

جستار ماهیت شهادت بر شهادت، اجابتی بر تعداد و جنسیت شهود

احمد اسماعیل تبار*

سید مهدی میرداداشی**

علی کشاورز***

مصیب آرامون****

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۶/۰۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۱/۱۸

چکیده

از اداره کل حقوقی قوه قضاییه سؤالی مبنی بر تعداد و تفاوت گواهان در شهادت بر شهادت و همچنین جنسیت آنان صورت پذیرفته است. در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۳/۱۷۵۰ مورخ ۱۳۹۳/۷/۲۸، جواب مطرح شده شبیه متفاوت بودن شاهدان و جایگزینی شاهد واسطه در خصوص تعداد آنان را به وجود آورده است. جواب سؤالات مذکور در فقه، مورد بحث فقیهانی است که از گذر تحلیل ماهیت شهادت بر شهادت سعی در ارائه جواب نموده‌اند. از این رو، مبانی متعددی در فقه شیعه و اهل سنت برای آن ذکر شده است که مهم‌ترین آنها شامل فرع بودن، قائم‌مقام بودن، نیابتی بودن، بدلی بودن و ماهیت اثباتی شهادت شاهد اصل می‌باشند. با توجه به فقدان نص صریح قانونی در این باب و دو پهلو بودن لسان مقنن در مواد ۱۸۸ و تبصره ۱ آن، ۱۸۹ و ۱۹۹ قانون مجازات اسلامی و ماده ۲۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی، تکلیف بر جستار مقصود حقیقی شارع به پیروی از اصل ۱۶۷ قانون اساسی وجود دارد. با تحلیل توصیف‌های ذکر شده در فقه اسلامی، تزلزل کلام فقها و عدم تبعیت اثر از مبنا بیش از پیش آشکار گردید. از این رو، با توجه به شهرت اثر ذکر شده در فقه مبنی بر لزوم تعداد دو نفر در شهادت بر شهادت، اعتقاد بر این است که شیوه‌ای انتخاب شود تا بتواند با اثر ذکر شده همسو و هماهنگ باشد. بنابراین، از میان مبانی ذکر شده، ماهیت اثباتی شهادت بر شهادت، ما را به مقصود می‌رساند.

واژگان کلیدی: شهادت بر شهادت، شهادت فرع، فقه شیعه و اهل سنت، جنسیت شهود، شهادت زنان.

* استادیار دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.

a.esmailtabar@gmail.com

** استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم.

mirdadashim@yahoo.com

*** کارشناسی ارشد حقوق اسناد و قراردادهای تجاری دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری (نویسنده مسئول).

ali.keshavarzghaza26@gmail.com

**** کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد بروجرد.

mosayeb.aramoon64@gmail.com

مقدمه

پیرامون تبصره ۱ ماده ۱۸۸ قانون مجازات اسلامی و تبصره ماده ۲۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی سؤالاتی از اداره حقوقی قوه قضاییه شده که استجوابیه آن در قالب نظریه مشورتی شماره ۷/۹۳/۱۷۵۰ - ۱۳۹۳/۷/۲۸، از ابهام و اجمال نیز برخوردار است. لذا اهتمام این پژوهش در پی رفع اجمال و ابهام از پاسخ‌گویی به سؤال ذکر شده است. مطابق بند اول سؤال، آیا امکان‌پذیر است که یک نفر شاهد از طرف دو نفر شاهد اصلی که فوت کرده‌اند موضوع شهادت آنها را بیان کند؟ مطابق بند دوم سؤال، آیا ممکن است که دو نفر شاهد از طرف هر دو نفر شاهد اصل شهادت دهند؟ پاسخ اداره کل حقوقی قوه قضاییه تا حدی مجهول و جامع سؤال ذکر شده نیست، که آن را از منظر می‌گذرانیم و مفاد آن چنین است: «مستفاد از مجموع مواد قانونی مربوط به شهادت از جمله مواد ۱۸۲، ۱۸۵ و ۱۸۸ و تبصره یک آن، ۱۸۹ و ۱۹۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و ماده ۲۳۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ این است که در کلیه مواردی که تعداد شهود شرعی برای اثبات دعوا، احصاء شده است و همچنین در کلیه مواردی که جنسیت شاهد موضوعیت دارد، در شهادت بر شهادت نیز نصاب مذکور و نیز جنسیت شاهد می‌باید مورد رعایت قرار گیرد. بنابراین، چنانچه در موارد مذکور در صدر ماده ۱۹۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، اثبات جرم با شهادت دو مرد است شهود فرعی نیز باید برای شهادت بر شهادت، دو نفر مرد باشند و با یک نفر شاهد فرعی یا یک نفر شاهد اصلی یا شهادت شهود فرعی یا اصلی زن، موضوع قابل اثبات نیست.»

چنان‌که ملاحظه می‌شود، جواب ذکر شده دارای دو بخش است: در بخش اول ابراز شده است: «در کلیه مواردی که تعداد شاهد موضوعیت دارد، در شهادت بر شهادت نیز نصاب مذکور لازم‌الرعايه و همین فرض در مورد جنسیت شاهد نیز باید رعایت شود.»

در این جواب معلوم نیست لزوم اتحاد نصاب در شهادت فرع و اصل چیست. آیا دو نفر می‌توانند بر هر یک از شهود اصل شهادت دهند یا آنکه تغایر لازم است و دو نفر برای هر یک از شهود اصل در جایی که دو نفر برای اثبات آن کافی است باید شهادت دهند؟ جواب این مسئله در فقه یافت می‌شود ولی در آن اختلاف است. بنابراین، ضمن اثبات ضرورت پرده برداشتن از چنین نقیصه‌ای، بررسی‌های انجام شده ما را به سمت فرضیه مبتنی بر احتمال اول سوق می‌دهد.

در مورد بخش دوم سؤال یعنی اینکه: «در کلیه مواردی که جنسیت شاهد موضوعیت دارد، و نیز جنسیت شاهد می‌باید مورد رعایت قرار گیرد.» باز هم معلوم نیست که لزوم

وحدت جنسیت شهود فرع و اصل در حوزه اثباتی موضوع یعنی چه! آیا در جایی که موضوع صرفاً با شهادت زنان اثبات می‌شود، لزوم رعایت آن در شهود واسطه هم ضروری است؟ در این باره بخش آخر استجوابیه پاسخی را به مواد ذکر شده نسبت داده که در تقابل با شهرت فقهی است و آن این است که اگر در یک دعوا شهادت اصلی دو نفر مرد کافی باشد، نمی‌توان با یک مرد و دو زن و یا چند زن و در فرض عکس یعنی شهادت زنان را نمی‌توان با شهود مرد اثبات نمود که در یافته‌های فقهی تقابل جدی برای آن وجود دارد. در این تقابل دو مبنای قائم‌مقام بودن شهود ثانوی به جای اصل و اثبات شهادت شهود اصل مبنای پاسخ‌های فقیهان قرار گرفته است که رویکرد ما برای نقض جواب ذکر شده، برگزیدن صحت مبنای دوم می‌باشد. لازم به ذکر است که در این باره هیچ پژوهشی صورت نگرفته و آنچه از یافته‌های فقهی به دست داده و همچنین از سؤال محکمه به خوبی برمی‌آید که حتی رویه مشخصی نیز در این باب وجود ندارد. در پایان لازم به ذکر است که با توجه به اینکه فرض فرع بودن شهود واسطه مردود شناخته شده است، از ذکر شهادت فرع چشم‌پوشی و جهت تقریب به ذهن در مواردی عنوان شهادت ثانوی به جای آن استعمال شده است.

۱. بررسی تعداد شهود در شهادت بر شهادت

در این قسمت سعی بر این قرار گرفت تا در یک دسته‌بندی شرایط فردی شهود از گذر تحلیل ماهیتی آن شامل شرط نصاب در شهادت بر شهادت و مدخل جنسیتی شهود واسطه با رویکرد تطبیقی مباحث با فقه اهل سنت مشخص شود.

۱-۱. تعداد شهود در شهادت بر شهادت از منظر فقه شیعه و نظام حقوقی ایران

در مورد رعایت نصاب در شهادت بر شهادت، روایات معتبری وجود دارد که می‌تواند روشنگر موضوع باشد. «در شهادت ثانوی برای اینکه با عنوان شهادت بر شهادت مورد پذیرش قرار بگیرد باید دو نفر برای هر کدام از شهود اصل شهادت دهند.» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۷۰؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، (ب)، ص ۲۵۶؛ مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰۱، ص ۳۰۳).^۱ بنابراین، شهادت بر شهادت جز با شهادت دو نفر بر شهادت یک نفر ثابت نمی‌شود؛ چراکه مطابق یکی از مبانی ماهیتی شهادت بر شهادت، نوعی

۱. «وَرَوَى غِيَاثُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ ع أَنَّ عَلِيًّا ع كَانَ لَا يُجْبِرُ شَهَادَةَ رَجُلٍ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ إِلَّا شَهَادَةَ رَجُلَيْنِ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ.»

