

تطبیق وجه اثباتی بینہ در امور کیفری بین فقہ امامیہ و اہل سنت

نویسنده:

سید تقی میر اسماعیلی

سرشناسه	: میراسماعیلی، سیدتقی، ۱۳۵۰ -
عنوان و نام پدیدآور	: تطبیق وجه اثباتی بین در امور کیفری بین فقه امامیه و اهل سنت/ نویسنده سید تقی میر اسماعیلی.
مشخصات نشر	: تهران: انتشارات اساتید دانشگاه، ۱۳۹۶.
مشخصات ظاهری	: ۱۲۶ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۸۸۲۹-۰۲-۷
وضعیت فهرست نویسی	: فیبا
یادداشت	: کتابنامه.
موضوع	: گواهی و گواهان (فقه)
موضوع	: Witnesses (Islamic law)
موضوع	: گواهی و گواهان—ایران Witnesses-- Iran
موضوع	: ادله و شواهد (فقه) Evidence (Islamic law)
موضوع	: ادله و شواهد (حقوق) -- ایران
موضوع	: Evidence (Law) -- Iran
رده بندی کنگره	: ۱۳۹۶ ت ۶۴۹/۴/۱۹۵ BP
رده بندی دیویی	: ۲۹۷/۳۷۵
شماره کتابشناسی ملی	: ۴۷۵۹۳۵۰

تطبیق وجه اثباتی بین در امور کیفری بین فقه امامیه و اهل سنت

نویسنده: سیدتقی میراسماعیلی

ناشر: انتشارات اساتید دانشگاه

ناشر همکار: یاد عارف، به آوران، کلک زرین

نوبت و سال چاپ: اول تابستان ۱۳۹۶

تیراژ: ۱۰۰۰ جلد

قیمت ۷۵۰۰۰ ریال

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۸۸۲۹-۰۲-۷

تلفن انتشارات: ۰۷۳۰۵۶۶۴-۰۱۸۷۸-۰۶۶۴-۰۲۱ همراه ۰۹۱۲۴۳۴۲۷۴۱

تقدیر و منکر

حمد و سپاس بیکران خداوند سبحان را،

که توفیق انجام این کار را به این بنده عطا فرمود

فهرست مطالب

۹	چکیده
۱۲	۱-۱. بیان مسئله
۱۲	۱-۲. سوالات
۱۳	۱-۳. فرضیات
۱۴	۱-۴. پیشینه
۱۵	۱-۵. ضرورت
۱۶	۱-۶. اهداف
۱۷	۱-۷. روش
۱۸	۱-۸. ساماندهی
۱۹	نتیجه
۲۱	فصل دوم: تعاریف و مفاهیم بحث
۲۱	فصل دوم: تعاریف و مفاهیم بحث
۲۲	۲-۱. مفهوم شناسی عام بینه در شرع اسلام
۲۳	۲-۲. مفاهیم بینه
۲۶	۲-۳. مفهوم دلیل تعریف لغوی:
۲۷	۲-۴. تحول تاریخی طرق اثبات دعوی:
۳۱	۲-۵. سیستمهای رایج حاکم بر طرق اثبات دعوی:
۳۳	۲-۶. اقسام ادله:
۳۵	۲-۷. ویژگی های اصلی فقه امامیه و اهل سنت (تفاوت در تمسک بقواعد فقهی)
۳۹	۲-۷-۲. سنت، منبع فقه اهل سنت و امامیه
۴۱	۲-۷-۳. سنت صحابه:
۴۲	۲-۷-۴. نقد سنت صحابه

۴۴	۵-۷-۲. اجماع، منبع فقه اهل سنت و امامیه
۴۶	۶-۷-۲. نقد دلیل اجماع اهل سنت
۴۷	۷-۷-۲. دیدگاه امامیه در اجماع:
۴۸	۸-۷-۲. منابع اختصاصی فقه اهل سنت
۵۰	۹-۷-۲. قیاس، منبع فقه اهل سنت
۵۲	۱۰-۷-۲. خاستگاه قیاس فقهی اهل سنت:
۵۳	۱۱-۷-۲. جایگاه قیاس فقهی در استنباط:
۵۵	۱۲-۷-۲. استحسان، منبع فقه اهل سنت
۵۹	۱۳-۷-۲. نقد استحسان
۶۲	۱۴-۷-۲. استصلاح (مصالح مرسله)، منبع فقه اهل سنت
۶۳	۱۵-۷-۲. حجیت مصالح مرسله:
۶۴	۱۶-۷-۲. نقد:
۶۴	۱۷-۷-۲. سدّ و فتح ذرائع، منبع فقه اهل سنت
۶۹	۱-۳. مجتهد کیست
۶۹	۲-۳. اهداف شریعت
۷۰	۳-۳. آغاز تحول قوانین
۷۱	۴-۳. تغییر در نص
۷۱	۵-۳. اجتماع اسلامی در مورد تغییر قوانین
۷۳	۶-۳. ویژگی های کیفر در اسلام
۷۴	۷-۳. اقسام کیفر
۷۷	فصل چهارم: طریقت یا موضوعیت ادله مثبتة دعوی و بینه
۷۸	۱-۴. شرایط استماع دعوی به لحاظ مدعی
۷۸	۲-۴. عاقل بودن مدعی:
۷۹	۳-۴. بالغ بودن مدعی

۸۰	 ۴-۴. رشد مدعی:
۸۱	 ۴-۵. ذی نفع بودن مدعی:
۸۲	 ۴-۶. فایده داشتن استماع دعوی:
۸۳	 ۴-۷. علم و جزم مدعی:
۸۵	 ۴-۸. مبانی نظری و وجه اثباتی بینه
۸۶	 ۴-۹. دسته بندی دلایل اثبات دعوی
۸۷	 ۴-۱۰. ادله عام اثبات دعوی قتل
۸۸	 ۴-۱۱. دلیل خاص اثبات دعوی قتل
۸۸	 ۴-۱۲. طریقت ادله در اثبات دعوی:
۸۹	 ۴-۱۳. صلاحیت قاضی در تعیین ارزشی اثباتی ادله:
۸۹	 ۴-۱۴. دسته بندی ادله اثبات دعوی قتل و بررسی جایگاه بینه:
۹۰	 ۴-۱۵. عدم اختصاص (بینه) به شهادت دو شاهد
۹۱	 ۴-۱۶. بینه بعنوان مطلق دلیل یا به معنی شهادت دو شاهد
۹۵	 ۴-۱۷. ملاک اعتبار شهادت شهود
۹۸	 ۴-۱۸. ملاک قبول قول شهود
۱۰۲	 ۴-۱۹. تأثیر اهمیت موضوع در تعیین شرایط شهود:
۱۰۴	 ۴-۲۰. تأثیر اهمیت موضوع در تعیین عدد شهود
۱۱۰	 ۴-۲۱. عدم خصوصیت بینه در مذکر بودن شهود
۱۱۰	 ۴-۲۲. عدم خصوصیت بینه در عدالت شهود
۱۱۱	 ۴-۲۳. نظریه مختار (اعتبار مطلق بینه)
۱۱۶	 نتیجه گیری
۱۱۸	 پیشنهادات
۱۱۹	 منابع و مآخذ

چکیده

حقوق اسلامی تطبیقی تعبیر دانشگاهی از بخشی از علم فقه است که در اصطلاح فقهای گذشته به آن، علم الخلاف گفته می‌شد و در عصر ما در محافل دانشگاهی عربی از آن به الفقه المقارن تعبیر می‌شود و به طور متعارف در زبان علمی فارسی فقه تطبیقی بر آن اطلاق می‌گردد. توجه فقهای بزرگ شیعه چون شیخ مفید، شیخ طوسی، محقق حلی، علامه ی حلی و شهیدین به بررسی استدلالی آرای مذاهب اهل سنت و حتی تلاش در تعلّم و آموزش در مراکز علمی بزرگ اهل سنت، اهمیت و ضرورت این بخش از پژوهش راحتی برای احیای فقه شیعه و زنده نگه داشتن آن به وضوح مدّیل می‌نماید و جایگاه این علم را در فقه شیعه آشکار می‌سازد. در تحقیق پیش رو که با موضوع تطبیق وجه اثباتی بین در امور کیفری بین فقه امامیه و اهل سنت می‌باشد از کلیات حقوق اسلامی بطور کلی حقوق کیفری اسلامی مورد نظر و دامنه تحقیق است و در حقوق کیفری اسلامی بررسی بین به عنوان یکی از ادله اثبات در امور کیفری و تطبیق وجه اثباتی آن در بین فقه امامیه و اهل سنت بطور خاص مورد نظر است. هدف از این نوشتن و بررسی میزان تطبیق وجه اثباتی بین در امور کیفری بین فقه امامیه و اهل سنت و دستیابی به منابع و مستندات فقهی به صورت مقارنه ای و رسیدن به وجوه تمایز و تطبیق موارد در فقه امامیه و اهل سنت است که نیل به این هدف با بررسی منابع فقهی فقه امامیه و اهل سنت و در گستره زمانی پیدایش علم فقه در اسلام و در فرق اصلی (فقه امامیه و فقه اهل سنت) قابل بررسی و تحقیق است و در نهایت به مجموعه ای از نظرات و ادله هر دو فرقه اصلی اسلامی (شیعه و سنی) می‌توان مشترکات و تمایزات وجه اثباتی بین در امور کفری فقه اسلامی را جمع بندی و ارائه نمود.

سیدتقی میراسماعیلی

فصل اول:

کلیات تطبیق وجه اثباتی بینه

در امور کیفری

۱-۱. بیان مسئله

جهت بررسی جامع تطبیق وجه اثباتی بینة در امور کیفری بین فقه امامیه و اهل سنت بنظر می‌رسد بررسی اختلافات موجود بین دو فقه امامیه و عام در امور کیفری و توجه به ریشه‌های اختلاف موجود به صورت کلی و عام در دو فقه از پس از آن مسیر تحقیق بسوی هدف اصلی با توجه به ارزش اثباتی بینة در امور کیفری و مقایسه آن در فقه امامیه و فقه اهل سنت تمایز و اشتراکات شناسایی و در این راستا استفاده از معانی آیات قرآن کریم و مطالعات انجام شده احتمالی قبلی و بررسی کارهای تطبیقی پیرامون حقوق جزای اسلامی و ادله اثبات دعاوی کیفری از منظر فقه شیعه و رسیدن به اختلاف نظرهای موجود در مورد هر موضوع در دعاوی کیفری و در نهایتاً بانگاه اجمالی به فلسفه قانونگذاری کیفری، کیفر، اقسام آن، شرایط استماع دعوی، اوضاع و احوال مدعی، تحول تاریخی اثبات دعوی، اقسام ادله، اصول اساسی کلیات ادله اثبات دعوی، سیستم ادله اثبات دعوی، جایگاه بینة و وجه اثباتی آن و تمامی مطالب و موضوعات مرتبط با وجه اثباتی بینة و بررسی منابع اصلی علوم اسلامی بانگاه به بینة از دیدگاه قرآن و فقه اسلامی و قانون مقررات مدون بررسی و به تطبیق وجه اثباتی بینة در امور کیفری فقه امامیه و اهل سنت پرداخته می‌شود.

۱-۲. سوالات

در این نوشتار تلاش شده است علاوه بر بررسی و تطبیق وجه اثباتی بینة در امور کیفری بین فقه امامیه و اهل سنت، بینة به عنوان یکی از دلایل اثبات دعوا در اطلاق

خاص یا معنای عام آن تحلیل شود و سوالاتی که در رویه تمسک به بینه در حقوق جزای اسلامی بوجود آمده مورد توجه قرار گیرد

۱-۲-۱ وضعیت بینه در دعاوی کیفری از منظر شارع مقدس و فقه فرقتین چگونه است؟

۱-۲-۲ نگرش فقه امامیه و اهل سنت در برداشت از بینه در معنای محصور یا موسع آن در امور کیفری چه تفاوتی دارد.

۱-۲-۳ در صورت تقارن و نزدیکی نظر فرقتین در خصوص جایگاه اثباتی بینه در امور کیفری وضعیت تطبیق آن با عرف موجود و نیاز های اجتماعی چگونه است .

۱-۳. فرضیات

دستیابی به میزان تطبیق وجه اثباتی بینه در امور کیفری بین فقه امامیه و اهل سنت از اطلاعات قابل استناد جویندگان را یاری می‌کند تا با استفاده از منابع فقهی، فقه امامیه و اهل سنت از منابع کافی برخوردار باشد و از طرفی موارد سکوت یا اجمال در فقه امامیه در موضوع وجه اثباتی بینه می‌توان با مقارنه و تطبیق با فقه اهل سنت یا به عکس آن به پاسخ های احتمالی دسترسی پیدا نمود و منابع و مستندات موجود را در جمع بندی و ارجاع به آنها در دست علاقه مندان قرار داد و در صورت دستیابی به مطالعه جامع و کامل می‌توان . ۱- تشابهات ارائه را در هر دو فقه امامیه و اهل تسنن بررسی و جمع بندی نمود که در مراجع آموزشی و تخصصی قابل بهره برداری باشد. ۲- تفاوت های قابل تأمل و تعیین کننده احتمالی را در اراء و نظرات دو فقه امامیه و فقه اهل سنت

بررسی و جمع بندی و قابل دسترس در اختیار علاقه مندان قرار داد. ۳- حرکتی به حد و اندازه یک تحقیق علمی در مسیر تقریب آراء و نظرات فقهی در فرق اسلامی خاص فقه امامیه و فقه اهل تسنن زمینه سازی نمود تا در مسیر هم افزایی اقدام جدیدی صورت گرفته باشد. ۴- از آنجا که باب اجتهاد در اصول فقه و مبانی اسلامی همواره مفتوح و مورد تأکید علمای سلف و معاصر است هر اقدامی که بتواند جرقه ای در زمینه تنویر افکار اهل علم و جویندگان آراء و نظرات علمی و فقهی ایجاد نماید کاری بالارزش و زمینه تحول در آراء جدید و کاربردی خواهد شد.

۱-۴. پیشینه

درخصوص موضوع تحقیق مطلب و کار تحقیقی مستقیم با عنوان تطبیق وجه اثباتی بینه در امور کیفری و تحلیل و بررسی آن در فقه امامیه و اهل سنت یافت نشده است اما نزدیکترین کارهای مطالعاتی به شرح ادامه می باشد.

این کتاب که به عنوان علم الخلاف و فقه مقارن مبانی اجتهاد بخشی از مباحث حقوق خصوصی و حقوق جزا را مورد بررسی قرار داده است در فصولی از آن . پیدایش اجتهاد . اصل امامان فقه . مبانی و ادله اجتهاد . مشخصات و ممیزات کلی شریعت اسلام . توسعه فقه . تأثیر اختلاف ادله در آراء مذاهب . مباحثی از مسائل اختلافی فقه و مباحث کیفری و جرائم را بررسی می نماید و در ضمن تحلیل مباحث در غالب فقه مقارن و انجام کار فقه تطبیقی انجام اینگونه امور را دارای قلمرویی وسیع و نیازمند به عمل جمعی و حتی استفاده از مباحث خارج از مذاهب اسلامی راهنمای می نماید. و در پایان فهرست نسبتاً جامعی از کتب معتبر فقهی مذاهب برای محققان ارائه می نماید.

تقریباً کتاب مذکور آخرین تحقیق نزدیک به موضوع تطبیق وجه اثباتی بینه در امور کیفری بین فقه امامیه و اهل سنت می باشد که به فارسی نگارش شده است و به طور خلاصه از مکاتب مختلف اسلامی (فقه امامیه و اهل سنت و برخی از فرقه های مربوطه) و حقوق جزای اسلامی وضعی بحث به میان کشیده می شود اما سرانجام بحث با نظر اکثریت فقهای شیعه خاتمه پیدا می کند و از طرف دیگر چون مقارنه ای است میان مذاهب مختلف اسلامی، از این رو نظریات فقهای بزرگ اهل سنت به مناسبت آورده شده است.

۱-۵. ضرورت

از آنجاییکه وجه اثباتی بینه در امور کیفری مسیر اثبات یا ابراء اتهام در فقه میباشد تطبیق بین فقه امامیه و اهل سنت می تواند در برداشت روشن تر از نظر شارع مقدس نقش بسزایی داشته باشد و عیناً در حقوق جزای اسلامی از اهمیت ویژه ای برخوردار است. چرا که دستیابی به موارد تطبیقی و مشابه در فقه امامیه و فقه اهل سنت زمینه رسیدن به حقوق جزای اسلامی به صورت عام و هماهنگی در موارد تخصصی زمینه ارائه الگوی قابل قبول تری برای تقریب آراء و اندیشه های فقه اسلامی و ارائه آن به تمامی کشورهای مسلمان خاصه آن دسته از بلاد که در پی ارتقاء و کیفیت قوانین خود بر اساس تعالیم اسلامی و تحولات در قوانین موضوعه هستند اهمیت موضوع را دو چندان می نماید.

باتوجه به قواعد متنوع فقهی در امور کیفری تطبیق وجه اثباتی بینه در امور کیفری بین فقه امامیه و اهل سنت یکی از روش های پالایش و رسیدن به نظرات متقن شارع مقدس

در امور کیفری اسلامی است و چون در این زمینه کار فراوان نشده است در صورت انجام برای ارجاع به منابع و تقارن موجود از اولویت برخوردار است و در صورت انجام مطالعات قابل قبول و در سطح مطلوب زمینه هم افزایی بین فرق اسلامی خاصه فقه امامیه و فقه اهل سنت در حقوق جزای اسلامی پیرو مطالعات انجام شده قبل علی رضا فیض و عمید زنجانی و ستار شیروانی به ویژه با گرایش وجوه اثباتی بینة در امور کیفری را بیشتر از پیش فراهم می نماید.

۱-۶. اهداف

بررسی جایگاه وجه اثباتی بینة در فقه امامیه و اهل سنت

بررسی موارد تطبیق وجه اثباتی در امور کیفری بین فقه امامیه و اهل سنت و میزان تقارن و تفاوت های احتمالی با استفاده از منابع فقهی فقه امامیه و اهل تسنن و دستیابی به مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلامی باتوجه به مطالعات و زمینه های قبلی و مشاهده هماهنگی و بعضاً مطابقت فقه امامیه با با فقه اهل سنت این نکته را تدایی می نمود که چنان چه کار تطبیقی در بین قواعد فقهی امامیه و اهل سنت صورت پذیرد با توجه به حجم عظیم و باارزش منابع اسلامی در حقوق جزا با گرایش وجه اثباتی در امور کیفری آیا می توان در این زمینه نیز باب جدیدی گشود و در بررسی و تحقیق پیرامون موارد تطبیق در وجه اثباتی امور کیفری به تشابهات و تفاوت های موجود در منابع و مستندات فقهی فقه امامیه و فقه اهل تسنن دست یافت و برهمین اساس با مطالعه مقدماتی موضوعات کلی . مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلامی (علیرضا فیض -۱۳۸۹) و (عمید زنجانی - ۱۳۹۱) با موضوع درآمدی بر حقوق

اسلامی تطبیقی و مقایسه تطبیقی بینة در فقه شیعه و اهل سنت (ستار شیروانی ۱۳۹۲) .
زمینه مواجهه با تحقیق و تفحص بیشتر و اختصاصی با گرایش تطبیق در وجه اثباتی در
امور کیفری بین فقه امامیه و اهل سنت فراهم و انجام بررسی های تخصصی تر را با
پیش زمینه های قبلی و استفاده از تمامی منابع موجود و مستندات احتمالی و راهنمایی
اساتید گرامی میسرتر جلوه گر نمود.

۱-۷. روش

با توجه به لزوم ارائه مطالب و محتوای تحقیق بصورت مستند و قابل دفاع و ارائه آنچه
مسلم است منابع تشریع در دین مبین اسلام (قران کریم-فقه امامیه و فقه عامه) اصلی
ترین مسیر جهت تحقیق و بررسی وجه اثباتی بینة در امور کیفری و موارد تطبیق آن در
بین فقه امامیه و اهل سنت می باشد و ضرورت استفاده از منابع قبلی و مقالات مرتبط
و جمع بندی آنچه پیرامون وجه اثباتی بینة در منابع و کتب فقهی مذهب شیعه و اهل
سنت موجود و دسترس می باشد بصورت تطبیقی و مقایسه ای با توجه به لزوم حفظ
نظر شارع مقدس و عدم تفسیر های غیر مرتبط از اصلی ترین مسیر و روش کتابخانه و
مراجعه به منابع مرجع در موضوع و استفاده از راهنمایی اساتید مجرب و مطلعین
موضوع که در این خصوص تبحر و تسلط کافی دارند از روشهای مطلوب و مفید تحقیق
می باشد.

۱-۸. ساماندهی

در این تحقیق سعی شده است تا با تحلیل وجه اثباتی بینه در امور کیفری از منظر شرع مقدس اسلام و سنت پیامبر گرامی (ص) و فقه اهل سنت و امامیه در قالب چهار فصل وجه تقارن یا تفاوت احتمالی فرقتین در خصوص بینه در امور کیفری بررسی شود.

الف. فصل ۱: کلیات تطبیق وجه اثباتی بینه در امور کیفری. در این فصل با طرح کلیات تطبیق وجه اثباتی بینه در امور کیفری با بیان مسئله و طرح سوالات تحقیق و پرداختن به فرضیات، پیشینه ضرورت، اهداف و روش تحقیق اقدام تا زمینه در مواجهه با مقاله پیشرو چکیده ای بصورت اجمال از نمای کلی در نظر آید.

ب. فصل ۲ تعاریف و مفاهیم: در فصل دوم ضمن بیان تعاریف و مفاهیم کلی بصورت اصطلاحی و با استفاده از منابع اصلی فقه و کاربرد آن در زمان پیامبر گرامی اسلام (ص) و ائمه معصومین (ع) و صحابه مورد وثوق اهل سنت سعی شده است تعریف لغوی و جامع دلیل، تحول تاریخی طرق اثبات دعوا، سیستم های رایج، اقسام ادله، منابع مشترک فرقتین. مثل سنت و اجماع و تحلیل دیدگاه های هردو فقه شیعه و اهل سنت بررسی و منابع اختصاصی اهل سنت مثل قیاس ... و سایر قواعد آن با برداشت فقه اهل سنت آشنایی بیشتری صورت پذیرد.

ج. فصل ۳ فلسفه قانون گذاری کیفری در اسلام: در این فصل ضمن بررسی فلسفه قانون گذاری کیفری از دیدگاه حقوق اسلامی سعی شده تا ویژگی های کیفر، اقسام کیفر و مسائل مرتبط با آن مطرح و بررسی شود.

د. فصل ۴ **طریقیت یا موضوعیت ادله مثبتة و بینه:** در این بخش تلاش شده تا با تحلیل طریقیت یا موضوعیت ادله مثبتة دعوای کیفری و بینه، شرایط استماع دعوا از منظر مدعی، مبانی نظری وجه اثبات بینه، دلایل اثبات دعوا، دلایل خاص اثبات دعوای کیفری و قتل، طریقیت ادله در اثبات دعوا، علم قاضی، دسته بندی ادله اثبات دعوا و بررسی جایگاه بینه، اختصاص یا عدم اختصاص بینه به دو شاهد و طرح اقوال در هر دو دیدگاه، قول اعتبار مطلق بینه و عدم اختصاص آن به شهادت دو شهود، وملاک های اعتبار و قبول شهادت شهود بحث و مطالب به سمت تحلیل نهایی هدایت می شود. و با طرح نظریه مختار زمینه برای رسیدن به نتیجه گیری نهایی آماده می گردد:

نتیجه

نتیجه ی تحقیقات انجام گرفته در چهار فصل گذشته مسیر را در نهایت به خلاصه این مطالب می رساند که به صورت چهار نکته قابل تامل و مهم می رسیم بدین شرح که وجه اثباتی بینه در امور کیفری در حقوق جزای اسلامی دارای اعتبار مطلق است و اطلاق آن به دو شاهد صرفاً، نه در عدد شهود و نه در جنسیت و حتی عدالت شامل خصوصیتی مضیق و محدود نمی تواند باشد و اطلاق بینه به دو شاهد عادل نوعاً بر اساس غلبه مصداقی بوده و اشاره به دو شاهد و کمتر و بیشتر آن جهت احقاق حق در عمل به سنت و پیروی از شارع مقدس از بدو اسلام و زمان ائمه معصومین (ع) و صحابه مورد وثوق اهل سنت بروز و ظهور داشته است و اصولاً در نگاه ماهیتی هر دلیلی که بتواند درکشف حقیقت موجب دریافت واقعیات موجود و رفع اختلاف در محاکمه گردد می تواند در دایره بینه برای اثبات مدعی در نظر گرفته شود.

فصل دوم:

تعاریف و مفاهیم بحث

۲-۱. مفهوم شناسی عام بینه در شرع اسلام

در شرع دو روایت از پیامبر گرامی اسلام نقل شده که در هر دو اثبات یا ختم دعوا به لزوم ارائه بینه از سوی مدعی و یا سوگند منکر دعوا منوط شده است. آنچه که در فقه اسلامی مطرح بوده بینه را به شهادت دو شاهد مرد عادل حمل کرده اند و برای تعداد بیشتر یا کمتر شهود، اعتباری متصور نشده اند ضمن اینکه برای شهادت زنان نیز جز در موارد ضروری از قبیل امور زنانه یا منضم به مردان (در امور مالی) اعتبار قائل نشده اند. در حالی که اختصاص دادن بینه به یک نوع دلیل اثبات (شهادت عدلین) بقیه دلایل دارای نشان و وجه اثباتی را از عداد دلیل خارج می سازد و در نتیجه سایر وجوه شهادت شهود از جمله شهادت زنان و یا شهادت غیر مسلمان فاقد اعتبار تلقی می شود.

با توجه به تنوع ادله اثبات که در سایه علم و تکنولوژی حاصل شده و تعبیر متنوع و گسترده ای که در قرآن کریم آمده است که در فصل اول گذشت. این تعبیر با همه صدماتی که به نظام قضایی و ترافعات در مبحث حقوق مردم و حتی حقوق بشر برای آن متصور است. در عرف قضا نیز از پشتوانه قوی استدلالی و بنای عقلا برخوردار نیست. با منحصر کردن بینه و دلیل در شهادت شهود آنهم صرفاً دو مرد، سایر ادله معتبر و وجوه اثباتی متکی به علم عرفی را پوشش نمی دهد. در شرع نیز از پشتوانه قوی برخوردار نیست چرا که اولاً برخی با استفاده از اطلاق بینات در (انی اقضی بینکم بالبینات و الایمان) معنی مطلقی برای بینه قائل هستند و آن را شامل تمام ادله اثبات حتی علم قاضی می دانند. ثانیاً صرف استناد به صفات مذکور برای شهود، نمی توان شهادت زنان یا حتی شهادت غیر مسلمان را که در پاره ای موارد پذیرفته شده است بی اعتبار تلقی نمود. حتی از حصر ایجاد شده در روایت مربوط می توان استدلال کرد که بینه اختصاص

به شهادت شهود ندارد و الا مستلزم نفی سایر ادله از جمله علم قاضی خواهد بود. اگر هم گفته شده در صدر اسلام ادله منحصر در شهادت شهود بوده و علم قاضی ناظر به طرق اثبات است و هم طرف دیگر قضیه یعنی سوگند منکر قرار می گیرد. آنگاه دلائل اثباتی متکی به علم ولو در آینده را یک دین جامع نگری مثل دین مبین اسلام از عداد دلائل حذف نخواهد کرد. در این مقوله با بررسی مواردی که بینه به ما هو بینه اعتبار یافته و وجه اثباتی آن در امور کیفری در فرقتین و نقضی بر قول اختصاص آن به شهادت شهود است بر عدم اختصاص آن تأکید و استدلال شده است.

