

# اثر تعذر حضور شاهد برای ادای گواهی

تاریخ دریافت: ۹۱/۱۱/۲۹

تاریخ تأیید: ۹۲/۷/۱۸

مهدی حسن‌زاده\*

## چکیده

ممکن است حضور شاهد نزد قاضی برای ادای شهادت، به دلایلی همچون غیبت، بیماری، مسافرت یا حبس، متعذر باشد. در فقه در چنین مواردی، شهادت بر شهادت مورد قبول واقع شده است. در قوانین نیز در مواد ۱۳۲۰ ق.م. و ۲۳۱ ق.آ.د.م. گواهی بر گواهی در این موارد پذیرفته شده است. با وجود این، در مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ ق.آ.د.م. استماع گواهی در خارج از دادگاه در موارد معذوری بودن گواه از حضور در دادگاه و استماع گواهی در دادگاه دیگر که گواه در مقر آن اقامت دارد، اجازه داده شده است؛ بنابراین در حقوق ما این پرسش مطرح است که اثر تعذر حضور شاهد، «استماع گواهی بر گواهی» یا «استماع گواهی در خارج از دادگاه یا به وسیله دادگاه دیگر» و یا «هر دو مورد» است؟ مطالعه و بررسی مواد مذکور و ماده ۲۴۶ ق.آ.د.م. نمایان می‌سازد که در این باره باید میان موارد استناد به شهادت ذیل همین عنوان و به عنوان دلیل شرعی و قانونی واجد شرایط و موارد استناد به این دلیل، نه ذیل عنوان گواهی واجد شرایط، بلکه با عناوین دیگر مانند اماره قضایی تفاوت قائل شد.

**واژگان کلیدی:** شاهد (گواه)، شهادت (گواهی)، شهادت بر شهادت (گواهی بر گواهی)، ادای گواهی، استماع گواهی، تعذر حضور.

\* استادیار حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم (m.hasanzadeh@qom.ac.ir).

## مقدمه

ممکن است شهادی که در واقعه موضوع دعوا حضور داشته و آن را درک کرده است، در اثر عواملی مانند مسافرت، غیبت یا قوای قاهره، حضورش در دادگاه برای ادای گواهی متعذر شود. در چنین مواردی این پرسش مطرح است که چنین تعذری، چه اثری در دادرسی دارد؟ در فقه، این موضوع مورد توجه فقها قرار گرفته است و چنین تعذری را موجب استماع و پذیرش شهادت بر شهادت شناخته‌اند. همین مطلب در حقوق کشور ما در مواد ۱۳۲۰ ق.م. و ۲۳۱ ق.آ.د.م. \* پذیرفته و مقرر شده است. با وجود این، در مواد ۲۴۴ \*\*\* و ۲۴۵ ق.آ.د.م. \*\*\*\* به قاضی اجازه داده شده است که در صورت معذوربودن شاهد از حضور در دادگاه یا اقامت او در مقر دادگاه دیگر، گواهی او را در خارج از دادگاه یا به وسیله دادگاه دیگر استماع نماید؛ بنابراین در مواد یادشده برای موضوع واحد یعنی معذوربودن گواه از حضور در دادگاه برای ادای گواهی، احکام گوناگون یعنی پذیرش گواهی بر گواهی و استماع شهادت در خارج از دادگاه یا به وسیله دادگاه دیگر، مقرر شده است. به همین دلیل، در حقوق ما این پرسش به طور جدی مطرح است که اثر تعذر حضور شاهد در دادگاه، آیا فقط استماع گواهی بر گواهی، یا فقط استماع گواهی در خارج از دادگاه، یا به وسیله دادگاه دیگر یا هم شهادت بر شهادت و هم استماع گواهی در خارج از دادگاه یا توسط دادگاه دیگر است؟

این مطلب تا جایی که نویسنده ملاحظه کرده است، در منابع حقوقی ما مورد

\* ماده ۱۳۲۰ ق.م.: «شهادت بر شهادت در صورتی مسموع است که شاهد اصل، وفات یافته یا به واسطه مانع دیگری مثل بیماری، سفر، حبس و... نتواند حاضر شود».

\*\* ماده ۲۳۱ ق.آ.د.م.: «در کلیه دعاوی که جنبه حق‌الناسی دارد، اعم از امور جزایی یا مدنی (مالی و غیر آن) به شرح ماده فوق هرگاه به علت غیبت یا بیماری، سفر، حبس و امثال آن حضور گواه اصلی متعذر یا متعسر باشد، گواهی بر شهادت گواه اصلی مسموع خواهد بود».

\*\*\* ماده ۲۴۴ ق.آ.د.م.: «در صورت معذوربودن گواه از حضور در دادگاه و همچنین، در مواردی که دادگاه مقتضی بداند می‌تواند گواهی گواه را در منزل یا محل کار او یا در محل دعوا توسط یکی از قضات دادگاه استماع کند».

\*\*\*\* ماده ۲۴۵ ق.آ.د.م.: «در صورتی که گواه در مقر دادگاه دیگری اقامت داشته باشد، دادگاه می‌تواند از دادگاه محل توقف او بخواهد که گواهی او را استماع کند».

بررسی و بحث قابل توجه قرار نگرفته است، در حالی که موضوعی مهم و کاربردی می‌باشد و با توجه به امکان پیش‌آمدن مکرر چنین مطلبی، تحلیل و بررسی آن و ارائه راه‌حل درباره آن مورد نیاز جامعه حقوقی به ویژه دادگاه‌هاست.