مقام اثباتی برای آن قائل هستند و آن را در توجیه نصاب متذکر شده‌اند (طوسی، ۱۴۰۰ق، ج ۱، ص ۳۲۸). منتها یک اختلاف وجود دارد و آن این است که در شهادت بر شهادت نصاب دو نفر برای هر یک از شهود اصل مورد پذیرش همه فقها نمی‌باشد، بلکه لزوم تغایر شهود بر شهادت نیز در مقابل بیان شده است. بنابر نظر شیخ که مورد اتفاق فقها است و جمهور بر آن قائل هستند، کسانی که شهادت دو شاهد را فقط بر یک شاهد می‌پذیرند رویکردشان بر مبنایی است که به آن اعتقاد دارند و آن این است که شهادت بر شهادت دو نفر را بر نفر دوم از این جهت قبول ندارند که شاهد فرع را قائم‌مقام اصل می‌دانند. به عبارت دیگر، وقتی شهود ثانوی شهادت دادند، شهادتشان جایگزین شهادت اصل می‌شود و استقرار می‌یابد. بنابراین، نمی‌تواند به جای اصل دیگری بنشیند. اما غالب فقها شهادت دو نفر را بر تعدادی از شهود اصل می‌پذیرند (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۲۸؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۲۳۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص ۴۷۹).^۱ در قوانین ایران به صورت شفاف صحبتی از رعایت نصاب در شهادت بر شهادت نشده و در قوانین مدنی و جزایی ایران در تبصره ماده ۲۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی شرایط گواه و گواهی را در گواه بر شاهد اصلی لازم‌الاتباع می‌داند (حیاتی، ۱۳۹۰، ص ۴۲۵). از طرفی در قانون مجازات اسلامی نیز مطابق تبصره ۱ ماده ۱۸۸ قانون مجازات اسلامی جدید، شاهد بر شهادت شاهد اصلی باید واجد شرایط مقرر برای شاهد اصلی باشد. ممکن است ادعا شود که بیان مقنن در هر دو تبصره فوق، این توهم را به وجود آورده که مقصود جایگزینی شاهد ثانوی در مقام شاهد اصل می‌باشد که دلایل رد آن را از منظر می‌گذرانیم.

۱-۲. بررسی مبانی ذکر شده در رعایت نصاب در شهود ثانوی

۱-۲-۱. فرع بودن شهادت بر شهادت

در نظام حقوقی ایران با توجه به نص قانونی که شهادت بر شهادت را معتبر و مورد شناسایی قرار دهد چنان که در فصل گذشته بیان کردیم، تنها قانون آیین دادرسی کیفری می‌باشد که بیشتر حول محور شرط پذیرش شهادت فرع می‌باشد. از طرفی چنان که سابقاً بیان کردیم، در لسان فقها و حقوقدانان از آن به عنوان شهادت فرع یاد شده که این امر تا حدودی منظور ایشان را برای ما مشخص می‌سازد. منتها در بیان مفهوم شهادت بر

۱. «مما تقبل فیه شهادتین منفردات کفی شهادة اثنتین علیهن.»

شهادت، فرع را باید مورد تجزیه و تحلیل قرار داد و به منظور از فرع بودن شهادت بر شهادت پی برد. لذا بررسی لغت و اصطلاح فرع ضروری است.

۱-۱-۲. فرع در لغت و اصطلاح

فرع در لغت (به سکون راء و فتح ف یا ضم ف و سکون راء یا در مشتقات دیگر که از این اصل ناشی می‌شود) به معنای مستخرج از هر چیزی که در مرتبه بالاتر می‌باشد و از آن شیء در معنای وسیع آن متفرع و خارج می‌شود دانسته شده است (فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۶۹).^۱ جمع آن فروع است که با ظاهر عرفی کلمه همخوانی دارد. اگرچه فرع به ضم ف از مورد بیان شده مورد خلاف است و آن اسم علمی دانسته شده که ف در آن زائد است ولی ظاهر در فرع به فتح می‌باشد (طریحی، ۱۳۷۵ ش، ج ۴، ص ۳۷۵). البته مسامحتاً فرع با ویژگی‌های پیش‌گفته یکی دانسته شده و به حائل میان دو سرزمین که پست‌تر است مثل میان دو کوه که با یک پستی به هم وصل می‌شوند دانسته شده (واسطی زبیدی و حسینی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۱، ص ۳۳۷)^۲ و کسی هم متعرض این بیانات نشده است. در فرع بودن اصطلاحی به بیان فرع اصطلاحی و همچنین فرع بودن شهادت بر شهادت از منظر روایات و متون فقهی می‌پردازیم. بنابراین، در نظر اهل لغت، فرع مرتبه مادون اعلائی خود است.

۱-۲-۱. تحلیل فقهی فرع بودن شهادت شهود ثانوی

مسئله فرع بودن شهادت بر شهادت در توجیه رعایت نصاب در آن در فقه مورد اشاره قرار گرفته است. در روایات وارده مطلبی که صریح در فرع بودن شهادت بر شهادت باشد وارد نشده است، اما روایاتی از معصومین که بی‌ربط به مسئله نیست وارد شده که حد کفایت مسئله مذکور به ذکر و تبیین آنها پرداخته می‌شود. اما از نقطه نظر نگارنده با بیان دلایل عقلی و منطقی به عنوان یکی از حجت‌های نهان درون آدمی و یکی از منابع و ادله مورد نظر شیعیان، بررسی روایات فوق به طور واضح مقصود روایی شرع را در باب مذکور روشن می‌سازد.

روایت اول: شهادت بر شهادت در صورتی پذیرفته است که دو نفر شهادت دهند بر

۱. «الْفَرْعُ: مِنْ كُلِّ شَيْءٍ أَعْلَاهُ وَ هُوَ مَا يَتَفَرَّعُ مِنْ أَصْلِهِ وَ الْجَمْعُ (فُرُوعٌ) وَ مِنْهُ يُقَالُ (فَرَعْتُ) مِنْ هَذَا الْأَصْلِ مَسَائِلَ (فَتَفَرَعْتُ) أَي اسْتَخْرَجْتُ فَخَرَجَتْ.»

۲. همچنین در ص ۳۴۲ آمده است: «وَدُو الْفَرْعِ: أَطْوَلُ جَبَلٍ بِأَجْأ، بِأَوْسَطِهَا.»

شهادت شاهد اصلی و شهادت یک نفر در شهادت بر شهادت به عنوان شهادت پذیرفته نیست (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳، ص ۲۱).

اگر بخواهیم در مورد فرع بودن شهادت ثانیه از این روایت مطلبی را برداشت کنیم، تنها می‌توانیم به این مسئله پردازیم که فرع قاعدتاً و عرفاً به پیروی از اهل لغت موردی است که از اصلی ناشی می‌شود و یا جایگزین اصلی می‌شود. حال اگر شهادت بر شهادت فرع بر شهادت اصل باشد برای معتبر شناختن آن یک نفر که جایگزین اصل شود کفایت می‌کند و حال آنکه چنان که در باب مربوط به شرایط شهود و تعداد آنها توضیح خواهیم داد اجماع و نظر روایت و استدلال فقها منافی آن است. مطابق این روایت، شهادت شاهد بر شهادت به عنوان شهادت فرع نمی‌باشد. ممکن است ادعا شود که منظور از فرع، عدم دسترسی به اصل است. باید در پاسخ عرضه داشت ما با دو مسئله مواجه هستیم: اول آنکه فرع از اصل ناشی می‌شود و به معنای اطراف یک امر است. مثلاً شهادت به عنوان یکی از ادله اثبات دعوا مورد پذیرش و کاربرد در شرع اسلام می‌باشد و مثل سایر موضوعات و ادله دارای عوارض جانبی مثل شرایط شهود و شرایط شهادت است که از آنها تحت عنوان اطراف مسئله یاد می‌شود. این معنی با توجه به اینکه شهادت ثانیه از اطراف نیست و در صورت تعذر و مشقت چنان که بیان شد، موضوعیت پیدا می‌کند و قبل از تعذر بحثی از آن به میان نیست (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ب)، ص ۲۵۶) تا مثل سایر آثار و احکام مترتب بر آن به بیان آن پرداخته شود. دوم اینکه فرع در جایی مورد تقاضا می‌باشد که اصل متعذر و یا موقتاً غیر قابل دسترسی می‌باشد که مثال بارز آن بدل حیلولة در قانون و شرع است که لزوم مثل و یکی بودن آن با مال مورد ادعا می‌رساند. مطابق حالت فوق، مجوزی برای تجاوز فرع از اصل (حداقل در این مقال) وجود ندارد. بنابراین، یا باید قائل به تجاوز فرع از اصل باشیم که اصول را مقابل روایت فوق قرار می‌دهد و یا اینکه چنان که لزوم قاعده عقلی نیز چنین است به عدم تجاوز فرع از اصل و به عبارت دیگر اینکه فرع حقوق و تکالیفی بیش از اصل نمی‌تواند داشته باشد قائل شویم که مقابل روایت ذکر شده، فرع مورد ادعا پذیرفته نیست مگر ادای شهادت دو نفر بر شهادت یک نفر.

