بررسی انتقادی نظریّه ضرورت جزمی بودن حق دعوی با تأکید بردعاوی حقوقی

چکیده:

۱.مقدمه وهدف

بازاندیشی انتقادی" ضرورت علم مدعی به ذی حق بودن پیش از إقامه دعوی در دعاوی حقوقی وکیفری"در راستای توسعه مطالعات فقه دادرسی صورت می پذیرد، بررسی نظریّه های"اثبات بی قید وشرط"،"نفی مطلق"،"تفصیل میان ثمرات وضعی وتکلیفی دعاوی" به عنوان محوری ترین نگرش های مطرح گردیده، با توجه به تنافی آثارفقهی حقوقی مترتب برهریک از این نظریات نگاه نو به موضوع مقاله از این جهت ضروری می نماید که آشفتگی صور مختلف مسئله وعدم تفکیک مقام ثبوت و اثبات، از یک سو محرومیّت ذوالحق در دعاوی ناشی ازآگاهی اجمالی را دنبال دارد، ازدیگر سوموجبات کتمان حقیقت درموارد محتمل را فراهم می آورد.دراین راستا با تکیه برمقتضیات ادله مسئله نظریّه امکان طرح دعوای محتمل تأکید گردیده است.

۲.مواد وروش ها

بررسی توصیفی- تحلیلی با رویکرد انتقادی به نظریّه بایستگی جزم به متعلق دعوی وشرطیّت قطع به مدعی.

۳.یافته های تحقیق

انتقاد از نظریّه" قائل به شرطیت" و بند۹ ماده ۸۳ قانون آئین دادرسی مدنی باتوجه به ضعف استدلال مورد اتّکاء در اثبات این نظر، و بازاندیشی نظریّه " عدم اشتراط جزم" نظر به عدم تفکیک میان شرط استماع وشرط أنشاء حکم در این دیدگاه. و نظریّه" شرطیت جزم ظاهری" باتوجه به قرارگرفتن حکم دربرابر واقعیّت.درنهایت نگاه مجدد به صورت مسئله و مستندات نظریّات با تأکید بر حالت های مختلف جزم ودر نهایت جمع بین جزمی بودن إقامه دعوی و قابلیّت استماع دعاوی احتمالی.

٤.نتیجه گیری

تحلیل انتقادی دیدگاه معاصرمبنی برشرطیّت قطع مدعی حق ،درمقابل تأکید نظریّه معتقد به عدم ضرورت قطع، با تکیه برمبانی سه گانه"شدت وضعف جزم"، " تفکیک میان جزم به حق و جزم به دعوی"، " تفصیل بین حکم وضعی و تکلیفی دعاوی احتمالی".

واژگان کلیدی: حق دعوی، مدعی،حاکم،شرطیت جزم،احتمال حق.

نسخه غیر نهایی پیش از انتشار

مقدمه

شرطیّت جزم به حق دعوی برای قابلیّت استماع دعاوی مدنی وکیفری از آموزه های مورداختلاف میان فقیهان است،امری که دست کم با دیدگاه های غیرقابل جمع مواجه است.درحالی حسب نظر غالب ازقطعیّات فقه القضاء به شمارآمده و قانون آئین دادرسی مدنی ایران به تبع دربند۹ ماده۸۴ برضرورت آن تأکید نموده، نظریه دوم مخالف ازسوی برخی محققان مبنی بر عدم ضرورت جزم به ادعا مطرح گردیده ونظریه سوم این ضرورت را منحصراً درموضوعات غیرعلنی وپنهان پیش بینی نموده است.چنان که محقق کرکی در پاسخ به سوال:"هل یشترط فی سماع الدعوی وقوعها من المدعی بصورة الجزم، أم یکفی لسماعها تصریحه فیها بکون منشؤها الظن أو التهمة؟" نظریات فقیهان پیرامون مسئله را منحصر به سه قول اشتراط مطلق، عدم اشتراط و اشتراط در امورخفیه دانسته است (محقق کرکی،۱۴۰۹: ج۲: ۲۱۹) ازآنجا که شرط جازم بودن مدعی نسبت به دعوای مطروحه به طور کلی دومعنا دارد؛ نخست؛جزم به واقعیت ونفس الأمر، واین که مدعی اعتقاد جازم به ذوالحق بودن خود در عالم واقع داشته باشد و دعوای محتمل یا مشکوک را مطرح نسازد. دوم؛ اظهار وابراز جزمی دعوی اگرچه درعالم واقع گمان یا تردید در ذی حق بودن خود داشته باشد. از سوی برخی بزرگان نظریه چهارمی مطرح گردیده و ضمن تأکید بر لزوم جزم معتقدگردیده اند جزم دراین مقام صرفاً به معنای قاطع بودن دراقامه دعوی وطرح آن است. شهیداول، شمس الدین محمد بن مکی عاملی با اشاره به این دیدگاه می نویسد:" أقول: المراد باشتراط الجزم فی الظاهر، أی یشترط فی المدّعی أن یکون جازما ظاهرا، بأن تکون صیغة دعواه: «لی عنده کذا» لا بأن یقول: «أظنّ» أو «أتوهّم» و لایشترط بالنسبة إلی المدّعی، أی إنّه إن لم یکن جازما فی نفس الأمر حرمت علیه الدعوی، فإنّ من المعلوم أنّه إذا کان للإنسان بیّنة تشهد له بحقّ- و هو لا یعلم به- أنّ له أن یدّعی عند الحاکم لتشهد البیّنة له به." (غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد،۱۴۱۴: ۴ج: ۳۰) پیرو این نظریّه صاحب جواهر درعین تأکید بر اصل شرطّت جزم ،آن را مردد بین مقام ثبوت واثبات دانسته و سوال مبحث را این گونه ترسیم می نماید:"البحث فی اعتبار الجزم بالدعوی واقعا أو إبرازا"(نجفی،۱۴۰۴: ج۴۲: ۱۹۲)

سید محمدکاظم یزدی دامنه اختلاف نظرات فقیهان دراین مسئله را بیش ازچهار دیدگاه برشمرده دراحصاء آن ها می گوید:"براساس نظر مشهور دعوای ظنی و وهمی مسموع نیست، در مقابل جماعتی هیچ گونه جزمی را شرط دعوی ندانسته ودعوای احتمالی را نیز قابل استماع می دانند، بعض دیگر این قابلیت را به موارد تهمت مختص نموده اند، برخی به حالت مظنون بودن، دیگران دعاوی غیرمجزوم را منحصر به امور پنهان یا غیر قابل دسترس مانند قتل پنهانی وسرقت ونظایر آن می دانند وصاحب کتاب المعتمد حالت های مختلف احتمال اقرار،وجود بینه، ادعای اقرار و بینه از سوی مدعی را استثنا نموده کفته است؛ اگر هریک از این محتملات محقق

گردد دعوی مسجّل است در غیر این صورت ساقط می گردد وبا نبود هیچ یک از این احتمالات دعوی از اساس ساقط است." (سید یزدی،۱۴۲۵: ۶ج: ۴۷۲)

به نظر می رسد چند عامل زمینه ساز تعدد نظرات و استمرار اختلاف دیدگاه ها دراین زمینه است؛ نخست؛ از آنجاکه جزم به دعوی معانی مختلف دارد، تفاوت مبانی در تعیین مفهوم مورد نظر به عنوان شرط الزامی موجب بروز تفاوت برداشت ها گردیده ومسئله با نظریات متفاوت مواجه گشته است.دوم؛ تصادم ظاهری اشتراط جزم به دعوی با برخی ضوابط عمومی مانند قاعده لاضرر.سوم؛ عدم تفکیک بین حکم تکلیفی وحکم وضعی شرطیت جزم،امری که اهمیت آن در دیدگاه های ابراز گردیده نادیده گرفته شده، چهارم؛ باید توجه داشت مدعی حق به لحاظ احتمالات عقلی باچهارحالت مانعه الجمع مواجه است،علم به حقانیت خود،علم به عدم حقانیت،تردید وظن نسبت به حق بودن.ازاین میان حالت سوم اغلب محل بحث و نظراست وبحث پیرامون وضعیّت علم به بی حقی مجال دیگری می طلبد.

