

مدرسه عالی فقه‌های تخصصی

ماهنامه داخلی گروه‌های تخصصی

ویژه‌نشر تحقیق‌های درسی طلاب

واکاوی ماهیت ضمان عقدی / محمد قدسی

مشروعیت ضمان ما لم یجب از دیدگاه فقهاء امامیه / مهدی فرهنگ دلیر

حقیقت ربایش پول از طریق رمزگشایی از کارتهای هوشمند؛ سرقت یا کلاهبرداری / یزدان طاهرآبادی

حکم تقنین از منظر شیخ فضل الله نوری رحمه الله علیه / مرتضی رادمهر

حکم تکلیفی و وضعی عزل و دیگر راههای از بین بردن نطفه / محمدحسین مولا



نوشتاری از طلاب:

گروه فقه اقتصاد

گروه فقه جزاء

گروه فقه سیاسی

گروه فقه تربیت

۵	واکاوی ماهیت ضمان عقدی، محمد قدسی
۵	مقدمه
۶	ضمان عقدی در کلمات فقها
۷	۱- بررسی دسته اول
۷	۱-۱. نقل مال
۱۰	۱-۲. عقد دارای اثر نقل
۱۱	۲- بررسی دسته دوم: إثبات مال في الذمة
۱۲	۳- بررسی دسته سوم
۱۲	۳-۱. التعهد بالمال من البريء
۱۳	۳-۲. التعهد بالمال
۱۴	۳-۳. التعهد بالدين
۱۵	جمع بندی
۱۷	مشروعیت ضمان ما لم يجب از دیدگاه فقهاء امامیه، مهدی فرهنگ دلیر
۱۷	بیان مسئله
۱۸	ضمان
۱۹	اقسام ثبوت حق مضمون
۱۹	(۱) دین لازم مستقر
۱۹	(۲) دین لازم متزلزل
۱۹	(۳) دین غیر لازم منتهی به لزوم
۲۰	(۴) دین غیر ثابت، غیر منتهی به ثبوت
۲۰	(۵) تعهد لازم مستقر
۲۰	(۶) تعهد لازم غیر مستقر
۲۰	(۷) تعهد غیر لازم منتهی به لزوم
۲۱	(۸) تعهد غیر لازم غیر منتهی به لزوم
۲۲	نظریه ها در حکم ضمان ما لم يجب
۲۲	(۱) بطلان و عدم صحت به طور مطلق
۲۲	(۲) صحت ضمان
۲۳	ادله بطلان ضمان ما لم يجب
۲۳	(۱) معقول نبودن ضمان ما لم يجب:
۲۸	ضمان از مال الجعالة

۲۰	فهرست
۲۸	ضمان از نفقه آینده
۲۸	ضمان عهده
۲۹	۳) عدم تحقق قصد
۳۰	۴) عدم الدلیل
۳۱	۵) روایت نبوی «نهی عن الغرر»
۳۲	ادله صحت ضمان ما لم یجب
۳۲	۱) سیره و بناء عقلاء
۳۲	۲) اطلاق و عموم ادله عام معاملات
۳۳	جمع بندی
۳۵	حقیقت ربایش پول از طریق رمزگشایی از کارتهای هوشمند؛ سرقت یا کلاهبرداری، یزدان طاهرآبادی ۳۵
۳۵	چکیده
۳۶	کلیدواژه
۳۶	مقدمه
۳۷	فضای سایبری
۳۷	مفاهیم مستلب، مختلس، محتال و سارق
۴۱	مفاهیم هتک و حرز در لغت و اصطلاح فقهی
۴۱	هتک
۴۱	حرز
۴۱	معنای لغوی
۴۲	معنای اصطلاحی
۴۶	ادلهی شرطیت حرز به صورت مطلق
۴۶	روایات
۴۶	روایت اول: صحیحہ محمد بن مسلم
۴۸	روایت دوم: صحیحہ ابی بصیر
۵۰	روایت سوم: موثقہ اول سکونی
۵۱	روایت چهارم: موثقہ دوم سکونی
۵۳	جمع بندی روایات
۵۳	اجماع
۵۴	نقد و بررسی
۵۴	نظریه مختار در ربایش پول از کارتهای هوشمند
۵۶	جمع بندی

فهرست	۳
حکم تقنین از منظر شیخ فضل الله نوری ^{رحمه الله} مرتضی رادمهر	۵۷
چکیده	۵۷
مقدمه	۵۸
پیشینه تحقیق	۵۹
بیان فرضیه‌ها در مورد نظر تقنینی شیخ فضل الله نوری	۶۰
اصل نیاز «مسلمانان» به جعل قانون	۶۱
جایز نبودن جعل قانونی که غیر از حکم اسلام است	۶۴
گزارشی از آنچه واقع شد	۶۸
جمع‌بندی	۷۱
حکم تکلیفی و وضعی عزل و دیگر راه‌های از بین بردن نطفه، محمدحسین مولا	۷۳
چکیده	۷۳
مقدمه	۷۴
مفاهیم	۷۴
۱) عزل	۷۴
۲) نطفه	۷۵
۳) اشکال مختلف از بین بردن نطفه	۷۵
۴) حکم تکلیفی و وضعی	۷۶
بیان مساله	۷۶
اقوال در حکم تکلیفی عزل مرد	۷۷
قول اول: (حرمت عزل)	۷۷
روایت ۱: (یعقوب جعفری)	۷۷
روایت ۲: (محمد بن مسلم)	۸۰
روایت ۳: (مفضل)	۸۵
روایت ۴: (دعائم)	۸۵
روایت ۵: (دعائم)	۸۶
روایت ۶: (سعید بن اسماعیل)	۸۶
قول دوم: (جواز عزل)	۹۴
جمع‌بندی بین روایات متعارض	۱۰۰
ادله کراهت عزل در بعض موارد	۱۰۰
اشکال بر کراهت عزل در بعض موارد	۱۰۲
نتیجه نهایی جمع بین روایات	۱۰۳

۱۰۵ حکم تکلیفی عزل زن
۱۰۹ صورت سوم:
۱۰۹ اقوال در حکم وضعی (دیه) عزل مرد
۱۰۹ قول اول: (وجوب دیه)
۱۱۲ قول دوم: (عدم وجوب دیه)
۱۱۵ اقوال در حکم وضعی (دیه) عزل زن:
۱۱۵ قول اول: (وجوب دیه)
۱۱۸ قول دوم: (عدم وجوب دیه)
۱۱۹ قول سوم: (تفصیل بین موارد)
۱۲۰ جمع بندی

واکاوی ماهیت ضمان عقدی

استاد راهنما: استاد امینی

نویسنده:

محمد قدسی^۱

مقدمه

عقود و ایقاعات مولود نیازهای جوامع بشری می باشند. بنابراین در تعهدات و الزامات مالی در جستجوی راهی بودند که منافع مشروع افراد تامین و اطمینان به ایفای تعهد بیشتر گردد. از این رو به تاسیس انواع مختلفی از وثائق عینی و شخصی اقدام نمودند. قرارداد ضمان ایجاد وثیقه شخصی به نفع طلبکار می کند.

معروف آن است که فقه امامیه ضمان قراردادی را باعث نقل ذمه به ذمه و فقه عامه ضم ذمه به ذمه می داند. سوال این است که آیا از منظر این دو فقه، عقد ضمان دو حکم متفاوت دارند یا تحلیل از واقعه واحدی به نام ضمان قراردادی، مختلف است؟ آیا طبق فقه امامیه هر چند قصد ضم ذمه به ذمه شود باز حکم به نقل ذمه می شود؟ آیا همان دین به ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می شود یا دین دیگری به ذمه ضامن اثبات می شود که باعث اداء دین مضمون عنه می شود؟ آیا با انعقاد عقد ضمان، تضمینات و ایرادات تعهد اصلی از بین می رود یا به قوت خود باقی می ماند؟

برای رسیدن به جواب سوالات فوق، شناخت حقیقت و ماهیت ضمان لازم است. این بحث از مباحث مهم و اساسی در باب ضمان قراردادی است. این شناخت علاوه بر اینکه جایگاه نقل و ضم ذمه به ذمه به عنوان دو نظر متمایز از فقه امامیه و فقه عامه را روشن می سازد، در فروعات

^۱. دانش پژوه گروه فقه اقتصاد، سال تحصیلی ۴۰۱-۴۰۰

متعدد باب ضمان منشا اثر است.

در این تحقیق برای بررسی بحث پیش گفته، ابتدا نظرات فقها درباره حقیقت و ماهیت ضمان عقدی مطرح شده و سپس خلاصه تمامی تعاریف را در یک جدول کنار هم آورده و در سه دسته کلی، تنظیم و مرتب می‌کنیم. آنگاه به بررسی آنها پرداخته و نظر نهایی اتخاذ می‌گردد.

ضمان عقدی در کلمات فقها

در کلمات برخی فقها تعریفی از ضمان ارائه نشده است. در کلمات پدر شیخ صدوق تعبیر «برء المیت» آمده و می‌نویسد: ضامن لازم است به «ذی حق» رد کند (مجموعه فتاوی ابن بابویه، ص ۱۰۵). شیخ صدوق بحث را در ذیل «باب کفالات» آورده و ذی «حق» بودن را برای ضمانت مطرح می‌کند «إذا كان لرجل علی صاحبه حق إن ضمنته بالمال فعليک بالمال» (المقنع، شیخ الصدوق، ص ۳۷۸). شیخ مفید، مضمون عنه را «من كان علیه حق» می‌داند و با ضمانت، از مطالبه مضمون له بری می‌شود (المقنعة، شیخ المفید، ص ۸۱۴). حلبی درباره ضامن تعبیر به کفیل هم می‌کند و می‌گوید: «انتقل الحق إلى ذمته و بریء المكفول عنه و المحیل» (الکافی فی الفقه، ص ۳۳۹). سلاز، ضمان را به اعتبار حال ضامن، ملی و غیر ملی تقسیم می‌کند. اگر ضامن، غیر ملی باشد و از حال او معلوم نشود، مضمون له پس از ضمان، امکان رجوع به مضمون عنه را دارد (المراسم العلویة و الأحکام النبویة، ص ۲۰۰). ابن براج می‌گوید مضمون عنه نسبت به ضامن، اصل است و ضامن فرع است (الجواهر الفقه، ص ۷۰). ابن زهره از شروط صحت ضمان مطرح می‌کند که مضمون باید حقی لازم در ذمه باشد مانند مال قرضی یا اجرت (غنیة النزوع، ابن زهره، ص ۲۶۰). ابن ادریس انتقال مال از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن را بلا خلاف می‌داند (السرائر، ابن ادریس، ج ۲، ص ۶۹).

علامه حلی نیز تعریفی ارائه نداده و در کتاب ارشاد الاذهان ضمان حقی که لازم نیست ولی لازم خواهد شد را صحیح نمی‌داند (ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، ج ۱، ص ۴۰۱) ولی در کتاب تحریر (تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة ط - الحدیثة، ج ۲، ص ۵۴۹) و قواعد (قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۱۵۵) قائل به صحت آن است و البته کماکان ضمان حقی که لازم نیست و لازم هم نخواهد شد مثل ضمان دین قبل تحققش (ضمنت عنه ما یستدینه منک) را صحیح نمی‌داند.

محقق اردبیلی در همین حد مطرح می‌کند که روایات، دلالت بر ناقل بودن ضمان دارند و در کتاب تذکره ادعای اجماع شده و خلاف آن هم ظاهر نشده است.

اما تعاریف مذکور در کلمات فقهای را در سه دسته کلی می‌توان قرار داد:

دسته اول: نقل المال - عقد ثمرته نقل المال

دسته دوم: إثبات مال في الذمة

دسته سوم: تعهد (التعهد بالمال - التعهد بالمال من البریء - التعهد بالدين)

۱- بررسی دسته اول

۱-۱. نقل مال

آقای خویی، ضمان را در برخی عباراتش «الضمان هو نقل المال عن ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن للمضمون له» تبیین می‌کند (منهاج الصالحین، ج ۲، ص: ۱۸۲). در ضمانت دین آتی (با غرض از مشکل تنجیز) انتقال به ذمه ضامن بعد از دین انشا می‌شود از الان «فالضامن في الحقيقة انما ينشأ الانتقال الى ذمته بعد الدين من الآن». آقای تبریزی (همان، ص ۲۳۳) و آقای وحید (منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۲۰۹) نیز چنین نظری دارند.

بررسی این تعریف با پاسخ به سوال ذیل محقق می‌شود:

آیا در نقل ذمه همان دین مضمون عنه با تمام اوصاف خود به ذمه ضامن منتقل می‌شود یا با ضمان، دین اصلی ساقط و دین جدیدی بر ذمه ضامن ایجاد می‌شود؟ آیا با انعقاد عقد ضمان طبق نظر فقهای امامیه، تضمینات تعهد اصلی از بین می‌رود یا به قوت خود باقی می‌ماند؟ چون گاهی تعهد مورد انتقال تضمین‌هایی دارد مثلاً بدهکار، مالی از خود به رهن طلبکار قرار می‌دهد یا شخص ثالثی مال خود را جهت تضمین تعهد بدهکار به رهن می‌گذارد. حال سوال این است که پس از تعلق گرفتن این تضمین‌ها به دین اصلی، اگر شخصی عقد ضمان با طلبکار به نفع بدهکار ببندد که موجب نقل دین شود، آیا تضمین‌های سابق باقی می‌ماند یا در اثر عقد ضمان زایل می‌شود؟ در پاسخ دو دیدگاه عمده مطرح شده است:

در پاسخ دو دیدگاه مطرح می‌شود:

الف. برخی فقها با اینکه ضمان را به نقل مال معرفی کرده‌اند «الضمان هو نقل المال عن ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن للمضمون له» (همان، ج ۲، ص ۱۸۲)، ولی با این حال معتقدند که دین بر ذمه ضامن، همان دین بر ذمه مضمون عنه، قبل ضمان نیست. بلکه دو فرد متغایر از دین داریم که یکی قائم مقام دیگری می‌شود. یعنی سقوط و انعدام دین مضمون عنه به ازاء حدوث دین جدید در ذمه ضامن. پس تعبیر «انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن» تسامحی است (موسوعه، ج ۳۱، ص ۴۳۶).

بنابراین هرگاه دین اصلی دارای رهن باشد، با ضمانت، انفکاک رهن می‌شود. تعلیل انفکاک

رهن توسط شهید ثانی به «الضمان بمنزلة الأداء» (مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۲۰۶) و به تعبیر مرحوم نجفی «الضمان أداء» (جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۶، ص ۱۵۰) است. این نظر مورد تأیید محشین کتاب عروة الوثقی (آقاضیا، نائینی، امام خمینی، فیروزآبادی) می‌باشد (العروة الوثقی (المحشى)، ج ۵، ص ۴۲۳).

در حالیکه اگر ضمان، نقل دین می‌بود، دین با کلیه توابعش از جمله تضمیناتش می‌بایست منتقل می‌شد و تضمینات تعهد اصلی از بین نمی‌رفت. پس تعهد قبلی را ساقط دیده و اثبات تعهد جدیدی فرض کرده‌اند.

مرحوم گلپایگانی معتقد است که انشاء ضمان، انشاء اشتغال ذمه ضامن به آنچه در ذمه مضمون عنه است، می‌باشد. از این مطلب، به انتقال ما فی الذمة مضمون عنه به ذمه ضامن تعبیر می‌شود^۱.

ب. برخی فقها قائل به «انتقال دین» با تمامی متعلقات و توابعش هستند. سید یزدی فک تضمین سابق بعد از ضمان را خالی از اشکال ندانسته است^۲. مرحوم حکیم معتقد است: ضمان نه اداء است نه وفاء. فائده ضمان، اشتغال ذمه ضامن به همان دین به ذمه مضمون عنه و فراغ ذمه اوست. پس دین از ذمه ای به ذمه ای دیگر منتقل می‌شود «لا أداء و لا وفاء، وإنما كانت فائدة الضمان اشتغال ذمة الضامن به و فراغ ذمة المضمون عنه، فالدين ينتقل من ذمة إلى أخرى من دون أداء» (مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، ص ۳۰۸) پس فقهای مثل مرحوم حکیم که ضمان را تعهد به دین دانسته که از احکام آن نقل ذمه است، قائلند همان دین اصلی منتقل می‌شود.

برخی فقها مثل شیخ طوسی هم از تعبیر «نقل و انتقال» استفاده می‌کنند: «أن بنفس الضمان انتقل المال إلى ذمته» (الخلافة، ج ۳، ص ۳۱۶)، «أن الضمان ينقل المال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن» (همان، ص ۳۱۵)، «و الضمان ينقل الدين عن ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن» (المبسوط، ج ۲، ص ۳۲۴). همچنین در تعبیر دیگری ضمان را بصورت «الضمان إثبات مال في الذمة و التزام لأدائه» (همان، ص ۳۲۵) تعریف می‌کند. مضمون عنه بری می‌شود ولی حق مضمون له بر ضامن ثابت می‌شود «برئ المضمون عنه من مطالبة من كان له عليه، غير أنه يثبت له حقه على من ضمن

^۱ . إنشاء الضمان إنشاء لاشتغال ذمة الضامن بما في ذمة المضمون عنه للمضمون له و يعبر عنه بانتقال ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن. العروة الوثقی مع التعليقات، ج ۲، ص ۷۰۶.

^۲ . همان

عنه) (النهایه، ص ۳۶۴).

مسأله ضمان دین به اقل را مرحوم سید یزدی مطرح کرده و حکم به جواز داده است. اکثر محشین عروه تعلیقه زده و ظاهراً قبول کرده‌اند. مرحوم حکیم فرموده کسی متعرض این مسأله نشده است اما اقتضای معنای ضمان به نقل ما فی الذمه به ذمه ضامن، ممتنع بودن ضمان به اقل است، مگر اینکه رجوع به ضمان بعض و سقوط یا ابراء باقی کند. البته اگر مراد از ضمان در مقام اثبات بدل ما فی الذمه در ذمه دیگری بصورت اقل از دین اصلی باشد، در اینصورت بناء بر صحت با تمسک به عموماً مشکلی ندارد. البته احکام ضمان اصطلاحی بار نمی‌شود مگر آنچه عموماً اقتضا کنند (مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، ص ۳۰۴).

مرحوم سبزواری می‌نویسند: «معنای ضمان انتقال تمام ما فی ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن به نحو اقتضاء است نه به نحو علیت تامه (به گونه ای که اگر تحدید شود اصل دین به حد خاصی (کمتر یا بیشتر) اصل ضمان باطل شود). پس تحقق طبیعی ضمان مسلم است و تحدید با رضایت طرفین حاصل شده و محذوری از ناحیه عرف و شرع و عقل ندارد» (مهدب الاحکام، ج ۲۰، ص ۲۵۶). البته ایشان ضمان را تعهد به دین و از آثارش انتقال دین می‌داند.

بنابراین قبول ضمان دین به اقل بدون تفکیک و تبدیل به دو مرحله - ابراء مقدار زائد توسط مضمون له در مرحله اول و سپس در مرحله دوم انعقاد ضمان - با مبنای نقل ذمه مشکل دارد، ولی با مبنای دیگر مشکل جدی ندارد.

نتیجه آنکه با صرف تعبیر نقل یا اثبات فی الذمه، اعتقاد نویسندگان به حقیقت ضمان معلوم نمی‌شود و بعضاً این تعبیر به تسامح بکار رفته اند. بلکه باید از احکامی که در فروعاً دیگر باب مطرح کرده‌اند در شناخت حقیقت ضمان کمک گرفت. برخی که حقیقت ضمان را به نقل ذمه تعبیر می‌کنند صراحتاً این تعبیر را تسامحی می‌دانند و مرادشان اثبات ما فی الذمه است. در مقابل برخی که از ضمان به اثبات مال در ذمه تعبیر می‌کنند همان دین در ذمه مضمون عنه را در ذمه ضامن ثابت می‌دانند که به حقیقت نقل نزدیک تر است. بنابراین هر چند از نظر منطقی نظریه‌ها در حقیقت ضمان در مسائل مختلف باب ضمان مثل بقاء رهن دین اصلی، ضمان به اقل و .. موثر هستند ولی در مواردی از نظرات در فروعاً، ماهیت ضمان کشف می‌شود.

اینکه نقل حق، مقوم حقیقت ضمان باشد دلیلی عقلی یا نقلی ندارد. ادله شرعی مشتمل بر نقل هم متعرض موارد غالب ضمان شده اند نه بیان ذات ضمان. بنابراین مدار در باب ضمان بر وجود غرض صحیح غیر منهی می‌باشد که با وجود آن، ضمان صحیح است و با عدم آن، صحیح

ماهنامه داخلی گروه‌های تخصصی، مهر ۱۴۰۱..... ۱۰

نیست (مذهب الأحكام، ج ۲۰، ص ۲۹۲).

باضافه اینکه مواردی از ضمان (مثل برخی اقسام ضمان اعیان) مورد پذیرش قرار گرفته که فقها نقل ذمه را مطرح نکرده بلکه مثلاً ضم ضمان به ضمان را قبول کرده‌اند.

پس نقل ذمه نهایتاً ماهیت ضمان خصوص دین را آنهم با تسامح نشان می‌دهد. بقول علامه

حلی «لا دلیل علی کون الضمان مطلقاً ناقلاً فإنَّ الإجماع والخبر إنّما هما فی غیر الأعیان»

(مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیثة)، ج ۱۶، ص ۴۱۲).

یعنی اشکال تعریف ضمان به نقل ذمه جامع نبودن آن است چون مثل ضمان عهده را شامل

نمی‌شود «لا یطرد الأول لأن ضمان العهدة ضم عندهم أيضاً» (ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۲،

ص ۸۱).

