

Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 16, Consecutive Number 37, Winter 2024
Issn: 2717-0330

Pages 29-54 (research article)

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.

journal of
Studies in Islamic Law & Jurisprudence



Stezhari Oath; Exception or Regle

Aboata. Mohammad^{1*}-Kabiri. Mohammad²

1: Associate Professor of Private Law, Semnan University, Semnan, Iran (Corresponding Author):
Abouata@semnan.ac.ir

2: Master's Student in Commercial Transport Law, Judicial Sciences and Administrative Services University, Tehran, Iran.

Abstract: One of the kinds of oaths in Slamic Jurisprudence is Stezhari Oath. This oath is mentioned in section 1333 of Civil Code and section 278 of Civil Procedural Code but the legislator has not considered any name or title for it. It appears that the legislator, in the sections above, knows the said oath as valid and applicable in Action against deceased but due to the subject is derived from Slamic Jurisprudence, we are in need of studying the Jurist's opinions. There are, In Slamic Jurisprudence, two major viewpoints on the occasions that such oath may be taken. Under the grounds that have been rendered in favor of impossibility of generalization of Stezhari Oath from certain occasion to similar ones (minor, absent and) contrary to viewpoint that accept the generalization, the said oath is applicable in one occasion ie action against deceased and it may not be expansive to other occasions. Meanwhile there is an exceptional opinion that affirms the separation between the subjects similar to deceased condition. It appears that notwithstanding the different bases for the opinion regarding the possibility of generalization of Stezhari Oath, the opinion of impossibility of generalization is more reasonable.

Keywords: oath, proof, establishment, deceased, action.

- M. Aboata; M. Kabiri (2024), Stezhari Oath; Exception or Regle, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 16(37), 29-54.

[Doi: 10.22075/feqh.2024.30310.3570](https://doi.org/10.22075/feqh.2024.30310.3570)



فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۶ - شماره ۳۷ - زمستان ۱۴۰۳

صفحات ۲۹-۵۴ (مقاله پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۲/۰۱/۱۵ - بازنگری ۱۴۰۲/۰۲/۱۶ - پذیرش ۱۴۰۲/۰۳/۱۷

یمین (سوگند) استظهاری؛ استثناء یا قاعده

محمد ابوعطا^۱ / محمد کبیری^۲

Abouata@semnan.ac.ir

۱: دانشیار حقوق خصوصی، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران (نویسنده مسئول)

۲: دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق حمل و نقل تجاری، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

چکیده: یکی از اقسام یمین در فقه، قسم یا سوگند استظهاری است. این سوگند، در مواد ۱۳۳۳ قانون مدنی و ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی، شناسایی شده بی آن که نامی برای آن ذکر شده باشد. نظر قانونگذار در احکام فوق، ظاهراً کاربرد انحصاری سوگند استظهاری در دعوا علیه متوفی است ولی با توجه به این که این موضوع، برگرفته از فقه است از بررسی اقوال فقها در این خصوص بی نیاز نیستیم. در فقه دو دیدگاه عمده راجع به موارد اتیان این سوگند وجود دارد. بنابر ادله ای که از سوی قائلین به عدم امکان تسری سوگند استظهاری از مورد متیقن به موارد مشتبّه (مانند صغیر، غائب و ...) ذکر شده است، برخلاف دیدگاهی که بنا بر دلایلی، قائل به تسری است سوگند استظهاری تنها در یک مورد، یعنی دعوا علیه میت کاربرد دارد و قابل توسعه و تعمیم به موارد دیگر نیست. در عین حال، نظری شاذ نیز مبنی بر تفصیل بین مصادیق مشتبّه با وضعیت میت وجود دارد. به نظر می رسد با وجود مبانی عدیده قول به امکان توسعه قلمرو سوگند استظهاری، قول به عدم امکان تسری، قول راجح است.

کلیدواژه: سوگند، دلیل، اثبات، میت، دعوی.

محمد ابوعطا و همکاران - سال شانزدهم - زمستان ۱۴۰۳ - شماره ۳۷

- ابوعطا، محمد؛ کبیری، محمد (۱۴۰۳) یمین (سوگند) استظهاری؛ استثناء یا قاعده، مجله مطالعات فقه و حقوق

اسلامی دانشگاه سمنان، شماره ۳۷، صفحات ۲۹-۵۴.

Doi: [10.22075/feqh.2024.30310.3570](https://doi.org/10.22075/feqh.2024.30310.3570)

مقدمه

یکی از مسائل حائز اهمیت در رسیدگی به دعاوی، جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص است از جمله و به ویژه در موضعی که خواننده، با محدودیت یا معذوریت در پاسخ دهی و دفاع مواجه باشد. در فقه با توجه به روایات منصوصی که از ائمه اطهار رسیده است، در مواقعی که شخصی علیه میت اقامه دعوا کرده و طلبی را ادعا می کند، علاوه بر لزوم ارائه دلیل اثبات اصل طلب، یک قسم نیز بر عهده او قرار دارد که از آن، به یمین استظهاری تعبیر می گردد.

با توجه به گستردگی دعاوی و پدید آمدن شرائط مشابه دعوا علیه میت، این احتمال مطرح شده که آیا یمین استظهاری، با توجه به ادله روایی و مبنایی خود، قابل تسری به موارد مشابه است یا خیر؟ از سویی با توجه به احساس نیاز به حمایت از خواننده مواجه یا مبتلا به عجز از دفاع، شاید مانعی در تعمیم ادله یمین استظهاری به موارد مشابه مانند صغر، جنون یا غیبت خواننده مشهود نباشد اما در مقابل، این امر مسلم است که در خصوص هر حکمی که از سوی شارع صادر شده است، علت و یا حکمتی وجود دارد و به صرف استحسان، نمی توان احکام شرعی را با قیاس توسعه داد؛ بنابراین مسأله اصلی این نوشتار این است که آیا امکان توسعه و تسری یمین استظهاری به موارد مشابه وجود دارد یا خیر؟ در این مقام، ابتدا به نقل و تبیین اقوال فقهی و ادله موجود می پردازیم و سپس ضمن تحلیل اقوال، دیدگاه راجح و قول مرجوح را ذکر خواهیم کرد.

۱- مفهوم شناسی

«یمین»، در لغت به دو معنا آمده است: دست راست یا طرف راست و قسم و سوگند؛ لذا جمع واژه یمین نیز با توجه به معنای آن متفاوت است. جمع یمین به معنای دست راست، «ایامین» است، ولی جمع یمین به معنای قسم و سوگند، «ایمان» است. یمین یا سوگند یا قسم، در معنای اصطلاحی یعنی شاهد گرفتن خدا برای اخبار به حقی که به نفع خود و به زیان دیگری است (عمید، ۱۳۶۳: ۱۲۸۱).

استظهار در لغت، مصدر است و به معنای یاری خواستن و پشت و پناه خواستن است. (همان: ۱۶۷)؛ اما در اصطلاح فقهی و حقوقی، یمین استظهاری، سوگندی است که خواهان به هنگام اقامه دعوا به طرفیت ورثه متوفی، برای نشان دادن بقای حق خویش بر عهده متوفی یاد می کند.» (کریمی، ۱۳۹۹: ۷۶).