در این نوشتار برآنیم ثابت کنیم درباره اثر تعذر حضور شاهد در دادگاه، باید میان موارد گوناگون تفاوت قائل شد؛ به این ترتیب که در مواردی که دادگاه شهادت را واجد شرایط شرعی و قانونی تشخیص می‌دهد و می‌خواهد براساس چنین دلیلی با همین عنوان رأی صادر نماید، در این حالت، در صورت تعذر حضور شاهد اصل، پذیرش و استماع گواهی بر گواهی با آنچه در فقه در این باره مطرح شده است، هماهنگ و منطبق می‌باشد. در عین حال، دادگاه می‌تواند برای قناعت بیشتر، شهادت شاهد اصل را نیز در صورت امکان، در خارج از دادگاه یا به وسیله دادگاه دیگر استماع نماید؛ ولی اکتفا به چنین استماعی به جای استماع گواهی بر گواهی، با گفته‌های فقها هماهنگ نیست و شبهه مخالفت با شرع در آن وجود دارد.

اما در مواردی که دادگاه گواهی را واجد شرایط نمی‌داند و به آن، نه از باب شهادت، بلکه به عنوان یک اماره قضایی و در جهت کشف واقع توجه و استناد می‌کند، در چنین حالتی در صورت تعذر حضور شاهد اصل، دادگاه می‌تواند حسب مورد به «استماع گواهی شاهد اصل در خارج از دادگاه یا به وسیله دادگاه دیگر» یا «استماع گواهی بر گواهی» و یا «هر دو مورد» اقدام نماید.

با توجه به آنچه گفته شد، در این مقاله نخست به بررسی وضعیت گواهی بر گواهی به عنوان اثر تعذر حضور شاهد اصل و سپس به تحلیل مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ ق.آ.د.م. که استماع گواهی در خارج از دادگاه در صورت معذور بودن شاهد از حضور در دادگاه و استماع گواهی در دادگاه دیگر را مقرر کرده‌اند، می‌پردازیم و در ادامه، وضعیت این دو اثر را از جهت پرسشی که مطرح شد، بررسی می‌کنیم.

## ۱. پذیرش شهادت بر شهادت

با مراجعه به متون فقهی، ملاحظه می‌شود که فقها اثر تعذر حضور شاهد را نزد قاضی برای ادای شهادت، پذیرش و استماع شهادت بر شهادت اعلام کرده‌اند و در بیان معیار

تعذر و زمان آن و مطالبی از این دست، دیدگاه‌هایی بیان کرده‌اند که نیاز به بررسی و مطالعه دارد. در قوانین نیز در مواد ۱۳۲۰ق.م. و ۲۳۱ق.آ.د.م. گواهی بر گواهی در موارد تعذر حضور شاهد در دادگاه پذیرفته شده است که بررسی این مواد از جهت هماهنگی یا مغایرت با آنچه در فقه مطرح شده است، لازم می‌باشد.

### ۱-۱. دیدگاه‌ها در فقه

مشهور فقها در صورت تعذر حضور شاهد اصل در جلسه دادرسی برای ادای شهادت، شهادت شاهد فرع را تأیید می‌کنند و شهادت بر شهادت را به شرط تعذر حضور شاهد اصل مجاز دانسته‌اند (ر.ک: طوسی، [بی‌تا]، ص ۲۳۲ / علامه حلی، ۱۴۱۷، ص ۵۲۸ / همو، ۱۴۱۰، ص ۱۶۵ / همو، [بی‌تا]، ص ۲۴۲ / همو، ۱۳۴۸، ص ۷۲۵ / محقق حلی، [بی‌تا]، ص ۲۹۰ / همو، ۱۴۱۵، ص ۱۴۳).

درباره لزوم پذیرش شهادت بر شهادت در موارد تعذر حضور شاهد اصل، علاوه بر نص و اجماع، به ضرورت و احتیاج استناد شده است؛ یعنی گاه به خاطر مواردی همچون فوت یا غیبت شاهد اصل، شهادت چنین شاهدهی ممکن نیست، در صورتی که اگر گواهی بر گواهی در چنین مواردی پذیرفته نشود، اثبات حق ممکن نمی‌شود و حقوق افراد تضییع می‌شود (ر.ک: فیض کاشانی، ۱۴۰۱، ص ۲۹۲ / نجفی، ۱۴۰۰، ص ۱۹۰ / طباطبایی، ۱۴۰۴، ص ۴۵۴ / حصری، ۱۴۰۶، ص ۳۵۳).

در بیان علت منحصربودن پذیرش شهادت بر شهادت، به موارد تعذر حضور شاهد اصل و عدم استماع شاهد فرع در صورت حضور شاهد اصل، گفته شده است: در صورت استماع شاهد فرع در چنین صورتی، لازم می‌شود شرایط شاهد، هم در شاهد اصل و هم در شاهد فرع بررسی شود، در حالی که با استماع شهادت شاهد اصل، بررسی شرایط فقط در مورد شاهد اصل لازم است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵، ص ۳۶۱).