۲-۲. مفاهیم بینه

الف: بینه در لغت (مُعْجَمُ الْفَافِ الْفَقْهَ الْجَعْفَرِي: ۳۴۰) به معنی دلیل، حجت قوی و برهان آمده است. راغب اصفهانی در المفردات بینه را به معنی دلالت واضح آورده است لفظ بینه مشتق از ریشه در ((بان-بین-بیانا)) بوده و گفته شده . در القاموس الفقهی (سعدی ابوحیب ۱۴۰۸هـ . ق - قاموس الفقهی) آمده لفظ بینه در کلام خدا و رسول او و نیز در کلام صحابه به معنی مطلق آن یعنی هر آنچه که حق را آشکار می کند بکار رفته که اعم است از تعبیری که در اصطلاح فقهاء (به معنی دو شاهد یا یک شاهد و یک سوگند) بکار می رود. گفته شده (مکارم، ۱۴۱۱ج ۲ القواعد الفقیه) مناسبت اطلاق بینه به دو شاهد، حدیث رسول گرامی اسلام (ص) که فرمودند: (البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر) یعنی مدعی حق باید برای ادعای خود دلیل (یعنی دو شاهد) بیاورد چرا که اگر مقصود، مطلق دلیل بود، شامل (ید) نیز که یکی از ادله است می شد و می توانست بعنوان دلیل منکر تلقی شود، که در نتیجه دو دلیل در عرض یکدیگر بوده و در تعارض با هم

قرار می‌گرفتند و بینه به عنوان یک دلیل مطلق نمی‌توانست بر دلیل مطلق دیگر حاکم شود. اما نکته مهم این است که مشخص شود لفظ بینه در شرع مقدس اسلام و فقه به چه معنی بکار رفته است. آیا به غیر معنی لغوی منقول شده است؟ در صورتی که چنین باشد آیا منقول عرفی است یا شرعی و در کدامیک از معانی حقیقت است؟ و در صورتی که در غیر معنی لغوی نیز حقیقت باشد، آیا حقیقت شرعی است یا حقیقت مشرعیه؟

ب: بینه در شرع مقدس، شهید اول (العاملی، محمد بن مکی ۱۴۱۲ هـ ق الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه ج ۱- انتشارات جامعه مدرّسین حوزه) بینه را به حجت و دلیل شرعی تعبیر کرده است مرحوم میرزا محمد حسن بجنوردی ۱۴۱۹ هـ ق القوائد الفقهیّه ج ۳- قم نشر الهادی). در تلاش برای جمع بین معنی لغوی و اصطلاحی آن چنین آورده است: ظاهر امر حکایت از این دارد که بینه در لسان شرع عبارت از شهادت دو مرد عادل است. لذا هنگامی که شارع مقدس به چنین شهادتی اعتبار می‌بخشد و آن را اماره و دلیل برای امری قرار می‌دهد و در این حال شهادت دو مرد عادل می‌تواند مصداق (دلیل واضح) که همان معنی لغویست، باشد در نتیجه مقصود از بینه در شرع، همان شهادت است نه مطلق دلیل. وی در ادامه می‌فرماید: می‌تواند گفت لفظ بینه بدلیل کثیرت استعمال در شهادت دو شاهد، منقول عرفی یا حداقل منقول شرعی است (همان: (نراقی، احمد بن محمد مهدی ۱۴۱۵ هـ ق مستند الشیعه، ج ۱۸ موسسه آل بیت لاحیا التراث) نیز در استدلالی مشابه، لفظ بینه را حقیقت در معنوی لغوی آن به معنی آشکار کنند می‌داند و به استناد به روایات منقول از امام صادق (ع) (شیخ طوسی محمد حسن بن علی ۱۳۶۵ هـ ش- تذهیب الاحکام فی شرح المقیعه ج ۶- تهران دارالکتاب الاسلامیه) و (شیخ محمد بن علی بن الحسین بن بابویه قمی ۱۴۰۴ هـ ق من لا

یحضره الفقیه-ج ۳ انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه) عقیده دارند که در شرع فقط به عنوان شاهد استعمال شده است.

ج: شهادت: لفظ شهادت از ریشه (شهد) گرفته شده و در کتب لغت معانی مختلفی برای آن ذکر شده است از قبیل: حاضر شدن، دانستن، ملاحظه کردن و خبر دادن شهید اول در مالک (۱۴، ۱۴۱۳) می فرماید: شهادت در معنوی لغوی آن به اخبار یقینی اطلاق می شود و در شرع عبارتست از خبر دادن از حق ثابتی برای شخص دیگری به شرطی که خبر دهنده قاضی یا حاکم نباشد. زیرا در این صورت حکم محسوب می شود به شهادت با این قید اخبار خداوند و رسول گرامی او و ائمه معصومین (ع) را داخل در تعریف بیان و شهادت محسوب می شود. همچنین است خبر دادن حاکمی به حاکم دیگر چون در این حالت انشاء حکمی مطرح نیست. صاحب جواهر (نحیفی، ۱۳۶۷، ۴۱)

با استناد به آیه مبارکه (فمن شهد منکم الشهر....) شهادت را در لغت به (حضور) تعبیر نموده و معنی اصطلاحی آن را در شرع همان تعریف شهید اول عنوان می کند الا اینکه در نتیجه گیری اظهار می دارد: نظر به اینکه مرجع تعریف شهادت به معنی عرض آن بررسی گردد. لذا صواب آن است که تعریف را به عرف واگذار کنیم چرا که معلوم نیست معنی شرعی مخصوصی داشته باشد.

د. شهادت در قرآن: بنا به نظر مفسرین (محمد بن احمد الانصاری، ۱۴۰۵ هـ.ق. الجامع لاحکام القرآن) (تفسیر القرطبی) ج ۳ و ۶، بیروت موسسه التاریخ العربی) کلمه (شهد) در قرآن، در معانی مختلفی به کار رفته است، ۱- به معنی حضور. در آیه ۲۸۲ سوره بقره (و استشهدوا) یعنی حاضر کنید، ۲- به معنی اعلام. در آیه ۱۸ سوره آل عمران. آنجا که می فرماید: (شهد الله انه لا اله الا هو)، ۳- به معنی اقرار کردن، مانند آیه ۱۶۶ سوره نساء (و

الملائکه یشهدون). ۴- به معنی حکم کردن مانند: آیه ۲۶ سوره یوسف (و شهد شاهدین اهلها). ۵- به معنی سوگند خوردن، آن گونه که در لعان آمده است. ۶- به معنی وصیت کردن، در آیه مبارکه: (یا ایها الذین آمنوا شهاده بینکم) اگرچه گفته شده در این آیه به معنی حضور برای وصیت است، نه خود وصیت اما آنچه که به معنی مورد نظر و اصطلاحی (یعنی شهادت شهود) در قرآن آمده، در آیات ۲۸۲ و ۲۸۳ سوره بقره می باشد. در آیه اول در دو موضع، امر به اشهاد و احضار شهود کرده و در آیه بعدی حرمت کتمان شهادت را پس از تحمل آن گوشزد کرده است (و لا تکتُموا الشهاده) دو موضع اول از آیه دین (۲۸۲ سوره بقره) می فرماید: دو نفر از مردان حاضر در جلسه را به عنوان شاهد بگیر و اگر دو مرد نبود، یک مرد و دو زن برای این امر لازم است. در ترمینولژی حقوق بینه شهادت مضاف قلمداد شده یعنی اضافه شدن یک شاهد مرد دیگر یا سوگند به شاهد اول تا اینکه بتواند عنوان بینه به خود گیرد. لذا خصوصیتی در دو شاهد بودن لحاظ که مشعر بر نظر مشهود است.

۲-۳ مفهوم دلیل تعریف لغوی:

ادله جمع دلیل است و دلیل در لغت به معنای راهنما و چیزی است که برای اثبات امری به کار برده می شود. (محمود بن عمر زمخشری، اساس البلاغه) لغت نامه دهخدا نیز آن را به معنای: راهنما، راهبر، رهنمون و راه نماینده و گرفته است. و نیز فرهنگ کامل فارسی، آن را به معنای گواه، راهنما، نشان و و نیز آنچه برای اثبات امری به کار روی آورده است.

درباره تعریف ادله از نظر اصطلاح علم حقوق، اتفاق نظر وجود ندارد کارشناسان این فن، هرکدام تعریف خاص خودشان را از این واژه ارائه داده اند و برخی تعاریف دیگران

را نیز به بوته نقد گرفته‌اند. همسنخی تعاریفی که تاکنون درباره ادله اثبات دعوی ارائه شده است، می‌تواند ما را به تعریف دقیقتری رهنمون کند.

الف - دکتر حسینی نژاد (ادله اثبات دعوی در مراجع قضایی به کار می‌رود و ادعای مدعی را می‌تواند اثبات کند) (حسینقلی حسینی نژاد، ادله اثبات دعوی)

ب - سید محسن صدر زاده افشار (آنچه وجدان دادرس را در اثبات ادعا قانع می‌کند در علم حقوق اصطلاحاً دلیل نامیده می‌شود.) (سید محسن صدرزاده افشار، ادله اثبات دعوی)

ج - دکتر جعفر لنگرودی: (راهنمای اندیشه را دلیل باید نامید، خواه در این راهنمایی وصول به مجهول مورد نظر باشد یا صرفاً وصول به هدف مورد توجه باشد، هرچند که مجهول حل نشود.) (محمد جعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج ۴)

۲-۴. تحول تاریخی طرق اثبات دعوی:

همانطور که اعمال مجازاتها در طول تاریخ جوامع بشری، مراحل گوناگون و ادوار مختلفی را پشت سر گذاشته و در سیر تکمیلی خود را از مرحله انداختن در آتش، سوزاندن در روغن، قطع اعضای بدن مجرمان به طور تدریجی و ... تا مرحله اعمال مجازاتهای تعدیل شده قانونی، پیش رفته است نحوه اثبات جرایم و طرق اثبات دعاوی نیز مسیر تحول تاریخی خاص خود را داشته است. نگاه اجرایی به پیشینه تاریخی این پدیده اجتماعی ما را به جمع بندی زیر می‌رساند.

الف: دوره اختیار مطلق روسای قبایل: این دوره از مختصات جوامع قبیله ای و فئودالی است و از نظر تاریخی با دوره اعمال مجازاتهای بی رویه و دوره انتقام شخصی

همزمان می‌باشد. در این دوره نوعاً قانون حاکم عرف جامعه است و شخص فئودال یا رئیس قبیله معیار همه چیز است یعنی او هم خود قاضی است و هم مظهر قانون دلیل اثبات جرم هم چیزی جز تشخیص او نمی‌تواند باشد (گروه پژوهشی حقوق دانشگاه علوم رضوی ادله اثبات دعاوی کیفری، ۱۳۸۷ ص ۶۶)

ب: دوره قتال قضایی یا آزمایش ایزدی: تحصیل دلیل از طریق آزمایشی قضایی (آزمایش ایزدی) قتال قضایی و جنگ تن به تن در مقاطع خاصی از تاریخ، در بسیاری از کشورها رایج بوده است. (دوئل) یا جنگ تن به تن که برای اولین بار در تاریخ قضا جهان توسط اقوام باستانی ژرمن وارد سیستم دادرسی شد، در بسیاری از کشورهای دنیا گسترش یافت و از جمله در انگلستان توسط (نورمانها) تا قرن نوزدهم در قوانین مدون حفظ شد. (علی حجتی کرمانی، سیر قضاوت و ادوار مختلف تاریخ) و مسابقات رزمی یا (گلادیاتوری) در میدانهای (کلیثو) که در صورت پیروزی گلادیاتور حکم قبلی دادگاه نقض و بی گناه بودنش محرز می‌شد. آزمایش ایزدی در ایران باستان به نام (ور) یا امتحان الهی دز کشورهای اروپایی به نام قتال قضایی و در بعضی کشورها به نامهایی از قبیل (اوردالی) (داوری خداوند) و.... متهمان را به وسیله آتش، آب و چیزهای دیگر مورد آزمایش قرار می‌دادند تا مشخص شود که مجرم بوده اند یا خیر. انگلیسی ها پس از گرویدن (ساکسونها) به آئین مسیح، مقررات تشریفاتی این مراسم در انحصار کشیشان قرار گرفت و اقسام مختلفی داشت. مثلاً یکی از اقسام آزمایش ایزدی به وسیله آتش، این بود که متهم می‌بایست آهن گداخته ای را به وزن سه رطل به دست می‌گرفت و چند گام برمی داشت (در بعضی کشورها سه گام، در کشورهای اسکاندیناوی، نه گام و در هند، هفت گام) چنانچه نمی‌سوخت تبرئه می‌شد. قسمت دیگرش این بود

که متهم می‌بایست پیراهنی را که با قشری از موم پوشیده شده بود به تن می‌کرد و از میان دو تل آتش می‌گذشت در صورتی که موم آب می‌شد یا تنش می‌سوخت، گنهکار به شمار می‌آمد. (پرویز صانعی، حقوق جزای عمومی) در ایران باستان در دوران هخامنشیان دادگاه‌ها در موارد زیادی متهمان را به حکم الهی از طریق (ورگرم) گذشتن از آتش سوزان و (ورسرد) فرو رفتن در آب به مدت طولانی می‌آزمودند تا در صورت بی‌گناهی از مجازات رها شوند و گرنه جان خود را از دست بدهند و مردم بفهمند که مجرم بوده است.

ج: دوره دلایل قانونی: قرن‌ها طول کشید تا جوامع بشری در روابط اجتماعی و حقوقی خود از حالت توحش گامی فرا پیش نهاد و سیستم‌های قضایی، رنگ و بوی عدالت به خود گرفت و به تدریج، بعد حقوقی و قضایی زندگی افراد در جوامع مختلف تحت مقررات و قواعد انسانی تر و عادلانه تری قرار گرفت، دوره دلایل قانونی در واقع یکی از دوره‌های تکامل یافته نظام قضایی در تاریخ جوامع بشری می‌باشد. این سیستم مربوط به دوره ای تاریخ است که جوامع بشری از نظام قضایی انسجام یافته ای برخوردار شد و قضاوت معینی از طرف نظام حاکم به امر قضا اشتغال یافتند. در چنین سیستمی قانونگذار برای جلوگیری از اعمال سلیقه‌های مختلف قضات و اجحاف در حق متهمان، قواعد مشخص و تعریف شده ای را برای کشف جرم و اثبات دعوی مقرر میکند تا قضات و دادرسان بصورت هماهنگ و یک نواخت و بر اساس قواعد، به وظیفه دادرسی بپردازند.

بنابراین در این سیستم دلایل قانونی نه تنها قضات، افراد تحصیل کرده، آموزش دیده و با تجربه ای هستند، که در اجرای دادرسی نیز آزادی مطلق ندارند و ناگزیر در

چارچوبی که قانونگذار تعیین کرده است، عمل می‌کند. این سیستم هنوز هم طرفداران زیادی دارد و در بعضی کشورها به طور خالص یا مختلط اجرا می‌شود.

د: سیستم اقناع وجدان قاضی: سیستمی که تحت عنوان (اقناع وجدان قاضی) یا دلایل معنوی مطرح است، سیستم اصالت دادن به تشخیص قاضی و ملاک قرار دادن وجدان او در کشف حقیقت می‌باشد در این سیستم بر خلاف سیستم ادله قانونی قانونگذار از پیش ادله اثبات دعوی و حدود و اعتبار آن را صد در صد تعیین نمی‌کند گرچه ممکن است دلایل خاصی به عنوان طرق کشف حقیقت در نظر گرفته شود، ولی قاضی مجبور نیست کاملاً از آن پیروی کند. در نظر حقوقدانان اروپایی، قبول سیستم اعتقاد باطنی قاضی مبتنی، چاره افراط کاریهای گذشته است و تفکیک کامل بین قسوه قضاییه و قسوه مقننه نیز با قبول نظام دلایل معنوی امکان پذیر است. نظام مذکور، قاضی را در تعیین ارزش دلایل آزاد می‌گذارد و علاوه بر این قاضی می‌تواند برای رسیدن به علم و یقین در قضیه مورد نظر، به هر نوع دلیل متوسل شود و چون برای اصدار حکم، متکی بر علم و یقین خوش است در تبریئه و محکوم نمودن متهم، بر پایه اعتقاد باطنی خود، آزادی دارد در نتیجه از اعمال فشار به منظور تکمیل دلایل، بی‌نیاز است. فراهم آمدن اعتقاد باطنی قاضی مبتنی بر تحقیقات علمی و استنباط از دلایل و تفسیر آنهاست و یا متکی بر مسائل انسانی و روانی می‌باشد. (ایرج گلدوزیان، حقوق کیفری تطبیقی، ج ۱، ص ۸)

ه: دوره دلایل علمی: رشد علوم و فنون در زمینه های مختلف، تمام ابعاد زندگی بشر را تحت تأثیر قرار داده است. طبیعی است که بعد حقوقی و قضایی زندگی جوامع نمی‌تواند استثنا پذیر باشد. نتایج حاصل از تجربه های بشری در زمینه های مختلف علوم

انسانی، از قبیل روان کاری، روان شناسی، جرم شناسی، و نیز علوم آزمایشگاهی و در حوزه نظامهای قضایی نفوذ کرده است و می رود تا روشهای سنتی جای خود را به روش علمی واگذار کند و ناگزیر (هنگامی که بزهکاران در ارتکاب جرایم از شیوه های جدید علمی استفاده نماید، عدالت نیز برای مبارزه با آنها ناچار خواهد بود با سلاح متناسب مجهز گردد و از فنون علمی بهره گیرد) (ایرج گلدوزیان، حقوق کیفری تطبیقی، ج ۱، ص ۸)

۲-۵. سیستمهای رایج حاکم بر طرق اثبات دعوی:

امروزه اکثر نظامهای قضایی در کشورهای مختلف برای کشف حقیقت و حل و فصل دعاوی، از یکی از دو روش زیر پیروی می کنند:

الف: سیستم اقناع وجدان قاضی: این سیستم، اصالت را به نظر قاضی می دهد و تشخیص او را معیار کشف حقیقت به حساب می آورد. این شیوه به نظام ادله اخلاقی نیز موسوم است. —

ب: سیستم ادله قانونی: این سیستم، اصالت را به نظر قانونگذار و چارچوب از پیش تعیین شده قانونی می دهد و قاضی حق ندارد از آن تجاوز کند.

تفاوتهای عمده دو سیستم: دو سیستم (ادله قانونی) و (اقناع وجدان قاضی)، سیستمهای زنده حاکم بر نظام های دادرسی دنیایی امروز است. آیین دادرسی حاکم بر دستگاه قضایی کشورهای مختلف، یا از سیستم (ادله قانونی) پیروی می کند یا از سیستم (اقناع وجدان قاضی) و یا نظام مختلطی که از ترکیب این دو سیستم بدست می آید.

در اینجا برای روش‌تر شدن ساختار هریک از دو سیستم و درک اینکه نظام قضایی امامیه از کدام یک از این دو سیستم پیروی می‌کند، تفاوت‌های عمده این دو سیستم را برمی‌شماریم. شاخص‌ترین تفاوت‌های موجود بین این دو از قرار زیر است:

الف: اولین تفاوت بین این دو سیستم این است که در سیستم (ادله قانونی) دلایل اثبات دعوی، مشخص و محدود می‌باشد و همیشه قواعد ثابتی در زمینه دادرسی در نظر گرفته می‌شود، بر خلاف سیستم اقناع وجدان قاضی که در آن ادله اثبات دعوی گسترده است و اگر ادله خاصی در قوانین ذکر می‌شود معنای آن محدود بودن طرق اثبات دعوی به آن موارد نیست.

ب: در سیستم (ادله قانونی) ارزش اثباتی ادله اثبات دعوی به عهده قانونگذار است. اوست که باید مشخص کند که در فلان موارد، از کدام ادله و با چه شرایطی استفاده گردد و برای اثبات فلان نوع دعوی، منحصرأ از چه دلایلی می‌توان بهره جست. در واقع قاضی در این سیستم نقش اجرایی دارد حال آنکه در سیستم ادله اخلاقی قاضی ارزش اثباتی ادله را بیشتر خودش تعیین می‌کند و اوست که باید تشخیص دهد ادله موجود برای اثبات ادعا کافی است یا نه.

ج: ادله اثبات دعوی در سیستم ادله قانونی، موضوعیت دارد با فراهم آمدن دلایل و تکمیل شرایطی که قانونگذار پیش بینی کرده است قاضی به محکومیت متهم حکم می‌کند، ولو خود به بی‌گناهی او باور داشته باشد اما در سیستم اقناع وجدان قاضی ادله طریقت دارد، دلایلی که از طرف قانونگذار تعیین می‌شود، بیشتر برای کمک و راهنمایی قاضی است.

د: در سیستم ادله قانونی ماموریت عمده قاضی کمک به تحصیل دلایل بررسی و بازبینی آنها و فراهم نمودن شرایط قانونی لازم برای اصدار حکم است. هدفش رسیدن به حقیقت قضایی می باشد، لذا به فرم و صورت بیشتر اهمیت می دهد. تا محتوا، در حالی که در سیستم اقناع وجدان قاضی، مأموریت عمده قاضی، تحصیل علم و یقین است.

او باید از طریق تحقیقات علمی و استنباط از دلایل یا از طریق مسائل انسانی و روانی، اقناع وجدان حاصل کند. بنابراین، هدفش رسیدن به حقیقت مطلق است، نه قضایی.

۲-۶. اقسام ادله:

ادله را در علم حقوق می توان به اعتبارهای مختلفی تقسیم بندی کرد. حقوق دانان، در مبحث ادله اثبات دعوی و سایر موارد به این تقسیمات اشاره کرده اند ذکر خلاصه تقسیمات کمکی خواهد بود در جهت روشنتر شدن مفهوم ادله و حوزه کاربرد آنها.

الف: به لحاظ امر یا امور مورد اثبات: ادله به این اعتبار به دو دسته ذیل تقسیم می شوند:

۱- ادله اثبات دعوی: این قسمت، دسته ای از ادله است که نوعاً برای اثبات دعوی و تعیین حقی در مراجع قضایی مورد استفاده قرار می گیرد و جایگاه بحث نقد و بررسی و اثبات آن حقوق مدنی و آئین دادرسی مدنی و آئین دادرسی کیفری می باشد.

۲- ادله اثبات احکام: آن عده دلایلی که برای اثبات احکام و موضوعات نه دعاوی کاربرد دارد در اصطلاح حقوقی ادله اثبات احکام نامیده می شود که در حقوق اسلامی

به کتاب، سنت، عقل اجماع منحصر است و جایگاه طرح و بررسی آنها، دایره منابع حقوق اسلامی یا علم اصول می‌باشد (سید حسین امامی، حقوق مدنی، ج ۶، ص ۱) ب: به لحاظ درجه اعتبار: ادله اثبات دعوی از نظر میزان اعتباری که در دادرسی برای هریک از آنها در نظر گرفته شده است نیز به دو قسمت تقسیم می‌شود.

۱- ادله قانونی: گاهی حدود و ارزش و اعتبار ادله، از پیش توسط خود قانونگذار معین می‌شود و قاضی باید در چارچوب خاصی در موارد بخصوصی از آنها برای فصل دعوی استفاده نماید، به این نوع ادله، ادله قانونی گفته می‌شود، مثلاً به موجب قانون ثبت املاک، اثبات معاملات راجع به غیر منقول فقط به وسیله سند رسمی ممکن خواهد بود. (قانون ثبت اسناد و املاک، ماده ۴۸)

۲- ادله اخلاقی یا وجدانی: در موارد زیادی دادرس برای کشف واقع و تحصیل اقناع وجدان برای فیصله دادن به دعوایی، آزادی عمل دارد و می‌تواند برای رسیدن به واقع، از هرگونه دلیلی استفاده کند (قانون آیین دادرسی مدنی ماده ۳۵۰ و لایحه تشکیل دادگاههای عمومی ماده ۲۸) و میزان اعتبار دلیل را نیز خودش تعیین نماید. حقوقدانان این قسمت ادله را ادله اخلاقی یا وجدانی نامگذاری کرده اند.

۲-۷. ویژگی های اصلی فقه امامیه و اهل سنت (تفاوت در تمسک بقواعد فقهی)

۲-۷-۱. منابع مشترک فقه اهل سنت و شیعه

منابع مشترک فقه اهل سنت با یکدیگر و با شیعه عبارت است از قرآن و سنت و اجماع. تفاوتی که هست در نحوه برداشت از قرآن و در محدوده سنت و در نحوه حجیت اجماع در استنباط احکام می باشد.

بسیاری از اهل سنت ادله احکام را چهار دلیل قرار می دهند و پس از کتاب و سنت و اجماع، قیاس را ذکر می کنند. برخی از آنان از دلیل چهارم با تعبیر «قیاس و اجتهاد» یاد کرده اند و برخی به دلیل «العقل و الاستصحاب» تعبیر نموده اند. به نظر می رسد که آنان «دلیل عقل» را تعبیری مرادف با قیاس و استحسان و ... قرار می دهند

در اصول فقه اهل سنت، مسائل عقلی که دخیل در استنباط هستند به صورت یک بحث تحلیلی و منضبط مطرح نشده است. آن چه از مباحث عقلی که در اصول فقه متأخرین شیعه مطرح است، آنان به صورت متفرق مطرح کرده اند، و کمتر به تقسیمات حکم عقل و یا ملاک حجیت عقل و نحوه استنباط از دلیل عقل پرداخته اند.

محمصانی صبحی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه رحیم گلستانی، چاپ دوم ۱۳۵۸، چاپخانه سپهر تهران.

قرآن، منبع فقه اهل سنت و شیعه

اساسی ترین و مهم ترین منبع و مأخذ مورد اتفاق مسلمانان در استنباط احکام الهی، قرآن کریم است. کتاب خدا مشتمل بر اصول عقاید، تاریخ، اخلاق و احکام و ... است.

بخش مربوط به احکام را اصطلاحاً «آیات الاحکام» یا «احکام القرآن» نامیده‌اند. گفته شده: تعداد آیات الاحکام در قرآن، پانصد آیه است.

برخی گفته‌اند: از معظم آیات قرآن به نحوی، استفاده احکام می‌شود: به نحو صریح یا با استنباط از آیه‌ای بدون ضمیمه کردن آیات دیگر، یا با انضمام دو یا چند آیه به یک-دیگر و یا با انضمام آیه، به روایتی که مفسر و مبین آن است، ولی این سخن سخنی اغراق‌آمیز است.

در ارتباط با قرآن و اعتماد به آن به عنوان منبع اصلی استنباط احکام، سه مسئله باید مورد توجه قرار گیرد: یکی در ناحیه صدور؛ یعنی انتساب آن به خداوند و دیگر تحریف‌ناپذیری قرآن و سوم در ناحیه دلالت و برداشت احکام از قرآن.

الف: قرآن کلام خدا است:

قرآن کلام خداوند است و این، اعتقاد تمامی مسلمانان است. آنان قرآن را وحی الهی می‌دانند که از سوی خدا در اختیار پیامبر (صلی الله علیه و آله) قرار گرفته و خود پیامبر نیز در هنگام دریافت وحی، یقین داشت که این کلام از سوی خداوند است. سپس پیامبر (صلی الله علیه و آله) نیز بدون کم و زیاد، آن را بر مردم تلاوت کرده و آن چه هم اکنون در دست ما است همان قرآن واقعی و کلام الله حقیقی است. حتی به عقیده بعضی ترتیب آیات و سوره‌ها، آغاز و پایان سور به صورت کنونی که دست ما است، همان چیزی است که از طرف خداوند توسط جبرئیل امین بر پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) فرستاده شده است. مقصود از این که قرآن وحی الهی است فقط در معنا و مفهوم نیست، بلکه مراد آن است که عین الفاظ آن نیز، کلام خدا است.

حقانیت به این معنا که قرآن موجود در میان ما همان قرآنی است که بر پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) نازل شده است را از راه وجوه مختلف اعجاز و از راه تواتر قرآن در میان تمامی عصرها و نسلها از صدر اسلام تا کنون می‌توان اثبات کرد. کسانی همچون «سیوطی» تا سی و پنج وجه در اعجاز قرآن بیان نموده‌اند.

ب: تحریف‌ناپذیری قرآن:

به اعتقاد محققان اسلامی اعمّ از شیعه و اهل سنت، قرآن نه تنها در زمان نزول، دست خوش تغییر نشده، بلکه پس از آن تا به امروز نیز تغییری نکرده و آنچه هم اکنون در دست ما است همان قرآن نازل‌شده بر پیامبر (صلی الله علیه و آله) است. احتمال تحریف در قرآن از شبهات بی‌اساسی است که مطرح شده است. (مراد از تحریفی که مورد بحث ما است، کم یا زیاد یا تبدیل شدن قرآن موجود نسبت به قرآن واقعی است). قرآن کتابی است که «لَا يَأْتِيهِ الْبَاطِلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِ؛ هیچ گونه باطلی، از پیش رو و از پشت سر به سراغش نمی‌آید». این آیه نفوذ هرگونه باطلی را در قرآن (از جمله تحریف) در زمان نزول و در زمان‌های بعد، از سوی هر شخص یا گروهی نفی می‌کند.

در جای دیگر می‌فرماید: «إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ؛ ما قرآن را نازل کردیم و به طور قطع ما حافظ و نگهبان آن هستیم» و همچنین «حدیث ثقلین» که تمسک به کتاب را تا دامنۀ قیامت، واجب و عدم جدایی آن از عترت را تا هنگام ورود بر حوض و در محضر پیامبر (صلی الله علیه و آله)، فرض نموده، دلیل بر عدم تحریف قرآن تا پایان دنیا است؛ زیرا دستور تبعیت از کتاب تحریف یافته، به کسی داده نمی‌شود.

اکثریت قریب به اتفاق علمای فریقین (سنی و شیعه)، تحریف را رد کرده‌اند و لذا به هیچ مذهبی نمی‌توان نسبت قول به تحریف داد و معتقدان به تحریف قرآن، تعداد کمی هستند که با توجّه به ادلّه متقن که اجمالاً به آن اشاره شد، عقیده آنان باطل و قول آنان بی‌اساس است.

ج: حجّیت نصوص و ظواهر قرآن:

با توجّه به این که در بحث گذشته روشن شد که قرآن از جهت صدور قطعی است، اینک بحث درباره دلالت قرآن است. شکی نیست که آیات قرآن نامفهوم نمی‌باشد؛ ولی این گونه نیست که همه قرآن از جهت دلالت و افاده معنا، قطعی و یقینی باشد؛ چرا که خود قرآن آیاتش را به محکّمات و متشابهات تقسیم کرده است، اما آیات متشابه را می‌توان در پرتو محکّمات تفسیر و تبیین کرد.