برخی فقها مثل مرحوم امام قائل به تعبدی بودن نقل ذمه هستند «حکم الخاصّة فی باب

الضمانات من نقل الذمة إلى الذمة فهو أمر تعبدی شرعی علی خلاف بناء العرف و العقلاء»

(الرسائل العشرة، ص ۲۲۴) طبق این مبنا واضح است که نقل ذمه، ماهیت ضمان را نشان نمی‌دهد

بلکه حکم تعبدی است.

سید یزدی معتقد است اقوی صحت ضمان به معنی ضم ذمه به ذمه نیز هست هر گاه قصد

این معنی کنند و از اخبار حصر استفاده نمی‌شود (سؤال و جواب (للسید الیزدی)، ص ۲۵۲). هر چند این نظر

مخالفینی دارد ولی معلوم می‌شود نقل ذمه به ذمه در در ماهیت ضمان اخذ نشده است و اگر عقد

ضمان به نحو ضم ذمه به ذمه واقع شود، خارج از ماهیت ضمان نیست.

۲-۱. عقد دارای اثر نقل

محقق کرکی تعریف ضمان به «عقدی که تشریح شده برای تعهد به مال» - که توسط محقق حلی

مطرح شده- را مورد نقد قرار می‌دهد و می‌نویسد: ضمان، تعهد است نه خود ایجاب و قبول.

ضمان، اثر ایجاب و قبول است. ضمان به قول مطلق یعنی محتاج به تقبید (ضمان المال ممن

لیس علیه مثله) نیست بر خلاف کفالت مثل کفالت به مال (جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵، ص ۳۰۸).

ایشان در کتاب دیگرشان در تعریف ضمان چنین می‌نویسد: «عقد ثمرته نقل المال من ذمة

المضمون عنه إلى ذمة الضامن» (رسائل المحقق الکرکی، ج ۱، ص ۱۹۲) یعنی مُنشا خود نقل است. بر

خلاف تعاریف قبلی که نقل در حکم بود و منشا همان تعهد بود.

تعریف عقد ضمان به اثر نقل دادن، منطقی نیست و تعریف به اثر است که ماهیت ضمان را

روشن نمی‌کند.

۲- بررسی دسته دوم: اثبات مال فی الذمة

شیخ طوسی معتقد است ضمان، «اثبات مال فی الذمة بعقد» یا به تعبیر دیگر «اثبات مال فی الذمة و التزام لأدائه» می‌باشد. ضامن، کفیل دین و مضمون له، صاحب دین و مضمون عن، من علیه الدین است (المبسوط، ج ۲، ص ۳۲۳). ضمان، دین را از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن نقل می‌دهد «بنفس الضمان انتقل الدین إلى ذمته» یا «أن الضمان ينقل المال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن» (الخلاف، ج ۳، ص ۳۱۵) و مضمون له فقط حق مطالبه از ضامن را دارد. شافعی و باقی فقها قائلند، مضمون له در مطالبه از ضامن و مضمون عنه مخیر است و ضمان باعث انتقال دین نمی‌شود (الخلاف، ج ۳، ص ۳۱۴).

ابن حمزه هم چنین اعتقادی دارد «الضمان إثبات مال فی الذمة بعقد» (الوسيلة إلى نیل الفضيلة، ابن حمزه، ص ۲۸۰)، سپس می‌نویسد: دو نوع ضمان مال و ضمان عهد داریم. تعیین اجل مال، شرط است چون ضمان، مال را به ذمه ضامن نقل می‌دهد «الضمان ينقل المال إلى ذمة الضامن». شرط دیگر این است که مال باید لازم باشد یا لازم بشود. ضمان متبرع زمانی صحیح است که مضمون عنه ابراء از آن نکند.

بنابراین برخی فقها، ضمان را «اثبات مال در ذمه» می‌دانند و «نقل ذمه» را تسامحی می‌دانند. در واقع با عقد ضمان، یک دین در ذمه ضامن ثابت می‌شود. دین ثابت شده همان دین بری شده نیست بلکه دینی جدید است.

به نظر برخی فقها (مثل شهید ثانی و مرحوم نجفی) اثبات مال در ذمه به منزلة اداء دین مضمون عنه است. اما به نظر برخی دیگر از فقها صرف اثبات مال در ذمه موجب بری شدن ذمه مضمون عنه نمی‌شود و شامل هم ضمان نقل ذمه ای و هم ضمان ضم ذمه ای می‌شود. پس برای مثلا تحقق ضمان نقل ذمه ای باید علاوه بر «اثبات مال در ذمه»، «فراغ ذمه دیگری» هم مورد توافق شود (العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۴۰۹).

این تعریف از ضمان شامل نمی‌شود ضمان به نحو تعهد به اداء را با آنکه صدق عرفی ضمان می‌کند.

۳- بررسی دسته سوم

۳-۱. التعهد بالمال من البریء

شهادت اول در توضیح ضمان می‌نویسد: «التعهد بالمال من البریء» و ضابط در مال مضمون را آنچه گرفتن رهن بر آن صحیح باشد، می‌داند (المعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة، ص ۱۳۵). شهادت ثانی در کتاب حاشیة الارشاد (حاشیة الارشاد، ج ۲، ص ۲۲۰) چنین نظری دارد ولی در کتاب دیگرش می‌نویسد: «حقیقة الضمان التزام ما فی ذمة الغير» (مسالك الافهام، ج ۹، ص ۳۸۱). محدث بحرانی ضمان به معنای اعم (شامل کفالت، حوله و ضمان) را «عقد شرع للتعهد بمال أو نفس» تعریف می‌کند. سپس می‌گوید ضمان به معنای اخص، «التعهد بالمال من البریء» می‌باشد (الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۶، ص ۳-۴). مرحوم نجفی، ضمان به معنی الاخص را (علی المبنا ضمان اعیان را شامل است) «التعهد بالمال ممن ليس عليه» تعریف می‌کند (جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۱۴). سپس می‌نویسد: «نیافتن کسی را متعرض جمع بین شرطیت حق مضمون به مال ثابت در ذمه و تصریح به ضمان اعیان و عهده، شود».

در نظر برخی فقها چون تعریف ضمان به «التعهد بالمال» شامل حواله می‌شود لذا قیودی مثل «من البریء»، «ممن ليس عليه مثله» یا «ان كان ممن ليس عليه مال» را اضافه کرده‌اند. اما به نظر بعضی (مثل مرحوم سید یزدی و خوئی) این قید لازم نیست چون دو طرف مقوم عقد ضمان و حواله فرق می‌کنند. حواله مقوم به محیل و محتال است ولی ضمان مقوم به ضامن و مضمون له است. خصوصاً در ضمان تبرعی که رضایت مضمون عنه وجود ندارد (موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳، ص ۴۰۴).

باضافه اینکه منشا در این دو عقد فرق می‌کند. منشا در عقد حواله، نقل ما فی الذمه به ذمة مشغول به مثل آنچه که در ذمه اول بود ولی در عقد ضمان مثلاً تعهد به مال یا اثبات مال در ذمه است. بعلاوه اینکه، اعتبار مطلب پیش گفته در عقد ضمان، وظیفه ضامن است ولی در عقد حواله وظیفه مدیون (محیل) است^۱. برخی فقها اختلاف ضمان و حواله را اعتباری دانسته و مناط را ابتداء در تعهد و عدم آن می‌دانند (مدارك العروة للإشتهاد، ج ۲۸، ص ۳۸۴).

^۱ . المنشأ فی أحدهما إثبات مال فی الذمة و فراغ ذمة أخرى و فی الآخر نقل ما فی ذمة إلى ذمة مشغولة بمثل ما فیها و أنّ اعتبار ذلك فی أحدهما وظیفه الضامن و فی الآخر وظیفه المدیون. العروة الوثقی (المحشى)، ج ۵، ص ۴۰۹.

۲-۳. التعهد بالمال

سید یزدی، ضمان را تعهد به مال (عین یا منفعت یا عمل) می‌داند (العروة الوثقی، ج ۲، ص ۷۵۹) که با تحقق ضمان صحیح «انتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن و تبرأ ذمة المضمون عنه بالإجماع و النصوص». هر چند ضمان عند الامامیه، نقل دین از ذمه مدیون به سوی ذمه ضامن و از اخبار هم برآید ذمه مضمون عنه به مجرد ضمان استفاده می‌شود ولی اقوی صحت ضمان به معنی ضم ذمه به ذمه نیز هست هر گاه قصد این معنی کنند (نه ضمان مصطلح) و از اخبار حصر استفاده نمی‌شود (سؤال و جواب (للسید الیزدی)، ص ۲۵۲). اینکه در تعریف ضمان مطرح شده «نقل الحق الثابت من ذمة إلى أخرى» و در غیر دین و غیر ثابت هنگام ضمان، صحیح نیست؛ وجهی ندارد (العروة الوثقی، ج ۲، ص ۷۷۹). امام خمینی، ضمان را «التعهد بمال ثابت في ذمة شخص لآخر» تعریف می‌کند (تحریر الوسيلة، ج ۲، ص ۲۵؛ زیادة الأحكام، ص ۱۷۱). ضمان منافع و اعمال مستقر در ذمه (اجرت مستاجر و عمل اجیر) مثل ضمان اعیان ثابت در ذمه ممکن است.

آقای سبزواری هم ضمان را «التعهد بمال ثابت في ذمة شخص لآخر» (جامع الاحکام الشرعیه، ص ۳۶۱) تعریف کرده و در جایی دیگر حقیقت ضمان را جعل اعتبار برای مضمون عنه می‌داند تا شأن و حیثیتش بین مردم از بین نرود «حقیقة الضمان في الواقع انما هو جعل اعتبار للمضمون عنه لثلا یضیع شأنه و حیثيته بین الناس، و بهذا المعنی یشمل الدین الثابت و غیره». تعریف آقای سیستانی نیز چنین است: «التعهد بمال لآخر» (منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۵۱).

به نظر می‌رسد تعریف «التعهد بالمال»، ماهیت ضمان را دقیق تر معرفی می‌کند. با لحاظ اینکه کدام قسم ضمان (صرف تعهد به اداء یا ایجاد رابطه وضعی دینی یا عهدی (اعم از نقل یا دم)) مقصود است و متعلق عقد ضمان (دین، عین، فعل) چیست، مورد توافق مشخص می‌شود. مثلاً در تعهد به دین، گاهی صرف التزام به پرداخت و گاهی اشتغال ذمه ضامن اراده و انشاء می‌شود. تعهد به دین دیگری و اشتغال ذمه به دین، ذاتاً اقباضی نقل ذمه و ضم ذمه ندارد. دلیل این مطلب وجدان و ارتکاز عقلاء است. بنابراین هم ضم ذمه هم نقل ذمه ثبوتاً قابل اراده و توافق است.

اما اثباتاً اگر مورد توافق مجمل بود مثلاً توافق فقط بر تعهد به مال انجام شده ولی جزئیات آن مطرح نشده است. در برخی موارد قرینه وجود دارد و از اجمال خارج می‌شود. مثلاً در جایی که پدری ضامن دین تنها فرزند مورد علاقه خود می‌شود، ظهور در اراده نقل ذمه دارد اما اگر شخصی ضامن دین دیگری در بانک شده است، ظهور در ضم ذمه دارد.

اما اگر قرینه ای نبود برخی قائلند حمل بر نقل می‌شود (به نظر بعضی بخاطر تعبد شرعی و به نظر برخی، بخاطر غلبه یا لازمه عرفی ضمان دین) یعنی مقتضای اطلاق ضمان است که اگر کسی بدهی کسی را به عهده گرفت، طرف باید بریء شود و مقتضای مطلق ضمان نیست. به عبارتی در این مورد، اطلاق منشا انصراف است.

اینکه ضامن، متعهد به اداء باشد یا متعهد به یک رابطه دینی یا عهدی باشد، تابع اراده اوست و قرارداد طبق همان اراده محقق می‌شود. اما اینکه در صورت مثلاً تعهد به دین، باید به نحو نقل یا ضم بودن را الزاماً مشخص کند والا ضمان محقق نمی‌شود، صحیح به نظر نمی‌رسد. یعنی با صرف تعهد به دین، ماهیت ضمان، موجود می‌شود چون نقل و ضم داخل در ماهیت ضمان نیست.

این احتمال وجود دارد روایات موجود که حکم به برائت ذمه مضمون عنه را مطرح کرده‌اند، ناظر به این حالت باشد که یا ضامن اراده نقل کرده یا قرینه وجود داشته است که در این صورت حکم در روایت مطابق قاعده است و یا هیچ کدام از نقل یا ضم را اراده و توافق نکرده است که در اینصورت، حکم برائت ذمه مضمون عنه تعبدی می‌شود. اگر بگوییم در همین فرض عدم اراده نقل یا ضم، اهل تسنن حکم به ضم کرده‌اند، اختلاف فقهی موجود بین شیعه و سنی، تصویر معقول و منطقی خواهد داشت.

۳-۳. التعهد بالدين

آقای سبزواری در بعضی کتابهایش، ضمان را تعهد به دین می‌داند: «ضمان الضمان هو التعهد بالدين و من آثاره هو انتقال الدين إلى عهدة الضامن» (مهدب الأحكام، ج ۲۰، ص ۳۲۴). آقای حکیم هم می‌نویسد: «ضمان به معنای عرفی همان تعهد به مال یا نفس است» (مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، ص ۲۴۶). ضمان اصطلاحی، ضمان خاص است که از احکام آن انتقال است نه اینکه خود ضمان، انتقال باشد «الضمان التعهد بالدين الذي في ذمة المضمون عنه ومن أحكامه انتقاله إلى ذمة الضامن، لا عين الانتقال» (همان، ص ۳۹۹).

آقای حکیم همچنین معتقد است که مفهوم ضمان بین شیعه و سنی مشترک است و اختلاف در خارج مفهوم است. ماهیت ضمان، تعهد به دین و اشتغال ذمه به دین است و نقل دین داخل ماهیت نیست و از احکام بدست آمده از روایات می‌باشد «هذا الاختلاف لا يجوز أن يكون في المفهوم، ضرورة أن المفهوم المنشأ عندهم هو المفهوم المنشأ عندنا، فلا بد أن يكون مفهومه ما

به الاشتراك بیننا و بینهم، و أما ما به الاختلاف فهو خارج عن المفهوم. و علی هذا فليس الضمان الا التعهد بالدين و شغل الذمة به، من دون تعرض فيه الى نقل الدين، بل هو من الأحكام

المستفادة من الأدلة الخاصة الآتية» (مستمسك العروة الوثقى، ج ۱۳، ص ۲۵۰)

این تعریف جامع نیست و شامل ضمان به نحو تعهد به اداء نمی‌شود. بنابراین همان تعریف قبلی مناسب به نظر می‌رسد.

جمع بندی

با صرف تعبیر نقل یا اثبات فی الذمه، اعتقاد نویسندۀ به حقیقت ضمان معلوم نمی‌شود و بعضا این تعابیر به تسامح بکار رفته اند. بلکه باید از احکامی که در فروع و دیگر باب مطرح کرده‌اند در شناخت حقیقت ضمان کمک گرفت. برخی فقها که حقیقت ضمان را به نقل ذمه تعبیر می‌کنند صراحتا این تعبیر را تسامحی می‌دانند و مرادشان اثبات ما فی الذمه است. در مقابل برخی که از ضمان به اثبات مال در ذمه تعبیر می‌کنند همان دین در ذمه مضمون عنه را در ذمه ضامن ثابت می‌دانند که به حقیقت نقل نزدیک تر است. بنابراین هر چند از نظر منطقی نظریه‌ها در حقیقت ضمان در مسائل مختلف باب ضمان مثل بقاء رهن دین اصلی، ضمان به اقل و .. موثر هستند ولی در مواردی از نظرات در فروع، ماهیت ضمان کشف می‌شود.

اینکه نقل حق، مقوم حقیقت ضمان باشد دلیلی عقلی یا نقلی ندارد. ادله شرعی مشتمل بر نقل هم متعرض موارد غالب ضمان شده اند نه بیان ذات ضمان. بنابراین مدار در باب ضمان بر وجود غرض صحیح غیر منهی می‌باشد که با وجود آن، ضمان صحیح است و با عدم آن، صحیح نیست.

باضافه اینکه مواردی از ضمان (مثل برخی اقسام ضمان اعیان) مورد پذیرش قرار گرفته که فقها نقل ذمه را مطرح نکرده بلکه مثلا ضم ضمان به ضمان را قبول کرده‌اند.

بقول علامه حلی «لا دلیل علی کون الضمان مطلقا ناقلا فإنّ الإجماع والخبر إنّما هما فی غیر الأعیان» یعنی اشکال تعریف ضمان به نقل ذمه جامع نبودن آن است چون مثل ضمان عهده را شامل نمی‌شود.

تعریف ضمان به «اثبات ما فی الذمه» ضمان به نحو تعهد به اداء را شامل نمی‌شود با آنکه صدق عرفی ضمان می‌کند. بنابراین این تعریف هم جامع نیست.

به نظر می‌رسد تعریف «التعهد بالمال»، ماهیت ضمان را دقیق‌تر معرفی می‌کند. با لحاظ اینکه کدام قسم ضمان (صرف تعهد به اداء یا ایجاد رابطه وضعی دینی یا عهدی (اعم از نقل یا دم)) مقصود است و متعلق عقد ضمان (دین، عین، فعل) چیست، مورد توافق مشخص می‌شود. اما اثباتا اگر مورد توافق مجمل بود مثلاً توافق فقط بر تعهد به مال انجام شده ولی جزئیات آن مطرح نشده است. در برخی موارد قرینه وجود دارد و از اجمال خارج می‌شود. مثلاً در جایی که پدری ضامن دین تنها فرزند مورد علاقه خود می‌شود، ظهور در اراده نقل ذمه دارد اما اگر شخصی ضامن دین دیگری در بانک شده است، ظهور در ضم ذمه دارد.

اما اگر قرینه ای نبود برخی قائلند حمل بر نقل می‌شود (به نظر بعضی بخاطر تعبد شرعی و به نظر برخی، بخاطر غلبه یا لازمه عرفی ضمان دین) یعنی مقتضای اطلاق ضمان است که اگر کسی بدهی کسی را به عهده گرفت، طرف باید بریء شود. به عبارتی در این مورد، اطلاق منشا انصراف است.

اینکه ضامن، متعهد به اداء باشد یا متعهد به یک رابطه دینی یا عهدی باشد، تابع اراده اوست و قرارداد طبق همان اراده محقق می‌شود. اما اینکه در صورت مثلاً تعهد به دین، باید به نحو نقل یا ضم بودن را مشخص کند والا ضمان محقق نمی‌شود، صحیح به نظر نمی‌رسد. یعنی با صرف تعهد به دین، ماهیت ضمان، موجود می‌شود چون نقل و ضم داخل در ماهیت ضمان نیست.

این احتمال وجود دارد روایات موجود که حکم به براءت ذمه مضمون عنه را مطرح کرده‌اند، ناظر به این حالت باشد که یا ضامن اراده نقل کرده یا قرینه وجود داشته است که در این صورت حکم در روایت مطابق قاعده است و یا هیچ کدام از نقل یا ضم را اراده و توافق نکرده‌اند که در اینصورت، حکم براءت ذمه مضمون عنه تعبدی می‌شود. اگر بگوییم در همین فرض عدم اراده نقل یا ضم، اهل تسنن حکم به ضم کرده‌اند، اختلاف فقهی موجود بین شیعه و سنی، تصویر معقول و منطقی خواهد داشت (مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، ص ۲۵۰).

مشروعیت ضمان ما لم یجب از دیدگاه فقهاء امامیه

استاد راهنما: استاد امینی

نویسنده:

مهدی فرهنگ دلیر^۱

بیان مسئله

از مباحث مورد اختلاف در مسأله ضمان، بحث ضمان ما لم یجب است. در گذشته به خاطر ساده بودن روابط تجاری و معاملاتی به چنین ضمانت‌هایی کمتر نیاز نبود، ولی امروزه با توجه به گسترش تجارت و پیچیدگی معاملات، موارد این نوع ضمانت خیلی افزایش یافته و شاید بتوان گفت: بدون این ضمانت‌ها، تجارت غیر ممکن و یا حداقل خیلی دشوار است. بنابراین بررسی حکم شرعی این نوع ضمانت‌ها دارای اهمیت به سزایی است. آنچه در این تحقیق به دنبال آن هستیم پاسخ به سوالات ذیل است: آیا ضمان ما لم یجب به طور کلی باطل است؟ ادله بطلان و یا صحت این ضمان چیست؟ آیا راهی برای تصحیح شرعی آن وجود دارد؟ آیا می‌توان مشروعیت این نوع ضمان را به عنوان عقد مستقل ثابت کرد؟ آیا عقود جدید مثل عقد بیمه، از موارد ضمان ما لم یجب به شمار می‌رود یا نه؟ این تحقیق در صدد است تا با استفاده از آثار مکتوب فقهاء ادله نقلی و عقلی مسئله را تبیین کند.

^۱ دانش پژوه گروه فقه اقتصاد، سال تحصیلی ۴۰۱-۴۰۰

ضمان

ضمان در لغت به معنای تکفل، التزام، احتواء، تعهد و نظیر این معانی است. (فیومی، مصباح المنیر ۳۶۴؛ ابن منظور، لسان العرب، ۹۸/۸) و در اصطلاح دو معنا دارد. یکی مفهوم عام و گسترده که شامل هر گونه تعهد مالی و جانی می‌شود؛ چنانچه محقق و علامه حلی گفته‌اند: «ضمان عقدی است که برای تعهد نسبت به مال یا جان تشریح شده است.»^۱ دیگری ضمان به معنای خاص که مقصود از آن عبارت است از تعهد و التزام مالی به پرداخت دین از سوی فردی که بدهکار نیست. البته برخی از فقهاء معاصر آن را به اثر یعنی نقل مال از ذمه بدهکار به ذمه متعهد جدید تعریف کرده‌اند (خویی، مبانی العروه، ۱۱۷/۲). در قانون مدنی ماده ۶۸۴ نیز ضمان، برعهده گرفتن مالی که به ذمه دیگری است تعریف شده است. بنابراین ضمان در معنای خاص قسمی از ضمان به معنای عام و قسیم کفالت (ضمانت جانی) و حواله (تعهد مالی از سوی بدهکار) قرار می‌گیرد (حاشیه بر شرایع ص ۴۱۷؛ و روضه البهیة ج ۴ ص ۱۱۳. جواهر الکلام، ج ۲۶ ص ۱۱۴). ضمان اگر ناشی از قهر و حکم شرعی باشد، ضمان قهری و در صورتی که از قرارداد و اراده ضامن ناشی شده باشد ضمان عقدی می‌نامند که همین قسم مورد نظر این نوشته است.