۱. «... عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الرَّجُلِ وَهُوَ بِالْحَضْرَةِ فِي الْبَلَدِ قَالَ نَعَمْ وَلَوْ كَانَ خَلْفَ سَارِيَةٍ يَجُوزُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَقِيمَهَا هُوَ لِعَلَّةٍ تَمْنَعُهُ عَنْ أَنْ يُحْضِرَهُ وَيَقِيمَهَا فَلَا بَأْسَ بِإِقَامَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ.»

روایت دوم: از محمد بن مسلم (از مولایمان امام صادق علیه السلام سؤال شد از مردی که بر شهادت مرد دیگری شهادت داده و سپس مرد حضور یافته و گفته که من او را شاهد نگرفته‌ام و امام فرمود هر کدام که عادل تر است، به شهادتش عمل کنید) (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۷۸).

آنچه از ظاهر این روایت فهمیده می‌شود این است که فرع مورد ادعا جایی است که حضور و مشقت از حضور و ادای شهادت در میان باشد. حال، اگر بخواهیم شهادت بر شهادت را به عنوان فرع بپذیریم نقض آشکار تمامی روایاتی که در حد تواتر در این باب آمده است را رقم زده‌ایم. پس باید مطابق این روایت نیز قائل به عدم فرع بودن شهادت بر شهادت باشیم والا مجوزی برای پذیرش شهادت ثانوی هر چند که مشهور به حسن شهرت و عدالت هم باشد وجود ندارد. به عبارت دیگر، اگر بخواهیم بگوییم شارع از طرفی شهادت با واسطه را در صورت تعدّز اصل مجاز می‌داند و از طرف دیگر با این روایت نقض غرض کرده و ترجیحی در میان نیست، مخالف حکمت شارع و قاعده جمع می‌باشد (مطهری، بی تا، ج ۲۰، ص ۴۲: نقل از کشاورز، ۱۳۹۶، ص ۵۵) و با فرض حکیم بودن شارع و مقنن تنها می‌توان بر انتفاء فرع در شهادت بر شهادت نظر داد و تعارض ظاهری روایات را در فرض تقیه یا مسلم بودن اشهد در شهادت ثانوی و یا آنکه مورد اخیر را ناظر بر توسعه جنبه تعدّز شاهد اصلی دانست ولی مطلقاً نمی‌توان قاعده تبعیت فرع از اصل را نقض کرد و این واضح‌ترین برداشت از روایات در این مورد است.

روایت سوم: (شهادت بر شهادت مردی که زنده است ولو آنکه در سرزمین دوری مثل یمن باشد پذیرفته نمی‌شود) (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، (ب)، ص ۲۵۷).

مطابق این روایت، لزوم ارائه شهادت بر شهادت و پذیرش آن شرط عدم قید حیات برای شاهد اصل است، در حالی که آنچه که از فرع مورد شناسایی می‌باشد عدم حضور است نه عدم حیات؛ مثل مال دفن شده در قعر دریا که به دلیل عدم دسترسی به آن، در حکم تلف است ولی موجود است حقیقتاً. پس مطابق این روایت نیز نمی‌توان شهادت بر شهادت را فرع شهادت اصل نامید. اما از طرفی ممکن است بنا به ادعای فقیهان

۱. «اصولاً ثابت می‌کنند که اولاً تا حدی که ممکن است باید میان روایات مختلف جمع کرد (الجمع مهما ممکن اولی من الطرح) اگر جمع میان آنها ممکن نشد باید دید یک طرف بر طرف دیگر از یک لحاظ (مثلاً از حیث اعتبار سند یا از حیث مشهور بودن میان علما و یا از حیث مخالف تقیه بودن و غیر اینها) رجحان دارد یا ندارد.» (کشاورز، ۱۳۹۶، ص ۵۵).

این روایت را در مقام تقیه و یا در شرایط خاص جاری بدانند که قوی‌ترین نظر و رأی غالب آنها ناظر بودن این روایت بر شرط مذکور در روایت اول می‌باشد^۱ که در تشریح روایت اول ثابت شد شهادت بر شهادت، فرع شهادت اصل نمی‌باشد.

۱-۲-۲. قائم‌مقام بودن شهود ثانوی

۱-۲-۲-۱. بررسی فقهی قائم‌مقام بودن شهود ثانوی

قائم‌مقام از ریشه «قام» است و در کتب لغت در ابواب از آن تحت عناوین «قَامَ يَقُومُ قَوْمًا وَ قَوْمَةً» یاد شده است (واسطی زبیدی و حسینی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، ص ۵۹۱).^۲ ابن اثیر آن را به معنای صبر بر قضای حاجتی می‌داند (واسطی زبیدی و حسینی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، ص ۵۹۱)، که بر مبنای آیه ۳۰ سوره فصلت در معنای استقامت و صبر ذکر شده، ولی این تعبیر با دو معنای مجازی ذکر شده که بحث مرتبط با فرض ما در آن قرار می‌گیرد و آن این است که به معنای قرار گرفتن در شأن دیگری و متکفل امور او می‌باشد و این بهترین تعبیر اهل لغت در فرض مورد نظر است. حتی در بیان استعمال آن بنا به آیه ۲ از سوره مزمل به خواستن و قرار گرفتن آمده است، به نحوی که یک بار و یک مرتبه باشد (حمیری، ۱۴۲۰ق، ج ۸، ص ۵۶۷۶)؛^۳ یعنی یک بار اقامه شود. همچنین در بیان دیگری مشتق از مصدر قوم دانسته که به آن متصف شده است و به مرور زمان به مردان انتساب آن غلبه پیدا کرده است، چنان‌که آیه ۳۴ سوره نساء مؤید آن است (جزری، بی‌تا، ج ۴، ص ۱۲۴). ملاحظه می‌شود که وحدت اوصاف فرع و قائم‌مقام در جایگزینی با همان شرایط و ویژگی‌ها از بیانات فوق به خوبی مستفاد می‌گردد. در میان کتب لغت بیاناتی که ذکر شد از جهات خوبی مؤید نظرات فوق قرار می‌گیرد. منتها قبل از آن باید ذکر مختصری از قائم‌مقام و جایگزین آن تبیین و تشریح شود.

شیخ طوسی رحمة الله علیه در بیان رد دلیل بیاناتی که شهادت ثانیه را قائم‌مقام شهادت شاهد اصل می‌داند بیان می‌دارند که شهادت بر شهادت قائم‌مقام شهادت اصل نیست و آن را مطابق یکی از اقوال صحیح شافعی می‌دانند و برای این نظر به عدم تحقق

۱. منظور این است که عدم پذیرش شهادت بر شهادت مردی که زنده است ناظر به شهادت یک نفر می‌باشد و بنا به مفهوم آن شهادت دو نفر مورد پذیرش می‌باشد و اختلافی میان روایات نیست.

۲. این قول به ابن السکیت نسبت داده شده است.

۳. «[قام] قیاما: نقيض قعد ... المرة الواحدة.»

آن در مورد اموری مثل قتل و اتلاف و عقد که نیاز به یکی یا چند تا از حواس پنج‌گانه دارند استناد جسته‌اند به این تعبیر که افعال ذکر شده نیاز به مشاهده دارند و اگر حقی مثل یکی از عقود باشد باز هم نیاز به سماع و مشاهده دارند، در حالی که شاهد فرع نه آنها را دیده و نه شنیده است؛ چراکه فرع به واسطه شهادت اصل ثابت می‌شود (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، (الف)، ص ۳۱۹). در میان فقهای شیعه شیخ طوسی رحمة الله علیه، پیشتر از استدلالیان در اکثر ابواب فقهی و بالأخص مورد مذکور برآمده است. ایشان همچنین ابراز داشته‌اند که اگر کسی بگوید که شاهد فرع قائم‌مقام و جایگزین شاهد اصل است (بنا بر اینکه مشهور فقها و نص روایات به طور آشکار بر دو نفر بودن شهود فرع دلالت و تأکید دارند) لازم می‌آید برای حقوقی مثل حق‌الناس که با دو نفر در اصل آن ثابت می‌شود، چهار شاهد عادل شهادت دهند، به نحوی که دو نفر بر یکی از شهود و دو نفر دیگر بر شهود دیگر شهادت دهند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۲۳۷)، در حالی که اکثریت فقها آن را قبول ندارند (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۲۷)؛^۱ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۴۴۶). در واقع ایشان با توجه به اتقان نظری که در مورد تعداد (دو نفر) شهود ثانیه دارند آن را به منزله جایگزین کردن اعتبار شهادت اصلی می‌دانند. اما در فرض پذیرش قائم‌مقامی وقتی دو نفر از شهود ثانیه جایگزین یکی از شاهدان اصلی شدند، برای قائم‌مقامی شاهد دیگر نیاز به دو نفر دیگر می‌باشد تا جایگزین شاهد اصلی دیگری شوند و این تبدیل به قاعده‌ای در تمامی انواع مصادیقی که مدخل شهادت بر شهادت می‌باشند، می‌شود. در حالی که این نتیجه را مشهور و اکثریت فقها و حقوقدانان قبول ندارند. عده‌ای هم تأکید دارند که شهادت شهود واحد بر واحد نمی‌تواند قائم‌مقام و جایگزین باشد (طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۵۶۱؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۲۷)؛ چه اینکه مقصود از اقامه شهادت بر شهادت، اثبات شهادت شاهد اصل است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۲۷). اما نکته‌ای که در اینجا به دلیل مبنا بودن جمع نظرات نزد نگارنده و حفظ قاعده (الجمع مهمما ممکن أولى من الطرح)^۲ از نظر دور مانده این است که کسانی که اعتقاد به قائم‌مقامی شهود ثانوی دارند شرط دو نفر بودن