تفاوت بارز سوگند استظهاری با سوگند تکمیلی این است که برخلاف سوگند اخیر که برای تکمیل دلیل ناقص ادا می شود، سوگند استظهاری در حالتی ادا می شود که دلیل یا دلایل مدعی، از حیث قواعد عمومی ادله و اثبات دعاوی ناقص نیست. در عین حال، وجه مشترک آن با سوگند تکمیلی، ادای آن توسط مدعی و عدم امکان رد آن به مدعی علیه است» (شمس، ۱۳۹۹: ۱۸۹). بدینسان، رابطه سوگند تکمیلی با سوگند استظهاری عموم و خصوص مطلق است، زیرا سوگند استظهاری، متمم ادله دیگر است ولی سوگند تکمیلی، در فرض نقص دلیل ادا می شود (بهرامی، ۱۳۹۲: ۱۷۸).

۲- جایگاه سوگند استظهاری در فقه و حقوق

قسم، یکی از طرق اثبات ادعا در فقه می باشد که در موارد مختلف، با شرایط خاص خود اجرا می شود. قسم خورنده باید دارای شرایطی باشد و قسم باید به اسمای خداوند متعال اتیان شود (شهید ثانی، ۱۴۳۵: ۶۵/۲). در این میان، یکی از اقسام یمین که احکام و شرایط خاصی دارد، یمین استظهاری است که مجرای مخصوص خود را دارد.

راجع به نقش یمین استظهاری در بحث از اثبات دعوا، دو وجه متصور است که البته هر یک، آثار و تبعات ویژه خود را دارد. اگر قائل شویم بینه علیه میّت، از حجیت ساقط است مگر این که قسم به آن ضمیمه شود، ثمره عملی آن این است که بینه بدون قسم، مطلقاً حجیت ندارد، اما اگر قائل شویم بینه بدون ضمیمه شدن قسم بر حجیت خود باقی است ولی بر مدعی واجب است همراه بینه قسم بخورد، ثمره عملی آن این است که اگر مدعی، معذور از قسم خوردن باشد، بر بینه وی اثر شرعی مربوط مترتب خواهد شد (میلانی، ۱۴۰۱: ۳۰۴/۱).

در حقوق موضوعه ایران، یکی از اقسام قسم، سوگند استظهاری است. ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی، به این نوع قسم اشاره کرده و اشعار می‌دارد: «در دعوی بر متوفی، در صورتی که اصل حق ثابت شده و بقای آن در نظر حاکم، ثابت نباشد، حاکم می‌تواند از مدعی بخواهد که بر بقای حق خود قسم یاد کند. در این مورد، کسی که از او مطالبه قسم شده است، نمی‌تواند قسم را به مدعی علیه رد کند...». در قانون آیین دادرسی مدنی، مواد ۲۷۸ و ۲۷۹ به این موضوع اختصاص یافته است. حسب ماده ۲۷۸: «در دعوی بر میت، پس از اقامه بینه، سوگند خواهان نیز لازم است و در صورت امتناع از سوگند، حق وی ساقط می‌شود». پس در حقوق ایران، قسم استظهاری در موقعیتی مطرح می‌شود که خواننده دعوا، میت است یا در حین دادرسی فوت کرده است و امکان دفاع از خود را ندارد. شایان ذکر است که در ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی، برخلاف ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی، بحث از اختیار دادگاه برای الزام مدعی به ادعای سوگند استظهاری است ولی طبق ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی، ظاهراً دادگاه مکلف به این امر شده و با توجه به لحن قانون آیین دادرسی مدنی نسبت به قانون مدنی، دادگاه برای صدور حکم به سود مدعی، مکلف به الزام مدعی به اتیان سوگند است و طبعاً در صورت امتناع خواهان از ادای سوگند، حق ادعایی وی ساقط شده و حکم به رد دعوی او صادر می‌شود (شمس، ۱۳۹۹: ۲/۲۸۵). بدینسان محدوده اعمال و اعتبار این سوگند در حقوق موضوعه، فقط در مورد ادعای بر علیه متوفی است که البته در عمل، چنین دعوایی، به طرفیت ورثه وی اقامه می‌شود. با توجه به مواد فوق، از منظر حقوقدانان، شرایط اساسی تحقق تکلیف ادای سوگند استظهاری عبارتند از:

(۱) ویژه دعوا بر متوفی است.

(۲) اصل حق باید ثابت شده باشد.

(۳) بقای حق ثابت نباشد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲/۲۱۰).

۳- تبیین ادله مثبت سوگند استظهاری

مهم ترین دلیل مثبت یمین استظهاری روایاتی است که در این زمینه وارد شده است. به طور کلی در روایات و به تبع آن در فقه، اصل این است که بینه یا دلیل بر عهده مدعی است و یمین بر عهده منکر است. ولی در موارد خاص، مدعی باید قسم بخورد و یمین بر عهده مدعی است. یکی از مواردی که یمین بر عهده مدعی است، زمانی است که شخصی علیه میّت اقامه دعوا کرده است.

روایاتی که راجع به یمین استظهاری وارد شده اند، کاربرد آن را منحصر به موردی کردند که مدعی علیه، میّت است که در ادامه به آنها اشاره خواهد شد. نسبت به یمین استظهاری، مهم ترین روایتی که به طور صریح و منصوص آن را بیان کرده و کاربرد آن را منحصر در اقامه دعوا علیه میّت کرده است، در کتاب وسائل الشیعه، کتاب القضاء باب چهارم از ابواب کیفیت حکم و احکام دعوا آمده است که در ادامه، به ذکر ترجمه روایت بسنده می شود.

در روایت چنین آمده است که «... اگر کسی که علیه وی اقامه دعوا شده میّت است، بایستی مدعی قسم بخورد. اگر قسم خورد که حکم به نفع وی داده می شود ولی اگر قسم نخورد، حقی به نفع وی ثابت نمی شود زیرا ممکن است اگر مدعی علیه زنده بود، می توانست دلیل بیاورد یا قسم بخورد که پرداخته است فلذا اگر مدعی قسم نخورد، حکم بر علیه وی صادر می شود...» (حرّ عاملی، بی تا: ۱۷۲/۱۸).

نکته حائز اهمیت در روایت، این است که امام علیه السلام، به علت چنین حکمی نیز اشاره کرده است. تعبیر امام علیه السلام این است که «... اگر مدعی قسم نخورد، حقی برای وی نیست زیرا ما نمی دانیم؛ شاید خواننده قبل از فوت، وفای به عهد کرده باشد. از طرفی، مدعی علیه زنده نیست و اگر زنده بود وی را ملزم به یمین می کردیم...» (همان).