با توجه به ماهیت و تعریف ضمان معلوم شد ضمان چهار رکن اساسی دارد: ضامن، حق مضمون، مضمون له و مضمون عنه. این بدان معناست که فقدان هر کدام از این ارکان موجب زوال ماهیت ضمان خواهد شد. به طور کلی حق مورد ضمانت سه نوع است: دین، عین و فعل (یزدی، العروه الوثقی، ۳۹۹/۵). بدیهی است که این حق باید دارای شرائطی باشد که در کتب فقهی به طور مفصل به آن پرداخته شده؛ اما دو شرط مهم وجود دارد که در هر حق مورد ضمانت باید مورد توجه قرار بگیرد:

۱. «مالیت»: مقصود از مال آن چیزی است که مورد رغبت عقلاء قرار گرفته، قابلیت بذل و منع را داشته باشد. بنابراین حقوق غی مالی مثل حضانت، قصاص یا ولایت را نمی‌توان ضمانت کرد.
۲. ثبوت فی الذمه: به این معنا که عنوان مدیون و متعهد بالفعل بر بدهکار صادق بوده، دین بر ذمه او قرار گرفته باشد. اکثر فقهاء امامیه از گذشته تا به حال از شیخ طوسی تا علامه حلی، از صاحب جواهر تا سید یزدی، این شرط را برای حق مضمون لازم دانسته‌اند، ولی در مصادیق ثبوت

۱. الضمان و هو عقد شرع للتعهد بمال أو نفس. (شرائع الإسلام؛ ج ۲، ص: ۸۸؛ تذکره الفقهاء، ج ۱۴ ص ۲۷۹) و اکثر فقهاء پس از ایشان نیز همین تعریف را پذیرفته‌اند، از جمله محقق ثانی در جامع المقاصد (ج ۵ ص ۳۰۸) و صاحب جواهر در جواهر (ج ۲۶ ص ۱۱۴).

میان فقهاء اختلاف وجود دارد.^۱ به عنوان مثال در ضمان مال جعاله قبل از انجام عمل، به نظر برخی فقهاء انشاء جعاله از سوی جاعل موجب ثبوت حق مضمون می شود و می توان جاعل را ضمانت کرد (علامه حلی، تذکره الفقهاء ج ۱۴ ص ۳۱۱)؛ اما برخی دیگر آن را صحیح نمی دانند. در هر حال فقهاء ثبوت حق مضمون در ذمه را چهار نوع دانسته اند (المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۲، ص: ۳۲۴). زیرا حق مضمون یا ثابت است یا غیر ثابت؛ در فرض اول ثبوتش یا مستقر است یا متزلزل؛ در فرض دوم یا منتهی به ثبوت می شود یا نه. از طرف دیگر حق ضمانت شده، یا دین است یا تعهد؛

اقسام ثبوت حق مضمون

۱) دین لازم مستقر

یعنی سبب دین و خود دین ایجاد شده و از بین نمی رود؛ مانند بهای کالا پس از گرفتن آن از فروشنده در معامله نسبه بدون داشتن حق الخيار؛ در اینجا دین فروشنده بر گردن مشتری هم لازم و هم مستقر شده و به طور معمول قابل زوال نیست. یا ثبوت مهریه بر گردن زوج پس از آمیزش.

۲) دین لازم متزلزل

یعنی سبب دین ایجاد شده، ولی احتمال زوال دارد. مثلاً بهای کالا بر ذمه مشتری قبل از گرفتن کالا از فروشنده، یا اجرت خانه پیش از تمام شدن مدت اجاره و یا کل مهریه پیش از آمیزش، این نوع دین هر چند ثابت شده، ولی در معرض زوال هست. از دین متزلزل هم می توان ضمانت کرد، چون هر چند معامله ای که دین را به ذمه مدیون آورده در معرض فسخ و زوال قرار دارد، ولی چون در ذمه ثابت است قابل ضمانت خواهد بود.

۳) دین غیر لازم منتهی به لزوم

یعنی سبب ثبوت دین ایجاد نشده، ولی مقتضی ثبوت آن به وجود آمده است: مثلاً مال الجعالة از سوی جاعل، در اینجا قبل از انجام عمل، هیچ حقی بر گردن جاعل نیامده و فعلاً ثابت نیست و

۱. شیخ طوسی، (المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۲، ص: ۳۲۴)، امرالثانی فی الحق المضمون؛ و هو کل مال ثابت فی الذمة (حلی، محقق، شرائع الاسلام ج ۲ ص ۹۰)، علامه حلی، تذکره الفقهاء ج ۱۴ ص ۳۱۱، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ۲، ص: ۷۲، شیخ محمد حسن نجفی در جواهر گفته: «البحث الثانی فی الحق المضمون و هو کل مال ثابت فی الذمة و مرجعه الی ما فی القواعد من أن شرطه المالیه و الثبوت فی الذمة و إن کان متزلزلاً کالثلثین فی مدة الخيار، و المهر قبل الدخول» (جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۶ ص ۱۳۵) و مرحوم سید یزدی در عروه گفته: «الشرط الثامن: کون الدین الذي یضمنه ثابتاً فی ذمة المضمون عنه سواء کان مستقرّاً، (العروة الوثقی، المحشی، ج ۵ ص ۴۰۶)

با انجام کار از سوی عامل، بر ذمه جاعل ثابت می‌شود، اما چون مقتضی حق یعنی انشاء جعل محقق شده، ضمان آن صحیح است. البته درباره این قسم میان فقهاء اختلاف وجود دارد.^۱

۴) دین غیر ثابت، غیر منتهی به ثبوت

یعنی نه خود دین و نه سبب آن ایجاد نشده است؛ به عنوان مثال اگر شخصی به زید بگوید: هر مقدار که بکر از تو قرض کند، یا هر قدر به فلانی قرض بدهی من ضامنم، یا نفقه زمان آیندهٔ زوجه را از طرف زوج ضمانت کند.

۵) تعهد لازم مستقر

به عنوان مثال کسی متعهد مال مغضوبی شود که غاصب از بین برده است؛ در اینجا غصب باعث لزوم ضمان و تلف شدن عین مغضوب باعث استقرار آن شده است. و چنین ضمانتی کاملاً صحیح است.

۶) تعهد لازم غیر مستقر

مثلاً در عاریهٔ مضمونه (عاریهٔ طلا و نقره) یا عاریه به شرط ضمان شخصی ضامن شود که اگر مستعیر این عین را اتلاف کند، عوض آن را به صاحب کالا بپردازد، در اینجا تعهد مورد ضمانت، به واسطه عقد واجب شده، ولی غیر مستقر و متزلزل است زیرا هر لحظه مستعیر میتواند کالا را برگرداند و موضوع تعهد از بین برود.

۷) تعهد غیر لازم منتهی به لزوم

مثلاً در جعالة کسی ضامن مال الجعل شود. در اینجا تا زمانی که عامل فعل را انجام نداده، هنوز تعهدی بر عهده جاعل نیامده، ولی سبب تعهد یعنی جعالة موجود است؛ البته در دین بودن یا تعهد بودن آنچه جاعل بر ذمه دارد اختلاف وجود دارد، برخی فقهاء آن را از مصادیق قسم سوم ضمانت دیون و برخی جزء تعهدات در نظر گرفته‌اند. به نظر نگارنده قبل از اینکه عامل عمل را انجام دهد، هیچ بدهی بر عهده جاعل نیست و انشاء جعل تنها موجب ایجاد سبب تعهد می‌شود. بله در صورت انجام دادن عامل، جاعل مدیون می‌گردد و ضمانت او، ضمان دین ثابت است. همین بحث را دربارهٔ سبق و رمایه نیز می‌توان مطرح کرد. یعنی اگر قبل از انجام مسابقه کسی

^۱ . شیخ طوسی به خاطر برخی ادله روایی، قائل به صحت شده است. «فانه لیس بلازم فی الحال لکنه یؤول الی اللزوم بفعل ما شرط المال له و یصح ضمانه و یلزمه لقوله صلی الله علیه و آله: «الزعیم غارم» و لقوله تعالی «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»). مبسوط ج ۲ ص ۲۲۴؛ ولی محقق حلی ضمانت این نوع حقوق از جمله مال الجعالة را نمی‌پذیرد (شرایع الاسلام، ج ۲ ص ۹۰)

ضامن جایزه گردد، از موارد همین قسم سوم به شمار می‌آید زیرا در اینجا نیز تنها سبب تعهد ایجاد شده است. از موارد دیگری که می‌توان برای این قسم از ضمان تعهدات در نظر گرفت، ضمانت تعهد فعل مشروط در یک عقد لازم است؛ مثلاً اگر در یک معامله بیع، فروشنده متعهد شود که در صورت وجود نقص در کالا فلان مبلغ به مشتری بدهد یا فلان کار را برایش انجام دهد؛ در اینجا سبب تعهد به وجود آمده، ولی خود تعهد موجود نیست و اگر کسی در تعهد مشروط بایع را ضمانت کند، از مصادیق ضمان تعهد غیر لازم منتهی به لزوم است.

۸) تعهد غیر لازم غیر منتهی به لزوم

یعنی نه خود تعهد وجود دارد و نه سبب تعهد؛ به عبارت بهتر نه حق مضمون و نه مضمون عنه وجود ندارد. مثلاً کسی عاریه غیر مضمونه یا مال امانی را در صورت تلف ضمانت کند. در اینجا مستعیر و امین متعهد به چیزی نیست و عقد عاریه نیز سببیتی برای ضمان ندارد. این تقسیم بندی مطابق همان چیزی است که درباره حق مضمون در برخی کلمات فقهاء (شیخ طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۲، ص: ۳۲۴) وجود دارد؛ هر چند ظاهر اکثر عبارات فقهاء در این دسته بندی بیشتر ناظر به حق دینی است، ولی می‌توان گفت درباره تعهد نیز این تقسیم را قبول دارند.

به نظر می‌رسد با توجه به اینکه معیار اصلی در تحقق ضمان، وجود و عدم ارکان ضمان (ضامن، مضمون عنه، حق مضمون، مضمون له) است، تقسیم مطلوب در تبیین موضوع ضمان ما لم یجب، چنین است: حق مضمون (دین، تعهد) یا قبل از عقد ضمان محقق است یا نه؛ در فرض دوم یا سبب دین و تعهد وجود دارد یا نه. بنابراین تزلزل حق مضمون تأثیری در تحقق ضمان ندارد و ضمان عقدی با توجه به ثبوت حق مضمون سه نوع می‌تواند باشد.

۱) ضمان دین و تعهد موجود (قبل از ضمان)

۲) ضمان دین و تعهد محقق السبب

۳) ضمان دین و تعهد غیر موجود و غیر محقق السبب (ضمان ما لم یجب)

درباره قسم اول اختلافی در تحقق و صحت ضمان وجود ندارد و مورد اتفاق فقهاست. درباره قسم دوم نیز تحقق آن مسلم است، هر چند برخی فقهاء در صحت آن تردید دارند، ولی اکثراً آن را صحیح می‌دانند. اما قسم سوم که مورد مناقشه و نزاع میان فقهاست، در اصطلاح به ضمان ما لم یجب مشهور است. بنابراین ضمان ما لم یجب را می‌توان چنین تعریف کرد: «ضمان ما لم یجب ضمانتی است که قبل از انشاء ضمان، نه خود حق مضمون وجود دارد و نه سبب آن». بنابراین آنچه در حق مضمون شرط است، ثبوت آن در ذمه است، خواه اثر ضمان نقل ذمه به ذمه باشد

همچنانکه فقیهان شیعه بیان کرده‌اند (حکیم، مستمسک عروه ج ۱۳ ص ۲۵۰) یا ضم ذمه به ذمه باشد آن گونه که فقیهان اهل سنت به آن قائلند (زحلی، ۵/۱۴۹). در هر حال اگر شخصی به دیگری بگوید: «مال را به فلانی قرض بده، من ضامنم، یا کالا را نسبه بفروش و من ضامنم و امثال آن» همه این موارد از مصادیق «ضمان ما لم یجب» بوده و به ادعای اکثر فقهاء چنین ضمانی اجماعاً باطل خواهد بود، زیرا دینی که ضمانت شده، هنوز به ذمه مدیون نیامده است. (نجفی، ۳۲۴/۹) در ماده ۶۹۱ قانون مدنی نیز آمده: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است». قبل از بررسی ادعای اجماع، موارد متعددی در میان کلام فقهاء می‌توان پیدا کرد که با وجود «ضمان ما لم یجب بودن» برخی حکم به صحت آن نموده‌اند و گروهی دیگر آن را نپذیرفته آن را باطل دانسته‌اند. بنابراین لازم است از سه جهت ضمان ما لم یجب را بررسی کنیم: ابتدا نظریه‌های مطرح شده درباره حکم «ضمان ما لم یجب» را به طور کلی بیان کرده، در ادامه ادله هر کدام از اقوال را مورد نقد و بررسی قرار می‌دهیم و در آخر نمونه‌های مورد اختلاف را بررسی کرده، نتیجه بحث را مشخص خواهیم کرد.

نظریه‌ها در حکم ضمان ما لم یجب

درباره ضمان ما لم یجب سه نظر عمده میان فقهاء وجود دارد:

۱) بطلان و عدم صحت به طور مطلق

اکثریت قریب به اتفاق فقهاء متقدم و متاخر قائل به عدم صحت شده، هیچ اختلافی در بطلان آن ندارند (شیخ طوسی، الخلاف ج ۳ ص ۳۱۷، ابن زهره، غنیه النزوع ص ۲۶۰، ابن ادریس، السرائر، ج ۲ ص ۷۲، محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۲ ص ۹۰ علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعیه، ج ۲ ص ۵۵۱؛ شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۴ ص ۱۹۱؛ مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان؛ ج ۹، ص: ۲۹۲). دلیل اصلی این گروه برای بطلان آن، تبعی بودن عقد ضمان نسبت به دین و تعهد می‌باشد و به همین خاطر این فقهاء یکی از شرایط رکنی ضمان را ثبوت مال در ذمه قرار داده‌اند.

۲) صحت ضمان

ظاهراً اولین کسی که ضمان ما لم یجب را به طور مطلق صحیح دانسته، سید یزدی است و اکثر فقهاء بعدی از ایشان تبعیت کرده، حکم به صحت ضمان ما لم یجب کرده‌اند. البته قائلین به صحت دارای دو نظریه هستند. برخی همانند سید یزدی ضمان ما لم یجب را به همان معنای اصطلاحی صحیح دانسته، برای صحت آن به ادله خاص ضمان تمسک کرده‌اند و ادله بطلان را به طور کلی رد می‌کنند (العروة الوثقی مع التعليقات، ج ۲، ص: ۶۹۸). در مقابل برخی دیگر از جمله، امام

خمينی، آقای خویی و آقای حکیم، ضمان ما لم یجب را به معنای اصطلاحی آن باطل می‌دانند و معتقدند ادله خاص ضمان نمی‌تواند صحت شرعی ضمان ما لم یجب را اثبات کند؛ اما می‌توان صحت آن را با ادله عام معاملات و به عنوان ضمان عرفی و عقد مستقل، اثبات کرد.

ادله بطلان ضمان ما لم یجب

در میان آثار فقهی ادله متعددی بر بطلان ضمان ما لم یجب بیان شده است و اکثر حقوق دانها نیز از ایشان تبعیت کرده، به بازگویی و شرح آن ادله پرداخته‌اند، اما در نهایت با ملاحظه مطابقت قانون مدنی با نظر فقهاء، بطلام ضمان ما لم را پذیرفته‌اند. مهم‌ترین دلایلی که بر بطلان ضمان ما لم یجب اقامه شده، به قرار زیر است.

۱) معقول نبودن ضمان ما لم یجب:

یکی از مهمترین ادله اقامه شده برای عدم صحت ضمان ما لم یجب، معقول نبودن آن است. این دلیل در اصل به تبعی بودن عقد ضمان نسبت به دین و تعهد برمی‌گردد، ولی با دو بیان متفاوت ارائه شده است.

بیان اول) محور اصلی استدلال در این بیان حول نقل دین می‌چرخد و دو مقدمه مهم دارد:

مقدمه اول: عقد ضمان، ملازم با نقل دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن است.

مقدمه دوم: نقل دین از یک ذمه به ذمه دیگر فرع و متوقف بر وجود دین است.

نتیجه این دو مقدمه این است که اگر کسی ضمانت دینی را که هنوز بر ذمه مدیون ثابت نیست، بپذیرد، لازمه‌اش نقل و انتقال شیء معدوم است و این معقول و عقلایی نیست (حلی، نجم الدین، ایضاح

ترددات الشرائع، ج ۱ ص ۲۹۹).

اساس این استدلال بر نقل ذمه استوار است و به طریق ائی ثابت می‌کند که هر جا اثر ضمان یعنی نقل ذمه ممکن نبود، خود ضمان هم وجود نخواهد داشت. و چون در ضمان ما لم یجب دین و تعهدی در قبل وجود ندارد، نقل ذمه و در نتیجه تحقق ضمان ممکن نخواهد بود. این بیان با این اشکال روبروست که نقل ذمه از آثار حتمی ضمان نیست و با توجه به تعریف آن، در ماهیت ضمان نیز اخذ نشده است و بیشتر متون فقهی نیز آن را تایید می‌کند.^۱

^۱ «فهذا المال لا یصح ضمانه لأن الضمان إثبات مال في الذمة و التزام لأدائه و هو فرع للمضمون عنه فلا يجوز أن یکون ذلك المال في الأصل غير لازم و یکون في الفرع لازما فلهذا منعنا من صحة ضمانه و هذا لا خلاف فيه» (المبسوط ج ۲ ص ۳۲۴)؛ «و إن كانت نفقة مستقبلة» (۲) لم یصح ضمانها، لأنها غير ثابتة في الذمة» ابن ادریس، (سرائر ج ۲ ص ۷۲)؛ علامه حلی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان؛ ج ۱، ص: ۴۰۱؛ الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة؛ ج ۲، ص: ۲۷

بیان دوم) در این بیان روی تبعیت حقیقت ضمان از متعلقش تکیه شده است. متعلق عقد ضمان دین و تعهد مدیون است و تا تعهد و دینی بر ذمه مدیون اصلی نباشد، تحقق ضمان بی معنی، بلکه غیر ممکن خواهد بود؛ زیرا ضمان امری ذو اضافه به متعلق و تابع و فرع دین می‌باشد. بنابراین در ابتدا باید متعلق و اصل یعنی (تعهد یا دین) میان طلبکار و بدهکار باشد، تا شخص سوم بیاید و آن دین را برعهده بگیرد، در حالی که در ضمان ما لم یجب هنوز هیچ دین و تعهدی تحقق ندارد و در نتیجه تحقق ضمان منطقی و معقول نخواهد بود. البته اگر سبب دین موجود بود، امکان داشت در برخی موارد مثل جعاله، یا مهریه از لحاظ عرفی حکم به تحقق دین نمود، ولی در ضمان ما لم یجب سبب نیز موجود نیست.

نظر برخی فقهاء ناظر به بیان دوم است و با تعریفی که از ضمان ارائه کرده‌اند سازگار است. اولین کسی که به این استدلال اشاره کرده، مرحوم شیخ طوسی است و فقهاء بعدی آن را به بیان‌های مختلف مطرح کرده‌اند.^۱ شیخ طوسی گفته: «ضمانت مالی که ثابت نشده، صحیح نیست، زیرا ضمان (اثبات مال در ذمه و التزام به اداء آن) فرع مضمون عنه است و عقلاً جایز نیست در حالی که هیچ دینی بر اصل (مضمون عنه) ثابت نیست، حتی بر ذمه فرع (ضامن) ثابت و لازم باشد.» (شیخ طوسی، محمد، همان)، صاحب حدائق نیز عین همین تعبیر را آورده است. (الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة؛ ج ۲۱، ص: ۲۷) صاحب جواهر نیز بدون بیان اصل استدلال، تنها به ذکر عدم معقول بودن ضمان نفقه آینده زوجه اکتفا کرده است (جواهر الکلام، ج ۲۶ ص ۱۳۹).

در مقابل برخی فقهاء معاصر از بیان اول برای بطلان ضمان ما لم یجب بهره جسته‌اند و استدلال خود را روی امتناع نقل بنا نهاده‌اند. مرحوم نائینی در حاشیه عروه الوثقی، گفته است: اگر قوام حق مضمون، مشغول بودن ذمه شخص معین هنگام به آن حق باشد، امتناع ضمان ناقل ذمه، قبل از حدوث آن حق واضح و روشن است (سید یردی، العروة الوثقی، (المحشی) ج ۵ ص ۴۰۸). مرحوم خوبی با تصریح بر عدم صحت ضمان ما لم یجب، گفته: ضمانت دین غیر ثابت در ذمه و عین ناموجود در خارج به خاطر امتناع انتقال معدوم از ذمه‌ای به ذمه دیگر نامعقول است.^۲ بنابراین به طور کلی

^۱. همان.