مطلب دیگر این که محکّمات به دو بخش تقسیم می‌شوند: «نصوص» که در افاده معنا به حدّی روشن هستند که احتمال خلاف در آن راه ندارد و «ظواهر» که ظنّی الدّلاله هستند.

بحث مهم، حجّیت این ظواهر است. اهل سنّت بحث حجّیت ظواهر قرآن را مسلّم گرفته و گفته‌اند: ظاهر قرآن حجّت است مگر آن که دلیلی بر تأویل، تخصیص یا نسخ آن داشته باشیم.

همه علمای اسلام ظواهر را به دلیل ارتکاز عقلا و لزوم نقض غرض، فی الجمله حجّت می‌دانند. گرچه حجّیت خصوص ظواهر قرآن به دلیل ویژگی‌های خاص آن از سوی اخباری‌ها (گروهی از محدّثان امامیه) مورد تردید قرار گرفته است.

به هر حال حجّیت نصوص و ظواهر قرآن واضح‌تر از آن است که نیاز به بحث زیادی داشته باشد و امروزه افکار اخباری‌ها در مجامع و حوزه‌های علمی شیعه هیچ گونه طرفداری ندارد و می‌توان آن را جزو عقاید منقرض شده و پایان یافته به حساب آورد. محمضانی صبحی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه رحیم گلستانی، چاپ دوم ۱۳۵۸، چاپخانه سپهر تهران.

۲-۷-۲. سنت، منبع فقه اهل سنت و امامیه

به اتفاق تمامی فقهای اسلام، «سنت» دومین منبع استنباط است. از نظر اهل سنت و شیعه، هر چند قرآن مهم‌ترین منبع فقه و احکام اسلام است، اما هرگز تنها منبع نیست؛ زیرا همان طوری که «محمد بن ادریس شافعی» یکی از چهار رهبر بزرگ اهل سنت می‌گوید: «از یک طرف در قرآن همه امور مورد نیاز نیامده است و از طرف دیگر آن چه آمده بسیاری از آنها نیازمند بیان و تبیین است و غیر از رسول (صلی الله علیه و آله) کسی توان این کار را ندارد؛ زیرا به حکم رسالتی که دارد باید قرآن را تبیین کند و اگر به کلی سنت را مردود شماریم، به مشکل بزرگی گرفتار خواهیم آمد؛ مثلاً در آیات الهی عدد رکعات نمازهای روزانه مشخص نشده است، همان گونه که انواع و مقدار زکات نیز ذکر نگردیده است».

بر همین اساس، اهل سنت و همه مسلمانان، یکی دیگر از منابع بسیار مهم فقه را، «سنت» می‌دانند و بسیاری از احکام را از آن استفاده و استخراج می‌کنند. سنت در اصل عبارت است از آن چه به جز قرآن، از نبی اسلام (صلی الله علیه و آله) صادر شده، چه قول باشد (که شامل کتاب و نوشته نیز می‌شود) و چه فعل یا تقریر، مشروط به آن که مربوط به احکام شرعیه باشد.

فقهای مکتب اهل بیت (علیهم السلام)، سنت را تعمیم داده و گفته‌اند: سنت عبارت است از قول و فعل و تقریر معصوم، (پیامبر و اهل بیت (علیهم السلام)). حجیت سنت رسول خدا (صلی الله علیه و آله):

حجیت سنت رسول اللّٰه (صلی الله علیه و آله) با قبول نبوت و رسالت آن حضرت ثابت می‌شود، ضمن آن که از قرآن نیز می‌توان بر این مطلب استدلال کرد: خداوند متعال در قرآن می‌فرماید: «وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا؛ آن چه را رسول خدا برای شما آورده بگیرید (و اجرا کنید)، و از آن چه نهی کرده خودداری نمایید». این آیه اطلاق دارد و تمام اوامر و نواهی پیامبر را شامل می‌شود. خداوند با این آیه، اطاعت پیغمبر را در آن چه برای مردم آورده و از آن چه نهی کرده، واجب نموده است که شامل قول و فعل و تقریر آن حضرت می‌شود. سپس با بیان جمله: «وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ؛ و از (مخالفت) خدا بپرهیزید که خداوند کیفرش شدید است»، هشدار داده و تخلف از آن جناب را مستلزم کیفر دانسته است.

همچنین در آیه ۵۹ سوره نساء، اطاعت از رسول اللّٰه (صلی الله علیه و آله) را واجب شمرده شده است: «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اطاعت کنید خدا را! و اطاعت کنید پیامبر خدا و اولو الامر [اوصیای پیامبر] را». نیز در آیه ۳ و ۴ سوره نجم می‌فرماید: «وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ * إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ؛ و هرگز از روی هوای نفس سخن نمی‌گوید! آن چه می‌گوید چیزی جز وحی که بر او نازل شده نیست»، که اثبات می‌کند تمام گفته‌های پیغمبر (صلی الله علیه و آله) از ناحیه خدا است و به عبارتی دیگر همه آنها وحی است، منتهی قسمتی از وحی، قرآن است و قسمتی دیگر، احادیث آن حضرت.

۲-۷-۳. سنت صحابه:

جمهور اهل تسنن، به جای سنت اهل بیت، سنت «صحابه» را حجت قرار داده‌اند؛ تا خلاء کمبود ادله را جبران کنند. آنان معتقدند که صحابی کسی است که پیامبر اسلام را در زمان حیات آن حضرت در حالی که مسلمان بوده است، دیده باشد و بر اسلام از دنیا برود و اتفاق نظر دارند که هرکس اطلاق نام صحابی بر او صحیح باشد، عادل است.

اهل سنت برای عدالت صحابه دلایلی دارند؛ از جمله به آیه شریفه «كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ؛ شما بهترین امتی بودید که به سود انسان ها آفریده شده‌اند...» و آیه «وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ؛ همان‌گونه (که قبله شما، یک قبله میانه است) شما را نیز، امت میانه‌ای قرار دادیم (در حد اعتدال، میان افراط و تفریط)؛ تا بر مردم گواه باشید» و آیه «لَقَدْ رَضِيَ اللَّهُ عَنِ الْمُؤْمِنِينَ إِذْ يُبَايِعُونَكَ تَحْتَ الشَّجَرَةِ؛ خداوند از مؤمنان-هنگامی که در زیر آن درخت با تو بیعت کردند- راضی و خشنود شد»، استدلال کرده‌اند.

دانشمندان این گروه به روایاتی نیز تمسک جسته‌اند که مهم ترین آن، این حدیث معروف است: «أصحابی كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم؛ اصحاب من همچون ستارگان آسمانند. به هر کدام اقتدا کنید، هدایت می‌شوید».

محمصانی صبحی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه رحیم گلستانی، چاپ دوم ۱۳۵۸، چاپخانه سپهر تهران.

۲-۷-۴. نقد سنت صحابه

پیروان مکتب اهل بیت (علیهم السلام) معتقدند، صحابه رسول الله (صلی الله علیه و آله) هر چند امتیاز و افتخار مصاحبت پیامبر را داشته‌اند، و در میان آنها شخصیت‌های والامقام پیدا می‌شوند، ولی به گواهی قرآن و حدیث و تاریخ، از نظر عدالت همانند اشخاص دیگر، جمعی عادل و گروهی غیر عادل بودند.

اهل سنت در اثبات عدالت صحابه به سه آیه قرآن استدلال نمودند، در حالی که آیه اوّل و دوم (آل عمران، ۱۱۰ و بقره، ۱۴۳) مربوط به تمام امت است، نه خصوص صحابه و آیه سوم (فتح، ۱۸)، مخصوص کسانی است که در بیعت رضوان شرکت کرده‌اند و همه صحابه را شامل نمی‌شود. به علاوه رضایت خداوند به خاطر مسئله بیعت رضوان دلیل بر رضایت او در برابر همه کارها نخواهد بود.

«ابن حزم» از فقهای اهل سنت، روایتی را که اهل سنت برای عدالت صحابه به آن تمسک بسته‌اند را ساقط و مکذوب و نادرست می‌داند. علاوه بر این، در بعضی از روایات چنین نقل شده است: «اهل بیتی کالنجوم بایهم اقتدیتم اهتدیتم؛ اهل بیت من همچون ستارگان آسمانند. به هر کدام اقتدا کنید، هدایت می‌شوید»، و این حدیث با حدیث متواتر ثقلین در حجیت سنت اهل بیت (علیهم السلام)، هماهنگ است.

قرآن مجید بارها از گروهی از صحابه که به میدان جنگ پشت کرده‌اند یا تخلف از قول رسول الله (صلی الله علیه و آله) نموده‌اند یا بر آن حضرت ایراد نموده‌اند، سخن می‌گوید و بعضی را با صراحت فاسق می‌شمارد؛ در یک جا می‌فرماید: «بعضی از مؤمنان هستند که درباره تقسیم زکات، بر تو خرده می‌گیرند اگر از آن به آنها بخشیده شود راضی می‌شوند و اگر چیزی داده نشوند خشمگین خواهند شد». در جای دیگر

می‌فرماید: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید اگر فاسقی خبری برای شما بیاورد، تحقیق کنید، مبدا جمعیتی را به مصیبتی گرفتار کنید، سپس پشیمان شوید»، که غالب مفسران اهل سنت آن را درباره «ولید بن عقبه» می‌دانند که از صحابه بود. ابن عاشور در تفسیر خود آن را مورد اتفاق می‌شمارد و روایات متضافره را ناظر به آن می‌داند.

قرآن در سوره نور و احزاب و براءت و منافقون، از گروهی از افراد به ظاهر مسلمان سخن می‌گوید که به ظاهر جزو صحابه بودند، ولی در باطن منافق بودند و نام‌های آنها هرگز ذکر نشده است. داستان معروف «افک» در سوره نور درباره نکوهش بعضی از صحابه است که به یکی از همسران پیامبر (صلی الله علیه و آله) تهمت زدند.

اضافه بر همه اینها، کارهایی از بعضی از صحابه شناخته شده سر زده که با هیچ منطقی قابل توجیه نیست. همه می‌دانیم داستان جنگ جمل را طلحه و زبیر که صحابی معروف بودند به راه انداختند و بر امام وقت خود خروج کردند و طبق بعضی از تواریخ هیجده هزار نفر از مسلمانان در این جنگ کشته شدند و نیز می‌دانیم معاویه همین کار را در برابر امام وقت، علی (علیه السلام) انجام داد و طبق نقل مسعودی یک صد و ده هزار نفر از مسلمانان در جنگ صفین به قتل رسیدند. آیا این خونریزی‌ها قابل توجیه است و چنین افرادی را می‌توان عادل شمرد؟! آیا نام مجتهد بر آنها نهادن و این گناهان عظیم را توجیه کردن با عقل و منطق سازگار است؟! اگر چنین باشد هر گناهی را در هر عصر و زمانی با این عنوان می‌توان توجیه کرد! کدام دانشمند منصفی حاضر می‌شود چنین مطالبی را بپذیرد؟!

به هر حال ما به صحابه پیامبر (صلی الله علیه و آله) به جهت مصاحبت آنها با پیامبر (صلی الله علیه و آله) احترام می‌گذاریم، ولی آنها را مانند سایر مسلمانان به دو گروه

بلکه به چند گروه تقسیم می‌کنیم. آنها که عادل بوده‌اند روایتشان از پیامبر (صلی الله علیه و آله) پذیرفته است.

۲-۷-۵. اجماع، منبع فقه اهل سنت و امامیه

سومین منبع در استنباط احکام در فقه اهل سنت، «اجماع» است. این دلیل در نظر اهل سنت بسیار مهم است تا جایی که «ابن تیمیه» یکی از علمای اهل سنت در ترتیب ادله و منابع استنباط گفته است: «اوّلین دلیلی که مجتهد را از همه ادله دیگر بی‌نیاز می‌کند و با وجود آن به هیچ دلیل دیگری نیاز ندارد، اجماع است که اگر آن را به دست آورد لازم نیست سایر ادله را پی‌گیری کند و لذا کتاب و سنت مخالف با آن را باید تأویل کند یا منسوخ بداند، سپس در رتبه دوم نوبت به کتاب و سنت متواتر، آن گاه نوبت به خبر واحد و قیاس می‌رسد» وی می‌گوید: به جهت اهمیت اجماع در نزد اهل سنت به آنان «اهل سنت و جماعت» می‌گویند.

مشروعیت دیدگاه اهل سنت در مسئله خلافت و جانشینی رسول خدا (صلی الله علیه و آله) منوط به مشروعیت اجماع است.

تعاریف مختلفی از سوی اهل سنت برای اجماع ذکر شده است؛ نظیر: «اتفاق تمام امت اسلام»، «اتفاق اهل حلّ و عقد»، «اتفاق تمام مجتهدان پس از رحلت پیامبر (صلی الله علیه و آله)»، «اتفاق مجتهدان یک عصر از امت محمد (صلی الله علیه و آله) بعد از رحلت آن حضرت بر امری از امور دین»، «اتفاق اهل مدینه»، «اتفاق اهل مکه» «اتفاق اهل حرّین» و

آن چه مهم است بررسی دلیل آنان بر حجّیت اجماع است. سؤالی که مطرح است این است که اتفاق نظر بخشی از مردم یا تمام مسلمانان (بنابر اختلاف تعاریف) چگونه

می‌تواند ارائه دهنده حکم الهی باشد؛ آن هم در کنار کتاب و سنت و مستقل از آن دو، بلکه به قول بعضی بالاتر از آن دو، و به عبارت دیگر چه ملازمه‌ای بین اجماع و حکم خداوند وجود دارد؟

علمای اهل سنت ادله مختلفی بر حجیت اجماع به عنوان یک دلیل مستقل ذکر کرده‌اند که عصاره آن چنین است: آنان می‌گویند: آیاتی از قرآن دلالت بر حجیت اجماع می‌کنند؛ مانند آیه ۱۱۵ سوره نساء که می‌فرماید: «کسی که بعد از آشکار شدن حق، با پیامبر مخالفت کند و از راهی جز راه مؤمنان پیروی نماید ما او را به همان راه که می‌رود می‌بریم و به دوزخ داخل می‌کنیم و جایگاه بدی دارد».

آنها می‌گویند: بی‌شک مخالفت با پیامبر (صلی الله علیه و آله) به تنهایی موجب مجازات الهی است. پیمودن راهی جز راه مؤمنان نیز به تنهایی سبب مجازات است و گرنه جمع میان مخالفت پیامبر (صلی الله علیه و آله) و مخالفت مؤمنان بیهوده خواهد بود. آیه دیگری که به آن استدلال کرده‌اند، آیه ۵۹ سوره نساء است که می‌فرماید: «هرگاه در چیزی نزاع داشتید (برای رفع نزاع) آن را به خدا و پیامبر بازگردانید».

مفهوم این آیه آن است که وقتی اتفاق نظر وجود داشته باشد و نزاعی در کار نباشد رجوع به خدا و رسول (صلی الله علیه و آله) لازم نیست و این معنای حجیت اجماع است.

گاه به حدیث معروفی که در «سنن ابن ماجه» آمده است که پیامبر فرمود: «إِنَّ أُمَّتِي لَا تَجْتَمِعُ عَلَى ضَلَالَةٍ؛ امت من بر گمراهی اتفاق نمی‌کنند». استدلال کرده‌اند. در نقل دیگری می‌خوانیم که آن حضرت فرمود: «سَأَلْتُ اللَّهَ أَنْ لَا يَجْمَعَ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ

فأعطانيها؛ من از خدا خواستم که اَمّت من بر گمراهی اتفاق نکنند و خداوند دعای مرا مستجاب کرد».

در نظر شیعه امامیه، اجماع، در صورتی حجت است که کاشف از رأی معصوم (ع) باشد.

محمصانی صبحی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه رحیم گلستانی، چاپ دوم ۱۳۵۸، چاپخانه سپهر تهران.

۲-۷-۶. نقد دلیل اجماع اهل سنت

اهل سنت در اثبات اجماع به عنوان یک دلیل مستقل در کنار کتاب و سنت، به آیات و روایاتی استدلال نمودند ولی مخالفان اجماع (به عنوان دلیل مستقل)، در همه این ادله مناقشه کرده‌اند و گفته‌اند:

أَمَّا آيَةُ ۱۱۵ سورة نساء، اشاره به دو چیز نمی‌کند، بلکه پیروی غیر راه مؤمنان، تأکیدی بر مخالفت پیامبر (صلی الله علیه و آله) است نه این که یک امر مستقلی باشد؛ زیرا مؤمنان راه پیامبر را برگزیده‌اند. این جواب از کلام غزالی در «المستصفی» نیز استفاده می‌شود. از این گذشته مراد از متابعت غیر سبیل مؤمنان، انکار اسلام و ایمان است و ارتباطی با مسائل فردی فقهی ندارد.

به فرض که از این مناقشات صرف نظر شود، آیه شریفه، اجماع را تنها در صورتی حجت می‌شمارد که همه مسلمانان بدون استثنا راهی را برگزینند و این چیزی نیست که مشکل فقیهان را حل کند.

أَمَّا آيَةُ ۵۹ سورة نساء ناظر به اختلافات است و دستور می‌دهد در اختلافات، قضاوت را به خداوند و پیامبر (صلی الله علیه و آله) واگذارید و از آنها داوری بطلبید و این

ارتباطی با مسائل فقهی ندارد. به علاوه هرگاه دلالت این آیه را بر حجّیت اجماع بپذیریم، در این آیه نیز، مانند آیه پیشین سخن از اجماعی است که تمام مؤمنان در آن شرکت داشته باشند.

و اما در مورد روایتی که از «سنن ابن ماجه» نقل شده، برخی در صحت سند آن مناقشه کرده‌اند که با مراجعه به شرح «نووی» بر صحیح مسلم روشن می‌شود. از نظر دلالت، ضلالت و گمراهی غالباً به معنای انحراف در اصول دین است؛ لذا این تعبیر در مورد فقهی که در یک مسئله فقهی خطا کند به کار نمی‌رود و نمی‌گویند: آن فقیه، راه ضلالت را پیموده است.

از این گذشته به فرض که از مناقشه در سند و دلالت آن صرف نظر کنیم، حجّیت اجماع را در جایی که همه امت اتفاق نظر بر چیزی داشته باشند اثبات می‌کند و این با تعاریف دیگر (مانند اجماع اهل مدینه، اجماع اهل حلّ و عقد یعنی علمای بلاد) که برای اجماع ذکر کرده‌اند سازگار نیست.

۲-۷-۲. دیدگاه امامیه در اجماع:

علمای امامیه اگر اتفاق نظری از تمام امت حاصل شود آن را حجّت می‌دانند؛ زیرا معصوم را هم جزو امت و به عنوان یکی از برترین فرد امت می‌شمارند، حتی اتفاق نظر علمای امامیه را کاشف از نظر معصوم (ع) می‌دانند. از آن چه گفته شد روشن می‌شود که در نظر امامیه، اجماع دلیلی مستقل بر حکم شرعی نمی‌تواند باشد، مگر از آن جهت که کاشف از رأی معصوم است؛ چرا که:

اولاً: اتفاق نظر فقها که خود را پیرو ائمه (علیهم السلام) می‌دانند و مقید هستند سخنی بدون دلیل نگویند، ملازمه عادی با رأی معصوم دارد.

ثانیاً: با اتفاق نظر فقہا، برای فقیہ، حدس یقینی به رأی معصوم حاصل می‌شود، چون وقتی فتوای یک فقیہ برای فقیہ دیگر ظن و گمان به حکم شرعی آورد، فتوای همه فقہا منتهی به یقین می‌شود.

ثالثاً: در جایی که هیچ مدرکی (دلیل یا اصل) بر حکم در دست ما نیست. اتفاق نظر علما می‌تواند حاکی از وجود دلیل معتبر در نزد آنها باشد و نشان می‌دهد که مطلب را بلا واسطه یا با وسائلی که به دست ما نرسیده از امام معصوم گرفته‌اند. حتی بعضی از دانشمندان شهرت مسئله‌ای در میان فقہای نخستین را از همین طریق حجت می‌شمارند. قابل توجه این که اگر علمای امامیه از این اجماع تعبیر به «اجماع حدسی» می‌کنند نه به معنای ظن و گمان است بلکه منظور علم و یقینی است که از طریق حس حاصل نشده است.

محمصانی صبحی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه رحیم گلستانی، چاپ دوم ۱۳۵۸، چاپخانه سپهر تهران.

۲-۷-۸. منابع اختصاصی فقه اهل سنت

منابعی برای استنباط احکام در فقه اهل سنت وجود دارد که اختصاص به آنها دارد. این منابع که از آنها به «منابع فرعی فقه» نیز یاد می‌شود عبارتند از: قیاس، استحسان، استصلاح (مصالح مرسله)، سدّ و فتح ذرائع، عرف، شریعت سلف و مذهب صحابی. بخشی از منابعی که در این قسمت مورد بحث قرار می‌گیرد، مواردی هستند که بر آنها واژه «اجتهاد الرأی» اطلاق می‌شود، زیرا اجتهاد دو اصطلاح دارد:

۱ - اجتهاد به معنای اعم که عبارت است از به کارگیری تمام سعی و تلاش برای به دست آوردن حکم از ادله. این گونه اجتهاد مورد اتفاق تمام علمای اسلام است.

۲- اجتهاد به معنای خاص که عبارت است از «اجتهاد الرأی» و به کارگیری قیاس، استحسان، استصلاح و سدّ و فتح ذرایع در مواردی که نص وجود ندارد، و لذا گاه کلمه اجتهاد را مرادف با (این موارد و به خصوص) قیاس قرار می‌دهند. نوع دوم اجتهاد، مخصوص اهل سنت است. طرفداران اجتهاد الرأی هر چند برای اعتبار آن ذر تک تک موارد، ادله‌ای از کتاب و سنت آورده‌اند، ولی به نظر می‌رسد که منشأ این گونه اجتهادات دو امر بوده است:

۱- به کارگیری اجتهاد الرأی از سوی برخی از صحابه در حالی که کسانی دیگر از صحابه شدیداً در مقابل آن ایستادگی نموده‌اند. از «ابن عباس» و «عبد الله بن مسعود» نقل شده که مدعیان اجتهاد به رأی را دعوت به مباحله می‌نمودند. از کسانی که در به کارگیری این گونه اجتهاد شهرت دارند، عمر بن خطاب است و در عصر پس از صحابه، ابو حنیفه را امام اهل رأی شمرده‌اند و بدین جهت بسیاری او را مذمت کرده‌اند. مکتب رأی در مقابل مکتب حدیث به فقهای کوفه در مقابل فقهای مدینه نسبت داده شده است. از جمله اصحاب رأی می‌توان ابو یوسف، ابن سماعه، ابو مطیع بلخی و بشیر مریسی را نام برد.

۲- بسته شدن راه وصول به احکام پس از رسول الله (صلی الله علیه و آله) می‌باشد؛ با وفات رسول گرامی اسلام (صلی الله علیه و آله) و انقطاع وحی و انقطاع مردم از خاندان وحی، راه رسیدن به احکام واقعی مورد نظر شارع بسته شد و این جهت، انگیزه‌ای برای قوّت یافتن اجتهادات مبتنی بر رأی شد. به عبارت دیگر منشأ فرو رفتن در اجتهاد رأی، تصوّر انسداد در احکام بوده است؛ زیرا وقایع و حوادث روزمره و مسائل مستحدثه، فراوان بود و تصوّر می‌شد متون دینی که بتواند جواب‌گوی همه این نیازها باشد کافی

نیست. از سوی دیگر، دین اسلام نیز آخرین دین الهی است که باید تا دامنۀ قیامت جوابگوی وظایف بندگان باشد. پس باید با حجتّ قرار دادن این گونه اجتہادات، راهی برای استنباط احکام در این گونه مسائل باز شود.

۲-۷-۹. قیاس، منبع فقه اهل سنت

یکی از منابع اختصاصی فقه اهل سنت، «قیاس» است.

تعریف قیاس:

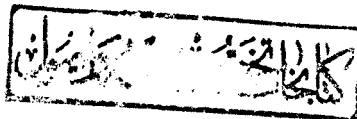
قیاس در لغت به معنای اندازه گیری، سنجش و برابری است و در اصطلاح عبارت است از سرایت دادن حکم از موضوعی به موضوع دیگر به جهت اشتراک دو موضوع در علت حکم.

به تعبیر دیگر قیاس آن است که شخصی حکم یک مسئله را بداند و حکم دیگری را نداند؛ لذا تشبیه کند که چون این به آن شباهت دارد، پس حکمشان باید چنین باشد.

ارکان قیاس:

به موضوعی که حکم آن معلوم است، اصل یا «مقیس علیه»، به موضوعی که حکم آن مجهول است، فرع، یا «مقیس» و به سبب حکمی که در هر دو موجود است، جامع یا «علّت» می‌گویند.

به این ترتیب ارکان قیاس چهار قسم است: ۱- اصل یا مقیس علیه؛ ۲- فرع یا مقیس؛ ۳- علّت یا جامع (جهت مشترکی که بین اصل و فرع است)؛ ۴- حکم (چیزی که برای اصل ثابت است و می‌خواهیم برای فرع هم اثبات کنیم).



اقسام قیاس:

قیاس دارای چهار قسم است:

۱- قیاس منصوص العله: و آن در جایی است که شارع، تصریح به علت کند و چون حکم، دائر مدار علت است، طبعاً فقیه، حکم را به موضوعات دیگری که علت در آنها وجود دارد نیز سرایت می دهد؛ مثل این که شارع بگوید: «شراب نخور؛ زیرا مست کننده است»، در این جا اگر فقیه حرمت را به اشیای مست کننده دیگر سرایت دهد، قیاس «منصوص العله» شکل خواهد گرفت؛ زیرا خطاب «شراب نخور» در حقیقت «مست کننده نخور» است

۲ - قیاس اولویت: و آن عبارت است از سرایت حکم از موضوعی به موضوع دیگر به اولویت قطعی؛ مانند این که خداوند فرموده: «به پدر و مادر اف نگویید که این جمله به اولویت قطعی، دلالت بر حرمت ناسزا گفتن به آنان می کند.

۳/ قیاس همراه با تنقیح مناط: و آن در جایی است که به همراه موضوع، حالات و خصوصیات باشد که قطعاً دخالت در حکم ندارند و لذا آنها را الغا کرده، از آن خصوصیات صرف نظر می کنیم؛ مثل این که در آیه شریفه تیمم می فرماید: «اگر آب (برای وضو یا غسل) نیافتید، با خاک پاکی تیمم کنید!»، در حالی که می دانیم نداشتن آب موضوعیت ندارد؛ بنابراین، اگر آب دارد و برای او ضرر دارد نیز همین حکم، جاری است و مثل این که شخصی سؤال کند که اگر مردی در مسجد به نماز ظهر ایستاده و شک بین سه و چهار نموده، چه حکمی دارد؟ امام (ع) در جواب فرماید: باید بنا را بر چهار بگذارد و سپس یک رکعت نماز احتیاط بخواند. با تنقیح مناط می توان این حکم را به هر نماز چهار رکعتی سرایت بدهیم؛ چون نماز ظهر بودن و در مسجد بودن

و مرد بودن شک‌کننده، هیچ کدام یقیناً خصوصیتی ندارد و از قیود موضوع نیست، بلکه از حالات است.

۴/ قیاس مستنبط العله: که در آن فقیه با ظنّ و گمان خویش، علت را به دست می‌آورد و حکم را از موضوعی به موضوع دیگر سرایت می‌دهد. به موضوع نخست «اصل» یا «مقیس علیه» می‌گویند که حکم در آن مسلم و مفروض است و به موضوع دوم «فرع» یا «مقیس» می‌گویند؛ زیرا حکمی ندارد و به گمان اشتراک آن در حکم اصل، حکم برایش ثابت می‌گردد.

قیاس در سه قسم اول نزد همه فقها حجّت است؛ زیرا در هیچ کدام اصل و فرعی وجود ندارد بلکه مقیس و مقیس علیه هر دو اصل هستند، و به تعبیر دیگر از خود دلیل می‌توان برای هر دو موضوع، اثبات حکم کرد. قسم چهارم (قیاس مستنبط العله)، از نظر جمهور اهل سنت حجّت است، خصوصاً پیروان ابو حنیفه به این نوع قیاس اعتماد فراوانی دارند، ابو حنیفه هر نوع تشبیه را در علت کافی دانسته است

۲-۷-۱۰. خاستگاه قیاس فقهی اهل سنت:

علت رو آوردن اهل سنت به قیاس، به برخی از مسائل تاریخی بر می‌گردد که عملاً دست اهل سنت را از میراث پربار و غنی اهل بیت (ع) کوتاه کرد.