دست یابی به نظرنهایی در این خصوص بی آنکه به این تفاوت ها در مبانی توجه گردد ناممکن است، هم چنان که از بایسته های مغفول مسئله عدم تفکیک مقام ثبوت وآثاراثباتی قبول دعاوی غیر جزمی است.در این راستا پس ازتجزیه و تحلیل آرای محوری قابل طرح که سایر نظریات نیز به آن ها بازگشت دارد ضمن مخالفت با دیدگاه مشهور ومعاصرین مبنی بر "شرطیّت جزم برای استماع دعوی" این نظریّه از دوحیث وضعی وتکلیفی مورد بازاندیشی قرار گرفته است.

پیشینه تحقیق

تاکنون به منظورتجزیه وتحلیل بند ۹ ماده ۸۴ قانون آئین دادرسی مدنی مبنی بر"شرطیّت جزم در دعاوی" مقالات متعدد با رویکردحقوقی منتشرگردیده است که از شاخص ترین آنها می توان به این موارد اشاره داشت: "تحلیل قاعده انگاری فقهی" کل دعوی ملزمة معلومة فهی مسموعة" درشناخت وتوسعه قلمرو اصل استماع دعوی" و"مصادیق دعوای مردد(غیرمنجز)وتکلیف دادگاه درمواجهه با آن با تأکید برورویّه قضائی" هردو منتشره در مجله حقوقی دادگستری ضمن شمارگان ۱۳۰ و ۱۳۵ هم چنین"مبانی رسیدگی به خواسته های ضمنی در دعاوی مدنی" مجله پژوهش های حقوقی شماره ۶۱ و"ایراد منجزنبودن دعوی درفقه امامیه با رویکردتطبیقی به حقوق کشورهای اسلامی و فرانسه رویکردی حقوقی" مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی شماره۳۶ مقالاتی که با تأکید بریافته های حقوقی و تحلیل های تطبیقی به انجام رسیده و نظریه های حقوقی و آرای وحدت رویّه

نسخه غیر نهایی پیش از انتشار

را محور تحقیق قرار داده اند،آن چه مقاله حاضر به عهده دارد تحلیل انتقادی مبانی نظریات مطرح به خصوص نظریّه مشهور است که نتیجه استنباطی متفاوت ازدیگرمقالات را دنبال نموده و قول به تفصیل میان جزمی بودن اقامه دعوی و قابلیّت استماع دعاوی ظنی و احتمالی را تأکید می نماید. از میان فقیهان امامیه علامه حلی نخستین فقیهی است که شرطیّت جزم به دعوای اقامه شده را به طور منضبط مورد توجه قرار داده در پاسخ به سوال:"و هل یشترط إیراد الدّعوی بصورة الجزم أو یکفی قوله: أظنّ أو أتوهّم؟فیه نظر، .."(تحریر الاحکام،ج۵:۱۴۲) به تقابل آرای فقیهان پیش از خود در این خصوص اشاره می نماید. پس از وی در آثار مختلف این سوال به نقل از وی گاه با عبارات دیگر مطرح گردیده با پاسخ های متفاوت مواجه گشته است. چنان که صاحب کنزالفوائد فی حل مشکلات القواعد در توضیح عبارتی از علامه مبنی بر"و هل یشترط الجزم؟ إشکال" می نویسد:"أقول: وجه الإشکال من حیث إنّ الأصل عدم الاشتراط."(سیدعمیدالدین،۱۴۱۶،ج۳: ۴۷۳) فقیه معاصر وی شهید اول در جواب به همین سوال نظریّه جزم ظاهری را عنوان نموده می نویسد:"أقول: المراد باشتراط الجزم فی الظاهر، أی یشترط فی المدّعی أن یکون جازما ظاهرا"(غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد؛ ج۴، ص: ۳۰)حدود یک قرن بعد فاضل مقداد در مقام مقایسه و مقارنه بین نظریه علامه و محقق حلی براین گزاره تأکید نمودئه است:" ...و إیراد الدعوی بصیغة الجزم."(التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ج۴، ص: ۲۶۸) حسب بررسی به عمل آمده صاحب کتاب المهذب البارع فی شرح المختصر النافع بدون اشاره به اختلاف نظرات این شرط را مفروغ عنه دانسته ودیدگاه وی نظرات پسینی را تحت تأثیر قرار داده است.(جمال الدین حلی،۱۴۰۷،ج۴: ۴۸۲) پس از وی محقق ثانی،علی بن حسین با تألیف رساله سماع الدعوی که اساساً محور آن را شرطیّت جزم در دعاوی شکل می دهد با نگرشی به نظریات پیش گفته روکرد مطلق و بی قید و شرط اثبات آن را مورد انتقاد قرار داده است.(رسائل المحقق الکرکی،ج۲: ۲۲۰) چنان که فقیه معاصر وی شهید ثانی مسئله را از حالت تعبدی بیرون برده با تحلیل علت جویانه ضرورت مطلق آن را مورد تردید قرار می دهد.(حاشیة الإرشاد،ج۴: ۳۰؛ حاشیة المختصرالنافع:۱۹۲؛ مسالک الأفهام،ج۱۳: ۴۳۷) مقدس اردبیلی،ملا احمد منتقد نظریه این دو فقیه معاصر هم است که سعی بر بازگشت به دیدگاه قبل از ایشان دارد (مجمع الفائدة و البرهان،ج۱۲: ۱۲۵) پس از وی منازعات مستمری بین نظریه علت جویانه و قبول تعبدی این شرط در بخش "سماع

الدعاوی" جوامع مختلف فقهی صورت گرفته و معاصرین نیز رویه مشهور را در پیش گرفته اغلب بـر شـرطیت مطلق تأکید نموده اند، لیکن مقاله یا کتابی که روکرد تحلیلی مستقل در این زمینه داشته باشد سامان نیافته است.

نظریه اول : اشتراط جزم نفس الأمری

جزم به واقعیت وقطعیّت متعلق دعوی در نفس الأمر از جمله شروطی است که مشهور فقیهان برای دعوای قابل طرح و صالح برای استماع درمحاکم تأکید نموده اند.به گونه ای که جزم ظاهری در مقام ابـراز و صِـرف قـاطع بودن برای اقامه دعوی را کافی برای این مقصود نمی دانند. جمـاعتی از فقیهـان، بلکـه مشهورایشـان قـول بـه ضرورت اعتبار جزم را برگزیده اند: ابی الصلاح حلبی با تأکید بر شرطیت علم به ذی حـق بـودن مـدعی مـی نویسد:"و لا یحل لأحدأن یدعی علـی غیـره مـا لا یعلـم اسـتحقاقه و ان کانـت هنـاک شـبهة ظـاهرة و ظـن قوی."(حلبی،۱۴۰۳: ۴۴۹) طرفداران این دیدگاه بیش از آن که اصل نظریّه را مستدل سازند موانـع پـیش روی نفی آن را مورد توجه قرار داده اند.