^۲. «و علیه فی المقام، حیث لا یكون متعلق الضمان ديناً فعلياً ثابتاً في ذمة البائع عند الضمان و لا عيناً خارجياً، فلا محيص عن رجوع ضمانه إلى ضمان ما لم یجب الغير المعقول لامتناع انتقال المعدوم إلى ذمة الغير، أو الضمان علی نحو الواجب المشروط الباطل إجماعاً لأعتبار التنجيز فيه. و الحاصل أن المتعين في المقام هو الحكم بالبطال.» (موسوعة الإمام الخوئي؛ ج ۳۱، ص: ۴۷۲) و در جای دیگری گفته: (الا انه لا يتم بناء علی مذهبنا في الضمان و انه نقل ذمة إلى أخرى، فإنه إذا لم

می‌توان گفت اکثر کسانی که ضمان اصطلاحی را نقل مال از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن تعریف کرده، یا ثبوت فی الذمه را از شرائط آن گرفته، یا اثر ضمان را انتقال مال از ذمه‌ای به ذمه دیگر دانسته‌اند، با استناد به بیان اول ضمان ما لم یجب را باطل دانسته‌اند.

بنابراین درباره عدم معقول بودن ضمان ما لم یجب دو معیار اصلی وجود دارد. اولی تلازم نقل دین با ضمان و دیگری تبعی و فرع بودن ضمان نسبت به اصل دین و تعهد است. محذور اول در ناحیه لازم و موخر از ضمان قرار دارد، ولی محذور دوم در رتبه علت و مقدم بر ضمان و محل وفاق میان قریب به اتفاق فقهاء و از قوت بیشتری برخوردار است. زیرا ضمان چه اشتغال و اثبات مال در ذمه باشد که برخی عقیده دارند و چه نقل ذمه به ذمه باشد که نظر برخی دیگر است، برای تحقق آن باید دین و تعهدی در قبل محقق باشد تا در ذمه قرار بگیرد و یا به ذمه منتقل گردد. در هر حال به نظر می‌رسد هیچ کدام از این دو محذور نمی‌تواند مانع تحقق ضمان گردد و می‌توان از آن جواب داد. نسبت به بیان اول می‌توان گفت:

اولاً: ضمان نیاز به نقل ندارد و در ماهیت آن هم نقل اخذ نشده است و تعبیر به نقل هم در عبارات فقهاء می‌تواند ناشی از ضیق تعبیر و یا تسامح در بیان باشد. آنچه نکته محوری در ضمان به شمار می‌رود و رکن بودن حق مضمون نیز به همان نکته برمی‌گردد، نیاز تحقق ضمان به وجود متعلق و حق مضمون است. به عبارت دیگر تا حق مضمون فارغ از تعهد و یا دین بودن، موجود نباشد، ضمانی محقق نخواهد شد و قصد انشاء آن لغو خواهد بود. این بیان برخلاف بیان اول، عرفی‌تر است، زیرا به هر کس بگویی من ضامن شده‌ام، می‌پرسند: «ضامن چه چیزی شده‌ای؟»؛ بنابراین عرف با نبود متعلق، ضمان را محقق نمی‌داند. در جواب از این بیان نیز باید خاطر نشان کرد که هر چند در دین آتی ضمان به معنای اثبات و اشتغال ذمه معنا ندارد، اما ماهیت و مفهوم ضمان اختصاص به اشتغال ذمه ندارد و شامل ضمان به معنای تعهد نیز می‌شود و شاهد آن، تعریف مشهور فقهاء از ضمان است که آن را «تعهد به اداء مال» دانسته‌اند.

ثانیاً: صدق عرفی ضمان بر تعهد به اداء مال در آینده نیز مسلم است و تعهد به اداء مال مستلزم تحقق فعلی اداء نیست. بنابراین ضامن می‌تواند، از هم اکنون متعهد به اداء مال در آینده شود و فقهاء نیز این را می‌پذیرند که می‌شود دین «حالاً» را به صورت مؤجل بر عهده بگیرد، هر چند شرط می‌کنند که باید تعهدی باشد. اما به نظر می‌رسد، برای برعهده گرفتن تعهدی، نیاز به ثبوت

تکن الذمة الأولى مشغولة بشيء لم يكن لنقله إلى ذمة أخرى معنى محصل، و معه كيف يمكن التمسك بالإطلاقات لإثبات صحته. (مباني العروة الوثقى؛ ج ۲، ص: ۱۱۷)

آن تعهد در خارج نیست، هر چند در اینصورت نمی‌توان آن را ضمان از فلان تعهد و یا دین دانست، ولی می‌توان او را ضامن از فلان شخص به حساب آورد.

ثالثاً: ادله خاص ضمان هر چند درباره ضمان دین محقق است، ولی اختصاص به آن ندارد و بر فرض ادله خاص ضمان فقط اختصاص به تحقق دین باشد، اما ادله عام عقود، می‌تواند شامل تعهد به اداء هم بشود و موید این مطلب آن است که اکثر فقهاء متقدم و متاخر ضمان را تعهد به اداء مال تعریف کرده‌اند و با اینکه ضمان اعیان مضمونه در گذشته مطرح و مرسوم نبوده بسیاری از فقهاء ضمان عقدی درباره اعیان مضمونه را پذیرفته‌اند و از آن تعبیر به ضمان عهده و یا ضمان تعهد می‌کنند. بنابراین امکان دارد یک عینی را قبل از اینکه ضمانت درباره او محقق شود، ضمانت کرد.

رابعاً: وقتی ضامن دینی را که هنوز محقق نیست، بر عهده می‌گیرد، به این معناست که اگر فلان دین بر مدیون ثابت شود، بر ذمه ضامن قرار بگیرد و این همان معلق کردن ضمان به تحقق چیزی در آینده است و تعلیق در عقود به اجماع فقهاء موجب بطلان عقد می‌گردد و به همین خاطر مشهور فقهاء این نوع ضمان را باطل می‌دانند.^۱ اما در مقابل گروهی عقیده دارند که بطلان تعلیق، به خاطر اجماع یا عدم امکان تعلیق در انشاء نیست، بلکه اشکال عمده منافات تعلیق با حقیقت عقد است^۲، زیرا قصد و اراده جدی در آن محقق نمی‌شود. پس اگر در جایی عقد ضمان با وجود تعلیق در آن از روی قصد جدی منعقد شود و یا تحقق امر معلق مسلم باشد، اشکالی در تحقق عقد ضمان وجود نخواهد داشت.

۲) اجماع

یکی از مهم‌ترین ادله‌ای که برای بطلان ضمان ما لم یجب اقامه شده، می‌باشد. شیخ طوسی در این باره تعبیر به لاخلاف آورده است (المبسوط، ج ۲ ص ۳۲۵). اما ابن زهره گفته امر مضمون باید حقی لازم بر ذمه باشد و دلیل این لزوم اجماع فقهاست (ابن زهره، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع؛ ص: ۲۶۰). علامه حلی گفته: اگر کسی به دیگری بگوید: هر آنچه به دیگری قرض بدهی بر عهده من، نزد همه علماء شیعه صحیح نیست، زیرا ضمان برای وثیقه بودن برای حق (دین یا تعهد) تشریح شده

^۱. یزدی، العروه الوثقی مع التعلیقات، ۲/۶۹۶؛ در حاشیه بر این مطلب، آقای خوبی صحت در صحت آن اشکال کرده؛ آقای گلپایگانی نظر مشهور را پذیرفته است.

^۲. همان، تعلیقه ناصر مکارم شیرازی.

است، پس در زمانی که حقی نباشد، ضمان آن حق معنا ندارد.^۱ مرحوم نراقی نیز در مناهل گفته: اگر کسی مالی را که دیگری می‌خواهد قرض بگیرد، یا ثمن کالایی که دیگری قصد خریدش را دارد، ضمانت کند، صحیح نیست و ظاهر کلام ابن زهره، ابن ادریس، محقق حلی، علامه حلی، شهید اول، محقق ثانی، شهید ثانی و محقق اردبیلی، عدم صحت را نشان می‌دهد، بلکه ظاهراً هیچ اختلافی در عدم صحت وجود ندارد، بنابراین حق مضمون باید ثابت و یا منتهی به ثبوت باشد (نراقی، کتاب المناهل؛ ص: ۱۱۳). صاحب جواهر نیز دربارهٔ اشتراط ثبوت حق مضمون ادعای اجماع نموده است (جواهر الکلام، ج ۲۶ ص ۱۴۱). مرحوم خوئی عدم صحت «ضمان ما لم یجب» را اجماع دانسته و گفته بنابر مذهب شیعه، صحیح نیست، زیرا ضمان در نزد امامیه نقل ذمه به ذمه است و اگر ذمهٔ شخص اول مشغول به چیزی نباشد، نقل آن به ذمهٔ دیگری معنا ندارد.^۲ به طور کلی بررسی آثار فقهاء نشان می‌دهد، ادعای اجماع بر بطلان ضمان ما لم یجب، اولین بار توسط علامه حلی در تذکره بیان شده است و قبل از ایشان کسی این اجماع را مطرح نکرده است. تنها مطلبی که قبل از ادعای علامه بیان شده تعبیر به «لاخلاف» شیخ طوسی است. از طرف دیگر آنچه بیشتر در آثار فقهی وجود دارد، اجماعی بودن شرط «ثبوت حق مضمون» است و این مساوی با اجماع بر بطلان نیست. به عقیدهٔ بعضی چون این اجماع ناشی از اجتهاد و برگرفته از ادلهٔ عقلی و نقلی در مساله می‌باشد، اجماعی مدرکی است و امر تعبدی و کاشف از قول معصوم، نیست (سبزواری، مهذب الاحکام، ۲۰/۲۲۵). شاهد دیگری که ادعای اجماع را با چالش مواجه می‌کند این است که در برخی آثار، بطلان ضمان ما لم یجب را به مشهور نسبت داده‌اند (رجوع کن به: یزدی، محمد کاظم، العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص: ۴۰۷. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۴ ص ۱۹۹. روحانی، سید محمد، فقه الصادق علیه السلام ج ۲۰ ص ۱۶۱. جزیری، عبد الرحمن - غروی، سید محمد - یاسر مازح، (الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم السلام، ج ۴ ص ۶۸۶). آخرین عامل بر عدم تحقق این اجماع وجود موارد متعددی است که فقهاء حکم به صحت ضمان ما لم یجب داده‌اند که به برخی اشاره می‌گردد.

۱. و لو قال لغیره: ما أعطیت فلاناً فهو علیّ لم یصح أيضاً عند علمائنا أجمع - و به قال أحمد - لأنّ الضمان ضمّ ذمّة إلى ذمّة فی التزام الدّین، فإذا لم یکن علی المضمون عنه شیء فلا ضمّ فيه و لا یكون ضماناً. و لأنّ الضمان شرع لوثیقة الحق، فلا یسبق وجوب الحق كالشهادة (تذکره، ج ۱۴ ص ۳۱۱)

۲. الا انه لا ینم بناء علی مذهبتنا فی الضمان و انه نقل ذمة إلى أخرى، فإنه إذا لم تكن الذمة الأولى مشغولة بشيء لم یکن لنقله إلى ذمة أخرى معنی محصل، و معه کیف یمكن التمسك بالإطلاقات لإثبات صحتة. (مبانی العروة الوثقی؛ ج ۲، ص: ۱۱۷)

ضمان از مال الجعالة

اگر عامل پیش از انجام مورد جعالة، برای اطمینان از انجام تعهد جاعل از او بخواهد تا شخص دیگری ضامن جاعل شود و او قبول کند، آیا این ضمان از مصادیق ضمان لم یجب و باطل است؟ یا اینکه صحیح و شرعی است؟ برخی قائلند سبب دین، عقد جعالة است و به محض انشای صیغۀ جعالة توسط جاعل، دین بر ذمه او ثابت می‌گردد (حلی، علامه، قواعد الاحکام، ۱۵۷/۲. محقق ثانی، جواهر الکلام ۱۳۷/۲۶) و در نتیجه ضمان مال الجعالة قبل از انجام عمل صحیح است. گروهی هر چند این مورد را از موارد ضمان ما لم یجب قلمداد کرده‌اند، ولی به خاطر آیه «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَ آتَا بِهِ زَعِيمًا» (یوسف، ۷۲) آن را صحیح دانسته‌اند. اما در مقابل عده‌ای این نوع ضمان را به خاطر ضمان ما لم یجب نمی‌پذیرند؛ (حلی محقق، شرایع الاسلام، ۹۰/۲. علامه حلی، تذکره ۳۱۷/۱۴. محقق ثانی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵ ص ۳۶۹. محقق اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۲۹۲/۹) زیرا معتقدند پیش انجام عمل و حتی در حین عمل هیچ دینی بر عهده جاعل نیامده است و تنها بعد از اتمام عمل دین بر ذمه جاعل ثابت می‌شود و قبل از آن ضمان باطل است.

ضمان از نفقه آینده

درباره ضمانت نفقه گذشته و حال زن هیچ اختلافی وجود ندارد، زیرا این نفقات بر ذمه مرد ثابت شده است؛ اما درباره ضمان نفقه آینده زن اختلاف وجود دارد. اکثر فقهاء به خاطر اینکه هنوز نفقات آینده بر ذمه مرد ثابت نشده و سبب ثبوتش حاصل نشده حکم به بطلان این ضمان نموده‌اند (حلی، محقق، شرایع الاسلام، ۹۰/۲. نجفی، جواهر الکلام، ۱۳۹/۲۶). در مقابل برخی دیگر مثل سید یزدی، سبزواری صحت آن را بعید نمی‌دانند، زیرا این نفقه در نزد عرف به منزله دین ثابت است (یزدی، سید کاظم، العروة الوثقی؛ سبزواری، ۲۷۷/۲۰) برخی نیز با استناد اینکه اسقاط نفقات در همه زمانهای آینده جایز است، ضمانش را هم جایز دانسته است (حکیم، منهاج الصالحین ۱/۲).

ضمان عهده

اگر در قرار داد بیع مشتری احتمال دهد که معامله به خاطر غصبی بودن کالا یا امر دیگر باطل باشد، می‌تواند از بایع بخواهد تا شخص سومی تدارک ثمن را برای بایع ضمانت کند. همه فقهاء چنین ضمانتی را در فرضی که بیع باطل شود صحیح دانسته‌اند (حلی، علامه، تذکره ۳۲۹/۱۴)، در حالی که در هنگام عقد ضمان دینی بر عهده بایع نیست، چون فرض این است که مشتری کالا را تحویل گرفته است.

همچنین موارد بسیار دیگری از جمله ضمان اعیان مضمونه، ضمان جبران خسارت بناء و غرس درخت، ضمان اُرش جنایت و غیره وجود دارد که فقهاء آنها را با وجود اینکه در ذمه ثابت نیستند، جایز شمرده‌اند. در اینجا گروهی خواسته‌اند این موارد را توجیه کرده، آنها را از مصادیق ضمان ما لم یجب خارج کنند، گروه دوم این موارد را از مصادیق ضمان به معنای لغوی دانسته‌اند (حکیم، مستمسک العروه، ج ۱۳ ص ۲۶۵، دسته‌ای سوم آنها را مستثنی دانسته، شرط ثبوت دین در ذمه را شرط غالبی قرار داده‌اند (عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۶/۳۹۸) و گروهی آن را به ضمان عهده برمی‌گردانند (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۴/۱۹۱).

۳) عدم تحقق قصد

آقای حکیم عدم تحقق قصد جدی به انشاء ضمان را دلیل اصلی عدم صحت ضمان ما لم یجب می‌داند. ایشان گفته: ضمان عبارت از اشغال ذمه ضامن به چیزی که ذمه مضمون عنه به آن مشغول است و این معنا متوقف بر مشغول بودن ذمه مضمون عنه است، تا تعلق قصد به آن درست باشد و اگر چیزی بر ذمه مضمون عنه نباشد، امکان ندارد ضامن بتواند قصد و انشاء اشغال ذمه به آن دین را بنماید. بنابراین هیچ ضمانی و عقدی در کار نیست، تا بتوان با تمسک به عموماً دال بر صحت ضمان و یا عقود آن را درست کرد (حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوقتی، ج ۱۳ ص ۲۶۵). البته ایشان تلاش می‌کند به نحو واجب مشروط یا معلق این نوع ضمانها را درست کند، ولی در نهایت از این طریق نیز قابل تصحیح نمی‌داند.

این دلیل مبتنی بر همان دلیل اول است، یعنی با توجه به اینکه در نظر آقای حکیم تحقق ضمان بدون وجود متعلق آن ممکن نیست، بنابراین قصد جدی ضامن به امری که می‌داند محقق نمی‌شود، تعلق نمی‌گیرد و با فقدان قصد جدی عقد ضمان باطل خواهد بود. اما همانطور که در قبل بیان شد، تحقق ضمان تلازمی با اشتغال بالفعل ذمه نسبت به دین و تعهد مضمون عنه ندارد. در واقع در ضمان لازم نیست، همان تعهد و دین مضمون عنه بر ذمه اثبات شود و یا منتقل شود، بلکه تحقق تعهد به نفع مضمون له ملاک است. بنابراین در جایی که ضامن می‌داند تعهد و دینی بر عهده مضمون عنه خواهد آمد، می‌تواند آن را متعهد شود و قصد جدی به آن تعلق بگیرد. به در جایی که ضامن بداند، هیچ نوع تعهدی بر عهده مضمون عنه نخواهد آمد، تحقق ضمان در اینجا مشکل است. مثلاً در عاریه غیر مضمونه در جایی که صاحب کالا از دادن عاریه به دیگری نگران است، ضامن بازگرداندن آن و یا بدل آن در صورت تلف را ضمانت کند؛ مگر اینکه توسعه دیگری در معنای ضمان بدهیم و حتی وجود مضمون عنه را هم در تحقق ضمان دخیل ندانیم و

هر نوع تعهد به اداء مال به نفع دیگری را ضمان بدانیم. این توسعه با تعریفی که فقهاء از ضمان دارند، ناسازگار نیست، ولی با ارکان ذکر شده برای ضمان سازگاری ندارد. در هر حال به نظر می‌رسد تحقق و عدم تحقق قصد جدی امری وجدانی است و نمی‌توان آن را به عنوان دلیل مطرح کرد؛ علاوه بر اینکه قصد جدی در اینجا نیز محقق می‌شود. شاهد این مطلب، انواع ضمانت‌ها و تعهداتی است که اشخاص یا شرکتهایی مثل بیمه‌ها ابتدائاً و بدون تحقق تعهد و دین قبلی، برعهده می‌گیرند و با قصد کاملاً جدی آن را ضمانت می‌کنند. در نتیجه دلیل مزبور نمی‌تواند مانع صحت ضمان ما لم یجب قرار بگیرد.

۴) عدم الدلیل

از جمله ادله‌ای که برای عدم صحت ضمان ما لم یجب اقامه شده، عدم شمول ادله نسبت به این نوع ضمان است^۱. به نظر این مستدل همه اخبار و روایات ضمان، فقط درباره ضمان ما فی الذمه می‌باشد و اطلاق یا عمومی ندارند تا بتوان برای مشروعیت ضمان به طور کلی به آنها تمسک کرد (خویی، ابولقاسم، مبانی العروة الوثقی؛ ج ۲، ص: ۱۱۷). به عقیده برخی با توجه به اینکه درباره شرط ثبوت مال در ذمه ادعای اجماع شده، در شمول ادله ضمان به ضمان ما لم یجب شک می‌کنیم، نسبت به ضما جایی که حق در ذمه مضمون عنه ثابت نیست، با توجه به عدم شمول ادله ضمان نسبت به در صحت ضمان شک می‌کنیم و اصل این است که بر چنین ضمانی اثری مترتب نشود. ترتب اثر چنین ضمانی و من دعوی الإجماع علی اشتراط أن یكون مالاً فی الذمة فی الحق المضمون، لا أقل من الشك، و الأصل عدم ترتب الأثر فی مثل هذا الضمان تنها روایت قابل استدلال در این موضوع، روایت نبوی: «الزعم غارم» هست که در از طریق اهل سنت حکایت شده و سند آن مشکل دارد، بلکه از برخی اخبار استفاده می‌شود که اصلاً چنین روایتی ثابت نیست (فقه الصادق علیه السلام، للروحانی؛ ج ۲۰، ص: ۱۶۱).