۴- قلمرو سوگند استظهاری

بعد از نقل روایت مبنای الزام به اتیان یمین استظهاری، نوبت به بررسی امکان تسری یمین استظهاری از مورد خاص و منصوص که میّت می باشد، به موارد مشابه یا مشتبه می رسد. با توجه به کتب و اقوال فقها، در این زمینه ظاهراً دو قول مشهور وجود دارد. هرچند برخی فقها نیز بدون اظهار نظر، صرفاً به اصل لزوم ادای سوگند در دعوی علیه میّت اشاره کردند (حلی، ۱۴۰۵: ۲۸۵) به هر حال، برخی قائل به امکان تسری بوده و دلائلی بر این ادعای خویش بیان می کنند. در مقابل، دسته ای نیز امکان تسری را نفی کرده و برای این مطلب دلائلی هم دارند. در عین حال، برخی هم قائل به تفصیل شده اند که تحت عنوان دیدگاه سوم مطرح است.

در رابطه با بحث امکان توسعه موضع اتیان یمین استظهاری، غالب حقوقدانان، برخلاف فقها، به تفصیل به آن نپرداخته اند. اما در این میان، مرحوم دکتر کاتوزیان در یکی از آثار فاخر خود، به دو قول مطرح میان فقها اشاره کرده و افزوده است که به نظر می رسد قانون مدنی، از نظر دوم پیروی کرده است؛ چراکه لحن ماده ۱۳۳۳ چنان انشاء شده که گویی، اختصاص به دعوی علیه میّت دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲/۲۱۰).

۵- قول به امکان تسری سوگند استظهاری به موارد دیگر

– نظر «فخرالمحققین»

ایشان در کتاب خود که شرح کتاب قواعد علامه است، ذیل بحث «کیفیه سماع البینه» چنین بیان کرده است: «... دلیل بهتر بودن و قریب بودن ضمیمه کردن یمین در موارد مشابه میّت، این است که مقتضی موجود است و مانع هم منتفی است. وجود مقتضی بدین شکل است که الحاق قسم به بینه در دعوی علیه میّت، به این دلیل است که برای مدعی، لسانی برای جواب نیست و حاکم از وی پشتیبانی می کند و این علت که عدم قدرت بر جواب است در روایت مشاهده می شود. همین دلیل هم نسبت به کودک و مجنون و غایب محقق است؛ پس حکم هم همان است. این حکم از باب اتحاد ملاک دو مسأله است، نه از باب قیاس ممنوع. علاوه بر آن، حکم دادن نسبت به

اموال مردم، مبتنی بر احتیاط تامّ و کامل است و این احتیاط هم حاصل نمی شود مگر با ضمیمه کردن قسم.

عدم مانع هم بدین نحو است که اولاً، ما اصالت عدم مانع را داریم و مانعیّت و سببیت و شرطیّت هم ثابت نمی شود مگر با نصّ شارع و در اینجا هم منعی از شارع یافت نمی شود. پس از نظر من، قول امکان سرایت و وجوب یمین در موارد دیگر قول صحیح است مانند آن چه نزد مصنّف معتبر است» (فخرالمحقّقین، ۱۳۸۹: ۴/۳۳۴).

- نظر میرزا حبیب الله رشتی

ایشان در کتاب «القضاء» ذیل مبحث «الدعوی علی الحیّ الذی لا لسان له حین الدعوی» بعد از مطرح کردن دو دیدگاه معروف، نظر خود را بیان می کنند.

از نظر وی، «.... هیچ فرقی بین دو وجه وجود ندارد و تسرّی واضح است؛ زیرا در روایت چنین آمده که «ما نمی دانیم شاید وی وفا کرده» و این علت منصوص است و در تمام مواضعی که احتمال وفاء وجود دارد، جاری است و ما بر همان مورد خاصّ که میّت است اکتفا نمی کنیم. آن چه برخی فقها در جهت تفریق بین میّت و غیر آن گفتند، نشان از عدم التفات به علت منصوصه است. علاوه بر آن، در علت منصوصه، خصوصیت مورد کفایت می کند. لذا می گوئیم نه تنها غایب، بلکه هر کسی که در حقّ وی احتمال وفا وجود دارد و لسانی در حین دعوا برای دفاع ندارد، در حکم میّت است. لکن در خصوص حکم کردن نسبت به غایب، روایات صریحی وارد شده که وی زمانی که حاضر شد می تواند اقامه دعوا کرده و از خود دفاع کند.

مقتضای این روایت، عدم ثبوت سوگند استظهاری در دعوای علیه غایب است از جهت ظهور روایت در سکوت نسبت به غایب، با توجه به این که در مقام بیان است. لذا هر دو عام در روایت با هم متعارض هستند؛ زیرا عموم تعلیل، اقتضای سوگند دارد همراه با وجود احتمال وفا در میّت و غیر میّت مطلقاً.

از طرف دیگر، عموم روایت وارد در مورد غایب نیز اقتضای کفایت بینه را دارد؛ چه یمین باشد یا نباشد. البته در صورت سوگند مدعی ایرادی در رسیدگی نیست ولی در صورت عدم سوگند، این دو عموم با هم متعارض هستند. بنابر آن چه بیان شد، رابطه آنها بدین شکل است که تعلیل، در فرض قیام احتمال دعوا صریح است و از حیث این که مدعی علیه، غایب یا غیر آن است عام است. از طرف دیگر، روایت مقابل، نسبت به غایب صریح است و از حیث قیام احتمال دعوا و عدم قیام مطلق است. یعنی محل اجتماع این دو روایت عام، دعوی علیه غایب است همراه با قیام احتمال دعوا.

در مقابل، برخی نیز رابطه این دو روایت را به نحو دیگری ترسیم کرده و بیان کرده اند روایتی که راجع به غایب است خاص مطلق از روایت معلل است، زیرا فرض عدم قیام احتمال دعوا، یک فرض نادر است و حمل روایت بر آن مورد موجه نیست. پس روایتی که در مورد غایب آمده، نسبت به فرض قیام احتمال دعوایی که محل اجتماع بود، صریح است و بعد از التفات به حصری که در روایت خاص از سکوت در مقام بیان به دست آمده، خاص از روایت معلل است. اما نظر منصفانه این است که ظهور علت در سوگند مدعی به نسبت ظهور روایت در عدم سوگند طبق آن فرض، قوی تر است و به ظهور علت عمل می شود...» (رشتی، ۱۴۰۱: ۲۵۲/۱).

- نظر میرزا محمد حسن آشتیانی

شیخ آشتیانی در کتاب «القضاء» خود در رابطه با این مسأله، بحث مفصّلی داشته و می گوید: «... اگر علیه کودک و مجنون و غایب اقامه دعوا شود، بین فقها اختلاف وجود دارد در تسری حکم از میت به موارد مذکور. نظری که به مشهور نسبت داده شده است، الحاق حکم است؛ ولی در مقابل، برخی از فقها قائل به عدم تسری حکم می باشند.

نظر صحیح و قول حق دیدگاه اول است به دلیل ظهور علت منصوص در روایت و لذا ادله ای که در جهت باطل کردن تعلیل آمده، همگی مردود است؛ زیرا اگر چنین

باشد باید در موارد دیگر هم بدین شکل عمل کنیم و تالی فاسد دارد. پس اکثر فقها به این سو گرایش دارند که امکان تسری وجود دارد و استدلال آنان این است که این موارد با میت در علت مذکور در حدیث اشتراک دارند که عبارت است از این که برای مدعی علیه لسانی برای جواب و دفاع نیست؛ پس از باب علت مخصوص یا از باب اتحاد طریق دو مسأله است.