با وجود این، یکی از فقها درباره شرط بودن تعذر حضور شاهد اصل در استماع شهادت شاهد فرع، اظهار تردید کرده است (تبریزی، ۱۴۱۵، ص ۵۷۰). فقیه دیگری پس از انتقاد از دیدگاه مشهور در شرط دانستن تعذر حضور شاهد اصل در پذیرفتن شهادت بر شهادت، شرط نبودن چنین مطلبی و پذیرفتن شهادت شاهد فرع را حتی در موارد

عدم تعذر حضور شاهد اصل، ترجیح داده است (موسوی خویی، ۱۴۲۲، ص ۱۷۷).  
 درباره مقصود تعذر در نظر مشهور که تعذر حضور شاهد اصل را شرط پذیرفتن  
 شهادت بر شهادت اعلام کرده‌اند، گفتنی است موارد تعذر به مواردی منحصر نیست که  
 حضور شاهد اصل از نظر عقلی ممکن نباشد؛ مانند فوت شاهد اصل، بلکه مواردی را  
 نیز دربرمی‌گیرد که اگرچه از نظر عقلی، حضور شاهد اصل ممکن است؛ ولی همراه با  
 مشقت و دشواری می‌باشد؛ بر این اساس، جمعی از فقها بر ضابطه و معیار بودن مشقت  
 در حضور تأکید کرده‌اند (طوسی، [بی‌تا]، ص ۲۳۳ / علامه حلی، [بی‌تا]، ص ۲۴۲ /  
 همو، ۱۴۱۰، ص ۱۶۵ / محقق حلی، ۱۴۱۵، ص ۱۴۳ / نراقی، ۱۴۰۵، ص ۶۷۸ / موسوی  
 گلپایگانی، ۱۴۰۵، ص ۳۶۱ / مؤمن قمی، ۱۳۸۰، ص ۶۹۵).

پرسشی که مطرح است اینکه آیا تعذر حضور هر شاهد اصلی، مجوز استماع  
 گواهی شاهد فرع است؛ حتی اگر استنادکننده به شهادت، شهود اصل دیگری به تعداد  
 کافی داشته باشد که حضور آنها متعذر نیست؟ یا استماع شهادت بر شهادت، منحصر  
 به مواردی است که شهود اصل دیگر که حضورشان متعذر نیست، به تعداد کافی  
 وجود نداشته باشد؟

یکی از فقها در مواردی که شهود اصل که حضور آنها متعذر نیست، به تعداد  
 کافی وجود دارند، پذیرفتن شهادت شاهد فرع بر شهادت شاهد اصلی را که  
 حضورش متعذر است، مقتضای احتیاط اعلام کرده است (مامقانی، [بی‌تا]، ص ۴۹۳).  
 به نظر می‌رسد چنین نظری با آنچه پیش از این از فقها درباره استدلال بر لزوم  
 پذیرش شهادت بر شهادت در موارد تعذر حضور شاهد اصل نقل شد، هماهنگ  
 می‌باشد؛ زیرا با وجود شهود اصل به تعداد کافی که می‌توانند برای ادای شهادت  
 حاضر شوند، به استماع گواهی شاهد فرع که بر شهادت شاهد اصل دیگری - که  
 حضورش متعذر است - گواهی دهد، نیازی نیست و چنین شهادتی ضرورت ندارد. با  
 وجود این، یکی دیگر از فقها به جواز شهادت بر شهادت در چنین مواردی نظر داده  
 است (نراقی، ۱۴۰۵، ص ۶۷۸).

مطلب دیگر، زمان تعذر حضور شاهد اصل است. برخی از فقها به کافی بودن تعذر  
 حضور شاهد اصل به هنگام ادای شهادت شاهد فرع و عدم لزوم چنین تعذری در زمان

تحمل شهادت شاهد فرع (استماع شهادت شاهد فرع از شاهد اصل)، تصریح کرده‌اند (نراقی، ۱۴۰۵، ص ۶۷۸ / مامقانی، [بی‌تا]، ص ۴۹۳)؛ ولی برخی فقها درباره لزوم استمرار چنین تعذری تا زمان صدور حکم، چنین استمراری را لازم دانسته‌اند؛ بنابراین حاضر شدن شاهد اصل پس از شهادت شاهد فرع و پیش از صدور حکم را سبب بی‌اعتبار شدن شهادت شاهد فرع و منع صدور حکم براساس آن اعلام کرده‌اند (طوسی، [بی‌تا]، ص ۲۳۳ / علامه حلی، [بی‌تا]، ص ۲۴۲ / حصری، ۱۴۰۶، ص ۳۵۷). با وجود این، یکی از فقها تعذر در زمان ادای شهادت شاهد فرع را کافی دانسته، حضور شاهد اصل پس از ادای شهادت شاهد فرع و پیش از صدور حکم را مانع از صدور حکم براساس شهادت شاهد فرع نشناخته است (نجفی، ۱۴۰۰، ص ۲۰۱).

اما در مورد حاضر شدن شاهد اصل پس از صدور حکم براساس شهادت شاهد فرع، نظر فقها بر عدم تأثیر چنین حضوری است (طوسی، [بی‌تا]، ص ۲۳۳ / علامه حلی، [بی‌تا]، ص ۲۴۲ / همو، ۱۴۱۰، ص ۱۶۵ / حصری، ۱۴۰۶، ص ۳۵۷).

## ۲-۱. وضعیت حقوقی

در حقوق کشور ما در مواد ۱۳۲۰ق.م. و ۲۳۱ق.آ.د.م. پذیرش شهادت بر شهادت به عنوان اثر تعذر حضور شاهد اصل بیان شده است و از بیان این دو ماده معلوم می‌شود که شهادت بر شهادت فقط در موارد تعذر حضور شاهد اصل پذیرفته می‌شود و با حضور شاهد اصل و ادای شهادت او، گواهی بر گواهی منتفی است. به عبارت دیگر، براساس این مواد، گواهی بر گواهی، مشروط به تعذر حضور شاهد اصل است و از این رو، وضعیت حقوقی با نظر مشهور در فقه هماهنگ است.