دلیل نظریّه اول: لزوم اجتناب از مخالفت با واقع

این دید گاه معتقد است چون برخورداری ازحق دعوی موجب سلطنت مدعی بر مدعی علیه از طریق الـزام بـه اقرار یا انکار، تحلیف، وردّ است والزام بی قید وشرط مدعی علیه به تکالیف و تعهـدات غیـر مقطـوع مصـداق خسارت وضرری است که نفی آن واجب گردیده مگر این که دلیل قاطع بر ثبوت آن وجود داشـته باشـد.علاوه این که از لوازم و آثار دعوی بهره مندی مدعی از(حق)یمین و (حق) قضاوت بر اساس نکول (برای حاکم) است، (با نبود جزم به متعلق ومورد ادعا)هر دو(حق مفروض) درمسئله منتفی اند.(یعنی اگر مدعی است بایـد بتوانـد قسم بخورد و درصورت نکول قاضی بتواند براساس آن حکم نماید،حال آن که هـر دو نـاممکن اسـت.) چـون حلف برامر مظنون ممتنع بوده ومالکیت مدعی با فرض عدم علم به استحقاق حرام است.و آن چه سابق بـرفهم است قول جازم است. (محقق کرکی،۱۴۰۹: ۲: ۲۱۹) سید یزدی درتوضیح این دلیل می افزاید:"ازجملـه لـوازم قبول دعاوی برای استماع ورسیدگی،حسب مورد قضاوت به نکول ویمین مدعی درصورت فقـدان اقـرار وبینـه است.با نبود جزم هر دو امر بامشکل مواجه است، با فرض نبود علم مدعی نسبت به حـق بـودن خـود وانکـار مدعی علیه ازسوی دیگرمدعی چگونه می تواند خود را صاحب حق بداند؟ گذشته از این کـه نکـول از حلـف منکردعوی محتمل است به جهت تعظیم شأن قسم ونظایر آن باشد مع الوصف مدعی بدون علم چگونـه امکـان قسم دارد؟"(سید یزدی،۱۴۲۵: ۶: ۴۷۲) شیخ انصاری ضمن این که استماع دعوی غیر جزمی را هموار نمـودن

طریق اکل مال به باطل دانسته در توضیح این دلیل می گوید:" قضاوت به مجرد نکول و یمین مدعی از لوازم دعاوی وفصل خصومات است.درمواردی مدعی علیه رغم انکارخود، قسم نمی خورد و بینه هم اقامه نمی کند، واضح است به صرف احتمال نمی توان قسم یاد کرد، چگونه ممکن است نکول متفرع بر قسم مبتنی براحتمال باشد؟علاوه، با فقدان علم مدعی بر استحقاق خود حکم حاکم واقعیت را تغییر نمی دهد و با وجود استحقاق منکر چیزی را برای مدعی اثبات نمی گردد." (شیخ انصاری،۱۴۱۵: ۱۷۱) شیخ انصاری دلیل مشهور بر این قول را متفاهم عرفی از مواضع اقامه دعوی می نویسد:"اصل اعتبار جزم است ومتبادرعرفی ومتفاهم لغوی از دعوی جزمی بودن آن است.زیرا منظور از طرح دعوی مطالبه حق است، ظهور آن در جزم به استحقاق است، با نبود این شرط قول بیّنه غیر جازم به جهت عدم صدق ادعا قابل استماع نیست.هم چنین با فرض عدم جزم حلف متوجه مدعی علیه نیست،چون مصداق خصم قرارنمی گیرد." (شیخ انصاری،۱۴۱۵: ۱۷۱)

نقد نظریه اول

نظریه شرطیّت جزم و دلیل آن با مخالفت ها ونقدهای متعدد مواجه شده است که مهم ترین آن ها عبارتند از:

۱.محقق کرکی در مخالفت با این نظریه در رساله سماع الدّعوی به اشکال نقضی بسنده نموده می نویسد:"ضعف دلایل قول به اشتراط جزم پنهان نیست.این که گفته شود اقتضای دعوی این است، یمین مدعی را دنبال داشته باشد، یا قضاوت براساس نکول صورت گیرد وهیچ یک با عدم جزم سازگاری ندارد، عمومیت ندارد چون در مواردی مانند دعوای حاکم یا وصی ونظایر آن ها چنین شرطی رعایت نمی گردد.ودعوی بدون جزم صحیح وقابل استماع است." (محقق کرکی،۱۴۰۹: ۲: ۲۱۹)

۲. سید یزدی پس از ایضاح دلیل این نظریه به نقد آن مبادرت نموده می نویسد:" چالش عدم اعتبار آثار ناشی از نکول بر دعوای غیر جزمی مانع قبول و استماع دعوی نیست،البته با وجود این ایراد برخلاف دعاوی مجزوم همه آثار قضاوت بر دعاوی غیرجزمی مترتب نمی گردد،امری که مانع استماع نیست چنان که بسیاری از دعاوی این گونه اند و تمام آثار بر آن ها مترتب نمی گردد." (یزدی،۱۴۲۵: ۶: ۴۷۳)

نظریه دوم؛ عدم اشتراط جزم

نسخه غیر نهایی پیش از انتشار

نظریه عدم اشتراط را بسیاری از اهل تحقیق بر گزیده اند. (فخر المحقّقین ۱۳۸۷: ۴: ۳۲۸و محقّق الأردبیلی ۱۴۰۳: ۱۲: ۱۲۵ این دیدگاه میان متأخرین ومعاصرین نیز ازشهرت بیشتری برخوردار است،محقق آشتیانی در تقریر آن می گوید:" ظاهر نظریه برخی فقیهان این است در هر حال (حتّی با فقدان قطع وجزم) دعاوی قابلیّت استماع دارند، چون مدعی(غیر جازم) آگاه از خلاف واقع بودن دعوای خود نیست تا ادعای وی مستلزم کذب دانسته شود،طرح خواسته غیر قطعی مستلزم تدلیس هم نیست، ومصداق برای آن قرار نمی گیرد، لذا طرح دعوای مردد یا مظنون در هر حال(اعم ازاین که دلیل بر اثبات همراه آن باشد یا خیر) جایز است. این نظریّه خالی از قوّت نیست. مشروط به این که مدعی برخلاف واقع بودن دعوای خود قطع و یقین نداشته باشد، تا ازگفته وی (استحقاق نا به جا) وکذب و افتراء لازم آید."(آشتیانی،۱۴۲۵: ج۱: ۲۴۷)از میان ادله مختلف این مسلک سه دلیل قابل توجه است:

دلیل اول:عمومات واطلاقات

عمل به عمومات قرآن مانند:"فَلا وَ رَبِّکَ لا یُؤْمِنُونَ حَتّی یُحَکِّمُوکَ فِیما شَجَرَ بَیْنَهُمْ"(النساء:۶۵)، واطلاق حدیث: "إِنَّ الْبَیِّنَةَ عَلَی الْمُدَّعِی وَ الْیَمِینَ عَلَی الْمُدَّعَی عَلَیْهِ"(کلینی،۱۴۰۷: ۷: ۴۱۵و حر عاملی،۱۴۰۹: ۱۸: ۴۴۳) مقتضی امکان استماع دعاوی غیر جزمی وعمومیت آنها است.سید یزدی در نقد نظریه می نویسد:"تمسک به عدم اشتراط بر اساس اصل عدم بلاوجه است،چون بدون تحقق صدق عرفی وعدم تحقق شمول عمومات اصل عدم وجوب استماع دعوی است."((یزدی،۱۴۲۵: ۶: ۴۷۴)

دلیل دوم: قابلیت استماع دعاوی مستند به أمارات

شرطیت جزم به دعوی مستلزم این است طفل پس از بلوغ ورشد ومجنون بعداز افاقه نتوانند مستندا به قول پدر، جد، حاکم، قیم، یا دست نوشته آن ها مدعی حق خود گردند، بایدگفت اصرار برعدم قبول دعاوی غیرجزمی موجب خسارت های فراوان بر مدعیان حقوق است.زیرا مستلزم این است شخص نتواند مستندا به قول منکر، ودست نوشته او طرح دعوی نماید.حال آن که فرموده اند:" لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام."(الفقیه ۴: ۲۴۳ حدیث ۷۷۷.) ودر تهذیب الاحکام روایت است:"إن علیا علیه السلام سمع دعوی ولد علی جماعة بدم أبیه و ماله، لأنه خرج معهم فی سفره." پرواضح است که در چنین ادعایی جزم منتفی است. (کرکی، ۱۴۰۹: ۲: ۲۲۰)

نقد نظریه دوم

نسخه غیر قابل پیش از انتشار

شیخ انصاری در خصوص این نظریه نقد جامع ومفصل دارد خلاصه آن چنین است:" اطلاق ادله حکم- با فرض اطلاق آنها- مسئله مورد بحث ما را به صورت مقید شامل است، ادعای ضرورت جزمی بودن دعوی وعدم شمول حق ادعا نسبت به موارد شک وظن مکابره ای بیش نیست، وفهم عرفی آن را تکذیب می کند.هم چنین بین قابل استماع بودن دعوی و جزمی بودن آن ملازمه ای وجود ندارد،بلکه تفکیک میان دو مطلب لازم است؛ نخست؛ اصل وجوب استماع دعوی برحاکم در صورت غیر جزمی بودن دعوی امری که برای نفی آن دلیل نداریم. دوم؛ لزوم فصل خصومت بین اصحاب دعوی براساس بینه ویمین والزام طرفین به تبعیّت از مقتضای ادله اثبات دعوی.فرق میا ن این دو واضح است(آن چه موردبحث است اصل وجوب استماع است نه قابلیت برای رسیدگی) در صورت اول نیازمند صدق عنوان مدعی ومدعی علیه هستیم، در صورت دوم چنین امری لازم نیست." (شیخ انصاری،۱۴۱۵: ۱۷۱)