۱. «فلو شهد علی کل واحد اثنان صح و کذا لو شهد اثنان علی شهادة کل واحد من شاهدي الأصل.»

۲. نگارنده این قاعده را مطابق نظر فقها منبعث از روایتی از عُمَرُ بْنُ حَنْظَلَةَ که منقول از احتجاج طبرسی است در مستدرک (محدث نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۷، ص ۳۰۲) آمده: «... فَإِنَّ الْحَكَمَيْنِ اِخْتَلَفَا فِي حَدِيثِكُمْ... فِي ذَلِكَ الَّذِي حَكَمَا الْمُجْمَعِ عَلَيْهِ بَيْنَ أَصْحَابِكَ...» می‌داند.

شاهد را بدین جهت بیان می‌کنند که شهود ثانیه در جایگاه شهود اصل قرار می‌گیرند، اما آنچه که مشهور است مقصود از ادای شهادت شهود ثانوی اثبات شهادت شهود اصل است (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۴۴۶) و تنها در این فرض می‌توان به نظر مشهور فقها در باب پذیرش شاهدان عادل بر هر یک از شهود اصلی اعتبار و قوت بخشید که در لسان شهید ثانی با این مضمون آمده است:

«و یجب أن یشهد علی کل واحد عدلان لتثبت شهادته، أي العدلان شهدا علی أحد شاهدي الأصل، ثم شهد العدلان علی الآخر، و هكذا إلی الشاهد الرابع. فالمعنی أن العدلین یشهدان علی کل واحد من شاهدي الأصل، و لایحتاج إلی ثمانية عدول، بل العدلان کافیان» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۵۱).

مضمون استدلال بیان شده بدین شرح است: «واجب است بر اینکه شهادت دهند هر یک از شهود ثانوی بر شهادت هر یک از شاهدان اصلی برای اینکه بتوانند شهادت شاهدان اصل را ثابت نمایند؛ یعنی دو نفر شهادت دهند بر یکی از شهود اصل و سپس همان شهود شهادت دهند بر شهادت اصل دیگر و همچنین برای شهود بعدی تا شاهد چهارم (در فرض مسئله شهادت بر شهادت در زنا برای نشر تحریم ماسوای اثبات حدود) و معنی آن این است که هر یک از شهود ثانیه شهادت می‌دهند بر شهادت هر یک از شهود اصلی و نیاز به هشت نفر در فرض فوق برای نشر تحریم ضرورتی ندارد بلکه شهادت همان دو نفر برای هر یک از شهود اصلی کفایت می‌کند.» تنها بحث آزاردهنده این باب عدم دقت کافی و پیروی فقهای معظم از یک اصل و آن هم بیانات مسامحه‌ای بدون توجه به آثار آن می‌باشد. به عنوان مثال، مرحوم مقدس اردبیلی با آن عظمت از یک طرف شهادت ثانوی را فرع اصل می‌نامد و از طرفی شهادت اصل را مشهودبه می‌خواند که تعبیر آن می‌شود همان شهادتی که فقها بیان کرده‌اند که مقصود اثبات شهادت اصل می‌باشد (سبزواری، بی تا، ج ۲، ص ۷۷۸). ذکر مختصری بر بیانات فوق خالی از فایده نخواهد بود. ایشان رحمة الله، در باب مستند علم شاهد و شهادت در بحث شهادت اعمی، شهادت او را بر شهادت کسی که او را شاهد گرفته خواه مورد شناسایی شخص اعمی قرار بگیرد و خواه توسط مترجم (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص ۴۵۴)^۱ شهادت فرع می‌نامد، در حالی که فرع به مفهومی که بیان شد در تنافی با آن

۱. «و لو لم یعرفه الأعمی و لکن عرفه عدلان و عرفاه له فالأعمی بصیر عارفا.»

است، اما مرحوم محقق آن را به تبع شهادت اصل می‌داند و این مطابق قول اکثر صحیح است؛ چراکه شهادت بر شهادت یک امر تبعی می‌باشد. حال، ایشان در مبحث اختصاصی شهادت بر شهادت، شهادت ثانیه را شهادت مورد قبول می‌داند به جهت اینکه شهادت اصلی را ثابت می‌کند و نوعی اثبات موضوع پیشین است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص ۴۷۵).^۱ در حقیقت، با این بیان آنچه که در حقوق به عنوان یک امر بدیهی مدنظر است، شناسایی و اعتبار امر محقق پیشین (حق و یا امر مکتسبه) می‌باشد. مرحوم محدث نوری روایتی را نقل می‌کند که اگر یک نفر بر شهادت یک نفر دیگر شهادت دهد آن پذیرفته می‌شود ولی به مقدار نصف شهادت معتبر است (محدث نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۷، ص ۴۴۳).^۲ آنچه که مورد جستجو در این پژوهش است و آنچه که حقوقدانان بر آن اتفاق دارند، شهادت برای آنکه مورد دلالت شرعی و قانونی و دارای وجهی از اعتبار قانونی باشد، باید شرایط شهادت را از جمله رعایت نصاب و دلالت عنوان دلیل بر آن را داشته باشد و تنها مورد استثنایی و مورد مناقشه در این مورد بحث علم قاضی و اقناع او می‌باشد. پس چیزی با عنوان شهادت نصف و نصف شهادت مورد اعتبار و شناسایی نیست. نهایتاً تبدیل به امارات قضایی که نوعی از اقناع و علم را برای قاضی ایجاد کند می‌تواند راهگشای این مدعا باشد. در این روایت، شهادت یک نفر نصف شهادت محسوب شده و دو نفر که شهادت را کامل کنند در واقع شهادت شاهد اصل را اثبات می‌کنند و این همان بیانات پیشین در باب رد فرع بودن شهادت بر شهادت و حتی جایگزینی و قائم‌مقامی شهادت بر شهادت نسبت به شهادت اصلی می‌باشد. تعبیر بیشتر و فزاینده‌تر این قول در حکمت خداوند است، پس حکمت او ما را کفایت می‌کند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۲۸).^۳

۲-۲-۱. بررسی حقوقی قائم‌مقام بودن شهود ثانوی

در قوانین مختلف به ذکر قائم‌مقامی پرداخته شده و از این بیانات غالباً حقوق منتقل‌الیه مورد حمایت و تأکید قانونگذار قرار گرفته است. دکتر کاتوزیان رحمة الله علیه

۱. «و لما كانت شهادة الأصل أمراً مشهوداً به، فلا بد من إثباته بشاهدين عدلين.»

۲. «فإذا شهد رجل على شهادة رجل فإنَّ شهادته تُقبل و هي نصف شهادة و إذا شهد رجلان على شهادة رجل فقد ثبتت شهادة رجل واحد وإن كان الذي شهد عليه معه في مضره.»

۳. «بالعقل استخراج غور الحمة و بالحمة استخراج غور العقل ...»

در کتاب قواعد عمومی درباره قائم مقامی بیان می‌فرمایند که اصطلاح قائم مقام در هیچ یک از قوانین تعریف نشده است. قوانین نیز به تبعیت از لغت هر دو معنا (جانشین و نایب) را مورد توجه قرار داده‌اند، چنان که ماده ۳۹۵ قانون تجارت قائم مقام را اعم از اقسام نمایندگی دانسته است که همان نیابت مدنظر قرار گرفته است. اما از طرفی در ماده ۴۱۸ این قانون وقتی که گفته می‌شود که مدیر تصفیه قائم مقام قانونی ورشکسته است و حق دارد از اختیارات و حقوق مزبوره استفاده کند، نوعی ولایت را در ذهن ایجاد می‌کند و معنای جانشین در آن مدنظر می‌باشد. اما در مواد ۲۱۹ و ۲۳۱ قانون مدنی مفهوم نمایندگی جایگاهی ندارد و معنای دوم که جانشینی می‌باشد مدنظر قرار می‌گیرد و این همان فرع تعبیر شده ما از لسان فقها می‌باشد. اما دکتر شمس با تعبیر بسیار خلاصه این گونه اظهار می‌دارند که «قائم مقام شخصی است که به جانشینی از دیگری دارای حقوق و تکالیف او می‌گردد.» (شمس، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۳۲۲).