در ماده ۱۳۲۰ق.م. عبارت «تواند حاضر شود» و در ماده ۲۳۱ق.آ.د.م. تعبیر «تعذر یا تعسر» به کار رفته است. به نظر می‌رسد منظور از عدم امکان حضور در ماده ۱۳۲۰ق.م. اعم از عدم امکان عقلی و عادی است؛ بدین معنا که نه تنها در مواردی که به دلیل بیماری، سفر و حبس و امثال آن امکان حضور شاهد اصل، عقلاً وجود ندارد، بلکه در مواردی نیز که چنین حضوری به طور کلی منتفی نیست و با مشقت همراه می‌باشد؛ به گونه‌ای که عادتاً فرد معذور شناخته می‌شود و چنین حضوری ناممکن

شناخته می‌شود، گواهی بر گواهی پذیرفته می‌شود؛ به طور مثال، همان‌گونه که حضور مریضی که در حال بی‌هوشی است، ناممکن می‌باشد، حضور مریضی که در چنین شرایطی نیست، ولی به علت شدت بیماری، پزشک نظر به مراقبت دائم و منع خروج او از بیمارستان داده است، عادتاً و عرفاً ناممکن محسوب می‌شود. این تفسیر از ماده ۱۳۲۰ق.م. با آنچه پیش از این از فقها مبنی بر ضابطه‌بودن «مشقت حضور» نقل شد، هماهنگ است.

به نظر می‌رسد تعبیر «تعذر یا تعسر» در ماده ۲۳۱ق.آ.د.م. نیز به دو حالتی ناظر است که در تفسیر ماده ۱۳۲۰ق.م. گفته شد؛ به این بیان که در این ماده، منظور از «تعذر» موارد عدم امکان عقلی حضور و «تعسر» ناظر به حالتی است که حضور به طور کلی ناممکن نیست، بلکه با مشقت و دشواری همراه است؛ به گونه‌ای که از نظر عرف و عادت، ناممکن محسوب می‌شود.

یکی از نویسندگان ضمن اینکه «تعذر» و «تعسر» در ماده ۲۳۱ق.آ.د.م. را به معنای دشواری حضور دانسته است، تعذر را مربوط به دشواری خارجی و حوادث عام‌البلوی؛ مانند سیل و زلزله و تعسر را ناظر به دشواری شخصی؛ مانند فوت و بیماری شاهد اعلام کرده است (حمیتی واقف، ۱۳۸۷، ص ۱۱۵-۱۱۶). این تحلیل پذیرفتنی نیست؛ زیرا نویسنده محترم، دلیلی برای چنین تفکیکی ارائه نکرده است و مبنای قابل توجهی برای این مطلب به ذهن نمی‌رسد. همچنین، عبارت ماده ۲۳۱ق.آ.د.م. نیز چنین تمایزی میان این دو تعبیر را بر نمی‌تابد؛ زیرا در این ماده، مثال‌های متعددی را از عواملی که ممکن است سبب تعذر یا تعسر شود، ذکر کرده است و همه این مثال‌ها از نوع دشواری شخصی می‌باشد. البته هرچند این موارد تمثیلی‌اند؛ ولی اگر قانونگذار به تفکیک یادشده نظر داشت، لازم بود مثال‌هایی نیز از دشواری خارجی و نوعی ذکر می‌کرد.

در مواد ۱۳۲۰ق.م. و ۲۳۱ق.آ.د.م. درباره عوامل تعذر، مصادیقی به صورت تمثیلی ذکر شده است و به خوبی روشن است که از نظر قانونگذار، هر عاملی که موجب تعذر حضور شاهد اصل شود، سبب پذیرش شهادت فرع می‌باشد. به عبارت دیگر، آنچه مهم و ملاک می‌باشد، متعذرشدن حضور شاهد است و عامل آن خصوصیتی

ندارد؛ بنابراین بر خلاف آنچه برخی گفته‌اند (ر.ک: امامی، [بی‌تا]، ص ۲۰۲ / حیاتی، ۱۳۹۰، ص ۴۲۶ / مهاجری، ۱۳۸۰، ص ۱۵۵-۱۸۳)، موارد عدم تمایل شاهد به حضور یا امتناع از حضور به خاطر خوف از ایجاد مزاحمت را نمی‌توان مشمول مواد یادشده و موجب پذیرش شهادت بر شهادت دانست و باید دیدگاهی را تأیید کرد که چنین مواردی را مشمول تعبیر «و غیره» در ماده ۱۳۲۰ ق.م. نمی‌داند (دیانی، ۱۳۸۶، ص ۱۹۶). دلیل این مطلب این است که از مواد مورد بحث به خوبی فهمیده می‌شود که ضابطه، تعذر حضور شاهد اصل است، در حالی که در مواردی که شاهد تمایل به حضور ندارد یا به دلیل خوف از مزاحمت یا هر مطلب دیگر، از حضور امتناع می‌کند، حضور شاهد متعذر نیست. چنین مطلبی با آنچه در فقه مطرح شده است و پیش از این نقل شد، هماهنگ می‌باشد.

آنچه در قانون مسکوت گذارده شده است، زمان تعذر حضور شاهد اصل است؛ بدین معنا که آیا تعذر حضور شاهد اصل به هنگام شهادت شاهد فرع کفایت می‌کند یا لازم است چنین تعذری تا زمان صدور حکم نیز ادامه یابد؟ در این باره به استناد اصل ۱۶۷ ق.ا. لازم است به منابع معتبر و فتاوی معتبر فقهی مراجعه شود و گفته شد که بیشتر فقها استمرار تعذر تا صدور حکم را لازم دانستند. به نظر می‌رسد پذیرفتن چنین دیدگاهی با مقتضیات دادرسی امروزی سازگارتر است؛ بنابراین در صورتی که حتی پس از ادای شهادت شاهد فرع، امکان حضور شاهد اصل فراهم شود، دادگاه با استماع شهادت شاهد اصل، به طور مستقیم به دلیل موضوع دعوا دست می‌یابد و حکمی که براساس چنین دلیلی صادر می‌شود، از استحکام بیشتری برخوردار می‌باشد. این مطلب شامل مرحله پس از صدور رأی بدوی، یعنی رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر نیز می‌شود. همه آنچه در این قسمت گفته شد، ناظر به حالتی است که دادگاه، شهادت و شهادت بر شهادت را به عنوان دلیل شرعی واجد شرایط، مورد توجه و استناد قرار می‌دهد؛ ولی در موارد جمع‌نبودن شرایط شرعی و قانونی و بررسی گواهی به عنوان اماره قضایی و نیز با توجه به اینکه ارزش آن به تشخیص قاضی وابسته است، دست قاضی در بررسی و توجه به گواهی بر گواهی، باز است.