جواب از این دلیل نیز با توجه به مطالب قبل روشن است، زیرا چنانچه معلوم شد ماهیت ضمان عام است و تحقق آن تلازمی با وجود فعلی و خارجی حق مضمون ندارد و همینکه امکان تحقق آن در آینده وجود داشته باشد، می‌توان آن را بر عهده گرفت، همانند سایر تعهد به فعل‌هایی که شخص می‌تواند در یک معامله و عقد بیع بر عهده بگیرد. البته ادای آن تعهد وابسته به شرایطی

^۱ «لا یصح ضمان المجهول، سواء كان واجباً أو غیر واجب، و لا یصح ضمان ما لا یجب سواء كان معلوماً أو مجهولاً، بدلالة ما روی عن النبي علیه السلام أنه نهی عن الفرر، و ضمان المجهول فرر، و لأنه لا دلالة [۲] علی صحته» (المؤتلف من المختلف؛ ج ۱، ص: ۵۸۶) و

است که احتمال دارد واقع نشود، اما این مربوط به وفای آن تعهد است نه خود تعهد. بنابراین ادله خاص ضمان شامل ضمان ما لم یجب نیز می‌گردد هر چند مورد آنها در جایی است که تعهد و دینی ثابت شده باشد. اما اگر کسی قائل به اختصاص ادله خاص ضمان به موارد ثبوت دین و تعهد باشد، می‌توان با استفاده از ادله عمومی عقود و معاملات مانند آیه تجارة عن تراض و آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و غیر این عقد را به عنوان یک عقد مستقل پذیرفت. (همان)

۵) روایت نبوی «نهی عن الغرر»

از جمله ادله‌ای که برای عدم صحت ضمان ما لم یجب اقامه شده، روایت نبوی «نهی عن غرر» است.^۱ این روایت در کتب متعدد روایی و فقهی نقل شده و با وجود مرسل بودن مورد استناد فقهاء واقع شده است. طبق این روایت اگر ضامن، دینی را که هنوز بر عهده مضمون عنه نیامده بر عهده بگیرد، موجب غرر برای اوست، زیرا این ضمانت به جهت زمان و میزان بدهی مجهول است و با ریسک و خطر زیادی همراه خواهد بود، بنابراین ضمان ما لم یجب صحیح نیست. این دلیل به چند جهت قابل تمسک نیست. اولاً آنچه در بیشتر کتب روایی و فقهی وارد شده «نهی النبی عن بیع الغرر» و تنها در برخی عبارات کتاب الخلاف شیخ طوسی به صورت مطلق آمده است^۲ بنابراین نمی‌توان به آن در غیر بیع تمسک کرد. ثانیاً بر فرض که به صورت عام نقل حکایت شده باشد، به خاطر مشکل سندی حجیت ندارد؛ علاوه بر اینکه روایت مزبور تنها از جهت جهالت مبلغ مورد ضمان مورد استناد واقع شده و ارتباطی به مالم یجب بودن مضمون ندارد. ثالثاً وجود غرر در ضمان ما لم یجب معلوم نیست، زیرا می‌توان دین را با تعیین مبلغ و زمان اخذش برطرف کرد. بنابراین استناد به این دلیل نیز برای عدم صحت ضمان ما لم یجب، تمام نیست و اخص از مدعاست.

۱. «رُوِيَ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ آبَائِهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ وَ هُوَ كُلُّ بَيْعٍ يُعْقَدُ عَلَى شَيْءٍ مَجْهُولٍ عِنْدَ الْمُتَبَايِعِينَ أَوْ أَحَدِهِمَا» (دعائم الإسلام؛ ج ۲، ص: ۲۱؛ سید مرتضی، الانتصار ۴۳۶ و شیخ طوسی، الخلاف، ج ۳ ص ۵۵)

۲. در بیشتر منابع اصلی این روایت از کتب اهل تسنن و شیعه، عبارت «نهی النبی عن بیع الغرر» آمده است. لذا شمول آن نسبت به هر غرری موجب تردید است. و شاید افتادن کلمه «البیع» در روایت اشتباه ناسخین باشد. انظر بعض مصادر نهی بیع الغرر: صحیح مسلم ۳: ۱۱۵۳ حدیث ۱۵۱۳، و سنن أبي داود ۳: ۲۵۴ حدیث ۳۳۷۶، و سنن الترمذی ۳: ۵۲۲ حدیث ۱۲۳۰، و سنن الدارقطني ۳: ۱۵ حدیث ۴۶ و ۴۷، و سنن الدارمی ۲: ۲۵۱، و سنن ابن ماجه ۲: ۷۳۹ حدیث ۲۱۹۴ و ۲۱۹۵، و سنن النسائي ۷: ۲۶۲، و الموطأ ۲: ۶۶۴ حدیث ۷۵، و مسند أحمد بن حنبل ۱: ۳۰۲، و السنن الكبرى ۵: ۳۳۸، و دعائم الإسلام ۲: ۲۱، و عبون اخبار الرضا ۲: ۴۵ حدیث ۱۶۸. (حاشیة كتاب الخلاف ج ۳ ص ۳۱۹)

بعد از ناتمام بودن ادله قائلین به بطلان ضمان ما لم یجب، لازم است دلایلی وجود دارد که می‌تواند صحت این نوع ضمان را اثبات کند. در اینجا به بررسی این ادله می‌پردازیم.

ادله صحت ضمان ما لم یجب

۱) سیره و بناء عقلاء

برخی چنین دلیل آورده اند که سیره و بنای عقلاء در صحت ضمان ما لم یجب تردیدی ندارند و نشانه اش این است که امروزه تقریباً در بیشتر قراردادها و معاملات میان افراد، طرفین یا یکی از آنها دیون آینده دیگران را تعهد می‌کنند، بی آنکه در صحت آن تردید داشته باشند و همین سیره و روش عقلا که شارع نیز از آن منع نکرده است، دلیلی بر صحت ضمان ما لم یجب می‌باشد. به نظر می‌رسد این دلیل تمام نباشد، زیرا همانطور که در جای خود ثابت شده است، سیره عقلانی در جایی حجیت دارد که متصل به زمان معصومین علیهم‌السلام و در منظر آنها بوده باشد، و آنها این سیره را رد و انکار نکرده باشند. بنابراین برای حجیت سیره هایی که بعد از آن زمان بوجود می‌آید، دلیلی نداریم.

۲) اطلاق و عموم ادله عام معاملات

اطلاق و عموم ادله عامی مثل «اوفوا بالعقود» و آیه «تجارة عن تراض» و روایت «المؤمنون عند شروطهم» اقتضا می‌کند هر عقدی که با رضایت و قصد طرفین انجام می‌گیرد، صحیح باشد و این ادله شامل عقد ضمان ما لم یجب نیز می‌گردد (سید یزدی، العروة الوثقی (محشی) ۴۰۷/۵ و ۴۰۸؛ روحانی، فقه الصادق، ۱۶۱/۲۰). مشهور فقهاء با توجه به ظاهر روایات باب ضمان، قائل شده‌اند، ضمان اصطلاحی شرعی شامل ضمان دین آینده نیست (خویی، ابولقاسم، العروة الوثقی (محشی) ۴۳۷/۵). گروه اول این شمول را ثبوتاً ممکن ندانسته‌اند، چه ضمان به معنای اثبات مال در ذمه باشد و چه به معنای ضمان عهده، زیرا به نظر آنها معقول نیست که قبل از تحقق دین بر ذمه مدیون، ذمه یا عهده ضامن با عقد مشغول گردد، پس اصولاً ضمانی محقق نمی‌شود تا مشمول ادله گردد (بروجردی، حسین؛ واصفحانی، العروة الوثقی، (محشی) ۴۳۶). دسته دوم تحقق این ضمان به معنای تعهد و ضمان عهده و تمسک به عموماً برای صحت آن را می‌پذیرند (خویی، ابولقاسم، العروة الوثقی (محشی) ۴۳۷/۵). اما به نظر می‌رسد هر چند ادله و روایات خاص ضمان، ظهور در معنای اصطلاحی و اشغال ذمه ضامن در حین ضمان دارد، ولی این ادله انحصاری در ضمان شرعی ایجاد نمی‌کند و چنانچه ذکر شد معنای ضمان عمومیت دارد و شامل ضمان دین غیر موجود نیز می‌شود (سید یزدی، العروة الوثقی (محشی) ۴۰۷/۵ و ۴۰۸؛ روحانی، فقه الصادق، ۱۶۱/۲۰). اگر کسی اصرار داشته باشد که در معنای اصطلاحی ضمان ثبوت مال در

ذمه ضامن لازم است در اینصورت، ضمان به معنای عرفی و تعهد به اداء با ادله عام قابل اثبات است.

۳) صحت موارد مشابه «ضمان ما لم یجب»

همانطور که در جواب از اجماع گذشت، موارد متعددی از جمله: ضمان مال الجعالة قبل از عمل، ضمان اعیان مضمونه، ضمان درک بناء و غرس وجود دارد که فقهاء حکم به صحت ضمان کرده‌اند، در حالی که در آنها هیچ مالی بر ذمه ضامن قرار نمی‌گیرد. به همین خاطر برخی فقهاء معتقدند شرطیت ثبوت حق مضمون در ذمه و صحت ضمان اعیان مضمونه دارای تهافت است (فقه

الصادق علیه السلام (للروحانی)؛ ج ۲۰، ص: ۱۶۴).

جمع بندی

با توجه به تعریف مشهور، مهم در ضمان این است که شخص غیر مدیون تعهد مالی بدهد دینی را به نفع مضمون له پرداخت کند. در جایی که دینی در قبل محقق شده، تحقق و صحت این تعهد مسلم و واضح است، چه به صورت نقل و اثبات در ذمه که مورد قبول علمای شیعه هست و چه به صورت ضم ذمه به ذمه که اهل سنت آن را پذیرفته‌اند. اما در صورت عدم تحقق دین در خارج، هر چند به نظر اکثر فقهاء انتقال دین به ذمه ضامن و اشتغال ذمه او به آن دین معقول نیست و چنین ضمانی اصلاً محقق نمی‌شود و ادله خاص و ادله عام نمی‌تواند شامل آن شود، ولی به نظر می‌رسد ثبوت دین در ذمه ضامن و اشتغال ذمه او در ضمان، امری اعتباری است نه حقیقی؛ در واقع ضامن با انشاء عقد ضمان اعتباراً ذمه خود را به یک دینی مشغول می‌کند، پس فرقی ندارد که هنگام ضمان دین مدیون در خارج موجود باشد یا نه. مهم این است که دین مشخص و معینی که معلوم الثبوت در آینده هست، مورد قصد و رضایت ضامن و مضمون له قرار بگیرد. در نتیجه وجود خارجی دین هیچ نقشی در ماهیت ضمان ندارد، آنچه مهم است، تحقق اعتباری و قصدی دین است و نبود خارجی دین، به معنای نبود متعلق ضمان نیست، بلکه متعلق ضمان می‌تواند مفروض الوجود در آینده باشد. با این بیان اشکال تعلیقی بودن ضمان ما لم یجب نیز برطرف می‌شود، زیرا از لحاظ عرفی چنین ضمان معلق نیست.

بنابراین می‌توان گفت:

اولاً: ضمان اصطلاحی در مورد ضمان دین آینده کاملاً صدق می‌کند و علاوه بر ادله عام عقود، ادله خاص ضمان نیز شامل آن می‌گردد و ضمان ما لم یجب کاملاً شرعی و صحیح به نظر می‌رسد. در نتیجه راه حل ضمان عرفی که برخی فقهاء برای صحت ضمان ما لم یجب بیان کرده‌اند صحیح

نیست، زیرا اینها چون معنای اصطلاحی ضمان را اشتغال ذمه یا نقل ذمه دانستند، معتقد شدند ضمان ما لم يجب، تنها به معنای لغوی ضمان صحیح است (خویی، ابوالقاسم، خمینی، روح الله، حکیم، محسن مستمسک العروة الوثقی: ج ۱۳، ص ۲۶۵ و ۳۳۵).

ثانیا: توجه به معنا و مفهوم ضمان در میان مشهور فقها یعنی «تعهد به اداء مال از سوی غیر مدیون» مشخص کرد، لازمه ضمان ثبوت فعلی دین در خارج نیست و موید آن چنانچه گذشت، موارد متعددی مثل ضمان اعیان مضمونه، تدارک خسارت بناء و غرس بود که فقها با اینکه دینی بر ذمه مدیون ثابت نیست، حکم به صحت ضمان کرده‌اند. همین امر موجب شده تا برخی از فقهاء شرط بودن ثبوت دین را لازم ندانند و تحقق مقتضای ثبوت را کافی بدانند. البته این عدم ثبوت دین نباید به گونه‌ای باشد که عقد ضمان را در حد یک وعده قرار دهد و از عقد بودن که لازمه اش در فقه امامیه تحقق یک حکم وضعی است خارج کند. از همین رو سید یزدی و سبزواری معتقداند: مانعی برای صحت ما لم يجب بعد از ثبوت مقتضی نیست و دلیلی برای عدم صحت از نص و اجماع وجود ندارد و اگر دین مدیون به گونه‌ای در شرف تحقق باشد که گویا عرفا ثابت است، ضمانت آن صحیح است.^۱ به عبارت دیگر مهم ثبوت عرفی دین است و عرف دین‌هایی را که تحقق آن در آینده مشخص است، محقق می‌داند هر چند سبب آن موجود نباشد؛ ولی اگر تحقق دین آینده مبهم و احتمالی باشد، چنین ضمانتی را ضمانت نمی‌داند و ادله ضمان نیز شامل آن نمی‌شود. این بیان در واقع ماهیت ضمان را از تحقق سبب دین که مورد قبول برخی فقها بود به مقتضای ثبوت توسعه داده است.

^۱ «و يمكن أن يقال بالصحة إذا حصل المقتضي للثبوت وإن لم يثبت فعلاً، بل مطلقاً» سید یزدی، العروة الوثقی (المحشى)، ۴۰۷/۵. «لا دليل من عقل أو نقل على هذه القاعدة بنحو الكلية خصوصاً إذا كانت في البين معرضية قريبة للثبوت بحيث يراه العرف كأنه ثابت» مهذب الاحكام ۲۸۹/۲۰

حقیقت ربایش پول از طریق رمزگشایی از کارتهای هوشمند؛ سرقت یا کلاهبرداری

استاد ارزیاب: استاد بهرمن

نویسنده:

یزدان طاهرابادی^۱

چکیده

از بحثهای مهمی که اخیراً با پیشرفت تکنولوژی حاصل شده، بحث ربایش پول از کارتهای هوشمند است. بحث مهم و کاربردی پیرامون این مسأله واکاوی ماهیت این پدیده است. اگر فردی به صورت مخفیانه پول را از حساب دیگری برداشت یا انتقال داد، آیا حقیقت این عمل همان سرقت حدی موجب قطع است یا ماهیت آن متفاوت است و تحت عناوینی چون استلاب، احتیال و یا اختلاس قرار می‌گیرد. اهمیت پاسخ به این مسأله از این روست که تفاوت فاحشی بین مجازات سرقت حدی با هر یک از عناوین مذکور دیگر است؛ زیرا در فرض اول مجازات قطع دست در انتظار رباینده است اما در موارد دیگر به صرف تعزیر بسنده می‌شود که البته آن بدست حاکم است. برای پاسخ به این سوال باید بررسی کرد آیا حرز فقط، حرز مادی را شامل می‌شود یا معنوی را هم در برمی‌گیرد و دیگر اینکه آیا در برداشت پول از حساب هتک حرز صدق می‌کند یا خیر؟ در این نوشته ابتدا چهار روایت برای اثبات اعم بودن حرز از مادی و معنوی ارائه شده است که در صورت اثبات آن سرقت حدی ثابت خواهد شد، اما در صورت نپذیرفتن آن این پدیده

^۱. دانش پژوه گروه فقه جزاء، سال تحصیلی ۴۰۱-۴۰۰

سرقت نبوده و باید در یکی دیگر از عناوین مذکور قرار بگیرد. در این نوشته بدست آمد که این عمل سرقت نبوده بلکه احتیال یا همان کلاهبرداری است.

کلیدواژه

رمز گشایی، کارت هوشمند، احتیال، سرقت

مقدمه

از اسباب حدّی که فقیهان متذکر آن شده و آن را واکاوی کرده‌اند، سرقت است. نوع سرقت در بستر زمان دچار تغییراتی شده و در زمان فعلی مصادیق پیچیده تری از آن ایجاد شده که نیاز به بررسی فقهی دارد. یکی از جرائمی که در زمان فعلی ایجاد شده بحث رمزگشایی از کارت های هوشمند و برداشت یا انتقال مال از اینطریق است. در این راستا باید بررسی شود آیا چنین پدیده نو ظهوری از مصادیق سرقت محسوب می‌شود، یا کلاهبرداری یا امر دیگری؟ بحث رمز گشایی از کارت های هوشمند یکی از جرائم سایبری در جهان کنونی است که گاهی تحت عنوان «سرقت الکترونیکی» از آن نام برده می‌شود و یکی از مصادیق آن به شما می‌رود. اما مسأله به این سادگی نیست و نمی‌توان سرقت بودن آن را مسلم تلقی کرد و در این نوشته این مسأله بررسی خواهد شد. قانونگذار نسبت به این مسأله صریحاً بیانی نداشته اما در ضمن بحث با موادی که می‌تواند به عنوان پاسخ به سوال و مشکل مد نظر باشد، بیشتر آشنا خواهیم شد.

تلقی قانونگذار از این جرم، سرقت حدّی موجب قطع دست نبوده و لذا در ماده ۱۳ قانون جرائم رایانه ای مقرر داشته: «هر کس به طور غیرمجاز از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی با ارتکاب اعمالی از قبیل وارد کردن، تغییر، محو، ایجاد یا متوقف کردن داده‌ها یا مختل کردن سامانه، وجه یا مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای خود یا دیگری تحصیل کند علاوه بر ردّ مال به صاحب آن، به حبس از یک تا پنج سال یا جزای نقدی از بیست میلیون تا صد میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.» این عمل از جانب قانونگذار کلاهبرداری نیز نبوده، از این رو مجازات کلاهبرداری را برای آن قرار نداده و تنها به حبس تعزیری از یک تا پنج سال یا جزای نقدی از ۲ میلیون تومان تا ۱۰ میلیون اکتفا کرده است.

نوشتار پیش رو برای حل این سوال و مشکل است و در آن به حقیقت جرم «رمز گشایی از کارتهای هوشمند» پرداخته خواهد شد.

در فقه در مجموع ۱۱ شرط برای سرقت حدّی معتبر شمرده شده است، دو شرط از آنها که عبارت از «در حرز بودن مال» و «هتک حرز» به این نوشته مربوط است؛ یعنی برای صدق

حقیقت ربایش پول از طریق رمزگشایی از کارتهای هوشمند؛ سرقت یا کلاهبرداری ۳۷

سرقت باید مال در مکان امنی بوده باشد و آن شکسته یا نقض شده باشد - معانی دقیق هر یک خواهد آمد - . حال در این نوشته باید بررسی شود آیا حسابهای بانکی به عنوان حرز و رمز گشایی به عنوان هتک تلقی می شود یا خیر؟ در صورت صدق هر دو آنها سرقت محقق شده و باید قائل به قطع دست شد، و در غیر این صورت چنین مجازاتی منتفی خواهد بود. قبل از بررسی اصل مطلب به تبیین اصطلاحاتی که می تواند جوانب بحث را روشن کند می پردازیم.

مفهوم کارتهای هوشمند در این زمانه برکسی پوشیده نیست، از این رو نیازی به تبیین آن نیست.

فضای سایبری

فضای سایبر یا مجازی در تعریف برخی از نویسندگان عبارت است از « مجموعه هایی از ارتباطات درونی انسان ها از طریق کامپیوتر و مسائل مخابراتی بدون در نظر گرفتن جغرافیای فیزیکی گفته می شود. » البته شاید بهتر باشد آن را اینگونه تعریف کنیم « محیط الکترونیکی واقعی است که ارتباطات انسانی به شیوهایی سریع و فراتر از مرزهای جغرافیایی و با ابزار خاص خود به صورت زنده و مستقیم روی می دهد. » قید « واقعی » مانع از این است که تصور شود، مجازی بودن فضا به معنای غیر واقعی بودن آن است؛ چرا که در این فضا نیز همان ویژگی های تعاملات انسانی در دنیای خارج وجود دارد، ضمن اینکه فضای سایبر در واقع یک محیط است که ارتباطات در آن انجام می شود نه اینکه صرف مجموعه ای از ارتباطات باشد؛ از نشانه های حقیقی بودن فضای سایبر و مجازی وجود مسئولیت مدنی و کیفری است، مثلا هرگاه شخصی به دیگری هتاک کند یا به نشر اکاذیب یا سب علیه نبی اسلام ﷺ پردازد، به مجازات تعزیری یا حدی محکوم خواهد شد یا اگر خرید و فروشی با لحاظ شرایط شرعی انجام شود، طریفین نسبت به تعهد خویش مسئول هستند.

یک سیستم آنلاین نمونه ای از فضای سایبر است که کاربران آن می توانند از طریق ایمیل یا امثال آن با یکدیگر ارتباط برقرار کنند، در فضای سایبری نیاز به جابجایی های فیزیکی نیست و کلیه اعمال فقط از طریق فشردن کلیدها و حرکات ماوس صورت می گیرد.

مفاهیم مستلب، مختلس، محتال و سارق

محقق خوبی سه مفهوم اول را به شکل زیر تعریف می کند؛

مستلب: به کسی گفته می شود که مال را آشکارا بر می دارد.

مختلس: به کسی گفته می‌شود که مال را پنهانی و همراه با غفلت بر می‌دارد.

محتال: به کسی گفته می‌شود که مال را به تزویر و نیرنگ بر می‌دارد. (مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ۴،

ص ۴۱۴)^۱

سارق: سرقت در بیان لغویین و فقیهان به «اخذ مال غیر به صورت پنهانی» تعریف شده

است. (مفردات ألفاظ القرآن؛ ص ۴۰؛ مسالک الافهام، ج ۴، ص ۲۰۳) عبارت راغب اصفهانی در مفردات چنین

است: «السَّرِقَةُ: أخذ ما ليس له أخذه في خفاء.» شهید ثانی نیز در تعریف سرقت چنین می‌-

نویسد: «السَّرِقَةُ أخذ مال الغير خفية».

با توجه به دو تعریف فوق می‌توان گفت مفهوم سرقت چهار رکن دارد؛ ربودن، مال، تعلق به

غیر، به صورت پنهانی.

رکن اول ربایش مال است که لازمه تحقق آن انتقال مال از مکانی به مکان دیگر است؛ از

این رو سرقت در اموال منقول محقق می‌شود و الا ربایش اموال غیر منقول معنا ندارد. رکن دوم،

مال بودن مسروق است؛ یعنی کالایی که دزدیده می‌شود باید مالیت و ارزش عقلایی داشته باشد

و در غیر این صورت سرقت محقق نمی‌شود.^۲ این مال نیز باید برای غیر باشد، به نحوی که فرد

حقی نسبت به آن نداشته باشد؛ در نتیجه برداشتن اموال بدون صاحب، سرقت محسوب نمی‌شود.