اما ایرادی به این استدلال گرفته شده مبنی بر این که علتی که در روایت ظهور دارد، در موضعی جاری است که مدعی علیه زنده نیست. پس این علت در موارد مذکور منتفی است. همچنین شایان ذکر است که مورد روایت منحصرأراجع به میت است، زیرا امکان دفاع و جواب دادن وی مطلقاً منتفی است، زیرا از دنیا رفته ولی این ناامیدی نسبت به کودک و مجنون و غایب وجود ندارد. اما این ایراد اشکال دارد؛ زیرا در روایت، تصریح به تعلیل حکم به عدم حیات نشده است و فقها این تعلیل را از ذیل حدیث برداشت کرده اند که بیان شده «اگر زنده بود»؛ پس استدلال مبتنی بر این تعلیل مستفاد از روایت نیز باطل است.

البته! ما هم قبول داریم که مورد نص، درباره میت است ولی این مسأله، حکم را مختصّ وی نمی کند. اگر چنین برداشتی شود در سایر موارد در فقه نیز امکان سرایت حکم به طور کلی منتفی می شود. پس این که روایت در رابطه با میت وارد شده است، دلیلی برای منع شمول تعلیل به موارد دیگر نیست، زیرا مستنبط از ظهور روایت در جایی است که عجز از وصول حق است فی الجمله. ثانیاً، اگر هم تعلیل مستفاد را قبول کنیم، این علت، علت حقیقی عقلی نیست که امکان تخصیص نداشته باشد. نهایت امر این است که از روایات عامی که راجع به عدم اتیان یمین از سوی مدعی وارد شده است، موارد مذکور را می توان با اجماع خارج کرد و اجمال مختصّ، نافی عموم نیست...» (آشتیانی، ۱۴۰۴: ۱۳۸).

- سید کاظم حائری

وی در کتاب «القضاء فی الفقه الاسلامی» ذیل بحث «دعوی الارث أو الوصیه» مباحث چالشی مرتبط با این مسأله را بیان می‌کنند که حائز توجه است. از منظر وی «... نیاز به قسم مضاف بر بیّنه آیا مختصّ به دعوا علیه میّت است یا شامل غیر آن هم می‌شود، نسبت به افرادی که امکان دفاع از خود را ندارند مانند غایب یا صبی یا مجنون؟ در مورد این مسأله با توجه به روایتی که مدنظر بگیریم، جواب متفاوت خواهد بود. اگر مستمسک ما روایت صفّار باشد، حکم مختصّ به دعوی علیه میّت است، زیرا حکم برخلاف قاعده بوده و اکتفا بر مورد نصّ می‌شود. ولی اگر به روایت عبد الرحمن استناد کنیم قطعاً حکم از میّت به موارد دیگر تسرّی می‌یابد به واسطه تعلیلی که در متن حدیث وارد شده است. قطعاً این علّت در غایب و کودک و مجنون ثابت است. سید خوئی به این دلیل ایراد گرفته است که در جائی که خواننده کودک و مجنون است، در واقع طرف دعوا ولی آنها است و نسبت به غایب نیز، حقّ وی بر دفاع باقی است و بعد از برگشتن می‌تواند اقامه کند و امکان دفاع بعد از حضور وی وجود دارد. اما به این حرف اشکال وارد است، زیرا در دعوی بر میّت هم، طرف دعوا، وارث یا وصی است. پس تفاوتی از این جهت، میان میّت و سایر موارد نیست و تفاوت مذکور، فرق حساب نمی‌شود. همچنین سند روایت دوم هم ضعیف است...» (حائری، ۱۴۱۵: ۷۱۳).

۶- نقد قول امکان تسرّی سوگند استظهاری

با توجه به اقوال فقهای که قائل به امکان تسرّی یمین استظهاری هستند، می‌توان خلاصه ادله آنها را بدین شکل بیان کرد:

ابتدا ادعای شهرت شده است و مسأله ای که در تمام اقوال قائلین به آن مشترک است، بحث اشتراک در علّت منصوص است که از آن، به اتّحاد طریق دو مسأله یا وحدت ملاک تعبیر می‌شود. همچنین دلیل دیگری که مستمسک این گروه است، بحث احتمال وفا و عدم لسان دفاع فعلی است که نسبت به موارد مشابه متصور است.

دلیل دیگر استناد به قواعد فقهی مانند لا ضرر است که احتیاط در اموال، اقتضای وجوب یمین دارد.

اما در مقام بررسی و نقد اقوال و نظرات فوق، نکات زیر قابل توجه است: در ابتدا باید گفت ادعای اجماع یا نسبت دادن این دیدگاه به مشهور فقها باطل است، زیرا همان طور که خواهیم دید، نه تنها قائلین به قول عدم امکان تسری، کمتر از قائلین به امکان نیستند بلکه می توان مدعی شد دیدگاه قائلین به عدم امکان تسری، قول مشهور است.

سایر ادله ای که توسط فقها بیان شده است، حول محور وجود مقتضی و انتفای مانع است. مقتضی، همان عدم لسان است یا احتمال پرداخت که تعبیر به عدم لسان شده و مانع هم نهی شارع است که ادعا شده وجود ندارد.

ایرادی که نسبت به این استدلال می توان وارد کرد این است که فحوای روایت، دال بر این است که یمین در جایی مطرح می شود که خواننده به صورت کلی از دنیا منقطع شده باشد و به هیچ وجه حتی احتمال امکان دفاع هم برای وی مطرح نیست. لذا با این فرض اصلاً مجالی برای تصور امکان یا عدم امکان تسری حکم نمی ماند، زیرا علاوه بر روایتی که به طور خاص نسبت به غایب وارد شده و یا احکامی که در دعوی علیه صغیر و مجنون وجود دارد، همیشه خواننده دعوا، ولی یا قیم آنها است و اصلاً خود آنها مورد خطاب واقع نمی شوند تا احتمال وفا و یا ایراد ضرر به آنها مطرح شود.

جدای از این مسأله، با توجه به طرف دعوا بودن ولی یا قیم، اصلاً ایفای تعهد از سمت صبی و مجنون به دلیل ضعف قوای دماغی ایشان معتبر نبوده و کالعدم است. لذا احتمال ضرر نیز منتفی است. نسبت به غایب هم در روایت امام باقر و روایات دیگری که در این باب وجود دارد راهکار ارائه شده و از تضييع احتمالی حق وی جلوگیری شده است (تبریزی، بی تا: ۱۷۷).

اما نسبت به عدم مانع هم باید خاطر نشان کرد که درست است که اصل، عدم مانع است ولی مسأله سوگند مدعی، جدای از خلاف اصل و قاعده و اجماع بودن، یک امر تعبّدی است و نیاز به تصریح شارع دارد که البته وجود ندارد. بحث احتیاط تامّ هم از اساس منتفی است، زیرا این مسأله تعبّدی است و باید شارع آن را تجویز کند. لذا با توجه به مطالبی که مطرح شد و این که موارد مذکور، شباهتی با میّت از حیث حکم ندارند بلکه صرفاً یک احتمال است، می توان به این نتیجه رسید که ادعای فقها در امکان سرایت، قیاس و مالاً باطل است نه وحدت ملاک آن طور که ادعا شده است.