## ۲. استماع گواهی در خارج از دادگاه

ماده ۲۴۴ق.آ.د.م. در موارد معذوربودن شاهد از حضور در دادگاه، استماع گواهی در خارج از دادگاه را اجازه داده است و ماده ۲۴۵ آن قانون نیز موردی را بیان کرده که گواهی در غیر از دادگاه رسیدگی کننده به دعوا و به وسیله دادگاهی که شاهد در مقر آن اقامت دارد، استماع می شود؛ بنابراین رابطه مواد ۱۳۲۰ق.م. و ۲۳۱ق.آ.د.م. که پذیرش گواهی بر گواهی را در موارد تعذر حضور شاهد اصل مقرر کرده است، با مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ق.آ.د.م. که استماع گواهی را در خارج از دادگاه یا در دادگاهی غیر از دادگاه رسیدگی کننده به دعوا اجازه داده است، محل تأمل و بررسی می باشد و ماده ۲۴۶ق.آ.د.م. در این باره حکمی مقرر کرده است که نیاز به توجه و تحلیل دارد.

### ۲-۱. بررسی مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی

ماده ۲۴۴ق.آ.د.م. اجازه می دهد در موارد معذوربودن گواه از حضور در دادگاه، گواهی او در منزل یا محل کارش و یا در محل دعوا به وسیله یکی از قضات استماع شود. به نظر می رسد منظور از معذوربودن گواه از حضور در دادگاه در این ماده، معنای گسترده ای است که علاوه بر موارد تعذر حضور شاهد، مواردی را نیز که شاهد به هر دلیل از حضور در دادگاه امتناع می کند، از جمله مواردی را که شاهد به خاطر عدم تمایل در دادگاه حاضر نمی شود، دربرمی گیرد. ادامه این ماده که چنین اختیاری را در مواردی که دادگاه مقتضی بداند، به دادگاه داده است، مؤید این مطلب می باشد؛ زیرا براساس چنین اختیاری، دادگاه می تواند در صورتی که مقتضی بداند، حتی در مواردی که گواه از حضور در دادگاه امتناع نمی کند و آماده حضور در دادگاه می باشد، گواهی را در خارج از دادگاه استماع نماید. مبنای این ماده نیز که در جهت توسعه اختیارات دادگاه در رسیدگی به دلایل و کشف واقع است، این مطلب را تأیید می کند.

اختیار مقرر در ماده ۲۴۵ق.آ.د.م. نیز هم شامل حالتی می شود که حضور شاهد در دادگاه رسیدگی کننده به دعوا به خاطر دوری مسافت، متعذر باشد و هم حالتی را دربرمی گیرد که چنین تعذری در کار نباشد و شاهد با وجود اقامت در مقر دادگاه دیگر، آماده حضور در دادگاه رسیدگی کننده به دعوا جهت ادای گواهی باشد.

با وجود این، با توجه به اینکه دادگاه در استفاده از اختیار مقرر در مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ ق.آ.د.م. مانند هر اختیار دیگری که در قانون برای قاضی مقرر شده، لازم است دلیل و توجیه منطقی داشته باشد، در موارد امکان حضور شاهد در دادگاه و آماده بودن شاهد برای حضور، لازم است دادگاه، گواه را جهت ادای گواهی دعوت نماید، مگر علت خاصی استماع گواهی را در خارج از دادگاه یا در غیر از دادگاه رسیدگی کننده به دعوا اقتضا نماید. حکم مقرر در ماده ۲۴۴ ق.آ.د.م. در ماده ۱۰ ق.آ.د.م. پیشین آمده بود؛ با این تفاوت که در ماده ۱۰ ق.آ.د.م. پیشین اجازه داده شده بود گواهی در خارج از دادگاه به وسیله یکی از کارمندان استماع شود، در حالی که در ماده ۲۴۴ ق.آ.د.م. کنونی، فقط اجازه داده شده است که این کار به وسیله یکی از قضات دادگاه انجام شود. این تغییر در جهت اهتمام بیشتر قانونگذار در رسیدگی به دلایل و فراهم کردن امکان اعتماد به دلیل و تأثیر آن در صدور رأی و هماهنگی با تغییری است که درباره اعتبار گواهی در قوانین ما حاصل شده است. از تأکید قانونگذار در ماده ۲۴۴ ق.آ.د.م. بر لزوم استماع گواهی به وسیله قاضی، فهمیده می شود که استماع گواهی در دادگاهی که گواه در مقرر آن اقامت دارد نیز باید به وسیله قاضی انجام شود.