نظریه سوم : اشتراط در امور خفیه

شهید اول در بیان این نظریه می نویسد:"و أمّا الجزم فالإطلاق محمول علیه، فلو صرّح بالظن أو الوهم، فثالث الأوجه السماع فیما یعسر الاطلاع علیه، کالقتل و السرقة دون المعاملات.و لا یحلف المدّعی هنا بردّ و لا نکول و لا مع شاهد.و لو ادّعی علی موّرثه دیناً لم یسمع، حتّی یدّعی موته و علمه بالحقّ، و أنّه ترک مالًا فی ید الوارث."(شهیداول،۱۴۱۷: ۲: ۸۴)

تفصیل بین امور پنهان حسب عادت وغیر آن ها؛ نظریه ای که در کتب فقهی به نظریه "ابن نما" نیز شهرت دارد،از دوجهت نیازمند توضیح است،از حیث دلیل واز حیث تعیین مراد از امورخفیه.

جهت اول؛ علامه حلی ملاک دراین تفصیل را نه صرف پنهانی بودن مورد ادعا بلکه نیاز به رفع جهل وضرورت حصول علم می داند،امری که ممکن است با امور پنهانی وغیر آن ها هر دو قابل جمع باشد و می نویسد:"و هل یشترط الجزم؟ إشکال، فإن سوّغنا السماع مع الظنّ جوّزنا الیمین علی التهمة، و لا ردّ هنا.و إن شرطنا علم المقدار افتقر فی الأثمان إلی ذکر الجنس و القدر و النقد،و فی دعوی غیرها إلی الوصف بما یرفع الجهالة و لا یحتاج إلی ذکر قیمته، و ذکرها أحوط، و یجب فیما لا مثل له ذکرها."(علامه حلی،۱۴۱۳: ۳:۴۳۷)

محقق کرکی در توضیح مراد ازاین امور می نویسد:"منظور از امور پنهانی حسب عادت ، مواردی است که غالب اوقات بر مدعی پنهان است،یا از این حیث که غالبا به صورت پنهانی صورت می گیرد مانند سرقت وقتل، یا ازحیث فاصله ای که بین مدعی و اتفاق وجود دارد و حسب عادت اطلاع را با مشکل مواجه می سازد،مانند

تصرفات وکیل در حالت وجود فاصله قابل توجه، یا تصرفات ولی وموروث که کشف آن صرفا با گفتار یـا خـط ایشان ممکن است،در این موارد حسب ضرورت دعوای غیر جزمی مسموع است. ودر ادامه به قـول شـهید اول در قواعد استناد می نماید مبنی بر این که:"ان الحاکم لو ادعی بخط میت لا وارث له سمعت الدعوی، و کـان لـه الاستحلاف و الحبس." (محقق کرکی،۱۴۰۹: ۲: ۲۱۹)

محقق آشتیانی نظری جامع دراین خصوص دارد:" و المراد بموارد التهمة ما کان هناک أمارة تفید الظنّ نوعاً علی ثبوت المدّعی."(آشتیانی،۱۴۲۵: ۱: ۲۵۰) براین اساس آن چه در نظرات مختلـف مـنعکس اسـت از مصـادیق موارد اتهام است، مناط افاده ظن نوعی برای ثبوت مدعاست.

جهت دوم؛ استدلال این نظریه با تفاوت هایی روایت شده است؛برخی گفته اند؛ چـون امـور خفیـه معمـولا از موارد ضرورت است،اگر دعوای غیر جزمی در این موارد پذیرفته نشود موجبات تضییع حق فراهم گردیده و راه اثبات این نوع دعاوی مسدود می گردد.بر خلاف موارد غیرخفی که در خصوص آن ها چـون ضـرورت منتفـی است علم جزمی به ذی حق بودن شرط است.محقق کرکی در ادامه ضمن تأیید دیدگاه سـوم ودفـاع از آن مـی نویسد:"و هذا الأخیر لا بأس به و هو المحکی عن ابن نما." (محقق کرکی،۱۴۰۹: ۲: ۲۱۹)

بعض بزرگان مانند صاحب جواهر الکلام در موارد تهمت معتقد به وجوب قضاوت اند، صرفا در غیر این مـوارد وجوب را مشروط به جزم دانسته اند.چنان که گفته اند:" تحقیق مطلب این است، برای تشخیص دعـوای مـورد قبول وعدم آن، ملاک رجوع به عـرف اسـت، براسـاس عـرف دعـاوی درهمـه مـوارد تهمـت پذیرفتـه انـد." (نجفی،۱۴۰۴: ۴۰: ۱۵۴) ایشان، نظریه خود را با استناد به نصوص مربوط بـه تحلیـف امـین در موضـع اتهـام مستدل می نماید،مانند روایت بکربن حبیب :"قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: أعطَیتُ جُبّةً إلی القَصّـار فَـذَهَبَتْ بزَعمه. قال: إن اتَّهَمتَهُ فَاستَحْلِفهُ و إنْ لَمْ تتَّهمهُ فلیس علیه شیء."(طوسی،۱۴۰۷: ۷: ۲۲۱ و عاملی،۱۴۰۹: ۱۹: ۱۴۶) در ادامه تأکید می کند عمومات منصوص قرآنی وحدیثی ناظر به حکم در منازعه ومشاجره ایـن نظـر را تأیید می نمایند.(نجفی،۱۴۰۴: ۴۰: ۱۵۸)

سید یزدی نیز در دفاع از این نظریه می افزاید:" اگر مناط عرفی برای صدق دعوی را،مخاصمه ومنازعه لحـاظ کنیم ادعا در حالتی قابل استماع خواهد بود که مدعی علیه در معرض اتهام باشد،این معنا اعم از حالت مظنـون ومحتمل بودن دعوی وغیر آن است.با تحقق صدق عرفی عمومات مانند:" إنَّ الْبَیِّنَةَ عَلَی الْمُدَّعِی وَ الْیَمِینَ عَلَـی الْمُدَّعَی عَلَیْهِ."(کلینی،۱۴۰۷: ۷: ۳۶۲ و مغربی،۱۳۸۵: ۲: ۷۷ و صدوق،۱۳۸۶: ۲: ۵۴۱ وصـدوق،۱۴۱۳،۳: ۶۶ و شیخ طوسی،۱۴۰۷: ۶: ۲۲۹ و طبرسی،۱۴۰۱: ۱: ۹۲) "إِنَّمَا أَقْضِی بَیْنَکُمْ بِالْبَیِّنَاتِ وَ الْأَیْمَانِ وَ بَعْضُـکُمْ أَلْحَـنُ

بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ."(کلینی،۱۴۰۷: ۷: ۴۱۴ و شیخ طوسی،۱۴۰۷: ۶: ۲۲۹ و حر عاملی،۱۴۰۹: ۲۷: ۲۳۲) دعاوی غیر جزمی نیز قابل استماع اند وعمومات واطلاقات از این قبیل شامل موارد غیر جزمی اند.