۷- قول به عدم امکان تسری سوگند استظهاری به موارد دیگر

– نظر محقق اردبیلی

محقق اردبیلی در کتاب «مجمع الفائدة و البرهان» ذیل باب القضاء و در بحث «عدم استحلاف المدعی مع البینه الا ما استثنی» به صورت تفصیلی به این بحث می پردازد.

«... عبارت عدم احلاف مدعی همراه با بینه، جدای از روایات مقبوله ای که در این زمینه وجود دارد، ظاهر در عدم احلاف مدعی است و این حکم اصل است و اجماع و سنت هم بر آن وجود دارد ... مگر این که علیه میّت یا کودک یا مجنون یا غایب اقامه دعوا شود که در اینجا طبق قول برخی، باید مدعی قسم بخورد ... اما ظاهر عدم تسری و تعدی حکم به صبی و مجنون و غایب است، بنابر آن چه ذکر کردیم که باید بر موضع اجماع اقتصار و اکتفا شود و این خبر حجّت نیست. جدای از این که این روایت اختصاص به میّت دارد همان طور که در متن حدیث آمده و از آن علّتی استنباط نمی شود تا قیاس، صحیح باشد ...»

در ادامه ایشان به طور شایسته به بررسی تعلیل در روایت نخست پرداخته و می گوید:

«... چیزی که در روایت ذکر شده است، نکته ای در رابطه با حکم است و علّت موجب نیست و اجماع بر تعلیل هم معلوم نیست و به طور خلاصه، اصلاً علّتی در روایت بیان

نشده است. اگر به ظواهر روایت دقت شود، تمام ضمیر ها به میّت بر می گردد و کلّ بحث راجع به میّت است.

نسبت به تعلیلی که برخی فقها از متن حدیث در اثبات ادّعی خود کرده اند هم ایراد وارد است زیرا علّت، میّت بودن است و مورد نصّ هم میّت است به خاطر عدم امکان جواب برخلاف سایر موارد. فرای بحثی که مطرح شد تنها راه تسرّی، اتّحاد آنها در طریق است که به قیاس جلیّی تعبیر می شود و در اینجا تطبیق و مصداق ندارد (محقّق اردبیلی، ۱۴۱۴: ۱۵۴/۱۲).

- شهید ثانی

شهید ثانی در باب القضاء کتاب «مسالک الافهام، ذیل بحث «لا یتحلف المدعی مع البینه» به این مسأله پرداخته و کلام محقّق حلّی را تبیین و مورد نقد قرار می دهد:

«... اصل در مدّعی این است که وی مکلف به قسم خوردن نیست، خصوصاً زمانی که بینه ای اقامه کرده باشد ... اگر دعوی علیه میّت باشد، مشهور بین اصحاب (در آن مخالفی دیده نشده) این است که مدّعی همراه با اقامه بینه باید قسم بخورد به دلیل بقای حقّ بر ذمه میّت ...» (شهید ثانی، ۱۴۱۸: ۴۶۰/۱۳).

ایشان در ادامه به روایت نخست که بالاتر به آن اشاره کردیم می پردازد و بعد از بررسی سندی، خاطر نشان می کند: «... این روایت جدای از اشتها مضمونش بین اصحاب و تعلیلی که در آن آمده است، مخصّص روایات دیگر است که می گوید یمین بر عهده مدّعی نیست ... اما بنا بر تقدیر عمل به روایت با توجه به انجبار ضعف سندی آن با شهرت یا اتفاق فقها بر آن، در تعدّی و تسرّی حکم آن بر موارد دیگر مانند غایب، کودک و مجنون دو دیدگاه وجود دارد که طبق نظر مصنّف (محقّق حلّی) عدم امکان سرایت است به دلیل توقّف و اکتفا بر مورد نصّ و اتفاق در جایی که مخالفت با اصل وجود دارد ...»؛

ایشان در ادامه به تبیین دیدگاه دوم پرداخته و ادعا می کند که این نظر، مطابق دیدگاه اکثر فقها است.

وی بیان داشته است: «... اکثر فقها به این سمت رفته اند که حکم روایت را به موارد دیگر تسری دهند به دلیل مشارکت آنها با میت در علتی که در روایت به آن اشاره شده است. آن علت این است که مدعی علیه زبانی برای جواب و دفاع ندارد و این تسری و استدلال از باب قیاس نیست و دلیل دیگر این که حکم دادن نسبت به اموال مبتنی بر احتیاط کامل است و این احتیاط به انضمام یمین حاصل می گردد ... و از این جهت است که فقهای پیشین ما به این دیدگاه تمایل داشتند بدون این که به روایت استناد کنند...»

پس از بیان دو دیدگاه و ادله آنان، شهید ثانی به تحلیل تعلیل موجود در روایت می پردازد و بدین شکل بحث را تمام می کند: «... نسبت به دیدگاه دوم و ادله ایشان باید تأمل کرد، زیرا علت در خبر، ظاهر در این است که مدعی علیه زنده نیست و این علت در موارد مشابه منتفی است. علاوه بر آن، مورد نص، میت است که از دار دنیا رفته، ولی کودک و مجنون و غایب لسانی برای پاسخ ندارند ولی می توانند به طریقی دفاع کنند؛ پس سوگند، حق مدعی علیه است (شهید ثانی، ۱۴۱۸: ۱۳/۴۶۰).

- میرزا ابوالقاسم قمی

ایشان در کتاب «رسائل» خود ذیل بحث استثنائات قاعده، تحت عنوان «رد الیمین من المدعی علیه» به این بحث پرداخته و پس از طرح دو قول، دیدگاه عدم امکان را تصدیق کرده اند. از منظر وی: «... مستمسک قائلین به امکان تسری، علت منصوص و اتحاد طریق است ولی به این ادله ایراد وارد است. علت منصوص، زنده نبودن مدعی علیه است؛ پس دلیل اول منتفی شد. اگر در پاسخ به ایراد ما گفته شود در روایت بیان شده «ما نمی دانیم شاید وی وفا کرده و بیته ای داشته که ما موضع آن را نمی دانیم» در جواب می گوئیم در همان روایت آمده «قبل از مرگ» و این عبارت نسبت به موارد

مشابه تطبیق و مصداق ندارد؛ لذا قول به عدم امکان تسری، اولی است و نمی توان با این تعلیل در غیر مورد نص، حکم را جاری و ساری دانست. همچنین روایتی که نسبت به غایب آمده که حکم به اخذ کفالت شده، مطلق است و احتیاط، عمل به آن است ولی مشهور، قائل به اعتبار یمین در دعوی علیه غایب شده اند بدون تکفیل مگر در صورت تعدّر سوگند. مثلاً مدعی بگوید و کیل مستحقّ است که در این حالت، احلاف وی جایز نیست و تکفیل واجب است. به هر حال کسانی که یمین را واجب نمی دانند تکفیل را واجب می دانند...» (میرزای قمی، ۱۴۲۸: ۶۷۳/۲).