با وجود این، مقررات مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ ق.آ.د.م. از جهت عدم مغایرت با شرع، محل تردید و تأمل است؛ زیرا تا جایی که نویسنده بررسی کرده است، در فقه مسئله استماع گواهی با حضور قاضی نزد گواه یا به وسیله قاضی دیگر به نیابت از قاضی رسیدگی کننده دعوا، مطرح نشده است و بیان مشخصی در نفی یا تأیید چنین مطلبی یافت نشده است. در عین حال، با توجه به مجموع گفته ها در فقه، می توان گفت لزوم ادای شهادت نزد قاضی رسیدگی کننده دعوا و استماع گواهی به وسیله این قاضی، مسلّم است. بر این اساس، به نظر می رسد حکم ماده ۲۴۴ ق.آ.د.م. از این جهت که استماع گواهی در خارج از دادگاه را به قاضی رسیدگی کننده دعوا مقید نکرده است و همچنین، حکم ماده ۲۴۵ آن قانون از این جهت که به موجب این ماده، در هر حال، استماع گواهی به وسیله شخصی غیر از قاضی رسیدگی کننده دعوا انجام می شود، با آنچه از بیان فقها در بحث استماع شهادت فهمیده می شود، مغایر می باشد. همچنین، به نظر می رسد دلیل تغییری که در ماده ۲۴۴ ق.آ.د.م. کنونی نسبت به ماده ۱۰ ق.آ.د.م.

پیشین ایجاد شده است، همین مطلب و کاستن از چنین مغایرتی بوده است. شایان ذکر است چنین مغایرتی ناظر به حالتی است که شهادت به عنوان دلیل واجد شرایط شرعی (بینه)، مورد استناد و بررسی دادگاه باشد و موارد جمع نبودن شرایط و توجه دادگاه به گواهی به عنوان اماره قضایی و برای مزید اطلاع را شامل نمی‌شود.

## ۲-۲. بررسی ماده ۲۴۶ قانون آیین دادرسی مدنی\*

در مورد رابطه و قلمرو مواد ۱۳۲۰ق.م. و ۲۳۱ق.آ.د.م. از سویی و مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ق.آ.د.م. از سوی دیگر، می‌توان گفت هر یک از این دو دسته مواد، دارای قلمرو اختصاصی خود نسبت به دسته دیگرند؛ به این بیان که در مواردی که حضور شاهد در دادگاه متعذر باشد و وضعیت به گونه‌ای باشد که امکان استماع گواهی در خارج از دادگاه وجود نداشته باشد، این موارد فقط مشمول مواد ۱۳۲۰ق.م. و ۲۳۱ق.آ.د.م. است و تنها راه، توسل به گواهی بر گواهی است. همچنین، در مواردی که شاهد از حضور در دادگاه امتناع نماید یا در مقر دادگاه دیگری اقامت داشته باشد؛ ولی حضور او متعذر نباشد، دادگاه فقط از اختیار مقرر در مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ق.آ.د.م. می‌تواند استفاده نماید و شهادت بر شهادت پذیرفته نیست.

آنچه محل بحث است، مواردی است که شرایط و امکان اجرای هر دو دسته مواد، به ظاهر فراهم می‌باشد؛ بدین معنا که از سویی، حضور شاهد در دادگاه، متعذر باشد و از سوی دیگر، امکان استماع شهادت در خارج از دادگاه یا در دادگاهی غیر از دادگاه رسیدگی کننده دعوا فراهم باشد. در چنین مواردی این پرسش مطرح است که آیا می‌توان پذیرفت در این موارد، هر دو دسته مواد قابل اجرا باشند؟ یعنی از سویی، گواهی بر گواهی پذیرفته باشد و از سوی دیگر، دادگاه بتواند شهادت شاهد اصل را در خارج از دادگاه یا به وسیله دادگاه دیگر استماع نماید؟ یا چنین مواردی محل اجرای صرفاً یک دسته از این مواد می‌باشد؟ آیا در این باره می‌توان برای

---

\* ماده ۲۴۶ق.آ.د.م.: «در موارد مذکور در مادّتین ۲۴۴ و ۲۴۵، چنانچه مبنای رأی دادگاه گواهی گواه باشد و آن گواه طبق مقررات ماده ۲۳۱ از حضور در دادگاه معذور باشد، استنادکننده به گواهی فقط می‌تواند به گواهی شاهد اصلی استناد نماید».

دادگاه این اختیار را شناخت که هر دو دسته مواد را اجرا کند یا به اجرای یکی از آنها به انتخاب خود اکتفا نماید؟

ماده ۲۴۶ق.آ.د.م. در این باره بیان می‌دارد که باید میان مواردی که مبنای رأی دادگاه، گواهی باشد و دیگر موارد تفاوت قائل شد. به موجب این ماده، در جایی که مبنای رأی دادگاه، گواهی باشد، با فراهم‌بودن شرایط ماده ۲۳۱ق.آ.د.م. توسل به گواهی بر گواهی خصوصیت دارد و نمی‌توان به استماع گواهی در خارج از دادگاه یا در دادگاهی که گواه در مقر آن اقامت دارد، براساس مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ق.آ.د.م. اکتفا کرد.

زمانی مبنای رأی دادگاه، گواهی محسوب می‌شود که دادگاه بخواهد به گواهی به عنوان دلیل شرعی و قانونی که شرایط آن احراز شده است، استناد کند و رأی خود را براساس این دلیل صادر نماید. در چنین شرایطی، استناد به گواهی بر گواهی با فراهم‌بودن شرایط شاهد و شهادت و مقررات ماده ۲۳۱ق.آ.د.م. فاقد هرگونه تردید و شبهه شرعی و قانونی است؛ ولی استناد به شهادتی که در خارج از دادگاه به وسیله قاضی دیگر یا در دادگاهی غیر از دادگاه رسیدگی‌کننده و صادرکننده رأی، استماع شده است، همراه با تردید و شبهه مغایرت با شرع می‌باشد؛ بنابراین در چنین مواردی دادگاه نمی‌تواند با استماع گواهی در خارج از دادگاه یا به وسیله دادگاه دیگر، از استماع گواهی بر گواهی خودداری کند، بلکه به استماع و پذیرش گواهی بر گواهی مکلف می‌باشد. در عین حال، استماع گواهی در خارج از دادگاه یا به وسیله دادگاه دیگر، علاوه بر استماع گواهی بر گواهی و برای حصول قناعت بیشتر، منعی ندارد.