و رکن آخر این است که این ربایش باید به صورت پنهانی باشد. چه بسا گفته شود در سرقت های

عرفی چنین قیدی معتبر نیست و فرد حتی اگر مال را به صورت آشکارا بردارد سارق تلقی می‌شود،

اما این کلام صحیح نیست؛ زیرا ملاک در این مفاهیم عرف عرب است و با توجه به وجود مفاهیم

اختلاس، استلاب و احتیال که تفاوتها و شباهتهایی با مفهوم سرقت دارند، به نظر می‌رسد این

قید در مفهوم سرقت دخیل است؛ زیرا در صورتی که مال به صورت آشکارا برداشته شود عرب به

آن استلاب گوید نه سرقت. از این رو استعمال سرقت در موری که قید پنهانی بودن در آن نیست

ناشی از بی توجهی سهل انگاری و تسامح در معانی دقیق این کلمات است.

با توجه به توضیحات ذکر شده تمایز سرقت با استلاب و احتیال روشن است؛ زیرا در استلاب

مال به صورت آشکارا برداشته می‌شود، اما در سرقت به صورت پنهانی. و در احتیال نوعی نیرنگ

و فریب وجود دارد، در حالی که چنین قیدی در سرقت معتبر نیست. چنانچه شیخ طوسی در

تبیینی واضحتر در تعریف کلاهبرداری می‌نویسد: «والمحتال علی أموال الناس بالمکر والخديعة

۱. و أما المستلب الذي يأخذ المال جهراً أو المختلس الذي يأخذ المال خفية و مع الإغفال أو المحتال الذي يأخذ المال بالتزوير و الرسائل الكاذبة فليس عليهم حد و إنما يعزرون.

۲. البته در بحث مالیت و ملاک آن مبانی مختلفی وجود دارد که موضوع نوشته حاضر نمی‌باشد.

حقیقت ربایش پول از طریق رمزگشایی از کارتهای هوشمند؛ سرقت یا کلاهبرداری ۳۹

و تزویر الکتب و الشّهادات الزّور و الرّسالات الکاذبة و غیر ذلك.)) (النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى؛ ص: ۷۲۱). در قانون جمهوری اسلامی نیز به قید «فریب و خدعه» به روشنی اشاره شده است. در ماده ۱ «قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری» کلاهبرداری چنین تعریف شده است: «هرکس از راه حیله و تقلب مردم را به وجود شرکتها یا تجارتخانهها یا کارخانهها یا مؤسسات موهوم یا به داشتن اموال و اختیارات واهی فریب دهد یا به امور غیر واقع امیدوار نماید یا از حوادث و پیش آمدهای غیر واقع بترساند و یا اسم و یا عنوان مجعول اختیار کند و به یکی از وسائل مذکور و یا وسائل تقلبی دیگر وجوه و یا اموال یا اسناد یا حوالجات^۱ یا قبوض یا مفاصا حساب^۲ و امثال آنها تحصیل کرده و از این راه مال دیگری را ببرد کلاهبردار محسوب و علاوه بر رد اصل مال به صاحبش، به حبس از یک تا ۷ سال و پرداخت جزای نقدی معادل مالی که اخذ کرده است محکوم می شود...» در صورتی که بخواهیم تعریف را تهذیب کرده و از ذکر مصادیق در تعریف پرهیز کرده می توان کلاهبرداری را چنین تعریف کرد: «بردن مال دیگری از طریق توسل توأم با سوء نیت به وسائل یا عملیات متقلبانه.» (جرائم علیه اموال و مالکیت، ص ۵۶)

اما تمایز بین سرقت و اختلاس نیاز به توضیح بیشتری دارد؛ زیرا چه بسا تعریف اختلاس بر سرقت نیز صادق باشد؛ چرا که با توجه به تعریف محقق خوبی، هر دو به صورت پنهانی محقق می شوند. در راستای تبیین این امر متذکر می شویم اگر اختلاس به معنای استلاب باشد - چنانچه برخی از فقیهان فرموده اند (النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، ص ۷۲۲، المهدب، ج ۲، ص ۵۵۴، الوسيلة، ص ۴۲۳) عبارت شیخ طوسی چنین است: «و المختلس هو الذي يستلب الشيء ظاهراً من الطرقات و الشوارع، و لا يجب عليه قطع، بل يجب عليه عقاب مُردع حسب ما يراه الإمام أو من نصبه.» - تفاوت روشن خواهد شد عمده سوال در فرضی است که معنای اختلاس و استلاب با یکدیگر تفاوت داشته باشد.

با توجه به تعریف محقق خوبی از این دو اصطلاح، به نظر می رسد تنها فرقی که بین آن دو می توان قائل شد این است که در تعریف اختلاس قید «مع غفلة» وجود دارد، اما این قید در تعریف سرقت نیست. و سرقت نسبت به آن «لا بشرط» است؛ یعنی این قید در سرقت موضوعیت ندارد، چه بسا برخی سرقتها همراه با غفلت «مسروق منه» باشد، اما برخی دیگر از سرقتها چنین نباشد. از این رو به لحاظ عرفی و لغوی اختلاس مصداقی از سرقت می شود.

^۱. سندی است که به موجب آن دائن می تواند طلب تشخیص شده خود را دریافت کند.

^۲. سند تسویه بدهی

البته برخی دیگر از فقیهان اختلاس و استلاب را به نحو دیگری تعریف کرده‌اند؛

«مختلس» کسی است که در خفا اخذ مال می‌نماید از غیر حرز و فرار می‌نماید. (جامع المسائل (بهجت): ج ۵، ص: ۳۳۲؛ حقوق زندانی و موارد زندان در اسلام؛ ص: ۱۳۴) با توجه به دو تعریف بالا تمایز بین سرقت و اختلاس در برداشتن از حرز و غیر حرز است؛ یعنی مال اگر از حرز برداشته شود سرقت است اما اگر از غیر حرز برداشته شود، اختلاس است. کلام شیخ طوسی در تعریف اختلاس مؤید همین مطلب است: «مختلس کسی است که از کوچه و بازار چیزی می‌رباید» زیرا کوچه و بازار حرز محسوب نمی‌شود. (النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى؛ ص: ۷۲۲) و مستلَب آن است که مال را آشکارا می‌دزدد. (حقوق زندانی و موارد زندان در اسلام؛ ص: ۱۳۴)

اما تفاوت ذکر شده بین سرقت و اختلاس به نظر صحیح نمی‌رسد؛ زیرا در تعریف سرقت لغوی و عرفی - مطابق قول صحیح - مفهوم «برداشتن از حرز» وجود نداشت، بلکه یکی از شرائط قطع دست مطابق اجماع فقیهان در حرز بودن مال مسروقه است.

در جمع بندی مطلب باید خاطر نشان کرد که ظاهراً فرق سرقت با اختلاس و استلاب در این است که در سرقت مال به صورت مخفیانه ربوده می‌شود، اما در آن دو به صورت آشکار. اما با این وجود می‌توان بین خود اختلاس و استلاب فرق گذاشت بدین صورت که، در استلاب مال به طور آشکار از صاحب آن گرفته می‌شود، اگر چه وی غافل از حفظ آن نیست و تمهیدات لازم را برای حفظ آن اندیشیده است و بر این اساس است که استلاب به نهب مال تفسیر شده است (جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۹۶) - نهب در لغت یعنی قهر و غلبه (مجمع البحرین، ج ۲، ص ۱۷۸) و کسی که غافل از حفظ مال خودش نیست، به قهر و غلبه می‌توان مال را از وی سلب نمود. - در اختلاس نیز مال به طور آشکار از صاحب آن گرفته می‌شود، ولی در فرصتی که صاحب مال نسبت به حفظ آن غافل و بی‌توجه است؛ و چون بی‌توجه است، برای گرفتن مال نیازی به قهر و غلبه نیست. لذا مرحوم ابن ادریس در تفسیر آن گفته: مختلس کسی است که بدون قهر مال را از صاحب آن سلب می‌کند. (السرائر، ج ۳، ص ۵۱۲)^۱ و ظاهراً به همین دلیل است که در کلمات برخی از فقیهان تفاوت آن دو چنین ذکر شده است: «والمستلب، قیل: هو الذی یسلب المال من القدام» مستلَب کسی است که مال را از پیش رو بر می‌دارد. «والمختلس، هو الذی یسلبه من الخلف» مختلس کسی است که مال را از پشت بر می‌دارد. (مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۳، ص ۲۹۱) معمولاً کسی که مال را از پیش رو

^۱. و قولهم: "هذا زمان النهب" أي الاتهاب، وهو الغلبة علی المال

^۲. و المختلس هو الذی یسلب الشيء ظاهراً لا قاهراً من الطرقات و الشوارع، من غیر شهر لسلح و لا قهراً.

حقیقت ربایش پول از طریق رمزگشایی از کارتهای هوشمند؛ سرقت یا کلاهبرداری ۴۱

می‌گیرد، با قهر و غلبه بر می‌دارد و کسی که از پشت بر می‌دارد، با استفاده از غفلت صاحب مال، بدون قهر و غلبه اخذ می‌کنند. در برخی از نوشته‌های اهل سنت نیز اختلاس با غفلت ملازم شده است. (الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶، ص ۹۴)^۱

در هر صورت معانی مفاهیم فوق هرچه باشد باید توجه داشت، در سه مورد اول دست فرد قطع نمی‌شود^۲، بلکه اموال برگردانده می‌شود و فرد تعزیر می‌شود، اما در مورد سرقت اگر همه شرائط آن وجود داشته باشد، دست سارق قطع می‌شود.

مفاهیم هتک و حرز در لغت و اصطلاح فقهی

در این قسمت معنای هتک و حرز در لغت و اصطلاح فقهی بررسی می‌شود. اهمیت تبیین این دو عنوان از این روست که باید مشخص شود آیا حسابهای بانکی و کارتهای هوشمند به عنوان حرز محسوب می‌شود، با برداشت پول از آنها هتک حرز صادق است یا خیر؟ در صورت صدق این دو عنوان سرقت حدی محقق شده است و در غیر این صورت سرقت نیست.

هتک

زمخشری می‌نویسد هتک آن است که چیزی را جذب کنی تا آن را از مکانش جدا کنی یا چیزی را پاره کنی تا آنچه در پشت آن است آشکار شود. عبارت ایشان چنین است: «هَتَكَ السَّيْرَ هَتْكَاً وَ هُوَ أَنْ تَجْزِيَهُ حَتَّى تَنْزِعَهُ مِنْ مَكَانِهِ أَوْ تَشَقِّهَ حَتَّى يَظْهَرَ مَا وَرَاءَهُ»^۳. (أساس البلاغة: ص ۶۹۴) ما بقى لغويين نیز معنایی نزدیک و مشابه همین ذکر کرده‌اند که تنها تفاوت در لفظ دارد و الا در معنا مشابه آنچه است که نقل شد. (الصاح: ج ۴؛ ص ۱۶۱۶؛ لسان العرب: ج ۱۰؛ ص ۵۰۲) هتک معنای اصطلاحی غیر از معنای لغوی آن ندارد.

حرز

معنای لغوی

جوهری، ابن اثیر، طریحی و ابن منظور حرز را به معنای «جایگاه محکم، استوار و غیر قابل دسترس» تعریف کرده‌اند. (الصاح، ج ۳، ص ۴۷۳؛ النهایه، ج ۱، ص ۳۶۶؛ مجمع البحرین، ج ۴، ص ۱۵؛ لسان العرب، ج ۱، ص ۳۶۶)^۳ و برخی در ادامه افزوده‌اند که به تعویذ - پناه جستن؛ به وسیله دعا یا طلسم و... حرز

۱. المختلس، فانه یاخذ المال علی حین غفلة من مالکة وغیره.

۲. در این زمینه روایاتی وجود دارد که پرداختن به آنها ما را از موضوع مقاله دور می‌کند.

۳. عبارت جوهری چنین است: الجزز: الموضع الحصین. يقال: هذا جززٌ حریرٌ. و یسمى التعویذ جززاً.

گفته می‌شود. (الصالح، ج ۳، ص ۴۷۳؛ مجمع البحرين، ج ۴، ص ۱۵) و ظاهراً به این دلیل است که آن دعا یا طلسم به منزله جایگاه و سدّ محکمی است که چیزی توان داخل شدن به آن را ندارد یا اینکه به سختی داخل شدن در آن محقق می‌شود. ابن منظور می‌نویسد: «يُقَالُ: أَحْرَزْتُ الشَّيْءَ أُحْرِزُهُ إِحْرَازًا إِذَا حَفِظْتَهُ وَضَمَّمْتَهُ إِلَيْكَ وَصُنَّتَهُ عَنِ الْأَخْذِ» احرزت یعنی آن را حفظ کردم و آن را مصون از گرفتن کردم. اما برخی دیگر از لغویین مثل حمیری^۱ و فیومی^۲ آن را مطلق مکانی - چه محکم و استوار و چه غیر آن - که چیزی در آن نگه داشته می‌شود، معنا کرده‌اند.

(الشمس العلوم، ج ۳، ص ۱۳۸۷؛ المصباح المنیر، ص ۱۱۲۹) ابن فارس حرز را از حفظ و تحفظ می‌داند و می‌نویسد: «حرزته و احترزه هو ای تحفظ» یعنی محفوظ ماند. ایشان در ادامه نقل می‌کند که عده‌ای «زاء» حرز را مبدل از «سین» می‌دانند؛ یعنی اصل «حرز» از «حرس» است. (معجم مقاییس اللغة، ج ۲، ص ۳۸)^۳

معنای اصطلاحی

در بین فقیهان معانی متفاوتی از حرز شده است که به صورت مختصر به آنها اشاره می‌شود. لازم به ذکر است که مراد از معنای اصطلاحی حقیقت شرعی یا متشرعی نمی‌باشد، بلکه مراد تعاریفی است که فقیهان شیعه در مورد مفهوم عرفی حرز ارائه داده‌اند گرچه در این راستا از روایات نیز بهره برده‌اند. (الروضة البهیة، ج ۹، ص ۲۴۳؛ الدر المنضود، ج ۳، ص ۸۱)

معنای اول (ممنوعیت ورود بدون اذن): هر مکانی که غیر صاحبش حق ورود بدون اذن را نداشته باشد. این معنا به فقیهان شیعه نسبت داده شده است. (المبسوط، ج ۸، ص ۲۲، غنیه النزوع، ص ۴۳، فقه القرآن، ج ۲، ص ۳۸۳، کنزالعرفان، ج ۲، ص ۳۵۰) ادعای اجماع صریح نسبت به این معنا نیز شده است. (کنزالعرفان، ج ۲، ص ۳۵۰) عبارت شیخ در مبسوط چنین است: «أصحابنا قالوا إن الحرز هو كل موضع ليس لغير المالك أو المتصرف فيه دخوله إلا بإذنه.» دو تفسیر برای این قول شده است. تفسیر اول که ظاهر عبارت است این است که مراد از عبارت «لم يكن لغير المتصرف فيه الدخول اليه

۱. [الحرز]: ما أحرزت فيه شيئاً.

۲. الحرز: المكان الذي يُحفظ فيه و الجَمْعُ (أحرز) مثل جمل و أحمال و (أحرزت) المَتَاعَ جَعَلْتُهُ فِي الْحَرِزِ وَ يُقَالُ حَرِزْتُ لِيَلْتَأَكِيدَ كَمَا يُقَالُ حَصَّنْتُ حَصِينًا وَ (أحترزه) مِنْ كَذَا أَيْ تَحَفَّظَ.

۳. حرز: الحياء و الرأ و الزاء أصل واحد، و هو من الحِفظ و التَّحَفُّظُ يُقَالُ حَرِزْتَهُ وَ احترزه هو، أَيْ تَحَفَّظَ. وَ نَاسٌ يَذْهَبُونَ إِلَى أَنَّ هَذِهِ الزَّاءَ مَبْدَلَةٌ مِنْ سَيْنٍ، وَ أَنَّ الْأَصْلَ الْحَرَسُ وَ هُوَ وَجْهٌ. هَيْجَ بَعِيدٌ نَيْسَتُ «هُوَ وَجْهٌ» مِنْ بَابِ «هُوَ عَدْلٌ» بَاشَدُ وَ وَجْهٌ، بِهَ مَعْنَى وَجِيهِ بَاشَدُ، يَعْنِي خُودَ إِيشَانِ إِيْنِ وَجْهٍ رَاصِحِيحٍ مِيْ دَانَدُ.

حقیقت ربایش پول از طریق رمزگشایی از کارتهای هوشمند؛ سرقت یا کلاهبرداری ۴۳

إلا ياذنه « اذن شرعی باشد. تفسیر دوم را علامه ذکر کرده و احتمال داده که مراد شیخ سلب قدرت باشد؛ یعنی قدرت بر ورود نداشته باشد، که البته خلاف ظاهر است. (مختلف الشیعة، ج ۹، ۲۱۶)

نقد معنای اول: این معنا نمی‌تواند صحیح باشد؛ زیرا لازمه آن این است که اگر خانه‌ای در نداشته باشد یا اینکه قفل نداشته باشد، حرز محسوب شود در حالی که به نظر روشن است که دزدی از چنین خانه‌ای موجب قطع دست نمی‌شود. (المبسوط، ج ۸، ص ۲۶، السرائر، ج ۳، ص ۴۸۴، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۴۹۹)

معنای دوم (وجود مانع فیزیکی): حرز یک معنای مادی دارد و آن مکان قفل شده، یا بسته شده و یا محل دفن شی است. (السرائر، ج ۳، ص ۴۸۳، شرائع الاسلام، ج ۴، ص ۱۶۲، اللعة الدمشقیة، ص ۲۶۱، تفصیل الشریعة، کتاب الحدود، ص ۵۳۳) عبارت شهید اول چنین است: «الثالثة الحرز ما كان ممنوعاً بغلق أو قفل أو دفن في العمران» مرحوم ابن ادریس این معنا را اقتضای اصول مذهب شیعه می‌داند^۱ و حتی آن را مقتضای اجماع می‌داند.^۲ و برخی دیگر مثل آیت الله فاضل این معنا را معنای مشهور می‌دانند.

نقد معنای دوم: اولاً؛ لازمه این قول این است که اگر کسی جواهرات خود را در مکان غیر مناسب آن مثل اصطبل قرار دهد حرز آن شی محسوب می‌شود در حالی که این مطلب صحیح نیست، زیرا حرز هر کالایی بحسب نظر عرف متفاوت است، و اصطبل نمی‌تواند حرز - مکان حصین - برای جواهرات باشد، حتی اگر بر آن قفل زده شده باشد، یا در آن دفن شده باشد بلکه حرز مناسب جواهرات گاو صندوق است، شاهد مطلب این است که اگر کسی جواهری را در اصطبل قرار دهد یا دفن کند و به سرقت رود، عرف او را توییخ می‌کند و به او تذکر می‌دهد که طلا را نباید در اصطبل قرار داد. البته اگر مراد مثل شهید اول از معنای ذکر شده، «مکان مناسب هر شی» باشد، اشکال وارد نیست. ثانیاً؛ به نظر می‌رسد حرز منحصر در موارد گفته شده نمی‌باشد، بلکه عرف هر مکانی را حرز کالایی محسوب کند، آن مکان حرز است.

معنای سوم (ممنوعیت شرعی یا وجود مانع فیزیکی): حرز معنایی ترکیبی دارد و آن هر مکانی است که غیر مالک حق تصرف در آن بدون اذن مالک را ندارد یا مکانی است که قفل بر

۱. ظاهراً مراد ایشان از قواعد، اصل درء، براءت، احتیاط در دماء و... است؛ زیرا به موجب این موارد باید حرز بودن روشن باشد و در غیر این صورت نمی‌توان حد را جاری کرد، و در غیر این موارد ذکر شده حرز بودن محرز نیست.

۲. و الذي يقتضيه أصول مذهبننا، ان الحرز ما كان مقفلاً، أو مغلقاً أو مدفوناً، دون ما عدا ذلك، لأن الإجماع حاصل علی ما قلناه، و من اثبت ما عداه حرزاً يحتاج الی دلیل، من كتاب، أو إجماع، أو سنة مقطوع بها.

آن زده شده باشد یا محل دفن شی است. (النهايه، ص ۷۱۴، المهدب، ج ۲، ص ۵۳۷، الوسيله، ص ۴۱۸) عبارت شيخ چنين است: «و الحرز هو كل موضع لم يكن لغير المتصرف فيه الدخول اليه إلا بإذنه، أو يكون مقفلاً عليه، أو مدفوناً.»^۱

نقد معنای سوم: اشکالاتی که به دو معنای اول وارد شد، بر این نظریه نیز وارد است؛ زیرا این تعریف در واقع دو ضابطه مستقل برای حرز بیان کرده است، و آن دو قید - لزوم اذن و قفل بودن - را دو جزء یک تعریف محسوب نکرده است.

معنای چهارم: (ممنوعیت ورود به دلیل منع شرعی و مانع فیزیکی) تفاوت این دیدگاه با دیدگاه سوم در این است که دو قید مذکور در معنای سوم را دو جزء یک تعریف حساب کرده است و عدم اذن شرعی و وجود مانع را هم‌زمان معتبر می‌داند؛ از این رو در صورت نبود یک قید، حرز صادق نخواهد بود.

نقد معنای چهارم: به نظر می‌رسد این ضابطه هم درست نیست؛ زیرا مواردی که در کلمات فقیهان ذکر شده از باب مثال بوده و منحصر در آنها نیست، بلکه حرز یک حقیقت عرفی دارد که در موارد مختلف نیز متعدد می‌شود، و ذکر چنین ضوابط انحصاری برای آن صحیح نیست.