استاد مطهری (ره) در بیان علت رو آوردن اهل سنت به قیاس می‌گوید:

«اهل تسنن عملاً نارسایی‌هایی در احکام اسلام مشاهده کردند. مسئله‌ای پیش می‌آمد، می‌دیدند در قرآن حکم این مسئله بیان نشده است. به سنت (آن مقدار نقل‌هایی که دارند) مراجعه می‌کردند، می‌دیدند هیچ حکمی درباره آن وجود ندارد. مسئله، بی‌حکم هم که نمی‌تواند باشد، چه کار باید کرد؟ گفتند: «قیاس». قیاس؛ یعنی ما بر اساس

مشابهت میان مواردی که درباره آنها حکمی در قرآن یا سنت موجود است و مسئله مورد نظر، حکم کنیم و بگوییم: در فلان جا این طور است، مسئله مورد بحث هم که بی‌شبهت به آن جا نیست، همان حکم را دارد. شاید در آن جا که پیغمبر (ص) فلان دستور را داده به این مناط و علت و فلسفه بوده، این فلسفه در این جا هم وجود دارد. بر اساس «شاید» است. به علاوه آن جا که سنت نارسا بود، یکی و دو تا نبود. دنیای اسلام مخصوصاً در زمان عباسیان توسعه پیدا کرد و کشورهای مختلف فتح شد و احتیاجات، مرتب مسئله می‌آفرید. اهل سنت به کتاب و سنت نگاه می‌کردند، می‌دیدند حکم این مسائل وجود ندارد. مرتب قیاس می‌کردند. دو فرقه شدند، یک فرقه منکر قیاس شدند؛ نظیر احمد بن حنبل و مالک ابن انس (که می‌گویند در تمام عمرش فقط در دو مسأله قیاس کرد)، فرقه دیگر جلوی قیاس را باز گذاشتند، رفت تا آسمان هفتم، مثل ابو حنیفه. ابو حنیفه می‌گفت این سنت‌هایی که از پیغمبر رسیده اصلاً قابل اعتماد نیست که واقعاً پیغمبر گفته باشد. می‌گویند گفته است فقط پانزده حدیث بر من ثابت است که پیغمبر فرموده، بقیه ثابت نیست و در بقیه قیاس می‌کرد.»

۲-۷-۱۱. جایگاه قیاس فقهی در استنباط:

از اهل سنت، گروه ظاهریه (ابن حزم و داوود و ...) و برخی از معتزله؛ نظیر جعفر بن حرب، جعفر بن مبشر و محمد بن عبد الله اسکافی، نظام و تابعان او، قیاس را باطل دانسته‌اند و «ابن حزم» در این باره کتابی به نام «ابطال القیاس» نگاشته است.

به حنبلی‌ها نیز بطلان قیاس نسبت داده شده است، و کلام احمد بن حنبل نیز اشاره به این معنا دارد: «فقیه از مجمل و قیاس اجتناب می‌کند»، ولی کلام او توجیه شده که مرادش بطلان قیاس در مقابل نص است. حنابله معتقدند باید علتی وجود داشته باشد

که آن علت را هم بتوان در اصل یافت و هم در فرع تا حمل فرع بر اصل صحیح باشد امروزه وهابیت که خود را حنبلی مسلک می‌دانند، به قیاس در دین اعتماد می‌کنند و آن را حجت می‌دانند.

برخی از اهل سنت درباره قیاس می‌گویند: واجب و حرام با نص متواتر ثابت می‌شوند نه با قیاس، قیاس اگر چه با شرایط صحّش حجت است، ولی اگر دانستیم که پیامبر (ص) چیزی را حرام یا واجب نکرد آن چیز، حرام یا واجب نیست و اگر قیاس برای آن، حرمت یا وجوب ثابت کند فاسد است. شیعه به پیروی از ائمه (ع) از ابتدا با این روش به شدت مخالفت کرد. از عمده ترین دلیل های مخالفت امامان شیعه (ع) با قیاس فقهی این است که رسیدن به فلسفه تشریع احکام، کار فقیهان نیست، پس هر حکمی که با استفاده از قیاس فقهی استخراج شود، می‌تواند ناقص باشد. در برخی از روایات به مناظراتی از امام صادق (ع) با ابوحنیفه درباره قیاس و ارزش آن اشاره شده است که به مختصری از آن اشاره می‌شود:

امام صادق (ع) به ابوحنیفه فرمود: «کدام یک از این ها نزد خدا بزرگ تر است: روزه یا نماز؟ جواب داد: نماز. سپس فرمود: پس چرا زن وقتی حائض می‌شود قضای روزه را می‌گیرد ولی قضای نماز را نمی‌خواند؟ (در صورتی که اگر بخواهی قیاس کنی باید بگویی چون نماز مهم تر است باید نماز قضا شود). باز فرمود: ادرار کثیف تر است یا منی؟ ابوحنیفه جواب داد: ادرار. فرمود: بنا به قیاس تو، باید غسل را برای ادرار کرد نه برای منی، با این که خداوند غسل را برای منی قرار داده نه ادرار. سپس علت حکم را چنین بیان فرمود: چون منی اختیاری است و از تمام بدن خارج می‌شود و در هر چند روز یک بار است (برای آن غسل قرار داده شده) ولی ادرار ضروری است و در هر روز

چند مرتبه است (لذا نیاز به غسل ندارد)». ابو نعیم در حلیه الاولیاء و دیلمی از امام جعفر صادق (ع)، از پدرش (ع) و او از جدش (ع) نقل می‌کند که رسول الله (ص) فرمود: «اولین کسی که امر دین را با نظر خود قیاس کرد ابلیس بود».

عیسی بن عبد الله قرشی می‌گوید: ابو حنیفه شرفیاب حضور امام صادق (ع) شد، آن حضرت به او گفت: «ای ابو حنیفه، به من خبر رسیده که تو قیاس می‌کنی. عرض کرد: آری، فرمود: قیاس مکن که اول کسی که قیاس به کار بست شیطان بود، آن هنگام که گفت: «مرا از آتش آفریدی و او را از گل»، و میان آتش و گل قیاس کرد و اگر نورانیت آدم را به نورانیت آتش سنجیده بود برتری میان دو نور و صفای یکی را بر دیگری می‌فهمید».

در روایت دیگری از امام جعفر صادق (ع) نقل شده است که فرمود: «کسی که امر دین را با نظر خود قیاس کند، خداوند در روز قیامت او را هم نشین ابلیس قرار خواهد داد» همچنین آن حضرت فرموده است: «به راستی عمل‌کنندگان به قیاس از راه قیاس علم را جستند و قیاس بیشتر آنها را از حق دور کرد، به یقین با قیاس، به دین و احکام خدا نمی‌توان رسید». در منابع اهل تسنن؛ مانند «تفسیر طبری» از «ابن عباس» و «ابن سیرین» و «حسن بصری» نیز این مطلب نقل شده است.

۲-۷-۱۲. استحسان، منبع فقه اهل سنت

استحسان، به عنوان یکی از ادلهٔ اجتهاد در فقه اهل سنت از نظر ابو حنیفه و مالک و حنبل حجت است. این جمله از مالک معروف است که، نه دهم فقه استحسان است. تعاریف مختلف و گوناگونی از استحسان شده که به طور اختصار، به آن اشاره می‌شود:

الف. تعریف لغوی: استحسان در لغت به معنای نیکو شمردن و پسندیدن است.

ب. تعریف اصطلاحی: آن چه در بدو نظر از معنای اصطلاحی استحسان به ذهن متبادر می‌شود، با تأثیر پذیری از معنای لغوی، «اعمال ذوق و سلیقه در استنباط حکم شرعی» است؛ یعنی زمانی که مجتهد دریافت که این فعل با طبع سازگار است، این کاشف از این است که حکم واقعی این فعل اباحه است، اما اگر آن فعل با طبع و ذوق سازگار نبود و نفس از آن تنفر داشت، اگر این تنافر و ناسازگاری در حد اعلا باشد، حکایت از آن دارد که حکم واقعی این فعل حرمت است، اما اگر در حد پایین باشد حاکی از آن است که حکم این فعل نزد خداوند کراهت است. اما سید محمد تقی حکیم، درباره تعاریفی که برای استحسان شده، می‌گوید: اصولی ها در تعریف استحسان اختلاف جدی دارند و بیشتر تعاریف ارائه شده از سوی آنان دارای ویژگی های تعریف حقیقی نبوده، بلکه این تعریف به سجع گفتار ادیبان که در آن معانی برای زیبایی به کار گرفته می‌شوند و به تعریف منطقیون، نزدیک تر است.

در این جا نمونه هایی از تعاریفی که سرخسی در کتاب مبسوط آورده است را بیان می کنیم:

۱- استحسان: ترک قیاس و دریافت آنچه که موافق تر به حال مردم است.

۲- استحسان: درخواست سهولت در احکام مورد نیاز مردم، اعم از عوام و خواص است.

۳- استحسان: گرفتن آن چه که در آن وسعت و عطوفت است.

۴- استحسان: گرفتن آنچه که در آن مدارا و راحتی است. شبیه به این تعاریف در دوری از فن تعریف، تعریفی است که به مالکی نسبت داده شده است: استحسان یعنی توجه به مصلحت و عدالت.

این گونه تعاریف نتایج مثبتی را به دنبال ندارد؛ زیرا در حجیت یا عدم حجیت استحسان مفید نیست. ولی بعضی تعاریف، از آن جا که حاوی مفاهیم معین و تعریف شده است می تواند در حجیت یا عدم حجیت استحسان نقش داشته باشد. از آن جمله «بردوی» از عالمان حنفی گفته است: «استحسان، عدول و خروج از قیاسی به سوی قیاس قوی تر، یا تخصیص به دلیل قوی تر از آن قیاس است».

شاطبی از عالمان مالکی می گوید: «استحسان عمل به اقوا دلیلین است». طوفی از علمای حنابلہ در کتاب مختصرش می گوید: «استحسان عدول به حکم مسئله است از نظائرش به دلیل شرعی خاص».

ابن قدامه نیز برای استحسان سه معنا بیان کرده است: «۱/ استحسان عدول به حکم مسئله است از نظائرش، به دلیل خاص از کتاب یا سنت. ۲/ استحسان چیزی است که مجتهد آن را به عقل خویش نیکو می شمارد. ۳/ استحسان دلیلی است که در نفس مجتهد پیدا می شود که توانایی بیان آن را ندارد». اینها برخی از تعاریفی بود که از سوی عالمان برای استحسان بیان شد که ما در این مقال در صدد مناقشه و اشکال به این تعاریف نیستیم.

برای روشن شدن بیشتر مفهوم اصطلاحی استحسان دو مثال بیان می کنیم:

مثال اول: اگر سفیهی وصیت کند که مقداری از اموالش را در کار خیری مصرف کنند، آیا چنین وصیتی صحیح است؟ قاعده کلی فقهی می گوید: تصرفات سفیه در اموالش

نافذ نیست، مگر این که ولیّ یا قیمّ او تنفیذ کند. با توجه به این قاعده کلی بدون شک نباید وصیت فوق صحیح باشد، ولی علمای حنفی با تمسک به استحسان به صحت آن استدلال کرده اند، به این بیان که اگر تصرفات سفیه نافذ شناخته نشده، برای مراعات حال و صرفه و صلاح وی است که مربوط به زمان حیاتش می شود؛ بنابراین، اگر سفیه برای بعد از مرگ خود وصیت کند که اموالش به مصرف خیری برسد؛ چون این مسئله متضمن ضرری به حال سفیه نیست، بلکه به نفع او نیز خواهد بود؛ لذا با عدول از قاعده کلی، چنین وصیتی مطابق قاعده استحسان صحیح خواهد بود.

مثال دوم: اگر حکم شود دست راست سارق قطع شود و مجری حکم از روی اشتباه دست چپ او را قطع کند، بر اساس قیاس، مجری ضامن است و باید دیه پردازد. اما ابو حنیفه می گوید: هر چند دست چپ اشتباهاً قطع شد، اما دست راست که فایده بیشتر دارد سالم مانده است؛ بنابراین، به جهت رعایت مصلحت و به دلیل استحسان (اگر مجری بر اساس اجتهاد چنین کرده باشد)، حکم به عدم ضمان مجری می کنیم؛ زیرا در این فرض مجدداً دست راست او را قطع نخواهند کرد. دلایل حجیت استحسان: کسانی که استحسان را حجت می دانند به چند دلیل استدلال کرده اند. سید حکیم در کتاب «الاصول العامه» در این باره چنین می گوید: در حجیت استحسان به دو آیه، یک روایت و اجماع استدلال شده است که در این جا این ادله بیان می شود

الف: آیات: / قول خدای متعال که می فرماید: "... پس بندگان مرا بشارت ده * آن کسانی که به سخن گوش می دهند و از بهترین آن پیروی می کنند ...". ۲/ خداوند متعال می فرماید: "... از بهترین چیزی که از جانب پروردگارتان نازل شده است پیروی کنید".

آنان در چگونگی استدلال به این آیات می‌گویند: در آیه اول پیروی از «قول احسن» مورد ترغیب و تشویق قرار گرفته و در آیه دوم به آن امر شده است و پیروی از احسن فرع بر شناخت احسن است و از طرفی چون مصادیق احسن به مردم معرفی نشده، پس شناخت احسن به خود مردم واگذار شده است.

ب: روایت: اهل سنت در حجیت استحسان به این روایت از ابن مسعود استدلال کرده اند: «هرآنچه را که مسلمانان نیکو یافتند همان نزد پروردگار نیز نیکو است».

ج: اجماع:

یکی دیگر از دلایل حجیت استحسان نزد اهل سنت اجماع است؛ با این ادعا که مردم بر استحسان اجماع دارند؛ به عنوان نمونه: اجماعی است که جایز است استفاده از حمام های عمومی با این که نه مقدار آبی که مصرف می‌شود معلوم است و نه نرخ و قیمت مقطوعی برای آن معین بوده است و چنین معامله ای نمی‌تواند در قالب هیچ یک از عقود معین قرار گیرد و این امر تنها برای رفع حرج و از باب استحسان می‌تواند صحیح باشد.

۲-۷-۱۳. نقد استحسان

عده‌ای از اهل سنت خصوصاً شافعی و همچنین برخی از حنفیه (مثل شاطبی و طحاوی) حجیت استحسان را انکار کرده‌اند و از نظر امامیه، زیدیه و ظاهریه نیز، باطل و بی‌اعتبار است.

در حجیت استحسان به دو آیه، یک روایت و اجماع استدلال شده بود که اشکالاتی بر این استدلال وارد است که به برخی از آن اشاره می‌شود.

الف. اشکالات استدلال به دو آیه ۱۸ و ۵۵ سورة زمر.

۱- در این آیات واژه "احسن" در معنای لغوی آن؛ یعنی نیکوتر شمردن و پسندیده تر استعمال شده و این با برداشتی که از آن شده؛ یعنی اراده معنای اصطلاحی از آن، منافات دارد. علاوه بر این اگر بپذیریم که این آیات دلیل حجیت استحسان باشند، به کدام یک از معانی نازل شده تا صلاحیت دلّیلیت برای استحسان داشته باشد! با این که این معانی با هم منافات دارند و قدر جامعی بین آنها وجود ندارد، بلکه امکان جمع هم وجود ندارد، مگر با تکلف. حمل بر یکی از این معانی نیز ترجیح بدون دلیل است. البته ممکن است کسانی که می‌گویند استحسان تمسک به اقوا دلّیلین است، به این آیات تمسک کنند و دلیل برای مدعای آنها باشد.

۲- «غزالی» می‌گوید: مفاد آیات این نیست که از آن چه خودتان نیکو می‌پندارید پیروی کنید، بلکه آن است که از احسن واقعی پیروی کنید و خداوند راه شناخت احسن واقعی را نیز به مردم نمایانده است و آن موافقت با کتاب و سنت است؛ زیرا احکام تابع مصالح و مفاسدی است که شرع بر آن احاطه دارد و عقل بشر (جز مواردی خاص) به آن راه ندارد، اما پیروی از آن چه مردم آن را نیکو می‌پندارند (گاه) چیزی جز، هوا و هوس نیست

ب. بر استدلال به روایت ابن مسعود، اشکال‌هایی وارد شده است که از این قرار است:

۱- این روایت سندش به ابن مسعود می‌رسد و کسی آن را از قول وی از پیامبر نقل نکرده است؛ بنابراین چه بسا این سخن از خود ابن مسعود باشد نه روایت از پیامبر

(ص). در نتیجه با این احتمال جایی برای دلیل بودن این روایت نمی ماند: (اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال)، مگر این که قول صحابی را حجت بدانیم.

۲- هیچ دلیلی بر اطلاق لفظ حسن در این روایت بر استحسان اصطلاحی وجود ندارد؛ چراکه استحسان از معانی مستحدثه و جدید نزد متأخرین است. با این وجود چگونه می شود این نسبت را به ابن مسعود داد؟! گذشته از این، کدام یک از معانی ارائه شده از استحسان را می شود به ابن مسعود نسبت داد؟ آیا تمام این معانی مراد او است، در حالی که این معانی متباین هستند، و حمل این روایت بر بعضی از این معانی بدون بعض دیگر هم دلیلی ندارد؛ زیرا هیچ یک از این معانی دارای اولویت نیستند.

اگر بپذیریم که این روایت صحیح باشد، تأکیدی برای قاعده ملازمه بین حکم عقل و حکم شرع است؛ یعنی اگر عقلاً بر چیزی اجماع کردند آن چیز نزد خداوند محبوب است. این استدلال هم زمانی تمام است که از لفظ مسلمین، مسلمانان به عنوان عقلاً اعتبار شود، اما اگر خصوصیتی برای واژه مسلمین اعتبار کردیم، در این هنگام روایت برای اجماع دلیل می شود.

ج. در رد دلیل اجماع باید گفت: اگر امثال این اجماع درست باشد، فقط بر اجماع این احکام دلالت می کند، نه بر استحسان اینها، تا چه رسد بر این که دلیل باشد برای تمام استحسان ها. علاوه بر این فقط به همین موارد اکتفا می شود، به این جهت که این موارد از ادله لفظیه نیست، بنابر این در آن به قدر متیقن اکتفا می شود.

بدیهی است که مثل این اجماع هیچ گونه اساسی ندارد؛ زیرا در این گونه موارد دلیل «سیره» قائم است؛ سیره مستمره از زمان پیامبر (صلی الله علیه و آله) که با علم و تقریر آن حضرت همراه است.

نتیجه: بسیاری از بزرگان اهل سنت در این عقیده با شیعه مشترک هستند که استحسان حجیت ندارد. از نظر شیعه، استحسان، دلیل ظنی غیر معتبر است؛ ولی اگر در مواردی رجوع به دلیل معتبر شرعی داشته باشد، به پشتوانه آن دلیل، معتبر خواهد بود.

۲-۷-۱۴. استصلاح (مصالح مرسله)، منبع فقه اهل سنت

یکی از منابع اختصاصی و فرعی فقه اهل سنت، «استصلاح» است. در آثار مکتوب اهل سنت به وفور به جای تعبیر به استصلاح از واژه ترکیبی «مصالح مرسله» استفاده می‌شود و مراد ایشان از آن، استصلاح و به تعبیر دقیق‌تر «استدلال به مصالح مرسله در استنباط حکم» است. این اصطلاح در مورد مصالح و مضاری به کار می‌رود که خطاب خاص یا عامی در مورد آنها نیامده، ولی از مذاق شرع به دست می‌آید.

در حقیقت مصالح سه قسم است: ۱/ «مصالح معتبره» و آن مصالحی است که ادله شرعی بر رعایت و اعتبار آن قائم است. ۲/ «مصالح مُلغی» و آن مصالحی است که شارع مقدس آنها را بی‌ارزش دانسته و رعایت آنها را لازم ندانسته است؛ مانند تسلیم دشمن شدن، که در آن مصلحت حفظ جان وجود دارد ولی چون کیان اسلام به خطر می‌افتد مصلحت حفظ نفس الغا شده و دستور جهاد داده است هر چند جان به خطر بیفتد. ۳/ «مصالح مرسله» و آن مصالحی است که از الغا یا اعتبار شرعی آزاد است.

برای مصالح مرسله چنین مثال آورده‌اند: اگر کفار در هنگام جنگ، عده‌ای از اسرای مسلمان را سپر خود قرار دهند و در پناه آنان قصد صدمه زدن به مسلمانان را داشته باشند و اگر با آنان مقابله نشود، هم به مسلمانان صدمه خواهند زد و هم اسرا را خواهند کشت، ولی اگر با آنان مقابله شود فقط اسرا خواه ناخواه و لو به دست مسلمانان کشته خواهند شد، در این میان مصالح مرسله اقتضا می‌کند که کشتن اسرای

مسلمان جایز باشد؛ چون از مذاق شرع به دست می‌آید که این کار نزدیک‌تر به مصالح مسلمانان است. فرق مصالح مرسله و استحسان بین مصالح مرسله و استحسان چنین فرق گذاشته‌اند که در استحسان غالباً نوعی استثنا از قواعد و نصوص عامه دیده می‌شود؛ به تعبیر دیگر استحسان نوعی عدول از حکم ثابت‌شده به دلیل عام است ولی مصالح مرسله مربوط به جایی است که دلیل بر حکم وجود ندارد و ما از مذاق شرع حکم را بر اساس مصلحت به دست می‌آوریم البته در استحسان هم مصلحت وجود دارد ولی این مصلحت غالباً به صورت استثنا شکل می‌گیرد.

۲-۷-۱۵. حجیت مصالح مرسله:

در حجیت مصالح مرسله سه قول است: «مالک» (یکی از پیشوایان اهل سنت)، مطلقاً آن را حجّت می‌داند و جمهور اهل سنت منکر حجیت آن هستند و حتی عده‌ای از مالکیه حجیت آن را از مالک نیز بعید شمرده‌اند.

و برخی تفصیل داده‌اند و گفته‌اند: فقط مصالح ضروری قطعی و بدیهی معتبر است. دلیل قائلین به حجیت مصالح مرسله آن است که احکام تابع مصالح است و نصوص، همه مصالح را در برنگرفته است و مصالح به حسب اقتضای زمان و مکان متجدّد می‌شوند و اگر فقط بر مصالح معتبره اکتفا شود، مصالح فراوان دیگری از دست می‌رود و این خلاف غرض شارع است.

۲-۷-۱۶. نقد:

نقدی که بر دلیل قائلین به حجیت مصالح مرسله وارد می‌شود، آن است که مسلماً احکام تابع مصالح است و اگر آن مصالح در ادله و نصوص، معتبر شده باشد یا از نظر درک عقل در حدّ مستقلّات عقلیه باشد به گونه‌ای که قطع حاصل شود، همان قطع حجّت خواهد بود ولی اگر مصلحت به گونه‌ای است که دلیلی بر اعتبار و الغای آن وجود ندارد و صرفاً ظنّ به حکم شرعی می‌آورد اعتبار این حکم بر اساس چنین مصلحتی دلیل قطعی بر اعتبار می‌خواهد و چنین دلیلی نداریم و اصل در ظنّ، عدم حجیت است. «إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً؛ گمان، هرگز انسان را از حقّ بی‌نیاز نمی‌سازد (و به حق نمی‌رساند)».

کوتاه سخن این که هرگاه مصالح مرسله به سرحدّ قطع و یقین برسد در حجیت آن تردید نیست، اشکال در مصالح ظنی است که دلیل قطعی بر اعتبار آن نداریم.

۲-۷-۱۷. سدّ و فتح ذرائع، منبع فقه اهل سنت

بعضی از اهل سنت (مالکیه و حنابلّه)، «سدّ و فتح ذرائع» را در کنار دیگر ادله و منابع فقهی معتبر می‌دانند. مالک (رهبر فرقه مالکیّه) این قاعده را در اکثر ابواب فقه قابل اجرا می‌داند. معروف است که وی گفته است: یک چهارم تکالیف شرعی با قاعده سدّ و فتح ذرائع استخراج می‌شود.

«سدّ» و «فتح» به معنای «بستن» و «باز کردن» است. «ذرائع» جمع «ذریعه» به معنای وسیله است.

این اصطلاح در میان اهل سنت رایج است. آنان می‌گویند از آن جا که جلب مصالح و دفع مفاسد لازم است و برخی از افعال مستقیماً حرام شده‌اند؛ مانند سرقت و زنا، ولی برخی از افعال مستقیماً مورد حرمت قرار نگرفته‌اند، لکن، از آن جا که منجر به حرام می‌شوند شارع آنها را تحریم کرده است؛ مانند خلوت با زن اجنبیه. کسی که «سدّ ذرایع» را حجت می‌داند، می‌گوید: راه‌ها و طرق رسیدن و وصول به محرمات الهی را باید بست، چنان که کسی که «فتح ذرایع» را حجت می‌داند، می‌گوید: باید وسائل و طرق رسیدن به واجبات را باز گذاشت.

ظاهراً این دو اصطلاح به «حرمت مقدّمه حرام» و «وجوب مقدّمه واجب» بازمی‌گردد و در کتب اصول فقه شیعه در مبحث مقدّمه واجب به این بحث پرداخته شده است. البته یک معنای دیگری نیز برای سدّ ذرایع ذکر شده و آن بستن راه حيله در شرع است؛ به عنوان مثال: اگر کسی برای فرار از ربا، مال خودش را به قیمت بالایی به صورت نسیه بفروشد و شرط کند که مشتری آن را به قیمت کمتری به او نقداً بفروشد، این کار شرعاً جایز نیست و دلیل آن را سدّ ذرایع دانسته‌اند.

ایرادی که متوجّه این سخن است این که اگر «سدّ و فتح ذرایع» به معنای اوّل باشد، این بحث مربوط به حکم عقل است؛ یعنی آن چه عقل به تنهایی و بدون وجود خطاب و دلیل لفظی از کتاب و سنت بر آن دلالت دارد که عبارت از مسئله معروف حسن و قبح عقلی می‌باشد و اگر معنای دوم مراد باشد، به کار بردن حيله در ربا از جهات دیگر معامله را باطل می‌کند و آن این که قصد جدی به معامله و انشا در طرفین این گونه موارد وجود ندارد و به همین دلیل معامله عقلاً باطل است.

بنابراین مسئله سدّ و فتح ذرایع منبع تازه‌ای برای استنباط احکام نیست بلکه جزئی از حکم قطعی عقل است.

در حال حاضر مذاهب فقهی ای که نزد اهل سنت موجود است، چهار مذهب می‌باشد و در میان گروه زیادی از مسلمانان پیرو داشته و مورد عمل قرار می‌گیرد، که عبارتند از: حنفی، مالکی، شافعی و حنبلی.

فصل سوم:

فلسفه قانون گذاری کیفر در

اسلام

اسلام برای تہذیب نفوس، پاسداری از مصالح امت بسط عدالت، امنیت اجتماعی، و حفظ نظام و ارزشهای جامعه شیوہ هایی را بہ کار گرفتہ است کہ در آخرین مرحلہ نوبت بہ اجرایی مقررات جزایی و اقامہ حدود و تعزیرات می رسد. از آنجا کہ صرف تعلیمات اخلاقی، بہ جهت نداشتن ضامن اجرایی یعنی نیروی وادارندہ بہ خوبی، و بازدارندہ از بدی، و بہ عبارت دیگر نداشتن پاداش و کیفر در خیلی از مردم بیگانہ از فطرت اصلی آن چنان کہ باید و شاید نمی تواند اثر بخش چنانچہ فرد مجرم را آزادانہ در میان جامعہ بہ حال خود رها کنند و بہ او کاری نداشته باشند در کوتاہ زمانی موجب گسترش جرم و نابودی جامعہ و اختلات در نظام جامعہ و محو عدالت و امنیت از جامعہ خواہد بود و برای جلوگیری از بروز چنین شرایطی رسیدگی و بررسی جرم و مجرم، و اجرای کیفر ولو بہ شدیدترین شکل ممکن یعنی اعدام دربارہ مجرم و بکارگرفتن روشن شدت عمل بہ جای شیوہ هایی مسالمت آمیز می باشد کہ این موضوع در تمامی اراء و نظرات قضایی در دنیا و در دین مبین اسلام بہ لحاظ اهمیت مورد نظر و دارای ساختاری منظم و بر اساس مصالح فرد. جامعہ و اعتلایی کمالات انسانی می باشد و پیشبرد اہداف متعالی شریعت مقدس اسلام پیش بینی و بہ مورد اجراء می باشد. چرا کہ لازمہ ظہور بستر کمال برای بشر جامعہ ای امن و بہ دور از بی اخلاقی و بی عدالتی و رفتار غیر انسانی می باشد.

زمان پیغمبر نخستین دورہ قانون گذاری اسلامی است کہ از سال ۶۱۰ میلادی با آغاز پیام آوری محمد ابن عبد اللہ (ص) شروع و در سال ۶۳۲ میلادی با رحلت آن حضرت بہ پایان رسید. در این دورہ کتاب یعنی قرآن کریم مصدر قانون گذاری بود علاوہ بر منبع اساسی مذکور در امر قانون گذاری از (سنت پیامبر یعنی قول و فعل و تقریر او

(ص) نیز استفاده می‌شد. از آن زمان تا کنون با توجه به منابع موجود در حال حاضر کشف و ارائه حقایق شریعت در قانون‌گذاری و تفصیر ارائه اراده شارع مقدس به جامعه توسط مطلعین و متخصصین امر که فقها و مجتهدین فرقتین می‌باشد ممکن و جاری است که مسئولیت صیانت و نشر تشریح قوانین الهی و اسلامی را عهده دار می‌باشند.