بررسی نظریه سوم

چنان که از ادله اثبات این نظریه استفاده گردید، طرفداران تقیید قابلیت استماع به موارد پنهان وغیر علن، دو دلیل را مستند قرار داده اند، نخست؛نصوص، دوم؛صدق عرفی، که عملا در طول یکدیگر قرار می گیرند ویکی محسوب می گردند، چراکه مصداق قرار گرفتن برای نصوص منوط به صدق عرفی دعوی بر این موارد است.محقق آشتیانی مهم ترین ناقد این دیدگاه است، وی می گوید:" اگر منظور این است،ابتدا باید موضوع دعوی به تشخیص عرف موکول گردد بعد به عمومات تمسک کنیم، با این محذور مواجه می شویم، که اکثر عمومات مورد نظر طرفداران این نظریه با لفظ دعوی وارد نگردیده است، لذا در مورد بحث که سخن در صدق عرفی لفظ دعوی است این استنادات مفید فائده نخواهد بود.اگر منظور احراز مقبولیت دعوی به واسطه عرف است، موارد پنهان با عرف ارتباط ندارند.(آشتیانی،۱۴۲۵: ۱: ۲۵۲)

همان گونه که ملاحظه گردید ملاک های مورد نظر در خصوص این نظریه مختلف ومتفاوت است،صاحب جامع المقاصد ملاک قابلیت استماع در صورت نبود جزم را" ضرورت استماع" دانست. (محقق کرکی،۱۴۰۹: ۲: ۲۱۹) ،صاحب جواهر ملاک امر را"منازعه و مشاجره" عنوان نمودند. (نجفی،۱۴۰۴: ۴۰: ۱۵۸)با همین تعریف از محل نزاع وموضوع بحث نیز به نصوص واطلاقات پیش گفته تمسک جستند. با توجه به این نکته دراین خصوص با مشکل صدق عرفی دعوی مواجه نیستیم، چون طرفداران این نظریه مناط صدق را مصداق قرار گرفتن برای لفظ دعوی نمی دانند، بلکه اساس امر ضرورت عرفی، مشاجره ومنازعه است.

مهم ترین اشکال پیش روی این نظریه نابسامانی وآشفتگی آن است، چون معیار جامعی که بتواند به عنوان قید وشرط برای قابلیت استماع دعاوی غیر جزمی باشد ارائه نمی کند. اسبابی چون ضرورت ودر مقام مشاجره بودن از آنجاکه شدت وضعف دارند نیازمند به توضیح وبیان اند.

نظریه چهارم: جزم ظاهری

بعض فقیهان ضمن تأکید براصل شرط قطعی بودن دعوی ، متعلق قطع را به گونه ای دیگر تفسیر می نمایند، ومنظور ازاین شرط را نه مطابقت آن با واقع بلکه جزم در ابراز واظهار دعوی وعدم تردید در طرح آن دانسته و عقیده دارند، اعتقاد نفس الأمری و واقعی، شرط توجه دعوی نیست و نفی و اثبات آن اثری درصدق ادعای

مطروحه ندارد.براساس این نظریه اصل شرطیت جزم مفروغ عنه تلقی شده، صرفا جزم در ابراز واظهار دعوی را کافی برای مقصود دانسته اند. این نظریه با این سوال مواجه است،از آنجا که ممکن است مدعی در سخن ابرازی خود تصریح به کیفیت علم خود داشته باشد، آیا در این حالت احتمال تناقض بین سخن ابراز شده و اعتقاد باطنی مدعی وجود ندارد؟ ،آیا لازم است مدعی وصف آگاهی خود از حیث ظنی یا وهمی بودن را ابراز نکند یا خیر؟ با استناد به صدق دعوای اظهار شده به صورت مظنون یا مشکوک طرفداران نظریه ابراز چنین وصفی را مانع صدق نداسته اند.

محقق حلی می نویسد:"و لا بد من إیراد الدعوی بصیغة الجزم فلو قال أظن أو أتوهم لم تسمع و کان بعض من عاصرناه یسمعها فی التهمة و یحلف المنکر و هو بعید عن شبه الدعوی."(محقق حلی،۱۴۰۸: ۴: ۷۳)

شهید اول می گوید:"مراد ازشرطیت جزم، اشتراط جزم درظاهراست،یعنی شرط مدعی بودن جازم بودن درظاهراست،آن چه را مدعی است به طورقطعی بیان کند وتردید درادعای خویش نداشته باشد، اما این که درنفس الأمر نیز قاطع وجازم باشد و اگر جزم نداشت دعوی بر وی حرام گردد این چنین نیست.پر واضح است اگر فرد بیّنه ای بر ذی حق بودن خود داشته باشد حال آن که خود علم به حق بودن ندارد، این حق را دارد نزد حاکم ادعای حق کند تابینه به نفع وی شهادت دهد."(شهیداول،۱۴۱۴: ۴: ۳۰) فارغ از صحت وبطلان این دیدگاه آن چه مدنظر قرار گرفته صرفا حکم تکلیفی حرمت طرح دعوی از جانب شخص غیر جازم است.پس از وی صیمری در توضیح نظریه می نویسد:" منظور، جزم در ایراد وبیان است نه جزم در نفس الامر تا گفته شود اگر جازم در نفس الامر نباشد طرح دعوی از سوی وی حرام است."(صیمری،۱۴۲۰: ۴: ۲۲۹ غایه المرام) شهید ثانی ضمن اشاره به دلیل این نظریه گفته است:"اگر فرد مدعی بینه یا اقرار به نفع خود داشته باشد،اگرچه در نفس الامرعلم به سبب وچرائی ذی حق بودن خود نداشته باشد مجاز به اقامه دعواست.سبب اختیارجزم به ابراز واظهار از سوی محقق حلی این است،از لوازم دعوی التزام به یمین وقضاوت حسب نکول است، هر دو امر بدون علم به اصل حق روا نیستند در عین حال معهود از معنای جزم در این مقام سخن وادعای جازم است وظنی واحتمالی بودن آن کفایت نمی کند."(شهیدثانی،۱۴۱۳: ۱۳: ۴۳۸ مسالک) به تبع صاحب ریاض در این خصوص می نویسد:"و من الدلیل السابق یظهر وجه اشتراط إیراد الدعوی بصیغة الجزم إمّا بأن یصرّح به، أو یطلق أنّ لی علیه کذا من دون تصریح بما یعرب عن عدم الجزم به من لفظ الظن و نحوه؛ لرجوع الإطلاق إلیه بحکم التبادر، و به صرّح فی الدروس و غیره."(حائری طباطبائی،۱۴۱۸: ۱۵: ۱۴۹)؛ "و إیراد الدعوی بصیغة الجزم."(فاضل آبی،۱۴۱۷: ۲: ۵۰۵)

نقد نظریه چهارم

نسخه غیر نهایی پیش از انتشار

۱.جزم ابرازی به دومعناست، ابراز بدون قید کیفیت علم و ابراز مقید به قطع رغم عدم قطعیت نفس الامری.ممکن است گفته شود؛آن چه ابراز واظهار می گردد تطابق با علم وآگاهی مدعی ندارد، لذا اظهار به قید قطعیت مستلزم تناقض است،طرفداران نظریه عدم استلزام تناقض معتقدند ،اولا؛متبادر از دعوی اعم از مورد تصریح وعدم آن است.ثانیا؛سیره جاریه بین مردم بر عدم فرق است.بعض فقیهان عقیده دارند،اظهارحتی ظنی واقعی با وصف قطعیت مانع از توجه دعوی نیست.(ابن زهره،الغنیه:الجوامع الفقهیه:۵۶۳؛ محقق، شرایع:۴: ۸۲؛ سبزواری، کفایه:۲۶۶)

مقدس اردبیلی در نقد این نظریه بر تناقض آمیز بودن آن تأکید نموده می نویسد:" تعجب از شهید ثانی ومحقق اول است، از یک سوجزم به دعوی را شرط استماع آن دانسته درعین حال اقامه دعوای ظنی را جایز دانسته ومعتقد گردیده اند با این که علم وجود ندارد به صورت جزمی می توان طرح دعوی نمود.و این که لزوم رد یمین وحکم بر اساس نکول را مبنای مبنای نظرخود قرار داده اند این ضرورت در همه موارد نیست ومنحصر به حالت علم وجزم به مدعاست،با نبود علم وشهادت شهود اصولاً ادعایی ثابت نمی گردد فرقی نمی کند مدعی علیه قسم بخورد،نکول یا رد قسم کند."(مقدس اردبیلی،۱۴۰۳: ۱۲: ۱۲۶)

صاحب مفتاح الکرامه در مقام پاسخ به این انتقاد می نویسد:"همان گونه که بینه واقرار دو علم شرعی اند.با وجود شاهد عادل یا اقرار اگرچه مدعی در نفس الامر قاطع به حق بودن خودنباشد طرح جزمی دعوی والتزام به آثار اثباتی آن جایز است ومستلزم هیچ تناقض وتدلیس نیست،چون بینه و اقراربه عنوان علم شرعی مشروعیت دارند.دراینجا نیز سخن محقق وشهید درست است...علاوه چنان که بعضی گفته اند اگرچه دعوی به ظاهر خبر است در واقع انشاء است،یعنی مدعی به واقع در مقام طلب است وصدق وکذب در انشاء معنا ندارد."(عاملی،سیدجواد،بی تا: ۱۰: ۶۸) البته در خصوص این جواب دونکته قابل ذکر است؛نخست؛قیاس بینه واقرار به جزم در بیان مع الفارق است،زیرا هردو مستند به دلیل اند.لیکن در خصوص اعتبار جزم ظاهری دلیل نداریم.دوم؛قسمت اخیر جواب اگرچه به لحاظ تفکیک بین خبر وانشاء به عنوان قاعده کلی درست است،لیکن مسئله مورد بحث را حل نمی کند که قابلیت استماع دعوی در عین عدم استحقاق مدعی است.

