب منهج الصالحین بین نوشته‌ای که به عنوان وقف بر روی کتاب یا ظرف نقش شده باشد و بین نوشته مستقل فرق قائل شده و گفته است: در صورت اول آن نوشته دلیل وقف است. همچنین هرگاه در ترکیه میّت ورقه‌ای یافت شود که بر روی آن نوشته شده باشد فلان شیء وقف است در صورتی که نشانه‌های اقرار به وقفیت در آن موجود باشد، مانند امضاء و اثر انگشت میّت در ذیل ورقه و قرار دادن ورقه مزبور در مکانی که بر روی آن نوشته شده باشد این ورقه وقف فلان شیء است و مانند اینها، حکم به وقف بودنش خواهد شد و در غیر این صورت حکم به وقفیت نمی‌شود حتی اگر معلوم شود که خطّ ورقه، خطّ همان میّت است بنابراین اگر سند و نوشته‌ی مستقلی در اموال میت پیدا شود که در آن سند نوشته شده باشد که فلان منزل وقف است پس آن سند دلیل وقف نمی‌باشد مگر آنکه انتساب آن سند به میّت محرز گردد. و منشاء آن، اطمینان به صحت نوشته می‌باشد و إلیا این نوشته با نوشته‌ی روی کاغذ و یا ورقه جداگانه فرقی ندارد.^۲

چنانچه یکی از فقهای معاصر در این باره می‌فرماید: برای فهم مفاد وقف‌نامه، در صورتی که اجمال یا ابهام داشته باشند، باید به شواهد و قرائن حالیه و مقالیه و یا به عرف مراجعه کرد و کسی حق ندارد آنها را از طرف خودش تفسیر به رأی کند.^۳

لذا مرحوم استاد شهید سید محمدباقر صدر در حاشیه خود بر منهج الصالحین تصریح می‌کند که: اگر از نوشته بر روی کتاب یا ظرف، اطمینان حاصل شود که غالباً هم چنین است پس حکم به وقفیت آن کتاب یا ظرف می‌شود.^۴

۱. محمدجواد، کاظمی، مسالک الأفهام إلى آیات الأحکام، جلد ۳، بی‌جا: بی‌نا، بی‌تا، ص ۵۷.

۲. علی، سیستانی، منهج الصالحین، جلد ۲، قم: مکتب آیت الله العظمی السیستانی، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۲۶۴.

۳. علی، حسینی خامنه‌ای، أجوبة الاستفتاءات (فارسی)، قم: دفتر مقام معظم رهبری، ۱۴۲۴ ه.ق، ص ۱۱۳.

۴. محمدباقر، صدر، حاشیه منهج الصالحین، جلد ۲، بی‌جا: بی‌نا، بی‌تا، ص ۲۷۴.

در مسئله ۱۵۸۴ منهاج الصالحین آمده است: اگر بر روی قرآن یا کتابی نوشته بود «این کتاب وقف است» و مهر کتابخانه‌ی معروف یا عالم مشهوری بر روی آن بود حکم به وقفیت آن می‌شود.^۱

پس به نظر می‌رسد، مردم و عقلا نسبت به سندی که توسط علما و اشخاص موجه صادر می‌شود در صورتی که خطاً با امضای آن شخص معروف باشد ارج و اعتبار بیشتری قائل هستند و به مجرد ملاحظه سند، چنانچه خطاً برای بیننده آشنا باشد به صحت مندرجات آن اطمینان پیدا می‌کنند، پس منشا حکم به وقفیت و دلالت نوشته بر روی کتاب یا ظرف، همانا اطمینان به صحت نوشته بوده و از این طریق علم به وقفیت حاصل می‌شود.

یا به عبارتی دیگر چنین نوشتجاتی کاشف و حاکی از وقفیت آن شیء می‌کند.

چهارم - محضر:

واژه محضر بر وزن مکتب بوده و به معنی صورت جلسات دادرسی می‌باشد و البته گاهی به معنی سند نیز استعمال می‌شود که در معنای اول عبارت است از حکایت آنچه که بین طرفین دعوی جریان پیدا می‌کند. مفاد محضر عبارت است از تحریر دعوی و اقرار خوانده یا انکار او و بینه هر یک از طرفین و یمین آنان.

در خصوص محضر بایستی گفت که فقها بیشتر در کتاب القضاء از آن نام برده‌اند و آن هم زمانی می‌باشد که قاضی، اصحاب دعوی را به اسم نمی‌شناسد؛ لذا مبادرت به تنظیم محضر می‌نماید.

چنانچه اگر یکی از اصحاب دعوی اقرار به حقی نماید مقررله می‌تواند از قاضی تقاضا نماید که اقرار وی را در سندی به نام محضر قید کند و حاکم هم بایستی مورد اقرار و همچنین اوصاف مقرر را تمام و کمال قید نماید. در رابطه با حجیت «محضر»، شیخ طوسی بعد از نقل قول مخالف فقهای اهل سنت، در نهایت نظریه پذیرش محضر را فتوا داداند.^۲

یکی از شایعترین موارد نوشته، در مورد قرض است مبلغ قرض را در سندی تنظیم می‌کنند و به امضاء بدهکار و شهود دیگری می‌رسانند قرآن کریم نیز دستور چنین کاری را داده است:

۱. علی، سیستمی، همان کتاب، ص ۲۶۴.

۲. محمد حسین، ساکت، نهاد دادرسی در اسلام، چاپ اول، بی جا: آستان قدس رضوی، ۱۳۶۵، ص ۱۸۹.

۳. ابوالحسن علی بن محمد بن حبیب، ماوردی، ادب القاضی، جلد ۲، چاپ سوم، بی جا: بی نا، ۱۳۶۸، ص ۳۰۲.

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ... ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا ... وَیَعْلَمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ»^۱

ای کسانی که ایمان آورده‌اید، هر گاه به وامی تا سررسید معین، با یکدیگر معامله کردید، آن را بنویسید. و باید نویسنده‌ای ((صورت معامله را)) بر اساس عدالت میان شما بنویسد، و هیچ نویسنده‌ای نباید از نوشتن خودداری کند؛ همانگونه ((و به شکرانه)) آن که خدا او را آموزش داده است. و کسی که بدهکار است باید إملا کند، و او ((نویسنده)) بنویسد. و از خدا که پروردگار اوست پروا نماید، و از آن چیزی نکاهد. پس اگر کسی که حق بر ذمه اوست سفیه یا ناتوان است، یا خود نمی‌تواند إملا کند، پس ولی او باید با ((رعایت)) عدالت، إملا نماید. و دو شاهد از مردانتان را به شهادت طلبید، پس اگر دو مرد نبودند، مردی را با دو زن از میان گواهانی که ((به عدالت آنان)) رضایت دارید ((گواه بگیرید)) تا ((اگر)) یکی از آن دو ((زن)) فراموش کرد، ((زن)) دیگر، وی را یادآوری کند. و چون گواهان احضار شوند، نباید خودداری ورزند. و از نوشتن ((بدهی)) چه خرد باشد یا بزرگ، ملول نشوید، تا سررسیدش ((فرارسد)). این ((نوشتن)) شما، نزد خدا عادلانه‌تر، و برای شهادت استوارتر، و برای اینکه دچار شک نشوید ((به احتیاط)) نزدیکتر است، مگر آنکه دادو ستد نقدی باشد که آن را میان خود ((دست به دست)) برگزار می‌کنید؛ در این صورت، بر شما گناهی نیست که آن را ننویسید. و ((در هر حال)) هر گاه داد و ستد کردید گواه بگیرید. و هیچ نویسنده و گواهی نباید زیان ببیند، و اگر چنین کنید، از نافرمانی شما خواهد بود. و از خدا پروا کنید، و خدا ((بدین گونه)) به شما آموزش می‌دهد، و خدا به هر چیزی داناست.

بنابراین به نظر می‌رسد که محضر در فقه امامیه به عنوان سند مورد استفاده بوده و اصولاً به همین منظور نوشته می‌شده و به آن اعتماد می‌کردند.

ب- کتابت حاکی از شهادت:

در کتب فقهی امامیه تعریف خاصی از شهادت بیان نگردیده و بر معنای لغوی آن یعنی «خبر قطعی دادن از چیزی» اعتماد شده است. در عین حال، در شرایط خاصی

اصطلاح «بیّنه» به آن اطلاق گردیده که از ادله و حجّت‌های شرعی محسوب می‌شود و برای اثبات هر نوع دعوا، صورت یا صورت‌های خاصی از آن پذیرفته و استماع می‌شود.^۱

اصطلاح شهادت‌نامه در کتب فقهی، با آن که مضمون آن از مصداق اقرار و شهادت، و شهادت بر شهادت خارج نیست ولی با معنی و شکل خاص آن وجود دارد.

شهادت‌نامه ترجمه لغت «Affidavit» است که به عربی آن را شهادت یا اقرار کتبی به قسم می‌گویند، یعنی گواهی یا اقرار کتبی با قید سوگند. فرهنگ حقوقی انگلیسی شهادت‌نامه را چنین تعریف می‌کند: شهادت‌نامه بیان یا شرح کتبی واقع‌ای است که با سوگند یا تصدیق آزادانه کسی که این واقع را شرح می‌دهد همراه است و این سوگند یا تصدیق در مقابل مقامی ابراز شده است که قانوناً حق دارد کسی را سوگند دهد یا تصدیقی از او بخواهد.^۲

عده‌ای از علما^۳ شهادت مستند به کتابت را مردود دانسته؛ علامه در تحریر الاحکام تأکید می‌نماید که «ولو دست‌خط، ایمن از تزویر باشد»، شهادت مستند به آن مردود است. شهید اول در این باره فرموده است:

به نظر محقق حلّی و علامه حلّی، شهادت بدون علم، جایز نیست و شهادت بر اساس خط، اعتبار ندارد؛ ولو ایمن از تزویر باشد، ولی اکثر علما فرموده‌اند: اگر مدّعی، فرد قابل اعتمادی باشد و فرد مورد اطمینان دیگری هم شاهد او باشد، شهادت به استناد خطّ صحیح است؛ به دلیل روایت عمر بن یزید از امام صادق (ع).^۴

تعدادی از علمای معاصر نیز؛ مانند مرحوم خویی در مبانی تکملة المنهاج و سید محمد شیرازی در الفقه، شهادت بر اساس کتابت را با شرایطی قبول دارند. آیت الله خویی می‌گوید:

شهادت به مضمون برگه‌ای که شاهد، نوشتن آن را به یاد ندارد، در صورتی که احتمال خدعه در آن برود و یا نوشتن آن ورقه جهت شهادت نباشد، بلکه به دعوای دیگری باشد، جایز نیست، اما اگر دانسته شود که نوشتن بر این برگه به خاطر استفاده از آن شهادت

۱. زین الدّین، جبعی عاملی (شهید ثانی)، الروضة البهیة فی شرح اللعنة الدمشقیة، چاپ دوم، قم: تصحیح و نشر دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۵، ص ۴۲۹.

۲. حسن، امامی، حقوق مدنی، جلد ۶، همان، ص ۱۶۹.

۳. حسن بن یوسف بن مطهر، حلّی، تبصرة المتعلّمین، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰، ص ۳۲۰.

۴. محمد بن جمال الدّین، مکی (شهید اول)، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیة، جلد ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۴، ص ۴۲۹.

می‌باشد و احتمال خدعه هم در آن نرود، شهادت بر اساس آن جایز است؛ ولو نوشتن آن را به یاد نیاورد.^۱

شیرازی هم در کتاب الفقه می‌نویسد:

شهادت بر اساس خط، در صورتی که شاهد، اصل ماجرا به یادش نیاید، به شرطی صحیح است که اطمینان داشته باشد که این خط متعلق به اوست، و الا اگر دست‌خط به نظر او مشکوک باشد، شهادت جایز نیست.

صحت شرایط مذکور به دلایل ذیل است:

۱- عادت مسلمانان از زمان پیامبر (ص) تاکنون بر این بوده است که بر خطی که قابل اطمینان بوده، اعتماد می‌کردند؛ لذا به قرآن کریم، احادیث رسیده از پیامبر (ص) نامه‌های آن حضرت به رؤسای کشورها و قبایل و کتب راویان و فقها و غیر آنها اعتماد می‌کردند، بلکه هرگاه شک می‌کردند خانه‌ای مال آنان است و یا متعلق به برادر دینی‌شان، اگر خط آن شخص یا خط خودشان را می‌یافتند که بر اساس آن، خانه را از مالکش خریده است، به آن اعتماد می‌کردند و وقتی آن خانه را به فرد دیگری می‌فروختند، شاهد می‌گرفتند که خانه مذکور مال مشتری است، در حالی که شهود می‌دانستند که بایع از چه طریقی علم به مالکیت خویش پیدا نموده است. بنابراین اگر خط، کافی نبود، شهادت در این گونه موارد نباید جایز می‌بود.

قضات هم بر خطی که در گذشته نوشته بودند، در صورت ایمنی از تزویر، اعتماد می‌کردند و بر اساس آن، حکم صادر می‌نمودند و راویان احادیث هم به خط گذشتگان‌شان اعتماد می‌کردند و همچنین به خط امامان (ع).

۲- حدیث صحیح عمر بن یزید: «قال: قلت لأبي عبد الله: رجل يشهدني على شهادة فأعرف خطي و خاتمي و لا أذكر من الباقي قليلاً و لا كثيراً؟ فقال لي: إذا كان صاحبك ثقة و معه رجل ثقة فأشهد له»^۲ مردی از من درخواست ادای شهادت نموده است، در حالی که من خط و مهر خویش را می‌شناسم و چیزی بیشتر یا کمتر از آن را به یاد نمی‌آورم. امام (ع) به من فرمود: در صورتی که آن مرد درخواست کننده، مورد اعتماد است و شاهد مورد اعتماد دیگری هم با اوست، شهادت بده.

۳- روایت شیخ صدوق (ره): «قال: روی أنه لا تكون الشهادة إلا بعلم، من شاء كتاباً و نقش خاتماً»^۳ روایت شده است: شهادت نیست، مگر در صورت علم داشتن (به

۱. ابوالقاسم، موسوی خویی، مبانی تکملة منهاج الصالحین، قم: مؤسسه احیاء آثار امام خوئی، ۱۴۲۲هـ.ق، ص ۲۳.

۲. محمد بن الحسن، حر عاملی، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد ۱۸، همان، ص ۲۳۴.

۳. محمد بن علی بن بابویه، قمی (شیخ صدوق)، من لا یحضره الفقیه، جلد ۳، بی نا، بی تا، ص ۴۳.

مفاد شهادت) به این که چه کسی کتابتی کرده است و یا مهر خویش را بر آن نقش نموده باشد.

ظاهر این روایت چنین است که در مواردی به شهادت اعتماد نمی‌شود که احتمال حيله و تزویر برود.^۱

شهادت مستند بر کتابت، در میان علمای اهل سنت نیز مورد اختلاف است، اکثر آن را جایز نمی‌دانند و عده‌ای مانند ابویوسف، محمد و بنا به روایتی، حنبلیه شهادت بر اساس خط خود شاهد را جایز می‌دانند.^۲

علی‌هذا بعد از بررسی روایات مذکور، سیره امامان (س) و قضات چنین نتیجه‌گیری می‌شود که اگر علم به عدم جعل و تزویر آن نوشته حاصل گردد می‌توان کتابت حاکی از شهادت را دلیلی از ادله اثبات دعوی در فقه اهل بیت (س) دانست که می‌تواند با سند کتبی به عنوان یکی دیگر از دلائل اثبات دعوی مقابله نماید.

ج - کتابت حاکی از حکم قاضی:

فقه‌های اسلام در امر استناد قاضی به علم خود محدودیتی قائل نشده‌اند و آن را مطلقاً حجت دانسته‌اند. ما ضمن اذعان به پذیرش کلی این نظر معتقدیم نباید به صرف این اعتقاد تئوریک دست قاضی را بدون کنترل باز بگذاریم که در هر مورد بنا به تشخیص خود به امری علم پیدا کرد، طبق آن رأی دهد. درست است که «العلماء امناء الرسل» ولی همین علماء به دلیل عدم ارتباط مستقیم با منشاء وحی و لوح محفوظ، در معرض وسوس شیطانی قرار می‌گیرند و پرونده‌های متعدد در دادگاه انتظامی قضات مؤید این مطلب است لذا باید اهرم‌های پیش گیرانه برای عدم ارتکاب خلاف را پیش‌بینی نمود. در وضعیتی که قاضی مجتهد از انگشتان دست هم تجاوز نمی‌کند و دادگستری به قضات مأذون روی آورده است، باز گذاشتن دست قضات برای تمسک به علم خود بدون هیچ گونه قید و شرط، توالی فاسده بسیاری به همراه دارد.

ماده قانون دادرسی مدنی (۱۸ اصلاحی ۱۳۵۵) می‌گوید دادگاه می‌تواند هر گونه تحقیق یا اقدامی برای کشف واقع به عمل آورد و ماده ۱۲۰ ق.د. جزای اسلامی می‌گوید قاضی به علم خود می‌تواند حکم دهد ولی با توجه به قانون اساسی جمهوری اسلامی و حکم قرآن کریم می‌توان گفت که علمی معتبر است که ناشی از دلائل پرونده باشد به

۱. محمد، حسینی شیرازی، الفقه، جلد ۴، چاپ دوم، بیروت: دارالعلوم، ۱۴۰۹، ص ۲۱۸.

۲. وهبه، زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد ۶، چاپ سوم، دمشق: دارالفکر، ۱۴۰۹، ص ۵۶۱.

همین دلیل هم رویه قضائی بر این معمول شده است که قاضی مأخذ علم خود را ذکر کند و آن مأخذ هم معقول باشد محقق حلی در المختصر النافع می‌فرماید: «لا يجوز للحاكم أن يلقن أحد الخصمين ما يستظهر به على خصمه»^۱ یعنی جایز نیست که قاضی به یکی از اصحاب دعوی سخنی بیاموزد که به یاری آن بر دیگری چیره شود. در مورد علم قاضی محقق می‌فرماید که قاضی در حقّ الله می‌تواند به علم خود رأی دهد ولی در حق الناس اختلاف است.^۲ همچنین ایشان در همان باب می‌فرمایند: رساندن حکم یک حاکم به دیگری یا به روش کتابت است یا به قول یا با شهادت؛ اما کتابت، هیچ اعتباری ندارد به جهت وجود امکان شبیه‌سازی، اما اگر بیّنه شاهد حکم باشند به اینکه آن دو را بر حکم خود شاهد بگیرد، قبول از ناحیه حاکم دوم لازم می‌آید. همچنین ایشان معتقد است، جایز نیست قاضی در صورتیکه مطالبی (از محکمه قضاء) را فراموش کرده باشد به خط خود اعتماد نماید، چرا که در خط احتمال و امکان ساختگی بودن می‌رود. با لاتر از آن ایشان معتقدند اگر خط محفوظ و ایمن از تحریف هم باشد حداکثر می‌تواند روایت خبر بکند، نه اینکه به موجب این خط شهادت بدهد یا حکم کند.^۳ در باب کتابت و نوشتن یک قاضی به قاضی دیگر، به اعتقاد ایشان، بنابر اجماع علماء اعتباری به نوشته نیست، خواه نوشته دارای مهر باشد یا نباشد، خواه قاضی به دو شاهد آنها (طرفین دعوی) بگوید که شما را شاهد می‌طلبم که آنچه در این نوشته است خط من است، یا نگوید و همچنین است اگر بگوید آنچه در این نوشته است حکم من است و تفصیل ندهد مگر اینکه بیّنه در مجلس حکم حاضر باشند و قاضی آنها را بر حکم خود شاهد بگیرد که در این صورت اقرب این است که قاضی دوم حکم مزبور را انفاذ کند.^۴

امام خمینی (ره) در تحریر الوسيله می‌فرماید: حکم، نفوذ پیدا نمی‌کند و خصومت فیصله پیدا نمی‌کند مگر به انشاء لفظی و انشاء کتابی اعتبار ندارد. در مسأله رساندن حکم یک قاضی به قاضی دیگر، ایشان مطالب متقدمین را هم اضافه می‌کنند که «حتی اگر حاکم دوم علم پیدا کند که نوشته متعلق به حاکم اول می‌باشد و وی مفاد آن را اراده

۱. أبوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، حلی، المختصر النافع فی الفقه الامامیه، جلد ۱، تهران: قسم الدراسات الإسلامیه فی مؤسسه البعثه، ۱۴۱۰/۲۰، ص ۱۰۶.

۲. أبوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، حلی، الشرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، جلد ۲، قم: اسماعیلیان، بی تا، ص ۹۴.

۳. حسن بن یوسف بن مطهر، حلی، تجارت - قضاء و شهادت، مترجم: حسن اسفندیاری (محتشم السلطنه)، بی جا: بی تا، بی تا، ص ۱۹۳.

۴. همان، ص ۲۷۰.

نموده است، انفاذ حکم در وی جایز نیست» در حالیکه شهادت، بینه شرعیه را موجب وجوب انفاذ حکم قلمداد می‌کند.^۱

بنابراین این گونه به نظر می‌رسد که از منظر فقه در خصوص حجّیت علم قاضی حاکی از کتابت باشد اختلاف نظراتی وجود دارد و در این رابطه چهار نظر ارائه شده است؛ گروهی آن را مطلقاً حجّت دانسته و گروهی مطلقاً هیچ گونه حجّیتی برای آن قائل نیستند. گروه سومی علم قاضی را در حقّ الله حجّت دانسته ولی در مورد حقّ الناس قائل به عدم امکان تمسک قاضی به علم خود شده‌اند و بلاخره دسته چهارم قائل به حجّیت علم قاضی در حقّ الناس شده و در حقّ الله آن را دلیل نمی‌دانند.^۲ مشهور بین فقهایی امامیه، نظر اول است یعنی علم قاضی چه در حقّ الله و چه در حقّ الناس اعم از امور مدنی و امور جزائی حجّیت دارد. امام خمینی (ره) نیز به تبعیت از مشهور در ذیل مسأله ۸ کتاب قضاء تحریر الوسیله می‌فرماید: **يَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يَحْكُمَ بِعِلْمِهِ مِنْ دُونِ بَيِّنَةٍ أَوْ اِقْرَارٍ أَوْ حَلْفٍ فِي حَقِّ النَّاسِ وَ كَذَا حَقُّوقِ اللَّهِ**.^۳ البته، برخی نیز قائل به تفصیل شده‌اند که مستند علم قاضی چنانچه قبل از مسند قضاوت پیدا شده باشد، حجّیت ندارد ولی اگر بعد از انتصاب قاضی به قضاوت بوده باشد، دلیلیت دارد.

مبحث پنجم: اقسام کتابت

۱- سند رسمی:

الف - تعریف:

ماده ۱۲۸۷ ق.م. سند رسمی را چنین تعرف کرده است: «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها و بر طبق مقررات قانونی، تنظیم شده باشد، رسمی است». بر اساس این تعریف، باید سه ویژگی در اسناد رسمی وجود داشته باشد: ۱- مأمور رسمی در تنظیم آن دخالت نماید؛ ۲- تنظیم سند در صلاحیت مأمور رسمی باشد؛ ۳- مقررات قانونی هم رعایت شده باشد.

ب - شرائط رسمی بودن سند:

۱- مأمور رسمی: مأمور رسمی مطلقاً به کسی گفته می‌شود که از طرف مسئولین مملکتی به یکی از مشاغل عمومی طبق موازین قانونی گمارده می‌شود.

۱. روح الله، خمینی، تحریر الوسیله، جلد ۲، همان، ص ۵۹.

۲. محمدحسن، نجفی اصفهانی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۰، همان، صص ۸۹-۹۰.

۳. روح الله، موسوی خمینی، همان کتاب.

۲- صلاحیت مامور: برای اینکه سند تنظیمی رسمیت داشته باشد کافی نیست که تنظیم کننده سند، مامور رسمی باشد بلکه مامور رسمی باید برای تنظیم سند صلاحیت داشته باشد یعنی مامور سلطه و اختیار قانونی برای تنظیم سند رسمی چه از لحاظ موضوع سند و چه از لحاظ زمانی و مکانی دارا باشد. بنابراین صلاحیت مامور از لحاظ موضوع، صلاحیت ذاتی است یعنی مامور فقط می تواند نوع خاصی از سند را تنظیم کند مثلاً سر دفتر ازدواج و طلاق صلاحیت تنظیم اسناد ازدواج و طلاق را دارد اما صالح برای تنظیم اسناد معاملات نمی باشد. همچنین صلاحیت مامور ممکن است از لحاظ زمانی و مکانی نسبی باشد از لحاظ زمانی، مادام که مامور بازنشسته نشده و در سمت خود باقی است می تواند در حدود وظائف خود اقدام به تنظیم سند کند اما اگر حکم بازنشستگی به او ابلاغ شد، اسناد تنظیمی توسط او رسمیت ندارد. از لحاظ مکانی نیز هر ماموری در منطقه ای خاص ماموریت انجام خدمات محوله دارد بنابراین اقدامات او در خارج از منطقه خاص، جایز نیست و اگر ماموری سندی خارج از حوزه ماموریت خود تنظیم کند رسمی نخواهد بود مثل اینکه مامور ثبت املاک و اسناد شیراز بدون حکم خاص در حوزه ثبتی شهر دیگر اقدام به ثبت املاک کند.

۳- رعایت مقررات قانونی برای ثبت سند: طبق قسمت اخیر ماده ۱۲۸۷ ق.م. یکی دیگر از شرائط رسمیت اسناد رسمی این است که مامور صالح سند را طبق مقررات و تشریفات قانونی تنظیم نماید بنابراین رعایت تشریفات تنظیم و ثبت سند برای رسمی بودن آن الزامی است مگر آنکه قانونگذار تصریح نماید که عدم رعایت برخی از شرائط سند را از رسمیت ساقط نمی کند مانند موردی که در ماده ۱۲۹۴ ق.م. تصریح شده است که به موجب آن عدم الصاق تمبر، در صورتی که رعایت سائر شرائط شده باشد، موجب سقوط رسمیت سند نمی شود.^۱

ج - اعتبار سند رسمی:

طبق ماده ۱۲۹۰ ق.م. «اسناد رسمی درباره طرفین و وراث و قائم مقام آنان معتبر است و اعتبار آنان نسبت به اشخاص ثالث در صورتی است که قانون تصریح کرده باشد». با توجه به مفاد ماده مذکور اعتبار سند رسمی دو جنبه دارد یکی درباره خود متعاهدین و قائم مقام آنها و دیگری درباره اشخاص ثالث که منوط به تصریح قانونی شده است. بنابراین اعتبار سند رسمی را از هر دو جنبه مورد بررسی قرار می دهیم:

۱- اعتبار سند رسمی بین متعاملین و قائم مقام آنها: سند رسمی که بین دو یا چند نفر در اعتبار با انجام یک عمل حقوقی تنظیم می شود در صورتیکه متعاهدین اهلیت قانونی

۱. احمدعلی، حمیتی واقف، همان کتاب، ص ۶۴.

داشته و سند هم مطابق موازین مقرر در قانون تنظیم شده باشد طبق ماده ۷۱ قانون ثبت اسناد و صدور ماده ۱۲۹۰ ق.م. بین طرفین و قائم مقام آنها معتبر می‌باشد، زیرا آنها با امضاء ذیل سند خود را ملتزم به اجرای مفاد سند می‌نمایند. مثل اینکه عقد بیعی بین دو نفر به موجب سند رسمی منعقد می‌شود یا اینکه متبایعین بیعی را که قبلاً واقع کرده‌اند اقاله یا فسخ نمایند.

۲- اعتبار سند رسمی نسبت به اشخاص ثالث: اعتبار اسناد رسمی نسبت به اشخاص ثالث به موجب قسمت اخیر ماده ۱۲۹۰ ق.م. منوط به تصریح قانونی است زیرا اشخاص ثالث در تنظیم سند و انجام معامله دخالتی نداشته و امضائی ذیل سند نمی‌کنند که ملتزم به مفاد آن باشند. با این حال قانونگذار به لحاظ حفظ نظم اقتصادی یا اجتماعی در برخی موارد سند تنظیمی بین دو نفر را نسبت به اشخاص ثالث معتبر می‌داند مثل سند رسمی بیع اموال غیر منقول که طبق ماده ۷۲ قانون ثبت اسناد و املاک علاوه بر اینکه بین طرفین معتبر است نسبت به اشخاص ثالث نیز معتبر است، همچنین سند رسمی ازدواج تنظیمی بین زوجین نسبت به اشخاص ثالث دارای اعتبار می‌باشد.^۱

۲- سند عادی

الف - تعریف:

ماده ۱۲۸۷ ق.م. سند رسمی را تعریف کرده و ماده ۱۲۸۷ ق.م. غیر از این اسناد را اسناد عادی می‌داند بدون اینکه تعریفی از آن ارائه دهد. براساس مفهوم ماده ۱۲۸۷ ق.م. می‌توان سند عادی را سندی دانست که صادر کننده، آن را امضاء کرده باشد بدون اینکه مأمور رسمی صلاحیت‌دار در تنظیم آن دخالت داشته باشد بنابراین سند عادی به سرعت و بدون رعایت تشریفات پیچیده مربوط به اسناد رسمی، تنظیم می‌گردد. بسیاری از مردم ترجیح می‌دهند اسناد خود را به صورت عادی تنظیم کنند بویژه در امور تجاری که اصل سرعت، مقتضی روی آوردن گسترده به این اسناد است و به همین جهت، مهمترین بخش از اسناد عادی را اسناد تجاری تشکیل می‌دهد.

ب - شرائط سند عادی:

این شرائط عبارت است از: نوشته بودن، داشتن امضاء و اثر انگشت که هر کدام، مختصر بررسی می‌شود:

۱. ناصر، کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، جلد ۱، همان، ص ۳۱۱.

اول- نوشته بودن: سند عادی وسیله‌ی ابراز اراده تنظیم کننده آن است و این اراده تنها در قالب نوشته ابراز می‌شود و اگر نه نمی‌توان این اراده را به اثبات رسانید. نوشته شکل خاصی ندارد باید به گونه‌ای باشد که دلالت صریح بر معنای مورد نظر آن نماید. نوشته معمولاً با قلم جوهری و بر روی کاغذ یا چوب یا پارچه، تدوین می‌شود. ممکن است نوشته، دستی یا ماشینی و با حروف یا رمز باشد اما لازم نیست که امضاء کننده، خودش آن را بنویسد پس دیگری هم می‌تواند آن را بنویسد هر چند نویسنده، اهلیت نداشته باشد مانند اینکه شخص صغیر آن را بنویسد.

درج تاریخ بر روی سند عادی ضرورتی ندارد هر چند این عمل می‌تواند ادعای احتمالی مانند عدم اهلیت صادر کننده در زمان صدور را از بین ببرد و قانون حاکم در زمان تنظیم سند را مشخص کند اما درج تاریخ در برخی اسناد عادی مانند چک و برات، ضروری است و حتی می‌تواند سبب بی‌اعتباری سند شود.

دوم- امضاء: گر چه تصریحی در قانون وجود ندارد اما اعتبار هر سندی به امضاء آن است هر چند متن سند به خط امضاء کننده نباشد زیرا امضاء است که نشان می‌دهد سند، منتسب به صادر کننده است. ق.م. اشاره‌ای به تعریف امضاء ندارد بلکه ماده ۱۳۰۱ ق.م. امضاء روی نوشته یا سند را دلیلی بر ضرر امضاء کننده می‌داند.

انتساب امضاء به صاحب آن باید روشن و واضح باشد هر چند در قالب علامت یا اسم یا رمزی رخ دهد. معمولاً امضاء در قسمت پایانی نوشته درج می‌شود تا مطلبی به آن اضافه نشود اما ایرادی ندارد که امضاء در محل های دیگری درج شود.

سوم- اثرانگشت: اشخاص بی‌سواد به جای امضاء کردن، اثر انگشت خود را ذیل نوشته‌ها می‌گذارند و در مورد سایر اشخاص نیز برای اطمینان بیشتر و جلوگیری از تکذیب امضاء و فرار از تعهد، اثرانگشت نیز در کنار امضاء نهاده می‌شود.

برخی از قوانین، نهادن اثر انگشت در سند را در حضور مامور رسمی یا شاهد تجویز کرده‌اند و دلیلش آن است که از بی‌سوادی اشخاصی که نمی‌توانند متن سند را بخوانند سوء استفاده نشود.^۱

ج - اعتبار سند عادی:

با توجه به اینکه در تنظیم اسناد عادی مامور رسمی دخالتی ندارد و این قبیل اسناد صرفاً توسط مردم عادی تنظیم می‌شود بنابراین حجیت آنها نسبت به اسناد رسمی متفاوت است. زیرا اسناد رسمی که با دخالت مامور رسمی صالح طبق مقررات تنظیم می‌شود صحت انتساب آن به منتسب‌الیه به دلیل نظم عمومی و فرض صحت اعمال مامورین

۱. محمد، عظیمی، ادله اثبات دعوی، چاپ اول، بی جا: موسسه انتشارات هاد، ۱۳۶۹، ص ۱۵۵.

می‌باشد اما اسناد عادی از این امتیاز برخوردار نیست و به عکس اسناد رسمی، طبق ماده ۲۱۶ به بعد ق - ا.د.م. کسی که علیه او در دادگاه سند عادی ابراز می‌شود می‌تواند نسبت به خط یا امضاء یا اثر انگشت یا مهری که به او نسبت داده شده انکار کند و اگر حق خود را از دیگری تلقی می‌کند نسبت به خط یا امضاء یا مهر یا اثر انگشت ید ما قبل خود ابراز تردید نماید. از سویی اسناد رسمی آنگاه که قانون تصریح کند نسبت به اشخاص ثالث هم قابل استناد است لذا شایسته است که ملاحظه شود آیا اسناد عادی هم از این امتیاز برخوردار است یا نه. بنابراین این قسمت را در دو بخش مورد بررسی قرار می‌دهیم:

قسم اول - حجیت اسناد عادی نسبت به متعاملین:

اسناد عادی که در دعاوی علیه خوانده به عنوان دلیل یک ادعا ابراز می‌شود مادام که از طرف او نسبت به آن انکار یا تردیدی نشود معتبر و قابل استناد در دادرسی است. طبق ماده ۱۳۲۲ ق.م. فرانسه و قوانین کشورهای عربی که متأثر از قانون مدنی فرانسه می‌باشند مانند مصر طبق ماده ۳۹۴ ق.م.و. سوریه طبق مواد ۹ و ۱۰ ق.م. و عراق طبق ماده ۴۵۵ ق.م. و ماده ۳۹ قانون الاثبات عراق و لبنان طبق مواد ۱۵۱-۱۴۹ قانون اصول محاکمات مدنی مادام که مفاد سند عادی مورد انکار یا تردید واقع نشده علیه خوانده دلیل شناخته می‌شود. نکته قابل توجه در تشریفات کشورهای عربی این است که اگر وارث ادعای تردید کند باید سوگند یاد کند که نمی‌داند که خط سند یا امضاء یا اثر انگشت یا مهر ذیل سند منتسب به ید ما قبل او است به شرطی که مدعی نتواند به وسیله‌ای از وسائل قانونی دیگر حق خود را اثبات کند یا اینکه اصالت سند عادی را اثبات نماید.

قسم دوم - حجیت اسناد عادی نسبت به اشخاص ثالث:

منظور از اشخاص ثالث به معنی عام، کسانی هستند که اصالتاً یا نیابتاً طرف عقد و تنظیم سند نبوده اما همان طور که طرفین اصیل، حق استناد به آن دارند اشخاص ثالث هم بتوانند به استناد آن سند، حق خود را ثابت کنند. برای مثال همانطور که سند عادی بین طرفین حجت است نسبت به ورثه و قائم مقام آنها و موصی‌له و دائن قابل استناد است. وارث یا موصی‌له یا دائن نسبت به وقایع وارده در سند از قبیل صوری بودن تعهد، می‌توانند با استعانت از دلائل و اوضاع و احوال خارجی صوری بودن سند را اثبات کنند و مال موضوع سند را از تصرف متصرف خارج کنند؛ یا اینکه اثبات کنند که معامل و ید سابق او به علت عارضه جنون یا سفه فاقد اهلیت قانونی بوده یا اینکه معامله موضوع سند ناشی از اعمال فشار و اکراه یا تدلیس بوده است در واقع ورثه یا قائم مقام اصلی می‌تواند

به سند عادی که در تنظیم آن و انعقاد معامله دخالتی نداشته‌اند استناد کرده و ابطال معامله را با بیان ادله خواستار شوند.^۱

۳- کتابت الکترونیکی

ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی دلیل را چنین تعریف کرده است: «دلیل عبارت است از هر امری که اصحاب دعوی برای اثبات یا دفاع از دعوی به آن استناد می‌نمایند» در گذشته، به موجب ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی و فصل دهم قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی دلائل منحصر در هشت نوع: اقرار، اسناد کتبی، شهادت، امارات، سوگند، معاینه محل، تحقیق محلی و کارشناسی بود، اما پس از تصویب قانون تجارت الکترونیک دلیل الکترونیک به عنوان قالب جدید دلیل به نظام ادله‌ای اثبات دعوی وارد شد.