۳-۱. مجتهد کیست

مجتهد باید رشید و خردمند دادگر متصف به اخلاق حسنه و عالم به مدارک قانون‌گذاری و عارف به ادله شرعی و طرز استفاده از آنها و نیز آشنا به لغت و تفسیر و شأن نزول قرآن و احوال راویان حدیث و طرق جرح و تعدیل و ناسخ و منسوخ باشد و بنا به گفتار شاطبی مجتهد باید از مقاصد کمال‌های مطلوب شریعت نیز آگاه باشد.

۳-۲. اهداف شریعت

از دانشمندان اسلام افرادی با وجود اختلاف در مسلک از قبیل عزبن عبدالسلام شافعی و ابن قیم جوزی حنبلی ابو اسحق شاطبی مالکی و دیگران کتابهایی در روشهای قانونگذاری اسلامی و هدفهای آن نیز در بیان مصالح و عللی که پایه‌های قوانین بر آنها استوار است نوشته و قوانین شرع را بدو بخش تقسیم کرده‌اند: بخش عبادت و بخش معاملات و امور مربوط به زندگی اجتماعی. هدف قوانین اجتماعی که عبارت از جلب منافع و رفع مفسدات از مردم است بر عقل و منطق استوار می‌باشد. و به عبارت دیگر پایه قوانین بر این استوار است که در مصالح اصل اباحه و جواز و در مفسدات اصل منع و جلوگیری عملی گردد و اکثر قریب به اتفاق فقیهان بر این عقیده‌اند. یکی از بهترین

تعبیرها در مورد بیان مقاصد شریعت از ابن قیم است: (همانا اساس شریعت بر مصلحت و سود افراد انسان در معاش و معاد پایه گذاری شده است و آن دادگری و رحمت و حکمت است و هر امری که از عدالت به سوی ستم و از مصلحت به مفسده و حکمت به عبث گراید از شریعت نیست هرچند که از تأویل بصورت دخیل در شرع دیده شود)

۳-۳ آغاز تحول قوانین

ابن خلدون می‌گوید: (کیفیت جهان و عادات و رسوم ملت‌ها و شیوه‌ها و مذاهب آنان بر روشی یکسان و شیوه‌ای پایدار دوام نمی‌یابد. بلکه با گذشت روزگار و قرون اختلاف می‌پذیرد و از حالی به حالی انتقال می‌یابد و همچنان که این کیفیت در اشخاص اوقات و اماکن پدید می‌آید در سرزمین‌ها و کشورها و قرون متمادی و دولت‌ها نیز روی می‌دهد آئین خداوند است که در میان بندگان گذاشته است) لازم این حقیقت اجتماعی اینست که مصالح مردم بموازات تحولات اجتماعی و تبدیل پدیده‌های آن تغییر پذیر باشد و اگر مصالح مردم را به طوری که قبلاً روشن نمودیم پایه وضع قوانین اجتماعی بدانیم، تحول احکام شرعی را بر وفق تحول زمان باید لازم و معقول پنداشت. باید در مقام جستجو و درک مصالحی که علل اصول قوانین اجتماعی را تشکیل می‌دهند بر آمد و نیز لازم است قاعده دیگری را به دنبال آن تجری نمود که به حکم قاعده اخیر هر وقت علت تغییر یافت یا از بین رفت قانونی مبتنی بر آن علت بود نیز عوض شود و از میان برود این است که بر قواعد اصولی چنین آمده است: (حکم شرعی که بر پایه علتی قرار گرفته است از لحاظ بود و نبود تابع علت خود می‌باشد) و

علائمی می گوید: (حکم شرعی بر علتی استوار است و با از بین رفتن علت معلول نیز خاتمه می یابد)

۳-۴ تغییر در نص

بیشتر فقیهان و مجتهدان اسلامی اصولاً قاعده تغییر قوانین را پذیرفته اند و لی در موردی که نص روشنی از کتاب و یا سنت وجود دارد اختلاف دارند، چه نصوص قوانین اسلامی مقدس به شمار می رود و دست زدن به ترکیب آن هارا نمی توان سرسری انگاشت. ولی آیا جائز است نصی را با غیر نص تعدیل کرد، یعنی از راه اجتهاد یا قانون گذاری یا تبعیت از عرف و عادت و یا از راه های دیگر می توان نصی را نسخ کرد یا نه؟ بطوری که در فلسفه قانون گذاری شریعت روشن کردیم در حقوق اجتماعی باید به معانی و علل وجودی احکام توجه کرد و جمهور فقها بر این معتقدند ولی اختلاف آنان در تغییر احکام متکی به نص می باشد که عده ای به حرمت آن حکم داده و عده ای آن را فقط در برخی احوال جائز شمرده اند. جمهور فقیهان مخالفت با نص کتاب و سنت را مطلقاً جایز نمی دانند و فتوای مخالف نص را حرام می شمارند و توجه به عرف و عادت یا عسر و حرج را مخصوص مواردی می دانند که نصی در آن وجود نداشته باشد.

۳-۵ اجتماع اسلامی در مورد تغییر قوانین

نظریات مختلف دانشمندان حقوق و اجتماع اسلامی در مورد تغییر قوانین شرعی بر وفق گردش روزگار و احوال و اختلاف امکنه اجمالاً بیان شد اکنون ناگزیریم پنج مورد زیرین را تذکر دهیم تا اهمیت اختلاف موجود در این زمینه را به حداقل برسانیم.

اول - اینکه میدان اختلاف بسیار کم است، چه نص هایی مربوط به قوانین با مقایسه با نصوص عبادات بسیار کم است

دوم - احکامی که در معرض تعدیل و تغییر قرار میگیرند غالباً مربوط به جزئیات است نه قواعد کلی که در کلیه کشور ها از گذشته تا حال و آینده، همیشه ثابت و برقرار می باشد .

سوم - رای مختار نزد فقیهان این است که هنگام ضرورت عمل بر خلاف نص جائز است چه بطوری که در جای خود گفته خواهد شد (الضرورات تبیح المحظورات) نیاز ها و ضرورت ها، محرمات را مباح می سازد.

چهارم - بسیاری از نص ها که به سنت منسوب است در حقیقت ارتباطی با سنت ندارند و به طوری بسیاری از احادیث ساختگی و مجعول هستند .

پنجم - برخی از احادیث مربوط به زندگی دنیوی افراد است. وقانونگذار اسلامی رای خود را در ان موارد ابراز داشته است. این ارا واجب الاتباع نیست ودلیل ان روایت مسلم است. بدین مضمون که پیامبر بر قومی گذر کرد که خرما تلقیح میکردند. پرسید (اینان چه میکنند؟) چگونگی را گفتند. پس گفت. (اگر نمیکردند بهتر بود) گفتار پیامبر را به ان قوم رساندند و آنان از تلقیح دست برداشتند و در نتیجه خرما نضج کامل نیافت. وقتی پیامبر چگونگی را دانست گفت. (من بشری بیش نیستم چنانچه در امور دینی به شما دستوری دهم بدان عمل کنید واگر رای خود را ابراز دارم بدانید که من بشرم). (شما به کارهای دنیوی خودتان آگاه ترید). آیه کریمه: (یرید الله بکم الیسر ولا یرید بکم العسر) واحادیث شریف: (یسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا). (کارها را آسان بگیرید و آنها را بر خود دشوار نسازید. مژده دهید و مردم را از خود مرانید). (خذوا من العمل ماتطیقون). (به آن اندازه که

میتوانید عمل کنید). (ما نهیتکم عنه فاجتنبوه. و ما امرتکم به فافعلوا منه ما استطعتم). (از هر آنچه شما را از آن نهی کرده ام اجتناب کنید و به هر آنچه امر کرده ام به اندازه استطاعت و توانایی عمل کنید). از مجموع مطالب چنین مستفاد میگردد که حقوق اجتماعی کلا بر پایه های عقل استوار و منافع آن دوشادوش مصالح و نیازمندیهای جامعه و عادت اجتماعی در حرکت است و بودن نبود قانون دایر مدار وجود و عدم علت آن میباشد. در دنیای اسلام. در زمانی که مردم از جمود فکری و سکوت بیجا روگردان بودند. مردانی وجود داشتند که هدفهای حقیقی اسلام را مد نظر گرفتند و احکام و قوانین را بر معانی و مقاصد آن تطبیق کردند و تنها به تطبیق حروف و نصوص قناعت ننمودند. روح شریعت همواره برپایه مصلحت عمومی و خیر مطلق و آسانگیری در کارها بنا شده است و برخی از فرنگیها که (شریعت اسلام را محکوم به جمود پنداشته اند) در حقیقت اشتباه کرده اند و علت این اشتباه را باید در قصور ایشان در مراجعه به مراجع اصلی شریعت و عجز آنان در فهم معانی حقیقی آن دانست. (ان فی ذالک لعبره لاولی الابصار).

۳-۶ - ویژگی های کیفر در اسلام

از متون فقهی جزا و آیات و روایات مربوطه به آن چنین برمی آید که بطور کلی کیفرهای اسلامی باید دارای ویژگی های زیر باشند:

۱- کیفر باید قانونی و مشروع باشد. یعنی مستند به یکی از مآخذ فقهی باشد که مهمترین آنها کتاب و سنت است.

۲- هدف از قانون گذاری کیفر اصلاح جامعه و فرد است و در عین حال در اصلاح مجرم و جامعه موثر و مایه عبرت دیگران گردد.

۳- کیفر باید بازدارنده مجرم و جلوگیرنده دیگران باشد. یعنی مجرم را از تکرار جرم بازدارد و برای دیگران به گونه ای عبرت آموز و مانع باشد.

۴- چون مجرمان، در شخصیت و شرایط متفاوت هستند از این رو بهترین نظام کیفری آن است که به مسئول یا مسئولان قضایی جامعه امکان اعمال ملاحظات شخصیتی، خانوادگی و اجتماعی را به ایشان بدهد که در جرایم تعزیری این ویژگی ها مشهود است.

۵- باید میان جرم و کیفر هممانگی و تعادل وجود داشته باشد تا از اثر بخشی لازم برخوردار باشد.

۶- کیفر همگانی باشد و استثناء در آن راه نیابد.

۷- کیفر باید فردی باشد و فقط درباره مجرم به عنوان مسئول ارتکاب اعمال گردد.

۸- جهت رعایت عدالت کودکان و افراد فاقد تصمیم و اراده و مجانین از دایره مسئولیت کیفری خارج باشند. منبع (علیرضا فیض - ۱۳۸۹ / ۳۳۸ ص)

۳-۷ - اقسام کیفر

کیفرها از لحاظ مختلف دارای اقسامی هستند:

الف: کیفر از نظر اصلی بودن و غیره بر چهار قسمت: ۱- کیفر اصلی، ۲- کیفر بدلی،

۳- کیفر تبعی، ۴- کیفر تکمیلی

۱- کیفر اصلی: آن است که برای جرمی معین شده است که کیفر آن به صراحت مشخص است مثل قصاص، حد، دیه، قطع دست و تازیانه.

۲- کیفر بدلی: و آن کیفری است که در شرایط خاص جای کیفر اصلی را می‌گیرد مثل اینکه در قتل عمد که کیفر اصلی آن قصاص است. اولیاء دم در خصوص تبدیل قصاص به دیه تراضی کنند.

۳- کیفر تبعی: کیفری است مجرم قهراً و خود به خود بدان می‌رسد و نیازی به حکم حاکم شرع ندارد. مثل محرومیت قاتل از ارث یا عدم قبول شهادت قذف کننده و فسخ فکاح مرتد فطری و تقسیم اموال آن بین و ورثه.

۴- کیفر تکمیلی: کیفری است که مجرم در شرایط ویژه علاوه بر محکومیت به کیفر اصلی بدان محکوم می‌شود مثلاً مجرمی در زمان یا مکان شریفی به ارتکاب جرمی چون زنا دست بزند که علاوه بر جرم اصلی به کیفر تعزیز نیز محکوم می‌شود. (تحریر الوسیله امام)

ب: کیفر از نظر نوع وجوب به سه قسم است.

۱- کیفر معین (تعینی) ۲- کیفر مخیر (تخیری) ۳- کیفر مرتب (ترتیبی)

۱- کیفر معین، آن کیفری است که قانون‌گذار نوع و میزان آن را معین کرده است و بر حاکم واجب است که همان را به اجرا درآورد. مثل قطع سارق، قصاص قاتل عمد

۲- کیفر مخیر، آن کیفری است که در مورد آن یکی از چند چیز واجب گردیده و به حاکم اختیار داده شده است که از آن میان هریک را صلاح میدانند انتخاب کند مانند محاربه که بنابه قول اگر فقها حاکم مخیر است از میان چهار کیفر یعنی قتل و صلب، قطع و تبعید یکی را انتخاب کند.

۳- کیفر مرتب، کیفر محاربه به عقیده گروهی از دانشمندان اهل سنت و شیعه از جمله شیخ طوسی علیه الرحمه کیفر ترتیبی است. شیخ مفید و گروهی دیگر از فقها کیفر

محارب را تخیری می‌دانند ولی شیخ طوسی گوید: کیفر محارب ترتیبی است بدین شرح که محارب هرگاه کسی را کشته و مالی را برده باشد، مال از وی پس گرفته می‌شود و دست و پایش را می‌برند و سپس او را کشته و به دار می‌آویزند.

در شرح قوانین کیفری مصوب مجلس شورای اسلامی (علیرضا فیض - ۱۳۸۹/ص ۳۹۰)

آمده است

ج: کیفر از نظر بدنی و مالی به سه قسم است:

- ۱- کیفر بدنی
 - ۲- کیفر روانی
 - ۳- کیفر مالی
- ۱- کیفر بدنی، کیفری است که بر تن و جسم آدمی واقع می‌شود و آن را به درد می‌آورد چون تازیانه، قطع، زندان، اعدام و قصاص
- ۲- کیفر روانی، چون کیفرهایی که روح انسان را متألم می‌سازد از قبیل توبیخ کردن، خلع لباس، درانزوا گذاردن مجرم و معاشرت نکردن با او
- ۳- کیفر مالی، چون محکومیت به پرداخت دیه، مصادره اموال، محرومیت از ارث

د: کیفر در نوع خود بر پنج قسم است:

- ۱- حدود
 - ۲- تعزیرات
 - ۳- قصاص
 - ۴- دیات
 - ۵- کفارات
- که از آنجا که مشهور فقها بیش از هر تقسیم بندی دیگر این تقسیم بندی را مطرح و بر آن تأکید نموده اند این تقسیم بندی اخیر از مهمترین قسم از اقسام کیفرها به شمار می‌رود.

فصل چهارم:

طریقت یا موضوعیت ادله مثبتہ

دعوی و بینہ

۴-۱. شرایط استماع دعوی به لحاظ مدعی

بدون شک، تنها راه حل تعارضهای حقوقی و کیفری بین طرفین یا اطراف دعوی، در تمام سیستم های سیاسی گذشته، حال، آینده قرار دادن آنها در چرخه نظام قضایی است که هدف از آن، منحصراً احقاق حق بی طرفانه و دفاع از حقوق افراد و جامعه است از سوی دیگر لازمه ورود به این چرخه وجود شرایطی موسوم به (شرایط استماع دعوی) جهت تسهیل و تحقق هدف فوق است.

فقه‌ها برای استماع دعوای مدعی، شرایط مختلفی را برشمرده اند که جهت اختصار، فهرست آنچه را در تحریر الوسيله حضرت امام (ج ۲، ص ۳۷۱) آمده است، ذکر می‌کنیم و سپس به بررسی آنها می‌پردازیم.

شنیدن دعوی مشروط به اموری است که بعضی از آنها مربوط به مدعی است و بعضی به خود دعوی و بعضی مربوط به مدعی علیه و یا مدعی به که شرح زیر است: ۱ و ۲ بلوغ و عقل، ۳- عدم حجره دلیل سفه اگر موجب تصرف مالی باشد، ۴- اجنبی از دعوی نباشد، ۵- وجود مدعی علیه، ۶- دعوی اثر داشته باشد، ۷- مورد دعوی فی الجمله معلوم باشد، ۸- مدعی در دعوی جازم باشد، ۹- مدعی علیه معین باشد.

۴-۲. عاقل بودن مدعی:

شرط اول از شرایط استماع دعوی، عقل است و عدم العقل که نقیض عقل است، موجب عدم استماع دعوی است عدم العقل اختصاص به جنون ندارد، بلکه مست و امثال آن را نیز شامل می‌شود و جنون مصداق بارز عدم العقل است.

- بعضی از دانشمندان جنون را به سه قسم دانسته اند (محد ابوزهره _ الجریمه و القوبه)
- ۱- جنون طبیعی
 - ۲- جنون عارضی
 - ۳- جنون وسوسه
- که مشروح آن. منبع اشاره شده موجود است.

۴-۳. بالغ بودن مدعی

الف: مفهوم بلوغ ب: شرطیت بلوغ در استماع دعوی

الف: مفهوم بلوغ، بلوغ در لغت به معنای رسیدن به حد کبراست (فخرالدین طریحی، مجمع البحرین) و فقها علایمی برای شناخت آن برشمرده اند که عبارت است از: ۱- احتلام ۲- روئیدن موی زهار که این را به اجماع مشترک بین پسر و دختر دانسته اند، ۳- سن پانزده سال برای پسر (بنابر مشهور، بلکه اجماع) و نه سال برای دختر (بنابر مشهور)، ابو حنیفه سن بلوغ را در پسر ۱۸ سال و در دختران ۱۷ سال می‌دانند. ۴- حیض، ۵- حمل که دو مورد اخیر مختصات دختر است.

ب: بلوغ شرط استماع دعوی: از مجموع کلمات فقها استفاده می‌شود که برای عدم استماع دعوای غیر بالغ، به دو دلیل استدلال شده است

۱- اجماع ۲- بی اثر بودن گفتار و فعل صغیر به دلیل نص فتوا و عدم امکان فصل خصومت در جایی که مدعی صغیر است.

مرحوم خوانساری در مجمع المدارک می‌گوید: معروف، عدم استماع دعوای مجنون و غیر بالغ است و عبارت صغیر بی اثر است. اما آنچه مسلم است، عدم استقلال صغیر است و اگر با اذن ولی باشد ممنوعیت مسلم نیست. علاوه بر آن ظاهر بعضی

اخبار، استقلال و صحت وصیت صغیر ده ساله است. (جامع المدارک فی شرح المختصر النافع. ج ۶، ص ۶۸)

۴-۴. رشد مدعی:

در این بخش چهار موضوع قابل بحث است مفهوم رشد و سفه، دخالت حکم حاکم در حجر و سفه، شرطیت رشد در دعوی، شرطیت رشد در دعوی قتل.

الف: مفهوم رشد: فتوای مذاهب این است که هرکس مالش را به خوبی اداره نکرده، در بطالت، حرام، تبذیر و اسراف مصرف کند، صغیر است. (دانشگاه علوم اسلامی رضوی ۱۳۸۷، ص ۴۱) در جواهر الکلام آمده است: مرجع در فهم معنای رشد، عرف است و فرضاً به معنای هدایت در مقابل ضلالت باشد، منافات با گفته ما ندارد که بگوئیم صلاحیت در مال داشته باشد، زیرا این نیز نوعی هدایت مالی است (محمد حسین نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۴۸)

ب: لزوم حکم حاکم بر حجر سفیه: سفه ممکن است متصل به صغر سن باشد یا بعد بلوغ عارض شود. در صورت اول، به اجماع فقها، ثبوت زوال آن به حکم حاکم نیاز ندارد (جواد کاظمی، سالک الافهام ج ۳، ص ۱۴۲) اما در صورت دوم که سفه متصل نیست، مورد اختلاف است.

محقق در شرائع الاسلام، فاضل مقداد، شیخ طوسی در المبسوط و فخرالمحققین در شرح ارشاد و ابن زهره در غنیة النزوع می گویند. حجر سفیه نیاز به حکم حاکم دارد، والا آثار سفه بر او بار نمی شود. کرکی در جامع المقاصد، شهیدین، محقق سبزواری، فیض کاشانی و طباطبائی قائل به عدم لزوم حکم حاکم شده اند. مرحوم خوانساری در

جامع المدرک نیز همین نظریه را پذیرفته است. (سید احمد خوانساری، جامع المدرک ج ۳، ص ۳۶۸)

ج: شرطیت رشد در مدعی: عده ای از بزرگان رشد را به عنوان شرط مدعی مطرح نکرده اند (سید احمد خوانساری، جامع المدارک، ج ۶، ص ۶۶) (علامه حلی، ارشاد الاذهان، ج ۲، ص ۱۴۳) و ... یا تصریح به عدم شرطیت کرده اند (سید ابوالقاسم خویی، مبانی تکملته المنهاج، ج ۱، ص ۴۲) و عده ای تفصیل داده اند (اگر موجب تصرف مالی شود، رشد شرط است، والا خیر) اهل سنت نیز سخنی از شرطیت رشد مدعی به میان نیاورده اند.

د: شرطیت رشد در استماع دعوی قتل: اگر بپذیریم که قول و فعل سفیه در صورتی که تصرف مالی نیست، شنیده می شود، باید گفت که دعوای وی مطلقاً چه متعلق آن مال باشد یا نباشد شنیده می شود، زیرا طرح دعوی فی نفسه تصرف مالی نیست، بلکه در جهت کسب مال است، نهایت چنان که صاحب جواهر فرمود مال مورد منازعه در صورت حاکم شدن سفیه به او داده نمی شود (محمد حسن نجفی، جواهر الکلام ج ۴۲، ص ۱۹۲) علامه حلی از قواعد الاحکام و محقق حلی در شرایع الاسلام که رشد را شرط دانسته اند، باید حمل بر قتل غیر عمدی شود که مورد آن مال است. اهل سنت در باب شرطیت رشد مدعی اظهار نظر ننموده اند.

۴-۵. ذی نفع بودن مدعی:

یکی از شرایط شنیدن دعوی را ذی نفع بودن مدعی شمرده اند (ذی نفع ممکن است مالک باشد یا وکالت و ولایت داشته باشد) (علامه حلی ارشاد الاذهان ج ۲، ص ۱۴۳)

(سید احمد خوانساری، جامع المدارک، ج ۶، ص ۶۸) (امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۷۱) و یا به نحوی دیگر، مثل مرتهن، مستعیر، ملتقط و غیر عرفاً ذی نفع شناخته شود و دلیلی نداریم که حق اقامه دعوی منحصر به سه مورد اول باشد، بلکه دلیل بر خلاف آن داریم که اطلاعات حکم به عدل و قسط، روایت حکم بین عنیه وسلمته بن کمیل از امام باقر (ع) در باب اثبات دعوی با شاهد واحد و قسم مدعی است. در این روایت، امیرالمومنین علی (ع) به عنوان امام مسلمین، عبدالله بن قفل تیممی را (که زره طلحه را از جنگ بصره در بیت المال نگهداری می شده سرقت کرده بود) نزد شریح قاضی برده و طرح می کند (شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۹۴)

۴-۶. فایده داشتن استماع دعوی:

یکی از شرایط دعوی این است که دعوی اثر داشته باشد و دعوایی که بر فرض ثبوت، اثری بر آن نباشد شنیده نمی شود، بی اثر بودن استماع دعوی از سه جهت ممکن است. الف: از جهت مدعی به: مثلاً مورد دعوی چیزی از قبیل خمر و خنزیر است که مسلمانان نمی تواند مالک آن باشد و یا حسب مورد، دعوای زوجیت دائمی با زن یا مردی را می کند که مسلمان نیست و یا مدعی بیعی است که بر فرض ثبوت، ربوی و باطل است و یا ادعای هبه ای را می کند که قبض نشده است.

ب: جهت دوم این است که امکان رسیدگی به دعوی وجود ندارد، مثل اینکه بگوید یک نفر اهل شهر، قاتل یا مدیون است.

ج: جهت سوم این است که می‌دانیم دعوی کذب و دروغ است، مثلاً می‌گوید: فلان شخص که در مدینه است، یک ساعت قبل در مشهد پدرش را کشته یا مالش را سرقت کرده است.

۴-۷. علم و جزم مدعی:

در این باره دو موضوع قابل بررسی است:

الف - شرطیت علم مدعی که متعلق علم یا (مدعی به) است و یا (مدعی علیه) و از آن دو، تحت عنوان معلوم بودن (مدعی به) و (مدعی علیه) در شرایط دعوی بحث شده است.

ب - شرطیت جزم مدعی: عبارت علامه حلی در ارشاد الاذهان راجع به شرطیت جزم، مبهم است که مراد، جزم قلبی و واقعی است که تعبیر دیگر علم مدعی است که یا جزم لفظی در طرح دعوی، به این معنی که نباید با الفاظی همچون (گمان می‌کنم) طرح دعوی کند. ظاهر عبارت، جزم قلبی و واقعی است: زیرا بدون جزم قلبی قسم خوردن در صورت رد، تدلیس و کذب است. (محقق اردبیلی، مجمع الفائده و البرهان، ج ۱۲، ص ۱۲۴) که در این میان این علم و جزم شامل: علم به مدعی، معلوم بودن مدعی به، معلوم بودن مدعی علیه و عدم تناقض می‌باشد.

ج: جزم مدعی: چنانچه که اشاره شد دو تفسیر از شرطیت جزم در دعوی شده است.

۱- جزم قلبی ۲- جزم لفظی

جزم در دعوی به این معنی است که دعوی باید به صورت جزم مطرح شود و با تعابیری همچون احتمال می‌دهم گمان می‌کنم نباشد. حال اگر مراد، جزم قلبی باشد که

تعبیر دیگر علم است و بحث شد، در این قسمت احتمال دوم را بررسی می‌کنیم که جزمیت در دعوی شرط هست یا خیر؟

عده ای تفصیل داده اند (محمد حسین نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۵۴) و (شهید ثانی، الروضه البهته، ج ۱، ص ۲۴۱) و مرحوم امام به وجوه مختلفی اشاره نموده است که فهرست آنها بیان می‌شود. (امام مینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۷۲)

۱- جزم به طور مطلق شرط است ۲- جزم به طور مطلق شرط نیست

۳- تفصیل بین موارد تهمت و عدم تهمت که در مورد دوم، جزم شرط است.

۴- تفصیل بین مواردی که اطلاع بر آن مشکل است یا نیست که در دوم جزم شرط است.

۵- تفصیل بین آنجا که خصومت در آنها متعارف است، مثل جایی که وارث یا وصی نوشته ای برای خود پیدا می‌کند و یا مثل موارد وجود شهود غیر موثق و عدم آن که در دوم، جزمیت شرط است.

۶- تفصیل بین موارد متعارف در خصومت و تهمت و غیر آن که در دوم، جزمیت شرط است و احتمال اخیر بهتر است (امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲) صاحب جواهر به صاحب ریاض نسبت داده است که بین شیعه بیش از دو قول نیست: شرط جزم مطلقاً و یا تفصیل بین موارد تهمت و عدم آن. آنگاه خود ایشان می‌گوید: میزان در لزوم و عدم لزوم جزم، عرف است و عرف در موارد تهمت، بدون جزم، دعوی را می‌پذیرد (محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۵۴)

مرحوم محقق اردبیلی بعد از بیان اشکال علامه در شرطیت جزم مدعی، به ادله قائلین به شرطیت اشاره کرده می‌گوید: گفته اند: اولاً متبادر از دعوی صورتی است که مدعی

جزم داشته باشد، ثانیاً اگر منکر قسم نخورد، مدعی قسم می خورد و قسم مدعی بدون جزم و علم ممکن نیست، ثالثاً اگر مدعی جزم به حقانیت خود نداشته باشد، نمی تواند در مال تصرف کند، اما از عمومات استفاده می شود که جزم شرط نیست و تبادر به فرض وجود، حجت نیست و در صورت رد قسم از ناحیه منکر، مدعی ملزم به قسم نیست، پس دعوی باطن شنیده می شود، حال یا منکر اقرار می کند یا مدعی بینہ اقامه می کند و مطابق با ظاهر ادله نیز می تواند در مال تصرف کند، ولو علم به حقانیت خود نداشته باشد و در صورت نبود بینہ و اقرار مدعی در مال تصرف نمی کند (محقق اردبیلی، مجمع الفائده و البرهان، ج ۱۲، ص ۱۲۴)

۴-۸. مبانی نظری و وجه اثباتی بینہ

با وجود اینکه قرآن و سنت محکی، بعنوان دو منبع اصلی استنباط احکام فقهی و اداء حقوقی، مورد اتفاق نظر همه فقها و صاحب نظران در فقه اسلامی است، اما جای این پرسش است که چرا در آرای فقهی این همه اختلاف نه تنها در فروع فقهی، بلکه در مبانی قواعد کلی در میان مذاهب اسلامی دیده می شود. و آنچه که در بررسی و تحلیل این اختلافات بعنوان پیشینه تطبیقی مهم است بررسی ریشه های و عوامل موثر در آن می باشد که مسائلی مانند اختلاف مذاهب فقهی اهل سنت، اختلاف مذاهب فقهی شیعه و اهل سنت و ارائه نظرت دانشمندان برجسته علم الخلاف از اساسی ترین دلایل و مبانی نظری می باشد که در این راستا در خصوص عوامل موثر در اختلاف مذاهب فقهی اهل سنت. کتاب الخلاف شیخ طوسی و (ابوالسحاق شیرازی، طبقات الفقهاء) و (علی بن انجب ساعی، طبقات الفقهاء) به نحوی به پیشینه و ریشه های این اختلافات پرداخته است و در خصوص اختلاف مذاهب فقهی شیعه و اهل سنت در منابعی چون (مستند

احمد بن حنبل، ج ۳) و (سنن ترمذی، ج ۵) و (صحیح مسلم جلد ۴) و بیان شده است. و پیرامون دانشمندان برجسته علم الخلاف در شیعه نیز در کتاب الخلاف شیخ طوسی و (الذریحه الی تصانیف الشیعه، جلد ۷) و (الخلاف فی اصول الفقه تألیف سید مرتضی علم الهدی، م، ۴۳۶ هـ. ق.) پیشینه خوبی موجود است. همچنین نزدیک ترین فعالیت های انجام شده در تطبیق وجه اثباتی بینه در امور کیفری بین فقه امامیه و اهل سنت می توان به (مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام دکتر علیرضا فیض، چاپ منتشر ۱۳۸۹، سازمان چاپ و انتشارات)

_ و (درآمدی بر حقوق اسلامی تطبیعی، عمید زنجانی، تهران: نشر میزان ۱۳۹۱) و (مقاله ستار شیروانی، مقایسه تطبیقی بینه در فقه شیعه و اهل سنت، ۱۳۹۲) و (مقاله اصغر عربیان، عدم اختصاص (بینه) به شهادت دو شاهد، پائیز ۹۲) اشاره نمود.