- سید محمد طباطبایی (مجاهد)

ایشان در کتاب «مناهل» تحت عنوان «منهل هل یلحق الغائب و الطفل و المجنون بالمیّت فی دعوی الدّین علیهم» در یک بند به این بحث می پردازد و عدم امکان سرایت حکم یمین استظهاری به موارد مشابه را تبیین می کند که

«... در این رابطه دو قول وجود دارد: دیدگاه اول قائل به الحاق و دیدگاه دوم قائل به عدم الحاق است و دلائل عدم الحاق بدین شرح است:

- ۱) کودک تشبیه به میّت نمی شود به دلیل اکتفاء بر قدر متیقین در جایی که مخالفت با نصوص معتبر می شود که دالّ بر این هستند که همراه با بیّنه، سوگند نیست.
- ۲) اطلاق روایت جمیل بن دراج دلالت بر می کند که علیه غایب حکم صادر می شود زمانی که مدعی بیّنه بیاورد و روایاتی از این قبیل.

باید خاطر نشان کرد این روایت با مفهوم تعلیل حدیث عبد الرحمن معارضه ندارد، زیرا اولاً، روایت معلّل، سندش ضعیف است و ثانیاً، خود دلیل در متن روایت هم شمول ندارد تا بگوئیم اطلاق یا عموم دارد و شامل غایب می شود تا بحث تعارض پیش بیاید؛ لذا نظری که دالّ بر عدم نیاز به سوگند می باشد، مرجّح است. با این حال، اگر قائل به عموم روایت عبد الرحمن شویم لازمه این امر، تخصیص اکثر افراد عام است. البته ترک

احتیاط هم در این فرض شایسته نیست که با قائل شدن به دیدگاه اول یعنی الحاق سوگند حاصل می گردد ولی قول دوم که عدم الحاق است، قوی تر است...» (طباطبائی: ۷۳۸).

- سید محمد کاظم طباطبائی یزدی

ایشان در کتاب «العروه الوثقی» در فصل ششم در دعوی بر میت ذیل مسأله یک، چنین بیان می کنند: «... در استماع دعوا بر میت شرط شده است که مدعی، اقامه بینه کند همراه با بیمین استظهاری بنا بر قول مشهور؛ برخی هم ادعای عدم خلاف در آن کرده و برخی هم ادعای اجماع کرده اند. یکی از مباحثی که ذیل این بحث مطرح می شود این است که آیا حکم مذکور به موارد مشابه مانند کودک و مجنون و غایب سرایت می کند یا خیر؟ که دو دیدگاه مطرح است: قول اول که منسوب به مشهور و اکثر فقهاست این است که حکم سرایت می کند؛ به دلیل عمومیت و شمول علت و اتحاد دو مسأله در طریق. قول دوم هم قائل است که حکم مذکور در روایت خلاف قاعده است، پس چاره ای نیست بجز اکتفا بر قدر متیقن و معلوم که میت است. همچنین علت مذکور در روایت صرفاً مجرد لسان نیست تا بگوئیم شامل موارد دیگر هم می شود، بلکه بحث عدم امکان دفاع است به صورت مطلق که فقط در میت مصداق دارد. همچنین در روایتی از امام باقر(ع) نقل شده است که غایب در صورت برگشتن می تواند اقامه دعوا کند و این حق برای وی محفوظ است و امکان ارائه حجت و دلیل از سوی وی متصور است در حالی که در میت چنین نیست.

لذا همین روایت نمایانگر تفاوت بین میت و غایب است و بنا بر آن چه مقدمتاً ذکر کردیم بین دو مسأله، اتحاد طریق وجود ندارد و قول قوی تر، عدم الحاق است...» (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳: ۵۲۶/۶).

- سید ابوالقاسم خوئی

آیت الله العظمی خوئی در کتاب «مبانی تکمله المنهاج» ذیل مسأله ۱۹ با فرض عدم امکان سرایت به دلایل آن اشاره می کند: «... در پایان مسأله ۱۹ واژه ای ذکر شده که

تقریباً در هیچ کدام از عبارات فقها نیامده و خود می تواند دلیلی مجزاً محسوب شود. در پایان مسأله فوق الذکر اینچنین آمده است: «و الأظهر عدم الحاجة اليه: اصلاً احتیاجی به سوگند نیست تا بحث شود که امکان سرایت وجود دارد یا ندارد...»؛ ایشان در توضیح این مسأله می گوید:

«... دلیل ضَمِّ یمین اگر روایت صفار باشد در جواب می گوئیم آن مختص میّت است و امکان تعدی از مورد آن به موارد دیگر وجود ندارد به ویژه با توجه به این که حکم مزبور هم خلاف قاعده است. اگر دلیل ضَمِّ یمین، روایت عبد الرحمن باشد که بیان شود مقتضی تعلیل در ذیل حدیث، عموم حکم نسبت به غایب و صبی و مجنون است پاسخ می دهیم اینچنین نیست. سبب بیان این سخن آن است که در مورد غایب، امکان دفاع از خود هست هنگامی که برگردد؛ پس تعلیل شامل غایب نیست. اما نسبت به کودک و مجنون هم، دعوا حقیقتاً متوجه ولی آنها است و ولی، مدافع آنها می باشد؛ پس تعلیل به تمامه از آنها بیگانه است. جدای از این، سند روایات فوق ضعیف است و صلاحیت ندارد به عنوان مدرک مسأله مدعا قرار گیرد. پس نتیجه می گیریم آن چه که به مشهور نسبت داده شده امکان مساعدت ندارد؛ لذا قول صحیح، همان است که ذکر کردیم و آن، عدم الحاق است...» (خوئی، ۱۳۹۶: ۲۲/۱).

- سید محمدصادق حسینی روحانی

وی در کتاب «فقه الصادق»، تحت عنوان «ما به یثبت الدعوی علی المیت» بعد از بیان دو دیدگاه در مسأله بیان می کند:

«... قول دوم که قائل به عدم سرایت است، ارجح است، زیرا علت مذکور در روایت، عدم لسان فعلی نیست بلکه عدم لسان مطلق (بالفعل و بالقوه) است و این تعلیل، مختص میّت است زیرا حیات ندارد؛ همچنین حدیث صفار معلل نیست و مختص میّت است. مضافاً بر این که اگر روایت را شامل غایب بدانیم با حدیث امام باقر که فرموده است هنگامی که غایب حاضر شد می تواند اقامه بینه و دفاع کند در تعارض و تضادّ می باشد.

به عبارت دیگر، اینگونه روایات که در شأن غایب است، قرینه بر این احتمال است که علت حکم مختص میّت است؛ با توجه به این که میّت اصلاً امکان وصول بعد حضور ندارد ولی غایب حیات دارد. لذا محصل کلام، عدم تعدی حکم الزام به سوگند از مورد نصّ است...» (حسینی روحانی، ۱۴۱۴: ۱۴۴/۲۵).