الف - تعریف:

قانون تجارت الکترونیکی ایران، تعریفی از اسناد الکترونیکی ارائه نمی‌دهد و تنها در بند الف ماده ۲ در تعریف داده پیام، چنین مقرر می‌دارد: «هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی، نوری یا فناوری جدید اطلاعات، تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود.

این نکته در خور یادآوری است که قانون تجارت الکترونیکی همواره از ایمنی و اطمینان سامانه‌های اطلاعاتی و رایانه‌ای سخن به میان می‌آورد. در مجموع می‌توان اسناد الکترونیکی را مدارکی خواند که اغلب ویژگیهای اسناد سنتی را حفظ کرده‌اند و با عنوانی مشخص و منظم و به صورت الکترونیکی تولید، نگهداری و توزیع می‌شوند و علاوه بر آن قابلیت‌های جستجو، بازیابی و چاپ اطلاعات را به شکلی صحیح، سریع و دقیق به دست کاربران متعدد دارند.^۲

اسناد الکترونیکی اسنادی هستند که به روش رایانه‌ای تولید، منتقل و نگهداری شده‌اند. آنها ممکن است به شیوه الکترونیکی تولید شده و یا از شکل اصلی خود به شکل الکترونیکی درآمده باشند.^۳

۱. محسن، صدرزاده افشار، همان کتاب، ص ۶۵.

۲. ناد علی، صادقیان، اسناد الکترونیکی، بی جا: نشریه گنجینه اسناد، ۱۳۸۶، ص ۲۸.

۳. عبدالحسین، شیروی، نگاهی به قانون روابط موجر و مستاجر، بی جا: بی نا، ۱۳۸۷، ص ۱۴.

با توجه به تعاریف مزبور در بالا در خصوص اسناد الکترونیکی می‌توان مهمترین ویژگی آنها را خاصیت غیر مادی آنها دانست به صورتی که مانند اسناد کتبی به صورت مستقیم قابلیت رویت ندارند اما از طرق دیگر می‌توان آنها را به شکل اسناد کتبی در آورد.

ب - تفاوت اسناد الکترونیک و اسناد سنتی:

با توجه به اینکه قالب اسناد الکترونیک به صورت داده پیام است، ویژگیهای اسناد الکترونیک متفاوت از اسناد سنتی است که در زیر مهمترین آنها بیان می‌شوند:

۱- اسناد الکترونیک، بر خلاف اسناد کاغذی، ملموس و عینی نیست؛ به همین جهت به آسانی قابل دستیابی نیست بلکه صرفاً از طریق برنامه نرم‌افزاری که آن را ایجاد کرده است قابل خواندن می‌باشد و در صورتیکه آن برنامه موجود نباشد، سند مزبور قابل دستیابی نیست.

۲- سند الکترونیک، تقریباً هیچ گاه از بین نمی‌رود. اگر چه کاربر غالباً گمان می‌کند که با فرمان حذف پوشه آن را از بین برده است اما نسخه حذف شده تقریباً همیشه قابل بازیابی است. ضمن آنکه داده‌های الکترونیک به آسانی قابل تکثیرند و هنگامی که ایجاد می‌شوند در مکانهای بسیار از جمله پوشه‌های ثبت وقایع و سر برگ اسناد ذخیره می‌شوند و از این رو حذف همه آنها کار دشواری است.

۳- سند الکترونیک غالباً حاوی اطلاعات ارزشمند مانند تاریخ ایجاد، تغییر و حذف پوشه و نیز تاریخ رمز عبور است که می‌توانند اماراتی برای کشف واقع باشند در حالیکه اسناد کاغذی فاقد این نوع اطلاعات است.

۴- در اسناد الکترونیک تحقق مفهوم سنتی «اصل سند» به معنای نسخه‌ای که بلاواسطه منعکس کننده دستخط، امضاء و یا اثر انگشت امضاء کننده باشد امکان ندارد زیرا در محیط الکترونیک قبل از آنکه اطلاعات در صفحه رایانه رویت شوند چندین بار به اجزای مختلف حافظه رایانه منتقل می‌شوند بنابراین، نسخه قابل رویت سند، هیچ گاه نسخه اصیل نیست.

۵- در اسناد سنتی دستخط صادر کننده و امضاء یا اثر انگشت وی در ذیل سند، مثبت انتساب سند به صادر کننده و هویت وی است و در صورت انکار سند به راحتی می‌توان با تطابق خط و امضاء از طریق کارشناس، اصالت سند را ثابت کرد اما در اسناد الکترونیک این امکان وجود ندارد، زیرا خط و امضاء این اسناد غالباً حاوی ویژگیهای زیستی صادر کننده نیست؛ به همین جهت، برای اثبات هویت صادر کننده سند و انتساب سند به وی از امضاء دیجیتال و دفاتر خدمات صدور گواهی دیجیتال استفاده می‌شود.^۱

۱. خسرو، مهدی پور عطایی، تجارت الکترونیکی، تهران: مؤسسه فرهنگی دیباگران، ۱۳۸۰ش، صص ۴۲-۴۳.

ج - انواع اسناد الکترونیک:

از آنجا که سطح ایمنی ابزارها و روشهای مورد استفاده در تولید و ذخیره سند الکترونیک متفاوت است، میزان اعتبار سند و ارزش اثباتی آن هم متفاوت است. سند الکترونیکی را می‌توان به دو نوع سند عادی و سند مطمئن تقسیم کرد.

که منظور از سند الکترونیک عادی، داده پیامی است که بوسیله یک سیستم اطلاعاتی غیر مطمئن، تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش شده است و دارای امضاء الکترونیک غیر مطمئن است به صورتی که نمی‌توان از انتساب سند به صادر کننده، هویت یا تمامیت سند، اطمینان حاصل کرد.

منظور از سند الکترونیک مطمئن، داده پیامی است که بوسیله‌ی یک سیستم اطلاعاتی مطمئن تولید، ذخیره یا پردازش شده و دارای امضاء الکترونیکی مطمئن است. سطح ایمنی فناوری مورد استفاده در این سند به صورتی است که انتساب سند به صادر کننده، هویت او یا تمامیت سند را تضمین می‌کند. چنین سندی غیر قابل انکار، غیر قابل تردید و غیر قابل جعل است. به علاوه چنین سندی، پس از ایجاد باید به صورتی ایمن نگهداری شود؛ بنابراین، سیستم اطلاعاتی مطمئن، امضاء الکترونیک مطمئن و سابقه مطمئن، ساختار یک سند الکترونیک مطمئن را تشکیل می‌دهند.

د - ارزش اثباتی اسناد الکترونیک:

در مورد ارزش اثباتی الکترونیکی باید گفت، این موضوع در مقام مقایسه با اسناد سنتی مشخص می‌شود. در مورد اسناد الکترونیک، مقنن در قانون تجارت الکترونیک دو نوع سند را از یکدیگر تفکیک کرده است. داده پیام مطمئن و داده پیام عادی یا نامطمئن تقسیم کرده است. در مورد داده پیام مطمئن، در نگاه اول به نظر می‌رسد که نوعی تعارض میان مواد قانون تجارت الکترونیک مشاهده می‌شود. زیرا ماده ۱۵ می‌گوید: کلیه داده پیامهایی که به طریق مطمئن ایجاد و نگهداری شده‌اند از حیث محتویات و امضاء مندرج در آن، تعهدات طرفین یا طرفی که تعهد کرده و کلیه اشخاصی که قائم مقام قانونی آنان محسوب می‌شوند، اجرای مفاد آن و سایر آثار در حکم اسناد معتبر و قابل اعتبار در مراجع قضایی و حقوقی است. و در ماده ۱۵ چنین آمده است: «نسبت به داده پیام مطمئن سوابق الکترونیکی مطمئن و امضای الکترونیکی مطمئن انکار و تردید مسموع نیست و تنها می‌توان ادعای جعلیت به داده پیام مزبور وارد و یا ثابت نمود که داده پیام مزبور به جهاتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است». از مقایسه این مواد با ماده ۱۲۹۲ ق.م که می‌گوید: «در مقابل اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی را دارند، انکار و تردید مسموع نیست و طرف می‌تواند ادعای جعلیت نسبت به اسناد مزبور کند یا اثبات نماید که اسناد

مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است» چنین استنباط می‌شود که قانونگذار درصدد است داده پیام و سند الکترونیکی مطمئن را به لحاظ ارزش اثباتی معادل اسناد رسمی قرار دهد هرچند صراحتاً به این مسأله اشاره نکرده و صرفاً عبارت در حکم اسناد معتبر و قابل استناد را برای این دسته از اسناد الکترونیکی استعمال کرده است که البته استعمال این عبارت با توجه به مبهم بودن آن مورد ایراد است.^۱ ظاهراً قانونگذار نمی‌خواسته اسناد الکترونیکی مطمئن را به لحاظ همه آثار در حکم سند رسمی به حساب آورد از این رو متن پیش‌نویس قانون را که در آن تصریح به «در حکم اسناد رسمی» شده بود، تغییر داده است. گویا قانونگذار تنها قصد داشته ارزش استناد به این اسناد الکترونیکی را در محاکم بپذیرد بنابراین تصریح کرده که قابل انکار و تردید نیست.

در مورد داده پیام نامطمئن، ساده یا فاقد امضا نیز باید گفت در نظام حقوقی ما چنین تفکیکی قابل بررسی و طرح است. بر اساس ماده ۹ قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترا ۱۹۹۶ از یک سو مقرر می‌دارد که امضای الکترونیکی اعم از ساده یا مطمئن به دلیل این که به صورت داده پیام است نباید مردود اعلام شود و از سوی دیگر بار امضای الکترونیکی ساده و مطمئن قائل به قدرت اثباتی است که بر اساس قابلیت اطمینان روش ایجاد امضا، نگهداری و ارسال پیام، حفظ تمامیت اطلاعات، هویت ارسال کننده و سایر موارد ارزیابی می‌شود. هرچند عده‌ای معتقدند ماده ۷ نمی‌تواند منصرف به امضای الکترونیکی ساده باشد و با توجه به ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیکی ماده ۷ صرفاً امضای الکترونیکی مطمئن را مد نظر داشته است. اما دلیل برای توجیه این تبعیض وجود ندارد زیرا می‌توان امضای الکترونیکی ساده را مانند امضای دستی در اسناد عادی مورد استفاده قرار داد. به تعبیری دیگر نیازی نیست که در یک ارتباط الکترونیکی حتماً امضای الکترونیکی مطمئن استفاده شود بلکه امضای الکترونیکی ساده مانند نام شخص در ذیل یک نامه الکترونیکی یا یک امضای اسکن شده در یک سند الکترونیکی نیز از ارزش اثباتی برخوردار است. در خصوص میزان ارزش اثباتی این نوع امضاء برخلاف امضای الکترونیکی مطمئن ماده‌ای که صراحتاً اختصاص به این موضوع داشته باشد در قانون تجارت الکترونیکی ایران وجود ندارد. اما از اطلاق ماده ۱۳ قانون تجارت الکترونیکی می‌توان استنباط کرد که ارزش اثباتی این نوع امضاء بستگی به میزان اطمینان روشهای ایمنی به کار رفته با توجه به اهمیت موضوع و منظور مبادله پیام دارد.^۲

۱. ستار، زرکلام، امضای الکترونیک و جایگاه آن در نظام ادله اثبات دعوی، بی جا: بی نا، ۱۳۸۲ش، ص ۵۳.

۲. محبوبه، عبداللّهی، دلیل الکترونیکی در نظام ادله اثبات دعوی، چاپ اول، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱، صص ۹۸-۹۹.

بنا بر آنچه گذشت مفهوم اسناد الکترونیکی و اسناد کتبی از زمره موضوعات مهم در ادله‌ی اثبات دعوی است. اصولاً شکل‌گیری پدیده اسناد الکترونیکی در اثر گسترش روزافزون مبادلات بازرگانی بین‌المللی و از طریق فضای مجازی صورت گرفته است. در واقع، وجود چنین بستری در دنیای امروز محمل اصلی ایجاد مفهومی با عنوان اسناد الکترونیکی شده است. در مقایسه با اسناد کتبی که در زمره ادله سنتی اثبات دعوا قرار دارند، اسناد الکترونیک پدیده‌های نو پا به شمار می‌روند و به دلیل قدمت و سابقه بیشتر اسناد کتبی این دو مفهوم با یکدیگر تطبیق داده شده و در موارد سکوت مقنن معمولاً به قواعد حاکم بر اسناد کتبی ارجاع داده می‌شود. زمینه اصلی طرح چنین موضوعی تجارت الکترونیک است. مفهوم اسناد الکترونیک از جمله موضوعاتی است که از حقوق خارجی وارد ادبیات حقوقی کشور ما شده و مقنن با تصویب قانون تجارت الکترونیکی آن را به رسمیت شناخته است. از حیث بین‌المللی قوانین و دستورالعمل‌های آنسیترا و قانون نمونه این نهاد در زمینه اسناد الکترونیکی قابل توجه است. یکی از نکات مهمی که در مورد اسناد الکترونیک باید مورد توجه قرار گیرد، ارتباط گسترده این اسناد با فناوریهای روز و نوین است. به علت نقش دانش اینترنتی در تهیه و ایجاد چنین اسنادی می‌توان متصور شد که جعل و دستکاری در این اسناد خطرناکتر و پیامدهای منفی بیشتری دارد. فلذا باید یه این نکته توجه کرد در صورتی که این اسناد را به عنوان دلیل اثبات مورد پذیرش قرار دادیم، باید متخصصان لازم برای احراز اصالت این اسناد در دستگاه قضایی موجود باشند. نکته دیگری که باید بدان توجه کرد، نقش مهم حفظ حریم خصوصی اسناد الکترونیکی در فضاهای مجازی است. این امر به ویژه در زمینه سوء استفاده از این اسناد مهم می‌نماید. اما اسناد کتبی در مواد قانون مدنی و در کتاب سوّم با عنوان ادله‌ی اثبات دعوا مورد امان نظر مقنن قرار گرفته است. این دو قانون از لحاظ زمانی فاصله زیادی با یکدیگر دارند و ضرورت پویایی مباحث به ویژه در زمینه‌ی تجارت الکترونیک ایجاب می‌نماید، در صورت تعارض، قانون جدید را برتر و حاکم بدانیم چرا که اراده جدید مقنن را که اتفاقاً منطبق با ضرورت‌های زندگی امروزی است، ارجح و مقدّم بدانیم. در خصوص اسناد کتبی که قابل تقسیم به اسناد عادی و رسمی هستند، ادبیات حقوقی کشور ما از غنای کافی برخوردار است اما در مورد اسناد الکترونیک باید گفت، بررسی قانون تجارت الکترونیک نشان می‌دهد، قانون مزبور با ابهاماتی رو به رو است. در واقع بخش اعظم مربوط به بررسی سند الکترونیک و ارزش اثباتی آن در حقوق داخلی، تفاسیری است که حقوقدانان از این قانون ارائه داده‌اند. اما به هر روی با تصویب قانون تجارت الکترونیک، اصل لزوم پذیرش دلیل الکترونیکی مورد قبول اسناد و ادله‌ی اثبات ممکن واقع شده است. «ماده ۱۲ این قانون در

مقام بیان این اصل چنین می‌گوید است به صورت داده پیام بوده و در هیچ محکمه یا اداره دولتی نمی‌توان براساس قواعد ادله موجود، ارزش اثباتی داده پیام را صرفاً به دلیل شکل یا قالب آن رد کرد». با توجه به جدید بودن پدیده سند الکترونیکی در حقوق داخلی به نظر می‌رسد، رویه‌ی قضایی کشور ما نیز از غنای چندانی برخوردار نیست تا بتوان در برخی موارد برای رفع ابهام به آن مراجعه کرد. در نهایت، ارزش اثباتی اسناد الکترونیکی در دو نوع داده پیام مطمئن و داده پیام عادی، از طریق مقایسه با اسناد رسمی و عادی تعیین می‌شود. در مورد داده پیام مطمئن، مقنن در قانون تجارت الکترونیک بر ارزش اثباتی آن تصریح کرده است ولی در مورد ارزش اثباتی داده پیام نامطمئن مقنن سکوت کرده است و با توجه به مقایسه این سند با سند عادی می‌توان ارزش و اعتباری در حد سند عادی را برای آن مقرر کرد.

فصل دوم: جایگاه کتابت به عنوان ادله‌ی اثبات دعوی از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران

گفتار اول: جایگاه کتابت به عنوان ادله‌ی اثبات دعوی از منظر فقه و حقوق موضوعه ایران

مبحث اول: جایگاه کتابت به عنوان ادله‌ی اثبات دعوی از منظر فقه اسلامی

۱- در فقه عامه

در فقه اهل سنت، تحت عناوین مختلفی از سند بحث شده است.^۱ یکی از این عناوین، حجّیت خط و ختم به معنای دستخط و مهر است. فقهای اهل سنت، این مسأله را در سه مورد بررسی کرده‌اند:

الف- اقوال فقهای عامه:

الف- در مورد معاملات بین مردم: دیدگاه مذهب حنفیه و مالکیه و یکی از اقوال سه‌گانه احمد بن حنبل و یک نظریه در نزد مذهب شافعیه آن است که به دست نوشته‌های رایج در معاملات مردم عمل می‌شود به شرط آنکه مورد وثوق و اطمینان بوده و شائبه محو یا پاک کردن یا تغییر کلمات در آن نباشد.

ب- در مورد اسناد و نوشته‌های که قاضی در بایگانی دادگاه می‌یابد و پیش از تصدیق او تنظیم شده است: دیدگاه مذهب حنفیه و مالکیه و رأی مشهور در نزد مذهب شافعیه و یکی از اقوال سه‌گانه احمد بن حنبل در این خصوص آن است که در صورت وجود اطمینان و انتقای شک و تردید، به این نوشته‌ها و اسناد عمل می‌شود.

۱. احمد، حصیری، علم القضاء - ادله اثبات فی الفقه الاسلامی، جلد ۱، بیروت: دارالکتب العربی، ۱۴۰۶ ه.ق، صص ۴۵-۵۶.

ج- در مورد اسناد و نوشته‌هایی که قاضی در بایگانی دادگاه می‌یابد و مربوط به زمان تصدی او است: اجماع فقهای اهل سنت بر این است که اگر قاضی در چنین موردی یقین پیدا کرد که نوشته مزبور، خط خود او است و قضیه را به خاطر آورد بر اساس نوشته عمل کرده آن را تنفیذ می‌نماید. اما برخی از فقهای اهل سنت گفته‌اند که حتی اگر قاضی، قضیه منتهی به صدور حکم را نیز به خاطر نیاورد می‌تواند براساس نوشته خود که یقین به صدور آن از ناحیه خویش دارد عمل کند.^۱

با دقت در این دیدگاه‌ها ملاحظه می‌شود که ملاک اصلی عمل به یک سند کتبی، انتفای شک و تردید و اطمینان یافتن به صحت آن است؛ بنابراین، می‌توان گفت که از دیدگاه فقه اهل سنت، آیین دادرسی رایج در دادگاه‌ها که سند را به عنوان یکی از ادله‌ی اثبات دعوی در صورت اطمینان به صحت آن می‌پذیرند، با قواعد شریعت اسلام مخالفتی ندارد، چنانکه ماده ۱۷۳۶ مجله الاحکام العدلیه (قانون مدنی کشور عثمانی است که بر اساس مذهب حنفی نوشته شده و یکی از مهمترین مصادر فقهی و قانونی اهل سنت می‌باشد که تاکنون شروح متعددی نیز بر آن نگاشته شده است از جمله‌ی این شروح می‌توان به تحریر المجله، اشاره کرد که براساس فقه امامیه به رشته تحریر در آمده است) نیز آمده است: «لا يعمل بالخط والخاتم فقط اما اذا كان سالماً من شبهة التزوير والصنيع فيكون معمولاً به ای یكون مداراً للحکم و لا يحتاج للاثبات بوجه آخر».

به موجب ماده فوق چنانچه شخصی که امضای وی میان مردم شناخته شده است در ورقه‌ای بنویسد که مبلغی به شخصی بدهکار است و امضاء کند داین می‌تواند به استناد آن مطالبه کند. هر چند که صاحب خط و امضاء فوت کرده باشد، سند مزبور مناط حکم قرار می‌گیرد و وراثت ملزم خواهند شد که از ترکه میت دین او را پرداخت نمایند؛ البته این امر موکول به آن است که احتمال جعل و تزویر در میان نباشد و در این فرض دارنده سند نیاز به اثبات از طریق دیگر نخواهد داشت.^۲

ب- ادله‌ی اقوال فقهای عامه و نقد آن:

با آنکه اهل سنت در کتب متعددی به اعتبار سند از دیدگاه خود پرداخته‌اند اما در مقام استدلال، معمولاً به ذکر یک یا دو دلیل اکتفاء کرده و از ارائه بحث تفصیلی خودداری

۱. محمدعلی، انصاری، الموسوعة الفقهية الميسرة، جلد ۱، چاپ اول، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۲۴۷.

۲. محمدحسین، آل کاشف الغطاء، شرح مجله الاحکام العدلیه، مکتبه النجاش و مکتبه الفیروز آبادی، تهران- قم:

۱۳۶۱ ه.ق، ص ۳۵.

کرده‌اند. گویا وضوح مسأله در نزد آنان و ندرت وجود دیدگاه‌های مخالف موجب این امر شده است. در هر حال با تتبع در کلمات دانشمندان اهل سنت می‌توان دلایل اعتبار سند از دیدگاه آنان را به شرح زیر ارائه نمود:

۱- آیه شریفه ۲۸۲ سوره بقره در خصوص کتابت دین: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...» بیشتر فقهای اهل سنت معتقدند این آیه بر استحباب کتابت دیون ناشی از قرض یا دیگر قراردادهای مالی دلالت می‌کند. سند مورد نظر در این آیه، مصداق «اقرار کتبی» است و اعتبار ناشی از امضای مقرر(مدیون) و دو نفر شاهد عادل می‌باشد؛

۲- نامه‌های متعددی که پیامبر اکرم (ص) برای سران کشورهای مختلف و دیگران می‌فرستاد؛

۳- روایت پیامبر گرامی (ص) که فرمود: برای مرد مسلمانی که مال قابل وصیتی دارد شایسته نیست دو شب بخوابد مگر این که وصیتش به صورت مکتوب در نزد او حاضر باشد. «ما حق امری مسلم له شیء فیه یبیت لیلین الا و وصيته مکتوبه عنده». به گفته ابن قیم جوزی اگر اعتماد بر خط صحیح نبود، نوشتن وصیت‌نامه فایده‌ای نداشت؛

۴- پیامبر اکرم (ص) در خصوص مسلمانی که در میان اهل خیبر به قتل رسیده بود و برخی دوستانش مدعی بودند که یهودیان وی را کشته‌اند نامه‌ای بدین مضمون برای یهود خیبر مرقوم فرمود که، یا باید دیه‌ی آن مسلمان را بدهند و یا اعلان جنگ نمایند؛

۵- اجماع اهل حدیث بر این که راوی می‌تواند بر خطی که در نزد او محفوظ است اعتماد کند و حدیث مزبور را نقل نماید. در این مسأله فقط بعضی از کسانی که قولشان اعتبار چندانی ندارد مخالفت کرده‌اند؛

۶- اعتماد فقها و پیشوایان امت اسلام در حفظ سنت و فقه بر کتابت. با دقت در این ادله ملاحظه می‌شود که دلیل دوم و چهارم در واقع بیان سیره‌ی عملی پیامبر (ص) هستند و زیر یک عنوان قرار می‌گیرند؛ بنابراین، مجموع ادله‌ی اهل سنت در خصوص اعتبار سند را می‌توان در تحت عناوین زیر مندرج نمود:

- ۱- آیه
- ۲- روایت پیامبر اکرم (ص)؛
- ۳- سیره عملی پیامبر اکرم (ص)؛
- ۴- اجماع اهل حدیث؛
- ۵- سیره‌ی فقها و پیشوایان امت اسلام (یا سیره متشرعه).

۲- در فقه امامیه

فقهایی بزرگ و نامی شیعه از متقدمین گرفته تا متأخرین آن‌ها به استناد منابع روایی و قرآن کریم، در کتبشان به طور مفصل به ادله‌ی اثبات دعوی پرداخته‌اند و نظرات مشابهی در این باب دارند. در باب سند، از بخشهای فرعی و خاص مکتوبات ایشان می‌توان نکاتی را استخراج نمود. برای روشن شدن زمینه دیدگاه‌های فقها درباره دلیل کتبی به بررسی نظرانی چند از آراء فقهاء می‌پردازیم:

الف- اقوال فقهایی اهل بیت (س) و نقد آن:

۱- نویسنده کتاب جواهر الکلام در مبحثی که آداب قضاء را به بحث گذارده است، در ضمن مسأله هفتم، می‌گوید: «گاه گفته می‌شود: فایده نوشتن، صرفاً یادآوری ما وقع است و آلاً نوشته حجّت شرعی نمی‌باشد و به این ترتیب، هیچ یک از این شرایط درباره نویسنده الزامی نیست زیرا بدیهی است که اگر با کمک این نوشته اصل مطلب به یاد آورده شد، به استناد همان اصل مطلب، حکم اجرا می‌شود و در غیر این صورت نمی‌توان حکم را جاری کرد هر چند نوشته دارای اوصاف ذکر شده باشد. البته غالباً همراه با این اوصاف، اطمینانی ایجاد می‌شود که حکم بر مبنای آن اجرا می‌شود»^۱.

نقد و بررسی قول صاحب جواهر:

بر این نظر اشکال وارد است که فایده نوشته، تنها یادآوری آنچه که در حکم و اجرا موثر است منحصر نمی‌باشد، بلکه با فرستادن حکم و امر و نهی و مانند آنها در کار است که امکان زیاد و کم شدن (احکام و دستورات) یا تغییر آنها وجود دارد، همچنان که اکنون در مورد نوشته‌های حکمرانان کشورها این گونه است. بنابراین مقصود از مسأله هفتم این است که اگر قاضی منشی‌ای اختیار کرد که به نگارش او اعتماد داشته و نوشته وی را ملاحظه نمی‌کند لازم است او چنین صفتی را دارا باشد، زیرا وی یکی از مصادیق شخص امین محسوب می‌گردد.

بدین ترتیب، صاحب جواهر بدون آنکه پاسخی به اشکال «عدم حجّت شرعی نوشته» داده باشد آن را وسیله حفظ مطالب از تغییرات احتمالی دانسته است و انتقال موضوع یا حکم و یا انتقال فرامین و نواهی را نیز از دیگر ثمرات نوشته می‌شمارد. لذا ایشان، به طور تلویحی عدم اعتبار مستقل سند را پذیرفته و تنها آن را وسیله‌ای جهت ثبت یا ابلاغ تلقی

۱. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۰، همان، ص ۱۰۹.

کرده است و بر همین اساس، شرایطی را جهت اعتماد به سند وسیله، ذکر می‌نماید. بنابراین پس این نکته مطرح است که بدون حضور ذهن نسبت به اصل مطلب و صرفاً با اتکاء بر اطمینان حاصل از نوشته می‌توان حکم را جاری ساخت بنابراین آنچه که در نهایت حجت شرعی برای اجرای حکم تلقی می‌گردد، اطمینانی است که از دلیل کتبی برای قاضی ایجاد می‌شود و صاحب جواهر نیز به طور ضمنی آن را قبول کرده است. گاه از چنین اطمینانی به «علم عادی» تعبیر می‌شود و مقصود از آن این است که به طور متعارف و عقلانی، احتمال خلاف آن را ندهد؛ هر چند با دقت‌های عقلی، امکان و احتمال خلاف آن نیز وجود داشته باشد. نتیجه این کلام که اگر از نوشته‌ای علم عادی به محتوای آن ایجاد نگردید نمی‌توان براساس آن حکم جاری کرد. در ادامه، هنگامی که نویسنده مصادیق دیگری از کاربردهای نوشته را نقل می‌کند همین مطلب به دست می‌آید و لذا اگر چنین اطمینانی از نوشته حاصل نشود عملی بر طبق آن انجام نمی‌گیرد. بنابراین از توضیح صاحب جواهر مستفاد می‌شود که اجرای حکم دخالتی در حکم این مسأله ندارد، یعنی این قصد و وضعیت دارای ویژگی موثری در حکم نبوده و در حالات دیگر نیز حکم نوشته همان است که بیان گردید.

ممکن است ادعا شود که در عرف، بدون توجه به حصول اطمینان، برطبق نوشته‌های مذکور عمل می‌کنند. در پاسخ باید گفت: اولاً مسامحه‌های عرفی حجت و دلیلی برای اعتبار یافتن در شرع و قانون به دست نمی‌دهند. ثانیاً اگر بر اساس قرائنی، مانند شخصیت حامل نوشته یا کیفیت‌های دیگر نوشته، مانند ممهور بودن به مهر خاصی به نوشته ابزاری اطمینان گردید باز هم دلیل عمل کردن مخاطب نوشته بر طبق آن «علم عادی او» بوده که حجت شرعی محسوب می‌گردد.

۲- دیدگاه فقهی امام خمینی (ره):

در اینجا نظر یکی از فقهای معاصر را مطرح می‌کنیم. این نظرات در پاسخ به چند سوال مطرح شده‌اند. ما نیز، به منظور درک زمینه و شرائط مسأله، عین پرسش و پاسخ‌ها را درج می‌کنیم:

الف - سوال: اگر ملکی در دست یا تصرف شخصی باشد و بعد، چند نفر یا یک نفر مدعی شود که این ملک، وقف است و نوشته‌ای هم داشته باشند که در آن مرقوم شده که فلان ملک مثلاً وقف است، آیا با ارائه این گونه نوشته‌ها و ادعاها وقف بودن ثابت می‌شود یا خیر؟

جواب: با ادعا و نوشته وقف ثابت نمی‌شود مگر موجب اطمینان شود.^۱

۱. حسین، کریمی، موازین قضائی از دیدگاه امام خمینی، همان، ص ۱۴۴.

ب- سوال: وقفنامه‌های از دویست، سیصد سال قبل در اداره اوقاف یا ادارات دیگر، مثل دادگستری، موجود است و فعلاً یک قسمت از چهار قسمت اراضی موقوفه، برابر وقفنامه مزبور، در تصرف بوده و برای سه قسمت دیگر سند مالکیت صادر شده است. گرچه هنگام تقاضای سند مالکیت، وارث واقف شکایت نموده و مدتها پرونده در جریان بوده، بالاخره ترتیب اثر داده نشده است. با توجه به اینکه طبق مسأله ۹۲ در کتاب تحریر الوسیله، کتاب وقف،^۱ فعلاً شیاع مفید علم یا اطمینان (و دیگر راههای اثبات وقف بودن مانند: اقرار ذوالید، تصرف به عنوان موقوفه، و بینه شرعیه در مسأله مورد بحث) نیست تکلیف اراضی مزبور چیست؟

جواب: اگر اراضی مزبور در تصرف وقف نبوده یا معلوم نیست که در تصرف بوده‌اند، یا به طریق شرعی، وقف بودن آنها ثابت نشود حکم وقف ندارند.^۲

سوال: در قباله ازدواج، بر طبق ماده ۸ قانون حمایت خانواده، چهارده مورد ذکر شده است. در موقع اجرای عقد در ضمن عقد لازم دیگر، زوجین شرط می‌کنند که اگر یکی از این چهارده مورد محرز شود زوجه از طرف زوج، وکیل یا وکیل در توکیل غیر است که خود را مطلقه نماید نوعاً این موارد به زوجین تفهیم می‌شود ولی بعضاً زوجین بدون تفهیم، پای ورقه‌ای را که این موارد در آن نوشته شده امضاء می‌کنند. در صورت دوم، اگر یکی از این موارد ثابت شود، آیا زوجه می‌تواند خود را مطلقه نماید یا باید موارد چهاردهگانه به زوجین تفهیم شود؟

جواب: مجرد امضاء و تفهیم موارد کافی نیست و باید در ضمن عقد، شرط شود یا عقد مبنیاً علیه واقع گردد.^۳

سوال: آیا اسناد رسمی مملکتی و یا نوشته‌های عادی که با امضاء علمای بزرگ و با مهر آنها مهمور باشد، در فصل خصومت می‌تواند به معنی شاهد یا حجت باشد؟

جواب: اسناد کتبی حجت شرعیه ندارند مگر آنکه برای قاضی موجب علم باشد.^۴

نقد و بررسی نظریه حضرت امام خمینی (ره):

آنچه از پاسخ‌های گذشته به دست می‌آید این است که سند تنها در صورتی که موجب علم یا اطمینان قاضی شود معتبر خواهد بود و آشکار است که در این صورت نیز آنچه از نظر شرع حجیت داشته و مبنای صدور حکم و اجرای آن می‌گردد همان علم و اطمینان

۱. روح الله، خمینی، تحریر الوسیله (کتاب وقف)، همان، ص ۸۵.

۲. حسین، کریمی، همان کتاب، صص ۱۴۵-۱۴۶.

۳. همان، ص ۱۴۷.

۴. همان، ص ۱۲۶.

به محتوای سند است و البته این امر، مفهومی غیر از اطمینان به صدور سند است. ظاهر کلام برخی دیگر از فقها دلالت بر این دارد که سند از یک توسعه در اعتبار برخوردار است و با تحقق دو شرط: عدم احتمال تقلب و منتفی دانستن این احتمال که نویسنده معنای حقیقی نوشته را اراده نکرده است، می‌توان به سند به عنوان دلیل استناد کرد اما با دقت در عبارات، ممکن است این ظاهر کلام را نیز به حصول علم یا اطمینان ناشی از سند منتهی دانست با این حال؛ باید گفت این امکان (تأویل بردن نظر دوم به نظر اول) را می‌توان بدین گونه منتفی دانست که در نظر اول، لزوم حصول یک علم یا اطمینان شخصی برای قاضی مطرح نظر بوده است، در حالیکه در نظریه دوم، صرف منتفی دانستن دو احتمال مذکور، برای استناد به سند کافی است، هر چند علم یا اطمینان شخصی برای قاضی ایجاد نکند. به علاوه، برخی دلائل مطرح شده برای نظریه دوم، قابلیت تعمیم و تحصیل یک دلیل نوعی را دارند. در هر صورت، اگر سند تنها به عنوان ابزاری برای حصول علم قاضی مطرح باشد از محل بحث خارج شده و در نتیجه، جایی برای بحث درباره تعارض مذکور در ماده ۱۳۰۹ ق.م. باقی نمانده و این ماده، از نظر فقهی، اساساً فاقد اعتبار می‌گردد.