۴-۹. دسته بندی دلایل اثبات دعوی

از بررسی آراء فقهای اسلامی در فرقه شیعه و سنی و قانون مجازات اسلامی چنین برمی آید که ادله اثبات دعوای قتل بعنوان مهم ترین موضوع در امور کیفری به دو دسته کلی قابل تقسیم است: ۱- ادله عام اثبات دعوای قتل ۲- دلیل خاص اثبات دعوای قتل. که در علم حقوق که برگرفته از فقه اسلامی می باشد می توان به اعتبارهای مختلفی تقسیم بندی کرد. در نظام های قضایی که از سیستم ادله قانونی پیروی می کند (کشورهای اسلامی. اعم از شیعه و سنی) انواع ادله به طور دقیق معین می باشد و تعداد آن کاملاً محدود است. در احادیثی که موضوع آنها قضاء و شهادت است در خصوص ادله خاصه بینه به همان معنای (بین) وجه اصطلاحی به کار رفته است (العاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) ۱۴۱۰ هـ ق الروضه البهیة فی شرح ...

اللمعه الومشقیه - جلد ۳ چاپ اول قم انتشارات داوری) حتی به گفته راغب اصفهانی، ذیل شهرت بینه در این اصطلاح و کاربرد آن در مورد شهادت حدیث معروف نبوی: (البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر) است همچنانکه منشاء حجت او اعتبار بینه به مفهوم مصطلح آن نیز همین حدیث است. این حدیث که در جوامع روایی شیعه و اهل سنت نقل شده مقبول همه فقهاست و در رتبه احادیث متواتر قرار گرفته است (العاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ هـ ق مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام - ج ۴ - چ ۱ - قم موسسه معارف اسلامی)

۴-۱۰. ادله عام اثبات دعوی قتل

این دسته، همان اموری است که برای اثبات هر نوع دعوی در فقه اسلامی کاربرد عام دارد و عبارتند از: اقرار، بینه و علم قاضی. در فقه جزای اسلام برای اثبات هر ادعایی می شود به یکی از این سه نوع دلیل توسل جست، همانطور که در باب اثبات دعوی قتل نیز چنین است اما بسته به کاربرد آن، ممکن است برای هر کدام از این امور، در شرع و به تبع آن قانون شرط یا شرایط خاصی در نظر گرفته شده باشد. مثلاً در امور مالی، زن می تواند شاهد باشد، اما در امور مربوط به قصاص، شاهد باید حتماً دو مرد باشد (امام خمینی، تحریر الوسیله ج ۲، ص ۴۷۱) در باب جرم لواط چهار شاهد یا چهار بار اقرار لازم است. (سید ابوالقاسم خویی، مبانی تکمله المنهاج، ص ۳۸ و ۴۲۳) اما در اکثر بابهای دیگر دو شاهد یا یک بار اقرار کافی است (امام خمینی، تحریر الوسیله ج ۲، ص ۴۷۱) بنابراین این سه دلیل قطع نظر از شرایط و کیفیت در اکثر دعوی قابل استناد می باشد.

۴-۱۱. دلیل خاص اثبات دعوی قتل

نوع دوم، همان چیزی است که تحت عنوان قسامه شهرت یافته است، قسامه را گرچه می‌توان نوعی یمین به حساب آورد، اما از لحاظ کیفیت ارزش اثباتی و مورد کاربرد آن امر استثنائی است که فقط در فقه جزای اسلام وجود دارد و اختصاصاً برای اثبات دعاوی راجع به جنایات جسمانی علیه اشخاص (قتل، جراحات و صدمات) آن هم در مورد خاص (لوث) مورد استفاده قرار می‌گیرد.

خلاصه آنچه در فقه اسلامی تحت عنوان ادله اثبات دعوی قتل مورد بررسی قرار گرفته است، عبارتند از: ۱- اقرار، ۲- شهادت شهود (بینه)، ۳- علم قاضی، ۴- قسامه

۴-۱۲. طریقت ادله در اثبات دعوی:

ادله اثبات دعوی در فقه امامیه طریقت دارد، یعنی قاضی صرفاً در صدد فراهم آوردن صوری ادله نمی‌باشد. برخلاف برخی از سیستمهای دیگر که ملاک عمل، حقیقت قضایی است و با توجه به ثبوت این حقیقت قضایی، قاضی اقدام به اصدار حکم می‌نماید. شارع مقدس برای اینکه امور زندگی اجتماعی بشر تعطیل نشود، در صورت عدم حصول و یقین، طرق دیگری را تحت شرایط خاصی برای اثبات دعوی تعیین کرده است (بینه، اقرار و) که کلاً جنبه طریقی دارد.

میرزای رشتی در این باره می‌گوید: روشن شدن استدلال به دلایل مثبت بینه و امور دیگر برای محصور جلوه دادن ادله اثبات دعوی در چهار یا هر عدد دیگر واقعاً بی‌مورد است، زیرا یقین داریم که موازین شرعی (ادله اثبات دعوی) تماماً امارات بر واقع

(قرینه و طریق کشف) اند (میرزا حبیب الله رشتی، کتاب القضاء، ج ۱، ص ۱۰۴)

۴-۱۳. صلاحیت قاضی در تعیین ارزشی اثباتی ادله:

در فقه جزای امامیه، گرچه اموری به عنوان ادله اثبات دعوی ذکر شده و یک سری شرایطی هم از طریق شارع برای آنها تعیین گشته است، ولی با وجود آن قاضی مجبور نیست با فراهم آمدن صوری این ادله، حتی به مقتضی آن حکم کند او می‌تواند به شهادت، اقرار، قسم و که به نحوی به فاسد بودن آن علم حاصل کرده است، ترتیب اثر ندهد و به استناد امارات که در فقه از آن به قرینه الحال تعبیر می‌شود و دعوی را فیصله دهد. استاد جعفری لنگرودی در این زمینه معتقد است: در حقوق اسلام، تحصیل دلیل از طرف قاضی ممنوع نیست و او می‌تواند از قرائن موجود در هر دعاوی استفاده کند و علمی که از این طریق بدست می‌آید، حجت است و باید بر طبق آن حکم دهد و احقاق حق کند. (محمد جعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ص ۲۴۶)

۴-۱۴. دسته بندی ادله اثبات دعوی قتل و بررسی جایگاه بینه:

از بررسی آرای فقیهان شیعه و قانون مجازات اسلامی چنین برمی آید که ادله اثبات دعوی قتل، به دو دسته کلی تقسیم شده است:

الف: دلیل خاص اثبات دعوی قتل... همان چیزی است که تحت عنوان قسامه شهرت یافته است و چون موضوع بحث نیست به این مطلب بسنده می‌شود که قسامه را گرچه می‌توان نوعی یمین به حساب آورد اما از لحاظ کیفیت ارزش اثباتی و مورد کاربرد امر استثنایی است که فقط در فقه جزای اسلام وجود دارد و اختصاصاً برای اثبات دعوی راجع به جنایات جسمانی علیه اشخاص (قتل، جراحات و صدمات) آن هم در مورد خاص مورد استفاده قرار می‌گیرد.

ب: ادله عام اثبات دعوی قتل: این دسته همان اموری است که برای اثبات هر نوع دعوایی کاربرد عام دارد و عبارتند از: اقرار، بینه و علم قاضی. در فقه جزای اسلام برای اثبات هر ادعایی می‌شود به یکی از این سه نوع دلیل توسل جست، همان طور که در باب اثبات دعوایی قتل نیز چنین است، اما بسته به موارد کاربرد آن ممکن است برای هر کدام از این امور، در شرع و قانون شرایط یا شرط خاصی در نظر گرفته شده باشد، مثلاً در امور مالی زن می‌تواند شاهد باشد، اما در امور مربوط به قصاص، شاهد باید حتماً دو مرد باشد (تحریر الوسيله امام خمینی، ج ۲، ص ۴۷۱) در باب اثبات جرم لواط، چهار شاهد یا چهار بار اقرار لازم است (مبانی سید ابوالقاسم خویی، تکلمه المنهاج، ص ۳۸ و ۴۲۳) اما در اکثر بابهای دیگر، دو شاهد یا یک بار اقرار کافی است. بنابراین این سه دلیل قطع نظر از شرایط و کیفیت در اکثر دعاوی قابل استفاده می‌باشد و بینه نیز هم جزو ادله عام محسوب می‌گردد و هم در تمامی دعاوی به تنهایی یا با علم قاضی می‌تواند اثر در احکام باشد.

۴-۱۵. عدم اختصاص (بینه) به شهادت دو شاهد

در فصل اول مطلب با محوریت وجه اثباتی بینه با وضوح بیشتر تحت عناوین ادله عام و دلیل خاص جایگاه بینه و وجه اثباتی آن در ادله حصر یا عدم حصر بینه و ادله طریقت یا حجیت مطرح شد و در این فصل تحت عنوان عدم اختصاص بینه به دو شاهد بینه را می‌توان مهمترین دلیل اثبات موضوعات و احکام خاصه نوع کیفری آن در صدر اسلام دانست که در لسان اخبار و فتاوی فقها نوعاً دو شاهد مرد عادل عنوان شده است و تحت این عنوان هنوز هم در قوانین قضایی بعنوان یکی از مهمترین دلایل اثبات

دعوی کیفری مطرح است. از طرفی توجه ویژه به وجه اثباتی بینہ در امور کیفری در فقہ شیعہ و عام ضرورت پرداختن به موضوع ادله کہ در فصلهای پیش گذشت و بینہ بصورت عمیق و تخصصی را اجتناب ناپذیر می نماید کہ به آن پرداختہ می شود. در بسیاری از روایات بینہ با قرائتی از قبیل عدالت و تعداد همراه است کہ باعث شدہ اکثر فقہاء آن را بہ شہادت دو شاہد عادل تعبیر کنند چرا کہ صفت عادل بودن (البینہ العدول) یا دو نفر بودن بینہ صرفاً در ہمین تعبیر می گنجد. از این رو این گروه قائل بہ اختصاص بینہ بہ شہادت دو مرد عادل هستند و آن را چیز دیگری غیر از این اطلاق نمی کنند. یعنی اولاً: باید تعداد شہود دو نفر باشند و کمتر یا بیشتر را معتبر نمی دانند. ثانیاً: باید عادل باشند. در کنار این قول، قول دیگری کہ مختار این مطلب ہم هست با استفاده از عموم و اطلاق روایات و برخی قرائن، بینہ را بہ معنی مطلق آن بکار می برند یعنی ہر دلیلی کہ شأن اثباتی و تبیین کنندگی داشته باشد. لذا علم قاضی ہم تحت عنوان بینہ بکار رفتہ و با این تعبیر می توان آن را بہ تمام دلائل اثبات اطلاق کرد ضمن اینکہ در مواردی ہم کہ بہ عنوان شہادت شہود بکار رفتہ دیگر خصوصیتی در دو نفر بودن و حتی در مذکر بودن شہود نخواہد داشت.

۴-۱۶. بینہ بعنوان مطلق دلیل یا بہ معنی شہادت دو شاہد

پس از اشارہ بہ معنی اصطلاحی و مورد نظر شارع مقدس از بینہ این سوال مطرح است کہ آیا بینہ در شرع، حقیقت در شہادت (دو شاہد) است؟ یا بہ معنی مطلق دلیل است کہ لازم است مدعی در مقام اثبات ادعای خود در محکمہ اقامہ کند؟ بدون شک در منابع فقہی بینہ بہ همراه سوگند کہ بیشتر برای ختم دعواست مهمترین ابزار قضاوت اعلام شدہ و ظاہر حدیث نبوی (انما اقضی بینکم بالبینات و الایمان) شاہدی براین

مطلب است و بنا به قولی، منحصر در این دو است لیکن در شرایط مختلف، نوع و تعداد آن متفاوت می‌شود. قول به انحصار ادله نیز از همین تعبیر نشأت گرفته و مواردی را به آن افزوده اند. لذا در اصل اعتبار آن در فقه و قضاء اسلامی هیچ تردیدی مطرح نشده و فقهاء فریقین اتفاق نظر دارند. با این وصف در تعیین مصداق بینه بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. گروهی بینه را مساوی با شهادت دو فرد عادل می‌دانند و گروهی دیگر برای بینه معنی عام و مطلق قائل هستند. گروه اخیر هم نوعاً بینه را در شهادت متجلی می‌دانند اما یا به تعبد و یا به لحاظ نقل شرعی یا عرفی واژه (بینه) به (شهادت عدلین) ضمن اینکه اعتبار مطلق آن را هم قبول دارند. در کنار این اقوال می‌توان به قولی اشاره کرد که بینه را به عنوان مطلق دلیل (هر دلیلی که شأن و وجه اثباتی داشته باشد) مطرح می‌نماید. در ادامه به بررسی مبانی دو قول (اختصاص بینه به شهادت دو مرد و عدم اختصاص) پرداخته می‌شود.

الف - قول به اختصاص بینه به شهادت دو شاهد

از گفتار و نوشته ها فقهاء النووی (الدمشقی، یحیی بن شرف، بی تا، روضه الطالبین، ج ۱ - بیروت دارالکتاب العلمیه) چنین برمی آید که عموماً تلقی آنها از بینه در روایات دو شاهد مرد است و به این تلقی در متون فقهی تأکید می‌نمایند. اگرچه بعضی از آنها در این معنی مناقشه کرده و یا در نحوه و زمان نقل آن از معنی لغوی به معنی اصطلاحی و شرعی اختلاف دارند. قریب به اتفاق فقهاء اهل سنت لفظ بینه را کاملاً مترادف با شهادت دو شاهد تلقی کرده و در عبارات خود گاهی لفظ بینه و گاهی شهادت را به کار برده یا اینکه آن دو لفظ را با صفات یکدیگر آورده اند مانند: (البینه العدول) در حالی که عادل بودن صفت شاهد است. یا به تعبیر الشرح الکبیر عبارت (شهدت بینه) که

بینہ فاعل فعل شہادت واقع شدہ است (ابن قدامہ عبدالرحمن بی تا، الشرح الکبیر، ج ۴ و ۱۲- بیروت دارالکتاب العربی) ابن قدامہ (ہمان/ ۱۲) همچنین بینہ را ہمان (شہادت شہود) عنوان کردہ و در دلیل تسمیہ آن چنین آورده است: چون شاہد با شہادت خود قاضی را بہ واقع آگاہ می سازد و حق را بیان می کند، لذا در شرع بہ آن بینہ گفتہ می شود. نظر دیگر فقہا مذاہب اربعہ (الشربینی، ۱۳۷۷ھ- ق. ۲- سرخسی ۱۴۰۶ھ- ق. ۱۶) نیز کم و بیش بہ ہمین مضمون است. گویی اصل مقصود شارع مقدس، شہادت بودہ و بہ دلیل صفت بیان کنندگی، بینہ نامیدہ شدہ است. حتی در عبارات برخی از آنها بینہ فقط بہ دو شاہد اطلاق می شود و شامل یک شاہد بہ ضمیمہ سوگند نیز نمی گردد. در اختلاف الحدیث (شافعی محمد بن ادریس، اختلاف الحدیث، بی تا) یک شاہد با سوگند بعنوان بینہ ناقص قلمداد شدہ است. اہل سنت (شافعی . بی تا: ابن ماجہ قزوینی، سنن، جلد ۲ باب البینہ) در اطلاق لفظ بینہ بہ شہادت شہود عموماً بہ روایت معروف از نبی اکرم (ص): (البینہ علی المدعی و الیمین علی من انکر) تمسک شدہ و فقہا امامیہ (کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، ۱۳۸۹ھ- ق. الکافی، ج ۴ و ۵ و ۷- دارالکتاب الاسلامیہ) و (طوسی، محمد بن حسن بر علی (شیخ الطائفہ) ۱۳۶۵ھ- ش، تہذیب الاحکام فی شرح المقننہ، ج ۶- تہران- دارالکتاب الاسلامیہ) نیز علاوہ بر آن روایت، بہ روایت شہود (انما اقضی بینکم بالبینات و الایمان) استناد جستہ اند. در استناد بہ این روایت گفتہ شدہ اگر مدعی، بینہ ارائه کند بر مدعی علیہ حاکم خواهد شد. با این وصف اگر بینہ را بہ مطلق دلیل حمل کنیم، ممکن است منکر، کسی باشد کہ دلیلی مانند (ید) با اوست و (ید) نیز با توجہ بہ روایت حفص بن غیاث (کلینی، پیشین) یکی از دلایل مالکیت محسوب است. لذا ہر کدام از مدعی و مدعی علیہ دلیلی خواهند داشت کہ ترجیح یکی

به دیگری موجب می‌خواهد مگر اینکه روایت، مقید به موردی شود که منکر هیچ گونه دلیلی نداشته باشد که آن هم خلاف ظاهر روایت است (بجنوردی، پیشین، ۹)

ب- قول به اعتبار مطلق بینه و عدم اختصاص آن به شهادت شهود

فقهاء امامیه اگرچه به استناد به حدیث مشهور نبوی (انما اقضی بینکم بالبینات و الایمان)، بینه را در احادیث و روایات به معنی شهادت دو شاهد تلقی نموده اند، اما برخی از آنها متذکر این امر شده اند که با وصف اطلاق بینه به شهادت شهود در لسان اخبار، لفظ بینه در معنی مطلق آن به نحو حقیقی به کار رفته و به معنی (آشکار کننده) می باشد (نراقی، ۱۴۰۸) محقق نراقی با وصف بیان نظر خود در عواید الایام و مستند الشیعه (۱۴۱۵ و ۱۷ مبنی بر اطلاق بینه به دو شاهد) در اخبار و روایات) در مبحث علم قاضی، امکان عدم اختصاص لفظ بینه به شهادت شهود را مطرح کرده و می‌فرماید: ممکن است مقصود از (بینه) هرچیزی باشد که قاضی در حکم خود به آشکار شدن آن نیازمند است و ظاهر هم این است که بینه زمانی مفید فایده خواهد بود که ادعای مدعی حق، برای قاضی مجهول باشد. لذا شأنیت بینه برای تبیین و رفع حجاب از مقصود، برای قاضی خواهد بود. از صاحب التنفیح نقل شده (مکارم شیرازی، ناصر- ۱۴۱۱ هـ) القواعد الفقیهه، ج ۲- مدرسه امیرالمومنین) که لفظ بینه در قرآن و احادیث به معنی لغوی آن بکار رفته و حقیقت شرعیه یا متشرعیه ای برای آن ثابت نیست. در قرآن که بدون شک در معنی لغوی آن استعمال شده و مقصود از لفظ (بینات) در حدیث پیامبر اکرم (ص) (انما اقضی بینکم بالبینات) نیز به معنی دلایل آشکار کننده است. در حالی که اگر بخواهیم لفظ بینه را به شاهد تعبیر کنیم دلیل قوی نیاز است و چنین دلیلی وجود ندارد. همچنین از قول برخی علماء اهل سنت (السید سابق، بی تا فقه السنه ج ۳- بیروت دارالکتاب

العربی) نقل شده که هرآنچه که حق را بیان کند، بینہ محسوب است. لذا اگر حق، به هر طریقی آشکار شود (ولو به شہادت یک فرد) تفیذ آن واجب و تعطیل آن حرام است. صاحب العناوین (حسینی مراغی، میر عبدالفتاح، ۱۴۱۷ھ ق العناوین الفقیہہ - ج ۲، قم انتشارات جامعہ مدرسین حوزه علمیه) اعتبار شہود (دو شاهد بودن) را فقط مستند به اجماع می داند و معتقد است در شرع مقدس نیز به جز اجماع مورد استناد فقہاء، دلیلی بر اعتبار دو نفر بودن آن نیست. برای تبیین جایگاه اعتباری این قول لازم است به ملاک اعتبار شہادت شہود به عنوان دلیل شرعی و نیز به برخی ملاکها از قبیل ملاک قبول شہادت و ملاک تعیین شرایط و عدد شہود پرداخته شود.

۴-۱۷. ملاک اعتبار شہادت شہود

با توجه به اینکه تردیدی در اصل اعتبار شہادت شہود (در ترافعات و دعاوی) وجود ندارد، لازم است ملاک و معیار این اعتبار مورد بررسی قرار گیرد.

۱- اعتبار تعبیدی: اغلب فقہا بینہ را به عنوان یک امارہ که حداکثر افادہ ظن می کند - منسوب به شارع می دانند. چه آنهایی که معتقد به اعتبار معجول از قبل از شارع هستند و آنهایی که اعتبار آنرا عقلایی قلمداد می نمایند که به امضاء و تأیید شارع رسیده باشد. در قوانین الاصول (میرزا ابوالقاسم قمی، ۱۳۷۸ھ ش. القوانين المحکمه فی اصول الفقہ - کتاب فروعی اسلامی) در خصوص دلیل اعتبار شہادت عدلین با وصف عدم افادہ علم، آمده است: چون بینہ، شرعاً جانشین علم است، اعتبار دارد. اعتبار بخشی از سوی شارع در لسان دیگر فقہا نیز به چشم می خورد. میرزای قمی همچنین در غنائم الایام (قمی، میرزا ابوالقاسم ۱۴۱۷ھ ق. غنائم الایام فی مسائل الحلال و الحرام. قم انتشارات جامعہ مدرسین

حوزه) اعتبار بینه را تعبد محض می‌داند و می‌فرماید اگر از شهادت افراد فاقد شرایط ظن قوی تر نسبت به شهادت بینه حاصل شود اعتباری نخواهد داشت چرا که اعتبار بینه به حصول ظن نیست، بلکه تعبد محض است. این تعبیر در اقوال دیگران نیز وجود دارد. صاحب ریاض اعتبار بینه را به لحاظ حصول ظن و ایجاد وثوق ندانسته و تصریح کرده که مناط عمل در بینه، خصوصیت آن است، نه مفید ظن بودنش (طباطبایی سید علی، ۱۴۲۰هـ. ق. ریاض المسائل فی بیان احکام شرع بالدلائل انتشارات جامعه مدرسین قم) مجموع فقها قایل به تعبدی بودن اعتبار بینه هستند. البته به جز برخی از آنها که در مبانی این قول اختلاف نظر دارند (ابن قدامه عبدالرحمن، بی تا، المغنی ۱۲، بیروت. دارالکتاب عربی) چه آنهایی که بینه را مانند سایر امارات، سبب می‌دانند و چه آنهایی که برای آن طریقت قائلند. در قول به طریقت، ممکن است محذوری پیش آید و آن اینکه پس از رجوع شهود از شهادت خود، طریق بودن به سوی واقع و کاشفیت، مخدوش شده و در نتیجه شهادت قبلی از اعتبار بیفتد. شاید در جهت رفع چنین محذوری است که برخی فقهاء (بجنوردی میرزا محمد حسن ۱۴۱۹هـ. ق. القواعد الفقیهه ج ۳- نشر الهادی تفسیر امام عسکری (ع) طریقت را نیز به جعل شارع قلمداد نموده اند.

۲- وجوب قبول شهادت شهود از سوی قاضی و حکم بر مبنای آن: یکی از آثار و قول به تعبدی بودن اعتبار شهادت، عدم امکان رد بودن دلیل آن از سوی قاضی است. چرا که در این صورت قاضی و حاکم در مقام محاکمه و حکم مکلف به قبول دلیلی خواهد بود که اعتبار آن مجعول از سوی شارع است. در عده الاصول شیخ طوسی آمده است: اگر دو شاهد عادل در خصوص دعوای مالی در نزد قاضی شهادت بدهند،

بر قاضی واجب است علیہ مدعی علیہ حکم صادر نماید، چه قاضی به صدق گفتار آنها ظن داشته باشد یا خیر. زیرا ظن به حکم واقعی، ملاک صدور حکم برای قاضی نیست (اعتبار تعبدی شہادت) لیکن ظن به عدالت شہود کہ از شرایط شہود است لازم است محقق نراقی در عواید الایام (نراقی، احمد بن محمد مهدی، ۱۴۰۸ هـ.ق. عواید الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسایل الحلال و الحرام. قم: کتابخانہ بصیرتی) وجوب قبول شہادت عدلین از سوی قاضی و در نتیجہ صدور حکم را بہ اکثر فقہاء امامیہ بہ ویژہ متأخرین نسبت دادہ می فرماید: بہ جز قاضی ابن براج و برخی از متأخرین، بقیہ قائل بہ وجوب هستند و حتی برخی از آنها نقل اجماع کردہ اند.

۳- واقع نمایی و ایجاد وثوق: گفته شدہ امارات نوعاً افادہ ظن می کنند و مادامی کہ امکان حصول علم و قطع وجود دارد، عمل بہ ظن جایز نیست. قائلین بہ انسداد نیز دلیل عمل بہ ظن را انسداد باب علم می دانند اما عمل بہ برخی ظنون حاضر مانند ظن حاصل از شہادت بینہ را نہ بہ جہت انسداد بلکہ بہ لحاظ جعل اعتبار از سوی شارع جایز می پندارند، اگرچہ در کلام برخی از آنها حصول ظن قوی و وثوق، بعنوان ملاک مورد تأکید قرار گرفته است. در رسائل فقیہیہ (انصاری، ۶۴) آمدہ است، انسداد فی الجملہ باعث تجویز عمل بہ ظن است کہ لازم است بہ ظن قوی کہ عرفاً وثوق گفته می شود تعبیر گردد (نہ مطلق ظن). بہ عقیدہ صاحب العناوین (حسینی مراغی، میر عبد الفتاح - ۱۴۱۷ هـ.ق. العناوین الفقیہیہ، ج ۲ - انتشارات جامعہ مدرسین حوزه علمیہ قم) شہادت افادہ قطع نمی کند بلکہ نتیجہ آن اتمام حجت و ایجاد وثوق برای قاضی است و این وثوق مبنای صدور حکم است، چه از شہادت یک نفر حاصل شود یا دو نفر. در شرع مقدس نیز بجز اجماع مورد

استناد فقهاء دلیلی بر اعتبار دو نفر بودن آن نیست. با این قول می‌توان حصول اطمینان و وثوق را ملاک اعتبار شهادت شهود برشمرد.

۴- حصول ظن، مناط تنفیذ حکم: لازم به ذکر است تمام آنهایی که اعتبار عدلین را به جعل شارع می‌دانند (چه به اجماع یا غیره) و حصول ظن را حتی اگر به مرحله وثوق و اطمینان نیز برسد ملاک قبول شهادت تلقی نمی‌کنند، تنفیذ حکم صادر بر اساس شهادت را منوط به حصول ظن می‌دانند. شیخ طوسی (طوسی، محمد بن حسن بن علی (شیخ الطائفه)، ۱۴۱۷ هـ. ق. الخلاف، ج ۶ - قم انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه) می‌فرماید: گرچه در شرع ظن، به عنوان اصلی که بتوان به آن استناد کرد نیست، لیکن احکام کثیری وجود دارد که منوط به آن است مانند: تنفیذ حکم به هنگام اداء شهادت از سوی شهود. در ادامه می‌فرماید: اگرچه لازم نیست قاضی به صدق گفتار شهود ظن حاصل کند (یعنی نفس شهادت دو شاهد عادل اعتبار دارد) اما قبول شهادت شهود و تنفیذ حکم بر مبنای شهادت آنها، منوط به حصول ظن به عدالت آنهاست.