اما اگر مبنای رأی دادگاه، گواهی نباشد؛ بدین معنا که گواهی به خاطر جمع‌نبودن شرایط به عنوان یک اماره قضایی مورد توجه باشد، در چنین مواردی دادگاه می‌تواند با فراهم‌بودن شرایط ماده ۲۳۱ق.آ.د.م. نسبت به «استماع گواهی بر گواهی» یا «استماع گواهی شاهد اصل در خارج از دادگاه یا به وسیله دادگاه دیگر» و یا «هر دو مورد» اقدام نماید. چنین اقدامی در جهت کشف واقع و حصول اطمینان یا علم قاضی و یا تکمیل ادله دیگر مؤثر است.

بر این اساس، آنچه از ماده ۲۴۶ق.آ.د.م. فهمیده می‌شود، تأکید بر پذیرش گواهی بر گواهی در مواردی که شرایط آن فراهم باشد و منع از اکتفای به استماع گواهی در

خارج از دادگاه یا به وسیله دادگاه دیگر است؛ ولی منع از استماع گواهی شاهد اصل در خارج از دادگاه یا به وسیله دادگاه دیگر، در مواردی که دادگاه گواهی شاهد فرع را استماع کرده است، فهمیده نمی‌شود.

به نظر می‌رسد حکم این ماده، تلاش قانونگذار برای کاهش مغایرت مقررات قانون آیین دادرسی مدنی با آنچه در فقه مطرح شده است و ایجاد نوعی هماهنگی در این باره و نزدیک کردن مقررات قانون به مباحث فقهی است؛ زیرا همان‌گونه که پیش از این گفته شد، در فقه آنچه به عنوان اثر تعذر حضور شاهد در دادگاه مطرح شده است، استماع و پذیرش گواهی بر گواهی می‌باشد و از استماع گواهی در خارج از دادگاه و حضور قاضی نزد شاهد برای استماع گواهی و استماع گواهی در دادگاه دیگر، سخنی به میان نیامده است.

مغایرت قانون آیین دادرسی مدنی پیشین با مباحث فقهی، بیشتر و آشکارتر بود؛ زیرا با وجود اینکه در مواد ۴۱۰ و ۴۱۱، استماع گواهی در خارج از دادگاه و استماع به وسیله دادگاه دیگر را مقرر کرده بود، حرفی از امکان استماع گواهی بر گواهی نزده بود. به همین دلیل، قانون جدید با پذیرش و تأیید گواهی بر گواهی در ماده ۲۳۱، در ماده ۲۴۶ بر آن تأکید می‌کند و آن را بر استماع گواهی در خارج از دادگاه یا به وسیله دادگاه دیگر ترجیح داده است تا شبهه و تردید ناهماهنگی قانون آیین دادرسی مدنی با آنچه در فقه درباره تعذر حضور شاهد مطرح شده است، کاهش یابد.

با توجه به مطالب پیش گفته، می‌توان گفت سخن برخی از نویسندگان که استماع گواهی بر گواهی را مربوط به مواردی دانسته‌اند که امکان استماع گواهی براساس مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ ق.آ.د.م. وجود نداشته باشد (حیاتی، ۱۳۹۰، ص ۴۲۶)، پذیرفتنی نیست؛ زیرا چنین مطلبی نه تنها به روشنی با ماده ۲۴۶ آن قانون، مغایر و مخالف است، بلکه با آنچه در فقه درباره تعذر حضور شاهد و شهادت بر شهادت گفته شده است و پیش از این به تفصیل نقل شد، مغایرت دارد. همچنین، با آنچه در مواد ۱۳۲۰ ق.م. و ۲۳۱ ق.آ.د.م. مقرر شده است و با مباحث فقهی هماهنگ می‌باشد، مغایرت دارد؛ زیرا پیش از این به طور مکرر بیان شد که آنچه در فقه و در مواد قانونی یاد شده است، شرط پذیرش گواهی بر گواهی اعلام شده تعذر حضور شاهد

اصل است و نه عدم امکان شهادت شاهد اصل. بر این اساس، از سویی در موارد تعذر حضور شاهد اصل، حتی با ناممکن نبودن شهادت شاهد اصل، استماع گواهی بر گواهی، موجه است و از سوی دیگر، در صورتی که حضور شاهد اصل متعذر نباشد؛ ولی به دلایل دیگری مانند عدم تمایل یا امتناع شاهد، شهادت او میسر نشود، مجوزی برای استماع گواهی بر گواهی وجود ندارد.

همچنین، برخلاف آنچه یکی از نویسندگان مطرح کرده است (ر.ک: مهاجری، ۱۳۸۰، ص ۱۸۴)، وجود یا عدم ادله دیگر، نقشی در اجرای حکم ماده ۲۴۶ ق.آ.د.م. و تحلیل این ماده ندارد. به عبارت دیگر، اینکه مبنای رأی دادگاه، گواهی باشد، ملازمه با منحصر بودن دلیل دعوا به گواهی و نبودن ادله دیگر ندارد. این مطلب از تحلیلی که پیش از این از مبتنی بودن رأی دادگاه بر گواهی در ماده مورد بحث ارائه شد، مشخص است. گفته شد که منظور از مبتنی بودن رأی دادگاه بر گواهی، این است که دادگاه این دلیل را با شرایط شرعی و قانونی آن در پرونده مورد توجه قرار دهد و شرایط آن را فراهم بداند که در چنین صورتی مکلف به صدور رأی براساس آن می باشد. در این حالت، وجود ادله دیگر نمی تواند وصف مبتنی بودن رأی دادگاه بر گواهی را از میان ببرد.