ب- ادله‌ی اقوال فقهای اهل بیت (ع):

بند اول - تحریر محل نزاع:

ابتداء باید مقصود از حجیت کتابت بیان شود تا تصویر روشنی از آن و همچنین بیان روشنی از استدلال‌ها به دست آید، برای روشن شدن حجیت کتابت، آن را با حجیت اقوال مقایسه می‌کنیم، برای اینکه سخن کسی دارای اثر شود که یکی از آثار نیز، حجیت و سندیت است. باید سه کار در اول امر روشن شود، فرض کنید سخنی از معصوم (ع) به ما رسیده است یا اقراری از شخص غیر معصوم مطرح شده است ابتداء باید استناد این سخن به گوینده ثابت شود یعنی یا خودمان بشنویم و یا از قرائن و شواهد علم یا اطمینان پدید آید و یا با اماراتی همچون بیّنه و خبر عادل، خبر ثقه و مانند آن سند این سخن اثبات شود از این مرحله به حجیت صدور یا سند نام می‌برند قول و فعل و کتابت در این مرحله دارای حکم یکسانی هستند کار یا نوشته نیز اگر اثری داشته باشد باید به فاعل یا نویسنده مستند باشد و راه اثبات آن دو نیز دقیقاً مثل اثبات صدور یک سخن است بنابراین، این مرحله از سخن ما خارج است همه اقرار نامه‌ها، وقف نامه‌ها، عقد نامه‌ها و سایر نوشته‌ها باید ثابت شوند که از فلان انسان سر زده‌اند البته قرائن آنها ممکن است با هم متفاوت باشند به

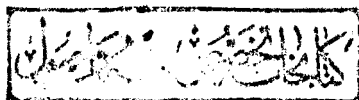
طور مثال ضبط صدا یکی از بهترین قرائن برای اثبات صدور در سخنان می‌باشد و مهر کردن و یا اثر انگشت و حتی نوع خط نیز از بهترین قرائن و نشانه‌ها برای اثبات صدور یک نوشته می‌باشد.

سؤال بسیار مهمی که مطرح است، این است که آیا این نشانه‌ها همه از باب علم و اطمینان حجت هستند؟ و حتی ممکن است اجتماع چند نشانه برای قاضی یا هر شخص دیگری باید یقین‌آور باشند. مثلاً وراثت یک میت یقین بیاورند و همین کافی است؟ یا اینکه در میان این اماره‌ها موردی که به اصطلاح علم اصول، ظن خاص باشد و از امارات شمرده شود نیز یافت می‌شود؟

ظاهراً چنین موردی یافت نشد پس به طور مثال اثر انگشت از باب ظن نوعی، حجت نیست و باید علم روز شواهدی برای قطعیت آن ارائه کند. پس از اینکه از ناحیه‌ی سند یعنی انتساب سخن، مطمئن شدیم دومین کار لازم، برای ترتیب اثر بر آن سخن مطرح می‌شود و آن اثبات جهت صدور است. توضیح این که به سخنی می‌توانیم اثر بار کنیم که جدی باشد یعنی به شوخی گفته نشده باشد از ترس و برای دفع اکراه نباشد بلکه گوینده مراد واقعی خود را بیان کرده باشد به طور مثال فقیهان به خیلی از روایاتی که به جهت تقیه صادر شده و امام (ع) آن سخنان را تنها برای دفع شر بنی‌امیه و یا بنی‌عباس و امثال آنها گفته‌اند استدلال نمی‌کنند به اصطلاح علم اصول چنین گفته می‌شود: در حجیت یک سخن باید ثابت شود که جهت صدور آن سخن، بیان مراد واقعی است و نه اهداف دیگر.

فقیهان ادعا دارند که همه عقلاء در سراسر عالم هر سخنی را به جدّ حمل می‌کنند و تنها زمانی یک سخن به هزل یا تقیه حمل می‌شود که دلیل معتبری داشته باشد و از آن به اصالة الجّد تعبیر می‌کنند، همین سخن در کتابت نیز مطرح است مثلاً اگر نوشته‌ای یافت شود و به وسیله‌ی دستخط ویژه‌ی آن ثابت شود که نویسنده‌ی آن شخص الف است آیا می‌توان مطالب آن نوشته را بر گردن او گذاشت، فرض کنید نوشته‌ای با این متن یافت شد: «من به آقای «ب» هزار تومان بدهکار هستم» و هیچ امضاء یا مهر و یا اثر انگشتی در بین نبود ولی نشانه‌های قطعی بر آن است که این دستخط از آقای الف است، آیا همین نوشته را اقرار حساب کرده و او را بدهکار بدانیم؟ شاید انگیزه او از این نوشته اقرار نباشد؟

آیا نوشته در این جهت دقیقاً مثل گفتار است یعنی اصالة الجّد در نوشته نیز جاری است یعنی سیره‌ی عقلا براین امر استوار است که هر نوشته‌ای حمل بر جدّ می‌شود؟ به نظر می‌رسد این امر در نوشتجات به وضوح و روشنی اقوال نیست باید آن نوشته همراه امضاء یا مهر باشد.



سومین نکته در باب حجّیت، ظهور و دلالت است. لذا تنها زمانی به یک گفتار استناد می‌شود که دلالت واضحی داشته باشد، بنابراین سخن مجمل در آن مقداری که مجمل است حجّت نمی‌باشد بلکه ظهور یک سخن با دهها قواعد عقلائی اثبات می‌شود. به طور مثال اگر کسی ادعا کند که من به شخص ب بدهکار هستم شاید معنای مجازی اراده کرده و قرینه‌ای هم آورده است یعنی بدهکاری معنوی در باب حقوق مومن مراد است، لذا در هر سخنی احتمالات زیادی وجود دارد، ولی سیره‌ی عقلاء بر حجّیت ظهور استوار است. بنابراین هر سخنی به معنای حقیقی حمل می‌شود و قرائن اگر اثبات نشود بر نفی آنها بنا گذاشته می‌شود، حال سخن در این است که آیا نوشته‌ها نیز چنین است و سیره عقلاء به همان صورت که در باب سخن جاری است در باب نوشته نیز جاری است؟ پس ظاهر عرفی هر نوشته‌ای حجّت است؟

در اینجا نیز می‌توان ادعا کرد که عقلاء، تفاوتی میان سخن و نوشته نمی‌گذارند و به ظهور در هر دو جا استناد می‌کنند.

حال با توجه به نکات بالا به ادله‌ی حجّیت یک نوشته توجه می‌کنیم، این نکته نباید فراموش شود که سخن در حجّیت یک نوشته، امر دوم و سوم از امور سه‌گانه فوق است یعنی آیا اصالة الجّد و اصالة الظهور همچنان که در سخن پذیرفته شده در نوشتجات نیز چنین است؟ پس سخنی در باب سند و استناد یک نوشته نداریم و مسلم است که باید صدور یک نوشته به وسیله علم و یا سایر راههای معتبر اثبات شود.

بند دوم - ادله‌ی فقهایی امامیه:

دلیل اول - قرآن کریم:

یکی از آیاتی که میتوان بر اساس آن کتابت دین را معتبر دانست و آن را سندی مکتوب به شمار آورد آیه ۲۸۲ سوره بقره است:

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ...»^۱

ای کسانی که ایمان آورده‌اید، هنگامی که بدهی مدت داری به یکدیگر پیدا کنید آن را بنویسید و باید نویسنده‌ای از روی عدالت «سند را» در میان شما بنویسد.



این آیه که طولانی‌ترین آیه قرآن کریم است احکام فقهی فراوانی را در رابطه با معامله، تنظیم سند، شهادت و... شامل می‌شود. برخی از علما تعداد این احکام را ۱۵، حکم،^۱ برخی دیگر ۲۱ حکم^۲ و برخی نیز ۳۰ حکم^۳ دانسته‌اند. برخی مفسران معتقدند که این آیه یکی از دلایل اعتبار کتابت و سند کتبی است. نویسنده مجمع البیان در این باره می‌نویسد:

معنای «فاکتبوه» در آیه شریفه این است که دین را در سندی بنویسید تا فراموشی یا انکار در آن راه نیابد و موجب تضمین حق گردد و باعث تأمل و توجه دارنده حق و متعهد آن (من علیه الحق) و گواهان باشد. وجه تأمل و توجه دارنده حق (من له الحق) آن است که حق او بر اساس سند و شاهدان تضمین و تأیید می‌شود. وجه تأمل و توجه متعهد حق (من علیه الحق) آن است که با وجود سند، از انکار حق دورتر خواهد بود و سزاوار عذاب و عقاب الهی نخواهد شد. وجه تأمل و توجه شاهدان آن است که هر گاه متعهد با خط خود سند را بنویسد، برای شهادت شاهدان محک‌تر و از لغزش و خطا دورتر است و به تذکر و یادآوری نزدیک‌تر.^۴

فوایدی همچون تضمین حق صاحب حق و جلوگیری از خطا و لغزش و فراموشی و انکار که نویسنده مجمع البیان برای کتابت دین و تنظیم سند مکتوب ذکر کرد، تنها در صورتی محقق می‌گردد که سند کتبی را معتبر بدانیم. بنابراین، می‌توان گفت که عبارت بالا بر اعتبار سند کتبی از نظر ایشان دلالت دارد.

با دقت در آیه می‌توان به صحت برداشت‌های فوق و دلالت آیه بر اعتبار سند مکتوب اطمینان یافت؛ چه خداوند متعال در این آیه شریفه برای متضرر نشدن مردم و حفظ حقوق مالی آنان دستوراتی همچون شاهد گرفتن دو مرد مسلمان و موثق، تنظیم سند مکتوب و رعایت دقت و عدالت در آن و... صادر می‌نماید.

لازم به ذکر است که امر به کتابت، امر وجوبی محسوب نمی‌شود بلکه مستحب است. البته از بین فقهای اهل سنت ابوسعید خدری و شعبی و حسن، امر را بر ندب حمل کرده ولی ربیع و کعب گفته‌اند که بر وجوب دلالت دارد. اما به نظر می‌رسد که قول اول یعنی استحباب صحیح‌تر است؛ زیرا اولاً اجماع فقهای عصر ما بر آن است. ثانیاً آیه «فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَغْضًا فُلْيُودَ الَّذِي أَوْثَمَنَ أَمَانَتَهُ» بر آن دلالت

۱. علی بن ابراهیم، قمی، تفسیر القمی، جلد ۱، چاپ اول، قم: دارالکتاب، ۱۴۰۴، ص ۹۴.

۲. قطب الدین سعید بن هبه الله، راوندی، فقه القرآن، جلد ۱، قم: مکتب آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵، ص ۳۷۹.

۳. وهبه، زحلی، تفسیر المنیر، جلد ۳، چاپ اول، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۸، ص ۱۱۶.

۴. ابوعلی فضل بن الحسن، طبرسی، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، جلد ۲، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴، ص ۲۱۹.

می‌کند.^۱ بنابراین، صحیح‌تر آن است که امر به نوشتن دین، یا برای ندب است یا ارشاد (امر ارشادی-آن است که امر هر چند نسبت به مأمور برتر هم باشد در مقام فرد برتر دستور نمی‌دهد بلکه قصدش خیرخواهی و بیان مصلحت فرد است. بنابراین، در چنین امری اگر مأمور اطاعت نکند، مرتکب گناه نشده است ولی امر مولوی امری است که امر در جایگاه فرد برتر دستور می‌دهد و مأمور حق سرپیچی ندارد؛ چرا که در صورت سرپیچی عقوبت می‌گردد.) به مصلحت؛^۲ زیرا حکمت آنها در آیه شریفه بیان شده است، مانند آنجا که می‌فرماید:

«ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا»؛ این در نزد خداوند به عدالت نزدیکتر و برای شهادت استوارتر و برای جلوگیری از شک و تردید بهتر می‌باشد. بنابراین اگر سند دین نوشته نشود گناهی صورت نگرفته است.

نکته مهم در این آیه تأکید فراوانی است که بر کتابت دین شده است، حتی درباره دیون کوچک و کم ارزش:

«وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ»؛ و از نوشتن «بدهی خود» بر اساس مدت آن، چه کوچک باشد و چه بزرگ، ملول نشوید.

بی‌شک، این همه تأکید بر امر کتابت، دلیلی بر اعتبار و حجیت شرعی آن نزد فقهای امامیه است.^۳ در حقیقت، کتابت دین فقط زمانی مفید است و باعث تحقق حکمت‌های مذکور در آیه می‌شود که سند کتبی، معتبر باشد؛ چرا که اگر سند کتبی دلیلی برای اثبات موضوع نباشد و اعتبار کافی نداشته باشد، نه برای شهادت دادن استوارتر و محکمتر خواهد بود و نه برای رفع شک و تردید مؤثرتر و در نتیجه، نمی‌توان آن را به عدل و قسط نزدیکتر دانست. بر همین اساس، برخی فقیهان و مفسران تصریح نموده‌اند که کتابت دین، به عنوان سندی بین طرفین معامله، حجتی معتبر است تا حقوق طرفین محفوظ بماند و به خاطر همین اعتبار سند است که خداوند متعال به کاتب سند امر کرده است که نباید از نوشتن پرهیز کند، تا سند مکتوب خالی از وهم و تقصیر و استنادپذیر باشد.^۴

۱. محمد جواد، مغنیه، تفسیر الکاشف، جلد ۱، چاپ سوم، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۹۸۱، ص ۴۴۸.

۲. جمال الدین مقداد بن عبدالله، سیوری حلی، کنز العرفان فی فقه القرآن، جلد ۲، تهران: مکتبه المرتضویه لاحیاء آثار جعفریه، ۱۳۴۳، ص ۴۵.

۳. محمد جواد، کاظمی، مسالک الافهام الی آیات الاحکام، جلد ۳، همان، ص ۶۵.

۴. عبد الاعلی، سبزواری، مواهب الرحمن فی تفسیر القرآن، جلد ۴، چاپ اول، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۴، ص ۴۰۶.

در تکمیل این استدلال باید گفت که اگرچه آیه شریفه در رابطه با کتابت دین نازل شده است، بی‌شک، سند مربوط به دین هیچ خصوصیتی ندارد. لذا با استنباط اعتبار سند دین از این آیه، می‌توان این اعتبار را به هر سند دیگری که مشتمل بر شرایط مذکور در آیه باشد (همچون نوشتن بر پایه عدل و شاهد گرفتن) بر اساس الغای خصوصیت قطعی عرفی، سرایت داد.

برخی مفسران در دلالت آیه مذکور بر اعتبار سند کتبی مناقشه کرده‌اند. از دید اینان چه بسا دستور به کتابت دین، به دلیل اعتبار سند کتبی نیست بلکه به این دلیل است که سند موجب یادآوری شاهد یا صاحب حق می‌شود و همین فایده برای سفارش به تنظیم سند کافی است.^۱ این اشکال زمانی قویتر می‌شود که صرف کتابت سند را کافی ندانیم و بلکه دستور استفاده از بینه و شاهد را نیز از فراز «وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ» استنباط کنیم. نیز اگر دو شاهد مرد عادل پیدا نشد، باید یک شاهد مرد عادل و دو شاهد زن عادل را به جای آنها به شهادت گرفت: «إِنْ لَمْ يَكُنْ رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ». از این رو، می‌بینیم که رعایت نصاب بینه و یا بدل آن لازم دانسته شده است و در نتیجه نمی‌توان سند را وسیله‌ای مستقل برای اثبات موضوع دانست؛ چه در این صورت، دیگر نیازی به استفاده از بینه و شاهد نبود. بنابراین، می‌توان فهمید که نگارش سند لغواست و با وجود بینه، دیگر نیازی به استفاده از سند برای اثبات موضوع نیست.^۲

در پاسخ به اشکال فوق می‌توان گفت که بی‌شک، کلام خداوند را به گونه‌ای باید تفسیر و تبیین کرد که مطابق حکمت بالغه و فصاحت و بلاغت الهی باشد. بنابراین از یک طرف، حکمت الهی اقتضا دارد که کلام او به گونه‌ای تفسیر نشود که منجر به لغویت گردد و از طرف دیگر، فصاحت و بلاغت الهی مقتضی آن است که کلام حضرتش را بر معانی دور و بعید از ذهن حمل نکنیم. حال با توجه به این دو نکته، آیه شریفه را باز می‌نگریم. خداوند متعال در آیه مذکور، ابتدا دستور به کتابت سند دین داده و فرموده است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ» و سپس بعد از بیان مطالبی درباره چگونگی کتابت سند و شرایط کاتب و کیفیت املا و شرایط آن به مسئله شاهد گرفتن پرداخته و فرموده است: «وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ».

۱. محمد جواد، کاظمی، همان کتاب، ص ۱۱۵.

۲. قاسم، ابراهیمی، مجله فقه اهل بیت A، قم: بی نا، ۱۴۲۰، ش ۱۵، ص ۱۵۰.

معلوم است که اگر با وجود شهادت دو مرد عادل یا یک مرد و دو زن عادل، فایده‌ای بر کتابت سند دین مترتب نمی‌شد دستور به انجام آن، کاری لغو و بیهوده بود در حالی که شخص حکیم هیچگاه دستور لغو و بی‌فایده صادر نمی‌کند، تا چه رسد به خداوند متعال که حکیم و دانای مطلق است و هر حکمتی از ذات بی‌همتای او نشأت می‌گیرد. بنابراین، بدون تردید بی‌فایده دانستن کتابت در این آیه شریفه، خلاف مقتضای حکمت الهی است.

با وجود این، هنوز اشکالی دیگر باقی می‌ماند و آن اینکه کتابت سند دین بی‌فایده و لغو نیست، ولی نمی‌توان سند مزبور را به طور مستقل معتبر دانست بلکه فایده آن تنها یادآوری شاهدان یا طرفین دین و معامله است. برخی صاحب نظران به این مطلب تصریح کرده‌اند.^۱

به نظر می‌رسد چنین اشکال و برداشتی از آیه شریفه با ظاهر آن مخالف است؛ چراکه خداوند متعال در آیه دین، پنج بار بر مسأله نوشتن سند دین با تعبیرات مختلف تأکید نموده (آنجا که می‌فرماید: «فَاكْتُبُوهُ»، «وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ» «وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ»، «فَلْيَكْتُبْ»، «وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا».) و حتی به ذکر جزئیات احکام مربوط به کتابت نیز پرداخته و مسائلی مانند شرایط کتابت، کیفیت کتابت و املاي سند توسط مدیون یا ولی او را در موارد خاص بیان نموده است.

تمام این تأکیدات و ذکر تفصیل بیانگر توجه خداوند متعال به مسئله کتابت سند است و قطعاً منحصر دانستن فایده کتابت سند در یادآوری، با این میزان اهتمام سازگار نیست؛ چرا که در آن صورت نه تنها نیازی به این تأکیدات نبود بلکه سازگارتر با روش قرآن این بود که عبارت کوتاه‌تر آورده شود.

خلاصه آنکه عرف، از این تأکیدات همراه با ذکر جزئیات احکام مربوط به کتابت سند، چنین می‌فهمد که سند کتبی وسیله‌ای معتبر برای اثبات دین از دیدگاه اسلام است و حمل تأکیدات مزبور بر صرف خصوصیت یادآور بودن سند، بسیار بعید و خلاف ظاهر است. محقق اردبیلی در این باره می‌فرماید:

«إِنَّ هَذِهِ التَّأْكِدَاتُ فِي أَمْرِ الْكِتَابَةِ تَدُلُّ ظَاهِرًا عَلَى أَنَّهَا مَعْتَبَرَةٌ وَ حُجَّةٌ شَرْعِيَّةٌ مَعَ أَنَّهُمْ يَقُولُونَ بَعْدَ اعْتِبَارِهَا فَكَأَنَّهُ لِلْإِجْمَاعِ وَالْأَخْبَارِ فَتَكُونُ لِلتَّذَكُّرِ وَهُوَ بَعِيدٌ»^۲ این تأکیدهایی که درباره امر به نوشتن دین صورت گرفته است و در

۱. محمد جواد، کاظمی، همان کتاب، ص ۱۱۰.

۲. احمد بن محمد، اردبیلی، زبدة البیان، قم: موسسه نشر اسلامی، بی تا، ص ۴۴۵.

ظاهر دلالت می‌کند که کتابت اعتبار شرعی دارد و حجت شرعی محسوب می‌شود با اینکه فقها به عدم اعتبار آن قائل شده‌اند و گویا این امر ناشی از وجود اجماع و روایات است. بنابراین، کتابت دین جنبه یادآوری خواهد داشت در حالی که چنین چیزی بعید به نظر می‌رسد.

این مسئله زمانی بهتر درک می‌گردد که به نظام تقنین عرفی توجه شود؛ بدین صورت که اگر قانونگذار عرفی خطاب به مردم بگوید: ای مردم در هر معامله‌ای که موجب تحقق دین در میان شما می‌شود، سند بنویسید و باید نویسنده عادل این کار را انجام دهد و هر کس که قدرت بر سند نویسی دارد، نباید از انجام آن خودداری کند، پس باید چنین کسی سند را بنویسد و شما نیز از نوشتن سند در مورد دیون خود چه کم باشد و چه زیاد، خسته و ملول نشوید و به این میزان نیز اکتفا نکنید؛ بلکه به بیان جزئیات و تفصیل احکام مربوط به کتابت سند بپردازد، بدون شک برداشت عرف از این کلام چنین است که سند از نظر قانونگذار معتبر است؛ چرا که در غیر این صورت، کلام او غلط انداز است و شنونده را در فهم معنا دچار اشتباه می‌نماید. واضح است که شخص سخندان هیچگاه از تعبیرات موهم استفاده نمی‌کند و به صورت بلیغ و فصیح مقصود خود را بیان می‌کند تا چه رسد به خداوند متعال که فصاحت و بلاغت کلام او بی‌مانند است. لذا حمل کلام الهی بر چنین معنایی خلاف ظاهر و نادرست است.

همچنین برای درک وجدانی مفاد آیه شریفه، یکی از نکاتی که اهمیت دارد، لزوم شاهد گرفتن به هنگام تنظیم سند و دلیل این امر است. در واقع، استفاده از شاهد برای آن است که سند تنظیمی، معتبر و برای طرفین استنادپذیر باشد و گرنه یک نوشته بدون امضا و شاهد را نمی‌توان به دو نفر نسبت داد. به تعبیر دیگر، شهادت در آیه شریفه، جایگزین امضای طرفین قرارداد و مهر دفترخانه ثبت اسناد رسمی در زمان ماست که موجب معتبر شدن سند می‌گردد. توضیح آنکه یکی از شرایط اعتبار سند در عرف عقلا انتساب آن به طرفین سند (داین و مدیون یا متعهد و متعهدله) است. برای اثبات این انتساب معمولاً از مهر، امضا و اثر انگشت طرفین استفاده می‌شود و برای اطمینان به صحت انتساب مزبور و به منظور نفی احتمال جعل مهر و امضا، شاهد گرفته می‌شود. دلیل این مسئله نیز روشن است؛ چرا که در غیر این صورت هر کس می‌تواند کاغذی بنویسد و در آن دینی را به نفع خود بر ذمه دیگری ادعا نماید. اصل بر آن است که ملاک سندیت یک نوشته و همچنین چیزی که یک نوشته را بیانگر اراده جدی و قطعی نویسنده قرار می‌دهد، امضای آن است.^۱

در روایتی از امام صادق (ع) درباره اولین سندی که در تاریخ بشر نوشته شد، آمده است: پس از آنکه حضرت آدم (ع) شصت سال از عمر خویش را به حضرت داوود (ع) بخشید، خداوند به جبرئیل، میکائیل و ملک الموت امر کرد که در این خصوص سندی بنویسند. آنان نیز چنین کردند و سپس آن را با بال‌هایشان از خاک علیین مهر نمودند.^۱

نکته قابل توجه این است که در تنظیم این سند، به صرف نوشتن آن اکتفا نگردید بلکه بر آن شاهدانی گرفته شد که پس از نوشتن سند، آن را مهر کردند.

در سیره نبوی نیز مواردی از مهر کردن سند دیده می‌شود. در بحارالانوار آمده است هنگامی که پیامبر اسلام (ص) در سال هشتم هجرت، قصد نامه نوشتن به پادشاهان و حاکمان را داشتند به حضرتش گفتند: پادشاهان به نامه بی مهر اهمیت نمی‌دهند لذا حضرت برای خود مهری تهیه کردند و در ذی الحجه همان سال، شش نفر از صحابه نامه‌های آن حضرت را برای پادشاهان کشورهای بزرگ آن روزگار بردند.^۲ در واقع مهر کردن نامه موجب اطمینان گیرنده آن نسبت به انتساب نامه به صاحب مهر است. این حدیث در مجامع روایی اهل سنت نیز آمده است.^۳

قرآن کریم در بیان داستان نامه‌ای که حضرت سلیمان برای ملکه سبا فرستاد، سخن ملکه را به هنگام دریافت نامه چنین نقل میکند: «قالت يا ايها الملؤا انى القى الى كتاب كريم»؛^۴ بلقیس گفت: ای بزرگان، نزد من نامه‌ای گرامی فرستاده شده است.

برخی مفسران شیعه و اهل سنت در این باره که چرا ملکه سبا، نامه حضرت سلیمان را به وصف «کَرِیم» یعنی گرامی متصف نمود، احتمال می‌دهند که نامه مزبور دارای مهر بود و به همین جهت بلقیس آن را نامه‌ای گرامی شمرد.^۵ بنابراین، همانطور که شاهد گرفتن بر تنظیم سند موجب اطمینان به صحت انتساب سند می‌شود مهر یا امضای سند نیز چنین فایده‌ای دارد. البته باید توجه داشت که منظور از شاهد گرفتن بر تنظیم سند آن نیست که راه اثبات صحت سند مزبور صرف مراجعه به شاهدان مورد نظر است تا گفته شود که نوشتن سند لغو و بی‌فایده است و یا

۱. محمد بن یعقوب، کلینی، اصول الکافی، جلد ۷، همان، ص ۳۷۸.

۲. محمد باقر، مجلسی، بهارالانوار، جلد ۲۰، تهران: دارالکتب اسلامی، ۱۳۸۵، ص ۳۸۲.

۳. محمد بن اسماعیل، بخاری، صحیح بخاری، جلد ۱ (کتاب العلم)، بیروت: دارالفکر، ۱۴۰۱، ح ۶۵.

۴. سوره نمل (۲۷)، آیه ۲۹.

۵. محمدبن احمد، قرطبی، الجامع لاحکام القرآن، بیروت: مؤسسه تاریخ عربی، ۱۴۰۵، ذیل آیه ۲۹ سوره نمل.

اینکه فایده آن منحصر به یادآوری است بلکه مقصود آن است که هر گاه سند مزبور با ذکر نام دو شاهد آن در جایی ارائه گردد، معمولاً نزد عقلاً موجب اطمینان به صحت انتساب آن می‌شود، همانطور که امروز هنگامی که نامه‌ای با مهر مخصوص یک سازمان یا اداره و امضای مسئول آن به دست فردی می‌رسد، برای او اطمینان بخش است.

این روش شیوه‌ای عقلانی است. لذا عبارت «ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا» در واقع، تحلیلی برای لزوم تنظیم سند است. از آنجا که تحلیل باید عقلانی باشد تا مخاطب آن را دریابد خداوند متعال در این عبارت با اشاره به چند نکته عقلایی به اقامه چند دلیل برای لزوم تنظیم سند پرداخته و فرموده است: «ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ» بدین معنا که تنظیم سند در نزد خداوند عادلانه‌تر است. از آنجا که عدالت مفهومی عقلایی است و عقلاً به درستی تشخیص می‌دهند که تنظیم سند در معاملات باعث رعایت بیشتر و بهتر عدالت می‌گردد، استناد به این نکته از آیه شریفه، در واقع استناد به دلیل عقلایی است. نیز «أَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ» بدین معناست که اگر کسانی که در هنگام تنظیم سند، حضور داشته‌اند، در آینده بخواهند به صحت مندرجات آن و مطابقت سند با واقع شهادت دهند با در دست بودن سندی کتبی که با شرایط خاصی تنظیم شده است، استوارتر و دقیق‌تر می‌توانند شهادت دهند «أَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا» نیز یعنی تنظیم سند بسیاری از شک و تردیدهایی را که ممکن است در آینده نسبت به صحت مندرجات آن و مطابقت آن با واقع به وجود آید، از بین می‌برد.

بنابر آنچه گذشت این‌گونه نتیجه‌گیری می‌شود که آیه شریفه ۲۸۲ سوره بقره، از نظر فقهی می‌تواند بر اعتبار سند کتبی با شرایط خاصی به عنوان یکی از ادله‌ی اثبات موضوع، دلالت کند و تمامی مناقشات و اشکالاتی که در این باره مطرح گردیده است، مردود و قابل پاسخ می‌باشد.

دلیل دوم - سنت:

در آیه‌ی ۲۸۲ سوره مبارکه بقره، عده‌ای با استناد به یک سری روایات صادره از معصومین (س) قائل به این مطلب شده‌اند که ذکر سند صرفاً از باب یادآوری و نوعی تذکر نسبت به شهود می‌باشد. از این نظر که شاهدان ممکن است به واسطه‌ی حوادثی خواسته یا نخواستہ موضوع شهادت را فراموش نمایند لذا سند کتبی این ویژگی را دارا است که می‌تواند نوعی تذکره باشد برای شهود که موضوع شهادت را به یاد آورند. از جمله‌ی این احادیث، به موارد ذیل می‌توان اشاره نمود.

۱- روایت ابوخیجه و نقد آن:

ابوخیجه یکی از اصحاب مورد اعتماد امام کاظم (ع) نقل کرده است: مردی به امام موسی کاظم (ع) نوشت: دو نفر از شخصی چیزی خریده‌اند و قباله آن را نزد شخص ثالثی گذاشته و به او گفته‌اند که این قباله را به هیچ کدام از ما دو نفر به تنهایی تحویل نده. سپس یکی از آن دو غایب شده یا در خانه‌اش مخفی گشته است. آنگاه بایع آمده و قباله را انکار کرده پس از آن، نفر دیگر (از دو نفر خریدار) به نزد شخص ثالث رفته و به او گفته است، قباله را بیرون آور تا آن را بر بینه عرضه کنیم؛ زیرا بایع اصل معامله‌ای را که با من و دوستم انجام داده انکار کرده است. اکنون دوست من غایب است و شاید او در خانه‌اش نشسته و قصد ضرر زدن به مرا داشته باشد. آیا در این صورت بر شخص ثالث (که به عنوان عادل، قباله را در اختیار دارد) واجب است که قباله را بر بینه عرضه کند تا آنان به نفع خریداری که به شخص مزبور مراجعه نموده است شهادت دهند یا اینکه چنین کاری برای او جایز نیست تا آنکه هر دو خریدار با هم نزد او بروند؟ امام (ع) در پاسخ فرمود: «اگر در این کار مصلحت امر آن گروه است، ان شاء الله اشکالی ندارد».^۱

در این روایت، صرف وجود قباله به تنهایی برای اثبات موضوع کفایت نکرده است و یکی از دو خریدار به شخص ثالثی که قباله نزد او بوده است مراجعه کرده تا قباله را بر بینه عرضه کند. این در حالی است که اگر قباله به تنهایی معتبر بود، نیازی به عرضه آن بر بینه نبود. از آنجا که قباله به خودی خود اعتبار ندارد، پس بینه (دو شاهد عادل) نیز نمی‌تواند با استناد به آن نظر بدهند، مگر آنکه با دیدن آن، اصل موضوع برای آنان یادآوری شود و در نتیجه، مطابق علم یا اطمینان خود گواهی دهند. بنابراین قباله و سند کتبی فقط می‌تواند وسیله‌ای برای یادآوری موضوع باشد، بی‌آنکه خود به تنهایی بتواند موضوع را اثبات کند.^۲

همانطور که ملاحظه گردید، در روایت مذکور، صرف وجود قباله نمی‌تواند موضوع را اثبات کند اما نباید فراموش کرد که این مطلب در کلام پرسشگر آمده است نه امام (ع) و بی‌تردید کلام پرسشگر، از لحاظ شرعی حجیت ندارد و استنادپذیر نیست اما علت بیان نشدن مسئله عرضه قباله بر بینه از جانب امام (ع) آن است که اولاً سؤال اصلی پرسشگر در این باره نبوده بلکه سؤال اصلی این بوده است که آیا بر شخص ثالثی که امین بوده و از قباله نگهداری می‌کرده، واجب است که در شرایط

۱. محمد بن الحسن بن علی، حرّ عاملی، وسائل الشیعه، جلد ۲۷، همان، ص ۲۹۵.

۲. قاسم، ابراهیمی، همان، ش ۱۵۴/۱۵-۱۵۵.

پیش آمده، قبالة مزبور را به یکی از دو نفر خریدار بدهد یا همان گونه که در آغاز تعهد نموده، باید از دادن قبالة به یک نفر از خریداران خودداری کند و قبالة را فقط وقتی به آنان تسلیم نماید که هر دو با هم به او مراجعه کنند؟ بنابراین، سؤال از اعتبار وعدم اعتبار قبالة نیست و امام (ع) نیز در این باره سخنی بیان نکرده است. ثانیاً هرگز معلوم نیست که قبالة مزبور به طور صحیح و به گونه ای تنظیم شده است که ایمن از تزویر باشد تا بتوان به آن اعتماد کرد. بنابراین، ممکن است علت سخن گفتن امام (ع) درباره قبالة همین مسئله باشد. ثالثاً در صحیحه عمر بن یزید که بعداً بیان خواهیم کرد، امام صادق (ع) سند کتبی ایمن از تزویر را با شرایطی معتبر دانسته است. این روایت به خوبی می تواند اجمال موجود در روایت ابوخیجه را مرتفع سازد.

با توجه به آنچه ذکر گردید می توان نتیجه گرفت که سکوت امام در برابر سخن پرسشگر به معنای تأیید نظر وی نیست؛ چه آنکه در این روایت، احتمالات دیگری نیز وجود دارد، چنان که در این باره آمده است:

در مورد یکی از احتمالات موجود در روایت، استفاده می شود که مراجعه به قبالة به خاطر یادآوری شهود بوده است تا مطابق مفاد قبالة شهادت دهند.^۱

مسلم است که وجود احتمالات گوناگون در یک روایت به گونه ای که نویسنده درباره هیچ یک از آنها حتی ادعای ظهور نیز نکرده است تا موجب تقدم احتمال ظاهر بر دیگر احتمالات گردد، استدلال به آن را بی اعتبار می سازد.

۲- روایت حسین بن سعید و نقد آن:

از دیگر روایاتی که برخی از نویسندگان برای عدم اعتبار سند کتبی به آن استناد کرده اند^۲ روایت حسین بن سعید است:

«... کتب إلیه جعفر بن عیسی: جعلت فداک جائنی جیران لنا بکتاب زعموا أنهم أشهدونی علی ما فیه و فی الکتاب اسمی بخطی قد عرفته و لست أذكر الشهادة و قد فاشهد لهم علی معرفتی أن اسمی فی الکتاب و لست أذكر الشهادة؟ أو لا تجب الشهادة علی حتی أذكرها کان اسمی (بخطی) فی الکتاب أو لم یکن؟ فکتب: لا تشهد»^۳ جعفر بن عیسی در نامه ای به امام (ع) نوشت: فدایت گردم! برخی از همسایگان ما نوشته ای آورده اند که معتقدند مرا بر مفاد آن نوشته گواه گرفته اند. در آن نوشته اسم من به خط خودم موجود است که آن را

۱. قاسم، ابراهیمی، همان، ش ۱۵۴/۱۵.

۲. همان، ش ۱۵۵/۱۵.

۳. محمدبن الحسن بن علی، حرّ عاملی، همان کتاب، ص ۳۲۲.

شناختن ولی از گواهی و شهادت بر مفاد آن چیزی به خاطر نمی‌آورم در حالیکه آنان مرا به گواهی دادن مطابق مندرجات آن نوشته، فرآ خوانده‌اند. آیا با اینکه اسم خود را در آن سند شناخته‌ام ولی گواه گرفتن خود بر مفاد آن را به خاطر ندارم، به نفع آنان شهادت دهم یا اینکه چنین شهادتی تا زمانی که واقعه را به یاد آورم بر من واجب نیست، چه اسم من در آن سند باشد و چه نباشد؟ امام (ع) در پاسخ فرمود: شهادت نده.

ظاهراً استدلال مستشکل به این روایت آن است که راوی از امام (ع) می‌پرسد آیا به نفع همسایگان خود شهادت دهم یا اینکه تا زمانی که تحمل شهادت خود بر واقعه را به خاطر نیاورده‌ام، شهادت بر من واجب نیست و امام در پاسخ می‌فرماید: شهادت نده و به این ترتیب، جمله‌ی اخیر راوی را تأیید می‌کند؛ تا زمانی که واقعه را به خاطر نیاورده‌ای شهادت بر تو واجب نیست. در نتیجه، چون راوی، اصل قضیه را که تحمل شهادت به مفاد سند است به خاطر نیاورده است، شهادت دادن او مطابق مفاد سند برای او جایز نیست. بنابراین، چون دیدن سند، باعث یادآوری واقعه برای راوی نشده است، هیچ تأثیری در جواز شهادت دادن وی ندارد. مخلص کلام آنکه آنچه مورد توجه راوی بوده، آن است که ملاک شهادت دادن، به خاطر آوردن واقعه است و این ملاک با دیدن دست‌خط او در سند، محقق نشده است. لذا برای شخص جایز نیست که شهادت بدهد. پس از امام (ع) درباره صحت این ملاک سؤال نموده و امام (ع) نیز با پاسخ خویش، نکته‌ای را که در ذهن راوی مرتکز بود، تأیید فرموده است. ظاهراً حداکثر بیانی است که در تبیین استدلال مستشکل به این روایت می‌توان ارائه داد اگرچه ایشان فقط به ذکر اصل روایت اکتفا نموده است.