۲.سید یزدی در مخالفت با این نظریه معتقد به عدم جواز است وقبول آن را منافی با تفصیل بین موارد تهمت وغیر آن می داند ومی نویسد: "اگرجزم به دعوی را شرط سماع بدانیم،آیا جایز است شخص غیر جازم برای احراز قابلیت دعوی جهت استماع ادعای خود را به صورت جزمی مطرح کند؟ظاهر عدم جواز است،هم چنین

ابراز دعوی جزمی به صورت ظن و احتمال بنا به انگیزه هایی از قبیل سلب امکان توجه رد حلف بر وی جـایز نیست." (یزدی،۱۴۲۵: ۶: ۴۷۴)

۳.محقق آشتیانی اصل شرط بودن جزم به معنای مذکور وجزم نفـس الامـری را مـورد اشـکال قـرار داده مـی نویسـد:" و أنـت خبیـر بـأنّ هـذا الوجـه لـو تـمّ فإنّمـا هـو فیمـا لـم یکـن للمـدّعی طریـق شـرعی إلـی الحق."(آشتیانی،۱۴۲۵: ۱: ۲۵۰) بنابر این یکی از اشکالات اساسی نظریه لزوم اشتراط به هردو معنای آن عدم توجه به حالت وجود دلیل شرعی برای اثبات حق است، دراین حالت رغم فقدان علم می توان به طریق شرعی اثبات حق اعتماد نمود.

نظریه نهایی

همان گونه که ملاحظه گردید اختلاف نظرات پیش گفته در خصوص مسئله در أدوار مختلف مطرح بوده و نظریه ای که مقدمات ومبانی موثر در تفاوت دیدگاه ها را مورد توجه قرار دهد ارائه نگردیده است، در مقابل هریـک از صاحب نظران صرفا به پیآمدهای شرطیت جزم به دعوی در فقه دادرسی تأکید کرده ونظریه خـود را از ایـن خاستگاه مطرح ساخته اند، به نظرمی رسد برای رسیدن به جمع بندی وکاسـتن ازملاحظـات قابـل طـرح، لازم است نظریّه ای استوار برمبانی پیش رو ارائه گردد:

۱. ملاحظه شدت وضعف جزم

دعاوی مطروحه در محاکم با توجه به آثار الزامی مترتب برآنها مشروط به جزم تلقی می گردند، به ظاهر ترتب اثر جزمی بر ادعای احتمالی غیر جزمی ناممکن به نظر می رسد.اما از آنجا که حصول جزم تفصـیلی در غالـب موارد میسور نیست، بلکه جزم به دعوی نیز مانند هر اطلاع دیگری اجمال وتفصیل دارد، اکتفای به جزم اجمالی برای صدق عرفی دعوی کافی به مقصود است،چنان که آقاضیاء عراقی به این معنا تفطن نموده می نویسد:"

"و علی ای حال لا مجال للمصیر الی اعتبـار کـون المـدعی بـه جزمیـا تفصـیلیا، فیکفـی کونـه علـی إجمالـه ملزما."(آقاضیاء عراقی، بی تا:۷۱)

بنابراین دعوای مجهول از جمیع جهات اگر چه در فرض ثبوت هم الزام آور باشد مسموع نیست.البته درصورت قیام أماره بر اتهام مدعی علیه رغم عدم جزم مدعی این دعوی قابل استماع است، دلیل امر ترتیب اثر عرف بـه

نسخه غیر نهایی پیش از انتشار

چنین ادعایی است و تا زمانی که ردع شرعی از این بنای عرفی وارد نشده باشد لازم الاتباع است، نه تنها ردع شرعی از این معنا نداریم بلکه اخباری بر قابلیت استماع وتأیید نظر عرف در قابلیت استماع دعوای ظنی داریم مانندحدیث قصّار وصبّاغ، البته اگر بنای عرف مبنی بر سماع مطلق دعوی در موارد تهمت ثابت نگردد،از آنجا که این اخبار در خصوص امین است تعدی از آنها جایز نخواهدبود.(همان:۷۲) آقاضیاء عراقی طرح دعوی با فرض فقدان علم دست کم اجمالی ونبود بینه بر صدق را از حیث حکم تکلیفی از مصادیق بارز افتراء حرام دانسته و بینه را مانند فتوی جایگزین علم قطعی قلمداد می کند.(همان:۷۳)

۲.تفصیل بین موارد فقدان جزم

قابلیت داشتن دعوی برای حکم واین که محکمه بتواند به متعلق آن حکم نماید، متفاوت از قابلیت دعوی برای استماع است،ممکن است دعوی با در نظر گرفتن جوانب مختلف آن قابلیت استماع داشته باشد، وتحقیق پیرامون آن ضرورت داشته باشد، اما قابلیت برای حکم نداشته باشد.این تمایز به صراحت در آثار فقیهان پیشین منعکس نیست، توضیح مطلب این است که؛ در مسئله مورد بحث دو موضوع متفاوت از هم وجود دارد وحکم آن ها کاملا متمایز ومتغایر است، موضوع نخست؛ خود مدعی غیر جازم است، اینجا باید دید حکم تکلیفی وی با حالتی که دارد چیست؟ موضوع دوم؛ حاکم در خصوص این دعوی است.طبعا دعوای منبعث از قطع ویقین قابل استماع است، اما اگر مدعی اظهار کند نسبت به آن چه مطرح می کند علم جازم ندارد، بلکه مردد است که چنین حقی دارد، یا ظن به حقانیت خود دارد. واین معنا را به اطلاع حاکم نیز برساند. در اینجا سوال دیگری متفاوت از قبل مطرح می گردد وآن این که آیا حاکم می تواند دعاوی مشکوک یا مظنون را بپذیرد واستماع کند یا خیر؟بین این دو مقام نباید خلط نمود.

جهت اول؛ بی شک بین قطع وجزم به دعوی و جواز طرح آن ملازمه وجود دارد. اگر مدعی قاطع به حق بود می تواند ادعای خود را مطرح کند. در مقابل اگر قطع به عدم حق داشت، با این همه اصرار بر طرح دعوی داشت مرتکب کذب وافتراء شده است. در این دو مورد بحثی نیست. مسئله اصلی جایی است که مدعی نه قطع به ثبوت حق خود دارد ونه قاطع به عدم ثبوت آن است البته در این حالت نیز سه فرض متصور است،فرض تردید، فرض ظن به ثبوت حق و فرض ظن به عدم ثبوت حق، فارغ از نظریات مطروحه در هر یک از این حالت های سه گانه نیز، ممکن است مدعی أماره شرعی از قبیل اقرار مدعی به نفع خود یا بیّنه شرعیّه داشته باشد. ممکن است هیچ قرینه و أماره ای مبنی بر حق بودن خود نداشته باشد، فقط بخواهد به صرف شک

واحتمال بسنده نماید. با توجه به تعدد فرض های مختلف این سوال پیش می آید، آیا همه موارد و مصادیق دعاوی یکسانند؟ صاحب ریاض المسائل این نظر را اتفاقی دانسته که در صورت وجود بینه تفاوت بین حالت های مختلف وجود ندارد ونوشته است:

"قالوا: فإنّه من المعلوم أنّه إذا كان للإنسان بيّنة تشهد له بالحق و هو لا يعلم به له أن يدّعى عند الحاكم لتشهد البيّنة له." (حائری،۱۴۱۸: ۱۵: ۱۵۱)

برخی بزرگان مانند محقق آشتیانی نیز جزئیات این فرض ها را موثر در تفاوت حکم ندانسته، صرفا وجود وعدم أماره را با اهمیت می دانند ومی گویند:

"در صورت وجود دلیل مثبت حق حکم به جواز می گردد، چون مصلحت مجوز برای استماع دربین است، ودر صورت فقدان دلیل دعوی غیر جزمی استماع نمی گردد چون مصلحت مجوزه ای دربین نیست." (آشتیانی،۱۴۲۵:ج۱: ۲۴۵) اگر چه مصلحت مجوز دانستن أمارات وبینات محل بحث ونظراست.