۸- نقد قول به عدم امکان تسری سوگند استظهاری

به طور خلاصه مهم ترین ادله عدم امکان تسری، بحث مخالف اصل بودن یمین استظهاری است و این که علت وجوب این یمین، میّت بودن است که بالفعل و بالقوه قادر به دفاع نیست و مسلماً این فقدان قدرت دفاع در موارد دیگر متصور نیست. دلیل مهم دیگر بحث تعدی بودن یمین استظهاری است که می توان به اجماع بر عدم یمین مدعی اشاره کرد. همچنین روایاتی نیز مؤید این دیدگاه است که در موارد مشابه اصلاً نیازی به یمین نیست، زیرا نسبت به غایب با نصّ روایت امکان رجوع هست و نسبت به صغیر و مجنون نیز طرف دعوا ولیّ ایشان است.

ادله ای که برای اثبات عدم امکان تسری یمین مطرح شده، جدای از قوت و ضعف ادله، مطابق اصل و قاعده و مطابق روایت عامی است که تحت عنوان قاعده بینة آمده است.

در این خصوص، شاید تنها دلیلی که بتوان آن را مخدوش دانست بحث امکان دفاع صغیر و مجنون بعد از رفع حجر است که توسط برخی فقها بیان شده است. زیرا ممکن است اصلاً آنها در هنگام ارتکاب عمل یا استناد عمل به آنها قادر به درک نباشند؛ لذا بحث امکان پاسخ و دفاع هم منتفی است. علاوه بر آن، بیان گردید که در مورد آنها اصولاً طرف دعوا ولیّ یا قیم آنها است و خطر و ضرری از این ناحیه به آنها وارد نیست تا امکان دفاع بعد حجر به عنوان دلیل مطرح گردد.

۹- قول به تفصیل

- سید محمد حسینی شیرازی

آیت الله سید محمد شیرازی در کتاب «موسوعه فقه» در جلد ۸۴ در کتاب القضاء، ذیل عنوان «اذا شهدت البینه علی صبی او غایب» در مسأله ۹ به این بحث پرداخته است. ایشان مانند سایر فقها به تبیین اقوال و ادله پرداخته و سپس دیدگاه خاص خود را شرح داده است:

«... با توجه به اقوال و نظرات، ممکن است بتوان قائل به تفصیل شد بین موردی که تمکّن از جواب وجود ندارد و موردی که تمکّن از جواب و دفاع وجود دارد. اگر تمکّن از جواب و دفاع توسط مدّعی علیه و خواننده وجود ندارد پس نیاز به سوگند مدّعی است، بنابر اشتراک آنها در علّت. اگر تمکّن و قدرت بر دفاع و جواب وجود دارد، پس احتیاجی به قسم نیست. ادله و روایاتی که راجع به غایب است، شامل غایبی است که تمکّن از جواب دارد و شامل غایبی که قدرت بر دفاع ندارد، نمی شود مانند کسی که در سفر فوت کرده یا در سفر مجنون شده و مانند اینها. همچنین اگر علیه کودک و مجنون طرح دعوا شود که مثلاً ظرفی را شکسته اند گرچه روزی کودک، بالغ و مجنون، فائق شود اما قادر بر جواب و دفاع نیستند زیرا هنگام ارتکاب عمل، قوای دماغی ایشان ناقص بوده است. گرچه ممکن است بگوئیم اگر عاقل و ذی شعور بودند می توانستند جواب دهند و دفاع کنند اما این تصور مانند میّت است که بگوئیم اگر زنده بود جواب می داد. این مسأله را می توان نسبت به شخص خواب و بیهوش و مست نیز جاری دانست.

این دیدگاه، بهتر است چنان چه اجماع مرگّب برخلاف آن نبود. البته مواردی را نیز می توان تصوّر کرد که نیازی به ضمیمه شدن سوگند به بینه مدّعی نیست. به عبارت دیگر، اگر خواننده یا مدّعی علیه امکان پاسخ و دفاع داشته باشد باز هم نیاز به سوگند نیست؛ مانند جایی که چیزی به کودک صغیر ممیّز نسبت داده می شود که می تواند کلام دیگران را استماع و درک کند و در هنگام انتساب عملی به وی، قادر به فهمیدن است. پس نسبت به صغیر ممیّز نیز نیاز به سوگند مدّعی نیست و مانند حکمی که نسبت

به غایب در روایات آمده، هنگامی که بالغ شد بر حجّت خویش باقی است. این فرض را می توان بر شخص غایبی که زندانی و محبوس شده نیز به همین شیوه پیاده کرد، یا مثال های دیگر؛ زیرا ملاک و مناط واحد است ...» (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۳۳۶/۸۴).

- شیخ جعفر سبحانی

آیت الله سبحانی در کتاب «نظام القضاء و الشهاده فی الشریعه الاسلامیه الغراء»، پس از تبیین مسأله سوگند مدعی هنگام اقامه دعوا علیه میّت و تحلیل روایات مستند و طرح اقوال، به احصای ادله قائلین هر دو گروه می پردازد:

«... اکثر فقها قائلند که حکم سرایت پیدا می کند به خاطر مشارکت آنها با میّت در علّت که عبارت از عدم لسان برای مدعی علیه در دفاع از خود و جواب است. این دلیل از باب علّت منصوص در روایت است. همچنین حکم دادن نسبت به اموال مبنی بر احتیاط کامل و تامّ است که با انضمام یمین حاصل می گردد. نسبت به عدم الحاق نیز به ادله ای استناد شده است که عبارتند از:

۱) آن چه که شهید ثانی متذکر شده که مورد نصّ و روایت میّت است، زیرا نسبت به میّت، تصوّر دفاع مطلقاً منتفی است و در دنیا نیست ولی برای کودک و مجنون و غایب، لسان برای دفاع است.

نقد دلیل اول :

موضوع واقعی در حکم، کسی است که استطاعت و قدرت دفاع هنگام جلسه دادگاه و قضاوت ندارد و میّت به عنوان مثال در روایت ذکر شده است. شاید نسبت به غایب با فرض قبول روایات های وارده، بتوان قائل به عدم سرایت و عدم شمول حکم شد. اما باید توجه کرد که تعلیل در روایت و حکم، خارج بودن خواننده و مدعی علیه از دنیا نیست یا عدم امید از امکان جواب دادن وی، تا آن چه را که فقها به عنوان فرق ذکر کردند بپذیریم بلکه حکم ناظر به شخصی است که قادر بر دفاع در مجلس و جلسه قضاوت و دادگاه نمی باشد.

۲) تعلیل دیگر در روایت، وجود احتمال صدور عملی از سمت میّت است که موجب فراغ ذمه وی گشته و این فرض نسبت به موارد دیگر متصوّر نیست.