با دقت در استدلال ارتکازی مستشکل می‌توان گفت که استنباط فوق از روایت مذکور صحیح نیست؛ چه از پاسخ امام به راوی که فرمود: «لا تشهد» نمی‌توان اینگونه استنباط کرد که امام نکته موجود در ذهن راوی را تأیید کرده است. لذا هیچ اشاره‌ای به نکته مزبور نکرده و مثلاً نفرموده است: «لا تشهد حتی تذکرها» بلکه به صرف گفتن جمله «لا تشهد» اکتفا نموده است.

نکته دیگر که در رد این استنباط وجود دارد این است که در روایت مزبور دو احتمال وجود دارد: اول آنکه شهادت دادن راوی تنها در صورتی جایز است که واقعه را به یاد بیاورد. دوم اینکه حتی در صورت به یاد نیاموردن واقعه، اگر مدعی، ثقة باشد و شاهد ثقة‌ای نیز سخن او را تأیید کند، شهادت دادن راوی جایز خواهد بود. بنابراین، از آنجا که احتمال هر دو معنا در روایت وجود دارد و روایت نیز در هیچ یک از آن دو

ظهور ندارد، نمی‌توان یکی را بر دیگری ترجیح داد و روایت را فقط ناظر به یکی از آن دو معنا دانست.

به تعبیر دیگر، سخن امام که به راوی فرمود: «لا تشهد» شاید به این دلیل باشد که اولاً راوی فقط اسم خود را به خط خویش در سند شناخته است ولی مهر او در سند نبوده است و همین موضوع احتمال جعل و تزویر در سند را تقویت می‌کند؛ چرا که میان دست‌خط افراد شباهت‌های زیادی وجود دارد و با صرف دیدن خط نمی‌توان انتساب آن نیز مطمئن شد. ثانیاً در روایت مزبور هیچ سخنی از ثقه و مطمئن بودن همسایگان راوی به میان نیامده است. ثالثاً هیچ شاهدی بر صدق سخن مدعی یا مدعیان، شهادت نداده است. لذا چه بسا دلیل امام برای اینکه شهادت دادن راوی مطابق مفاد سند را جایز ندانسته است، این باشد که نه تنها عوامل اطمینان‌بخش درباره صحت تنظیم سند مزبور موجود نیست بلکه اموری وجود دارد که اعتماد به آن را به شدت تضعیف می‌کند.

۳- صحیحۀ عمر بن یزید و نقد آن:

یکی دیگر از روایات استنادی مستشکل درباره اعتبار سند، صحیحۀ عمر بن یزید است:

«قلت لأبي عبد الله (ع): الرجل يشهدني على شهادة فأعرف خطي وخاتمي ولا أذكر من الباقي قليلاً ولا كثيراً قال: فقال لي: إذا كان صاحبك ثقةً و معه رجل ثقةً فاشهد له»^۱ به امام صادق (ع) گفتم: مردی مرا در خصوص سندی به شهادت می‌طلبد و من دست‌خط و مهر خود را در آن سند می‌شناسم ولی از باقی آن، چیزی را به خاطر نمی‌آورم نه کم و نه زیاد. حضرت در پاسخ فرمود: اگر دوست تو که تو را به شهادت می‌طلبد، مورد اطمینان است و همراه با او نیز مرد مورد اطمینانی هست پس به نفع او شهادت بده. باید گفت که منظور از کلمۀ «شهادة» در سؤال راوی، شهادت‌نامه است که نوعی سند کتبی است. نیز می‌توان آن را به همان معنای شهادت و گواهی دانست و از قرینۀ موجود در کلام راوی که می‌گوید دست‌خط و مهر خود را شناختم اینگونه می‌توان برداشت کرد که شهادت مزبور در ورقه‌ای مکتوب بوده است و در پای آن مهر زده‌اند. همچنین مقصود از «صاحبک» در کلام امام همان مدعی و شخصی است که راوی را به شهادت طلبیده است. بر این اساس، امام صادق (ع) به راوی می‌فرماید: در صورتی برای تو جایز است که مطابق مضمون سند ارائه شده‌ای که چیزی از مندرجات آن را به خاطر نمی‌آوری و فقط دست‌خط و مهر خود را می‌شناسی،

۱. محمد بن الحسن بن علی، حرّ عاملی، همان کتاب، صص ۳۲۱-۳۲۲.

شهادت دهی که اولاً شخصی که به این سند استناد کرده و تو را به شهادت طلبیده است، فرد مورد اطمینانی باشد؛ ثانیاً مردی که همراه با اوست نیز شخص مورد اعتمادی باشد که به صحت ادعای او گواهی دهد.

با کمی دقت در متن روایت این سؤال پیش می‌آید که چرا امام (ع) در این موضوع به ارائه دادن یک شاهد از سوی مدعی اکتفا نموده است حال آنکه هر گاه شخصی ادعایی داشته باشد، برای پذیرفتن ادعایش باید بیّنه یعنی دو شاهد عادل یا یک دلیل معتبر دیگر ارائه دهد؟ در پاسخ به این سؤال و همچنین در پاسخ به اشکال مزبور، این توضیح ضروری است که در روایت مزبور مدعی به سندی استناد نموده است که حاوی دست‌خط راوی و مهر او می‌باشد، ولی این احتمال وجود دارد که دست‌خط و مهر مزبور جعل شده باشند؛ چه آنکه در این امور، موارد مشابه فراوانی به چشم می‌خورد. لذا برای تضعیف این احتمال، امام (ع) دو شرط را لازم می‌داند: یکی اینکه مدعی، فردی ثقه و معتمد باشد و دیگر اینکه شاهی ثقه نیز سخن او را تأیید کند. واضح است که موثق بودن مدعی، هیچ تأثیری در حصول بیّنه شرعی ندارد و به انضمام یک شاهد موثق موجب تحقق بیّنه شرعی نمی‌شود. بنابراین، تنها یک شاهد ثقه باقی می‌ماند که او نیز مصداق بیّنه شرعی نیست. لکن انضمام این دو با هم، بی‌تردید در نظر عقلاً موجب تضعیف احتمال جعل و تزویر می‌شود، به گونه‌ای که این احتمال امری غیرعقلایی تلقی می‌گردد.

در هر حال، آنچه پس از تأمل در روایت با اطمینان می‌توان از آن استنباط نمود، اعتبار سند به عنوان دلیلی برای اثبات دعواست؛ چرا که اگر چنین نبود باید امام (ع) صراحتاً راوی را از شهادت دادن مطابق مفاد سند نهی می‌فرمود و یا اینکه فقط به شرط اقامه بیّنه شرعی این کار را جایز می‌شمرد در حالی که چنین نکرده و به صرف ثقه بودن مدعی و وجود یک شاهد مورد اطمینان، شهادت دادن مطابق سند را برای راوی جایز دانسته است. این در حالی است که می‌دانیم شهادت در اسلام یکی از امور بسیار مهم است و برای آن شرایط ویژه‌ای منظور شده است به گونه‌ای که در روایتی از امام صادق (ع) آمده است:

«لا تشهدن بشهادة حتی تعرفها کما تعرف کفک»^۱ به چیزی شهادت نده تا اینکه مانند دست آن را بشناسی.

در تأیید این سخن می‌توان به کلام برخی فقهای بزرگ شیعه استناد نمود، چنان که علّامه مجلسی می‌گوید:

۱. محمدبن الحسن بن علی، حرّ عاملی، همان کتاب، صص ۳۲۷/۲۷.

از کلام شیخ طوسی در نهاییه، کلام شیخ مفید و ابن جنید ظاهر می‌شود که هر گاه شخصی دست‌خط خود را در سندی شناسایی کند و عادلانی نیز مطابق مفاد آن سند شهادت دهد، برای شخص مزبور جایز است که بر اساس مفاد سند، شهادت دهد، هرچند که آن واقعه را به خاطر نیاورد. شیخ صدوق نیز این نظریه را تأیید نموده و فقط بر آن افزوده است که مدعی و صاحب حق نیز باید فرد ثقه و مورد اطمینانی باشد.^۱

نتیجه آنکه به نظر می‌رسد روایت حسین بن سعید منافاتی با صحیحۀ عمر بن یزید ندارد و چنین نیست که یکی بر جواز شهادت مطابق مضمون سند دلالت کند و دیگری بر عدم جواز شهادت، بلکه می‌توان گفت روایت حسین بن سعید - طبق توضیحی که گذشت - با صحیحۀ عمر بن یزید هماهنگ می‌نماید. اما حتی اگر هماهنگی دو روایت را نپذیریم کمتر از آن نخواهد بود که روایت حسین بن سعید بر صحت نظریۀ مخالف، یعنی عدم اعتبار سند و انحصار فایده آن در صرف تذکر و یادآوری نیز دلالت نمی‌کند.

۴- روایت سکونی و نقد آن:

چهارمین روایتی که در تأیید نظریۀ عدم اعتبار سند به آن استناد شده، روایت سکونی از امام صادق(ع) است که می‌فرماید:

«قال رسول الله (ص): لا تشهد بشهادة لا تذكرها فإنه من شاء كتب كتاباً و

نقش خاتماً»؛^۲ پیامبر اکرم (ص) فرمود: به شهادتی که آن را به خاطر نمی‌آوری گواهی نده؛ زیرا هر کس بخواهد، سندی می‌نویسد و نقش مهری می‌زند. با دقت در این روایت می‌توان گفت که این روایت همچون نصّ صریحی است که دلیل ممنوعیت شهادت را وجود احتمال تزویر می‌داند. لذا دلالت آن بر ردّ نظریۀ عدم اعتبار سند قویتر است. مؤید این مطلب، کلام پیامبر (ص) است که فرمود: از آنجا که هر کس بخواهد می‌تواند نامه‌ای بنویسد و مهری بر آن بزند. لذا نباید به محض دیدن دست‌خط و مهر، مطابق مضمون آن شهادت داد. بنابراین از مفهوم مخالف کلام پیامبر (ص) می‌توان فهمید که هر گاه احتمال جعل و تزویر در سند وجود نداشته باشد، شهادت دادن مطابق مضمون آن جایز خواهد بود.

۱. محمد باقر، مجلسی، مرأه العقول فی شرح اخبار آل رسول، جلد ۲۴، تهران: دارالکتب اسلامی، ۱۳۶۸، ص ۲۲۴.

۲. محمد بن الحسن بن علی، حرّ عاملی، همان کتاب، ص ۳۲۳.

۳. احمد بن محمد، اردبیلی، زبدة البیان، جلد ۱۲، همان، ص ۹۶.

بر این اساس، مضمون این روایت با مضمون صحیحۀ عمر بن یزید هماهنگ خواهد بود که در ضمن آن، امام صادق (ع) به راوی فرمود: اگر مدعی ثقه باشد و شاهد مورد اطمینانی نیز گفتار وی را تأیید کند، مطابق مفاد سندی که دست خط و مهر خود را در آن شناخته‌ای، شهادت بده؛ چرا که در صحیحۀ عمر بن یزید، ثقه بودن مدعی و شاهد باعث منتفی شدن احتمال جعل و تزویر می‌گردد. در نتیجه، هر گاه در سندی احتمال جعل و تزویر موجود باشد، نمی‌توان مطابق مفاد آن شهادت داد و هر گاه چنین احتمالی منتفی باشد، شهادت دادن مطابق مفاد برای شخصی که دست خط و مهر خود را در سند می‌شناسد، جایز خواهد بود.

اما درباره انتقای احتمال جعل و تزویر و کیفیت آن باید گفت که گاهی به این صورت است که شاهد، واقعه را به خاطر می‌آورد و بدین ترتیب علم به صحت سند پیدا می‌شود، و گاهی نیز به این صورت است که شاهد چیزی از جریان شهادت دانش را به خاطر نمی‌آورد و در نتیجه علم به صحت سند ندارد، اما هم مدعی فرد مورد اطمینانی است و هم شخصی که ادعای او را گواهی می‌دهد موثق و مطمئن است. به تصریح صحیحۀ عمر بن یزید همین اندازه برای شهادت دادن بر طبق مفاد سند کفایت می‌کند اگرچه مطابق ظاهر روایت - چنان که گفته شد - برای شاهد نسبت به اصل قضیه علم حاصل نشده باشد. بنابراین، حمل روایت بر صورتی که از موثق بودن مدعی و شاهد واحد، برای شخص علم حاصل شود که در کلام برخی از فقها آمده است، خلاف ظاهر است و پذیرفتنی نیست.^۱ مؤلف جامع المدارک در این باره می‌نویسد:

هیچ شخص عاقلی شک ندارد که با داشتن علم نسبت به یک قضیه می‌توان شهادت داد. لذا ظاهر روایت آن است که سؤال راوی درباره جواز شهادت در صورت عدم علم است. امام (ع) نیز در جواب او فرمود: اگر مدعی ثقه بود و مرد ثقه ای نیز ادعای او را گواهی نمود شهادت بده. بنابراین، ظاهر صحیحۀ عمر بن یزید این است که موثق بودن مدعی همراه با وجود یک شاهد مورد اطمینان، موضوعیت دارد و نه اینکه برای حصول علم طریقت داشته باشد.^۲

مؤید این مطلب روایتی از کتاب فقه الرضا است که می‌فرماید: «وَإِذَا أَتَى الرَّجُلَ بَكْتَابٍ فِيهِ خَطُّهُ وَعَلَامَتُهُ وَلَمْ يَذْكُرِ الشَّهَادَةَ فَلَا يَشْهَدُ لِأَنَّ الْخَطَّ يَتَشَابَهُ

۱. ابوالقاسم، موسوی خویی، مبانی تکملة المنهاج، جلد ۱، همان، صص ۱۴۲-۱۴۳.

۲. احمد، خوانساری، جامع المدارک، جلد ۲ چاپ دوم، تهران: مکتبة الصدوق، ۱۳۶۴، ص ۱۵۰.

إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَاحِبُهُ ثَقَّةً وَمَعَهُ شَاهِدٌ آخَرُ ثَقَّةً فَيُشْهِدُ لَهُ حِينَئِذٍ؛^۱ هر گاه برای شخصی نامه‌ای بیاورند که دست‌خط و نشانه‌ی وی در آن باشد، ولی از شهادت دادن بر مفاد آن چیزی به خاطر نداشته باشد، پس نباید شهادت دهد؛ زیرا خطوط به یکدیگر شباهت دارند مگر اینکه مدعی ثقه باشد و شاهد ثقه‌ای نیز گفتار او را تأیید کند. پس در این هنگام به نفع او (مدعی) گواهی دهد.

توجه به متن روایت بیانگر این مطلب است که آنچه موجب عدم جواز شهادت است، شباهت خطوط به یکدیگر است که باعث پیدایش احتمال عقلایی جعل و تزویر در سند می‌شود. لذا هرگاه این احتمال منتفی باشد، شهادت دادن مطابق مفاد سند مانعی نخواهد داشت.^۲ بر این اساس، بسیاری از فقها پذیرفته‌اند که اگر شخصی دست‌خط و مهر خود را در سندی شناسایی کند، ولی اصل قضیه را به خاطر نیاورد، در صورتی که مدعی ثقه باشد و شخص مورد اطمینانی نیز ادعای او را شهادت دهد، برای شخص مزبور جایز است که مطابق مضمون سند ارائه شده گواهی دهد.^۳ بالاتر از آن اینکه برخی فقها این نظریه را در بین فقهای متقدم مشهور دانسته‌اند.^۴

در مقابل دیدگاه پیشین، اکثر فقهای متأخر، شهادت دادن مطابق مفاد سند را در صورت عدم یادآوری واقعه جایز ندانسته و به موثق بودن مدعی همراه با شاهد ثقه این نوع شهادت دادن اکتفا نکرده‌اند. از جمله این فقها می‌توان به علامه نراقی،^۵ شیخ محمد حسن نجفی^۶ و آیت الله موسوی خویی^۷ اشاره کرد.

برخی از این فقها در تبیین نظریه خود بر این نظرند که بین صحیحۀ عمر بن یزید (مبنی بر جواز ادای شهادت در صورت شناختن دست‌خط و مهر و موثق بودن مدعی و نیز شاهد همراه وی) و عموماتی که علم را در شهادت دادن معتبر می‌دانند، رابطه عموم و خصوص من وجه وجود دارد.

۱. حسین، نوری، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد ۱۷، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۷، ص ۴۱۳.

۲. احمد بن محمد، اردبیلی، همان کتاب، ص ۷۹.

۳. عبدالعزیز، ابن البراج، المهذب، جلد ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۶، ص ۶۵.

۴. علی، طباطبایی، ریاض المسائل، جلد ۲، بیروت: دارالهادی، ۱۴۱۲، ص ۴۵۳.

۵. احمد بن محمد مهدی، نراقی، مستندالشیعه فی احکام الشریعه، جلد ۱۸، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۵، ص ۳۴۹.

۶. محمد حسن، نجفی، جواهرالکلام، جلد ۴۱، همان، ص ۱۲۴.

۷. ابوالقاسم، موسوی خویی، مبانی تکملة المنهاج، همان، ص ۱۴۳.

در تبیین این رابطه می‌توان گفت که عمومات اشتراط علم از مفروض صحیحۀ عمر بن یزید که وجود شاهد ثقه و موثق بودن مدعی را شرط می‌داند اعم هستند؛ چرا که عمومات مزبور (منظور از عمومات مزبور، برخی روایات است، مانند آنچه از رسول اکرم (ص) نقل شده است که فرمود: «هل تری الشمس؟ علی مثلها فاشهد او دع»^۱ آیا خورشید را می‌بینی؟ به مانند آن شهادت بده و گرنه از شهادت دادن صرف نظر کن. و روایتی از امام صادق (ع) که فرمود: «لا تشهدن بشهادة حتی تعرفها کما تعرف کفک»^۲ هیچ شهادتی نده تا آنکه آن را مانند دست خود بشناسی)، چنین شرطی را معتبر ندانسته‌اند و در نتیجه، اگر برای شاهد از غیر این طریق، علم حاصل شود، معتبر است و می‌توان بر طبق آن شهادت داد. از سوی دیگر، صحیحۀ عمر بن یزید نسبت به عمومات اشتراط علم، اعم است؛ چه ممکن است شاهد با دیدن دست‌خط و مهر خود و با وجود مدعی ثقه و موثق بودن شاهد همراه او، به واقعه علم پیدا کند و ممکن است علم پیدا نکند. بنابراین، مطابق صحیحۀ در هر دو صورت، شهادت دادن برای وی جایز است، حال آنکه مطابق عمومات اشتراط علم، شهادت دادن تنها در صورتی جایز خواهد بود که برای وی علم به قضیه حاصل گردد. در نتیجه، هم صحیحۀ عمر بن یزید و هم عمومات اشتراط علم در این مسئله اتفاق دارند که با وجود علم، شهادت دادن جایز است و اختلاف آنها در حالتی است که شخص، دست‌خط و مهر خود را در سند شناسایی کند و مدعی و نیز شاهدی که ادعای او را گواهی می‌دهد موثق و مورد اطمینان باشند، ولی با وجود این هیچ کدام از این موارد باعث علم شخص به اصل واقعه نشود و او همچنان اصل قضیه را به خاطر نیاورد. در این حالت ترجیح به عمومات اشتراط علم است؛ چرا که اولاً تعداد آنها بیشتر است؛ ثانیاً با اصول و قواعد باب شهادت هماهنگی دارند؛ ثالثاً با اصل عدم حجیت ظن موافق می‌باشند.^۳ دیدگاه متأخران قابل مناقشه به نظر می‌رسد؛ زیرا چنان که از ظاهر صحیحۀ عمر بن یزید فهمیده می‌شود، منظور راوی از سؤال خود، آن است که آیا در صورت عدم علم و به خاطر نیاوردن واقعه، شهادت دادن جایز است یا خیر؟ زیرا برای هیچ کس تردیدی وجود ندارد که در صورت علم، شهادت دادن جایز است. بنابراین، سؤال راوی عمومیت ندارد و شامل صورت علم و عدم علم نمی‌شود، لذا نمی‌توان صحیحۀ را از این جهت، اعم از عمومات اشتراط علم دانست. در نتیجه، نسبت بین صحیحۀ و عمومات

۱. حسین، نوری، همان کتاب، ص ۴۲۲.

۲. محمد بن الحسن بن علی، حرّعاملی، همان کتاب، ص ۳۴۱.

۳. احمد بن محمد مهدی، نراقی، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، جلد ۱۸، همان، صص ۳۴۸-۳۴۹.

مزبور، عموم و خصوص من وجه نیست بلکه عموم و خصوص مطلق است؛ زیرا عمومات مورد نظر، فقط علم را مجوز شهادت دادن می‌دانند در حالی که صحیحۀ عمر بن یزید، موثق بودن مدعی و وجود یک شاهد مورد اطمینان همراه با شناخت دست‌خط و مهر را برای شهادت دادن کافی می‌دانند، هرچند این موارد باعث حصول علم شاهد نسبت به اصل قضیه نگردد.^۱

برخی دیگر از فقها رابطه بین صحیحۀ عمر بن یزید و عمومات اشتراط علم را «ورود» دانسته و گفته‌اند که صحیحۀ وارد بر عمومات مزبور است؛^۲ به این معنا که عمومات مورد نظر، شهادت دادن را در صورت عدم وجود علم جایز نمی‌دانند و صحیحۀ عمر بن یزید، موضوع عدم علم را به طور حقیقی با عنایت شارع مرتفع می‌کند، بدین صورت که شارع، شناسایی مهر و دست‌خط، همراه با ثقه بودن مدعی و شاهد را معتبر اعلام می‌کند و از این طریق، حقیقتاً موضوع عدم علم منتفی می‌گردد؛ چرا که مقصود از علم، حجت شرعی است. لذا هر گاه چنین حجتی موجود باشد، شهادت دادن مطابق آن جایز خواهد بود و ظاهر صحیحۀ آن است که ثقه بودن مدعی و شاهد، همراه با شناخت دست‌خط و مهر را حجت شمرده است، لذا با وجود چنین حجتی موضوع عدم علم واقعاً منتفی می‌شود و در نتیجه، شهادت دادن جایز خواهد بود.

آنچه گفته شد بیانگر این است که نسبت بین صحیحۀ عمر بن یزید و عمومات مربوط به اشتراط علم، عموم و خصوص من وجه نیست بلکه بین آن دو یا نسبت عموم و خصوص مطلق وجود دارد و یا ورود، و در هر کدام از این دو صورت صحیحۀ بر عمومات مقدّم است و این تقدّم یا به خاطر خاص بودن صحیحۀ است و یا به خاطر وارد بودن آن بر عمومات. نکته دیگر که باید در اینجا به آن توجه کرد این است که هرگاه شهادت دادن بر طبق سندی که یک شخص دست‌خط و مهر خود را در آن شناسایی کرده است و به شرط ثقه بودن مدعی و وجود یک شاهد موثق که ادعای وی را گواهی کند، جایز باشد، به طریق اولی، حکم کردن بر طبق چنین سندی برای قاضی جایز خواهد بود؛ چه قاعده اولیّه در باب شهادت، لزوم وجود علم برای شاهد نسبت به موضوع مورد شهادت است.^۳ در حالی که چنین قاعده‌ای در باب حکم و قضاوت وجود ندارد. لذا حکم کردن بر طبق بینه (دو شاهد عادل) جایز است، در حالی که شهادت دادن بر

۱. احمد، خوانساری، همان کتاب، ص ۹۸.

۲. محمد، حسینی شیرازی، همان کتاب، ص ۸۶.

۳. مرتضی، انصاری، القضاء و الشهادات، جزء ۲۲ از مجموعه تراث الشیخ الاعظم، چاپ اول، قم: المکتبۀ الفقهیّه،

اساس آن را جایز نشمرده‌اند. نهایتاً اینکه حتی اگر در طریق اولویت نیز مناقشه شود، کمتر از این نخواهد بود که به طریق مساوات، حکم صحیحۀ مزبور را درباره قضاوت نیز جاری کنیم؛ یعنی همان طور که شهادت دادن برای شخص در صورت شناسایی دست خط و مهرش همراه با ثقۀ بودن مدعی و وجود یک شاهد مورد اطمینان جایز است، بر اساس همان ملاک قاضی می‌تواند بر طبق چنین سندی حکم کند. بنابراین بعد از ذکر مطالب فوق، این گونه نتیجه‌گیری می‌شود. روایاتی که برخی از طرفداران نظریۀ مخالف اعتبار سند کتبی به آن استناد نموده‌اند، نه تنها نمی‌توانند نظریۀ آنها را اثبات یا تأیید کند بلکه می‌توان از آنها به عنوان دلایل دیگری که مثبت و مؤید اعتبار سند کتبی با شرایط خاص باشد، استفاده نمود.

دلیل سوّم - سیره:

قبل از آن که به سیره به عنوان یک دلیل برای اثبات حجّیت و اعتبار سند کتبی اشاره شود، آوردن بحثی پیرامون سیره و اعتبار آن در فقه امامیه خالی از فایده نخواهد بود. همان طور که می‌دانیم، سیره در لغت به معنای روش می‌باشد و در اصطلاح اصول فقه، به رویه‌ی مستمر و بناء عملی مردم نسبت به نقل یا ترک فعل اطلاق می‌شود. سیره، گاهی در فقه امامیه به عنوان یکی از منابع استخراج احکام فقهی مورد استفاده قرار گرفته و می‌گیرد.^۱

در علم اصول، وقتی از سیره سخن به میان می‌آید، سیره را به دو قسمت تقسیم می‌نمایند:

گاهی رویه‌ی عملی جمیع عقلاء و عرف عام از هر ملت و مذهبی است که شامل مسلمین و غیر مسلمین می‌شود که در این صورت به «سیره‌ی عقلائیّه» یا «بناء عقلاء» مرسوم است. گاهی هم، رویه‌ی جمیع مسلمانان و یا خصوص اهل یک مذهب خاصی مثل امامیه منظور است که در این صورت، «سیره‌ی متشرعّه» یا «سیره‌ی شرعیّه» نامیده می‌شود.^۲

۱. مصطفی، محقق داماد، قواعد فقه، جلد ۴، همان، ص ۱۴۸.

۲. محمد رضا، مظفر، اصول فقه، جلد ۲، همان، ص ۱۷۶.

الف - حجّت سیره‌ی عقلاء:

در بحث سیره‌ی عقلاء بایستی مشخص شود که آیا مسلک شارع با مسلک عقلاء، با وجود اینکه محظوری در این امر وجود ندارد یکی می باشد. و یا نظر به این نیست. چرا که برای هماهنگی مسلک شارع با عقلاء مانعی وجود دارد؟ در فرض اول، در صورتی که مشخص بشود منعی از جانب شارع وجود ندارد، قطعاً سیره، حجّت پیدا می نماید. چون شارع نیز خود رئیس العقلاء است و خارج از این رویه، عملی انجام نمی دهد. زیرا اگر خود شارع راضی به این مسلک عقلاء، نبود بایستی مخالفت خویش را ابراز می کرد و حال آنکه چنین نظر مخالفی را ابراز ننموده و عقلاء را از روششان منع ننموده است. اما اگر حالت دوم فرض شود، یعنی برای هماهنگی مسلک شارع با عقلاء، محظوری موجود باشد، دو حالت فرض می شود؛ یا جریان سیره عقلاء در عمل به این سیره در امور شرعیّه معلوم است یا معلوم نیست. اگر معلوم باشد، برای احراز موافقت شارع با سیره و مسلک عقلاء صرف عدم ثبوت منع، کافی است چون اگر شارع راضی به این عمل نبود بایستی مخالفت خویش را ابراز می نمود، در حالی که چنین نکرده و اما اگر معلوم نبود به صرف عدم ثبوت منع شارع، برای احراز رضایت و موافقت شارع کافی نیست، زیرا چه بسا شارع، عقلاء را از انجام سیره منع کرده در حالی که آن ها توجهی ننموده اند.

در مجموع وقتی می توانیم از حجّت سیره‌ی عقلاء، حجّت نماییم که اولاً عملی مورد پذیرش همه‌ی عقلاء باشد در ثانی، شارع نیز در کلام خویش منعی برای آن نیاورده باشد.

ب - حجّت سیره‌ی متشرّعه:

پیرامون معنا و مفهوم سیره‌ی متشرّعه قبلاً سخن به میان آمد. در کلام اصولیین سیره به دو نوع است: گاهی علم داریم به این که سیره در عصر معصومین جاری بوده و معصوم نیز از عاملان آن سیره بوده یا حداقل تقریر به آن نموده و گاه نیز این امر معلوم نیست. اگر گذشته‌ی عمل معلوم باشد (فرض اول) شکی نیست که سیره‌ی متشرّعه دلیل قطعی بر موافقت شارع می باشد. لذا این سیره در این حالت از سیره‌ی عقلاء متمایز می شود. اما اگر فرض دوم جاری شود یعنی این که سیره‌ی متشرّعه در زمان معصوم جاری و ساری نباشد، دیگر جایی برای اعتماد به آن احراز رضایت و موافقت معصوم به نحو قطعی وجود

۱. حاشیه مرحوم غروی اصفهانی بر مکاسب شیخ انصاری، ص ۲۵ (به نقل از: محمد رضا، مظفر، همان کتاب، ص ۱۷۹).

ندارد. علت این امر، آن است که ممکن است آداب و رسومی برای زمانی خاص باشند که بعضاً نیز در زمان خاصی و در میان مسلمانان رایج شده‌اند و ریشه‌ی آنها متأسفانه در تعصبات قومی و نژادی می‌باشد و بیشتر مبتنی بر تقلید کورکورانه است. لذا می‌گویند حجیت و سندیت سیره‌ی اسلامی بستگی به ضریب کاشفیت آن از موافقت شارع دارد.

یکی از ادله‌ای که ما قصد داریم جهت اثبات حجیت سند به کار ببریم همان سیره‌ی عقلاء و متشرعه می‌باشد. سیره‌ی عقلاء و متشرعه عمل به کتابت و نوشته‌های مورد اطمینان را پذیرفته‌اند چرا که یکی از طرقی که برای عقلاء ایجاد اطمینان می‌نماید استناد به سند مکتوب می‌باشد. عمل به اسناد مکتوب و اعتبار دادن به آن‌ها و اتکای به آنها نه تنها در سیره‌ی عقلاء بلکه در سیره‌ی متشرعه نیز آشکار و بارز می‌باشد. نگاهی اجمالی به صدر اسلام و نامه‌هایی که در عصر پیامبر (ص) به حکومت‌های مختلف ارسال می‌شد، گویای اعتماد بر سند کتبی است و اعتبار این اسناد را هم محتوا و هم طرف خطاب آن گوشزد می‌نماید یا احادیث مکتوب پیامبر (ص) گویای همین اعتبار و ارزش است. (به تعبیر یکی از مؤلفان معاهدات بین المللی در اسلام باید به صورت کتبی منعقد شوند).^۱

در اثبات این مطلب که سیره‌ی عقلاء بر اعتماد و اطمینان بر کتابت و نوشته استوار است، صاحب جواهر آورده است؛ «در صورتی که قرائن حالیه و غیر آن وجود داشته باشد که نویسنده معنا و مدلول الفاظی را که نوشته اراده کرده، ظاهر این است که عمل به آن جایز می‌باشد، چرا که سیره‌ی مستمره در زمان‌ها و مکان گوناگون بر همین امر استقرار یافته است بلکه می‌توان بر این مسأله ادعای ضرورت کرد و خصوصاً با ملاحظه‌ی عمل علماء که در نسبت دادن مخالفت و موافقت به یکدیگر و نقل اجماع و غیر آن، به کتابها و نوشته‌های رایج در میان خود اعتماد می‌کنند».^۲

در کلام بعضی از فقهای معاصر نیز استناد به سیره‌ی عقلاء برای اثبات اعتبار کتابت استفاده شده و تصریح کرده‌اند که سیره‌ی مزبور مورد انکار شارع مقدس اسلام قرار نگرفته است.^۳

در بحث اعتبار سند کتبی در روابط حقوقی فی ما بین افراد در گذشته نیز در تاریخ ایران نشانه‌هایی وجود دارد. به عنوان مثال، افراد برای تنظیم برخی اسناد نزد علماء می‌رفتند و اقدام به تنظیم آن موضوع حقوقی می‌کردند و در آخر نیز مهر آن عالم، گویای اعتبار آن سند می‌شد. چنانچه در رأیی که از یکی از شعبات دیوان عالی کشور صادر شده،

۱. محمد رضا، بیگدلی، حقوق بین المللی عمومی، چاپ ۲۰، تهران: گنج دانش، بی تا، ص ۲۷.

۲. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، جلد ۴۰، همان، ص ۳۰۴.

۳. محمد رضا، موسوی گلپایگانی، کتاب القضاء، جلد ۲، قم: مطبعة الخيام، ۱۴۰۱، ص ۱۳.

آمده است: «اسنادی که قبل از وضع قانون دفاتر اسناد رسمی در محضر علمای مرجع دادگستری تنظیم می‌شده حکم اعتبار اسناد رسمی را دارد».^۱

یا این عبارت که «تهیه‌ی اسناد ملکی و نقل و انتقال و تقسیم ارثیه و امثال آن از اموری بود که از قرن‌ها قبل در انحصار علمای دین بود و این یکی از منابع درآمد آنان محسوب می‌شد»، همان طور که از این تعبیر برداشت می‌شود، مبحث کتابت اسناد و مهر تاییدی که از جانب علماء بر آن گذاشته می‌شد، گویای اعتبار و حجیت اسناد کتبی در نزد مردم داشته است.

دلیل چهارم - ضرورت حفظ نظام اجتماعی:

یکی از دلایلی که در جهت (اثبات) حجیت و اعتبار سند کتبی در فقه امامیه می‌توان بدان استناد نمود، قاعده ضرورت حفظ نظم و لزوم جلوگیری از اختلال و هرج و مرج در نظام اسلامی می‌باشد.

البته به واسطه‌ی این قاعده عملی که شارع مقدس نیز بدان حکم می‌کند، به طور مستقیم و بلاواسطه اعتبار سند کتبی استنتاج نمی‌شود ولی چون به واسطه‌ی این قاعده، لزوم تنظیم سند در روابط حقوقی افراد حاصل خواهد شد به تبع آن اگر سند از اعتبار و حجیت لازم برخوردار نباشد، نمی‌توان اشخاص را به تنظیم سند فی ما بین خودشان ملزم نمود. فقه امامیه بر حفظ نظم و انضباط در جامعه و جلوگیری از هرج و مرج در جامعه تأکید نموده و کتابت و نوشتار حوادث به خاطر ماندگاری و دور بودن از باد فراموشی که باعث استقرار نظم حقوقی و جلوگیری از طرح دعاوی واهی از سوی دنیا پرستان می‌شود، حجت دانسته است اما کتابتی که بر اساس حقایق و واقعیات صورت پذیرد حجت و موجد انضباط است نه جعلیات و تقریرات غیر واقعی که خود نه تنها نظم آور نیستند بلکه باعث بی‌نظمی و هرج و مرج هم خواهند بود.

در خصوص اینکه این قاعده عقلی از کجا نشأت و سرچشمه می‌گیرد و اینکه آیا اساساً فقها بدان توجه و عنایت دارند یا خیر؟ در جواب بایستی بیان داشت که این قاعده از مستقنات عقلی بوده و فقها نیز بعضاً در کتب خود اشاراتی صریح یا ضمنی بدان نموده‌اند. به عنوان نمونه، یکی از فقها پیرامون اینکه قضاوت واجب کفایی می‌باشد، چنین استدلال می‌نمایند که؛ «...و ذَلِكَ لِتَوْفُقِ حِفْظِ النِّظَامِ الْمَادِّيِّ وَالْمَعْنَوِيِّ عَلَيْهِ ...»^۲

۱. عباس، زراعت، منابع آیین دادرسی، چاپ اول، تهران: بی نا، ۱۳۷۹، ص ۴۳۳.