جهت دوم؛ یا تکلیف حاکم نسبت به استماع دعوای غیر جزمی نیز سه حالت دارد؛

حالت نخست؛ اگر حاکم از واقعیت امر خبر داشته باشد،اعم از این که علم به خلاف ادعای مدعی غیر جازم داشته باشد، یا علم به موافقت آن با واقع قهرا براساس مبانی نظر مختلف می گردد، برخی معتقد به عمل براساس علم طبق این مبنا بر اساس آن حکم می نماید. وبرخی مخالف یا قائل به تفصیل بین موارد وجود بیّنه و عدم آن شده اند، قهرا در این صورت مبنای مورد نظر را باید لحاظ کرد(شریف مرتضی،۱۴۱۸: ۴۹۳ و طوسی،۱۴۰۷: ج۶: ۲۴۲ و ابن براج، ۱۴۰۶: ج۲: ۵۸۶ و کیدری،۱۴۱۶: ۵۲۷ و فاضل مقداد،۱۴۰۳: ۴۹۶ و حائری، ۱۴۱۵: ۲۲۷)

حالت دوم؛ اگر حاکم برغم غیر جزمی بودن دعوی از استناد مدعی به طریق اثبات شرعی مانند اقرار، یا بینه مطلع باشد،در این صورت بی تردید دعوی قابل استماع است، چون شرایط حکم موجود وموانع آن مفقود است، همان گونه که مدعی شرعا می تواند مال خود را با استناد به ادله ای که به نفع خود دارد دریافت کند، هم چنین

نسخه غیر نهایی پیش از انتشار

می تواند مدعی علیه را ملزم به آن نماید، در این حالت مقتضی لازم برای حکم وجود دارد ومانع از آن مفقود است(عمیدی، ۱۴۱۶: ج۳: ۴۵۹ مغنیه،۱۴۲۱: ج۶: ۱۲۲)

حالت سوم؛ اگرحاکم علم به مستندات شرعی مدعی نداشته یا علم به عدم وجود مستند داشته باشد، در این صورت، که علم به مستند قول مدعی در بین نیست،اعم از این که علم به عدم استناد داشته باشد، یا جاهل نسبت به آن باشد، تعیین حکم جواز استماع یا عدم آن منوط به این است، هدف از وجوب استماع را ترتب فائده بر حکم بدانیم، مانند فرض اقرار مدعی علیه ونظایر آن، یا این که غایت آن را ایجاد تمکن برای مدعی بدانیم، مبنی براین که حاکم بتواند مدعی علیه را الزام بر مدعی به وایصال آن به مدعی نماید.اگر فرض اول را انتخاب کنیم،همان گونه که عده ای و متأخرین امامیه قائل به آن شده اند.(ر.ک: (سید یزدی،۱۴۲۵: ۶: ۴۷۲) در این صورت حکم بر اساس دعوای غیر جزمی واجب است(چنانکه گذشت)، اگر فرض دوم را لحاظ کنیم،حکم طبق چنین دعوایی الزامی ندارد.اگراین مبنا پذیرفته شود ومقصد استماع ورسیدگی به دعوی ایجاد سلطه برای مدعی باشد نتیجه عدم وجوب است، چون شرط الزام مدعی علیه به حکم شریعت منتفی است، اگر چه عقل آن را ممتنع نمی داند، زیرا بافرض عدم جواز تصرف مدعی در مدعی به چگونه می توان قائل به الزام مدعی علیه به رفع ید و تسلیم آن به مدعی گردید؟ در اینجا اگر چه مانع عقلی وجود ندارد، مانع شرعی حاکم است، منع شرعی مانند مانع عقلی موثر در عدم تحقق ممنوع است. با وجود منتفی بودن جواز سماع دعوی وجوب آن هم منتفی است، چون با مرتفع شدن وجوب ذی المقدمه وجوب مقدمه نیز مرتفع است، به عبارت دیگر وظیفه حاکم الزام مدعی علیه بر اعطای حق مدعی است، طبعا با فرض عدم جواز تصرف وی در مدعی به الزام مدعی علیه نسبت به مدعی به وایصال آن به مدعی نیز از بین خواهد رفت."(آشتیانی، ۱۴۲۵: ج۱: ۲۴۸)

۳.ملاحظه رابطه وضع وتکلیف

جواز یا عدم جواز استماع دعاوی غیر جزمی محور اصلی مسئله است.چنان که ملاحظه گردید نظریات فوق چالش پیش روی خود را همین امر دانسته اند.رغم تفاوت دیدگاه ها در این خصوص تفسیری از نوع جواز و حکم مورد نظر ارائه نگردیده، حال آن که این مسئله نیازمند تفصیل است،چون حکم تکلیفی مسئله متفاوت از حکم وضعی آن است.خلط بین این دو موجب گردیده نظریات مطرح شده بیش ازآن که حلاّل معضل و مشکل باشند بر پیچیدگی وغموض آن بیافزایند واز ارائه راه حل نهایی فاصله بگیرند.

نسخه غیر نهایی پیش از انتشار

بی شک حکم تکلیفی ادعای غیر جزمی با فرض علم مدعی به بی حقی خود حرمت است، هم چنین در حالت فقدان علم مدعی به حقانیت خود حرمت و مصداق معصیت است، لـذا شـیخ انصـاری در اشـارتی مختصـر بـه حدیث:" فَأَيُّمَا رَجُلٍ قَطَعْتُ لَهُ مِنْ مَالِ أَخِيهِ شَيْئاً فَإِنَّمَا قَطَعْتُ لَهُ بِهِ قِطْعَةً مِنَ النَّار."(کلینـی،۱۴۰۷: ۷: ۴۱۴) آن را ازمبانی ضرورت شرطیت جزم به متعلق دعوی دانسته است.(شیخ انصاری،۱۴۱۵: ۱۷۲) به خصوص این کـه حکم در دعاوی واقعیت وعدم استحقاق را تغییر نمی دهد.

استیلای بر مال غیر بدون جزم به استحقاق بر اساس همه مبانی به لحاظ حکم وضعی از حیث صـحت وبطـلان تابع مبانی دوگانه در خصوص تبعیت حکم تکلیفی از حکم وضعی است،مشهور معتقد به چنین تبعیتـی هسـتند وبرخی مخالفت نموده اندچنان که در جای خود گفته اند: "...فاختار الشـیخ الأنصـاری (قـده) تفـرع الأحکـام الوضعیة علی الأحکام التکلیفیة و أنها مجعولة بتبع جعلها لا بجعل مستقل، و ذهب بعضهم الی عکس ذلک و هو انتزاع الحکم التکلیفی من الحکم الوضعی کالسید الشاهرودی (قده)، و ذهب آخرون للعینیـة و اسـتبطان الحکـم الوضعی للحکم‌التکلیفی."(سیستانی،۱۴۱۴: ۵۱ الرافد) بر اساس نظریه شیخ انصاری ومشهورعلاوه بر حرمـت تکلیفی، حکم بر دعوای غیر جزمی دست کم به لحاظ مقام ثبوت موجب بطلان است ومثبت استحقاق نخواهـد بود.طبق نظر برخی مبنی بر تبعیت حکم تکلیفی از وضعی، اگر به لحاظ عرفی بتوان بـه ایـن نتیجـه رسـید کـه دعاوی غیر جزمی مصداق برای دعوای واجد شروط لازم اند، عمومات واطلاقات نصوص شرعی نیز شامل آنها خواهند شد.اگر مانند برخی دیگر نافی تبعیت حکم وضعی از حکم تکلیفـی باشـیم(تهرانی،۱۳۲۰: ۲: ۱۹۹) در این حالت اصولا استنادبه نصوص حرمت تکلیفی تصرفات در مال غیر برای اثبات حکم وضعی بطـلان دعـوی نادرست خواهد بود.بنا براین تعیین نظریه حاکم در خصوص مسئله تابع مبنایی است که پیرامون رابطه وضعیات با تکالیف انتخاب می گردد.