بنا بر اظهارات فوق آنچه که ما را در درک مفهوم و تعبیر فقها از «قام یقومون مقام الأصل» هدایت می‌کند، همان مفهوم جانشینی به جهت اینکه به هر دلیل عاقلانه‌ای حضور و یا ادای شهادت توسط شاهد اصل متعذر و متعسر باشد (حسن زاده، ۱۳۹۱، ص ۹) تا شهادت ثانوی جانشین آن شود. اما در خصوص تعبیر جانشین به عنوان قائم مقام که بنا به دلایل فوق همان فرع ذکر شده است مسامحه‌ای صورت گرفته، تنها می‌توان به تعبیر مجازی فوق در راستای اعتباربخشی به شهادت ثانوی نظر داد والا به طور مدلل غیر قائم مقام بودن در آن به طور تام که آثار خاص خود را دارد روشن است. اما در تعدیل این نظر، شاید بیان چند مطلب خالی از فایده نباشد که از قرار ذیل است: اول اینکه ضرورت جمع قواعد و بیانات فقها در ابتدا در مقام عدم تعارض است نه اینکه قائل به بیان تعارض ماهیتی شویم که آثار آن ماهیت در همان متن نفی شده باشد. دوم اینکه قائم مقام می‌تواند بیش از یک نفر باشد چنان که وراث متوفی جز در موردی که تعهد به رابطه ویژه شخصیتی متوفی مرتبط است، به عنوان قائم مقامان عام مورث خود می‌باشند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۳، ش ۶۱۵). اما آنچه که به مفهوم شهادت ثانوی نزدیک است بحث قائم مقام خاص یا همان منتقل‌الیه است که به صورت قراردادی و در پی شرط بنایی دارای حقوق مورد شناسایی برای انتقال دهنده نیز می‌شود. مطابق نظر دکتر کاتوزیان، هرگاه یک نفر وضع حقوقی خود را به صورت مطلق و یا موردی مثل حقوق و یا تعهدهای ناشی از آن را به دیگری انتقال دهد، فرد مورد نظر قائم مقام انتقال دهنده می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۳، ش ۶۱۹). در این مورد نیز تعدد جانشین

نیز خللی به تطبیق مذکور وارد نمی‌سازد بلکه مؤید نظری است که معتقد است شاهد ثانوی می‌تواند بیش از یک نفر باشند و ذکر عنوان قائم‌مقام و جانشین در لسان فقها امری دور از ذهن و خلاف نظر مشهور نیست، اگرچه ذکر قائم‌مقامی نیز مورد انکار کسانی مثل شیخ‌الشیعه رحمة الله علیه قرار گرفته، ولی اعتقاد به صحت ذکر قائم‌مقامی در عنوان خاص خود که دارای آثار خاصی در این مورد باشد و همچنین عدم منافات تعداد شهود ثانوی در جهت بیان فوق از آن جهت که برای اثبات شهادت شاهد اصل می‌باشد، قابل دفاع است. سوم آن است که در شرع اسلام بیان مفهومی چه به صورت گسترده و چه از امور جزئی در تبیین موضوعات مبتلابه فقهی مورد بحث و بررسی قرار گرفته و از بیان و استدلال در بعضی از مواقع در بحث از آثار یک وضعیت پی به ماهیت آن برده‌اند. بنابراین، هیچ مانعی ندارد که ما با بررسی آثار یک وضعیت و متفرعات آن پی به ماهیتی ببریم و به عبارتی به کشف یک ماهیت پردازیم. منتها این ماهیت ممکن است در وضعیت حقوقی دیگری مورد مناقشه باشد و آثاری را تبعاً برای آن عنوان کرده باشند، ولی مانع از این نیست که ما همان ماهیت را با آثاری بعضاً متفاوت مورد شناسایی و اعتبار قرار دهیم. از این رو، شهادت ثانوی دارای ماهیت خاص و از موقعیت متفاوتی برخوردار است ولی آنچه که در رد مبانی ذکر شده به قدری نیست که بتوان مقابل تعداد شهود قرار داد و منکر آنها شد.

۲. رویکرد فقه اهل سنت در مورد ماهیت شهادت بر شهادت

در فقه اهل سنت نیز همانند فقه شیعه در شهادت بر شهادت، از گذر تحلیل ماهیت سعی در توجیه جهت توجیه نصاب در آن نموده‌اند. مبانی ذکر شده به صورت پراکنده شامل بدلیت و جایگزینی، نیابت، قائم‌مقام بودن، وثیقه بودن، مأمور به اتصال و رسانیدن شهادت بر شهادت در مجلس قاضی و غیره می‌باشد که به هر کدام از فرق مذاهب اربعه به صورت مجزا می‌پردازیم.

۲-۱. فقه حنفی

در فقه حنفی هدف شهادت بر شهادت امری جز ارسال و رساندن شهادت شاهد اصلی به مجلس قاضی نیست و این محقق نمی‌شود مگر به وجه صحیح تحمل شهادت (میرداداشی و همکاران، ۱۳۹۹، ص ۲۷۸). در جای دیگری از گذر شبیه در اصل جایگزینی یا بدلیت شهادت بر شهادت مدخل موضوعی آن را در مطلق حدود مؤثر نمی‌دانند (ابن نجیم مصری، بی‌تا، ج ۱۸، ص ۴۲۰). در جای دیگر بدون احراز ضابطه در

ماهیت، نصاب دو نفر بر تمام شهود به دلیل قولی از حضرت علی علیه السلام را استحساناً پذیرفته‌اند (شیخ نظام و جماعة من علماء الهند، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۵۲۳؛ غیتابی حنفی، ۱۴۲۰، ج ۹، ص ۱۸۶).

همچنین، ماهیت شهادت بر شهادت را امانتی دانسته که باید با صحت و سلامت به جایگاه خود یعنی مجلس قاضی برسد که این امانت اقامه نمی‌شود مگر با شهادت دو شاهد عادل مرد یا یک مرد و دو زن تا به صورت واقعی این امانت ادا گردد (سغدی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۸۶).

۲-۲. فقه شافعی

شافعی و بعض اصحاب و مزنی، شهادت چهار نفر را در موردی که در اصل آن با دو شاهد عادل ثابت می‌شود در شهادت بر شهادت مورد پذیرش می‌دانند به جهت اینکه هیچ‌کدام از فقهای امت دو مرتبه تکرار کردن شهادت یک نفر را به معنای دو شهادت تلقی نکرده‌اند تا ما شهادت دو نفر که جایگزین یکی از شهود اصل است را برای دو نفر از شاهدان اصل بپذیریم و این استدلال برای تحقق جایگزینی و قائم‌مقامی شهادت فرع از اصول است (شافعی، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۲۳۲). البته بیان فوق سوای از مسائل مطروحه توسط شافعی در مقام فتوا است. عده‌ای هم نظر فوق را در توجیه اثبات شهادت شاهد اصل توسط شاهد ثانوی می‌دانند (عمرانی یمنی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۳، ص ۳۶۹). در تأیید بیانات فوق سه فرض و حالت برای نصاب شهود در شهادت بر شهادت به شرح زیر بیان شده است:

اول: اینکه شهادت دهند چهار شاهد در شهادت بر شهادت (در فرض اموری که با دو شاهد قابل اثبات است) به نحوی که دو نفر از شهود فرع برای یکی از شاهدان اصل و دو نفر دیگر برای نفر دیگر از شهود اصل، پس بناء بر اجماع و اتفاق فقها جایز و مورد از موارد اولی در اثبات شهادت بر شهادت می‌باشد.

دوم: اینکه یک نفر شهادت دهد بر شهادت یکی از شهود اصلی و نفر دیگر بر شهود اصلی دیگر که از آن تعبیر به (واحد بر واحد) شده است و جمهور فقها آن را غیر قابل پذیرش می‌دانند که ادعا شده هیچ‌یک از فقهای مذهب آن را قبول ندارند. اما همه بیان داشته‌اند که ابن ابی لیلی و احمد و اسحاق و ابن حسن عنبری و ابو یوسف موافق این قول هستند و دلایل آنها به شرح زیر بیان شده است: «زمانی که اصل حق با دو شاهد ثابت می‌شود، جایز است تا به نیابت اصول، از فروع نیز شهادت واحد بر واحد که

جمعاً دو نفر می‌شوند پذیرفته شود؛ چراکه نیابت دو شاهد اصل توسط دو شاهد فرع محقق می‌شود.»