۲. ابوالقاسم، موسوی خویی، مبانی تکملة المنهاج، جلد ۴۱ (کتاب القضاء)، همان، ص ۱۶.

یا یکی دیگر از فقیهان در مبحث أخذ أجرت در بعضی مشاغلی که در جامعه وجود دارد، می‌گوید: «فإنَّها و إن کانت واجبةً بالعرضِ باعتبارِ توقُّفِ النظامِ علیها کسائرِ انواعِ الحرفِ و الصناعاتِ...» که البته از این عبارت در بیان فقها کم نیستند که همگی آن‌ها پس از اندکی درنگ و تأمل در آن‌ها این نکته را اشاره می‌نمایند که قاعده‌ی حفظ نظم در جامعه‌ی اسلامی از نظر فقها به عنوان یک قاعده‌ی معتبر تلقی می‌شود. زیرا به تعبیر بعضی از ایشان، هر آنچه که دوام و استمرار حکومت اسلامی بدان متکی باشد، حفظ آن و نگهداری آن از واجبات و ضروریات است.^۱

بند سوّم - حجّیت کتابت در برخی از مصادیق آن:

الف - حجّیت اقرارنامه:

یکی از ادله‌ی اثبات دعوی اقرار می‌باشد. مطابق ماده ۱۲۵۹ ق.م.، اقرار عبارتست از «إخبار به حقّ برای غیر بر ضرر خود. این تعریف عین تعریف فقها از اقرار می‌باشد چرا که ایشان در تعریف اقرار بیان داشته‌اند: «هو إخبارُ بحقِّه علی نفسه»^۲ و یا در تعریفی مشابه بیان شده است: «هو إخبارُ الإنسانِ عن حقٍّ لازمٍ له»^۳. دلایل و وسایل اثبات حق در رسیدگی به دعوی که مورد استناد قرار می‌گیرد همگی از ارزش یکسانی برخوردار نیستند بلکه در میان آن‌ها «اقرار از جایگاه و اعتبار ویژه‌ای برخوردار است زیرا اقرار به ویژه که اقرار، ریشه در خصلت نیک راستگویی و حقیقت‌خواهی انسان دارد، با وقوع آن از ناحیه‌ی خوانده، او را از شکنجه درونی ایستادگی در برابر حقیقت می‌رهاند و آرامش وجدان نصیبش می‌گرداند از سوی دیگر، از جهت حقوقی، اقرار موجب می‌گردد تا خواهان که ذینفع اقرار محسوب می‌گردد از اقامه دلایل دیگر معاف گردد و دادرس نیز از رسیدگی به سایر ادله بی‌نیاز گردد، در نتیجه تصمیم خویش را به اقرار قاطع دعوی مستند سازد و به رسیدگی خاتمه دهد.

۱. ابوالقاسم، موسوی خویی، مستند العروة الوثقی (کتاب الاجاره، باب أخذ الأجرة علی الطیابة)، قم: موسسه احیاء آثار الامام الخویی، بی تا، ص ۶۵.

۲. عباس، ایمانی، فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، چاپ اول، تهران: آریان، ۱۳۸۲، ص ۷۳.

۳. ابوالقاسم نجم الدین، حلی، ترجمه فارسی شرایع الاسلام، مترجم: ابوالقاسم بن احمد یزدی، جلد ۳، چاپ چهارم، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۶۸، ص ۱۴۳.

۴. جمال الدین مقداد بن عبدالله، سیوری حلی، همان کتاب، ص ۱۷۷.

ماده ۳۶۵ ق.ا.د.م. در این زمینه مقرر داشته است که هرگاه کسی اقرار به امری نماید که دلیل حقانیت طرف است خواستن دلیل دیگر برای ثبوت (اثبات) آن حق لازم نیست.^۱ در تمام نظامهای حقوقی، اقرار از حیث توان اثباتی در میان ادله، نقش تعیین کننده‌ای دارد و از آن با تعبیر خاصی نظیر ملکه‌ی دلایل، سید البیّنات، دلیل دلیلهای یاد می‌کنند از سوی دیگر چون اقرار از ارزش اثباتی والایی برخوردار بوده و قاطع و خاتمه دهنده‌ی دعوی است به همین جهت پاره‌ای از مأموران قضایی برای هرچه زودتر به نتیجه رسیدن و پایان بخشیدن به دادرسی و نیز مؤثر بودن اقرار در محکومیت مقرر و حقانیت خواهان، به شکنجه متوسل می‌گردیدند.

خوشبختانه قوانین اساسی با اعلام ممنوعیت این امر و تعیین مجازات برای مرتکبان به بی‌اعتباری اقرار ناشی از شکنجه تصریح نموده‌اند^۲ (اصل ۳۸ ق.ا.).

اقرار به صورت کتبی نیز (اقرارنامه) صورت می‌پذیرد. منظور از اقرار کتبی اقراری است که مقرر به وسیله نوشته‌ای رسمی، غیر رسمی، عادی، دست نوشت و یا امضای ذیل اقرارنامه امری را اقرار نماید. بنابراین مقرر می‌تواند با امضای ذیل اقرارنامه در دفتر اسناد رسمی، امری که امروزه مرسوم و متداول است، حقّی را بر عهده و ذمه خود و به نفع دیگری مورد اقرار قرار دهد. هرگاه کسی ادعا کند که مبلغ معینی از دیگری طلبکار است و نوشته‌ای به خط مدعی علیه حاکی از اقرار او به دین مزبور ارائه دهد و مدعی علیه نیز انتساب نوشته را به خود تأیید کند، به نفع مدعی حکم می‌شود حتی اگر مدعی علیه دین را انکار کند. در صورتی که مدعی علیه انتساب نوشته را به خود انکار کند، به نظر فقهای عامّه از او خواسته می‌شود که مطلبی بنویسد آنگاه میان دو نوشته مقایسه می‌شود و چنانچه شباهت ظاهری نشان می‌دهد که نویسنده هر دو خط یکی است آن نوشته معتبر می‌باشد و بر اساس آن حکم می‌شود.^۳ از نظر موازین فقه امامی اثبات این امر که اقرار به خط مدعی علیه است به عهده مدعی است و ارزش استکتاب و مقابله و مقایسه بستگی به درجه اطمینان‌آوری آن برای دادگاه دارد.

از ظاهر کلام بسیاری از فقهای متقدم بر می‌آید که اقرار، منحصر در اقرار شفاهی است و اقرار کتبی و اشاره‌ای، هر چند اثر اقرار را داشته باشد، اقرار به مفهوم خاص آن به حساب نمی‌آید^۴ اغلب فقهای متقدم، مبحث مربوط به این بخش را با عنوان «صیغه اقرار»

۱. منصور، اباذری فومنی، همان کتاب، ص ۲۲۶.

۲. امیر حسین، شیخ نیا، همان کتاب، ص ۸۰.

۳. احمد بن یحی، ابن مرتضی، البحر الزخار، جلد ۶ بیروت: مؤسسه الرساله، بی تا، ص ۱۰.

۴. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام، جلد ۵، همان، ص ۵۱۳.

بیان کرده‌اند و روند بحث و استدلال نیز این برداشت را در ذهن مخاطب ایجاد می‌کند که لفظاً، رکن اساسی اقرار است؛ مثلاً مقدس اردبیلی می‌فرماید: «رکن سوم اقرار، صیغه است و آن لفظی که بر اخبار از حق سابق دلالت دارد.»^۱

البته، نفس این بحث که اکثر علمای سلف اظهار داشته‌اند که اقرار لازم نیست به زبان عربی باشد، بلکه به هر زبانی انجام شود، کافی است برداشت فوق را تقویت می‌کند.

مؤید دیگر برداشت فوق، این است که فقهای سلف از اقرار غیر لفظی سخنی به میان نیاورده‌اند و حتی بعضی از فقها تصریح دارند که اقرار کتبی، اقرار نیست بلکه حکم اقرار را دارد.^۲ زیرا حقیقتاً بر چنین عملی اخبار صدق نمی‌کند، گرچه حکم اقرار بر آن بار شده است.

این گونه برداشت می‌شود که عبارت فوق به وضوح بیانگر این است که گوینده آن، اقرار را مساوی اعتراف لفظی می‌دانسته است، اما به رغم برداشت فوق، به سه دلیل، اقرار منحصر در اظهار شفاهی مقرر نیست و لفظاً، رکن اساسی آن نمی‌باشد، بلکه در این زمینه باید از فهم عرف پیروی کرد و ملاکهای عرفی را معیار قرار داد:

۱- عدم وجود حقیقت شرعیه و متشرعه. مسلم است که خارج از قلمرو عبادات، در حوزه عقود و معاملات، حقیقت شرعیه و متشرعه وجود ندارد و علمای اصول بر این باورند که شارع مقدس در معنای وضعی (لغوی) الفاظ غیر عبادی تصرف نکرده است؛ بنابراین، شارع در هنگام تشریع حکمی برای مقوله اقرار، در معنای وضعی آن تصرف نکرده و معنای خاصی برای آن در نظر نگرفته است، بلکه در همان معنایی که عرف عام از قرآن درباره اقرار می‌فهمد، حکم خاصی در نظر گرفته است.

۲- تحلیل مناط و حکمتی که بعضی از فقهای متقدم، در ضمن کلامشان درباره اینکه در صحت و موثر بودن اقرار، زبان خاصی ملاک نیست، بیان داشته‌اند نمایانگر این برداشت است؛ مثلاً شیخ در المبسوط درباره اینکه اقرار به زبان غیر عربی هم صحیح است، می‌فرماید: «اقرار، همانطور که به زبان عربی صحیح می‌باشد، به زبان غیر عربی نیز صحیح است؛ زیرا زبان غیر عربی نیز زبانی است که از آنچه در ضمیر انسان می‌گذرد، خبر

۱. احمدین محمد، اردبیلی، مجمع الفایده والبرهان، جلد ۹، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۹ ه.ق.

می‌دهد. بنابراین، اگر عرب زبانی به زبانی غیر عربی و یا غیر عربی به زبان عربی اقرار کند، با علم به معنای سخن خود، به اقرار خودش ملزم می‌باشد.^۱

چنانکه واضح است، ایشان علت این امر را (که اقرار به هر زبانی، به شرطی که گوینده عالم به آن باشد، صحیح باشد) در این می‌بیند که هر زبانی - ولو غیر عربی - از نیت و آنچه در ضمیر گوینده می‌گذرد، حکایت دارد.

۳- تصریح بعضی صاحب نظران و فقهایی متأخر:

امام خمینی (ره) می‌فرماید: «... نه تنها اقرار به هر زبانی درست است، بلکه اقرار عرب به زبان فارسی و بر عکس و هندی به ترکی و بر عکس در صورتی که عالم به آن زبان باشد، صحیح است.»^۲

آیت الله خویی نیز می‌فرماید: «اقرار، اختصاص به لفظ خاصی ندارد، بلکه هر لفظی که عرفاً بر آن دلالت کند - ولو صریح هم نباشد - کافی است، همینطور اشاره آشکار نیز کفایت می‌کند.»^۳

فقهایی متأخر گر چه اصل در اقرار را اقرار شفاهی می‌دانند اما اقرار غیر شفاهی را نیز پذیرفته‌اند. اقرار شفاهی یا غیر شفاهی همان اراده ظاهری است که وسیله بیان واقعهای می‌باشد. واقعهای که از آن خبر داده می‌شود در همه موارد، ماهیت یکسانی دارد و در اخبار برخلاف انشاء یک واقعهای خارجی نیز وجود دارد که ممکن است اعتباری (مانند وقوع عقد بیع) یا خارجی (مانند اتلاف مال) باشد و اقرار به معنای اعلام آن واقع است که به شکلهای مختلفی ممکن است صورت گیرد؛ گاهی به صورت لفظ، گاهی به صورت نوشته، گاهی به صورت اشاره و گاهی به شکل فعل، ظاهر می‌شود همان گونه که اراده درونی در امور انشائی ممکن است در قالب یکی از فرمهای یاد شده و به عنوان اراده ظاهری، اظهار گردد.^۴

با توجه به مطالب فوق الذکر چنین نتیجه‌گیری می‌شود که، ادعای گزافی نخواهد بود اگر گفته شود که معیار اصلی در کیفیت اقرار، تعامل عرفی است؛ هر کیفیتی را که عرف آن را اقرار بداند، همان اقرار است و مورد قبول شرع می‌باشد پس اقرار نمی‌تواند منحصر در بیان شفاهی باشد.

۱. ابوجعفر محمد بن حسن، طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۳، چاپ دوم، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء التراث الجعفریه، ۱۳۸۸ ش، ص ۳۶.

۲. روح الله، موسوی خمینی، تحریر الوسیله، جلد ۲، همان، ص ۴۹.

۳. ابوالقاسم، موسوی خویی، منهاج الصالحین، چاپ هجدهم، قم: مدینه العلم، ۱۴۱۰ هـ، ق، ص ۱۹۶.

۴. عبدالله، نعمه، دلیل القضاء الجعفری، بیروت: دارالفکر لبنانی، ۱۴۰۲ هـ، ق، ص ۱۷۸.

نهایت اینکه چون در عرف هم غالب اقرارها به شیوه بیان شفاهی تحقق می‌یابد؛ بدین جهت، بسیاری از فقها و حقوقدانان اسلامی بر کیفیت شفاهی بودن اقرار و اینکه لفظ، رکن اساسی آن است، تمرکز ذهنی یافته‌اند و هر چه به گذشته برگردیم، این تمرکز ذهنی را شدیدتر می‌یابیم.

پس، می‌توان گفت سرّ اینکه فقهای متقدم، اقرار را منحصر در بیان شفاهی می‌دانستند و از پدیده‌ای بنام اقرار کتبی نام نبرده‌اند، در این نکته نهفته است که عرف آن عصر، عرف شفاهی بوده و کیفیت کتابت در اقرار - به لحاظ عرف آن روز - جایگاه ملموسی نداشته است.

قانون مدنی هم از نظر اکثر فقها پیروی کرده و لفظ را شرط وقوع اقرار دانسته است^۱ و صحت اشاره به شخص لال اختصاص داده است.^۲ البته باز هم نتوانسته است خود را از واقعیت انکار ناپذیر اقرار غیر شفاهی رهایی بخشد؛ لذا اقرار کتبی^۳ و قید در دفتر تجارت را به منزله اقرار^۴ اعلان کرده است.

خلاصه اینکه دلیل حجیت اقرارنامه به شرح ذیل، مورد توجه قرار می‌گیرد.

۱. دلیل حجیت اقرارنامه، سیره‌ی قطعیه‌ی عقلائیه و عرف است لذا عرف و عقلا تفاوتی میان اقرار زبانی و نوشتاری نمی‌گذارد.

۲. حجیت مطلق نوشتار که با الغاء خصوصیت از آیه‌ی شریفه‌ی دین استفاده شد.

بنابراین با توجه به این تعلیل، می‌توان گفت اگر معیار حجیت اقرار، اظهار و بیان نیت مقرر است، خود زبان (بیان شفاهی) هم خصوصیتی ندارد؛ لذا هر چیزی که عرفاً ما را به این هدف برساند، کافی خواهد بود؛ از جمله: اقرار کتبی، اشاره صریح و ...

ب- حجیت وصیت‌نامه:

یکی از اسنادی که در مراجع قضائی محل بحث قرار می‌گیرد و در اطراف آن استدلال فراوان صورت می‌پذیرد وصیت‌نامه است زیرا وصیت‌نامه سندی حقوقی است که چگونگی تقسیم داراییهای انسان را بعد از فوت تشریح می‌کند یا به عبارتی بهره‌برداری از آن زمانی فرا می‌رسد که امضاء کننده آن فوت کرده و وصایای او مطرح است. کسانی که از وصیت بهره‌مند می‌شوند خواهان اجرای هر چه سریعتر آن هستند اسنادی که از وصیت راضی

۱. ماده ۱۲۶۰ ق.م.

۲. ماده ۱۲۶۱ ق.م.

۳. ماده ۱۲۸۰ ق.م.

۴. ماده ۱۲۸۱ ق.م.

نیستند و احساس زبان دارند به طرق مختلف متوسل می‌شوند تا به نحوی از انحاء آن را از اثر بیندازند. ممکن است در وصیت، مطالبی آشکار شود که ورثه انتظار آن را ندارند و به هر حال امکان آن نیست که از موصی توضیح بخواهند. بعلاوه ممکن است وصیت به بیش از ثلث ما ترک باشد در این صورت رضایت ورثه یا عدم رضایت آنان موافقت بعضی و مخالفت بعض دیگر، آثار گوناگونی را به دنبال وصیت دارد. البته اگر وصیت در قالب سند رسمی تنظیم شده باشد همان مشخصات و آثار اسناد رسمی را دارد برای معتبر بودن وصیت لازم است که به صورت تحریری، امضاء شده و به حجیت آنها شهادت داده شده باشد.^۱

از دیدگاه فقهای امامیه در مورد حجیت وصیت‌نامه و عمل نمودن به کتابت در حال ضرورت و عدم امکان تلفظ با وجود قرینه‌ای که دلالت بر وصیت کند هیچ اختلافی وجود ندارد.

همانطور که در کتاب التتقیح الرائع^۲ به آن اشاره شده و در کتاب ایضاح^۳ بر آن ادعای اجماع گردیده است.

در تأیید مطالب فوق به روایتی از امام باقر (ع) استناد می‌کنیم:

«مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَبْدِ الصَّمَدِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ حَنَانِ بْنِ سَدِيرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: دَخَلْتُ عَلَى مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ ابْنِ الْحَنْفِيَّةِ - وَ قَدْ اغْتَقِلَ لِسَانَهُ فَأَمَرْتُهُ بِالْوَصِيَّةِ فَلَمْ يُجِبْ قَالَ فَأَمَرْتُ بِطُشْتٍ فُجِّلَ فِيهِ الرَّمْلُ فَوَضِعَ فَقُلْتُ لَهُ خُطَّ بِبِدِكَ فَخُطَّ وَصِيَّتُهُ بِيَدِهِ فِي الرَّمْلِ وَ نَسَخْتُ أَنَا فِي صَحِيفَةٍ.^۴ وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ عَبْدِ الصَّمَدِ بْنِ مُحَمَّدٍ.»^۵

راوی روایتی را به این مضمون از امام باقر (ع) نقل می‌کند که امام فرمودند: به عیادت مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ ابْنِ الْحَنْفِيَّةِ رفتم، حال آنکه زبانش گرفته بود پس او را به وصیت کردن سفارش کردم اما اجابت نکرد پس گفتم بنویس، بنابراین وصیتش را در رملی نوشت و من آن را در صحیفه‌ای رونوشت نمودم.

۱. جلال الدین، مدنی، ادله اثبات دعوی، همان، ص ۱۳۰.

۲. جمال الدین، مقداد بن عبدالله، سیوری حلی، التتقیح الرائع، جلد ۲، چاپ اول، قم: کتاب خانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ هـ. ق، ۳۶۴.

۳. فخرالدین، حلی، ایضاح الفوائد، جلد ۲، قم: چاپ خانه علمی، بی تا، ص ۴۷۳.

۴. محمد بن علی ابن بابویه، قمی (شیخ صدوق)، همان کتاب، ص ۵۴۵۴.

۵. محمد بن الحسن، طوسی، تهذیب الاحکام (تحقیق خراسان)، محقق: حسن موسوی خراسان، جلد ۹، تهران: دارالکتب اسلامی، ۱۴۰۷، ص ۹۳۴.

در خصوص سند حدیث با توجه به ثقه بودن روایانش مناقشه‌ای وجود ندارد اما بحث در اینکه آیا صرف کتابت در حال اختیار و قدرت داشتن بر تلفظ کفایت می‌کند یا در چنین حالی صحیح نیست؟ دو قول وجود دارد.

قول اول: ظاهر عبارات بسیاری از فقهاء، بر عدم اکتفا به کتابت در حال اختیار است. لذا علامه در کتاب تذکره گفته «وصیت در صورت قدرت داشتن بر تلفظ تنها با لفظ منعقد می‌شود پس اگر با خطش بنویسد من وصیت نمودم برای فلانی، در صورتی که شخص قدرت بر نطق داشته باشد وصیت نافذ نمی‌باشد»^۱. و در کتاب دروس نیز آمده «اگر شخصی که قدرت بر نطق دارد بنویسد یا اشاره کند عمل به آن (نوشته و مشار الیه) واجب نیست»^۲.

قول دوم: اکتفا به کتابت صحیح می‌باشد هر چند موصی توانایی بر نطق داشته باشد. علامه در تذکره قول دوم را محتمل دانسته و بیان نموده، «کتابت تا وقتی که به قرینه دال بر اراده، منضم نشود کفایت نمی‌کند»^۳.

و همچنین در تأیید قول دوم در کتاب ریاض آمده است: «در صورت وجود قرینه‌ای که دال بر وصیت می‌کند، به خاطر صدق وصیت با کتابت عرفاً و عادتاً، کتابت به وصیت نافذ می‌باشد، و در تأیید آن بسیاری از نصوص نیز وجود دارد»^۴.

شایا ذکر است، با توجه به آنچه ذکر شد، قول دوم به نظر ما ارجحیت دارد و دلایل برای ترجیح این قول عبارت است از:

۱- ادله‌ی وصیت مطلق بوده و مقید به لفظ نمی‌باشد بلکه اقتضای ادله، بر لزوم وصیت به هر نحوی که محقق شود اشاره دارد. و ادعای اجماع نسبت به مقید بودن اطلاعات بنا بر محتاج بودن عقود به لفظ، مردود است به اینکه بر فرض درست بودن اجماع، مختص عقود لازم است. و اما عقود جایز از جمله وصیت - بر فرض اینکه عقد باشد - اجماعی بر معتبر بودن لفظ در آن وجود ندارد همانطور که در مستند عروه^۵ به آن تصریح شده است.

۱. حسن بن یوسف بن مطهر، حلی، تذکره الفقهاء، همان، ص ۴۵۲.

۲. محمد بن جمال الدین، مکی (شهید اول)، همان کتاب، ص ۲۹۵.

۳. حسن بن یوسف بن مطهر، حلی، تذکره الفقهاء، همان، ص ۴۵۲.

۴. علی، طباطبائی، جلد ۹، همان، ص ۴۳۴.

۵. ابوالقاسم، موسوی خویی، مستند العروه الوقتی (کتاب النکاح)، جلد ۲، همان، ص ۴۰۹.

۲- در تأیید نظر مختار ما، به فرمایش پیامبر اکرم (ص) نیز می‌توان استناد نمود که حضرت می‌فرمایند: «سزاوار مرد مسلمان نیست مگر اینکه وقتی شب می‌خوابد وصیتش بالای سرش باشد»^۱.

در مورد حجّیت وصیت‌نامه به روایت ذیل نیز می‌توان استدلال کرد:

«و بِإِسْنَادِهِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مُحَمَّدٍ الِهَمْدَانِيِّ قَالَ: كَتَبْتُ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ ع رَجُلٌ كَتَبَ كِتَابًا بِخَطِّهِ وَلَمْ يَقُلْ لَوَرَّثْتَهُ هَذِهِ وَصِيَّتِي وَلَمْ يَقُلْ إِنِّي قَدْ أَوْصَيْتُ إِلَّا أَنَّهُ كَتَبَ كِتَابًا فِيهِ مَا أَرَادَ أَنْ يُوصِيَ بِهِ هَلْ يَجِبُ عَلَى وَرَثَتِهِ الْقِيَامُ بِمَا فِي الْكِتَابِ بِخَطِّهِ وَلَمْ يَأْمُرْهُمْ بِذَلِكَ فَكَتَبَ عَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ يُنْفِذُونَ كُلَّ شَيْءٍ يَجِدُونَهُ فِي كِتَابٍ»^۲.

شیخ صدوق روایتی را از ابراهیم بن محمد الهمدانی به این مضمون نقل نموده که می‌گوید: برای ابی‌الحسن (ع) نوشتم که مردی نوشته‌ای با دست خطّش نوشت و برای ورثه‌اش نگفت که این وصیت من است و نگفت که من وصیت کردم، آیا بر ورثه‌اش واجب است عمل کند به آن چیزی که در آن با دست خطّ موصی نوشته شده است و حال آنکه ورثه‌ها را به آن وصیت امر نکرده بود پس امام (ع) نوشتند اگر برای او فرزندی باشد هر چیزی را در آن نوشته یافتند، نافذ بدانند.

در کتاب مستمسک در مورد سند این روایت آمده است: «ضعف سند روایت مذکور ظاهر نیست و منتسب بودن روایت صدوق به ابراهیم بن محمد که او نیز از پدرش و احمد بن زیاد نقل حدیث نموده، همگی ثقه هستند و خود علی بن ابراهیم از بزرگان شیعه به شمار می‌رفته و پدرش نیز تصحیح کننده احادیث بوده اما خود ابراهیم از وکلای ثقه بوده لذا احادیث منقول از صدوق با توجه به حساسیت وی در نقل از ثقه مورد اعتماد بوده است»^۳.

پس به نظر می‌آید ظاهر روایت مزبور بر معتبر و صحیح بودن وصیت به کتابت چه در حال اختیار و چه عجز از تلفظ دلالت می‌کند. خلاصه اینکه روایت مذکور از جهت سند معتبر بوده و متنش نیز واضح می‌باشد و جای هیچ اشکالی را باقی نگذاشته و معارضی هم برای او وجود ندارد.

۳- سیره مستمر متشرعه بر وصیت نمودن به نحو کتابت دلالت دارد.

۱. محمد بن حسن، حرّ عاملی، وسائل الشیعه، جلد ۱۳، همان، ص ۳۵۲.

۲. محمد بن الحسن، طوسی، همان کتاب، ص ۵۴۵۶.

۳. محسن، طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، جلد ۱۴، قم: منشورات مکتب آیت الله العظمی مرعشی نجفی، بی تا، ص ۵۷۹.

۴- در خصوص اینکه عنوان وصیت به نحو کتابت عرفاً و عادتاً صدق می‌کند شکی نیست و با محقق شدن وصیت با کتابت، جمیع احکام وصیت بر آن مترتب می‌گردد چون که ملاک، صدق عنوان هست و دلیلی برای تقیید به لفظ وجود ندارد. همانطور که در تفصیل الشریعه آمده: «دلیلی بر بودن وصیت به شکل خاص وجود ندارد»^۱. خلاصه اینکه بنابر آنچه قبلاً نیز در بحث کاربرد کتابت در مقام انشاء ایقاعات (وصیت) ذکر نمودیم در تحقق وصیت، هر چیزی که دلالت بر آن عنوان کند چه لفظ صریح، غیر صریح یا یک عمل، هر چند بوسیله کتابت یا اشاره باشد حجت بوده و فرقی بین صورت اختیار و غیر اختیار وجود ندارد.

ج- حجیت شهادت‌نامه:

شهادت‌نامه ترجمه‌ی لغت (Affidavit) است که به عربی آن را شهادت یا اقرار کتبی با قسم می‌گویند، یعنی گواهی یا اقرار کتبی با قید سوگند.^۲ در قدیم الایام به علت عدم توانایی عامه مردم به امر کتابت و عدم سهولت دستیابی به کاتبان مورد اطمینان، شهادت از ارزش والایی برخوردار بود، در قرون وسطی ارزش شهادت لفظی بر شهادت نامه ترجیح داشت و اصولاً یکی از قواعد کلی در حقوق فرانسه همین بود که شهود بر شهادت کتبی مقدم است.^۳ در جوامع اسلامی نیز استشهداد و شهادت امر رایجی بود و اصولاً یکی از امور اخلاقی و سفارش شده در اسلام این است که وقتی از شما می‌خواهند که نسبت به امری گواهی دهید در این خصوص تأمل و تعلل نورزید. قضاوت بر پایه شهادت شهود استوار بود و جز در بدهی‌های مدت‌دار به تنظیم سند کتبی مبادرت نمی‌ورزیدند و در قرآن مجید تنها به همین مورد توصیه شده است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا...»^۴.

۱. محمد، فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (کتاب وصیت)، قم: مطبعة المهر، ۱۴۰۰هـ.ق، ص ۱۳۸.

۲. حسینقلی، حسینی نژاد، همان کتاب، ص ۶۴.

۳. کتاب کولان و کاپیتان، قانون مدنی فرانسه، جلد ۲، ۱۹۲۴م، ص ۲۲۱ (به نقل از المحامی صبحی، محمضانی، فلسفه التشريع، ص ۲۵۶).

۴. بقره (۲)، آیه ۲۸۲.

مشهور فقیهان اسلامی در تفسیر آیه فوق گفته‌اند که کتابت و استشهاد، موضوع مندرج در آیه در مورد دیون مؤجل نیز امری استحبابی است، نه الزامی، و تنها معدودی از فقیهان مکاتب غیر رایج، مانند طبری و داود از مکتب ظاهریه، آن را الزامی دانسته‌اند.^۱ با توجه به مراتب فوق در کتب فقه اسلامی اهمیت چندانی به بینة کتبی داده نشده و به طور کلی نزد فقیهان از دلایل اصلی شرعی در اثبات دعوی محسوب نشده است. تنها به مناسبت از اقرار به کتابت و یا در باب شهادت بر خط مقرر، مورد گفتگو قرار گرفته است. اما امروزه در بسیاری از قوانین مدنی کشورهای اسلامی، آنچه به عنوان قویترین دلیل اثبات دعوی محسوب می‌گردد، سندهای کتبی است که برابر مقررات خاصی تنظیم می‌گردد و شهادت لفظی جز در موارد بسیار محدود کاربرد ندارد.

اکثر فقیهان حنفی صریحا اصل را بر بی‌اعتباری شهادت کتبی گذاشته‌اند. چنانکه مؤلف الفتاوی الخیریه در مورد خط و اسناد کتبی می‌نویسد: «این گونه دلایل از حجج شرع شریف خارج است ... حجت شرعی، عبارت است از بینة و اقرار و نکول و این است شرع محمد(ص)، سرور فرزندان عدنان، نه ورق پاره‌ای از هر کس و ناکس، آنچه معتبر است واقع است، نه نگارش وقایع مادام که از طرف شارع منصوص نشده و یا پیشوای کاملی به طور قاطع بر آن اعتماد نکرده باشد».^۲

با تحول زندگی اجتماعی، و آشنایی بیشتر مردم به کتابت، رفته رفته اسناد کتبی رواج بیشتری یافت و عرف عملا برای آن اعتبار قایل شد و لذا بعضی از فقیهان حنفی، با استفاده از شیوه «استحسان» رأی به اعتبار اسناد کتبی صادر نمودند.^۳

اما از دیدگاه فقه‌های اهل بیت (س) در خصوص اعتبار شهادت نامه دو مطلب وجود دارد که باید از یکدیگر تفکیک گردد؛ مطلب اول، این که انشاءات عقود و ایقاعات آیا حتما باید شفاهی انجام گیرد یا آن که از طریق کتبی نیز امکان‌پذیر است؟ و به عبارت دیگر با قطع نظر از مرحله اثبات، إنشای عقد چگونه تحقق می‌یابد؟ فقط شفاهی و یا به هر طریق ممکن؟ در پاسخ این سؤال اگر چه فقیهان امامی در خصوص انشاء کننده‌ای که قادر به تکلم باشد، در بعضی موارد مثل عقد نکاح رأی به لزوم تکلم لفظی داده‌اند ولی به نظر می‌رسد چنین امری معتبر نباشد، بلکه با توجه به آنکه انشاء عبارت است از ابراز اراده، لذا به هر نحو که اراده ابراز گردد چه شفاهی و چه کتبی، عقد و یا ایقاع منعقد خواهد شد.

۱. فخرالدین، راضی، تفسیر کبیر، جلد ۲، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، بی تا، ص ۳۶۴.

۲. رملی، الفتاوی الخیریه، جلد ۲، بی جا، بی تا، ص ۶۷.

۳. عبدالرحمن بن ابابکر، سیوطی، الانشابه و انظایر فی قوائد و فروع فقه الشافعیه، بیروت: بی تا، ۱۴۰۷هـ.ق، ص ۸۶.

مطلب دوم، آن که آیا شهادت کتبی از ادله اثبات دعوی محسوب است یا خیر؟ در پاسخ سؤال فوق، فقیهان امامی گفته‌اند چنانچه شهادت کتبی، موجب علم و یا اطمینان شخص در مورد نزاع واقع گردد و برای دادرس علم و یا اطمینان حاصل شود که محتویات نوشته کاملاً صحیح است، بی‌تردید به موجب علم و اطمینان شخصی خود می‌تواند رأی صادر نماید ولی در غیر این صورت، چنانچه شهادت‌نامه موجب علم و اطمینان نگردد حجت شرعی محسوب نخواهد شد.^۱

توضیح آن که منظور از حجت شرعی دلیلی است که حجّیت آن را شرع به خاطر افاده ظنّ نوعی اعلام داشته و آن را از ادله اثبات دعوی محسوب نموده است و در هر مورد اقامه گردد قاضی باید به مقتضای آن رأی صادر کند، اعم از آن که برای وی شخصاً علم و یا اطمینان حاصل گردد یا خیر. و شهادت‌نامه از این گونه دلایل شرعی حجت محسوب نشده است و لذا چنانچه به ضمیمه قرائن و احوال عرفیه برای محکمه، علم به صحت صدور آن حاصل شد مطابق آن تصمیم می‌گیرد و در غیر این صورت مجوزی برای استناد به آن ندارد. در تأیید مطالب فوق، می‌توان به روایت ذیل استدلال نمود.

«مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ النُّعْمَانِ^۲ عَنْ حَمَادِ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ عُمَرَ بْنِ يَزِيدَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ الرَّجُلُ يُشْهَدُنِي عَلَى شَهَادَةٍ فَأَعْرِفُ خَطِي وَ خَاتَمِي وَ لَا أَذْكَرُ مِنَ الْبَاقِي قَلِيلاً وَ لَا كَثِيراً قَالَ فَقَالَ لِي إِذَا كَانَ صَاحِبُكَ ثِقَةً وَ مَعَهُ رَجُلٌ ثِقَةٌ فَاشْهَدْ لَهُ»^۳.

در این صحیح، عمر بن زید می‌گوید: به امام صادق (ع) عرض کردم: مردی مرا در خصوص سندی به شهادت می‌طلبد. من دستخط و مهر خود را در آن سند می‌شناسم ولی از باقی آن چیزی به خاطر نمی‌آورم نه کم و نه زیاد، حضرت در پاسخ فرمود: اگر دوست تو که تو را به شهادت می‌طلبد، مورد اطمینان است و همراه با او نیز مرد مورد اطمینانی هست پس به نفع او شهادت بده.

چنانکه در ترجمه روایت آمد منظور از کلمه «شهادة» در سؤال راوی، شهادت‌نامه است که نوعی سند کتبی می‌باشد و یا می‌توان آن را به همان معنای شهادت و گواهی دانست و از قرینه موجود در کلام که راوی می‌گوید دستخط و مهر خود را شناختم، استفاده نمود که شهادت مزبور در ورقه‌ای مکتوب شده و در پای آن مهر زده‌اند. همچنین مقصود از «صاحبک» در کلام امام (ع) همان مدعی و شخصی است که راوی را به

۱. مصطفی، محقق داماد، قوائد فقه، جلد ۳، همان، صص ۸۵-۸۶.

۲. محمد بن یعقوب، کلینی رازی، اصول کافی، جلد ۱، همان، ص ۳۸۲.

۳. محمد بن حسن، حرّ عاملی، وسائل الشیعه، جلد ۲۷، همان، ص ۳۲۱.

شهادت طلبیده است. بر این اساس، امام صادق (ع) به راوی می‌فرماید: در صورتی برای تو جایز است که مطابق مضمون سند ارائه شده‌ای که چیزی از مندرجات آن را به خاطر نمی‌آوری، و فقط دستخط و مهر خود را می‌شناسی، شهادت دهی که اولاً، آن کس که به این سند، استناد نموده و از تو شهادت می‌خواهد فرد مورد اطمینانی باشد و ثانیاً، همراه او نیز شخص مورد اطمینان دیگری باشد که به صحت ادعای او شهادت دهد.