نتیجه گیری

قطعی بودن متعلق دعوی از جمله شرایط استماع دعوی به شمار آمده آن را به مشهور فقیهـان منسـوب نمـوده اند.دیدگاهی که حتّی جزم ظاهری در مقام ابراز وصرف قاطع بودن برای اقامه دعوی را کافی برای این مقصـود نمی داند. مقاله ضمن بازاندیشی درآراء فقیهان و مبانی مختلف ایشان به تبیین و تحلیل نظریّـات چهارگانـه ای می پردازد که ازجهاتی محل اشکال و تأمل اند؛ نظریه" قائل به شرطیت" از حیث ضعف مستندات، و تکیـه بـر محذورات وتوالی غیرمتعارف به جای دلیل اثبات دیدگاه، نظریه" قول به عدم اشتراط جزم" از حیث عدم توجه به تفاوت شرطیت برای قابلیت استماع وشرط وجـوب حکـم؛ نظریـه" اشـتراط در امـور پنهـانی" از حیـث،

نسخه غیر نهایی پیش از انتشار

نابسامانی وآشفتگی حاکم بر آن وعدم ارائه معیار جامع که شرط قابلیت استماع دعاوی غیر جزمی قرارگیرد و نظریه "قائل به شرطیت جزم ظاهری وابرازی" از حیث استلزام تناقض بین نفس الامر و آن چه اظهار می گردد. براین اساس ارائه نظرهائی پیرامون نفی و اثبات آموزه "شرطیت جزم برای قابلیت داشتن دعوی جهت استماع ، هم چنین حکم بر اساس آن" بر مقدماتی استواراست که اختلاف نظرات پیرامون آنها زمینه ساز تعدد آراء است، به نظر برای هرگونه استنتاج در این خصوص لازم است دست کم سه مبنای موثر در شکل گیری نظریات را علیرغم اختلافات در این مبانی مورد توجه قرار بدهیم؛ نخست؛ شدت وضعف وقابلیت انقسام جزم به مجمل و مفصل، و امکان بسندگی بر جزم اجمالی در صدق عرفی دعوی حق ،دوم؛ ضرورت تفکیک میان جزم به حق داشتن و جزم به طرح ادعا، سوم؛ تفصیل بین حکم تکلیفی و وضعی دعوای غیرمجزوم.

نسخه غیر نهایی پیش از انتشار

منابع

۱. آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر(۱۴۲۵ق) کتاب القضاء۲ جلد،ق، انتشارات زهیر – کنگره علامه آشتیانی، چاپ اول.

۲. تهرانی نجفی، هادی بن محمد امین (۱۳۲۰ش) محجة العلماء، تهران، بی نا، چاپ اول.

۳.حائری، سید علی بن محمد طباطبایی (۱۴۱۸ق) ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل، ۱۶جلد، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام ، چاپ اول.

۳. حائری، سید کاظم حسینی(۱۴۱۵ق) القضاء فی الفقه الإسلامی، مجمع الفکر الاسلامی،قم، چاپ اول.

. حلّی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی(۱۴۰۷ق) المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، ۵جلد،انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول.

. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی(۱۴۲۰ق) تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة،۶ جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، چاپ اول.

۴. حلّی، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف(۱۳۸۷ق) إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد ۴جلد، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول.

. حلّی، مقداد بن عبد اللّه سیوری(۱۴۰۴ق) التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ۴ جلد، انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی، قم، چاپ اول.

۵. حلّی، مقداد بن عبد اللّه سیوری(۱۴۰۳ق) نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الإمامیة، انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی، قم، چاپ اول.

۶.شریف المرتضی، علی بن حسین موسوی (۱۴۱۵ق) الانتصار فی انفرادات الإمامیة، قم، انتشارات اسلامی، چاپ اول.

۷. طرابلسی، ابن براج، قاضی، عبد العزیز(۱۴۰۶ق) المهذب،۲ جلد، قم،انتشارات اسلامی، چاپ اول.

۸. طبرسی، احمد بن علی(۱۴۰۱ق) الاحتجاج ۲جلد، بیروت، موسسه الجواد، چا پ اول.

۹.طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن(۱۴۰۷ق) کتاب الخلاف،۶ جلد، قم،انتشارات اسلامی، چاپ اول.

۱۰. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن(۱۴۰۷ق) تهذیب الأحکام ۱۰جلد، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم.

۱۱.عاملی کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین(۱۴۰۹ق) رسائل،۳جلد، قم، کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی، چاپ اول.

۱۲. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی(۱۴۱۴ق) غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد،۴جلد،قم،انتشارات اسلامی،چاپ اول.

۱۳.عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی(۱۴۲۲ق) حاشیة المختصر النافع،بوستان کتاب، قم، چاپ اول.

۱۴.عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی(۱۴۱۴ق) حاشیة الإرشاد،۴جلد، بوستان کتاب، قم، چاپ اول.

۱۵. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی(۱۴۱۳ق) مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام،۱۵جلد، مؤسسة المعارف الإسلامیة، قم، چاپ اول.

نسخه غیر نهایی پیش از انتشار

۱۶. عاملی، حرّ، محمد بن حسن(۱۴۰۹ق) تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة ۳۰جلد، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول.

۱۷. عراقی، آقا ضیاء الدین، علی کزازی(بی تا) کتاب القضاء، قم، چاپخانه مهر، چاپ اول.

۱۸. عمیدی، سید عمید الدین بن محمد اعرج حسینی(۱۴۱۶ق) کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد۳ جلد، قم، انتشارات اسلامی، چاپ اول.

۱۹. قمّی، صدوق، محمّد بن علی بن بابویه(۱۴۱۳ق)من لایحضره الفقیه ۴جلد، قم، انتشارات اسلامی، چاپ دوم.

۲۰. قمّی، صدوق، محمّد بن علی بن بابویه(۱۳۸۶ق) علل الشرائع ۲جلد، نجف اشرف، المکتبه الحیدریه، چاپ دوم.

۲۱. کیدری، قطب الدین، محمد بن حسین(۱۴۱۶ق) إصباح الشیعة،مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول.

۲۲. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب،(۱۴۰۷ق) الکافی ۸ جلد، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم. .

یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی(۱۴۱۴ق) تکملة العروة الوثقی ۲جلد،قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول.

۲۳. نجفی، محمد حسن(۱۴۰۴ق) جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام ۴۳جلد،بیروت،دار إحیاء التراث العربی،چاپ هفتم.

۲۴. مغربی،ابو حنیفه، نعمان بن محمد تمیمی(۱۳۸۵ق) دعائم الإسلام ۲جلد، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ دوم.

۲۵. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد(۱۴۰۳ق) مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان ۱۴جلد، قم، انتشارات اسلامی چاپ اول.

۲۶. مغنیه، محمد جواد(۱۴۲۱ق) فقه الإمام الصادق علیه السلام ۶ جلدف قم، مؤسسه انصاریان، چاپ دوم.

۲۷.نجفی، محمدحسن(۱۴۰۴ق) جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام،۴۳جلد،بیروت، دارإحیاء التراث العربی،چاپ هفتم.

۲۸. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی(۱۴۱۴ق) تکملة العروة الوثقی ۲جلد،قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول.

نسخه عرضه پیش از انتشار

نسخه غیر نهایی پیش از انتشار