سوم: اینکه دو نفر شهادت دهند بر شهادت یکی از شهود اصل و سپس همان دو نفر شهادت دهند بر شهادت دو شاهد دیگر تا آنکه شهادت شهود اصل ثابت شود و در آن دو قول وجود دارد: یکی آنکه مورد پذیرش می‌باشد و دیگری آنکه مورد پذیرش نیست به دلایلی از جمله عدم امکان جایگزینی برای هر دو نفر (المزنی، ۱۴۱۰ق، ج ۸، ص ۴۲۰؛ ماوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷، ص ۲۳۲).

۲-۳. فقه حنبلی

در فقه حنبلی مانند سایرین، شهادت بر شهادت در صورت عدم رعایت نصاب مورد پذیرش نیست، بلکه باید دو نفر شهادت دهند برای شهود اصل، خواه شهادت شهود بر شهادت برای یکی از شاهدان اصل یا برای هر دوی شهود اصل باشد (الحجواوی، بی تا، ج ۴، ص ۴۴۷؛ مرداوی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۹۳).

ابن قدامه تعداد شهود فرع را در حفظ نصاب در شهادت بر شهادت همان شهادت دو نفر می‌داند و ضمن وجوب پذیرش برای این مورد به ذکر مطلبی پرداخته و آن این است که اگر شاهد اصل را به همراه یکی از شهود بر شهادت به عنوان شهود ثانیه نپذیریم، مقتضای آن این است که شاهد ثانی به عنوان بدل شاهد اول تلقی گردد و یکی از آنها ظرف شهادت دیگری نیست، در حالی که این نظر در مذهب مورد پذیرش نیست. مقتضای قول مذهب که شهادت بر شهادت را در جهت اثبات شهادت شاهد اصل می‌داند این است که شهادت یکی از شهود اصل را به همراه یکی از فروع در جهت پذیرش شهادت بر شهادت مورد پذیرش بدانیم. البته در جای دیگر در رعایت نصاب مطابق ماهیت و آن را بدل شاهد اصل دانسته‌اند، مطابق این ماهیت شهادت یک نفر شاهد واسطه بر یک شاهد اصل کفایت می‌کند، چه اینکه بدل از اصل، همان احکام و آثار را دارد (ابن قدامه، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۲۸۸). در جای دیگری رعایت نصاب را شامل دو نفر بر شهادت یک نفر می‌داند (ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۱۰، ص ۲۵۹). این تزلزل در بیان از ابن قدامه نشان از عدم قطعیت نظر بر ماهیت شهادت بر شهادت دارد. از یک طرف به بدلیت نظر می‌دهد و از طرفی آثار آن را که رعایت نصاب عدلین است متذکر می‌شوند که خلاف قواعد بدل و جایگزینی است. بنابراین، در فقه حنبلی باید به شهرت فتاوا اعتماد کرد و معیار آنها را همان رعایت نصاب عدلین در نظر گرفت.

۴-۲. مالکی

در فقه مالکی شهادت دو نفر بر شهادت یک نفر از شهود اصل تأکید شده به جهت آنکه شهادت بر شهادت را نوعی تصرف معرفی کرده که مثل سایر تصرفات با شهادت دو نفر ثابت می‌شود و نوع تصرف را احیاء شهادت اصل واحد معرفی می‌کند (القرافی، ۱۹۹۴م، ج ۱۰، ص ۲۸۸)؛ چراکه در جایی که مورد شهادت حتی امور مالی که با دو شاهد ثابت می‌شود، باشد یک شاهد واحد به همراه قسم از مطالب مورد پذیرش نمی‌باشد. حال آنکه نقل شهادت مال و امور مالی نمی‌باشد. ولی اجمالاً باید دانست که با فرض فوق شهادت دو نفر بر تعداد کثیری از شهود اصل مورد پذیرش است. پس ملاک در این فرقه اثبات تنها نیست بلکه نوعی از تصرف است که با نصاب لازم (شهادت دو مرد عادل) در وهله اول سواى شرایط دیگر قابل اثبات است. بر همین مبنا شهادت دو زن بر شهادت یک زن ولو آنکه مدخل آن مثل ولادت و استهلال شهادت زنان باشد، مورد پذیرش نیست و انضمام یک مرد ضرورت دارد تا شهادت بر شهادت قدرت اثباتی داشته باشد. همچنین یمین به همراه یک شاهد بر شهادت در نظر مالک مورد پذیرش نیست؛ چراکه آن شاهد شامل بعضی از شهادت است و شهادت تام نیست تا به انضمام یمین قدرت اثباتی بینه را داشته باشد (اصبحی مدنی، بی تا، ج ۱۲، ص ۷۰).

بنابر آنچه که در فقه اهل سنت ذکر گردید با توجه به مبنا و ماهیت شهادت بر شهادت آثار آن را بر شمرده‌اند که جز فقه حنبلی، سه مذهب دیگر در فقه اهل سنت آثار شهادت بر شهادت را رعایت نصاب شرعی (بینه شرعی) می‌دانند که در توجیه آن در ماهیت شهادت بر شهادت به جنبه اثباتی آن نگریسته و جایگزینی را هم از باب قدرت اثبات کننده آن مورد توجه قرار داده‌اند، اما در فقه حنبلی به جهت اعتقاد به بدلیت شهادت بر شهادت رعایت نصاب را در آن غیر ضروری دانسته و اقل مراتب پذیرش را شهادت واحد عادل بر واحد عادل دانسته‌اند.

نکته: اگرچه در فقه حنبلی شهادت واحد بر واحد مورد پذیرش می‌باشد و عده‌ای از مفتیان مثل احمد و اسحاق و ابن ابی لیلی قائل بر آن هستند، لیکن بر خلاف سایر مذاهب ضابطه در پذیرش را حصراً موت و غیبت و سفر طولانی ذکر کرده (زرکشی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۳۶۱) که بر این مبنا ضابطه مشقت از حضور را پذیرفته و مشقت از ادای شهادت را قبول ندارند. البته در شفعوی نیز لزوم عدلین برای هر کدام از شهود اصل یک بار پذیرفته و برای شاهد اصل دیگر، دو شاهد ثانوی دیگر مورد نیاز است که در تقابل با شهرت فقه اسلامی است.

۳. جنسیت شهود در شهادت بر شهادت

بررسی جایگاه شهادت زنان و مردان در نظام حقوقی ایران و فقه شیعه ضمن بررسی روایات طرفه و غریب در این باب بررسی می‌شود، تا منظور شارع و مقنن را در مدخلیت شهادت بر شهادت از لحاظ سن و جنس کشف نماییم.

۳-۱. بررسی فقهی جنسیت شهود در شهادت بر شهادت

مطابق مطالعات انجام شده، علی‌الخصوص در کتب اربعه شیعه، روایتی که مستقیماً مدخل ورود شهادت زنان و یا مردان در شهادت بر شهادت باشد، یافت نشد؛ اما روایات متعددی وجود دارد که به صورت جداگانه مدخل ورود شهادت زنان را معین می‌کند ولی در باب شهادت بر شهادت نیست، لیکن روایاتی که پیش‌تر به آنها اشاره شده دال بر شهادت دو مرد بر شهادت یک نفر و امثال آن، شاید این توهّم را به وجود آورد که در شهادت بر شهادت تنها شهادت مردان پذیرفته می‌شود. ولی باور بر این است که آن روایات مانعی در پذیرش شهادت زنان و به طور صریح با شهادت بر شهادت در ارتباط نیستند. سایر فقها به مسئله مدخل ورود شهادت بر شهادت توجه داشته و به بررسی تحلیلی آنها پرداخته‌اند، به نحوی که شهادت بر شهادت زنان مورد پذیرش اکثر فقها است (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص ۳۶۵؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص ۴۸۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۵۲؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۴۴۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۵۲۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۲۸؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، (الف)، ص ۳۱۶). منتها تفصیل آن در پذیرش شهادت بر شهادت زنان در حدود و املاک و عقود است و بنا به اعتقادی که از شهرت کمتری برخوردار می‌باشد شهادت بر شهادت زنان در هیچ امری مورد پذیرش نیست. اما قول قوی‌تر پذیرش شهادت بر شهادت زنان را مربوط به اموری که در آن مدخل شهادت زنان وجود دارد خواه مختص زنان باشد، مثل اموری که غالباً مردان بر آن اطلاع نمی‌یابند، مثل استهلال و ولادت و عیوب زنان؛ و خواه از اموری باشد که مختص زنان نیست ولی شهادت زنان در آن مورد پذیرش قرار می‌گیرد، مثل اموال و مانند آن؛ اما در اموری که شهادت زنان در آن راه ندارد، مثل قصاص شهادت بر شهادتشان هم به (طریق اولی) پذیرفته نیست (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۲۳۳؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، (الف)، ص ۳۱۶). دلیل حکم فوق را در مدخل شهادت زنان اموری ذکر کرده‌اند که شهادت بر شهادت را در کلیه امور به استثنای حدود و به قول بعضی هلال (شعرانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۷۲۱)، مورد

پذیرش ذکر کرده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۱۲۷). چگونه می‌شود امری را که اصل آن غالباً با شهادت زنان ثابت می‌شود، در شهادت ثانوی فقط شهادت مردان را جایز بدانیم؟ و این وقوع خود بهترین دلیل در اثبات مدعا است.