۴-۱۸. ملاک قبول قول شهود

۱- وثوق به عدالت شهود: در این راستا محقق قمی (قمی، میرزا ابوالقاسم، ۱۳۷۸ هـ. ق. القوانين المحکمه فی اصول الفقہیہ، کتاب فروشی اسلامیہ) عقیده دارد که اقتضاء اشتراط عدالت در شهادت شهود، این است که به ظن (ظن به عدالت آنها) عمل شود. همچنین در جای دیگر (همان) به عبارت (ممن ترضون) از کلام خداوند در قرآن مجید استناد کرده و اطمینان خاطر و ظن به عدالت شهود را که مبنای قبول قول شهود است کافی می‌داند. شیخ انصاری (انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۲۰ هـ. ق. کتاب الصلاه - ج ۲، قم

چاپ باقری) مبحث شہادت بر شہادت می فرماید: اگر از شہادت یک شاهد عادل وثوق به عدالت شہود اصل، حاصل شود (شہودی که در اصل موضوع شہادت داده اند و یک شاهد عادل شہادت بر شہادت آنها می دهد) اقوی، کفایت وثوق (ظن) در قبول شاهد واحد است. و به روایتی نیز در تأیید قول خود استناد کرده است. برخی فقہاء نیز بدون تعرض به جعل اعتبار شہادت شہود از سوی شارع مقدس (که مستلزم عدم تأثیر ظن و وثوق در صدق گفتار شہود است) برخلاف قائلین به اعتبار تعبدی که اعتبار بینہ را از جهت بینہ بودن می دانند ملاک پذیرش شہادت را ظن به صدق گفتار شہود عنوان می کنند. شہید ثانی (العاملی، زین الدین بن علی (شہید ثانی) فی شرح المعہ الدمشقیہ - ج ۳، قم انتشارات داوری) در مبحث رجوع شہود از شہادت خود قبل از صدور حکم می فرماید: با رجوع شہود از شہادت حکم صادر نمی شود زیرا قاضی نمی داند حرف اول آنها (شہادت) درست بوده یا حرف بعدی آنها (رجوع از شہادت). لذا ظن صدق به گفتارشان منتفی می شود (لازم به ذکر است که این ظن به صدق، ارتباطی به ظن به عدالت آنها ندارد)

۲- وثوق به اخبار شہود، ملاک قبول شہادت: در تبیین ملاک اعتبار بینہ، اقوال، نوعاً مشعر بر تعبدی بودن اعتبار آن است و در تصریحی از فقہاء، در وثوق یا مقدار ظن حاصل از شہادت بعنوان ملاک قبول آن ملاحظہ نمی شود. لیکن در بررسی اقوال آنها در ابواب مختلف، وثوق، بعنوان ملاکی برای قبول یا عدم قبول شہادت به چشم می خورد. وثوق در کتب لغت به معنی ظن قوی و اقتناع تعبیر شده است. شیخ انصاری در رسائل فقہیہ (انصاری، شیخ مرتضی ۱۴۱۴. ه. ق. رسائل فقہیہ. قم چاپ باقری) نیز ظن مورد نظر قائلین به انسداد را به وثوق (ظن قوی) تعبیر کرده نه ظن مطلق. روایتی که غالباً فقہاء

به عنوان دلیل اعتبار بینہ به آن استناد می‌کنند، روایت مسعده بن صدقه از امام صادق(ع) است که بینہ را معادل استبانہ(به معنی آشکار شدن و یا علم پیدا کردن) قلمداد نموده است(کلینی، پیشین، ۵: ۳۱۳) در جامعہ المدارک(خوانساری، ۱۴۰۵، ۷) در مورد(استبانہ) که ملاک ثبوت حکم است. می‌فرماید: بعید نیست که معادل بینہ و خبر ثقه(هر دو) تعبیر شود. زیرا استبانہ، نزد عقلاء، به معنی ظهور است نه آشکار شدن قطعی. با این تعبیر وثوق به خبر ثقه نیز می‌تواند ملاک قرار گیرد. مضافاً در مباحث مختلفی در اقوال فقهاء حصول ظن قوی و وثوق دلیل پذیرش یا عدم پذیرش شهادت شهود عنوان گردیده که می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

در موردی که شاهد شهادت خود را فراموش کرده باشد-روایتی از امام صادق(ع) در عوالی اللثالی(ابن ابی جمهور الاحسائی محمد بن علی بن ابراهیم، ۱۴۰۳ هـ.ق. عوالی اللثالی العزیزیه فی الاحادیث الدیمیه- ج ۱- قم چاپ سید الشهداء) ذکر شده که فرمودند: اگر کسی که تو را به شهادت می‌خواند، قابل وثوق است، و فرد ثقه ای هم قول او را تصدیق می‌کند، می‌توانی شهادت بدهی(یعنی با وصف این که موضوع را فراموش کرده ای). مرحوم گلپایگانی(گلپایگانی، محمدرضا- ۱۴۰۵ هـ.ق. کتاب الشهادات قم- دارالقرآن کریم) می‌فرماید: این روایت صحیح بوده و نشانگر این است که مناط شهادت، وثوق است نه علم، البته شیخ طوسی(طوسی، محمد حسن بن علی(شیخ لطائفه) ۱۳۹۰ هـ.ق. الاستبصار فی ما اختلف من الاخبار- ج ۳- تهران، دارالکتاب الاسلامیه) اعتبار این روایت را زیر سوال برده و آنرا ضعیف و مخالف اصول قلمداد کرده است. در خصوص شهادت بر عدالت شهود اگرچه اغلب فقهاء عدالت شهود را ملاک قبول شهادت آنها قلمداد می‌نماید و نه وثوق به صدق گفتارشان را با این وصف

در ثبوت عدالت شهود و ثوق و حصول اطمینان را کافی می‌دانند حتی اگر از شهادت یک نفر حاصل شود (طباطبایی یزدی، محمد کاظم، ۱۴۱۷ هـ ق العروه الوثقی، ج ۱-قم- انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه) به نظر برخی هم ظن کفایت می‌کند. البته شیخ انصاری (الانصاری، زکریا بن محمد بن احمد بن زکریا ۱۴۱۸ هـ ق. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب- بیروت دارالکتاب العلمیه) در توضیح این ظن می‌فرماید: (ظنی که موجب وثوق شود)

در باب عدم قبول شهادت متبرع (کسی که بدون درخواست ذینفع، شهادت بدهد) گفته شده (ابن فهد حلی الاسدی جمال الدین، ۷، ۱۴، ۴ هـ ق المذهب البارع فی شرح المختصر النافع- ج ۴ دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم) شهادتش بدلیل اشتیاق او به اداء، و در نتیجه قرار گرفتن در معرض اتهام، قابل قبول نیست، (اگرچه عادل باشد و واجد سایر شرایط شهادت) این اتهام باعث عدم وثوق به صحت شهادت اوست. همچنین در باب عدم قبول شهادت کثیر السهو نیز به بدلیل عدم اعتماد به قول او گفته شده، (العاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی، ۱۴۱۰، هـ ق الروضیه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه- ج ۳- قم انتشارات داوری) حتی اگر عادل و در زمره اولیاء الله نیز باشد شهادت او پذیرفته نیست. در شهادت بر شهادت، عموم فقهاء فقط یک بار آن را جایز می‌دانند. در دلیل این امر گفته شده: ظنی که از شهادت شهود اصل، حاصل می‌شود، قوی تر از ظنی است که از شهادت فرع (شهادت بر شهادت) حاصل می‌گردد (ابن فہید حلی الاسدی، جمال الدین، ۷، ۱۴۰ هـ ق المذهب البارع فی شرح المختصر النافع ۴- ج ۱- انتشارات اسلامی قم) و گویی عدم جواز شهادت بعدی، بدلیل ضعیف بودن و غیر قابل قبول بودن ظن حاصل از آن بود و این امر نشانگر ملاک بودن حصول ظن قوی و

وثوق، در شهادت شهود است. در جامع المدارک (خوانساری، پیشین) تصریح شده: بجز مواردی که شارع مقدس، طریق خاصی برای اثبات موضوعات مقرر کرده (مانند ۴ شاهد مرد برای اثبات زنا) در سایر موارد، وثوق و اطمینان به صدق شهود ملاک قبول شهادت است. در قوائد الاحکام (علامه حلی، ۱۴۱۹، ۳) آمده است اگر قاضی در شهادت شهود شک کند آنها را از همدیگر جدا کرده و اظهاراتشان را منفرداً اخذ و در صورتی که اظهارات آنها مختلف باشد، شهادتشان را باطل می‌کند. این قول علامه و برخی دیگر حکایت از لزوم اطمینان به صدق گفتار شهود دارد والا بحث شک به گفتار آنها موردی نخواهد داشت. (مقاله اصغر عربیان، عدم اختصاص بینه به شهادت ۲ شاهد، پاییز ۹۲)

۴-۱۹. تأثیر اهمیت موضوع در تعیین شرایط شهود:

با وصف اینکه برخی فقهاء برای بینه، به عنوان شهادت دو شاهد مرد عادل، خصوصیت و موضوعیت قائل هستند (مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۱۱ هـ.ق. القواعد الفقیهه. ج ۲ - مدرسه امام امیرالمومنین) در تفصیل حقوق، برخی را با چهار شاهد مرد و دو شاهد زن و یا چهار شاهد زن و.... قابل اثبات می‌دانند و ظاهراً دلیلی جز تعبد به جعل شارع نیز برای آن نمی‌بینند. اگرچه در کلمات گفتارشان، برخی دلایل عقلی و عرفی، مورد اشاره قرار گرفته و حتی در اخبار وارده که مستند رأی آنهاست این دلایل به چشم می‌خورد. در این مبحث به بررسی پاره ای از آنها می‌پردازیم: عموم فقهاء در خلاف اصل بودن قسامه، گفته اند: به لحاظ اهمیت (دماء مسلمین (قتل و جرح) و نیز در تشریع ۵۰ شاهد گفته اند: به لحاظ اهمیت خون مسلمان (متهم به قتل) چنین عددی برای اعتبار شهادت ذکر شده است. این تعلیل به عنوان ملاکی در تشریع در روایات ذکر شده است (نوری طبرسی میرزا حسین، ۱۴۰۹ هـ.ق مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل - ج ۷ - موسسه آل

بیت لایحیاء التراث) در دعاوی مالی، اعتبار شهادت یک شاهد عادل به ضمیمه سوگند مدعی حق، در کتب فقهی ثابت است. در برخی روایات این قسم از شهادت به عنوان بدلی برای بینه کامل (دو شاهد عادل) ذکر شده و دلیل آن نیز جلوگیری از تضییع حقوق مردم و مسلمین قلمداد گردیده است. در این راستا می‌توان به بخشی از پاسخ امام صادق (ع) به مکاتبه مفضل اشاره کرد که فرمودند: یعنی اگر با یک شاهد و سوگند قاضی (جور) برای او حکم نکند، برای اینکه از تضییع حق مسلمان ممانعت شده باشد، می‌توان فرد دیگری (بدون اینکه شاهد بوده باشد) را به شاهد واحد، ضمیمه کرد تا در آن محکمه، صاحب حق، به حق خود برسد (محمد بن حسن الصفار، ۱۴۰۴ هـ.ق - بصائر الدرجات الکبری - تهران مؤسسه علمی) مشابه این روایت در عوالی اللئالی (ابن جمهور، پیشین) و فقه الرضا (علی بن بابویه، ۱۳۶۱ هـ.ش فقه الرضا، الموتر العالمی لامام الرضا) (ع) ۱۴۰۶ هـ.ق. قم جامعه مدرسین حوزه علمیه) نیز آمده، اگرچه هیچ یک از فقهاء در آراء خود به آن عمل نکرده‌اند - فقهاء عموماً شهادت ولد الزنا را معتبر نمی‌دانند، حتی اگر عادل باشد. با این وجود شیخ طوسی محمد بن حسن علی بن علی (تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه - ج ۶ - تهران - دارالکتاب الاسلامیه) در آراء خود با شرایطی و در مواضعی قبول کرده است. همچنین در روایتی از امام صادق (ع) نقل کرده که شهادت چنین فردی را در امور غیر مهم جایز می‌دانند، به شرطی که ظاهر الصلاح باشد. البته علامه حلی در مختلف الشیعه (۸، ۱۴۱۵) و برخی دیگر از فقهاء (اردبیلی، ۱۴۱۶ هـ.ق. مجمع الفائده و البرهان فی شرح الاذهان، ج ۱۲ - قم انتشارات جامعه مدرسین حوزه) آنرا ضعیف می‌دانند. شهادت بر شهادت در جایی که شاهد اصل حضور داشته باشد، از سوی فقهاء فاقد اعتبار قلمداد شده. برخی نیز در تعلیل آن

ضعیف بودن ظن حاصل از شهادت فرع را مطرح کرده اند، لیکن در صورت فقدان شاهد اصل (در اثر موت یا مرض یا هر عذر دیگر) شهادت فرع را جایز شمرده اند. (شیخ طوسی، الخلاف، پیشین) این امر نشانگر تأثیر اهمیت موضوع (لزوم احقاق حق) در تعیین شرایط شهادت است والا اگر شهادت بر شهادت، فی نفسه دارای اعتبار باشد با وجود شاهد اول نیز معتبر خواهد بود. اگر شاهد از سوی مدعی حق، برای تحمل شهادت دعوت نشده باشد، بلکه بطور اتفاقی متحمل شهادت شود، در اداء آن مخیر است (یعنی بر او واجب نیست شهادت بدهد) این موضوع از اخبار و اراء فقهاء ثابت است. لیکن در روایتی از امام صادق (ع) نقل شده (عاملی، پیشین) که اداء شهادت بر او واجب نیست مگر اینکه بداند طرف دعوا ظالم است. در این صورت لازم است شهادت بدهد و مجاز نیست از اداء آن امتناع ورزد. به این ترتیب شهادت از مباح بودن به وجوب تغییر میابد. در خصوص شهادت اطفال، زنان، اهل ذمه، غیر عادل و فاسق نیز تا حدودی این تأثر از شرایط به چشم می خورد.

۴-۲۰. تأثیر اهمیت موضوع در تعیین عدد شهود

تعیین تعداد شهود از سوی شارع مقدس نیز در اعتبار بخشی به آن به عنوان بینه و دلیل اثبات، همان گونه که به عنوان مستمسکی برای قائلین به خصوصیت بینه و موضوعیت آن قرار گرفته می تواند متأثر از اهمیت و شرایط خاص موضوعی باشد که شهود در صدد اثبات آن هستند. لذا تعیین تعداد شهود در موضوعات مختلف و افزایش یا کاهش آن از عدد ۲ خود می تواند دلیلی بر عدم اختصاص بینه به دو شاهد باشد. از این رو در زیر به بررسی برخی مصادیق پرداخته می شود.

در مباحث گذشته راجع به فقدان خصوصیت و موضوعیت شهادت عدلین بحث و اقوال فقهاء در اغلب موضوعات احکام، ناظر به اعتبار شهادت دو شاهد عادل بعنوان بینه بود لیکن پاره ای موضوعات از این کلیت استثناء شده که برخی از آنها از تصریح کلام الله نیز برخوردار هستند: در آیه مربوط به حکم قذف (سوره نور، آیه ۴) به لزوم چهار نفر بودن شهود برای اثبات زنا تصریح شده و عموماً ذکور بودن شهود را نیز مستند از کلمه (شهداء) در این آیه می دانند (مکارم پیشین) برخی علماء دلیل تفاوت تعداد شهود مورد نیاز برای اثبات حکم را رعایت مصالحی می دانند که مورد عنایت شارع مقدس واقع و اراده وی در برخی موارد به اثبات سهل آن بوده (برای جلوگیری از تضییع حق الناس) و در موارد دیگر به صعوبت در اثبات (در حدود الله) تعلق گرفته است. علامه حلی در مختلف الشیعه (پیشین) علت و حکمت این تشریع و تشدید از سوی شارع مقدس را، صیانت از جان مسلمین در برابر تلف ناشی از ثبوت حکم و لزوم حفظ آبروی او می داند.

۱- مواردی که چهار شاهد یک دلیل محسوب است. علیرغم اینکه در اعتبار شهادت دو مرد عادل کفایت می کند، در برخی موارد شارع مقدس بیشتر از این عدد و در مواردی کمتر از آن را ضروری یا کافی دانسته است. یکی از این موارد، لزوم شهادت چهار شاهد مرد است که در برخی آیات قرآن (سوره نساء، آیه ۱۵) به این امر تصریح شده است. در تفسیر القرطبی (۵، ۱۴۰۵) دلیل وضع طریق خاص، برای اثبات زنا، چنین آمده است: خداوند برای زنا چهار شاهد قرار داده تا تغلیظ بر مدعی و باعث پوشیده ماندن بندگان شود. اگرچه قول ضعیفی نیز وجود دارد مبنی بر اینکه در زنا دو متهم وجود دارد و برای هر کدام دو شاهد اختصاص می یابد. غیر از زنا، لواط و مساحقه نیز مواردی

است که برای اثبات آن چهار شاهد لازم است البته در خصوص اتیان بهائم (نزد یکی با چهار پایان) نیز یکی از دو قول فقهاء (نجفی، پیشین) لزوم چهار شاهد است. روایات متعددی (عاملی، پیشین: ۱۸) روایات باب زنا) نیز علاوه بر آیات صریح قرآن، در این زمینه (لزوم چهار شاهد برای زنا) وجود دارد. صاحب جواهر (نجفی، پیشین: ۱۵۵) می فرماید: دلیل تشریع چهار شاهد برای اثبات زنا از سوی شارع مقدس، حکمت لایزال او در پوشیده نگاه داشتن عیوب و بواطن مردم و مراقبت از هتک حقیقت آنهاست. این تعلیل در سایر کتب فقهی (علامه حلی، ۱۴۱۵، پیشین) و (مکارم پیشین) نیز به چشم می خورد.

۲- مواردی که دو شاهد یک دلیل محسوب است. اگرچه در غالب اخبار، به اصل اعتبار بینہ به طور مطلق به عنوان دلیل اثبات اشاره شده و قائلین به خصوصیت آن در شهادت عدلین با استفاده از دلایل دیگر، دو مرد عادل بودن را شرط اعتبار قلمداد می کنند، اما در روایات وارده مواردی به چشم می خورد که به دو شاهد یا دو شاهد عادل تصریح و تاکید شده. گویی این موارد نیز از طرق خاصی است که شارع مقدس اثبات موضوع یا حکم را از این طریق معتبر می داند، اگرچه عدد شهود مساوی با همان عددی است که در اصل بینہ معتبر است (یعنی دو شاهد) و یا برخی شرایط ویژه ای را در طریق خاص، ذکر نموده که رعایت آنها لازم است. این موارد می تواند استثنایی بر اصل و عمومیت حجیت شهادت باشد. به برخی از این موارد در زیر اشاره می شود. روایت هلال ماه شوال که در آن به جز شهادت دو مرد عادل، شهادتی مقبول نیست (کلینی، پیشین، ۴) در حالی که روایت هلال ماه رمضان، شهادت یک شاهد حتی اگر زن باشد پذیرفته شده است. (سلار ابن عبدالعزیز، ۱۴۱۴) البته برخی فقهاء (خوانساری، پیشین) شهادت یک زن

را نه اثبات کننده هلال، بلکه مجوز روزه در آن روز می‌دانند- در خصوص طلاق در آیه شریفه (و اشهدو ذوی عدل منکم....) (سوره طلاق، آیه ۲) تصریح به لزوم اخذ دو شاهد عادل شده و روایتی نیز از امام موسی کاظم (ع) نقل است که فرمود: خداوند تبارک و تعالی امر به طلاق نمود و به لزوم شهادت دو شاهد تأکید کرد و به غیر شهود عادل نیز رضایت نداد. (کلینی، پیشین، ۵) در برخی کتب فقهی (اردبیلی، پیشین) نیز به این امر تأکید شده است. در خصوص حکم ساحر و زندیق روایاتی نقل شده (عاملی پیشین، ۲۷) که در هر دو تصریح به شهادت دو مرد عادل شده و در سایر موارد از قبیل: جنایاتی که موجب حد می‌شوند (مانند: سرقت- ارتداد و شرب خمر) و برخی حقوق الناس مانند: وکالت، وصیت عهدی و نسب نیز فقهاء (خوئی، مبانی تکملة المنهاج، بی تا، ۱- نجفی، پیشین) به استناد به عموم ادله حجیت شهادت، غیر از شهادت دو مرد عادل را مجزی نمی‌دانند.

۳- مواردی که یک شاهد یک دلیل محسوب است. برخی از مواردی که فقهاء یک شاهد را کافی در اثبات می‌دانند به شرح زیر است. در مورد شهادت به عدالت شهود، در عروه الوثقی (طباطبایی، پیشین) آمده است: اگر یک شاهد عادل به عدالت شخص دیگر شهادت بدهد، پذیرفته است. زیرا حصول اطمینان کافی است اگرچه از شهادت یک شاهد بدست آید.

شیخ انصاری (۱۴۲۰، پیشین) در مبحث شهادت بر شهادت می‌فرماید: اگر از شهادت یک شاهد عادل، وثوق به عدالت شهود اصل، حاصل شود (شهودی که در اصل موضوع شهادت داده اند و یک شاهد عادل شهادت بر شهادت آنها می‌دهد) اقوی، کفایت وثوق (ظن) در قبول قول شاهد واحد است. و به روایتی نیز در تأیید قول خود استناد

کرده است. در شهادت به حلول ماه رمضان، برخی از فقهاء با استناد به روایتی از امام علی(ع) (صدوق، پیشین) عقیده دارند برای اثبات هلال ماه رمضان، شهادت شاهد واحد کافی است، گرچه برای اثبات هلال شوال شهادت دو مرد عادل لازم است (سلار، پیشین). در ثبوت نجاست گفته شده با علم و بینہ و شاهد واحد، قابل اثبات است. البته برخی در ثبوت آن با یک شاهد احتیاط کرده اند (باطبایی یزدی، پیشین).

مؤلف کتاب فقه السنه که از اهل سنت است از قول برخی علماء نقل می‌کند که شهادت یک مرد در برخی موارد مانند شهادت بر ولادت-شهادت معلم در مورد شاگرد-شهادت در تزکیه شهود و جرح آنها-عزل و کیل و عیب کالا، پذیرفته است. همچنین از قول برخی نقل می‌کند که هرآنچه که حق را بیان کند، بینہ محسوب است. لذا اگر حق به هر طریقی آشکار شود (ولو با شهادت یک فرد) تنفیذ آن واجب و تعطیل آن حرام است (السید سابق، پیشین: ۴).

در رضاء، امور زنانه و عیوب زنانه. اگرچه فقهاء، در هر موضعی که شهادت زنان را جایز شمرده اند، بجای دو مرد به لزوم شهادت چهار زن تأکید کرده اند (محقق حلی، پیشین-خوانساری، پیشین) برخی از آنها مانند شیخ مفید (المقنعه، ۱۴۱۰) می‌فرماید اگر در عیوب زنانه و استهلال و رضاء، شاهدی بجز یک زن نباشد، در صورت اطمینان به او شهادتش پذیرفته است. برخی دیگر مانند ابن جنید و سلاربن عبدالعزیز (۱۴۱۴، پیشین) قول یک شاهد زن را در این مورد بطور مطلق نافذ و معتبر می‌دانند، بدون اینکه آن را مقید به حال ضرورت کرده باشند.

۴- تأثیر تعداد بیشتر شهود در اعتبار شهادت. اگرچه در لسان فقهاء، از بینہ، به شهادت دو شاهد عادل تعبیر شده و عموماً شهادت دو شاهد را به عنوان دلیل شرعی قلمداد و

آن را در اثبات موضوعات کافی می دانند (البته آنهایی که اعتبار بینہ را به لحاظ طریقت آن می دانند نه به سببیت) لیکن به مرحجتاتی که در حصول ظن قوی و وثوق تأثیر گذار هستند، ترتیب اثر می دهند. لذا در باب تعارض دو بینہ که متداعیین اقامہ کرده باشند، گفته شده (ابن ادریس، ۲، ۱۴۱۰ و اردبیلی، پیشین) بینہ ای که اعدل از بینہ دیگر باشد، ترجیح داده می شود و در صورتی که از نظر عدالت مساوی باشند، هر کدام از بینہ ها که تعدادش بیشتر (یعنی بیشتر از دو نفر) باشد مرجح خواهد بود. یعنی فقهاء شہادت او را به ضمیمہ یک سو کنند، می پذیرند و شہادت طرف مقابل را رد می کنند (علی بن بابویہ، پیشین و علامہ حلی ۱۴۱۵، پیشین) البته برخی از نظر ترتیب از حجیت تعداد بیشتر را به اعدل بودن مقدم داشته و گفته اند: اگر در تعداد مساوی بودند، اعدل آنها به دیگری ترجیح دارد (همان و طباطبائی پیشین). ابن جنید اسکافی (اشتہاردی، ۱۴۱۷) بدون تعرض به اعدل بودن، تعداد شہود را ملاک ترجیح بینہ قلمداد و حق سوگند خوردن را متعلق به کسی می داند که شہودش از نظر تعداد، بیشتر باشد. این نظر فقهاء با قول به خصوصیت بینہ که آن را منحصر در دو شاهد می داند - در تعارض است. چرا که در قول به خصوصیت بینہ شہود مازاد بر دو نفر، فاقد اعتبار و اثر خواهد بود. در عروہ الوثقی (طباطبائی یزدی، پیشین) با نقل اقوال مختلف آمده: اگر دو شاهد به امری شہادت دهند و چهار شاهد به امر دیگری (عکس آن) بعید نیست دو شاهد در برابر دو شاهد طرف مقابل تساقط کنند و دو شاهد باقی مانده از چهار شاهد به عنوان دلیل بلا معارض بماند. اگرچه در این دو قول نیز تعداد زیاد شہود ترجیح داده شده، اما نه به لحاظ اکثر بودن، بلکه به لحاظ استقلال دو شاهد اضافہ به عنوان یک دلیل. این قول با سببیت بینہ قابل توجیہ است. البته ملاحظہ می شود حتی آنهایی که بینہ را سبب می دانند و اعتبار آن

را به لحاظ بینه بودن می‌پندارند، در عبارتشان اعدل بودن و اکثر بودن تعداد (اگرچه به اندازه دو بینه مستقل نباشد مانند ۳ شاهد) شهود را دلیلی بر ترجیح آن به بینه طرف مقابل می‌دانند (طباطبایی، ۱۴۲۰-۲)

۴-۲۱. عدم خصوصیت بینه در مذكر بودن شهود

در لسان فقهاء به همان اندازه که به عدد شهود (دو نفر بودن) تأکید شده به مذكر بودن آنها نیز در اعتبار یافتن شهادت تصریح شده است. لیکن در پاره ای موارد برای شهادت زنان اعتبار قائل شده اند اگرچه تفصیل مختلفی در اقوال آنها وجود دارد اما آنچه که متفق علیه است شهادت زنان به انصمام مردان در امور مالی و شهادت زنان بدون مردان فقط در امور زنانه می‌باشد. با این وصف در عدم خصوصیت بینه در مذكر بودن شهود نیز مانند عدم خصوصیت آن در عدد است و در روایاتی نیز بدون شرط به اعتبار آن تأکید شده است که خود مباحثی جدا را می‌طلبند و از ذکر مطالب بیشتر در این خصوص اجتناب می‌شود.

۴-۲۲. عدم خصوصیت بینه در عدالت شهود.

در مورد عادل بودن شهود نیز از شواهد مختلفی می‌توان عدم خصوصیت را مطرح کرد تا قول به اعتبار مطلق بینه یا در نهایت شهادت شهود صائب گردد. لیکن در این مبحث نیز تحقق علیحد ای لازم است و برای پرهیز از ذکر مطالب خارج از موضوع از پرداختن به آن اجتناب می‌شود.