به نظر می‌رسد که امام (ع) بدین وسیله خواسته است احتمال تزویر و جعل در سند ارائه شده را تضعیف نماید به گونه‌ای که دیگر قابل توجه نباشد. توضیح اینکه مدعی به سندی استناد نموده که مشتمل بر دستخط راوی و مهر او می‌باشد ولی این احتمال وجود دارد که دستخط و مهر مزبور جعل شده باشد. برای تضعیف این احتمال، امام (ع) دو شرط را لازم می‌داند: یکی اینکه مدعی، فرد ثقه و مورد اطمینانی باشد و دیگر اینکه شاهد ثقه‌ای نیز سخن او را تأیید کند. واضح است که مورد اطمینان بودن مدعی، هیچ تأثیری در تحقق شهادت کتبی ندارد و به انضمام یک شاهد موثق موجب پیدایش شهادت کتبی نمی‌شود؛ بنابراین، باقی می‌ماند یک شاهد ثقه که او نیز مصداق شهادت کتبی نمی‌باشد، لکن انضمام این دو باهم، بدون شک در نظر عقلاء موجب تضعیف احتمال جعل و تزویر می‌شود به گونه‌ای که احتمال مزبور، غیر عقلایی و غیر قابل اعتناء تلقی می‌شود.

در هر حال آنچه پس از تأمل در روایت با اطمینان می‌توان از آن استنباط نمود اعتبار سند به عنوان وسیله‌ای برای اثبات موضوع است؛ چرا که اگر چنین نبود می‌بایست امام (ع) به صراحت راوی را از شهادت دادن مطابق مضمون سند نهی می‌فرمود و یا فقط به شرط اقامه‌ی شهادت کتبی این کار را جایز می‌شمرد در حالی که چنین نکرده و به صرف ثقه بودن مدعی و وجود یک شاهد مورد اطمینان، شهادت دادن مطابق سند را برای راوی جایز دانسته است.

این سخن را می‌توان به کلام بعضی از فقهای بزرگ شیعه تأیید نمود چنانکه علامه مجلسی می‌گوید: از کلام شیخ طوسی در نهاییه، کلام شیخ مفید و ابن جنید ظاهر می‌شود که هرگاه شخصی خط خود را در سندی شناسایی کند و عادلانی نیز مطابق مضمون سند شهادت دهد برای شخص مزبور جایز خواهد بود که بر طبق مفاد سند، ادای شهادت نماید اگر چه واقعه را به خاطر نیاورده باشد. شیخ صدوق نیز این نظریه را تأیید نموده و فقط بر آن افزوده است که مدعی و صاحب حق نیز باید فرد ثقه و مورد اطمینانی باشد.^۱ خلاصه اینکه از مطالب مذکور در این بحث، این گونه به نظر می‌آید که شرط وجود شاهد ثقه مانند شرط تنظیم سند رسمی توسط مأمور دولتی صلاحیت دار در زمان ما

۱. محمدباقر، مجلسی، مرأه العقول فی شرح اخبار آل الرسول، جلد ۲۴، تهران: دارالکتب اسلامی، ۱۳۶۸، ص ۲۲۴.

می‌باشد؛ زیرا همان طور که شهادت یک فرد موثق موجب اطمینان به صحت تنظیم سند می‌گردد، تنظیم آن توسط مأمور دولتی صلاحیت‌دار نیز (که بدون شک باید فرد مورد اعتمادی باشد) باعث حصول چنین اطمینانی می‌شود و همچنین از تصریح احکام شرعی و موازین قانونی این گونه نتیجه‌گیری می‌گردد که تردیدی در اعتبار شهادت کتبی بین فقها و حقوق‌دانان اسلامی وجود ندارد. بنابراین در صورتی که شهادت به صورت مکتوب و در دفتر اسناد رسمی تنظیم گردد، می‌تواند به عنوان دلیل اثبات دعوی (شهادت) مورد استناد قرار گیرد و با سند کتبی به عنوان یکی دیگر از دلایل اثبات دعوی مقابله کند.

مبحث دوم: جایگاه کتابت به عنوان ادله‌ی اثبات دعوی از منظر حقوق موضوعه ایران

۱- در قالب سند رسمی

الف- در قوانین و مقررات:

سر دفتر اسناد رسمی، سر دفتر ازدواج و طلاق، مأمور ثبت احوال، مأمور اداره ثبت اسناد و املاک مأمور صدور گواهینامه رانندگی، مأمور صدور گذرنامه و همه مأمورین دیگر سازمانهای دولتی و خدمات عمومی که مأموریت تنظیم اسنادی را عهده دارند باید طبق قانون و شرایط و مقررات پیش بینی شده برای تنظیم سند مبادرت نمایند و آلا از حدود قانون خارج شده و مسئولیت دارند. ضوابط و تشریفات که قانون پیش بینی کرده به یک درجه از اهمیت نیست. بعضی ضوابط و تشریفات به حدی اهمیت دارد که اگر رعایت نشوند سند را از رسمیت می‌اندازند و دسته ای دیگر تأثیری در رسمیت آن ندارند. اینکه چگونه این ضوابط از هم تفکیک گردند به طور منظم و مشخص در قوانین پیش بینی شده‌اند و در صلاحیت دادگاه‌ها است که در موارد برخورد با اسناد رسمی و ایراداتی که افراد به ضوابط اسناد و عدم رعایت قانون می‌گیرند توجه کنند و شرایط اساسی و مهم را از غیر مهم تشخیص دهند و رویه‌ی قضائی به وجود آورند. مع‌الوصف پاره‌ای از قوانین چنین تفکیکی را صورت داده‌اند و اصولاً با ماده ۱۲۹۴ ق.م. این تقسیم و تفکیک حاصل شده است که می‌گوید: «عدم رعایت مقررات راجع به حق تمبر که به اسناد تعلق می‌گیرد سند را از رسمیت خارج نمی‌کند».

ب- رویه قضائی:

قانون به دسته‌ای از اسناد رسمی قدرت اجرائی داده است، به نحوی که ذی‌نفع می‌تواند بدون نیاز به دادگاه و طرح دعوی و صدور حکم درخواست صدور اجرائیه نماید. اسناد تنظیمی در دفتر اسناد رسمی چنین حالتی دارند.^۱

ماده ۹۲ ق.ث. می‌گوید: «مدلول کلیه اسناد رسمی راجع به دیون و سایر اموال منقول بدون احتیاج حکمی از محاکم عدلیه لازم الاجرا است، مگر در مورد تسلیم عین منقولی که شخص ثالثی متصرف و مدعی مالکیت آن می‌باشد».

ماده ۹۳ ق.ث. «کلیه اسناد رسمی راجع به معاملات املاک ثبت شده مستقلاً و بدون مراجعه به محاکم لازم الاجرا است.

مسئله‌ای که مطرح می‌گردد این است: وقتی سند رسمی لازم الاجراء است و براساس آن دفتر اسناد رسمی و اداره ثبت اجرائیه صادر می‌کنند، آیا متعهد سند رسمی می‌تواند از، قدرت اجرائی مستقیم آن استفاده نکند و از طریق دادگاه و صدور حکم موضوع سند رسمی را بخواهد؟ غالباً اگر ذینفع سند رسمی بتواند از طریق صدور اجرائیه به نتیجه می‌رسد ولی اگر در جریان اجراء مواجه با اشکال شود که رسیدگی دادگاه را ایجاب کند، مثل مقید و مشروط بودن موضوع سند طرح دعوی می‌کند، اما در مواردی هم که برای صدور اجرائیه اشکالی نباشد اگر ذی‌نفع به اتکاء سند رسمی طرح دعوی کرد، دادگاه می‌پذیرد و رسیدگی می‌کند هر چند که طی جریان دادگاه و صدور حکم و بعد اجرائیه با وجود سند رسمی لازم الاجراء کار لغوی است.^۲

۲- در قالب سند عادی**الف- در قوانین و مقررات:**

گفتیم مامور رسمی برای تنظیم سند باید تمام تشریفات لازم قانونی را رعایت نماید و الا سند عادی است، مشروط بر اینکه دارای امضاء یا مهر طرف باشد. سندی که در دفترخانه اسناد رسمی تنظیم شده ولی به جای ثبت در دو دفتر سردفتر و نماینده فقط در یک دفتر ثبت شده باشد، یا در صورت بی‌سواد بودن متعاملین شخص معتمد ثبت دفتر را

۱. جلال‌الدین، مدنی، آیین دادرسی مدنی (اجرای احکام)، جلد سوم، چاپ چهارم، بی‌تا، صص ۱۰-۱۱.

۲. جلال‌الدین، مدنی، ادله اثبات دعوی، همان، صص ۱۲۱-۱۲۳.

برای آنها قرائت نکرده باشد، از عنوان سند رسمی خارج می‌گردد و به صورت یک سند عادی در می‌آید با تمام آثار و مشخصات سند عادی. اما دسته‌ای از اسناد عادی با نام و مشخصات از طرف قانونگذار شناخته شده‌اند و برای آنها تشریفات لازم است که اشخاص باید رعایت کنند. این نوع اسناد عادی گرچه مأمور رسمی دولتی در تنظیم آنها دخالت ندارد و گرچه تشریفات خاص اسناد رسمی را هم ندارند ولی بنا بر دلائل و جهاتی و بنابر موقعیت و مورد استفاده‌ای که دارند ضوابط و معیارهایی باید در مورد آنها رعایت گردد، گاهی هم اعتباری به میزان اسناد رسمی پیدا می‌کنند. انواع وصیت نامه و اقسام دفاتر و اسناد تجارتي در این نوع از اسناد عادی قرار می‌گیرند.

ب- در رویه‌ی قضایی:

در خصوص اسناد عادی، اصل بر عدم قدرت اجرائی است البته گاهی ممکن است بنا به مصلحتی سند عادی را قابل اجراء اعلام کند. این اعلام به منزله رسمی شناختن سند عادی نیست، زیرا وصف جوهری سند رسمی، چنانکه در ماده ۱۲۸۷ ق.م. آمده است، دخالت مأمور رسمی و رعایت تشریفات تنظیم سند بوسیله او است. پس، باید گفت که قدرت اجرائی وصف شایع و متعارف سند رسمی در مواردی است که مفاد سند حاوی التزام به پرداخت یا انجام دادن کاری است. این وصف شایع ممکن است به سند عادی نیز داده شود و با اعطاء آن ماهیت سند تغییر نمی‌کند: به عنوان مثال، چک سند عادی است که هیچ مأمور رسمی در تنظیم آن دخالت ندارد و قابل انکار و تردید هم است. منتهی، به دلیل نظارتی که در تسلیم دسته چکها به صادر کننده می‌شود و به منظور ایجاد اعتماد و سرعت بخشیدن به این وسیله گردش سرمایه، قانونگذار رسیدگی اجمالی بانک محال علیه را، در اصالت سند و علت موجه عدم پرداخت، کافی برای صدور اجرائیه وصول آن از صادر کننده می‌داند.^۱

۱. ناصر، کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، جلد ۱، همان، ص ۳۱۴.

گفتار دوم: احکام تکلیفی و وضعی کتابت

مقدمه:

فقه‌ها احکام و مقررات موضوعه‌ی الهی را به دو قسم تقسیم بندی کرده‌اند که عبارتند از: تکلیفی و وضعی.

حکم تکلیفی، عبارت است از هر قانونی که مشتمل بر امر یا نهی باشد به گونه‌ای که عدم رعایت آن موجب عذاب و کیفر اخروی می‌گردد و در یک اصطلاح شایع در فقه و علم اصول به احکام پنجگانه گفته می‌شود یعنی وجوب، استحباب، اباحه، کراهت و حرمت.

ولی حکم وضعی عبارت است از آنچه که شارع مقدس، سبب یا مانع و یا شرط عملی قرار دهد و باز در اصطلاحی شایع به تمام احکام شرعی غیر از احکام تکلیفی حکم وضعی می‌گویند.

در معتبرترین سند شرعی مکتوب مسلمانان، قرآن مجید بعد از بیان احکامی که مربوط به اتفاق در راه خدا و همچنین مسئله‌ی ربا خواری بود، در (بقره/۲/۲۸۲) که طولانی‌ترین آیه‌ی قرآن مجید است، احکام و مقررات دقیقی در مورد تنظیم سند، برای معاملات ذکر کرده با تمامی جزئیات در همه‌ی مراحل که بیانگر توجه عمیقی است که قرآن نسبت به امور اقتصادی مسلمین و نظم کار آنها دارد، تا سرمایه‌ها هر چه بیشتر رشد طبیعی خود را پیدا کنند و بن بست و اختلاف و نزاعی در میان مردم رخ ندهد. و این خود دلیلی است بر عظمت قرآن از یک سو و اهمیت نظام اقتصادی مسلمین از سوی دیگر.

بنابراین در این مبحث سعی ما بر این است که ابتداء احکام تکلیفی کتابت که در سوره‌ی (بقره/۲/۲۸۲) اشاره شده تبیین کرده سپس به حکم وضعی کتابت بپردازیم.

مبحث اول: احکام تکلیفی

طولانی‌ترین و مفصل‌ترین آیه‌ای که به مسئله‌ی نوشتن قراردادهای کتبی تاکید می‌کند آیه ذیل می‌باشد:

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ... ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا ... وَيَعْلَمَ كُلُّ اللَّهِ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ»^۱

۱. سوره بقره (۲)، همان.

در این آیه اگر اندکی تأمل نماییم، ملاحظه خواهیم نمود که با توجه به دستوراتی که خداوند در آیه نموده، مانند: امر به کتابت و اتخاذ شاهد برای معاملات، اعتبار سند کتبی برداشت می‌شود.

لازم به ذکر است که امر به کتابت، امر وجوبی محسوب نمی‌شود بلکه مستحب است. بنابراین نمی‌توان از اوامر موجود در آیه، وجوب کتابت دین و تنظیم سند برای آن را استفاده نمود. البته از بین فقهای اهل سنت، ابوسعید خدری و شعبی و حسن، امر را بر ندب حمل کرده و ربیع و کعب گفته‌اند که بر وجوب دلالت دارد. اما به نظر می‌رسد که قول اول یعنی استحباب صحیح‌تر است؛ زیرا اولاً، اجماع فقهای عصر ما بر آن است و عمل متشرعه نیز بر عدم وجوب کتابت دین استقرار یافته است. دلایلی که فقها پیرامون عدم وجوب کتابت آورده‌اند متعدد است. از جمله، قاعده‌ی «لا حرج»^۱ در بیان آنها بر این است که با توجه به این قاعده چون الزام و وجوب کتابت موجب عُسر و حرج برای طرفین معامله می‌شود، لذا کتابت دین امری واجب و ضروری نیست یا دلیل دیگر آنها، حدیث پیامبر ((ص)) است که می‌فرماید:

«بَعَثْتُ بِالْحَنْفِيَةِ السَّمْحَةَ وَمَنْ خَالَفَ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي»^۲

من مبعوث شدم به شریعت و دینی که آن مبتنی بر سمحه و تمایل به فطرت و عدالت دارد پس هر کسی که مخالف سنت من باشد از من نیست.^۳
ثانیاً آیه «فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَغْضًا فُلْيُودَ الَّذِي أَوْثَمِنَ أَمَانَهُ»^۴ (و اگر برخی از شما برخی دیگر را امین دانست، پس آن کس که امین شمرده شده، باید سپرده‌ی وی را باز پس دهد). بر آن دلالت می‌کند.^۵

بنابراین، صحیح‌تر آن است که امر به نوشتن دین، یا برای ندب است یا ارشاد به مصلحت.^۶ از ظاهر این اوامر بر می‌آید که این‌ها، اوامر ارشادی می‌باشند نه مولوی، (امر ارشادی آن است که امر هر چند نسبت به مأمور برتر هم باشد در مقام فرد برتر دستور نمی‌دهد بلکه قصدش خیر خواهی و بیان مصلحت فرد است. بنابراین، در چنین امری اگر مأمور اطاعت نکند، مرتکب گناه نشده است ولی امر مولوی امری است که امر در جایگاه

۱. محمد کاظم، المصطفوی، القواعد، چاپ هفتم، قم: مؤسسه نشر الاسلامی، ۱۴۲۹، ص ۲۹۶.

۲. علی، شیروانی، نهج الفصاحة، چاپ سوم، تهران: دارالفکر، ۱۳۸۶، ص ۱۶۳.

۳. محمد باقر، مجلسی، بحار الانوار، چاپ اول، بیروت: دارالاحیاء التراث، ۱۴۱۲، ص ۱۵۶.

۴. سوره بقره (۲)، آیه ۲۸۳.

۵. عبد الاعلی، سبزواری، مواهب الرحمن فی تفسیر القرآن، جلد ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۴، ص ۴۰۵.

۶ جمال الدین مقداد بن عبدالله، سیوری حلی، کنزعرفان فی فقه القرآن، جلد ۲، تهران: المکتبه المرتضویه، ۱۳۴۳، ص ۴۵.

فرد برتر دستور می‌دهد و مأمور حق سرپیچی ندارد؛ چرا که در صورت سرپیچی عقوبت می‌گردد).

دلیل دیگر بر اینکه آیهی شریفه تنها بر استحباب یا ارشاد دلالت دارد اینکه، حکمت آن‌ها در آیهی شریفه بیان شده است، مانند آنجا که خداوند می‌فرماید:

«ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَدَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا»^۱ (این در نزد خداوند به عدالت نزدیکتر و برای شهادت استوارتر و برای جلوگیری از شک و تردید بهتر می‌باشد). بنابراین اگر سند دین نوشته نشود گناهی صورت نگرفته است.^۲

در جاهای دیگری نیز وجوب یا استحباب نوشتن مطرح است به طور مثال صاحب **عروة الوثقی** می‌نویسد: اگر انسان نشانه‌های مرگ را دید واجب است حق الناس و امانات را بپردازد و اگر امکانش نیست وصیت کند و باید آن را چنان محکم کند که خللی در آن راه نیابد.^۳ معلوم است که یکی از بهترین راههای استحکام وصیت، نوشتن آن و مهر شهود بر آن است.

از جاهای دیگری که نوشتن مستحب و حتی گاه واجب است حفظ احادیث و تراث حدیثی است در این باره احادیث زیادی نیز مطرح است.

و در جایی دیگر صاحب تفسیر نمونه می‌نویسد: گرچه ظاهر این جمله این است که نوشتن چنین قراردادهایی واجب است زیرا امر، دلالت بر وجوب دارد، و به همین دلیل بعضی از فقهای اهل سنت، این کار را واجب می‌دانند، ولی مشهور میان بزرگان علمای شیعه و اهل سنت به خاطر دلائل دیگر، استحباب آن است. یا اینکه امر جنبه‌ی ارشادی و راهنمایی برای پیشگیری از نزاع و درگیری دارد، از آیهی بعد که می‌فرماید: «فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم... أَمَانَتَهُ»^۴ اگر به یکدیگر اطمینان داشته باشید آن کسی که حقی بر گردن او است باید به موقع حق را بپردازد (مثل اینکه نوشته‌ای در کار نباشد) استفاده می‌شود، این حکم مربوط به جایی است که اطمینان کامل در بین نباشد و احتمال بروز اختلافاتی باشد.^۵

و در آخر صاحب تفسیر تسنیم می‌نویسد: نوشتن چنین قراردادهایی واجب است زیرا امر ظاهر فرمان ثبت دین «فَأَكْتُبُوهُ» وجوب را می‌رساند؛ اما به گواه تعلیل «ذَلِكُمْ أَقْسَطُ

۱. سوره بقره (۲)، همان.

۲. مرتضی، انصاری، القضاء و الشهادات، همان، ص ۲۵۳.

۳. محمد کاظم، طباطبایی یزدی، العروة الوثقی (احکام اموات)، چاپ یکم، بیروت: مؤسسه العلمی، ۱۴۰۹، ص ۱۵۳.

۴. سوره بقره (۲)، همان.

۵. ناصر، مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، جلد ۲، تهران: دارالکتب اسلامی، ۱۳۸۶، صص ۳۸۳-۳۸۲.

عَنْدَ اللَّهِ... أَلَا تَرْتَابُوا». امری ارشادی است نه مولوی، زیرا نوشتن از نظر قیام به قسط، دقیق‌تر و آسان‌تر و از جهت اقامه‌ی شهادت، عادلانه‌تر و روشن‌تر و از لحاظ روانی مطمئن‌تر است و زمینه‌ی شک و تردید را برطرف می‌کند، پس ذکرِ عِلَّتْ، گواه ارشادی بودن دستور است و ظهور آن را در مولوی بودن کم رنگ می‌سازد.

شاهد دیگر برای ارشادی بودن فرمان نوشتن دین، آیه‌ی بعدی است: «وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ... وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ». که طبق آن اگر کسی در سفر بود و نویسنده‌ای نیافت، چیزی را گرو بگیرد و اگر هیچ یک از نوشتن و شهادت و رهن ممکن نشد، معامله باطل نیست، زیرا هیچ یک از این سه، شرط صحت نیست، و اگر برای پرداخت دین به امین بودن طرف اعتماد شود، او نباید در پرداخت دین که امانت است، خیانت کند و باید به موقع بپردازد. این امور نشان می‌دهد که دستور به رهن نیز حکمی ارشادی و هماهنگ با آیه‌ی مورد بحث است.

نتیجه آنکه فرمان نوشتن دین، حکمی ارشادی است نه مولوی، بنابراین بحث از وجوب یا استحباب درباره آن، جا ندارد، چون این دو از انواع امر مولوی است و امر ارشادی تابع مُرشدِإلیه است که واجب باشد یا مستحب.^۳ امر ارشادی بیانگر همان مُرشدِإلیه است، مانند: «وَاطِيعُوا اللَّهَ وَاطِيعُوا الرَّسُولَ».^۴

مبحث دوم: احکام وضعی

همچنان که می‌دانیم در آیه‌ی فوق (بقره ۲/۲۸۲) تأکید فراوانی بر کتابت دین شده است، حتی در باره دیون کوچک و کم ارزش: «وَلَا تَسْمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ» و از نوشتن [بدهی خود] بر اساس مدّت آن، چه کوچک باشد و چه بزرگ، ملول نشوید.

بی شک، این همه تأکید بر امر کتابت، دلیلی بر اعتبار و حجّیت شرعی آن نزد فقهای امامیه است.^۵

در حقیقت، کتابت دین فقط زمانی مفید است و باعث تحقق حکمت‌های مذکور در آیه می‌شود که سند کتبی، معتبر باشد، چرا که اگر سند کتبی دلیلی برای اثبات موضوع

۱. سوره بقره (۲)، آیه‌ی ۲۸۲.

۲. سوره بقره (۲)، آیه‌ی ۲۸۳.

۳. عبدالله، جواد، امّلی، تفسیر تسنیم، قم: مرکز نشر اسرار، صص ۶۱۹-۶۱۸.

۴. سوره مائده (۵)، آیه‌ی ۹۲.

۵. فاضل جواد، کاظمی، همان کتاب، ص ۶۵.

نباشد و اعتبار کافی نداشته باشد، نه برای شهادت دادن استوارتر و محکم‌تر خواهد بود و نه برای رفع شک و تردید مؤثرتر و در نتیجه، نمی‌توان آن را به عدل و قسط نزدیکتر دانست.

بر همین اساس، برخی فقیهان و مفسران تصریح نموده‌اند که کتابت دین، به عنوان سندی بین طرفین معامله، حجتی معتبر است تا حقوق طرفین محفوظ بماند و به خاطر همین اعتبار سند است که خداوند متعال به کاتب سند امر کرده است که نباید از نوشتن پرهیز کند، تا سند مکتوب، خالی از وهم و تقصیر و استناد باشد.^۱

در تکمیل این استدلال باید گفت که اگر چه آیه‌ی شریفه در رابطه با کتابت دین نازل شده است، بی‌شک، سند مربوط به دین هیچ خصوصیتی ندارد. لذا با استناد اعتبار سند دین از این آیه، می‌توان این اعتبار را به هر سند دیگری که مشتمل بر شرایط مذکور در آیه باشد (همچون نوشتن بر پایه عرف و شاهد گرفتن) بر اساس إلغای خصوصیت قطعی عرفی سرایت داد.

برخی مفسران در دلالت آیه مذکور بر اعتبار سند کتبی مناقشه کرده‌اند. از دید اینان چه بسا دستور به کتابت دین، به دلیل اعتبار سند کتبی نیست بلکه به این دلیل است که سند موجب یادآوری شاهد یا صاحب حق می‌شود و همین فایده برای سفارش به تنظیم سند کافی است.^۲

این اشکال زمانی قویتر می‌شود که صرف کتابت سند را کافی ندانیم و بلکه دستور استفاده از بینه و شاهد را نیز از فراز «وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ»^۳ استنباط کنیم. نیز اگر دو شاهد مرد عادل پیدا نشد، باید یک شاهد مرد عادل و دو شاهد زن عادل را به جای آن‌ها به شهادت گرفت: «فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ».^۴ از این رو، می‌بینیم که رعایت نصاب بینه و یا بدل آن لازم دانسته شده است و در نتیجه نمی‌توان سند را وسیله‌ای مستقل برای اثبات موضوع دانست؛ چه در این صورت، دیگر نیازی به استفاده از بینه و شاهد نبود. بنابراین، می‌توان فهمید که نگارش سند، لغو است و با وجود بینه، دیگر نیازی به استفاده از سند برای اثبات موضوع نیست.^۵

۱. احمدبن محمد، اردبیلی، زبدة البیان، همان، ص ۴۴۵.

۲. فاضل جواد، کاظمی، همان کتاب.

۳. سوره بقره (۲)، همان.

۴. همان.

۵. قاسم، ابراهیمی، الاثبات القضائی - کتابت، مجله فقه اهل بیت (ع)، شماره ۱۵، ۱۴۲۰، ص ۱۵۰.

در پاسخ به اشکال فوق می‌توان گفت که بی‌شک، کلام خداوند را به گونه‌ای باید تفسیر و تبیین کرد که مطابق حکمت بالغه و فصاحت و بلاغت الهی باشد. بنابراین از یک طرف، حکمت الهی اقتضاء دارد که کلام او به گونه‌ای تفسیر نشود که منجر به لغویت گردد و از طرف دیگر، فصاحت و بلاغت الهی مقتضی آن است که کلام حضرتش را بر معانی دور و بعید از ذهن حمل نکنیم. حال با توجه به این دو نکته، خداوند متعال در آیه‌ی مذکور، ابتدا دستور به کتابت سند دین داده و فرموده است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ».^۱

سپس بعد از بیان مطالبی در باره چگونگی کتابت سند و شرایط کاتب و کیفیت إملاء و شرایط آن به مسئله‌ی شاهد گرفتن پرداخته و فرموده است: «وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ».^۲

معلوم است که اگر با وجود شهادت دو مرد عادل یا یک مرد و دو زن عادل، فایده‌ای بر کتابت سند دین مترتب نمی‌شد دستور به انجام آن، کاری لغو و بیهوده بود در حالی که شخص حکیم هیچ گاه دستور لغو و بی‌فایده صادر نمی‌کند تا چه رسد به خداوند متعال که حکیم و دانای مطلق است و هر حکمتی از ذات بی‌همتای او نشأت می‌گیرد. بنابراین، بدون تردید بی‌فایده دانستن کتابت در این آیه‌ی شریفه، خلاف مقتضای الهی است. با وجود این هنوز اشکال دیگری باقی می‌ماند آن اینکه کتابت سند دین بی‌فایده و لغو نیست، ولی نمی‌توان سند مزبور را به طور مستقل معتبر دانست بلکه فایده‌ی آن تنها یادآوری شاهدان یا طرفین دین و معامله است. برخی صاحب نظران به این مطلب تصریح کرده‌اند.^۳

به نظر می‌رسد چنین اشکال و برداشتی از آیه‌ی شریفه با ظاهر آن مخالف است؛ چرا که خداوند متعال در آیه‌ی دین، پنج بار بر مسئول نوشتن سند دین با تعبیرات مختلف تأکید نموده است: «فَاكْتُبُوهُ»، «وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ»، «وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ»، «فَلْيَكْتُبْ»، «وَلَا تَسْمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا».^۴

و حتی به ذکر جزئیات احکام مربوط به کتابت نیز پرداخته و مسائلی مانند شرایط کتابت، کیفیت کتابت و إملا‌ی سند توسط مدیون یا ولی او را در موارد خاص بیان نموده است.

۱. سوره بقره (۲)، همان.

۲. همان.

۳. فاضل جواد، کاظمی، همان کتاب.

۴. سوره بقره (۲)، همان.

تمام این تأکیدات و ذکر تفاسیر بیانگر توجه خداوند متعال به مسئله‌ی کتابت سند است و قطعاً منحصر دانستن فایده‌ی کتابت سند در یادآوری، با این میزان اهتمام سازگار نیست؛ چرا که در آن صورت نیازی به این تأکیدات نبود بلکه سازگارتر با روش قرآن این بود که عبارت کوتاهاً آورده شود.

خلاصه آنکه عرف، از این تأکیدات همراه با ذکر جزئیات احکام مربوط به کتابت سند، چنین می‌فهمد که سند کتبی وسیله‌ای معتبر برای اثبات دین از دیدگاه اسلام است و حمل تأکیدات مزبور بر صرف خصوصیت یادآور بودن سند، بسیار بعید و خلاف ظاهر است.

احتمال دیگر در پاسخ آن سوال این است که این دو دستور مستقل از هم دیگر هستند و تکمله‌ی همدیگر نیستند شاهد این سخن این است که غالب نوشته‌ها همچون سخنان در حدّ ظهور هستند یعنی قابل تأویل و توجیه هستند اگر ظاهر این نوشته‌ها حجت نباشد و تنها وظیفه‌ی آنها یادآوری باشد یادآوری نیز باید یقینی باشد چون ظنّ و گمان شاهد یقیناً حجت نیست در این صورت، خیلی از نوشته‌ها بی‌فائده می‌شوند چون نه حجت هستند و نه نقشی در یادآوری داشتند و این مطلب، خلاف اطلاق آیه‌ی شریفه است. پس مهمترین حکم وضعی کتابت، حجّیت است.

فصل سوم: تعارض کتابت با سایر ادله

مقدمه

یکی از مهمترین مسائل مربوط به ادله‌ی اثبات دعوی، بررسی تعارض میان ادله و یافتن راه حلی مناسب برای رهایی از تعارض و تعیین دلیل مقدم می‌باشد. تعارض ادله‌ی اثبات دعوی، عبارت است از تقابل و تضاد دلایل استنادی دو طرف دعوی، به نحوی که عمل به هر دو دلیل و جمع آنها ممکن نباشد. از دیدگاه حقوق موضوعه و حقوقدانان، اسناد کتبی معتبرترین دلیل و مافوق همه ادله‌ی اثبات دعوی است. بنابراین هیچ دلیل دیگری در مقابل سند کتبی تاب مقاومت ندارد و این مطلب با مشاهده مواد ۱۳۰۶ تا ۱۳۱۱ قانون مدنی پیش از اصلاح سال ۱۳۷۰ و خصوصاً با ملاحظه ماده ۱۳۰۹ ق.م. کاملاً واضح می‌باشد. حال آن که در منابع شرعیه شهادت شهود ارزش بالاتری نسبت به اسناد دارد و بالاتر از آن، سند کتبی هر قدر هم که معتبر و رسمی باشد، هیچ حجیتی ندارد و فقط می‌تواند مفید علم برای قاضی باشد و سند به دلیل در معرض جعل و تزویر و تردید بودن از اهمیت والایی برخوردار نیست و بعضاً جزء ادله‌ی اثبات دعوی در حقوق اسلام به شمار نیامده است. این مطلب باعث بروز تعارضی آشکار در سیستم ادله‌ی اثبات دعوی که منطبق بر مقتضیات یک جامعه‌ی سنتی - مذهبی و اخلاقی است با زندگی مدرن امروزی بروز نموده است.

در این بخش سعی ما بر این است که ابتداء تعارض کتابت با شهادت، کارشناسی، اماره و تعارض اسناد با اسناد که شامل تعارض سند عادی با عادی، تعارض سند رسمی با رسمی و تعارض سند رسمی با عادی بپردازیم. و سپس به راه حل‌های ویژه تعارض ادله‌ی اثبات دعوی اشاره می‌کنیم.

گفتار اول: تعارض کتابت با اقرار

بحث تعارض کتابت با اقرار در کلام فقهاء دیده نمی‌شود و نباید انتظار داشت که تعارض آن با اقرار مورد بررسی قرار گرفته باشد به علت اینکه کتابت در کلام فقهاء به عنوان ادله‌ی اثبات دعوی مطرح نشده، لذا تعارض اقرار و سند رسمی از حکم تعارض اقرار و بینه (به معنای خاص شهادت عدلین) قابل استنتاج است، از طرفی بنا به دلایلی که در ذیل شرح خواهیم داد، به عنوان اصل می‌توان بیان داشت که اصولاً اقرار قابل تعارض با سایر ادله نمی‌باشد.

بنابراین بهتر است این مسئله را در انواع مختلف اقرار و در فروضات متفاوت بررسی نمائیم. اقرار ممکن است در تقابل با ادله‌ی مقرّ، مقرّله و یا شخص ثالث باشد که این سه حالت را در ضمن سه بند جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

بند اول: بررسی تعارض اقرار با ادله‌ی مقرّ

حالت اول آنکه اقرار مقرّ در تقابل با ادله‌ی ارائه شده توسط خود وی قرار گرفته باشد. در مواردی ممکن است مدعی علیه ادله‌ای از دلایل مانند اسناد، شهادت شهود و ... را که نتایج آن به نفع وی باشد ارائه نموده، اما با بیداری وجدان خویش اقرار به واقع کرده و برخلاف ادله‌ی استنادی قبلیش، اقرار به حقایق مدعی نماید. در این موارد نمی‌توان اقرار را متعارض با ادله‌ی استنادی قبلی مقرّ دانست. زیرا اولاً با اقرار مقرّ، عدم صحت ادله‌ی قبلی اثبات می‌گردد؛ ثانیاً به فرض بقای حجّیت ادله‌ی پیشین، اقرار مقرّ در این حالت به معنای استرداد ادله‌ی استنادی پیشین خود و صرف نظر کردن از آنها می‌باشد.^۱ بنابراین در این حالت امکان تعارض اقرار با ادله‌ی مذکور وجود نخواهد داشت.

بند دوم: بررسی تعارض اقرار با ادله‌ی مقرّله

ادله‌ای که امکان یا عدم امکان تعارض آنها با اقرار بررسی می‌شود، ممکن است توسط طرف مقابل مقرّ، یعنی مقرّله، و برای اثبات ادعای خود مقرّله ارائه شده باشد. در این صورت اقرار مقرّ هماهنگ و همسو با ادله‌ی مقرّله بوده و هیچ گونه تنافی و تکذیب بین آنها وجود نداشته و لذا تعارض بین آنها منتفی می‌باشد.

۱. احمد، دیلمی، بایسته های تفسیر قوانین، قم: دانشگاه قم، ۱۳۸۲ش، ص ۱۷۹.

بند سوم: بررسی تعارض اقرار با ادله‌ی شخص ثالث

ادله‌ای که امکان یا عدم امکان تعارض آنها با اقرار بررسی می‌شود، ممکن است توسط شخصی ثالث که البته از اصحاب دعوی می‌باشد، لیکن شخصی غیر از مقرّ و مقرّله است، برای اثبات حقانیت خودش ارائه شده باشد. در این حالت نیز بین اقرار و ادله‌ی شخص ثالث تعارض وجود نخواهد داشت؛ زیرا اقرار نسبت به اشخاص ثالث فاقد حجّیت و اثر می‌باشد و لذا شرط چهارم از شرایط تحقق تعارض، یعنی حجّیت فی‌النفسه، وجود ندارد.^۱ نتیجه اینکه در فقه امامیه و حقوق ایران اصولاً امکان تعارض اقرار با سایر ادله از جمله اسناد وجود نداشته و حتی در موارد مشکوک نیز با بررسی دقیق موضوعات آنها، مشخص می‌شود که شرط «وحدت موضوع» و یا سایر شرایط ضروری برای تحقق تعارض وجود ندارد. عدم امکان تعارض اقرار با سایر ادله از جمله اسناد، نه به دلیل ارزش اثباتی بیشتر اقرار، بلکه بدین سبب است که در این موارد، علی‌الاصول یک یا چند شرط از شرایط تحقق تعارض وجود ندارد زیرا همین که یکی از شرایط تحقق تعارض وجود نداشته باشد، تعارض بین ادله وجود نخواهد داشت و در مسأله‌ی ما نحن فیه نیز در هر فرضی از آن یکی از شرایط مذکور وجود ندارد.