## نتیجه

براساس مطالب پیش گفته، می توان چنین نتیجه گرفت که در فقه، استماع شهادت بر شهادت به عنوان اثر تعذر حضور شاهد اصل جهت ادای شهادت، پذیرفته شده، مورد تأیید واقع شده است. در حقوق کشور ما نیز همین مسئله در مواد ۱۳۲۰ ق.م. و ۲۳۱ ق.آ.د.م. مقرر شده است؛ ولی این حکم مواردی را که حضور شاهد، متعذر نیست و شاهد به دلایلی از حضور در دادگاه امتناع می کند، شامل نمی شود.

از سوی دیگر، آنچه در مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ ق.آ.د.م. به عنوان استماع گواهی در خارج از دادگاه یا در دادگاه دیگر مقرر شده است، سابقه ای در متون و مباحث فقهی ندارد؛ بنابراین در مواردی که گواهی ذیل همین عنوان مورد استناد و توجه قرار می گیرد و دادگاه می خواهد با احراز شرایط شرعی و قانونی شهادت، به آن استناد کند و براساس

آن حکم صادر نماید، اکتفای به استماع گواهی در خارج از دادگاه یا به وسیله دادگاه دیگر، محل تردید و ایراد است. به همین دلیل، در صورت تعذر حضور شاهد باید به گواهی بر گواهی استناد کرد.

اما اگر گواهی، نه ذیل این عنوان، بلکه به خاطر جمع نبودن شرایط شاهد و شهادت، با عنوان دیگر مانند اماره قضایی مورد استناد و توجه دادگاه باشد، در چنین صورتی با تعذر حضور شاهد یا امتناع گواه از حضور، دادگاه می‌تواند در جهت کشف واقع نسبت به استماع گواهی در خارج از دادگاه یا استماع گواهی بر گواهی یا هردو، اقدام نماید. ماده ۲۴۶ق.آ.د.م. مؤید این مطلب می‌باشد و لازم است در این جهت تحلیل شود.

## منابع

۱. امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۶، چ ۵، تهران: انتشارات ابوریحان، [بی تا].
۲. تبریزی، میرزا جواد؛ أسس القضاء والشهادة؛ ج ۱، [بی جا]: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۵ق.
۳. حصری، احمد؛ علم القضاء؛ ج ۱، چ ۱، بیروت: دارالكتاب العربی، ۱۴۰۶ق.
۴. حلّی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان؛ ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسة النشر الإسلامی، ۱۴۱۰ق.
۵. —؛ تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین؛ ج ۲، تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۴۸ق.
۶. —؛ قواعد الأحكام؛ ج ۲، قم: چاپ سنگی منشورات الرضی، [بی تا].
۷. —؛ مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة؛ ج ۸، چ ۱، قم: مکتب الأعلام الإسلامی، ۱۴۱۷ق.
۸. حلّی (محقق)، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن؛ المختصر النافع فی فقه الإمامیة؛ مصر: دارالكتاب العربی، [بی تا].
۹. —؛ شرایع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام؛ ج ۴، چ ۱، [بی جا]: مؤسسة المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۵ق.
۱۰. حمیتی واقف، احمد علی؛ ادله اثبات دعوی؛ چ ۱، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۸۷.
۱۱. حیاتی، علی عباس؛ آیین دادرسی مدنی در نظم کنونی حقوقی؛ چ ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰.
۱۲. دینانی، عبدالرسول؛ ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری؛ چ ۲، تهران: انتشارات تدریس، ۱۳۸۶.
۱۳. طباطبایی، سید علی؛ ریاض المسائل فی بیان الأحكام بالدلائل؛ ج ۲، قم: مؤسسة آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۴ق.



۱۴. طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن بن علی؛ المبسوط فی فقه الإمامیة؛ ج ۸، [بی جا]:  
المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، [بی تا].
۱۵. فیض کاشانی، محمد حسن؛ مفاتیح الشرایع؛ ج ۳، قم: مجمع الذخائر الإسلامیة،  
۱۴۰۱ق.
۱۶. مؤمن قمی، محمد؛ مبانی تحریر الوسیلة؛ ج ۱، چ ۱، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار  
امام خمینی علیه السلام، ۱۳۸۰.
۱۷. مامقانی، عبدالله؛ مناهج المتقین فی فقه أئمة الحق والیقین؛ [بی جا]: مؤسسه  
آل البيت علیهم السلام لإحیاء التراث، [بی تا].
۱۸. مهاجری، علی؛ شرح قانون آیین دادرسی مدنی؛ ج ۲، چ ۱، تهران: کتابخانه گنج  
دانش، ۱۳۸۰.
۱۹. موسوی خویی، سید ابوالقاسم؛ مبانی تکملة المنهاج - القضاء والحدود؛ قم:  
مؤسسه احیای آثار امام خویی، ۱۴۲۲ق.
۲۰. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا؛ کتاب الشهادات؛ تقریرات سید علی حسینی  
میلانی؛ چ ۱، قم: المطبعة سید الشهداء علیهم السلام، ۱۴۰۵ق.
۲۱. نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۴۱، چ ۶، تهران:  
دارالکتب الإسلامیة، ۱۴۰۰ق.
۲۲. نراقی، مولی احمد؛ مستند الشیعة فی أحكام الشریعة؛ ج ۲، قم: منشورات مکتبه  
آیت الله العظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ق.