معنای پنجم: هر مکانی که حرز برای چیزی محسوب شود، برای همه اشیاء دیگر هم حرز محسوب می‌شود. (تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۲۲۶)

نقد معنای پنجم: اشکال این قول خیلی واضح است؛ زیرا حرز هر چیزی عرفاً با اشیاء دیگر متفاوت است، از این رو حرز طلا و نقره با حرز حیوانات فرق دارد و نمی‌توان اصطبل را به عنوان حرز طلا و نقره حساب کرد.

معنای ششم: حرز هر آنجایی است که مالک مراعات شی را می‌کرده است؛ مثلاً نگاه چوپان به گوسفندان به عنوان حرز چهارپایان در صحرا تلقی می‌شود. البته شيخ این را حرز چهارپایان محسوب کرده است و بعید است مراد ایشان حرز برای همه اشیاء باشد، چنانچه از عبارت ایشان مشخص است. (المبسوط، ج ۸، ص ۲۳)^۲

^۱ شيخ در این عبارت در واقع دو تعریف برای حرز ارائه کرده است از این رو قسمت اول کلام ایشان یک تعریف و مابقی آن نیز تعریف دیگری است. پس باید تأمل شود، شيخ این دو معنا را در مقابل هم قرار داده است نه اینکه آنها را دو قید یک تعریف محاسبه کرده باشد.

^۲ و الإبل علی ثلاثة أضراب راعية و باركة و مقطرة: فإن كانت راعية فحرزها أن ينظر الراعي إليها مراعيها فإن كان ينظر إلى جميعها مثل أن كان على نثنز أو مستوي من الأرض فهي في حرز، لأن الناس هكذا يحرزون أموالهم عند الراعي، و إن كان لا

حقیقت ربایش پول از طریق رمزگشایی از کارتهای هوشمند؛ سرقت یا کلاهبرداری ۴۵

نقد معنای ششم: به نظر می‌رسد صرف نگاه و مراعات چهارپایان عرفاً حرز آنها محسوب نمی‌شود.

معنای هفتم: حرز هر آنجایی است که سارق نسبت به آن در خطر باشد؛ یعنی دزدی او با خطر همراه باشد. (نقل شده در مسالک الافهام، ج ۱۴، ص ۴۹۷)

نقد معنای هفتم: اولاً؛ به نظر می‌رسد صرف خطر نیز نمی‌تواند موجب صدق حرز شود، زیرا در فرضی که در منزل باز باشد یا اینکه طلا و جواهرات در اصطبل باشد و یا اینکه شی در جای مخفی نباشد با وجود اینکه خطر وجود دارد اما عرفاً حرز صادق نیست و فرد دزد محسوب نمی‌شود. ثانیاً؛ این ضابطه در برداشتن شی از اماکن عمومی مثل حمام، مسجد و... نیز صادق است در حالی که فقهی در آنجا قائل به سرقت نشده است. (الدر المنضود، ج ۳، ص ۹۰)

معنای هشتم: تعبیر حرز گرچه در برخی از روایات بدان اشاره شده است؛ مثل صحیح محمد بن مسلم - البته مطابق اختلافی که در دلیل اول شرطیت حرز خواهد آمد - اما دارای حقیقت شرعی یا متشرعی نیست و هیچ یک از ملاکهای مذکور در بالا نمی‌تواند دلالت بر حقیقت شرعی داشته باشد،^۲ از این رو برای مشخص شدن معنای آن باید به عرف مراجعه کرد؛ زیرا بسیار بعید است اگر غیر از این مد نظر شارع بوده باشد معنای دقیق آن را مشخص نکرده باشد. بسیاری از فقیهان شیعه این ضابطه را برگزیده اند. (جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۴۹۹؛ الدر المنضود، ج ۳، ص ۸۱؛ کتاب الحدود و التعزیرات، ج ۳، ص ۱۶۵) لذا صاحب جواهر در توضیح کلام محقق حلی می‌فرماید: «علی کل ف من شرطه أن یکون محرزا بقفل أو غلق أو دفن أو نحوها مما یعد فی العرف حرزا لمثله، إذ لا تحدید فی الشرع للمحرز المعتبر فی القطع نسا و فتوی، بل إجماعاً بقسمیه...» و در این صورت که ملاک عرف باشد، حرز هر چیزی نسبت به شی دیگر متفاوت است، بر فرض مثال حرز جواهرات گاو صندوق است و حرز چهارپایان اصطبل است. به نظر نگارنده این معنای حرز صحیح است.

ینظر إليها مثل أن كان خلف جبل أو نشز من الأرض، أو كانت في وهدة من الأرض لا ينظر إليها، أو كان ينظر إليها فنام عنها فليست في حرز، وإن كان ينظر إلى بعضها دون بعض فالتی ينظر إليها في حرز و التی لا ينظر إليها في غير حرز.

^۱ عبارت آیت الله گلپایگانی چنین است: و قد تقدم أن كونه علی خطر من أن يطلع عليه یجری في موارد لا یحکم فیها بالسرقه كما في الأماكن المعدة للعموم المأذون في دخولها للكل و عامة الناس، فإن فيه خطر اطلاع صاحب المال أو غيره عليه فالحق هو أنه لا یعد المراقبة حرزا.

^۲ توجه شود لازمه این عبارت این نیست که فقیهان ادعای حقیقت شرعی یا متشرعی کرده باشند بلکه این عبارت توضیحی مقدماتی برای قول مختار است.

ادله‌ی شرطیت حرز به صورت مطلق

در این قسمت ادله‌ی ای که ممکن است شرطیت حرز از آنها برداشت شود را مطرح کرده تا ملاحظه شود، آیا این ادله اطلاق دارند و هر دو حرز مادی و معنوی را شامل می‌شود یا اینکه مختص حرز مادی است و حرز معنوی را شامل نمی‌شود؟ در صورتی که حرز معنوی را شامل شود آنگاه اموال موجود در کارتهای هوشمند حرز بوده و هتک حرز در برداشت پول از آنها صادق خواهد بود و مشمول مجازات سرقت حدی خواهد شد. در این قسمت به دو دلیل عمده و مهم یعنی روایات و اجماع اشاره می‌شود. در ابتدا تقریبی برای برداشت اطلاق مطرح می‌شود و سپس بررسی می‌شود که آیا تقریب و شیوه استدلال مذکور صحیح است یا خیر؟

روایات

در این قسمت به چهار روایت اشاره می‌شود.

روایت اول: صحیح محمد بن مسلم

«مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَجْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي كَيْفَ يُقَطَّعُ السَّارِقُ فَقَالَ فِي رُبْعِ دِينَارٍ قَالَ قُلْتُ لَهُ فِي ذَرَمَيْنِ فَقَالَ فِي رُبْعِ دِينَارٍ بَلَغَ الدِّينَارُ مَا بَلَغَ قَالَ فَقُلْتُ لَهُ أَرَأَيْتَ مَنْ سَرَقَ أَقْلَ مِنْ رُبْعِ دِينَارٍ هَلْ يَقَعُ عَلَيْهِ حِينَ سَرَقَ اسْمُ السَّارِقِ وَ هَلْ هُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَارِقٌ فِي تِلْكَ الْحَالِ فَقَالَ كُلُّ مَنْ سَرَقَ مِنْ مُسْلِمٍ شَيْئًا قَدْ حَوَّاهُ وَ أَحْرَزَهُ فَهُوَ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ السَّارِقِ وَ هُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَارِقٌ وَ لَكِنْ لَا يُقَطَّعُ إِلَّا فِي رُبْعِ دِينَارٍ أَوْ أَكْثَرَ وَ لَوْ قُطِعَتْ أَيْدِي السَّرَّاقِ فِيمَا هُوَ أَقْلٌ مِنْ رُبْعِ دِينَارٍ لَأَلْفَيْتَ عَامَّةَ النَّاسِ مُقَطَّعِينَ» (کافی، ج ۷ ص ۲۲۲، ح ۶)

سند روایت

نجاشی محمد بن یحیی، احمد بن محمد بن عیسی، ابراهیم ابی ایوب خراز و محمد بن مسلم را توثیق کرده است. (رجال نجاشی، ص ۳۵۳؛ ص ۵۹؛ ص ۲۰؛ ص ۲۲۴) حسن بن محبوب نیز توسط شیخ طوسی توثیق شده است. (رجال طوسی، ص ۳۳۴) از آنجا که تمام روایات امامی هستند، روایت صحیح می‌باشد.

حقیقت ربایش پول از طریق رمزگشایی از کارتهای هوشمند؛ سرقت یا کلاهبرداری ۴۷

دلالت روایت بر اطلاق

سائل با توجه به آیه «السارق و السارقه فاقطعوا ايدهما» (المائدة/ ۳۸) از شروط اجرای حدّ شرعی علیه سارق سوال کرده و امام صادق علیه السلام یکی از شروط صدق سرقت حدّی را در حرز بودن مال مسروقه «احرزه» و شرط دیگر را این دانسته که ارزش مال مسروقه باید به اندازه ربع-دینار باشد، بدین ترتیب روایت با دو شرط - برداشتن مال از حرز و سرقت اموال بیش از چهار دینار- مجازات حدّ سرقت را جاری می‌داند، با قبول استعمال حقیقی حرز نسبت به کارتهای هوشمند، عموم «كُلُّ مَنْ سَرَقَ مِنْ مُسْلِمٍ شَيْئًا قَدْ حَوَاهُ وَ أَحْرَزَهُ» شامل سرقت از کارتهای هوشمند نیز می‌شود لذا هرگاه شخصی مالی که ارزش آن بیش از ربع دینار است و در کارتهای هوشمند قرار دارد، سرقت کند، محکوم به مجازات حدّی سرقت خواهد شد.

نقد و بررسی

سیاق روایت حاکی از آن است که سوال سائل و جواب معصوم علیه السلام ناظر به کمیت مال مسروقه در سرقت حدّی است و فقره «كُلُّ مَنْ سَرَقَ مِنْ مُسْلِمٍ شَيْئًا قَدْ حَوَاهُ وَ أَحْرَزَهُ فَهُوَ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ السَّارِقِ وَ هُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَارِقٌ وَ لَكِنْ لَا يُنْقَطُ إِلَّا فِي رُبْعٍ دِينَارٍ» دلالت دارد که سارق کسی است که به سرقت اموالی که دیگران تملک و حیازت کرده‌اند بپردازد. از این رو ابن منظور می‌نویسد: «أَحْرَزَ الشَّيْءَ فَهُوَ مُحْرَزٌ وَ حَرِيْزٌ: حَاوَاهُ». (لسان العرب، ج ۵، ۳۳۳) کلمه «حواه» نیز به معنای «جمعه» جمع کردن است. (الصحاح، ج ۶، ص ۲۳۲) و در صورتی که قیمت مال مسروقه به اندازه ربع دینار باشد، دست او قطع خواهد شد؛ لذا «واو» در «حواه و احرزه» برای تفسیر است نه عطف، چرا که عرفاً سرقت از حرز دخیل در معنای سرقت نیست و اینگونه نیست که هرگاه ربودن از حرز نبود، سرقت صادق نباشد، بلکه آنچه در مورد سرقت موضوعیت دارد این است که مال تحت تملک و حیازت دیگری ربوده شود. اگر ظهور ادعا شده پذیرفته نشود، حداقل این است که روایت از این حیث مجمل می‌شود و قابل استدلال نخواهد بود؛ زیرا در مقابل کلام ابن منظور برخی دیگر مثل فیومی نوشته‌اند: «(أَحْرَزْتُ) الْمَتَاعَ جَعَلْتُهُ فِي الْحِزْرِ» (مصباح المنیر، ج ۲، ص ۱۲۲) در کتاب تاج العروس نیز آمده: «وَ أَحْرَزَتِ الْمَرْأَةُ فَرْجَهَا: أَحَصَتْهَا: كَأَنَّهَا جَعَلَتْهُ فِي حِزْرِ» (تاج العروس؛ ج ۸؛ ص ۴۵)

مطابق اشکال مذکور، شرطیت حرز برای سرقت از این روایت برداشت نمی‌شود، در نتیجه معنا ندارد بحث شود که حرز باید فقط مادی باشد، یا معنوی هم صحیح است.

روایت دوم: صحیحہ ابی بصیر

«عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ ع عَنْ قَوْمٍ اضْطَحَبُوا فِي سَفَرٍ رُفَقَاءَ فَسَرَقَ بَعْضُهُمْ مَتَاعَ بَعْضٍ فَقَالَ هَذَا خَائِنٌ لَا يُقْطَعُ وَ لَكِنَّ يُشْبِعُ بِسَرِقَتِهِ وَ حَيَاتِهِ قَيْلَ لَهُ فَإِنْ سَرَقَ مِنْ مَنْزِلِ أَبِيهِ فَقَالَ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ ابْنَ الرَّجُلِ لَا يُحْجَبُ عَنِ الدُّخُولِ إِلَى مَنْزِلِ أَبِيهِ هَذَا خَائِنٌ وَ كَذَلِكَ إِنْ سَرَقَ مِنْ مَنْزِلِ أَخِيهِ وَ أُخْتِهِ إِذَا كَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهِمْ لَا يُحْجَبَانِيهِ عَنِ الدُّخُولِ». (کافی، ج ۷، ص ۲۲۸، ح ۶)

سند روایت

نجاشی علی بن ابراهیم را توثیق کرده است. (رجال النجاشی، ص ۲۶۰) پیرامون وثاقت ابراهیم بن هاشم برخی از علما شک کرده‌اند ولیکن با توجه به اینکه نجاشی او را اولین کسی می‌داند که به نشر حدیث در قم پرداخته (همان، ص ۱۶) باید گفت: منشا نشر حدیث در قم بودن دلالت بر عظمت و وثاقت ابراهیم بن هاشم دارد، علاوه بر این کثرت نقل اجلائی چون علی بن ابراهیم و محمد بن حسن صفار و محمد بن احمد بن یحیی بن عمران اشعری موجب اطمینان به وثاقت ایشان می‌شود. شیخ طوسی حسن بن محبوب را توثیق کرده است. (رجال طوسی، ص ۳۳۴) مرحوم نجاشی ابراهیم ابویوب خراز را نیز توثیق کرده (رجال نجاشی، ص ۲۰) مراد از ابی بصیر، یا یحیی بن القاسم اسدی است و یا لیث بن البختری مرادی و از طریق راوی و مروی عنه قابل تشخیص در محل بحث نیستند؛ زیرا هر دو از امام صادق نقل کرده‌اند و از طرف دیگر ابویوب خراز از آن دو نقل روایت کرده‌است گرچه روایاتی که از اسدی نقل کرده‌است بیشتر است، اما این مطلب اطمینان حاصل نمی‌کند که در محل بحث نیز مراد ایشان باشد. اما از آنجا که هر دو ثقه هستند این اشتراک خللی در حدیث وارد نمی‌کند، چرا که اسدی را مرحوم نجاشی توثیق کرده و می‌فرماید: «أبو محمد ثقة وجیه» (رجال النجاشی، ص ۴۴۱) و مرادی نیز از اصحاب اجماع بوده و احادیثی دلالت دارد که ایشان از اوتاد زمان بوده‌است؛ از جمله در حدیث صحیح از جمیل بن دراج وارد شده: «قال: سمعت الصادق ع يقول: بَشَّرَ الْمُخْبِتِينَ بِالْجَنَّةِ، بَرِيدُ بْنُ مَعَاوِيَةَ الْعَجَلِي، وَ أَبُو بَصِيرٍ لَيْثُ بْنُ الْبَخْتَرِيِّ الْمَرَادِي، وَ مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمٍ، وَ زُرَّارَةُ، أَرْبَعَةٌ نَجَبَاءُ، أَمْنَاءُ اللَّهِ عَلَى حَلَالِهِ وَ حَرَامِهِ، لَوْ لَا هَؤُلَاءِ انْقَطَعَتْ آثَارُ النَّبُوَّةِ وَ انْدَرَسَتْ» (وسائل الشیعة، ج ۲۷، ص ۱۴۲، ح ۱۴) البته سید مهدی خوانساری در رساله مفصل خود در مورد ابی بصیر فرموده‌است ابوبصیر در صورت اطلاق منصرف به اسدی

حقیقت ربایش پول از طریق رمزگشایی از کارتهای هوشمند؛ سرقت یا کلاهبرداری ۴۹

است و آیت الله شبیری نیز این را می‌پذیرد. (کتاب نکاح، ج ۱۸، ص ۵۷۱۷) در هر صورت روایت صحیحه است.

دلالت روایت بر اطلاق

ابی بصیر از حکم سه نوع ربایش اموال سوال می‌پرسد و امام صادق علیه السلام هر سه نوع ربودن را خیانت دانسته نه سرقت مستوجب حدّ شرعی؛

نوع اول: مالی که در سفر همراه انسان است، و توسط همسفران سرقت شود که مصداق سرقت حدّی نیست و خیانتی است که همسفران انجام داده‌اند.

نوع دوم: در جریان سرقت مال از پدر، امام صادق علیه السلام فرموده‌اند «لِأَنَّ ابْنَ الرَّجُلِ لَا يُحِبُّ عَنِ الدُّخُولِ» لذا علت عدم قطع دست را در حرز نبودن مال دانسته است^۱ و از آنجا که «العلّة تعمّم و تخصّص» پس هرگاه مالی در حرز نبود، مجازات حدّی سرقت جریان پیدا نخواهد کرد. نوع سوم: در جریان سرقت مال از برادر یا خواهر، امام صادق علیه السلام فرموده‌اند «إِذَا كَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهِمْ لَا يُحِبُّبَانِيهِ عَنِ الدُّخُولِ» زمانی که صاحب مال، برادر و خواهرش را از ورود به مکانی که مال مسروقه در آن قرار داشته منع نکرده باشند، دزد محکوم به مجازات حدّی سرقت نخواهد بود و از آنجا که «العلّة تعمّم و تخصّص» لذا هرگاه صاحب مال سارق را از ورود به مکان نگه‌داری مال مسروقه منع نکرده باشد، مال مسروقه در حرز نخواهد بود، بنابراین سارق محکوم به قطع دست نیست.

تعلیل فراز دوم و سوم روایت عمومیت داشته لذا هرگاه مالی در حرز نباشد - یعنی فرد اجازه دخول و ورود داشته باشد - و سرقت شود، دست دزد بریده نخواهد شد، مفهوم این حکم آن است که هرگاه مال مسروقه در حرز باشد؛ یعنی اجازه ورود نداشته باشد، مقتضی برای قطع دست سارق وجود دارد، بنابراین هرگاه استعمال حرز در مورد اموالی که در کارتهای هوشمند نگه‌داری می‌شوند، حقیقی باشد سارقی که به هک کردن حساب مالی موجود در کارتهای هوشمند بپردازد و اقدام به سرقت آنها کند، مستحق مجازات حدّی خواهد بود.

^۱ چه بسا اشکال شود که تعبیر حرز در روایت نیست. در جواب از این اشکال باید متذکر شد از آنجا که برخی از فقیهان مثل شیخ طوسی حرز اصطلاحی را به مکانی که فرد اذن در ورود ندارد، تعریف کرده و در روایت نیز همین معنا ذکر شده است، تعبیر حرز به کار برده شد.

نقد و بررسی

نقد اول: مفهوم تعلیل در روایت حجت نیست؛ یعنی اینگونه نیست که هرگاه مال از حرز سرقت شود، سارق مستحق مجازات حدّی باشد، مثلاً وقتی گفته می‌شود «لَا تَأْكُلُ الرِّمَانُ لِأَنَّهُ حَامِضٌ» از هرچه که ترش مزه است باید اجتناب کرد، اما مفهوم ندارد که هرچه ترش مزه نیست باید خورده شود یا جائز است خورده شود، لذا استدلال به مفهوم تعلیل روایت صحیح نیست، چرا که نمی‌توان گفت: سرقت از حرز مطلقاً موجب قطع دست سارق است زیرا شاید برخی از سرقت‌های از حرز مانند سرقت از کارتهای هوشمند موجب اثبات جرم سرقت حدّی نشود.

نقد دوم: ظهور اولی روایت در این است که حرز مادی است و شکستن هم، شکستن مادی بوده است. و معلوم نیست شامل استعمال شکستن و قفل در امور غیر مادی شود. و ظاهراً اگر در موردی حرز و شکستن برای امور معنوی و غیر مادی استفاده شود مجازی است و اگر هم حقیقی باشد این حقیقت متاخر است و در زمانهای ماست اما در سابق چنین نبوده و معنای حقیقی واقعی آن نیست. مثل دل شکستن می‌ماند که در این جا شکستن مجازی است. و روشن است که مثل کوزه شکستن نیست. پس روایت یا محل بحث را شامل نمی‌شود یا اینکه حداقل مجمل است و باید همان قدر متیقن که حرز و شکستن مادی است را گرفت. نهایتاً باید الغاء خصوصیت کرد و گفت شکستن رمز فرقی با شکستن امور مادی مثل ندارد. اما به نظر این هم صحیح نیست زیرا الغاء خصوصیت باید یقینی باشد و احتمال خصوصیت نسبت به امور مادی داده شود.

چه بسا اشکال شود در روایت تعبیر هتک حرز - شکستن حرز - وجود ندارد تا نوبت به این بحثها برسد. در جواب از این اشکال باید متذکر شد وقتی کالایی دزدیده می‌شود و سارق بر فرد اطلاق می‌شود باید این کالا از داخل حرز برداشته شده و شکستن حرزی صورت گرفته باشد و بدون آن امکان تحقق سرقت نیست، و در این فرض ظهور اولی روایت در حرز مادی و شکستن مادی است؛ زیرا در زمانهای قدیم بیشتر این نوع شکستن وجود داشته و چه بسا شکستن معنوی مورد نداشته است.