مع‌هذا چنانچه در اثر عدم تجزیه و تحلیل علمی، اشتباهاً بخواهیم اسناد را قابل تعارض با اقرار بدانیم، نتیجه نهایی اینکه تفاوتی وجود نخواهد داشت و باید اقرار را نسبت به مقرّله، بر سایر ادله مقدم دانست؛ زیرا به استناد مواد ۲۰۲ ق.آ.د.م. و ماده ۱۲۷۵ ق.م. ارزش اثباتی اقرار در ایجاد اطمینان برای قاضی، بیشتر از سایر ادله می‌باشد.

گفتار دوم: تعارض کتابت با شهادت (گواهی)

مطابق ماده ۱۳۰۹ ق.م، «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه مُحرز شده، دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد، به شهادت اثبات نمی‌گردد». در خصوص تعارض اسناد با شهادت شهود، برای مثال ممکن است در سند، ثمن معامله ۱۰۰ تومان و یا مبیع، واجد اوصافی خاص ذکر شود، اما یکی از طرفین قرارداد برخلاف این موارد ادعا نموده و به عنوان مثال ادعا نماید ثمن معامله ۹۰ تومان می‌باشد و بخواهد با شهادت شهود آن را اثبات نماید. در این مثال کلیه‌ی شرایط تحقق تعارض وجود دارد. به عبارتی دو دلیل سند و شهادت، در موضوع واحد (میزان ثمن)، در برابر هم

۱. محمدباقر، حسینی، تعارض ادله، چاپ اول، قم: انتشارات آیین احمد، ۱۳۸۸ش، ص ۱۷۲.

قرار داشته و هر دو دلیل مذکور نیز واجد قدرت اثباتی و حجیت در اثبات میزان ثمن می‌باشند. در این صورت باید بر اساس ماده ۱۳۰۹ ق.م.سند را مقدم بر شهادت شهود دانست. حتی در این موارد چنانچه سند زودتر از شهادت به دادگاه ارائه شده باشد، دادگاه شهادت را مؤثر در دعوی ندانسته و حتی نباید به استماع شهادت شهود مبادرت ورزد. زیرا حتی چنانچه شهود برخلاف سند شهادت دهند، شهادت مذکور ارزش اثباتی کمتری از سند داشته و غیر قابل استناد و به عبارتی غیر مؤثر در دعوی می‌باشد و لذا به استناد مفهوم ماده ۲۰۰ ق.آ.د.م، رسیدگی به آن ضرورت ندارد. زیرا ماده ۱۳۰۹ ق.م.س با بیان عبارت «به شهادت اثبات نمی‌گردد»، شهادت شهود را در برابر سند، واجد ارزش اثباتی کمتر و غیر مؤثر در دعوی شناخته است.

در حقوق مصر نیز مفاد و مندرجات اسناد معتبر است تا آنکه خلاف آن اثبات شود و خلاف آن را جز با سند نمی‌توان اثبات نمود.^۱

بنابراین شهادت شهود توان مقابله با اسناد را نداشته و در تعارض با اسناد مغلوب می‌باشد. البته در این خصوص رویه قضایی استثنائاتی را پذیرفته است.^۲

با این وجود از آنجا که محدود نمودن ارزش اثباتی شهادت برخلاف اصل می‌باشد، لذا باید ماده ۱۳۰۹ ق.م.س را در مورد نصّ و به گونه ای مضیق، تفسیر نماییم. بنابراین برای اعمال ماده مذکور، موضوع شهادت باید «مخالف با مفاد یا مندرجات» سند باشد تا آن را در برابر سند فاقد ارزش اثباتی بدانیم. لذا در سایر موارد مانند اثبات عرف و عادت قراردادی به منظور توسعه شرایط قراردادی، اثبات توافقات بعدی که مخالف با مفاد و مندرجات سند نباشد، و یا برای اثبات انجام تعهدات مذکور در سند، می‌توان از شهادت شهود استفاده نمود.

همچنین اگر ادّعا شود که عقد، مبتنی بر شرطی بوده که در سند نیامده و شرط مذکور در خاطر دو طرف بنای تراضی بوده است، این ادّعا با شهادت قابل اثبات است. زیرا وجود شرط بنایی با تصرّحات سند رسمی یا معتبر، منافات ندارد و بلکه مکمل و بیان کننده تراضی است. همچنین در فرضی که شهادت برای رفع ابهام و اجمال سند باشد قبل پذیرش است. در فرضی هم که ادّعای اشتباه یا اکراه یا نامشروع بودن جهت معامله می‌شود، منع ماده ۱۳۰۹ ق.م.س از اعتبار شهادت نمی‌کاهد. زیرا موضوع آنها با مفاد مندرجات سند، منافات و تعارض ندارد. همچنین توافقات بعدی که مخالف با سند نباشد از

۱. عبدالرزاق احمد، السنهوری، همان کتاب، ص ۱۵۱.

۲. علی عباس، حیاتی، شرح قانون آیین دادرسی مدنی، چاپ اول، قم: سلسبیل، ۱۳۸۴، ص ۳۶۹.

طریق شهادت قابل اثبات است.^۱ بنابراین شهادت شهود تنها برای اثبات «مخالفت با مفاد یا مندرجات» «سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده»، فاقد ارزش اثباتی می‌باشد. لیکن اثبات عرف قراردادی جهت احراز شرایط غیر مذکور در سند قرارداد، اثبات توافقات بعد از تنظیم سند که مخالف سند نباشد و همچنین اثبات انجام تعهدات مذکور در سند، با هر دلیلی و از جمله شهادت شهود ممکن می‌باشد.^۲

بنابراین می‌توان نتیجه گرفت همچنان که در ماده ۱۳۰۹ ق.م. نیز مقرر شده است که شهادت، توان تعارض با سند رسمی و حتی سند عادی معتبر را ندارد، حال آنکه یکی از شرایط تعارض، حجیّت داشتن و معتبر بودن دو دلیل است؛ بنابراین، سند نه تنها حجیّت دارد، حتی در صورت تعارض با شهادت، بر این دلیل رجحان دارد.

گفتار سوم: تعارض کتابت با سوگند

در اینجا ابتدا یک روایتی را ذکر می‌کنیم که از امام صادق (ع) نقل شده است که فرمود: در کتاب علی (ع) آمده است که پیامبری از پیامبران به درگاه الهی شکوه نموده عرضه داشت: پروردگارا چگونه در مورد چیزی که ندیده‌ام و شاهد نبوده‌ام قضاوت کنم؟ خداوند به او وحی کرد: در میان مردم بر اساس کتاب من حکم کن و آنان را به نام من سوگند بده و فرمود: این برای کسی است که بی‌بینه‌ای به نفع او اقامه نشده باشد.^۳

ذیل این روایت به وضوح دلالت می‌کند که با وجود بی‌بینه نوبت به قسم نمی‌رسد. در حدیث دیگری نیز آمده است که هرگاه دو نفر برای اقامه دعوی به نزد پیامبر اکرم (ص) می‌رفتند، آن حضرت از مدّعی می‌پرسید: آیا دلیلی داری؟ اگر مدّعی بی‌بینه‌ای که مورد قبول و شناخت پیامبر (ص) اقامه می‌کرد، حضرت به نفع او و به ضرر مدّعی علیه حکم می‌نمود و اگر بی‌بینه‌ای نمی‌داشت مدّعی علیه به خداوند قسم یاد می‌کرد که نه آنچه مدّعی می‌گوید و نه هیچ چیز جزئی از آن بر عهده‌ی وی نمی‌باشد.^۴

این حدیث نیز دلالت دارد که فقط در صورت فقدان بی‌بینه، از سوگند استفاده می‌شود. علاوه بر اینها به روایت دیگری هم استناد شده است.

همچنین با مراجعه به کلمات فقهای تشیع ملاحظه می‌شود که در مقایسه‌ی بی‌بینه (به معنی شهادت دو نفر عادل) و قسم، بینه را قوی دانسته‌اند. بر این اساس و با توجه به

۱. ناصر، کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، جلد ۲، همان، ص ۶۲.

۲. عبدالله، شمس، آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، همان، ص ۲۴۷.

۳. احمد بن محمد مهدی، نراقی، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، جلد ۱۷، همان، ص ۲۰۱.

۴. محمد، حسین شیرازی، الفقه، جلد ۸۴، همان، ص ۳۲۴.

آنچه پیش از این دو اقوی بودن سند رسمی یا معتبر نسبت به بینه و در نتیجه تقدیم سند مزبور بر بینه اثبات گردید می‌توان نتیجه گرفت که سند رسمی یا معتبر به طریق اولی بر قسم مقدم است.

لذا بعضی از سخنان فقها را جهت روشن شدن مطلب ذکر می‌کنیم:

۱- محقق نراقی صاحب کتاب «مستند الشیعه» با صراحت می‌گوید: یکی از قواعد مسلم این است که شهادت و سوگند با هم جمع نمی‌شوند بلکه سوگند مدعی علیه زمانی است که مدعی، بینه‌ای (شهادت دو نفر عادل) اقامه نکرده باشد و نتیجه می‌گیرد که: «فالبینه مقدمه علی الیمین و الیمین بعد عدم البینه»^۱ بینه بر سوگند مقدم است و سوگند در صورت نبودن بینه است؛ بنابراین، مادامی که بینه وجود دارد نوبت به سوگند نمی‌رسد و همین امر دلیل بر اقوی بودن بینه از سوگند است. پس از این، محقق نراقی به استدلال برای اثبات این مطلب با استناد به روایات می‌پردازد و در پایان تأکید می‌کند که این قاعده به عقیده‌ی فقهای شیعه در تمامی دعاوی اعم از مالی و غیر مالی جاری می‌شود.^۲

۲- قاضی ابن البراج نیز استناد به قسم را در رتبه بعد از شهادت و در صورت فقدان آن می‌داند.^۳

۳- علامه حلی هم در موارد متعددی به چنین مطلبی تصریح کرده است.^۴ در یکی از موارد پس از آنکه جایگاه قسم را پایین تر از شهادت و در حالت فقدان آن می‌داند اضافه می‌کند که فقهای بزرگ امامیه همچون شیخ طوسی در کتاب «النهایه»^۵ «الخلاف»^۶ «المبسوط»^۷ «ابن البراج»^۸ و «ابن ادریس»^۹ نیز چنین گفته‌اند.^{۱۰} شبیه این تعبیرات در کلمات فقهای معاصر نیز دیده می‌شود:

۱. احمد بن محمد مهدی، نراقی، همان کتاب، ص ۲۰۱.

۲. همان، صص ۲۰۱-۲۰۲.

۳. عبدالعزیز، القاضی ابن البراج، جواهر الفقه، چاپ اول، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۱ ه.ق، ص ۱۷۶.

۴. جعفر بن الحسن، حلی، قواعد الاحکام، جلد ۳، چاپ اول، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۱۸۰.

۵. محمد بن الحسن، طوسی، النهایه، بیروت: دارالکتب العربیه، ۱۳۹۰ ه.ق، ص ۴۳۲.

۶. محمد بن الحسن، طوسی، النهایه، همان، ص ۲۵۰.

۷. محمد بن الحسن، طوسی، المبسوط، جلد ۲، همان، ص ۲۳۶.

۸. عبدالعزیز، القاضی ابن البراج، المذهب، جلد ۲، همان، ص ۶۹.

۹. محمد بن منصور بن احمد بن ادریس، حلی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد ۲، چاپ دوم، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۴۲۱.

۱۰. حسن بن یوسف بن مطهر، حلی، مختلف الشیعه، جلد ۵، چاپ اول، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۵ ه.ش، ص ۴۲۱.

یکی از فقه‌های معاصر در عبارتی صریح‌تر و گویاتر می‌نویسد: نسبت سوگند به یتنه همان نسبت اصل عملی به اماره است. در واقع قانونگذار اسلام برای فصل خصومت به هنگام فقدان دلیلی که قاضی را به واقع برساند راه حلی ابتکار کرده که همان استناد به سوگند است. واضح است که با وجود دلیل، موضوع اصل عملی (که شک در واقع است) از بین می‌رود (و در نتیجه با وجود یتنه که مانند اماره است، به سوگند که مانند اصل عملی است نوبت نمی‌رسد).^۱

در ماده ۲۷۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی آمده است: «در کلیه دعاوی مالی و سایر حقوق الناس از قبیل نکاح، طلاق، رجوع در طلاق، نسب، وکالت و وصیت که فاقد دلایل و مدارک معتبر دیگر باشد، سوگند شرعی به شرح مواد آتی می‌تواند ملاک و مستند صدور حکم دادگاه قرار گیرد». تعبیر «فاقد دلایل و مدارک معتبر دیگر باشد» به وضوح گویای این است که با وجود دلایل، نوبت به قسم نمی‌رسد و در نتیجه هرگاه مدعی با استناد به یکی از دلایل مزبور، ادعای خود را ثابت کند دعوی خاتمه یافته و منکر نمی‌تواند با قسم دلیل او را رد کرده و سخن خود را ثابت نماید و این همان معنای تقدم دیگر ادله‌ی اثبات دعوی بر قسم است.

مطلب دیگری که از ماده‌ی فوق استفاده می‌شود آن است که قسم فقط در دعاوی مالی و غیر مالی که از قبیل حقوق الناس باشند قابل استناد است ولی در حق‌الله و حدود الهی قابل استناد نبوده، چیزی را اثبات نمی‌کند همانگونه که ماده ۲۸۰ قانون مزبور به صراحت می‌گوید: «در حدود شرعی حق سوگند نیست مگر در سرقت که فقط نسبت به جنبه‌ی حق‌الناسی آن، ثابت است ولی حد سرقت با آن سوگند ثابت نخواهد شد».

بدین ترتیب ابهامی باقی نمی‌ماند که در صورت تعارض سند رسمی یا معتبر با قسم بدون شک تقدّم با سند است بلکه دیگر ادله‌ی اثبات دعوی نیز همچون کتابت معتبر از دیدگاه حقوق ایران بر قسم مقدم می‌باشند.^۲

نتیجه آنکه حقوق ایران و فقه شیعه در این خصوص هم عقیده‌اند که به هنگام تعارض سند معتبر با قسم، سند مقدم می‌شود و اصولاً این مطلب علاوه بر مبانی شرعی بر مبنای عقلایی استوار است و لذا مورد قبول نظام‌های حقوقی غیر دینی نیز می‌باشد و بدین ترتیب سوگند از حیث اهمیت و قوّت اثبات در مرحله‌ای پایین‌تر از سایر ادله‌ی اثبات

۱. جعفر، سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الاسلامیة النراء، جلد ۱، چاپ اول، قم: موسسه امام صادق

۲. ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۳۸۲.

۲. سید محسن، صدر زاده افشار، همان کتاب، ص ۸۶.

دعوی از جمله کتابت قرار می‌گیرد که لازمه‌ی قهری آن تقدّم ادله‌ی مزبور بر قسم می‌باشد.

گفتار چهارم: تعارض کتابت با سند کتبی دیگر

تعارض بین اسناد در سه حالت قابل بررسی می‌باشد که عبارتند از:

۱- تعارض سند عادی با سند عادی

ممکن است در مواردی بین دو سند عادی تعارض محقق شود. برای مثال ممکن است شخص الف به استناد سند عادی، مدّعی خرید ملکی معین که فاقد سابقه ثبتی است، از شخصی خاص بوده و در نتیجه مدّعی مالکیت آن باشد و در مقابل شخص ب نیز با سند عادی دیگر، مدّعی خرید ملک مزبور از شخصی دیگر و در نتیجه مدّعی مالکیت در همان ملک باشد. در این موارد به لحاظ ارزش اثباتی برابر هر دو دلیل و اعتبار قانونی یکسان آنها، باید قائل به تساقط هر دو سند بوده و رسیدگی را با استناد به سایر ادله و در فرض نبود سایر ادله باید مطابق اصول علمیه ادامه داد. بنابراین در مثال مذکور شرایط چهارگانه تحقق تعارض وجود داشته و لذا اسناد عادی مذکور در تعارض با یکدیگر قرار دارند. بنابراین فرض تحقق تعارض بین دو سند عادی محال نمی‌باشد و در این موارد به واسطه عدم امکان ترجیح بالمرّجّح، هر دو سند عادی، ساقط و مطابق سایر ادله به دعوی رسیدگی خواهد شد.

۲- بررسی تعارض سند رسمی با سند رسمی

بر خلاف امکان تحقق تعارض بین دو سند عادی، فرض تحقق تعارض بین دو سند رسمی متصور نمی‌باشد و در موارد تقابل دو سند رسمی، باید همواره مطابق قواعد مسلّم حقوقی، پس از تشخیص اعتبار یکی از دو سند معارض مطابق قواعد حقوقی، بایستی مطابق آن عمل نمود به عبارت دیگر بایستی طبق سند معتبر عمل نمود نه مطابق سند نامعتبر. چرا که تاریخ مندرج در اسناد رسمی همواره و حتی در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد بوده و به همین جهت در نهایت، حتی با عدم امکان اعمال سایر مقررات، می‌توان حسب مورد سند، مقدّم یا مؤخّر را معتبر دانست. عدم اعتبار یکی از دو سند رسمی استنادی، ممکن است از دو طریق اثبات گردد. یکی از طریق اثبات جعلی بودن سند مزبور و دیگر از طریق اثبات بطلان یا عدم اعتبار معامله مندرج در یکی از آنها به جهتی از

جهات قانونی (مانند بطلان بیع در اثر عدم مالیت مبیع، عدم مالکیت مبیع و عدم تنفیذ مالک و سایر موارد)، که در صورت اثبات یکی از این امور، دلیل مذکور غیر قابل استناد بوده و قابلیت تعارض با سند دیگر را نخواهد داشت. بنابراین دو سند رسمی هیچ گاه در تعارض مستقر و جامع الشرایط با یکدیگر قرار نمی گیرند، زیرا همواره قواعدی وجود دارد که پیشاپیش عدم اعتبار یکی از دو سند یا تعهدات مندرج در آن را اثبات و در نتیجه سند مذکور را غیر قابل استناد می سازد.^۱

۳- بررسی تعارض سند رسمی با سند عادی

در مواردی که اسناد یکی از طرفین رسمی و سند طرف مقابل عادی باشد، اصولاً تعارض مستقر موضوع واحد قابل تصور نمی باشد؛ زیرا از یک طرف به استناد مواد ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت، کلیه معاملات راجع به عین، منافع و حقوق ثبت شده باید به ثبت برسد و اسناد عادی توانایی اثبات آن موضوعات را نخواهد داشت به عبارتی دیگر، حقی که قبلاً با تنظیم سند رسمی ثبت شده است، انتقال و هر گونه معامله نسبت به آن باید با سند رسمی صورت گیرد، و الا سندی که ثبت نشود مطابق ماده ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت، در محاکم پذیرفته نخواهد شد. بنابراین در این موارد، سند عادی مستقیماً فاقد قدرت اثباتی و حجیت بوده و لذا قابل تعارض با سند رسمی نمی باشد.

البته این بدان معنا نیست که در چنین شرایطی همواره باید دارنده سند عادی را مغلوب نهایی دعوی بدانیم، بلکه دارنده سند عادی می تواند با استفاده از طرق مختلف، مثلاً با اثبات عدم اعتبار معامله مندرج در سند رسمی که نزد ثالث موجود است و یا اثبات تعهد مالک به انجام تشریفات تنظیم سند رسمی، به استناد سند عادی تقاضای الزام مالک به تنظیم سند رسمی را بخواهد. به وضوح روشن است که اثبات مالکیت، موضوعی متفاوت از اثبات بطلان معامله و یا اثبات تعهد به تنظیم سند رسمی می باشد و لذا در این موارد نیز به واسطه عدم وحدت موضوع، تعارض بین سند رسمی و عادی متصور نمی باشد.^۲

۱. مهدی، شهیدی، جزوه حقوق مدنی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، بی تا، ص ۸۸.

۲. فرج الله، قربانی، مجموعه آراء وحدت رویه دیوان عالی کشور (جزایی)، چاپ پنجم، تهران: فردوسی، ۱۳۸۶، صص ۲۲۸-۲۲۲.

گفتار پنجم: تعارض کتابت با علم قاضی

به موجب ماده ۱۳۳۵ ق.م. اصلاحی سال ۱۳۷۰ ش. و ماده ۲۷۱ ق.آ.د.م. یکی از شرایط استناد به سوگند، فقدان ادله‌ی دیگر است. ماده ۱۳۳۵ ق.م. در این زمینه مقرر می‌دارد: «توسل به قسم وقتی ممکن است که دعوای مدنی نزد حاکم به موجب اقرار یا شهادت یا علم قاضی بر مبنای اسناد ثابت نشده باشد». ارجاع به سوگند زمانی مفید واقع می‌شود که ناامیدی از اثبات یا احتمال شکست در دعوی چیره باشد و امید به ندای وجدان خواننده و فشار نیروهای اخلاقی و مذهبی جایگزین اثبات منطقی شود.^۱ به همین منظور، قانونگذار به مدعی اجازه داده است تا در صورتی که برای اثبات ادعای خود دلیل و مدرک معتبری نداشته باشد، به عنوان آخرین راه حل از مدعی‌علیه درخواست سوگند نماید

برابر این ماده (۱۳۳۵ ق.م.)، شرط فقدان ادله در صورتی محقق می‌شود که مدعی برای اثبات ادعای خود، دلیل یعنی اقرار یا شهادت یا علم قاضی بر مبنای اسناد نداشته باشد. به این ترتیب، ظاهراً این ماده، ادله‌ی اثبات به جزء سوگند را منحصر به اقرار، شهادت و علم قاضی دانسته و سند را در شمار ادله‌ی اثبات نیاورده است. منتهی در ضمن علم قاضی، از سند نیز نام برده و از تعبیر علم قاضی بر مبنای اسناد استفاده کرده است. به این صورت که ابتدا به دلیل (علم قاضی) اشاره می‌کند و سپس مستند بودن این علم به سند را به عنوان شرط اعتبار آن بیان می‌کند؛ پس سند به عنوان دلیل حجیت ندارد، بلکه صرفاً می‌تواند مقدمه و مستند علم قاضی به شمار آید بنابراین برابر این ماده، دلیل اثبات، علم قاضی است و نقش سند صرفاً محدود به این است که مستند دلیل دیگری (علم قاضی) قرار گیرد و واضح است که مستند دلیل، دلیل شمرده نمی‌شود؛ در نتیجه، ذکر نشدن سند در کنار ادله‌ی دیگر از یک سو و استفاده از تعبیر علم قاضی بر مبنای اسناد به معنای خارج کردن دلیل (کتابت) از شمار ادله است.

برخلاف ماده ۱۳۳۵ ق.م. در قوانین مختلف از جمله قانون مدنی، قانون آیین دادرسی مدنی و قانون ثبت اسناد و املاک، نه تنها سند به عنوان دلیل مستقلی معرفی می‌شود بلکه سند رسمی و برخی از اسناد عادی بر قاضی تحمیل شده،^۲ و اختیار ارزیابی آن از

۱. ناصر، کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، جلد ۱، همان، ۳۰۸.

۲. علی اکبر، محمودی دشتی، ادله اثبات دعوی، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۷۳، ص ۲۲۲.

قاضی سلب گردیده است تا آنجا که از آن به عنوان ارزشمندترین،^۱ معتبرترین، کامل‌ترین، بهترین، مهمترین، رایج‌ترین^۲ دلیل و جزء قویترین ادله یاد شده است و حتی به تصریح بعضی، سند رسمی یا سند عادی که اعتبار آن در محکمه محرز شده است، بر دیگر ادله‌ی متعارض برتری دارد.

در نتیجه ماده ۱۳۳۵ ق.م. که می‌گوید سند به عنوان دلیل حجیت ندارد بلکه صرفاً می‌تواند مقدمه و مستند علم قاضی به شمار آید، با این قوانین که می‌گویند سند قویترین، رایج‌ترین و ... تعارض دارد. در تأیید تعارض کتابت با علم قاضی می‌توان گفت در متن ماده ۱۳۳۵ از عبارت علم قاضی بر مبنای اسناد سخنی به میان نیامده بلکه در راستای تطبیق این ماده با فقه پیش بینی شده چرا که مشهور فقهای امامیه قائل به بی اعتباری کتابت هستند^۳ این دسته از فقها معتقدند سند حجیت ندارد مگر موجب حصول علم برای قاضی شود تعدادی از فقهای معاصر حتی سند رسمی را بدون حصول علم برای قاضی حجت نمی‌دانند^۴ به این ترتیب، برابر این قول نیز سند دلیل شمرده نمی‌شود، بلکه علم قاضی دلیل است و سند صرفاً می‌تواند یکی از عوامل پیدایش علم برای قاضی باشد و این معنا همان چیزی است که ظاهر ماده ۱۳۳۵ بر آن دلالت دارد.

سرانجام با وجود اینکه مفاد ماده ۱۳۳۵ از پشتوانه قوی فقه برخوردار است اما نمی‌توان این استدلال را پذیرفت؛ زیرا اولاً معتبر دانستن سند مغایر نظر همه فقها نیست و گروهی از فقها سند را معتبر می‌دانند^۵ و برابر اصل چهارم قانون اساسی، لازم است قوانین مطابق شرع باشد، اما این به معنای آن نیست که همواره باید در قانونگذاری از نظر مشهور فقها پیروی شود، بلکه ممکن است در برخی موضوعات به دلایلی نظر غیر مشهور برگزیده شود. در خصوص سند نیز قانونگذار به دلیلی از جمله حفظ نظم اجتماعی از نظر غیر مشهور پیروی کرده است و این به معنای مغایرت با فقه نیست بنابراین سند جزء ادله به حساب آمده و هم چنین در ارتباط با تقابل علم قاضی با سند باید قابل به تفکیک شد زیرا بر اساس ماده ۱۳۲۴ قانون مدنی، علم قاضی ناشی از اماره قضایی در صورتی قابل استناد است که دعوا به شهادت شهود قابل اثبات باشد و با توجه به ماده ۱۳۰۹ همان قانون، در مقابل سند رسمی و مندرجات چنین اسنادی علم قاضی قابلیت استناد ندارد ولی

۱. عبدالمجید، قائم مقام فراهانی، ادله اثبات دعوی بین المللی و داخلی، تهران: عبدالمجید قائم مقام فراهانی، ۱۳۸۴، ص ۱۶۶.

۲. ابراهیم، ناصرشادباد، ادله اثبات دعوی، تبریز: یانار، آیدین، ۱۳۹۱، ص ۱۲۱.

۳. ابوجعفر محمد بن حسن، طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۸، همان، ص ۱۲۰.

۴. محمد، فاضل لنگرانی، جامع المسائل، جلد ۱، قم: انتشارات امیر قلم، ۱۴۲۸ ه.ق، ص ۴۸۰.

۵. احمد بن محمد، اردبیلی، مجمع الفائده و البرهان، همان، ص ۹۶.

در سایر اسناد عادی چون این اسناد مفید علم نوعی بوده بنابراین علم قاضی مقدم بر آن است و منعی از طرف قانون در این مورد وارد نشده است.

گفتار ششم: تعارض کتابت با امارات قانونی

مطابق قواعد مسلم علم اصول و علم حقوق، در هنگام تعارض یکی از ادله‌ی خاصّ (سند) با یکی از امارت، باید دلیل به معنای خاصّ (سند) را بر اماره مقدم دانست و این امر مورد اتفاق اکثر اصولیین و حقوقدانان می‌باشد.

مقصود از دلیل، نصّ قانونی است که بر مدلول خود دلالت دارد و توسط قانون، إحصاء و بر اعتبار آن حکم گردیده است و إفتاء اطلاق آن قانونی است اما اماره، علامت و نشانه و یا قرینه از موضوعی است (نفیاً یا اثباتاً) که تشخیص آن بر بنای عرف و یا فرهنگ و دیگر شرایط محل با قاضی است که اصولاً حجت این تشخیص محتمل است نه مطمئن. لذا با وجود حکم و نصّ صریح قانونی و اطمینان آور، امر محتمل فاقد اعتبار است مثلاً سند رسمی مالکیت، دلیل مالکیت صاحب سند است ولی تصرف اماره مالکیت است (ماده ۳۵ ق.م) که با وجود سند رسمی، اماره‌ی مالکیت فاقد ارزش است لذا دلیل مقدم بر اماره است اما یک سری امارات قانونی وجود دارند که خود قانون آنها را دلیل بر امری قرار داده مثل امارات مذکور در مواد ۱۰۹، ۱۱۰۰، ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق.م.ا. ذکر این نکته ضروری است، اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده است در صورتی قابل استناد است که دعوی به شهادت شهود قابل اثبات باشد و یا ادله‌ی دیگر را تکمیل کند.

در همین راستا ماده ۱۳۲۳ ق.م. بیان می‌دارد: «امارات قانونی در کلیه‌ی دعاوی معتبر است، مگر آنکه دلیل بر خلاف آن موجود باشد». از آنجا که دلیل در ماده مذکور، مطلق به کار رفته است، لذا هر نوع دلیلی قابلیت غلبه بر امارات قانونی را دارد، خواه دلیل مذبور، اماره قضایی و خواه اقرار یا سند و یا سایر ادله باشد. البته نباید از اطلاق دلیل در ماده مذکور چنین استفاده شود که اصول عملیه نیز توان غلبه بر امارات قانونی را دارند؛ چرا که ماده مذکور را باید با توجه به قواعد و اصول مسلم حقوقی تفسیر نماییم و لذا به استناد قاعده «أَصْلُ دَلِيلٍ حَيْثُ لَا دَلِيلٌ»، باید امارات قانونی را مقدم بر اصول عملیه دانست.

بعلاوه در ترتیب ادله‌ی مذکور در قانون مدنی، اسناد مقدم بر امارات قانونی نقل شده‌اند و همانطور که بیان گردید این ترتیب اتفاقی نبوده و بلکه حاکی از ارزش اثباتی بیشتر و تقدم سند بر اماره‌ی قانونی می‌باشد. بنابراین چنانچه در دعاوی مالکیت بر ملکی، خواهان با ارائه‌ی سند رسمی مدعی مالکیت ملک مزبور شود و در مقابل، خواننده به

تصرف خود استناد نماید در این صورت باید سند خواهان را بر آماره‌ی تصرف خوانده مقدّم دانست.^۱

در اینجا می‌توان به استفتائی از آیت الله مکارم شیرازی در باره تعارض کتابت با آماره در مسأله‌ی «۴۹۶» اشاره نمود:

آیا قاضی در زمان فعلی می‌تواند به اسناد رسمی اعتماد نموده و آنها را مستند حکم خود قرار دهد:

الف) اوضاع و احوال و اماراتی وجود دارد که عرفاً باعث اعتماد به تنظیم‌کنندگان این اسناد و نیز باعث اعتماد به اسناد رسمی می‌شود مانند وجود مجازاتهای حقوقی و کیفری برای سردفتران متخلف، وجود بازرسان دائمی که دفاتر اسناد رسمی را بازرسی می‌نمایند و از طرفی سردفتران برای اعتماد نمودن مراجعین به آنها دقت زیادی در کار خود به خرج می‌دهند.

ب) قسمت اعظم روابط حقوقی و اقتصادی مردم و مسائل قضایی بر مبنای اسناد رسمی قرار گرفته به طوری که بدون وجود این اسناد (مانند شناسنامه، سند ازدواج، اسناد مالکیت زمین، خانه، اتومبیل و امثال آن) این قسم از نظام معیشتی جامعه مختل می‌گردد. جواب: امضای کتبی، حکم انشای لفظی را دارد؛ بنابراین اسناد معتبر فعلی حجت است.^۲

بنابراین می‌توان نتیجه گرفت در هنگام تعارض کتابت با یکی از امارت، باید دلیل به معنای خاص (سند) را بر آماره مقدّم دانست و این امر مورد اتفاق اکثر فقها و حقوقدانان می‌باشد.

گفتار هفتم: راه حل‌های ویژه تعارض

۱- تقدّم دلیل مدّعی

این فرضیه و راه حل، ریشه در دیدگاه عده‌ای از فقها دارد که به استناد قاعده «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمَدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»، عقیده بر آن دارند که دلیل از منکر پذیرفته نمی‌شود. این گروه از فقها استدلال می‌کنند که چون وظیفه منکر ارائه‌ی دلیل نمی‌باشد،

۱. محمد رضا، زندی، رویه دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران در امور مدنی - ادله اثبات دعوی، چاپ دوم، بی جا: جنگل، ۱۳۸۹، ص ۳.

۲. ناصر، مکارم شیرازی، استفتاءات جدید (مکارم)، جلد ۱، همان، صص ۱۴۵-۱۴۴.

حتی چنانچه دلیلی هم ارائه دهد، از وی پذیرفته نخواهد شد.^۱ لذا از نظر این گروه، اساساً بین مدّعی و مدّعی علیه (منکر) تعارض وجود نخواهد داشت؛ زیرا از مدّعی علیه بینه قبول نمی‌شود بلکه بینه بر عهده مدّعی است.

۲- تقدّم بر اساس ماهیت

این فرضیه و راه حل بدان معنا است که ابتدا باید تعیین نمود که ادله استنادی از نوع اماره می‌باشند یا از نوع دلیل به معنای خاص؛ پس از تعیین ماهیت آنها دیگر مشکلی پیش نمی‌آید و دلیل به معنای خاص را مقدّم بر اماره می‌دانیم. علی‌رغم آنکه کلیت اعمال این راه حل مورد پذیرش بوده و محل اختلاف نمی‌باشد، اما اعمال انحصاری آن با ایراداتی مواجه است. اول آنکه در خصوص ماهیت بعضی ادله از قبیل کارشناسی اختلاف نظر وجود دارد. ثانیاً تعارض ادله، الزاماً بین ادله خاص و اماره روی نخواهد داد و ممکن است دو اماره و یا دو دلیل به معنای خاص با هم تعارض داشته باشند. در چنین مواردی که ماهیت دو دلیل یکسان است، تکلیف چیست؟ آیا باید قائل به تساقط، تخییر و یا راه حل دیگری بود؟^۲

۳- ترتیب قانونی

مطابق این فرضیه، ترتیب ادله اثبات دعوی در قانون مدنی اتفاقی نمی‌باشد، بلکه بر مبنای میزان بیشتر ارزش اثباتی‌ای است که بر ادله بعدی داشته‌اند. لذا بر اساس ترتیب مذکور، اقرار بر سایر ادله مقدّم و پس از آن سند بیشترین ارزش اثباتی را داشته و سپس شهادت، اماره و سوگند بر یکدیگر مقدّم هستند، به طوری که سوگند کمترین ارزش اثباتی را دارا می‌باشد.^۳

در مقام نقد این نظر، نکته آنکه چنانکه ترتیب مذکور در قانون مدنی صرفاً بر اساس «ارزش اثباتی» می‌بود و «قدرت اثباتی» در آن نقشی نداشت، چنین فرضیه‌ای کاملاً صحیح می‌نمود. زیرا «ارزش اثباتی» ادله‌ای است که در مقام تعارض دو دلیل، تقدم و تأخر دو دلیل متعارض را تعیین می‌نماید. در حالیکه در ترتیب مذکور در قانون مدنی، سوگند تنها به واسطه قدرت اثباتی کمتر نسبت به دلایل پیشین در آخر ذکر گردیده است.

۱. محمد باقر، صدر، علم اصول، مترجم: نصرالله حکمت، چاپ دوم، تهران: امیرکبیر، ۱۳۶۴، ص ۴۶۹.

۲. ابوالحسن، محمدی، همان کتاب، ص ۲۷۱.

۳. محمد رضا، بندرچی، ارزش سند رسمی، مجله دادرسی، شماره ۴۱، ۱۳۸۲، ص ۳۰.

توضیح آنکه «قدرت اثباتی» سوگند بسیار محدود می‌باشد، لیکن هرگاه نوبت به سوگند برسد، سوگند «ارزش اثباتی» فراوان داشته و قاطع دعوی می‌باشد. آنچه در تعیین تقدّم و تأخّر دو دلیل مؤثر است ارزش اثباتی دلایل می‌باشد و نه قدرت اثباتی. اگر یکی از دو دلیل فاقد قدرت اثباتی در موضوع دعوی باشد اصلاً تعارض وجود ندارد، تا چه رسد به آنکه بخواهیم به دنبال تعیین دلیل مقدّم باشیم.^۱

با این وجود نمی‌توان اهمیت ترتیب قانونی دلایل مذکور در قانون مدنی را حداقل در چهار دلیل نخست (اقرار، اسناد، شهادت و امارات) انکار نمود.