نقد دلیل دوم:

احتمال وفای به عهد در روایت از باب مثال است و مقصود هر عمل سابقی است که موجب برائت خوانده شود گرچه آن عمل مستند به مدّعی علیه نباشد، مانند ابراء یا هر روش دیگری. پس باید بیان کرد که تعلیل در روایت، مرگب از یکی از دو امر فوق است که ممکن است از سوی هر یک از طرفین صادر شده باشد و موجب برائت شود؛ خواه ابراء توسط مدّعی باشد یا وفا از سمت مدّعی علیه. فراغ از این که محکوم علیه قادر بر دفاع در جلسه دادگاه نیست پس با این دو نقد، هر دو دلیل، دفع و ردّ می شود. البته این مباحث همه نسبت به مجنون و صغیر است ولی نسبت به غایب روایتی وارد شده که حکم کردن باید به صرف یئنه باشد بدون ضمیمه شدن سوگند از سوی مدّعی. در نهایت باید بیان کرد که با توجه به روایات وارده، مقتضای تعلیل ضمیمه شدن یمین است زیرا نسبت به کودک و مجنون نیز، صدق قضاوت بر انسان ناتوان از دفاع می کند ولی نسبت به غایب با توجه به روایات عدیده ای که داریم این مسأله، روشن است و بدون این که حکم کردن منوط بر یمین شود مقید بر امر دیگری شده است. برخلاف مجنون که احتمال عدم افاقه وی وجود دارد و نسبت به کودک شاید وی چیزی به یاد نیاورد.

نکته آخر این که مراد از صاحب حق و مدّعی، اعم از اصیل و غیر آن است و امکان این که یمین بر عهده ولی مدّعی باشد نیز متصوّر و ممکن است...» (سبحانی تبریزی، ۱۳۷۶: ۱/۴۳۵).

۱۰- نقد قول به تفصیل

ادله ای که توسط قائلین به تفصیل بیان شده است تا حدودی مشترک با ادله قائلین امکان تسرّی است، با این تفاوت که قائلین به تفصیل، صرفاً غایب را با روایت امام

باقر(ع) خارج می کنند. دلیل اصلی این گروه، تأکید روی ضعف قوای دماغی صغیر و مجنون است و این که این دو دسته، قدرت درک ندارند و مراد از عدم قدرت نیز عدم قدرت در جلسه دادگاه و بالفعل است.

همچنین احتمال وفاء و فراغ ذمه مطلق است و شامل برائت با عمل غیر نیز می شود، مانند ابراء یا تادیبه ثالث لذا یمین استظهاری در دعوای علیه صغیر و مجنون نیز واجب است.

شاید بتوان مدعی شد این دیدگاه در بدو امر، منطقی ترین نظر است ولی این دیدگاه مردود است با توجه به این که: اولاً، روایت نسبت به میت وارد شده و ثانیاً، حکم مذکور یک حکم خاص است و مخصیص ادله و اصول کلی است و ثالثاً، این مسأله خلاف اصل است و همیشه در مسائل خلاف اصل به قدر متیقین اکتفا می شود و رابعاً، این حکم یک حکم تبعیدی است و امکان قیاس و وحدت ملاک گرفتن وجود ندارد.

نسبت به تفکیکی که بین صغیر ممیز و غیر ممیز و یا نسبت به غایب مجنون و فوت شده و غیر آن صورت گرفته هم باید بیان کرد اولاً، همان طور که بیان شد در بحث اقامه دعوا، طرف دعوا نسبت به صغیر، ولی وی است و نسبت به بحث تفکیکی که نسبت به غایب صورت گرفته، این تمایز خلاف ظاهر است، زیرا به همان اندازه که احتمال فوت و یا جنون وی وجود دارد احتمال حضور و برگشت وی نیز وجود دارد؛ چه همان طور که گفته اند: «اذا جاء الاحتمال، بطل الاستدلال».

نتیجه گیری

با توجه به طرح اقوال سه گانه فقها در زمینه امکان تسری و تبیین ادله هر دیدگاه و مردود دانستن دیدگاه قائلین به امکان و تفصیل، دیدگاه صحیح برخلاف نظر منتسب به قول مشهور، عدم امکان تسری حکم سوگند استظهاری از مورد میت به موارد مشابه و مواضع مشتبه است. با تعمق در بیان و فحوای کلام فقها، می توان اهم دلائلی را که در رابطه با عدم امکان تسری تبیین شده است بدین شرح خلاصه کرد:

- ۱) اصل در دعاوی مطابق روایات مستفیضه و قواعد فقهی این است که سوگند در جانب منکر (خوانده) است که تعبیر برخی فقها از آن، به حقّ شده است.
- ۲) سوگند استظهاری جدای از خلاف اصل بودن، یک حکم تعبّدی است و در چنین مواردی، فقط با تصریح شارع می توان حکم به تسرّی داد.
- ۳) از شرائط مهم تسرّی یک حکم، جزم به وجود ملاک در حکم و قطع به وجود همان ملاک در موارد مشابه است که در این مسأله، مطابق عبارات قائلین به امکان، اشاره به احتمال وحدت ملاک شده اما ثابت و محرز نیست.

منابع

- آشتیانی، حاج میرزا محمدحسن (۱۴۰۴ق)، **کتاب القضاء**، قم: هجرت.
- بهرامی، بهرام (۱۳۹۲)، **بایسته های ادله اثبات**، ج ۴، تهران: نگاه بینه.
- تبریزی، میرزا جواد (بی تا)، **أسس القضاء و الشهاده**، قم: دفتر مؤلف.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۳۵ق)، **الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه**، ج ۲، چ ۹، قم: شریعت.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۸ق)، **مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، ج ۱۳، بی جا: پاسدار اسلام.
- حائری، سید کاظم (۱۴۱۵ق)، **القضاء فی الفقه الاسلامی**، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (بی تا)، **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۸، تهران: المکتبه الاسلامیه.
- حسینی روحانی، سید محمدصادق (۱۴۱۴ق)، **فقه الصادق**، ج ۲۵، چ ۳، قم: دار الکتب.
- حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۰۹ق)، **موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی**، ج ۸۴، چ ۲، بیروت: دار العلوم.
- حسینی میلانی، سید علی (۱۴۰۱ق)، **القضاء و الشهادات**، ج ۱، قم: بی نا.
- حلّی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق)، **الجامع للشرائح**، قم: سید الشهداء.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۹۶)، **مبانی تکمله المنهاج**، ج ۲، چ ۲، نجف: الآداب.
- رشتی، میرزا حبیب الله (۱۴۰۱ق)، **کتاب القضاء**، ج ۱، بی جا: خیام.

- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۷۶)، **نظام القضاء و الشهاده فی الشریعه الاسلامیه الغراء**، ج ۱، قم: مؤسسه امام صادق.
- شمس، عبد الله (۱۳۹۹)، **ادله اثبات دعوا**، ج ۳۱، تهران: درآک.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۳ق)، **العروه الوثقی**، ج ۶، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طباطبائی (مجاهد)، سید محمد بن علی (بی تا)، **المناهل**، بی جا: آل البيت.
- عمید، حسن (۱۳۶۳)، **فرهنگ فارسی**، تهران: امیر کبیر.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۹)، **ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد**، ج ۴، بی جا: اسماعیلیان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، **اثبات و دلیل اثبات**، ج ۲، چ ۲، تهران: میزان.
- کریمی، عباس (۱۳۹۹)، **ادله اثبات دعوا**، ج ۷، تهران: میزان.
- محقق اردبیلی، احمد (۱۴۱۴ق)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، ج ۱۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی (۱۳۹۲)، **فرهنگ نامه اصول فقه**، ج ۴، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۲۸ق)، **رسائل المیرزا القمی**، ج ۲، قم: بوستان کتاب.