۲-۳. بررسی قانونی جنسیت شهود در شهادت بر شهادت

در قوانین نیز با بررسی قوانینی که به مدخل شهادت بر شهادت از لحاظ جنس شهود می‌پردازیم. مطابق ماده ۲۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی، «در مواردی که دلیل اثبات دعوا یا مؤثر در اثبات آن، گواهی گواهان باشد برابر مواد زیر اقدام می‌گردد.» طبق ماده ۲۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی، «در دعاوی مدنی (حقوقی) تعداد و جنسیت گواه، همچنین ترکیب گواهان با سوگند به ترتیب زیر می‌باشد:

الف - اصل طلاق و اقسام آن و رجوع در طلاق و نیز دعاوی غیر مالی از قبیل مسلمان بودن، بلوغ، جرح و تعدیل، عفو از قصاص، وکالت، وصیت با گواهی دو مرد.

ب - دعاوی مالی یا آنچه که مقصود از آن مال می‌باشد از قبیل دین، ثمن مبیع، معاملات، وقف، اجاره، وصیت به نفع مدعی، غصب، جنایات خطائی و شبه عمد که موجب دیه است با گواهی دو مرد یا یک مرد و دو زن.

چنانچه برای خواهان امکان اقامه بینه شرعی نباشد می‌تواند با معرفی یک گواه مرد یا دو زن به ضمیمه یک سوگند ادعای خود را ثابت کند. در موارد مذکور در این بند، ابتدا گواه واجد شرایط شهادت می‌دهد، سپس سوگند توسط خواهان ادا می‌شود.

ج - دعاوی که اطلاع بر آنها معمولاً در اختیار زنان است از قبیل ولادت، رضاع، بکارت، عیوب درونی زنان با گواهی چهار زن، دو مرد و یک مرد و دو زن.

د - اصل نکاح با گواهی دو مرد یا یک مرد و دو زن.»

همچنین ضمن پذیرش شهادت بر شهادت در تمامی جنبه‌های حق‌الناسی اعم از امور جزایی و یا مدنی، در در تبصره ماده ۲۳۱ قانون مذکور به لزوم رعایت شرایط مقرر برای گواه و گواهی در شهادت بر شهادت تصریح شده که مطابق نظرات سابق ذکر شده در مباحث گذشته منظور مشهور فقها نیز همین است؛ یعنی پذیرش شهادت بر شهادت که یکی از شرایط آن رعایت نصاب و جنس شهود است، در محدوده رعایت همان شرایط در مورد شهود اصل می‌باشد. به عبارت دیگر، اگر مشهوده از امور مالی که با شهادت دو نفر ثابت می‌شود، باشد در شهادت بر شهادت رعایت آن لازم است و از آن بالاتر در اموری که مدخل شهادت زنان است مثل ولادت و استهلال و امور مالی و

عیوب خاصه و ... در شهادت بر شهادت هم می‌توان از آن شرایط بهره جست و شهادت زنان را در آن امور جاری دانست. منتها باید توجه داشت که به دلیل اینکه مقصود و هدف از شهادت بر شهادت اثبات شهادت شاهد اصل است چنان‌که در مباحث فقهی عرضه داشتیم، لزوم شهادت دو نفر برای یک نفر امری انکارناپذیر در احیاء و حفظ شهادت بر شهادت و پایداری اثر آن است و در کمتر از آن نیز می‌توان به سایر موارد مثل اماره و علم قاضی استناد جست. مؤید آن تبصره ۱ ماده ۱۸۸ قانون مجازات اسلامی جدید است که شرایط مقرر برای شاهد اصل را در شاهد بر شهادت ضروری می‌داند. بنابراین، ظاهراً در نظام حقوقی ایران مسئله بغرنجی در مورد مدخل گواه در شهادت بر شهادت وجود ندارد و تنها ابهام ذکر شده در نظریه مشورتی بود که ظاهراً محاکم در تبیین و تشریح مسئله در قوانین دچار اختلاف و تردید هستند که امید است بررسی این پژوهش، راه اختلاف را برچیده و کافی و وافی به مقصود باشد.

نتیجه

مسئله لزوم یا عدم لزوم تغایر در شهادت بر شهادت و معیار وحدت جنسیتی شهود اصلی و واسطه، همیشه مورد اختلاف فقیهان شیعه و اهل سنت بوده است. با تتبعی که در این مسئله صورت گرفت، مسئله بغرنج از آنجا ناشی می‌شود که در فقه به این مسئله با دید بنیادانگاری توجه شده است؛ یعنی به جهت نصوص استواری که در مورد رعایت نصاب عدلین در مورد شاهدان واسطه وجود دارد و غیر قابل انکار است، فقیهان سعی در ارائه مبنایی جهت توجیه اثر ذکر شده نموده‌اند. این در حالی است که روایات وارده، در مورد قاعده کلی لزوم یا عدم لزوم تغایر طریقی ارائه نمی‌دهند. از این رو، با همان مبنا درصدد توجیه مسئله اخیر برآمده‌اند که باعث تشتت آراء در این زمینه شده است. بر پایه همین نگرش است که ضوابط ارائه شده در ماده ۱۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و تبصره ۱ آن و ماده ۲۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی نمی‌تواند پاسخ مسئله را روشن نماید و سبب شده که قضات در این مورد رویه‌های بعضاً متفاوت داشته و یا در جهت رفع نیاز به تعیین تکلیف از مراجع بالاتر برآیند که سؤال و جواب جاری در این پژوهش گویای این حقیقت است. جستارهای این پژوهش در جمع ادله فریقین و لزوم وحدت نظر در مسئله جاری، دو مورد از مبانی شهادت بر شهادت به عنوان رهیافت‌های تعیین صحیح آثار ذکر شده، سبب شد تا نظر بر استواری مبنای اثباتی شهادت بر شهادت در مورد امور مربوط به نصاب شاهدان و مبنای قائم‌مقامی در مورد امور مربوط به جنسیت شاهدان قرار گیرد. این رویکرد سبب می‌شود تا از فقه عدول نشده و لزوم بنیادانگاری احکام حقوقی زیر سؤال نرود و از طرفی هم آثار ذکر شده در پرتو قاعده عقلی با استظهار از ادله فقهی تثبیت گردد. بنابراین، در مورد رعایت نصاب می‌توان گفت که با توجه به اینکه ماهیت شهادت بر شهادت داشتن قدرت اثباتی آن است، لزوم عدلین غیر قابل انکار است و با توجه به اینکه ممنوعیتی جهت اثبات چند مسئله توسط یک شاهد وجود ندارد، همان رویکرد، طریقی برای اثبات شهادت دو شاهد به عنوان شاهدان اصلی توسط عدلین واحد قرار می‌گیرد. در مورد مدخل جنسیتی شاهدان واسطه با توجه به مبنای قائم‌مقامی آن، از یک طرف اصل استقرار جنسیت شهادت زنان تثبیت و با توجه به اینکه قرار است شاهدان واسطه شهادت شاهد اصل را اثبات نمایند، در اقل مراتب در جایی که اصل موضوع با شهادت زنان اختصاصاً یا به ضمیمه اثبات می‌شود، قابلیت اثبات مسئله را دارند. در تطبیق با فقه اهل سنت نیز مشهور در اهل سنت قائل بر شهادت عدلین واحد هستند و تنها

فقه‌های شافعی به دلیل قائل بودن به ماهیت نیابتی شهادت ثانوی، قائل بر تغایر شاهدان واسطه هستند و در نتیجه در اموری که با دو شاهد اصل ثابت می‌شود، قائل بر شهادت چهار شاهد واسطه هستند که با دلیل مردود شناخته شد، همچنین در مورد قدرت اثباتی شاهد واحد نیز قاطبۀ فقه‌های حنبلی آن را با ماهیت بدلیت و جایگزینی فرع به جای اصل قابل اثبات می‌دانند، در حالی که فرع حقوق و تکلیفی بیش از اصل ندارد.^۱ غیر از ایشان، نظر غالب فقه اسلامی و تأکید روایات شیعه بر توجه به شاهد واحد به عنوان اماره بر واقع و قرینه مثبت می‌باشد.