با تصویب قانون آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۷۹ این سوال مطرح می‌شود که آیا در خصوص این قانون نیز، ترتیب ادله بر اساس ارزش اثباتی آنها رعایت شده است یا خیر؟ با توجه به آنکه قانون آیین دادرسی مدنی مبحث مستقلی را به امارات اختصاص نداده و از طرفی سه دلیل جدید کارشناسی، تهدیدات محلی و معاینه محل را در دو مبحث جداگانه مطرح نموده است، پاسخ به این سوال از اهمیت فراوانی برخوردار بوده و جایگاه امارات، کارشناسی، تحقیقات محلی و معاینه محل را در بین ادله مشخص می‌نماید.

قانون مدنی به ترتیب از پنج دلیل اقرار، اسناد، شهادت، امارات و سوگند نام برده است که ترتیب بین آنها (به استثناء سوگند که امکان تعارض آن با سایر ادله وجود ندارد).^۲ منطقی به نظر می‌رسد و هر یک از آنها نسبت به ما بعد خود ارزش اثباتی بیشتری در اقناع قاضی دارد. در حالیکه قانون آیین دادرسی مدنی به ترتیب از هفت دلیل شامل اقرار، اسناد، گواهی (شهادت)، معاینه محل و تحقیق محلی، کارشناسی و سوگند نام برده است که به نظر می‌رسد جایگاه امارات نیز مشخص نشده است. لذا ترتیب مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی بنا به دلایلی صحیح نبوده و این امر را می‌توان از ایرادات قانون مذکور دانست، مگر آنکه اساس ترتیب مذکور امر دیگری باشد.

بهتر بود قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، به ترتیب اقرار، اسناد، شهادت، شهود، کارشناسی، معاینه محل، تحقیق محلی، امارات و سوگند را مطرح می‌نمود تا اولاً جایگاه هر دلیل و از جمله امارات و کارشناسی در وضعیت کنونی مشخص گردد، ثانیاً، با توجه به راه حل اتخاذی برای تعارض ادله، بتوان از ترتیب مذکور در عمل و در موارد لزوم، تا حد امکان استفاده نمود. ترتیب پیشنهادی مذکور در فوق، همان ترتیب مقرر در قانون مدنی است، با این تفاوت که سه دلیل جدید کارشناسی، معاینه محل، و تحقیق محلی را می‌توان به ترتیب در بین شهادت و امارات جای داد.

۱. محمد رضا، زندی، همان کتاب، ص ۴۴.

۲. عبدالرزاق احمد، السنهوری، همان کتاب، ص ۱۰۱.

۴- حکم قانونی

مطابق این راه حل^۱ و فرضیه، میزان ارزش و قدرت اثباتی هر دلیل را قانون معین نموده و خود قانون نیز مشخص کرده است که در مقام تعارض دو دلیل، ارزش اثباتی کدامیک بیشتر و در نتیجه مقدم می‌باشد.

این راه حل در «نظام قانونی دلایل» طرفداران فراوانی داشته و در حقوق ما نیز بعضی ادله از جمله اقرار، اسناد، اماره قانونی و سوگند چنین وضعیتی دارند. این فرضیه را نباید با فرضیه «ترتیب قانونی» یکی دانست؛ زیرا در فرضیه ترتیب قانونی صرفاً به نحوه ترتیب، تقدم و تأخر ادله در متن قانون توجه می‌شود، اما در فرضیه حکم قانونی ممکن است دلیلی که در انتهای قانون ذکر شده است (مانند سوگند)، به حکم قانون ارزشی بیش از دلیل مقدم‌الذکر داشته باشد.^۱

۵- اقناع قاضی

این فرضیه و راه حل^۲ در نظام دلایل آزاد (نظام ادله اخلاقی) طرفداران فراوانی داشته که بر آن اساس، ترتیب و تقدم و همچنین میزان ارزش اثباتی هر دلیل، با توجه به میزان قناعت وجدانی‌ای که بر قاضی ایجاد می‌کند، تعیین می‌گردد. لذا مطابق این راه حل ممکن است در یک دعوی سند مقدم بر شهادت، و در دعوایی دیگر شهادت مقدم بر سند قرار گیرد و در هر حال این وجدان قاضی است که ارزش هر دلیل را بر هر مورد خاص تعیین می‌کند. از جمله اموری که مؤثر در قناعت وجدان قاضی می‌باشد می‌توان از اوضاع و احوال و قرائن موجود در پرونده، ماهیت ادله، تعدد ادله استنادی و مرجحاتی که ممکن است در هر خصوص وجود داشته باشد، نام ببرد.^۲

استفاده از این راه حل به شکلی مطلق، در نظام حقوقی ما پذیرفته نمی‌باشد؛ زیرا در خصوص بعضی ادله، قانونگذار ارزش اثباتی آنها را مشخص نموده است. برای مثال در ماده ۲۰۲ ق.آ.د.م. ارزش اقرار، مستنبط از ماده ۱۳۰۹ ق.م. ارزش اسناد، در ماده ۱۳۲۳ ق.م. ارزش امارات و در مواد ۱۳۳۵ ق.م. و ۲۷۱ ق.آ.د.م. ارزش سوگند مشخص شده است و لذا قضات در موارد مذکور مکلف به رعایت مدلول اقرار، اسناد، اماره قانونی و سوگند بوده و اقناع قاضی در ارزیابی ارزش ادله‌ی مذکور هیچ نقشی ندارد. بلکه این صحیح است که قاضی در تشخیص و تعیین وجود شرایط اقرار، اسناد، اماره قانونی و سوگند

۱. ابوالقاسم، موسویخویی، مصباح الاصول، جلد ۳، همان، صص ۳۷۶-۳۷۲.

۲. حسن، امامی، همان کتاب، ص ۹۵.

دخالت دارد، اما پس از تشخیص آنکه ادله مذکور به نحو صحیح و با تمام شرایط آن محقق است، مکلف به ترتیب اثر دادن به آن می باشد. به همین دلیل چهار دلیل مذکور را «ادله قانونی» (تحمیلی، تبعدی) نامیده ایم.

۶- تعدّد ادله

مطابق این فرضیه هریک از طرفین دعوی که در موضوع واحد، ادله‌ی بیشتری ارائه نماید، این تعدّد ادله علی‌الاصول سبب اقناع بیشتر قاضی گردیده و ارزش اثباتی بیشتری را در ذهن قاضی ایجاد نماید و در نتیجه دلایل او مقدّم خواهد بود. برای مثال چنانچه خواهان به استناد سندی عادی اقامه دعوی نموده و در مقابل خوانده نیز به معاینه محل، اماره قضایی و تحقیق محلی استناد نماید، مطابق این فرضیه باید ادله خوانده که از لحاظ تعداد بیشتر می باشند را بر تنها دلیل خواهان، مقدم دانست.^۱

۱. عبدالرسول، دبّانی، ترتیب دلایل بین مستندات حکم قاضی، مجله دادرسی، ۱۳۸۱، شماره ۳۱.

منايع و مأخذ

* قرآن كريم.

- ١- آخوند خراساني، محمد كاظم، كفاية الاصول، چاپ سوم، قم: مؤسسه نشر اسلامي، ١٤١٥ هـ.ق.
- ٢-.....، حاشيه فرائد الاصول - كفاية الاصول، جلد ٢، قم: انتشارات بصيرتي، ١٣٧٤ هـ.ق.
- ٣- آل كاشف الغطاء، محمد حسين، تحرير المجله، تهران: مكتبة النجاش و مكتبة الفيروز آبادي، بي تا.
- ٤- ابراهيمي، قاسم، الاثبات القضائي - الكتابات، مجله فقه اهل بيت (ع)، قم: بي نا، ١٤٢٠ هـ.ق.
- ٥- ابن اثير، المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والاثار، چاپ چهارم، قم: اسماعيليان، ١٣٦٤ ش.
- ٦- ابن بابويه، محمد بن علي، من لا يحضره الفقيه، محقق: علي اكبر غفاري، جلد ٤، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٣.
- ٧- ابن بطال الركي، احمد بن محمد، النظم المستعذب في تفسير غريب الفاظ المهذب، جلد ١، بي جا: بي نا، ١٤٠٨ هـ.ق.
- ٨- ابن عابدين، محمد امين بن عمر بن عبدالعزيز، رسائل، جلد ٢، مصر: محمد هاشم الاكبتى، ١٣٣٥ هـ.ق.
- ٩-.....، الذر المختار و حاشية ابن عابدين، جلد ٥، بيروت: دار الفكر، ١٤١٢ هـ.ق.
- ١٠- ابن مرتضى، احمد بن يحيى، البحر الزخار، جلد ٤، بيروت: مؤسسه الرسالة، بي تا.
- ١١- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، جلد ١، بيروت: دار صادر، ١٩٩٧ م.
- ١٢- احمد الرزقا، مصطفى، الفقه الاسلامي في ثوب الجديد، چاپ هشتم، بي جا: بي نا، بي تا.
- ١٣- اردبيلي، احمد بن محمد، زبدة البيان، تهران: المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية، بي تا.
- ١٤-.....، مجمع الفائدة و البرهان، قم: مؤسسه نشر اسلامي، ١٤١٦ هـ.ق.
- ١٥- اصفهاني مجلسي دوم، محمد باقر بن محمد تقى، ملاذ الأخيار في فهم تهذيب الأخبار، جلد ١٠، قم: انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفى، ١٤٠٦ هـ.ق.
- ١٦-.....، مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول، جلد ٤، تهران: دار الكتب الإسلامية، ١٤٠٤ هـ.ق.
- ١٧- الرملی، شمس الدين محمد بن أبی العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، نهاية المهتاج الى شرح المنهاج، جلد ٤، بيروت: دار الفكر، ١٤٠٤ هـ.ق.

- ۱۸- السنهوری، عبد الرزاق احمد، الوسيط فی شرح القانون المدني، جلد ۲، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ۱۹۹۸م.
- ۱۹- الطريحي، فخرالدين، مجمع البحرين، جلد ۲، چاپ سوم، تهران: انتشارات مرتضوی، ۱۳۷۵ش.
- ۲۰- القاضي ابن البراج، عبدالعزيز، جواهر الفقه، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامي، ۱۴۱۱ ه.ق.
- ۲۱-، المهدب، جلد ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامي، ۱۴۰۶ ه.ق.
- ۲۲- المصطفوی، محمد كاظم، القواعد، چاپ هفتم، قم: مؤسسه نشر الاسلامي، ۱۴۲۹ ه.ق.
- ۲۳- انصاری، ابی یحیی، زکریا، الشافعی، غایة الاصول فی شرح لب الاصول، چاپ دوم، بی‌جا: قاهره، ۱۹۴۲م.
- ۲۴- امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد ششم، چاپ ۱۳، تهران: اسلامیه، ۱۳۸۹ش.
- ۲۵- انصاف پور، غلامرضا، فرهنگ کامل فارسی، چاپ اول، تهران: انتشارات زوار، ۱۳۷۳ش.
- ۲۶- انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، جلد ۴، چاپ پنجم، قم: انتشارات مجمع فکر الاسلامي، ۱۴۲۴ ه.ق.
- ۲۷-، المکاسب، تبریز: مطبعة الاطلاعات، ۱۳۷۶ ه.ق.
- ۲۸-، القضاء و الشهادات، چاپ اول، قم: المكتبة الفقيه، ۱۴۱۵ ه.ق.
- ۲۹- انصاری، محمدعلی، الموسوعة الفقهية الميسرة، جلد ۱، چاپ اول، قم: مجمع فکر اسلامي، ۱۴۱۵ ه.ق.
- ۳۰- انصاری و همکاران، مسعود، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد ۱، چاپ دوم، تهران: محراب فکر، ۱۳۸۴ش.
- ۳۱- انصاری الشافعی، ابی یحیی زکریا، غایة الاصول فی شرح لب الاصول، چاپ دوم، بی‌جا: قاهره، ۱۹۴۲م.
- ۳۲- انیس، ابراهیم {و دیگران}، المعجم الوسيط، چاپ پنجم، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامي، ۱۳۷۴ش.
- ۳۳- ایمانی، عباس، فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، چاپ اول، تهران: آریان، ۱۳۸۲ش.
- ۳۴- باختر، احمد، قانون امور حسبی در امور رویه‌ی قضایی، چاپ اول، تهران: جنگل، ۱۳۸۶ش.
- ۳۵- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة، جلد ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامي، ۱۴۰۸ ه.ق.
- ۳۶- بخاری، محمدبن اسماعیل، صحيح بخاری، جلد ۴، بیروت: دارالفکر، ۱۴۰۱ ه.ق.
- ۳۷- بکری الشافعی، ابوبکر، اعانة الطالبین علی حل الفاظ فتح المبین، جلد ۲، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
- ۳۸- بندر چی، محمد رضا، ارزش سند رسمی، مجله دادرسی، شماره ۴۱، ۱۳۸۲ش.
- ۳۹- بندر ریگی، محمد، فرهنگ جدید عربی - فارسی، ترجمه منجد الطلاب، چاپ چهارم، تهران: انتشارات اسلامي، ۱۳۷۶ش.
- ۴۰- بهبودی، محمدباقر، گزیده تهذیب، جلد ۳، تهران: انتشارات کویر، ۱۳۷۰ش.

- ۴۱- بیگدلی، محمد رضا، حقوق بین المللی عمومی، چاپ ۲۰، تهران: گنج دانش، بی تا.
- ۴۲- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، چاپ دوم، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۵ ش.
- ۴۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فرهنگ عناصر شناسی، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
- ۴۴-، مکتبهای حقوقی در اسلام، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰.
- ۴۵-، دائرة المعارف علوم اسلامی قضائی، جلد ۱، چاپ دوم، بی تا، بی تا.
- ۴۶-، ترمینولوژی حقوق، چاپ هفتم، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۴.
- ۴۷-، دانشنامه‌ی حقوقی، جلد ۴، چاپ اول، قم: انتشارات طه، ۱۳۶۹ ش.
- ۴۸- جمعی از نویسندگان، ادله اثبات دعاوی کیفری، چاپ اول، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۲ ش.
- ۴۹- جوادی آملی، عبدالله، تفسیر تسنیم، قم: مرکز نشر اسرار، بی تا.
- ۵۰- حائری یزدی، عبدالکریم، من درر الاصول و درر الفوائد، جلد ۲، قم: مطبعة مهر، بی تا.
- ۵۱- حجتی اشرفی، غلام رضا، مجموع قوانین اساسی-مدنی، چاپ اول، تهران: صحافی ایران، ۱۳۷۱ ش.
- ۵۲- حرّ عاملی، محمد بن الحسن بن علی، وسائل الشیعه، جلد ۲۷-۱۸، قم: موسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۳ ه.ق.
- ۵۳- حسینی، محمد باقر، تعارض ادله، چاپ اول، قم: انتشارات آیین احمد، ۱۳۸۸ ش.
- ۵۴- حسینی المرعشی، احمد بن عیسی، اجماعات فقه شیعه، جلد ۳، بی تا، بی تا.
- ۵۵- حسینی بهسودی، محمد، مصباح الاصول، تقریرات درس محقق خوئی، جلد ۲، نجف: مطبعة النجف، ۱۳۷۶ ه.ق.
- ۵۶- حسینی خامنه‌ای، سید علی، اجوبة الاستفتائات، چاپ دهم، تهران: انتشارات بین‌المللی الهدی، ۱۳۸۴ ش.
- ۵۷- حسینی شیرازی، محمد، الفقه، جلد ۸۴-۸۶، چاپ دوم، بیروت: دارالعلوم، ۱۴۰۹ ه.ق.
- ۵۸- حسینی عاملی، محمدجواد، مفتاح الکرامه، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث الاسلامی، بی تا.
- ۵۹- حسینی مراغی، میر فتح، العناوین، ج ۱، چاپ اول، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق.
- ۶۰- حسینی نژاد، حسینقلی، ادله ی اثبات دعوی، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۷۴ ش.
- ۶۱- حصیری، احمد، علم القضاء - ادله اثبات فی الفقه الاسلامی، جلد ۱، بیروت: دارالکتب العربی، ۱۴۰۶ ه.ق.
- ۶۲- حلی، محمد بن حسن (فخرالمحققین)، ایضاح الفوائد فی شرح القوائد، چاپ اول، قم: مطبعة العلمیه قم، ۱۳۸۷ ه.ق.

- ۶۳- حلی، محمد بن منصور بن احمد بن ادريس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد ۲، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ هـ.ق.
- ۶۴- حلی، أبو القاسم نجم الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع فی الفقه الامامیه، جلد ۱، تهران: قسم الدراسات الإسلامیة فی مؤسسه البعثه، ۱۴۰۲.
- ۶۵-.....، الشرايع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، قم: اسماعیلیان، بی تا.
- ۶۶-.....، ترجمه فارسی شرایع الاسلام، قم: مؤسسه نشر اسلامی، بی تا.
- ۶۷- حلی، جعفر بن الحسن، قواعد الاحکام، جلد ۳، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ هـ.ق.
- ۶۸-.....، مسالک الافهام، جلد ۱، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ هـ.ق.
- ۶۹- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تذکره الفقهاء، جلد ۲، تهران: المکتبه المرتضویه، بی تا.
- ۷۰-.....، تبصره المتعلمین، قم: المکتبه المرتضویه، ۱۴۱۸ هـ.ق.
- ۷۱-.....، تجارت قضاء و شهادت، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۷ هـ.ق.
- ۷۲-.....، مختلف الشیعه، جلد ۵، چاپ اول، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۵ هـ.ش.
- ۷۳- حمیتی واقف، احمد علی، ادله اثبات دعوی، چاپ اول، تهران: دانش نگار، ۱۳۸۷ ش.
- ۷۴- حیاتی، علی عباس، شرح قانون آیین دادرسی مدنی، چاپ اول، قم: سلسبیل، ۱۳۸۴ ش.
- ۷۵- خضری بیک، محمد، اصول فقه، چاپ دوم، بی جا: بی نا، بی تا.
- ۷۶- خطیب بغدادی، احمد بن علی، الفقه و المتفقه، بیروت: اسماعیل انصاری، ۱۴۰۰ هـ.ق.
- ۷۷- خوانساری، حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۳ هـ.ق.
- ۷۸- دسوقی مالکی، محمد، شرح الکبیر، جلد ۲، بی جا: بی نا، بی تا.
- ۷۹- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، ج ۲۰، تهران: چاپخانه دانشگاه تهران، ۱۳۴۱ ش.
- ۸۰- دیانی، عبدالرسول، ادله اثبات دعوی در امور مدنی و کیفری، چاپ سوم، تهران: تدریس، ۱۳۸۵ ش.
- ۸۱-.....، ترتیب دلایل بین مستندات حکم قاضی، مجله دادرسی، ۱۳۸۱ ش.
- ۸۲- دیلمی، احمد، بایسته های تفسیر قوانین، قم: دانشگاه قم، ۱۳۸۲ ش.
- ۸۳- رازی، فخرالدین، تفسیر الکبیر، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق، ۱۴۱۸ هـ.ق.
- ۸۴- راوندی، قطب الدین سعید بن هبة الله، فقه القرآن، جلد ۱، قم: مکتبه المرعشی النجفی، ۱۴۰۵ هـ.ق.
- ۸۵- رحیم، محمد حسین بن محمد، فصول فی الاصول، بی جا: خوانساری، بی تا.
- ۸۶- زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادله، جلد ۳، چاپ سوم، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۸ هـ.ق.
- ۸۷-.....، تفسیر المنیر، چاپ دوم، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۸ هـ.ق.
- ۸۸- زراعت، عباس، قواعد فقه مدنی، چاپ سوم، بی جا: بی نا، بی تا.
- ۸۹-.....، ادله اثبات دعوی، چاپ اول، تهران: بی نا، ۱۳۸۰ ش.
- ۹۰-.....، منابع آیین دادرسی، چاپ اول، تهران: بی نا، ۱۳۷۹، ص ۴۳۳.
- ۹۱- زرکلام، ستار، امضای الکترونیک، تهران: پیام، ۱۳۸۲ ش.

- ۹۲- زندی، محمدرضا، رویه دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران در امور مدنی، ادله اثبات دعوی، چاپ دوم، بی‌جا: جنگل، ۱۳۸۹ش.
- ۹۳- ساکت، محمد حسین، نهاد دادرسی در اسلام، چاپ اول، مشهد: آستان قدس رضوی، ۱۳۶۵ش.
- ۹۴- سبحانی، جعفر، نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الاسلامیة الغراء، جلد ۱، چاپ اول، قم: موسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۸ه.ق.
- ۹۵-، المؤجز فی اصول الفقه، چاپ دوم، قم: مؤسسه امام صادق، ۱۴۱۹ه.ق.
- ۹۶- سبزواری، عبدالاعلی، مواهب الرحمن فی تفسیر القرآن، جلد ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۴ه.ق.
- ۹۷- ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد ۳، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۸ش.
- ۹۸- سنگلجی، محمد، آیین دادرسی در اسلام، چاپ دوم، تهران: انتشارات طه، ۱۳۷۸ش.
- ۹۹- سیستانی، علی، منهاج الصالحین، جلد ۲، قم: مکتب السیستانی، ۱۴۱۵ه.ق.
- ۱۰۰- سیوری حلی، جمال الدین مقداد بن عبدالله، کنز العرفان فی فقه القرآن، جلد ۲، تهران: المکتبة المرتضویة، ۱۳۴۳ه.ق.
- ۱۰۱-، التنقیح الرائع، چاپ اول، قم: کتابخانه مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ه.ق.
- ۱۰۲- سیوطی، عبدالرحمن بن البکر، الاشياء و النظائر فی قواعد فروع فقه الشافعی، بیروت: دارالمعرفة، بی‌تا.
- ۱۰۳- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد اول، چاپ پنجم، تهران: میزان، ۱۳۸۲ش.
- ۱۰۴-، ادله اثبات دعوی، چاپ ششم، تهران: دراک، ۱۳۸۸ش.
- ۱۰۵- شهیدی، مهدی، جزوه حقوق مدنی، تهران: مجله کانون وکلاء، ۱۳۶۸ش.
- ۱۰۶- شیخ نیا، امیر حسین، ادله اثبات دعوی، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵ش.
- ۱۰۷- شیروانی، علی، نهج الفصاحة، چاپ سوم، تهران: دارالفکر، ۱۳۸۶، ص ۱۶۳ش.
- ۱۰۸- شیروی، عبدالحسین، نگاهی به قانون روابط موجر و مستاجر، بی‌جا: بی نا، ۱۳۸۷ش.
- ۱۰۹- صادقیان، ناد علی، اسناد الکترونیکی: شگفت آورترین رسانه ارتباط جمعی در عصر حاضر، بی‌جا: نشریه گنجینه اسناد، ۱۳۸۶ش.
- ۱۱۰- صدر، محمد باقر، علم اصول، مترجم: نصرالله حکمت، چاپ دوم، تهران: امیرکبیر، ۱۳۶۴ش.
- ۱۱۱-، دروس فی علم الاصول، ترجمه و شرح: رضا اسلامی، جلد ۳، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۰ش.
- ۱۱۲-، بحوث فی علم الاصول (تعارض فی ادله الشرعیة)، جلد ۴، چاپ دوم، بی‌جا: المکتبة الاسلامیة الکبری، ۱۳۹۶ه.ق.
- ۱۱۳-، حاشیه منهاج الصالحین، چاپ اول، تهران: امیرکبیر، ۱۳۹۶ه.ق.

- ۱۱۴- صدر زاده افشار، سید محسن، ادله ی اثبات دعوی، چاپ سوم، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۶ش.
- ۱۱۵- صفی پور، عبدالرحیم بن عبد الکریم، منتهی الارب فی لغة العرب، جلد ۴، بی جا: کتابخانه سنائی، بی تا.
- ۱۱۶- صمدانی، محمد حسین، مطالعه تطبیقی ادله اثبات دعاوی، چاپ اول، شیراز: کوشا مهر، ۱۳۹۰ش.
- ۱۱۷- طباطبائی، علی، ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث الاسلامی، ۱۴۰۴ه.ق.
- ۱۱۸- طباطبائی، محسن، حقائق الاصول، چاپ دوم، قم: مکتبه البصیره، بی تا.
- ۱۱۹-، مستمسک العروة الوثقی، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه، بی تا.
- ۱۲۰- طباطبایی بروجری، حسین، مترجمان: حسینیان قمی، مهدی - صبوری، منابع فقه شیعه، جلد ۳۰، تهران: انتشارات فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ه.ق.
- ۱۲۱- طباطبایی یزدی، محمد کاظم، العروة الوثقی (احکام اموات)، چاپ یکم، بیروت: مؤسسه الاعلمی، ۱۴۰۹ه.ق.
- ۱۲۲- طبرسی، ابوعلی فضل بن الحسن، مجمع البیان فی التفسیر القرآن، جلد ۲، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ه.ق.
- ۱۲۳- طبرسی، احمد بن علی، احتجاج علی اهل اللجاج، محقق: محمدباقر خراسان، مشهد: نشر مرتضوی، ۱۴۰۳ه.ق.
- ۱۲۴- طوسی، محمدبن الحسن، النهایه، بیروت: دارالکتب العربیه، ۱۳۹۰ ه.ق.
- ۱۲۵-، الميسوط فی فقه الامامیه، جلد ۲، چاپ دوم، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۷۸- ۱۳۹۳ ه.ق.
- ۱۲۶-، تهذیب الاحکام (تحقیق خراسان)، محقق: حسن موسوی خراسان، جلد ۹، تهران: دارالکتب اسلامیه، ۱۴۰۷ش.
- ۱۲۷- عبد الرحمان، محمود، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهيّة، جلد ۲، بی جا: بی نا، بی تا.
- ۱۲۸- عبداللّهی، محبوبه، دلیل الکترونیکی در نظام ادله اثبات دعوی، چاپ اول، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱ش.
- ۱۲۹- عظیمی، محمد، ادله اثبات دعوی، چاپ اول، بی جا: موسسه انتشارات هاد، ۱۳۶۹.
- ۱۳۰- عمروانی، رحمان، تعارض ادله ی اثبات دعوا، چاپ اول، تهران: فکرسازان، ۱۳۹۰ش.
- ۱۳۱- عمید، حسن، فرهنگ فارسی - عربی عمید، چاپ چهاردهم، تهران: امیرکبیر، ۱۳۵۹ش.
- ۱۳۲- غزالی (شافعی)، محمد بن محمد، المستصفی من علم الاصول، جلد اول، بیروت: شرکة دار الارقم بن ابی الارقم، ۱۱۱۹ه.ق.
- ۱۳۳- قائم مقام فراهانی، عبدالمجید، ادله اثبات دعوی بین المللی و داخلی، تهران: عبدالمجید قائم مقام فراهانی، ۱۳۸۴ش.

- ۱۳۴- قربانی، فرج الله، مجموعه آراء وحدت رویه دیوان عالی کشور (جزایی)، چاپ پنجم، تهران: فردوسی، ۱۳۸۶، صص ۲۲۸-۲۲۲.
- ۱۳۵- قرطبی، محمدبن احمد، الجامع لاحکام القرآن، بیروت: مؤسسه التاریخ العربی، ۱۴۰۵ه.ق.
- ۱۳۶- قمی، علی بن ابراهیم، تفسیر القمی، جلد ۱، قم: دارالکتاب، ۱۴۰۴، ص ۹۴.
- ۱۳۷- قمی، سید محمد حسین، ایضاح الکفایه، جلد ۶ چاپ دوم، قم: انتشارات نوح، ۱۳۷۹.
- ۱۳۸- قمی (شیخ صدوق)، محمدبن علی بن بابویه، من لایحضره الفقیه، جلد ۳، قم: دارالکتاب، ۱۴۰۵ه.ق.
- ۱۳۹- فاضل لنکرانی، محمد، جامع المسائل، جلد ۱، قم: انتشارات امیر قلم، ۱۴۲۸ ه.ق.
- ۱۴۰- تفصیل الشریعۃ فی شرح تحریر الوسیله، قم: انتشارات امیر قلم، ۱۴۲۸ه.ق.
- ۱۴۱- کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، چاپ ششم، تهران: میزان، ۱۳۸۳ش.
- ۱۴۲- اثبات و دلیل اثبات، جلد ۱-۲، چاپ پنجم، تهران: میزان، ۱۳۸۸ش.
- ۱۴۳- مقدمه‌ی علم حقوق، چاپ دهم، بی جا: بهنشر، ۱۳۶۸ش.
- ۱۴۴- کاظمی، فاضل جواد، مسالک الافهام الی آیات الاحکام، جلد ۳، تهران: انتشارات مرتضوی، ۱۳۶۵ش.
- ۱۴۵- کاظمی، محمد علی، فرائد الاصول - تقریرات درس محقق نائینی، جلد ۴، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۴ه.ق.
- ۱۴۶- کریمی، حسین، اصل الاصول، قم: انتشارات اشراق، ۱۳۷۵ش.
- ۱۴۷- موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی، چاپ اول، قم: شکوری، ۱۳۶۵ش.
- ۱۴۸- کلینی رازی، محمد بن یعقوب، اصول کافی، جلد ۲، تهران: دارالکتب اسلامی، ۱۳۸۸ش.
- ۱۴۹- گلدوزیان، ایرج، ادله اثبات دعوی، چاپ دوم، تهران: میزان، ۱۳۸۴ش.
- ۱۵۰- گیلانی (میرزای قمی)، ابوالقاسم بن محمدحسن، قوانین الاصول، جلد ۱، بیروت: مؤسسه فقه الشیعه، ۱۴۱۰ه.ق.
- ۱۵۱- ماوردی، علی بن محمد، الاقناع فی الفقه الشافعی، جلد ۳، تهران: احسان، ۱۳۸۱ش.
- ۱۵۲- ادب القاضی، جلد ۲، چاپ سوم، بی جا: بی نا، ۱۳۶۸ش.
- ۱۵۳- متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد ۲، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۷۸ش.
- ۱۵۴- مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، چاپ اول، بیروت: دارالاحیاء التراث، ۱۴۱۲ه.ق.
- ۱۵۵- مرآةالعقول فی شرح اخبار آل الرسول، تهران: دارالکتب اسلامی، ۱۳۶۸ش.
- ۱۵۶- ملاذالاخیار فی فهم تهذیب الاخبار، قم: مکتب مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ه.ق.
- ۱۵۷- محقق حائری، عبدالکریم، درالفرائد، جلد ۲، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۸ ه.ق.
- ۱۵۸- محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین، ترجمه فارسی شرایع الاسلام، مترجم: ابوالقاسم بن احمد یزدی، جلد ۳، چاپ چهارم، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۶۸ش.

- ۱۵۹- محقق حلی، حسن بن یوسف، تجارت قضاء و شهادت، مترجم: حسن اسفندیاری (محتشم السلطنة)، بی جا: بی نا، بی تا.
- ۱۶۰- محقق حلی، جعفر بن حسن، مسالک الافهام، جلد ۱، قم: موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ه.ق.
- ۱۶۱- محقق داماد، مصطفی، مباحثی از اصول فقه، جلد ۲، چاپ ۱۳، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
- ۱۶۲- قواعد الفقه، جلد ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷ ش.
- ۱۶۳- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ ۲۹ تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۶ ش.
- ۱۶۴- محمودی دشتی، علی اکبر، ادله اثبات دعوی، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۷۳ ش.
- ۱۶۵- مدنی، جلال‌الدین، مبانی و کلیات علم حقوق، چاپ هشتم، تهران: خانه کتاب، ۱۳۸۴ ش.
- ۱۶۶- ادله اثبات دعوی، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰ ش.
- ۱۶۷- آیین دادرسی مدنی (اجرای احکام)، جلد سوم، چاپ چهارم، بی تا.
- ۱۶۸- مشکینی اردبیلی، علی، اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها، قم: نشر الهادی، ۱۳۷۴ ش.
- ۱۶۹- مظفر، محمد رضا، اصول فقه، جلد ۱، چاپ دوم، قم: حقوق اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
- ۱۷۰- کاملترین ترجمه اصول فقه، جلد ۲، بیروت: دارالعارف، ۱۴۰۰ ه.ق.
- ۱۷۱- معین، محمد حسین، فرهنگ فارسی معین، جلد ۱، چاپ دوم، تهران: امیرکبیر، ۱۳۵۳ ش.
- ۱۷۲- مغنیه، محمد جواد، تفسیر الکاشف، چاپ اول، قم: نشر قدس محمدی، ۱۴۰۴ ه.ق.
- ۱۷۳- مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، جلد ۲، تهران: دارالکتب اسلامی، ۱۳۸۶ ش.
- ۱۷۴- القواعد الفقهیه، ج ۲، چاپ دوم، قم: انتشارات امیرالمومنین، ۱۴۱۱ ه.ق.
- ۱۷۵- مکی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین، اللمعه الدمشقیه، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۴ ه.ق.
- ۱۷۶- الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۴ ه.ق.
- ۱۷۷- موسی، حسین یوسف، الافصاح فی فقه اللغة، بیروت: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث العربی، ۱۴۱۲ ه.ق.
- ۱۷۸- موسوی بجنوردی، حسن، منتهی الوصول، جلد ۲، قم: انتشارات بصیرتی، بی تا.
- ۱۷۹- موسوی بجنوردی، محمد، قواعد الفقه، تهران: عروج، بی تا.
- ۱۸۰- موسوی خمینی، روح الله، الرسائل، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۳۵۸ ش.
- ۱۸۱- تحریر الوسیله (کتاب بیع)، جلد ۱، چاپ یکم، قم: دارالعلم، بی تا.
- ۱۸۲- موسوی خوئی، ابوالقاسم، مصباح الاصول، جلد ۳، چاپ ششم، قم: مکتبه الداوری، ۱۴۲۰ ه.ق.
- ۱۸۳- مصباح الفقاهه، جلد ۳، قم: نشر الفقاهه، ۱۳۷۱ ش.

- ۱۸۴- مبانى تكملة المنهاج، جلد ۴۱ (كتاب القضاء)، قم: موسسه احياء آثار الامام الخويى، ۱۴۲۲هـ.ق.
- ۱۸۵- مستند العروة الوثقى، قم: موسسه احياء آثار خويى، بى.تا.
- ۱۸۶- منهاج الصالحين، قم: مدينة العلم، ۱۴۱۰هـ.ق.
- ۱۸۷- موسوى گليايگاني، محمد رضا، كتاب القضاء، جلد ۲، قم: مطبعة الخيام، ۱۴۰۱هـ.ق.
- ۱۸۸- مهدي پور عطايى، خسرو، تجارت الكترونيكى، تهران: ميزان، ۱۳۸۷ش.
- ۱۸۹- ناصرشادباد، ابراهيم، ادله اثبات دعوى، تبريز: ياتار: آيدين، ۱۳۹۱ش.
- ۱۹۰- نائينى، حسين، تقريرات، جلد ۳، بى.جا: بى.نا، بى.تا.
- ۱۹۱- نجفى، محمد حسن، جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام، جلد ۴۰-۲۹، بى.جا، بى.نا، بى.تا.
- ۱۹۲- نراقى، احمد بن محمد مهدي، مستند الشيعة فى احكام الشريعة، جلد ۱۷، چاپ اول، قم: موسسه آل البيت لاحياء التراث، ۱۴۱۵هـ.ق.
- ۱۹۳- منهاج الاحكام، چاپ اول، قم: دفتر تبليغات اسلامى، ۱۴۱۷هـ.ق.
- ۱۹۴- نعمه، عبدالله، دليل القضاء الجعفرى، بيروت: دارالفكر اللبنانى، ۱۴۰۲هـ.ق.
- ۱۹۵- نورى، ميرزا حسين، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد ۱۱، چاپ دوم، بيروت: مؤسسه آل البيت لاحياء التراث العربى، ۱۴۰۸هـ.ق.
- ۱۹۶- نووى، يحيى بن شرف، تحريرالالفاظ التنبيه ، جلد ۶ دمشق: دارالقلم، ۲۰۱۰م.