۴-۲۳. نظریه مختار (اعتبار مطلق بینة)

از بررسی اقوال علما می‌توان دریافت که دلیل قاطعی مبنی بر اینکه لفظ بینة در قرآن و سنت (در زمان پیامبر (ص) به معنی خاص) (یعنی شاهد) بوده باشد، وجود ندارد. در قرآن به معنی لغوی آن (یعنی: تبیین کننده و آشکار کننده) به کار رفته و در شرع نیز دلیل قاطعی مبنی بر نقل شرعی یا متشرعه ای در غیر معنی لغوی برای آن ثابت نیست. برخی ناگزیر گفته اند در همان معنی لغوی خود (یعنی بیان کنندگی) به نحو حقیقت است که در شرع در معنی شاهد به کار رفته و اینکه در روایات منقول از ائمه به ویژه از امام صادق (ع) به معنی خاص به کار رفته یا صفت عادل و عدول پس از ذکر کلمه (بینة) آمده است، می‌تواند به لحاظ غلبه استعمال باشد. زیرا در عصر ائمه علیهم السلام حتی اگر لفظ بینة در معنی عام خود حقیقت بوده، مصداقی غیر از شاهد نداشته و یا مقصود نبوده است و در صورتی که مدعی علیه اقرار نمی‌کرد، و قاضی هم به حقیقت امر علم نداشت آن گونه که از رسول خدا (ص) ذکر شد، دلایل اثباتی در آن زمان منحصر در شهادت شهود بوده و گویی بینة لفظ عامی بوده که به غیر از یک مصداق (یعنی شهادت شهود) نداشته و هرکجا که بحث اثبات دعوا و دلیل مطرح می‌باشد متبادر از بینة همان شهادت شهود بوده است. اظهار برخی فقهاء (مکارم پیشین) مبنی بر اینکه این لفظ پس از زمان پیامبر (ص) و یا حتی پس از ائمه معصومین (ع) از معنی لغوی و عام خود به معنی خاص (یعنی شهادت شهود) منقول شده، موید این مدعاست. لذا می‌توان ادعا نمود که بینة در لسان اخبار همان معنی (مطلق دلیل) است که غالباً یک مصداق از آن بعضی شهادت شهود در دعاوی و مرافعات موضوعیت پیدا می‌کرده و غلبه استعمال به حدی رسید که از لفظ بینة همان شاهد یا دو شاهد به ذهن متبادر شده است. مع الوصف این

تبادر مستلزم عدم صدق بینه به غیر از شاهد نیست. از این رو علم قاضی را نیز مصداقی از بینه عنوان نموده اند. بنابراین در صورتی که دلیل مدعی

منحصر در علم قاضی باشد و ضمن طرح دعوای حقوقی یا مالی به آن استناد کند، نمی توان او را فاقد بینه قلمداد و سوگند را متوجه منکر حق نمود. چرا که در صورت سوگند منکر و صدور حکم برائت ذمه او، حکم صادره (بدلیل یقین قاضی به شغل ذمه مدعی علیه) خلاف حق واقع بوده و مورد نهی شارع مقدس خواهد بود. با این تعریف حصر مورد ادعا در روایات و اخبار متوجه مصادیق ادله ثابت نبوده بلکه ناظر بر طریق قضاوت است که خارج از دو شق نیست: یا مدعی حق برای ادعای خود بینه (هر دلیل اثباتی) دارد که بر مبنای آن حکم صادر می شود و یا فاقد دلیل است که در نتیجه صدور حکم از حالت اثباتی (اثبات حق مدعی) به نفی ادعای مدعی (با سوگند منکر حق) تغییر می یابد بنابراین هر دلیلی که شأن اثباتی داشته باشد قابل تمسک از سوی مدعی بوده و بلا مانع است. خود حصر عنوان شده در روایت (انما اقضی....) نیز اجازه اختصاص بینه را به شهادت عدلین نمی دهد چرا که مستلزم بی اعتبار دانستن علی الاطلاق سایر ادله دارای شأن اثبات است و این خود محذوری بالاتر از ارتکاب خلاف ظاهر الفاظ و قرائن مورد اتکاء قائلین به اختصاص است (مقاله اصغر عربیان، عدم اختصاص (بینه) به شهادت دو شاهد، ۱۳۹۲)

الف حداقل وثوق در شهادت عدلین:

اگر وثوق به صحت قول شاهد. ملاک اعتبار شهادت تلقی شود، کفایت می کند. اولاً: از برخی فقهاء نقل شده که اگر از شهادت یک شاهد هم وثوق حاصل شود کفایت می کند. ثانیاً: ممکن است با شهادت غیر عادل نیز این وثوق حاصل شود، لیکن ذکر تعداد (دو

شاهد) و شرط عدالت در آنها باید دلیل دیگری داشته باشد. اگرچه برخی از آنها تصریح کرده اند که مقصودش از اشتراط عدالت، حصول وثوق به صحت گفتار شهود است. اما در اختصاص بینه به دو شاهد بجز تعبد دلیل دیگری ذکر نکرده و به برخی آیات و روایاتی اشاره نموده اند که نمی توانند در همه موارد تعمیم یابند. اما از بررسی اقوال و تتبع آراء فقهاء می توان دریافت که وثوق قابل قبول برای اقناع حاکم در شهادت دو نفر و بیشتر است. زیرا وقتی شهود دو نفر باشند نسبت به زمانی که شاهد یک فرد واحد بوده حصول اطمینان به مراتب بالاتر است. لیکن این روند افزایش اطمینان در افزایش شهود از دو نفر به سه نفر یا بیشتر یا کمتر است. به تعبیر دیگر احتمال کذب ناشی از احتمال تبانی آنها بسیار کم شده و در صدد پائینی خواهد بود. و این در صد هرچه تعداد شهود بیشتر باشد سیر نزولی دارد اما در بیشتر از دو شاهد روند آن کند است و مانند تفاوت بین یک شاهد و دو شاهد نیست لذا ارزش ارتکاب خلاف اصل (یعنی اصل اعتبار شهادت و خلاف اصل بودن تعدد شهود) را زایل می کند. بنابراین خلاف اصل در یک نقطه ای لازم است متوقف شود و آن همان شهادت دو نفر است که وثوق حاصل از آن به نسبت وثوق حاصل از شهادت یک نفر بسیار متفاوت است. مضافاً اگر ملاک را (حداکثر وثوق) بدانیم به لحاظ نسبی بودن آن، تا نقطه یقین متوقف نخواهد شد که این شرط هم با شهادت صد نفر و بیشتر نیز حاصل نمی گردد، ضمن اینکه تاکنون کسی قائل به چنین شرط و قولی نشده است. لذا شهید ثانی (شرح لمعه) می فرماید: اگر تعداد شهود بیشتر از دو نفر باشد (در مواردی که با شهادت دو نفر ثابت است) اداء شهادت به دو نفر از شهود واجب کفایی است. این قول شهید به این معنی نیست که اگر بیشتر از دو نفر شهادت بدهند فاقد اعتبار است. بلکه حداقل وثوق قابل

قبول قاضی در شهادت دو نفر است و کفایت می‌کند. ضمن اینکه گفته شده (روحانی، پیشین ره) بینه عبارتست از شهادت دو نفر و بیشتر نه اینکه هر دو شاهد بینه مستقلی محسوب شوند و دو به دو با هم تساقط کنند.

ب: تعدد شهود به عنوان طرق خاص شارع:

از نتیجه بررسی ها می‌توان گفت، آنچه که از سوی شارع معتبر شناخته شده اصل شهادت شهود است که به لحاظ وثوق حاصل از طریقت آن و کاشفیتش از واقع است. تعیین تعداد شهود هم منوط به اهمیت موضوع و نظر خاصی است که شارع مقدس در آن داشته که گاهی خود از طریق خاص نه به منظور کشف واقع که به مقاصد دیگری از قبیل: حفظ دماء و آبروی مردم یا دیگر مصالح موضوعیت می‌یابد. برخی این موضوعات که در شرع با دو شاهد قابل اثبات نبوده و شهود بیشتری نیاز دارند در صورت اثبات یا مجازاتهای بسیار شدیدی نیز همراهند که جان مسلمین را در معرض تلف قرار می‌دهند، مانند: زنا-لواط و مساحقه. لذا شارع مقدس در حد امکان به عیب پوشی و حفظ عفت عمومی عنایت داشته و طرق اثباتی بسیار سختی را برای آنها قرار داده است. به ویژه برخی از آن طرق تا حدی دشوار است که عرفاً محال قلمداد می‌شود. مانند: وجود چهار شاهد عادل مرد برای اثبات مساحقه (که بصورت پنهانی و سری بین دو زن اتفاق می‌افتد) این سختگیری با وضع مقررات و تهدیدهایی نیز از سوی شارع همراه بوده و امکان اثبات آن را به حداقل ممکن رسانده است مانند: تهدید شهود به مجازات شلاق (حد قذف) در صورت کوچکترین اختلال در شرایط شهادت (مانند تأثیر حضور شاهد چهارم با وصف شهادت سه شاهد، که باعث ثبوت حد قذف بر همه شهود می‌شود) و یا تشهیر آنها و عدم قبول ابدی شهادتشان. این شرایط خاص و هدف

ذکر شده، در تعیین تعداد شهود اثر مستقیم داشته و حتی در تعیین جنسیت شهود و شرایط شهادت نیز بی تأثیر نیست لیکن نمی توان از آن خصوصیت شهادت شهود را نتیجه گرفت. بلکه حتی می توان به نتیجه عکس رسید. یعنی آنهایی که قائل به خصوصیت بینه هستند نمی توانند بینه را در تعداد مشخصی از شهود (مانند ۲ نفر یا ۳ نفر یا ۴ نفر) منحصر بدانند و ناگزیرند اصل اعتبار آن را در اثبات، بپذیرند و باقی شرایط را از دلایل دیگری از جمله (مصلح شرعی و اجتماعی) تحصیل کنند. چرا که به طریق بودن امارات و شهادت شهود که یکی از امارات است. عموم فقهاء تأکید دارند و اعتبار اماره را هم به لحاظ کاشفیت از واقع قلمداد می کنند. در حالی که در برخی از طرق مورد اشاره اهتمام شارع مقدس کشف واقع نبوده یا به تعبیر دیگر خود طریق موضوعیت دارد. لذا قضیه سعد بن عباد و فرمایش رسول گرامی اسلام (ص) در این راستا قابل ارزیابی است. ۲- لذا می توان گفت در تمام مواردی که (شهادت شهود) به عنوان طریق خاص شارع مطرح است، موضوعیت و سببیت داشته و استثنائی بر اصل اعتبار بینه و شهادت تلقی می گردد و اعتبار سایر موارد، بر محور وثوق حاصل از صحت قول شهود باقی بوده و می تواند مبنای صدور حکم قرار گیرد. بدین ترتیب تعیین طریق خاص از سوی شارع برای برخی موضوعات منافاتی با اصل معیار ادله (شان اثباتی) در سایر موارد ندارد. در این راستا برخی بزرگان (گلپایگانی، کتاب قضاء-۱) فرموده اند: اگر گفته شود شارع مقدس اثبات زنا را فقط از طریق شهادت چهار شاهد مرد امکان پذیر ساخته، منافاتی با اصل اعتبار سایر ادله مانند: علم قاضی ندارد. زیرا می تواند برای اجراء برخی حدود حتی علم را هم فاقد اعتبار اعلام کند.

نتیجه گیری

۱- با مروری که در ادله قائلین به دو قول (قول به اختصاص بینه به شهادت دو شاهد مرد عادل و قول به اعتبار بینه به عنوان مطلق دلیل اثبات) صورت گرفت مشخص شد فقهاء بیشتر بر قول اول بودند اگرچه دلیل قوی براین اختصاص ابراز نکرده اند و وجه اثباتی و اعتبار مطلق بینه را هم با دلیل قابل اتکاء رد ننموده اند. با این وصف می توان گفت بینه دارای اعتبار مطلق بوده و وجه اثباتی آن خصوصیتی نه در شهادت دارد نه در عدد شهود (دو نفر بودن) و نه در مذكر بودن آنها و نه حتی در عدالت آنها بلکه بینه بما هو بینه به هر دلیل دارای شأن اثبات اطلاق می شود و در کل و بصورت ماهیتی هر دلیل که بتواند به شکل معقول و منطقی در محکمه حلقه وصل بین مجهول و معلوم و زمینه دستیابی به حقیقت مورد تردید یا انکار واقع شود و در درک واقعیت موضوع در موارد اختلافی بین حقیقت مسلم و اغناء وجدان قاضی محاکم شود فارغ از شکل و عنوان می تواند در غالب بینه مورد نظر و استفاده باشد.

۲- اگر در شرع به ویژه در صدر اسلام بینه به شهادت دو شاهد اطلاق شده و یا در روایات به آن اشاره گردیده به لحاظ غلبه مصداقی بوده به تعبیری بینه غالباً مصداقی غیر از شهادت دو شاهد نداشته، یک شاهد به لحاظ پایین بودن ضریب اطمینان به صدق گفتار و عدم حصول وثوق برای اثبات مدعا کافی عنوان نشده و بیشتر از دو شاهد نیز از طرفی ضرورت نداشته و از طرف دیگر شرط افزایش عدد احتمال احقاق حق را کاهش می داده در نتیجه دو شاهد به عنوان دلیل قابل قبول و مصداق وجه اثباتی بینه قلمداد شده است.

۳- سایر مواردی که در فقه مستلزم تعداد بیشتر یا کمتری از شهود عنوان شده بدون اینکه تأثیری در اصل اعتبار وجه اثباتی بینه داشته باشد صرفاً به عنوان طرق خاص شارع در تضعیب یا تسهیل اثبات اتهام یا دعوا قابل ارزیابی است و خصوصیتی را برای تعداد شهود ایجاد نمی کند.

۴- قانون گذار ایران پس از انقلاب اسلامی با تأسی از نظر مشهور فقهاء بینه را به دو شاهد عادل مرد اطلاق نموده و تفاوتی بین آن دو (شهادت شهود و بینه) قائل شده است. بنا به مراتب پیش گفته قانون گذار می تواند بینه را به عنوان مطلق دلیل اثبات تلقی نماید که قابل تطبیق به هر دلیل دارای شأن و وجه اثباتی است و شهادت شهود نیز بدون لحاظ خصوصیت در عدد به عنوان مصادیقی از آن قلمداد شود که درجه اعتبار و مقبولیتش منوط به نظر دادرس باشد.

پیشنهادهات

- با توجه به عدم برخورد حتی یک مورد در تحقیق انجام شد با این موضوع که نظر شارع مقدس در خصوص شرعی و بیانات فقهی اراده قطعی و متقن از (بینه) بعنوان دوشاهد عدلین به صورت محدود و محصور طرح شده باشد. و لزوم برداشت جامع و موسع از (بینه) با توجه به تغییر و تحولات اجتماعی فراوان و پیچدگی زندگی روزمره بشر و به تبع آن وقوع جرایم متنوع و نوظهور در جامعه، ارائه تعریف صریح و موسع از بینه متناسب با شرایط مکان و زمان جهت حفظ و صیانت از پویایی فقه اسلامی و احکام شریعت ضروری می نماید که طرح جدی و ارائه رای و نظر واحد پیرامون تعریف (بینه) در غالب دلایل معقول و منطقی و متناسب با زمان پیشنهاد می گردد.

- سرعت تحولات پیش رودر زندگی بشری و احاطه بخش اعظمی از فعالیت های مدنی و حقوقی افراد از طریق فضاهای مجازی و به تبع. وقوع تخلفات و جرایم کیفری در این بستر به صورت دورکاری و غیر مستقیم چنانچه در خصوص پذیرش تمامی دست آوردهای علمی از قبیل (علم ژنتیک، نانو، اثرنگاره های خونی، ارثی، سلولی. رایحه ای و فراحسی و سایر آثار و دلایل رفتار انسان در خلوت حقیقی و کثرت مجازی و مخابراتی - اطلاعاتی و.....) که امروز استفاده و ورود به آن اجتناب ناپذیر شده است. پیشنهاد می گردد. هرچه که در مقام اثبات ادعای مدعی در محاکم معقول و منطقی و موثر است تحت عنوان (بینه) مورد پذیرش و عمل قرار گیرد و این قبول و پذیرش در حقوق اسلامی و محاکم نهاده بینه شود.

منابع و مأخذ

قرآن مجید. تهران. چاپ مطبعه اسلامی ۱۳۴۸ هـ. ش

الف: کتاب

- ۱- ابوزهره، شیخ محمد. الجریمة و العقوبة، چاپ مطبعه مخیمه، قاهر، مصر
- ۲- امام خمینی، تجریر الوسیله، چاپ دوم. مطبعه الاراب، نجف، ۱۳۹۰ ق.
- ۳- اصفهانی نجفی. شیخ محمد حسن (معروف به صاحب جواهر) جواهر الکلام. چاپ هفتم. بیروت. داراحیاء التراث العربی. ۱۹۸۱ م.
- ۴- ابن باویه قمی. محمد بن علی. (معروف به شیخ صدوق). من لا یحضره الفقیه. چاپ سنگی ایران.
- ۵- ابن فهد الحلی الاسدی، جمال الدین، ۱۴۰۷ هـ ق، المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، جلد چهارم، چاپ اول قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرّسین حوزه علمیه.
- ۶- ابن قدامه، عبدالرحمن، بی تا، الشرح الکبیر، جلد چهارم و دوازدهم، بیروت، دارالکتاب العربی.
- ۷- ابن قدامه، عبدالرحمن، بی تا، المغنی، جلد دوازدهم، بیروت، دارالکتاب العربی.

- ۸- ابی زید الثعالبی، عبدالرحمن بن محمد بن مخلوف، ۱۴۱۸ھق، جواهر الحسان فی تفسیر القرآن (تفسیر الثعالبی)، جلد اول، چاپ اول، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ۹- احمد بن محمد (محقق اردبیلی)، ۱۴۱۶ھق، مجمع الفائدہ و البرہان فی شرح الاذہان، جلد دوازدہم، چاپ اول، قم، انتشارات جامعہ مدرسین حوزہ علمیه.
- ۱۰- الاحسانی، محمد بن علی بن ابراہیم (ابن ابی جمہور)، ۱۴۰۳ھق، عوالی اللثالی العزیزہ فی الاجادیت الدینیہ، جلد اول، چاپ اول، قم، چاپ سیدالشہداء.
- ۱۱- الانصاری، زکریا بن محمد بن احمد بن زکریا، ۱۴۱۸ھق، فتح الوہاب بشرح منہج الطلاب، چاپ اول، بیروت، دارالکتب العلمیہ.
- ۱۲- الجزائری، عبداللہ بن نعمہ اللہ، التحفہ السنیہ فی شرح نخبہ المحسنیہ (فیض کاشانی)، مخطوط، میکروفیلم کتابخانہ آستان قدس رضوی.
- ۱۳- الحرالعالمی، محمد بن الحسن، ۱۴۱۴ھق، وسائل الشیعہ الی تحصیل مسائل الشریعہ، جلد بیست و پنجم و ہفتم، قم، مؤسسہ آل البیت لاحیاء التراث.
- ۱۴- الدیلمی، حمزہ بن عبدالعزیز (سلار)، ۱۴۱۴ھق، المراسم العلویہ فی احکام النبویہ، قم، معاونت فرہنگی مجمع العالمی لاهل البیت.
- ۱۵- الشریینی، محمد بن احمد، ۱۳۷۷ھق، مغنی المحتاج الی معرفہ معانی الفاظ المنہاج، جلد دوم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ۱۶- العالمی، زین الدین بن علی (شہید ثانی)، ۱۴۱۰ھق، الروضہ البہیہ فی شرح اللمعہ الدمشقیہ، جلد سوم، چاپ اول، قم، انتشارات داوری.
- ۱۷- العالمی، زین الدین بن علی (شہید ثانی)، ۱۴۱۳ھق، مسالک الافہام الی تنقیح شرایع الاسلام، جلد چہار دہم، چاپ اول، قم، مؤسسہ معارف اسلامی.

- ۱۸- العاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، ۱۴۱۲ هـ.ق.، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، جلد اول، چاپ اول، قم، انتشارات جامعه مدرّسین حوزه علمیه.
- ۱۹- العاملی، محمد بن مکی، (شهید اول)، بی تا، القواعد والفوائد، قم، مکتبه المفید.
- ۲۰- القرطبی، محمد بن احمد الانصاری، ۱۴۰۵ هـ.ق.، الجامع لاحکام القرآن (تفسیر القرطبی)، جلد سوم و پنجم و ششم، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه التاریخ العربی.
- ۲۱- النووی الدمشقی، یحیی بن شرف، بی تا، روضه الطالبین، جلد اول، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- ۲۲- امامی، سید حسن، ۱۳۷۱ هـ.ش، حقوق مدنی، جلد ششم، چاپ اول، تهران، انتشارات اسلامی.
- ۲۳- انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۴ هـ.ق.، رسائل الفقهیه، چاپ اول، قم، چاپ باقری.
- ۲۴- انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۲۰ هـ.ق.، کتاب الصلاه، جلد دوم، چاپ اول، قم، چاپ باقری.
- ۲۵- انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۸ هـ.ق.، کتاب الطهاره، جلد دوم، قم، چاپ اول، مؤسسه الهادی.
- ۲۶- بجنوردی، میرزا محمد حسن، ۱۴۱۹ هـ.ق.، القواعد الفقهیه، جلد سوم، چاپ اول، قم، نشر الهادی تفسیر امام عسکری (ع)، ص ۶۵۳.
- ۲۷- بکایی، محمد حسن، احکام زندان (ترجمه)
- ۲۸- حکیم. سید محمد تقی. الاصول العامه للفقّه المقارن، چاپ اول. مطبعه دارالاندلس. بیروت. ۱۹۶۳.

- ۲۹- جعفر بن الحسن (محقق حلی)، ۱۴۰۹ هـ.ق.، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، جلد چهارم، چاپ دوم، تهران، انتشارات استقلال.
- ۳۰- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۱ هـ.ش، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، گنج دانش.
- ۳۱- حسن بن یوسف بن المطهر (علامه حلی)، ۱۴۱۹ هـ.ق. قواعد الاحکام، جلد سوم، چاپ اول، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه
- ۳۲- حسن بن یوسف بن المطهر (علامه حلی)، ۱۴۱۵ هـ.ق.، مختلف الشیعه، جلد هشتم، چاپ اول، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- ۳۳- حسینی مراغی، میر عبدالفتاح، ۱۴۱۷ هـ.ق.، العناوین الفقہیہ، جلد دوم، چاپ اول، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- ۳۴- حلی، ابن ادريس، ۱۴۱۰ هـ.ق.، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد دوم، چاپ دوم، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- ۳۵- خوانساری، سیداحمد، ۱۴۰۵ هـ.ق.، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، جلد هفتم، چاپ دوم، تهران، کتابخانه صدوق.
- ۳۶- خراسانی. ملا محمد کاظم (معروف آخوند) کفایه الاصول، چاپ. ایران.
- دانشگاه علوم رضوی (۱۳۸۷) ادله اثبات دعاوی کیفری - گروه پژوهشی دانشگاه علوم رضوی مشهد.
- ۳۷- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، ۱۴۰۴ هـ.ق.، مفردات غریب القرآن، دفتر نشر کتاب، چاپ اول.

- ۳۸-راوندی، سعید بن هبه الله (قطب الدین)، ۱۴۰۵ هـ.ق.، فقه القرآن، جلد اول، چاپ دوم، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی.
- ۳۹-روحانی، محمدصادق، ۱۴۱۴ هـ.ق.، فقه الصادق، جلد هشتم و بیست و پنجم، چاپ سوم، قم، مؤسسه دارالکتاب.
- ۴۰-زغلول، فتحی، اصول التشریع (ترجمه) چاپ مصر.
- ۴۱-سرخسی، شمس الدین، ۱۴۰۶ هـ.ق.، المبسوط، جلد شانزدهم، بیروت، دارالمعرفه.
- ۴۲-سعدی ابوحیب، ۱۴۰۸ هـ.ق.، قاموس الفقهی، چاپ هشتم، دمشق، دارالفکر.
- ۴۳-سید سابق، بی تا، فقه السنه، جلد سوم، بیروت، دارالکتاب العربی.
- ۴۴-شیروانی، علی، (۱۳۹۱) ترجمه، تبیین شرح اللمعه شهید ثانی، در شهر قم، قم انتشارات دارالعلم
- ۴۵-شیروانی ستار، (۱۳۹۲) هـ.ش، مقایسه تطبیقی بینة در فقه شیعه و اهل سنت
- ۴۶-شافعی، محمد بن ادریس، بی تا، اختلاف الحدیث، بی نا.
- ۴۷-شافعی، محمد بن ادریس، بی تا، المسند، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- ۴۸-طباطبائی، سید علی، ۱۴۲۰ هـ.ق.، ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل، جلد دوم، چاپ اول، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- ۴۹-طباطبائی یزدی، محمد کاظم، ۱۴۱۷ هـ.ق.، العروه الوثقی، جلد اول، چاپ اول، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- ۵۰-طبرسی، امین الاسلام ابی علی الفضل بن الحسن، ۱۴۱۵ هـ.ق.، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، جلد دوم، چاپ اول، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.

- ۵۱- طوسی، محمد بن حسن بن علی (شیخ الطائفه)، ۱۳۹۰ هـ.ق.، الاستبصار فی ما اختلف من الاخبار، جلد سوم، چاپ اول، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- ۵۲- طوسی، محمد بن حسن بن علی (شیخ الطائفه)، ۱۴۱۷ هـ.ق.، الخلاف، جلد ششم، چاپ اول، قم، انتشارات جامعہ مدرسین حوزه علمیه.
- ۵۳- طوسی، محمد بن حسن بن علی (شیخ الطائفه)، ۱۴۱۷ هـ.ق.، العده فی اصول الفقه، جلد اول، قم، چاپ اول، انتشارات ستاره.
- ۵۴- طوسی، محمد بن حسن بن علی (شیخ الطائفه)، بی تا، النهایه فی مجرد الفقه والفتاوی، چاپ دوم، قم، انتشارات قدس محمدی.
- ۵۵- طوسی، محمد بن حسن بن علی (شیخ الطائفه)، ۱۳۶۵ هـ.ش.، تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه، جلد ششم، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- ۵۶- علم الهدی، سیدمرتضی، ۱۴۱۵ هـ.ق.، الانتصار، چاپ اول، قم، انتشارات جامعہ مدرسین حوزه علمیه.
- ۵۷- علی بن بابویه، ۱۳۶۱ هـ.ش.، فقه الرضا، المؤتمر العالمی لامام الرضا (ع)، ۱۴۰۶ هـ.ق.، چاپ اول، قم، جامعہ مدرسین حوزه علمیه.
- ۵۸- علی پناه اشتهاردی، ۱۴۱۷ هـ.ق.، فتاوی ابن الجنید، چاپ اول، قم، انتشارات جامعہ مدرسین حوزه علمیه.
- ۵۹- جمید زنجانی، (۱۳۹۱ هـ.ش)، درامدی بر حقوق اسلامی تطبیقی، چاپ دوم انتشارات بنیاد حقوقی میزان
- ۶۰- فتحی، احمد، (۱۳۷۸ ق). العقو فی الفقه الاسلامی، چاپ مصر بهنسی

- ۶۱- فیض علیرضا، (۱۳۸۹) ه. ش، مقارنه و تطبیق در حقوق جزا عمومی اسلام، چاپ هشتم سازمان چاپ و انتشارات
- ۶۲- قمی، میرزا ابوالقاسم، ۱۳۷۸ ه. ش،، القوانين المحکمه فی اصول الفقه، کتاب فروشی اسلامیة
- ۶۳- قمی، میرزا ابوالقاسم، ۱۴۱۷ ه. ق،، غنائم الایام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ اول، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- ۶۴- کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، ۱۳۸۹ ه. ق،، الکافی، جلد چهارم و پنجم و هفتم، چاپ دوم، دارالکتب الاسلامیه.
- ۶۵- گلپایگانی، محمدرضا، ۱۴۰۵ ه. ق. کتاب الشهادات، قم، دارالقرآن الکریم.
- ۶۶- محمد بن حسن الصفار، ۱۴۰۴ ه. ق،، بصائر الدرجات الکبری، تهران، مؤسسه اعلمی.
- ۶۷- محمد بن علی بن الحسین بن بابویه قمی (شیخ صدوق)، ۱۴۰۴ ه. ق،، من لا یحضره الفقیه، جلد سوم، چاپ دوم، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- ۶۸- محمد بن محمد بن النعمان (شیخ مفید)، ۱۴۱۰ ه. ق،، المقنعه، چاپ دوم، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- ۶۹- محمضانی صبحی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه ابراهیم گلستانی چاپ دوم ۱۳۵۸، چاپخانه سپهر تهران
- ۷۰- موسوی خوئی، ابوالقاسم، ۱۴۱۰ ه. ق،، کتاب الاجتهاد والتقلید، چاپ سوم، قم، دارالهادی.

۷۱- موسوی خوئی، ابوالقاسم، ۱۳۶۸ هـ.ش.، کتاب الصلاه، جلد پنجم، چاپ اول، قم، مؤسسه علمیه.

۷۲- موسوی خوئی، ابوالقاسم، بی تا، مبانی تکمله المنهاج، قم، مؤسسه علمیه و دارالهادی.

۷۳- مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۱۱ هـ.ق.، القواعد الفقهیه، جلد دوم، چاپ سوم، مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع)

۷۴- نراقی، احمد بن محمد مهدی، ۱۴۰۸ هـ.ق.، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال والحرام، چاپ سوم، قم، کتابخانه بصیرتی.

۷۵- نراقی، احمد بن محمد مهدی، ۱۴۱۵ هـ.ق.، مستند الشیعہ، جلد هجدهم، چاپ اول، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.

۷۶- نجفی، محمد حسن، ۱۳۶۷ هـ.ش.، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد چهل و یکم، چاپ سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.

۷۷- نوری طبرسی، میرزا حسین، ۱۴۰۹ هـ.ق.، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد هفدهم، چاپ دوم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.

۷۸- فیض محمد رضا، (۱۳۹۸) هـ.ش، مقارنه و تطبیق در حقوق جزاء اسلامی، چاپ هشتم سازمان چاپ و انتشارات

ب) سایت های خارجی

دایره المعارف اسلام پدیا « فقه اهل سنت