1. Accessory follows the principal.

فهرست منابع

الف. کتاب‌ها

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

ب. مقاله‌ها

۴. حسن‌زاده، مهدی، «اثر تعذر حضور شاهد در ادای شهادت»، حقوق اسلامی، شماره ۳۵، ۱۳۹۱.
۵. میرداداشی کاری، سید مهدی؛ عسگری، علیرضا و کشاورز، علی، «اقسام شهادت بر شهادت، رهیافتی بر ضوابط صحیح تحمل و ادای آن در نظام حقوقی ایران با رویکردی بر فقه امامیه»، مطالعات حقوقی معاصر، شماره ۲۱، ۱۳۹۹.

پ. پایان‌نامه

۶. کشاورز، علی، شهادت بر شهادت در نظام حقوقی ایران با تطبیقی بر فقه اهل سنت، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات قم، ۱۳۹۶.

ت. منابع فقهی و عربی

۷. ابن نجیم المصری، زین‌الدین، البحر الرائق، ج ۷ و ۸، دار الکتب الإسلامی، بیروت، بی‌تا.
۸. اردبیلی، احمد، مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱۲، انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۰۳ق.
۹. أصحیحی المدنی، مالک بن أنس، المدونة الكبرى، ج ۱۲، موقع الإسلام، چاپ اول، بیروت، بی‌تا.
۱۰. بغدادی (ماوردی)، علی بن البصری، الحاوی الكبير فی فقه مذهب الشافعی، ج ۱۷، دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۹ق.
۱۱. جزری، ابن اثیر، النهاية فی غریب الحدیث، ج ۴، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، قم، بی‌تا.
۱۲. حجاوی، شرف‌الدین موسی أبوالنجا، الإقناع، ج ۴، دار المعرفة، بیروت، بی‌تا.
۱۳. حلی (ابن ادریس)، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۰ق.
۱۴. حلی (علامه)، حسن بن یوسف، مختلف الشیعة، ج ۸، انتشارات اسلامی، چاپ دوم، قم، بی‌تا.

- قم، ۱۴۱۳ق.
۱۵. حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف، **إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد**، ج ۴، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، قم، ۱۳۸۷ق.
۱۶. حلی (محقق)، جعفر بن حسن، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۴، اسماعیلیان، چاپ دوم، قم، ۱۴۰۸ق.
۱۷. حمیری، نشوان بن سعید، **شمس العلوم و دواء کلام العرب من الكلوم**، ج ۸، دار الفكر المعاصر، چاپ اول، بیروت، ۱۴۲۰ق.
۱۸. الزرکشی، محمد بن عبدالله، **شرح الزرکشی**، ج ۷، دار العبیکان، طبعه الأولى، ۱۴۱۳ق.
۱۹. سبزواری، محمدباقر، **کفاية الأحكام**، ج ۲، انتشارات اسلامی، قم، بی تا.
۲۰. سَعْدی، أبو الحسن علی بن الحسین، **النتف فی الفتاوی**، ج ۲، مؤسسة الرسالة، بیروت، ۱۴۰۴ق.
۲۱. شافعی، محمد بن ادريس، **الأم**، ج ۶ و ۷، دار المعرفة، بیروت، ۱۴۱۰ق.
۲۲. شعرانی، ابوالحسن، **تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین**، (ترجمه و شرح)، ج ۲، منشورات اسلامیة، چاپ پنجم، تهران، ۱۴۱۹ق.
۲۳. شیخ نظام و جماعة من علماء الهند، **الفتاوی الهندیة**، ج ۳، دار الفكر، بیروت، ۱۴۱۱ق.
۲۴. طرابلسی (قاضی ابن براج)، **عبدالعزیز، المهذب (لابن البراج)**، ج ۲، انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۰۶ق.
۲۵. طریحی، فخرالدین، **مجمع البحرين**، ج ۴، نشر مرتضوی، ۱۳۷۵ش.
۲۶. طوسی، محمد بن حسن، **الاستبصار**، ج ۳، دار الکتب الإسلامية، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۰ق.
۲۷. طوسی، محمد بن حسن، **الخلاف**، ج ۶، جامعه مدرسین، نشر اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۰۷ق. (الف)
۲۸. طوسی، محمد بن حسن، **النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی**، ج ۱، دار الكتاب العربی، بیروت، ۱۴۰۰ق.
۲۹. طوسی، محمد بن حسن، **تهذیب الأحكام**، ج ۶، دار الکتب العلمیة، چاپ چهارم، تهران، ۱۴۰۷ق. (ب)
۳۰. طوسی، محمد بن حسن، **المبسوط**، ج ۸، المكتبة المرتضوية، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۷ق.
۳۱. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، **الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**، ج ۳، داوری، چاپ اول، قم، ۱۴۱۰ق.

۳۲. عمرانی الیمنی، أبوالحسین، **البيان في مذهب الشافعي**، ج ۱۳، دار المنهاج، جده، ۱۴۲۱ق.
۳۳. غیتابی حنفی، محمود بن أحمد، **البنایة شرح الهدایة**، ج ۹، دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۲۰ق.
۳۴. فاضل هندی، محمد بن حسن، **كشف اللثام**، ج ۱۰، نشر اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۶ق.
۳۵. فیومی، احمد بن محمد مقری، **المصباح المنیر**، ج ۲، دار الرضی، چاپ اول، قم، بی تا.
۳۶. القرافی، أبوالعباس أحمد بن إدريس، **الذخیره**، ج ۱۰، دار الغرب، بیروت، ۱۹۹۴م.
۳۷. قمی (صدوق)، محمد بن علی بن بابویه، **من لایحضره الفقیه**، ج ۳، انتشارات اسلامی، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۳ق.
۳۸. کلینی، محمد بن یعقوب، **الكافی**، ج ۱ و ۷، دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم، تهران، ۱۴۰۷ق.
۳۹. مجلسی، محمدباقر، **بحار الأنوار**، ج ۱۰۱، دار إحياء التراث العربی، چاپ اول، بیروت، ۱۴۰۳ق.
۴۰. محدث نوری، میرزا حسین، **مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل**، ج ۱۷، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، بیروت، ۱۴۰۸ق.
۴۱. مرداوی دمشقی، علی بن سلیمان، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف علی مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، ج ۱۲، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۴۱۹ق.
۴۲. المزنی، إسماعیل بن یحیی، **مختصر المزنی**، ج ۸، دار المعرفة، بیروت، ۱۴۱۰ق.
۴۳. مطهری، مرتضی، **مجموعه آثار**، ج ۲۰، انتشارات صدرا، تهران، بی تا.
۴۴. مقدسی (ابن قدامه)، عبدالله بن أحمد، **المغنی**، ج ۱۰، مكتبة القاهرة، قاهره، ۱۳۸۸ق.
۴۵. مقدسی (ابن قدامه)، عبدالله بن أحمد، **الكافی في فقه**، ج ۴، دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۴ق.
۴۶. واسطی زبیدی، محب‌الدین و سید محمد مرتضی حسینی، **تاج العروس من جواهر القاموس**، ج ۱۱، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، چاپ اول، بیروت، ۱۴۱۴ق.

Answering the Number and Gender of Witnesses in Hearsay Evidence Through the Analysis of Nature

Ahmad Esmailtabar*
Seyed Mahdi Mirdadashi**
Ali Keshavarz***
Mosayeb Aramoon****

Received: 06/04/2020

Accepted: 26/08/2020

Abstract

The General Legal Department of the Judiciary has been asked about the number and differences of witnesses in hearsay evidence as well as their gender. In the advisory theory No. 1750/93/7 - 20/10/2014, the proposed answer has created the suspicion that the witnesses are different and the replacement of the mediating witness regarding their number. The answers to the questions mentioned in jurisprudence are discussed by jurists who have tried to provide answers by analyzing the nature of hearsay. Due to the lack of an explicit legal text in this regard and the ambiguity of the legislative language in Articles 188 and Note 1, 189 and 199 of the Islamic Penal Code and Article 231 of the Code of Civil Procedure, the task of seeking the true purpose of the legislator following Article 167 of the Law There is a basic. By analyzing the descriptions mentioned in Islamic jurisprudence, the hesitation of the jurists' words and the disobedience of the work to the basis became more apparent. Therefore, considering the reputation of the work mentioned in jurisprudence about the need for two people to hearsay, it is believed that a method should be chosen so that it can be consistent with the work. Therefore, among the mentioned principles, the positive nature of hearsay evidence leads us to the goal.

Key words: *Hearsay Evidence, Secondary Testimony, Shi'a and Sunni Jurisprudence, Gender of Witnesses, Women's Testimony.*

* Assistant Professor at University of Judicial Sciences and Administrative Services.
a.esmailtabar@gmail.com

** Assistant Professor of Law at Islamic Azad University of Qom Unit.
mirdadashim@yahoo.com

*** MA in Documents and Commercial Contracts Law at University of Judicial Sciences and Administrative Services.
ali.keshavarzghaza26@gmail.com

**** MA in Private Law at Islamic Azad University of Boroujerd Unit.
mosayeb.aramoon64@gmail.com