روایت سوم: موثقه اول سکونی

«عَلَيْهِ بِنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام كُلُّ مَدْخَلٍ يَدْخُلُ فِيهِ بَعِيرٍ إِذْنٌ صَاحِبِهِ فَسَرَقَ مِنْهُ السَّارِقُ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ يَعْني الْحَمَامَاتِ وَالْأَخَانَاتِ وَالْأَرْحِيَةَ.» (کافی، ج ۷، ص ۲۳۱، ح ۵)

حقیقت ربایش پول از طریق رمزگشایی از کارتهای هوشمند؛ سرقت یا کلاهبرداری ۵۱

سند روایت

بررسی علی بن ابراهیم و ابراهیم بن هاشم در سند قبلی گذشت. نوفلی و سکونی توثیق خاصی در کتب رجالی ندارند، شیخ طوسی در «العهده فی اصول الفقه» می‌فرماید: «طائفه به روایات حفص بن غیاث و غیاث بن کلوب و نوح بن دراج و سکونی و مانند آنها که از عامه هستند، هرگاه مبتلا به معارض نباشند، عمل می‌کنند.» (العهده فی اصول الفقه، ج ۱، ص ۱۴۹) از آنجا که غالب روایات سکونی از طریق نوفلی رسیده و کتاب او را نوفلی روایت کرده پس از عمل به روایات سکونی، معتمد بودن نوفلی هم ثابت می‌گردد. (شیری، کتاب نکاح، ج ۱، ص ۱۹۸) بنابراین روایت موثقه است.

دلالت روایت بر اطلاق

امام صادق از قول حضرت علی (علیه السلام) می‌فرماید: هر مکانی که ورود به آن نیاز به اذن ندارد و دسترسی به آنجا عمومی است، سرقت از آن موجب قطع دست نمی‌شود - اصطلاحاً حرز محسوب نمی‌شود، اگرچه تعبیر حرز در روایت نیامده است -، بنابر مفهوم روایت مکانی که ورود به آنجا نیاز به اذن دارد، حرز محسوب می‌شود و ورود بدون اجازه هتک حرز شمرده می‌شود؛ بدین ترتیب اطلاق منطوق روایت شامل سرقت از کارتهای هوشمند نیز می‌شود و سرقت اموال از آنها هتک حرز شمرده شده و مستوجب مجازات حدی خواهد بود.

نقد و بررسی

نقد اول: پشتوانه استدلال قبول مفهوم وصف است و حال آنکه مشهور اصولیون منکر مفهوم - دار بودن وصف شده‌اند، لذا نمی‌توان گفت: سرقت از هر مکانی که باید با اذن وارد آنجا شد، مستوجب مجازات حدی خواهد بود، بله مفهوم فی الجمله برای وصف مقبول است، یعنی سرقت از برخی از مکان‌ها که با اذن باید وارد آنجا شد، مقتضی مجازات قطع دست سارق است ولی مدعا را ثابت نخواهد کرد.

نقد دوم: روایت ظهور در حرز و شکستن مادی دارد با توضیحاتی که گذشت.

روایت چهارم: موثقه دوم سکونی

«أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنِ الْبَرْقِيِّ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنِ جَعْفَرٍ عَنِ أَبِيهِ عَنِ عَلِيِّ (عليه السلام) قَالَ:

لَا يُقْطَعُ إِلَّا مَنْ تَقَبَّ بَيْتًا أَوْ كَسَرَ قُمْفًا» (استبصار فیما اختلف فيه الاخبار، ج ۴، ص ۲۴۳، ح ۹۱۸)

سند روایت

احمد بن محمد بن عیسی اشعری قمی از اجلاء اصحاب شمرده شده است. (رجال النجاشی، ص ۸۳) نجاشی محمد بن خالد برقی را ضعیف در حدیث دانسته است (رجال النجاشی، ص ۳۳۵) ولی شیخ طوسی ایشان را توثیق کرده است (رجال الطوسی، ص ۳۶۳) از آنجا که در معنای «ضعیفاً فی الروایه» هم احتمال عدم توثیق و هم احتمال اعتماد به روایات مرسل و نقل روایات معتبر و غیر معتبر داده می‌شود، همانگونه که ابن غضائری نقل کرده (رجال ابن غضائری، ج ۱، ص ۹۳) لذا کلام نجاشی مجمل خواهد بود ولی توثیق شیخ صریح در وثاقت است، لذا تعارضی میان کلام شیخ طوسی و نجاشی وجود ندارد.

دلالت روایت بر اطلاق

مطابق دلالت روایت تنها در صورتی دست سارق قطع می‌شود که دیوار خانه‌ایی را سوراخ کرده باشد یا قفلی را شکسته باشد، همانگونه که فقهای چون علامه حلی، محقق حلی، شهید ثانی، آیت الله خوئی فرموده‌اند: سوراخ کردن دیوار یا شکستن قفل موضوعیت ندارند بلکه هرگاه سارق مثلاً قفل در را باز کند هتک حرز صادق خواهد بود، بنابراین روایت دارای معنایی عام هست و بیانگر شرطیت حرز در اجرای حدّ سرقت می‌باشد (مختلف الشیعه، ج ۹، ص ۲۶۵؛ المهذب البارع، ج ۵، ص ۱۰۱؛ مسالک الافهام، ج ۱۶، ص ۴۸۵؛ مبانی تکمله المنهاج، ج ۴۲، ص ۳۴۵) بنابراین هرگاه مال مسروقه در حرز باشد ولو اینکه نه قفلی شکسته شود و نه دیواری سوراخ شود، مجازات قطع دست سارق جاری خواهد شد، لذا اموالی که در کارتهای هوشمند با کدها و رمزهای مخصوص صاحب مال حفظ و نگه‌داری می‌شوند، دارای حرز بوده و هک کننده حساب، مرتکب هتک حرز شده است؛ به عبارت دیگر طبق ارتکاز عرفی حرز هر شیء متناسب با اوست، لذا هتک حرز به معنای انجام رفتار فیزیکی مانند شکستن قفل یا تخریب دیوار نیست بلکه هتک حرز هر چیزی متناسب با آن خواهد بود، فقهای چون آیت الله فاضل به این فهم و ارتکاز عرفی اشاره کرده‌اند. (تفصیل الشریعه، ص ۵۳۱)

علاوه بر آنچه گفته شد، کسی که حساب مالی یا برنامه‌ایی را هک می‌کند، عرفاً گفته می‌شود که قفل حساب یا برنامه را شکسته است، لذا هکر حساب مالی و سارق اموال مستحق مجازات حدّی خواهد بود.

نقد و بررسی

در این دلیل تنها به روایت تمسک نشد، بلکه بحث الغاء خصوصیت نیز ضمیمه آن شد؛ در حالی که قصد ما اثبات صدق حرز، بر حرز معنوی از طریق روایت بود. علاوه بر اینکه الغاء خصوصیت ادعا شده نیز صحیح نیست؛ زیرا آن وقتی حجت است که قطعی باشد در حالی که اثبات این مطلب در محل بحث دشوار است، لذا الغاء خصوصیت از شکستن قفل و خراب کردن دیوار به انجام سائر رفتارهای فیزیکی عرفی است ولی الغاء خصوصیت به هک کردن حسابهای بانکی و مانند آن که رفتار فیزیکی و خشن انجام نمی‌شود، عرفی نخواهد بود.

جمع بندی روایات

از بین روایات فوق تنها روایت اول صریحاً به «حرز» اشاره کرده بود و در آن چنین تعبیری وجود داشت البته اشکال شد که مجمل است؛ زیرا ممکن است «احرز» در آن به معنای «حازه» باشد. و در این صورت شرطیت حرز برای مجازات سرقت حدی با مشکل مواجه می‌شود. اما بقیه روایات تعبیر «حرز» در آنها موجود نبود گرچه تعابیری در آن روایات وجود داشت که فقیهان آن را به معنای همان حرز اصطلاحی گرفته‌اند. زیرا از آنها برداشت می‌شود که سرقت از هر جایی سرقت نیست؛ مثلاً گفته شده سرقت از اماکن عمومی، حمامها و... موجب قطع دست سارق نمی‌شود. مفهوم این آن است که از بعضی از مکانهایی که عمومی نیستند دست قطع می‌شود. اما مشخص نشده که آن بعض کجاست و چه مواردی است آیا شامل حسابهای بانکی می‌شود؛ زیرا از اماکن عمومی نیست بلکه خصوصی است. پس دلیلی نیست که بگویید از تمام اماکنی که عمومی نیستند دست قطع می‌شود. روایت گوید سرقت از اماکن عمومی موجب قطع دست نیست. علاوه بر اینکه ظهور اولی روایات در حرز و شکستن مادی بود.

اجماع^۱

ممکن است گفته شود برای شرطیت حرز و اینکه آن مطلق است نسبت به حرز مادی و معنوی، اجماع وجود دارد و نیازی به روایت نیست؛ از این رو کارتهای هوشمند نیز حرز محسوب شده و سرقت از آن مشمول مجازات حدی خواهد شد.

^۱ در ذیل روایت آخر به دلیل الغاء خصوصیت نیز اشاره شد؛ از این رو برای پرهیز از تکرار مستقلاً و مجدداً ذکر نشد.

نقد و بررسی

در پاسخ به این کلام باید گفت: موضوع قطع ید مطلق سرقت نیست بلکه سرقت از حرز است در این صورت باید عنوان حرز را احراز کرد زیرا شرط است. و از آنجا که اجماع دلیل لیبی است باید قدر متیقن از آن را گرفت که حرز مادی است و کارتهای هوشمند که در زمره حرزهای معنوی است از معقد اجماع خارج است. علاوه بر اینکه مشخص نیست در محل بحث اجماعی وجود داشته باشد؛ زیرا بحث از حرزهای معنوی مثل کارتهای هوشمند یک مسأله نوظهور بوده و بسیاری از فقیهان در مورد آن اظهار نظر نکرده‌اند. بلکه می‌توان ادعا کرد که همه فقیهان پذیرفته‌اند سرقت باید از حرز باشد اما اینکه حرز اعم از مادی و معنوی باشد، مشخص نیست.

نظریه مختار در ربایش پول از کارتهای هوشمند

برداشتن پول از کارتهای هوشمند به لحاظ عرفی حتما سرقت است؛ زیرا حساب دیگری را هتک کرده است و اموال فردی را به صورت پنهانی و بدون اطلاع او تصاحب کرده است. اما سوال اساسی این است که آیا این سرقت موجب قطع دست می‌شود یا خیر؟ زیرا هر سرقتی موضوع قطع نیست گرچه ایه شریفه اطلاق دارد اما با توجه به ادله این اطلاق تخصیص خورده است. مثلا باید ارزش مال مسروق ربع دینار یا ثلث باشد، شرائط عامه وجود داشته باشد و... با بررسی ادله روشن شد که فقط در یک روایت به مفهوم حرز اشاره شده است که آنهم مجمل بود و مشخص نبود حرز به معنای جایگاه امن باشد، در روایات دیگر هم تنها اشاره به حرز مادی شده بود و مشخص نبود حرز معنوی را شامل می‌شود یا خیر؟ پس اطلاق و دلیلی وجود ندارد تا سرقت از کارتهای هوشمند مصداق حرز باشد. اما برای مشخص شدن حقیقت این ربایش باید ارتباط اموال افراد با بانک بررسی شود؟

گاهی اموال افراد نزد بانک امانت است. در این صورت بانک حق تصرف در اموال من را ندارد، اما واقع چنین نیست و بانک تصرف در آن عین می‌کند و لذا بعد از مطالبه، مثل آن را به من پس می‌دهد.

گاهی اموال نزد بانک به عنوان قرض قرار داده شده است که در این صورت می‌تواند تصرف کند و بعد از مطالبه مثل آن را تحویل می‌دهد. حال در این صورت پس در حساب بنده چیزی نیست و من طلبکارم در ذمه بانک - نه کارمند بانک - و بانک هم به عنوان یک شخصیت حقوقی که بپذیریم ذمه دارد حال در واقع فرد حکم چیزی از فرد بر نمی‌دارد، بلکه در حقیقت حيله ای را به کار برده است؛ و خودش را به جای صاحب حساب جا می‌زند و آن علامت و رمز را به

حقیقت ربایش پول از طریق رمزگشایی از کارتهای هوشمند؛ سرقت یا کلاهبرداری ۵۵

بانک ارائه می دهد و گویا خودش را به عنوان طلبکار معرفی می کند و بانک نیز از باب هوش مصنوعی به او می دهد. پس این عملیات در واقع احتیال و کلاهبرداری است سرقت نیست تا مجازات آن قطع دست باشد.

در کلمات فقهاء احتیال با سرقت متفاوت است چنانچه سابقاً ذکر شد و احتیال موجب قطع دست نمی شود - البته عرفاً سرقت هست اما سرقت موجب حد نیست تنها می توان او را تعزیر کرد - مثل آنجایی که شخصی در خانه فردی را می زند و به دروغ گوید پدرت گفته: فلان مال در فلان جای خونه است و به من بده آن فرد هم تحویل می دهد. از این رو می توان گفت در محل بحث اصلاً هتک حرزی اتفاق نیفتاده است و اصلاً حسابهای الکترونیکی حرز محسوب نمی شود.

دو اشکال می تواند متوجه این برداشت باشد؛

اشکال اول: در فرضی که رابطه مال افراد با بانک قرض باشد، در صورت برداشته شدن پول افراد از بانک، مالکین باید اموال خود را از بانک مطالبه کنند نه فردی که مال را ربایش کرده است در حالی که ربایش گر مورد تعقیب قرار می گیرد.

جواب: هیچ استبعادی ندارد که بانک ضامن باشد اما به نظر می رسد بانک در ضمن قراردادی که مالک اصلی ایجاد می کند شرط می کند که هیچ مسولیتی در قبال برداشته شدن مال فرد توسط غیر او ندارد.

اشکال دوم: کلاهبرداری محقق نشده است و این طور نیست که رباینده خود را صاحب حساب معرفی کرده باشد بلکه سیستم بانک بین صاحب حساب و غیر آن تفاوتی نمی گذارد بلکه هر کس که با رمز وارد شود را صاحب حساب می داند، به قانون مقرر می دارد کسی حق استفاده از رمز دیگران را ندارد و عرفاً این کار سرقت است.

جواب: این اشکال نیز به نظر نکارنده وارد نیست؛ زیرا واقعاً رباینده سیستم بانک را فریب می دهد و خود را مالک معرفی می کند و چنین نیست که سیستم بانک بین مالک و غیر آن فرق نگذارد؛ چرا که فرد در برگه ای که برای افتتاح حساب پر می کند خود را به عنوان مالک آن حساب معرفی می کند و بانک نیز خود را متعهد می کند که پول را به چنین فردی بدهد و هر کس غیر از مالک اصلی از رمز استفاده کند بانک در واقع او را مالک محسوب می کند از این رو اگر این فعل از طریق عملیات متقلبانه و همراه با فریب طرف مقابل باشد، حقیقتاً کلاهبرداری محقق شده است.

اما در مورد رمز ارزها چه بسا کلاهبرداری در آن با اشکال مواجه باشد؛ زیرا وقتی کسی حسابی را هک کرد و رمز ارزهای موجود در آن را برداشت کرد - در این جا اگر هتک حرز را مسلم بگیریم و بپذیریم هتک حرز محل بحث را شامل می‌شود - این از قبیل گول زدن نیست بلکه مثل سرقت از گاو صندوق است؛ زیرا رمزارها را به کسی نداده ایم یا به کسی قرض نداده ایم بلکه حقیقت مال همین رمهاست و این اعداد و ارقام در یک محفظه و کیف است و کسی آن را برداشته است. پس کسی که وارد کیف می‌شود و آن رمها را بر می‌دارد این سرقت است. پس در این صورت خود رمزها مالیت دارد و هیچ فرقی با اموال دیگر ندارد در نتیجه سرقت صادق است.

اشکال: اما به نظر می‌رسد خود رمز ارزها مالیت ندارد بلکه حق استفاده از رمز برای معاملات ارزش دارد، البته تنها کسی از این حق می‌تواند استفاده کند که رمز در اختیار اوست بنابراین کسی که حسابی را هک می‌کند و به رمز دسترسی پیدا می‌کند او نیز خود را صاحب حق اصلی معرفی می‌کند و او نیز کلاهبردار است.

جمع بندی

سوال اساسی نوشته حاضر این بود که ربایش پول از کارتهای هوشمند مندرج در عنوان سرقت است یا کلاهبرداری یا امر دیگری؟ در این راستا چهار روایت؛ صحیحه محمد بن مسلم، صحیحه ابی بصیر و دو موثقه از سکونی ذکر شد. در ابتدا تلاشهایی برای برداشت اطلاق از این روایات نسبت به حرز مادی و معنوی صورت گرفت، اما در ادامه واضح گشت که چنین اطلاقی از روایات برداشت نمی‌شود. تنها در روایت اول تعبیر «احرز» وجود داشت که گفته شد آنهاهم مجمل است؛ زیرا مشخص نیست احرز در آن به معنای در مکان امن و ایمن قرار دادن است یا به معنای حیازت و تملک کردن است. روایات دیگر نیز همگی ناظر به حرز مادی بودند و برداشت حرز معنوی از آنها مشکل بود. تقییح مناط نیز نتوانست اعمیت حرز نسبت به مادی و معنوی را ثابت کند، چراکه قطعی نبوده و احتمال فرق بین حرز مادی و معنوی داده شد. در ادامه در تحلیل برای پاسخ به سوال مطرح شد بیان شد که برداشت پول از حسابهای بانکی در حقیقت کلاهبرداری بوده زیرا فرد در یک عملیات فریبانه بانک را فریب می‌دهد و خودش را به جای مالک حقیقی حساب قرار می‌دهد و هوش مصنوعی بانک نیز دچار اشتباه می‌شود و پول را در اختیار او قرار می‌دهد؛ از این رو مجازات قطع دست منتفی بوده و فقط تنها تعزیر می‌شود. در بحث رمزارها نیز پذیرفته شد که کلاهبرداری محقق می‌شود.

حکم تقنین از منظر شیخ فضل الله نوری رحمه الله

استاد ارزیاب: استاد صدر حسینی

نویسنده:

مرتضی رادمهر^۱

چکیده

شیخ فضل الله نوری از علمای برجسته عصر مشروطیت است که در ابتدا با مشروطیت موافق و سپس با طرح مشروطه مشروعه به مخالفت با مشروطه‌ای که روشنفکران و برخی از علما به دنبال آن بودند پرداخت. سوال این است که حکم تقنین نزد شیخ فضل الله چیست. این مقاله با این فرضیه که شیخ وضع قانونی که عین حکم شرع نباشد را جایز نمی‌داند با هدف فهم دقیق رویکرد فقهی برخی از علمای شاخص مشروطه، با روش تحلیلی-توصیفی و بر اساس منابع کتاب‌خانه‌ای تالیف شده است. ایشان جامعه اسلامی را نیازمند جعل قانون نمی‌داند جز در مورد خود سلطان و کارگزاران دولتی، چرا که به دلیل در دست داشتن قدرت در مظان خارج شدن از جاده شریعتند و برای جلوگیری از تخطی آن‌ها از جاده شریعت در امر حکومت‌داری چاره‌ای جز وضع قوانین نیست. دلیل حمایت ابتدایی ایشان از جریان مشروطه هم همین بوده است. لکن غیر سلطان و کارگزاران دولتی یعنی مردم جامعه اسلامی نیازمند وضع قانون نیستند، چرا که نفس احکام اسلام برای ایشان کافی است و هیچ امری را نمی‌توان یافت که اسلام در مورد آن حکمی

^۱ . دانش پژوه گروه فقه سیاسی، سال تحصیلی ۹۹-۱۴۰۰

نداشته باشد. لکن عدم نیاز به جعل قانون به معنای عدم جواز آن نیست بلکه شیخ فضل الله تصریح می‌کند که وضع قانون حتی در غیر مورد سلطان و کارکزاران هم جایز است لکن قانونی که عین حکم اسلام باشد؛ به این معنا که حتی اگر حکم اسلام در امری اباحه است، عینا همین به عنوان قانون مجلس تصویب شود. تشخیص این امر هم با نظارت مجتهدان جامع الشرائط حاصل می‌شود. جمع‌بندی ذکر شده همان مفاد فرضیه سوم (عدم جواز وضع قانونی که عین حکم شرع نباشد) بود که در ابتدا آن را برگزیدیم. اما فرضیه اول (عدم جواز تقنین مطلقا) و دوم (عدم جواز تقنین الا در مورد امور سلطانی) باطلند، زیرا اگرچه برخی از عبارات شیخ فضل الله ظهور در این دو فرضیه داشت اما با توجه به تصریحات متعدد ایشان مبنی بر جواز تقنین در غیر امور سلطانی و جمع عرفی این تهافت در حمل ظهورات بر تصریحات است.

کلیدواژه‌ها: تقنین، قانون‌گذاری، شیخ فضل الله نوری، مشروطه، مجلس ملی، حرمت مشروطه، نظامنامه.

مقدمه

شیخ فضل الله نوری از علمای برجسته عصر مشروطیت است که در ابتدا با مشروطیت موافق و سپس با طرح مشروطه مشروعه به مخالفت با مشروطه‌ای که روشنفکران و برخی از علما به دنبال آن بودند پرداخت. از جمله مسائلی که ایشان برای دفاع از مشروطه مشروعه بیان می‌کرد حکم تقنین (قانون‌گذاری) توسط مجلس بود. ایشان و چندی از علما در زمانی که در زاویه حرم حضرت عبد العظیم به تحصن علیه مجلس شورای ملی پرداختند، سخنان خود را در اعتراض به روش قانون‌گذاری در مجلس موجود در قالب «لوائیح و نامه‌ها» بیان کردند و در ضمن آن می‌توان نظر شیخ فضل الله در مورد حکم فقهی قانون‌گذاری را دریافت. هم‌چنین شخص شیخ فضل الله مدتی پس از رفع این تحصن سه ماهه رساله‌ای را نگاشته و حکم قانون‌گذاری را در آن بیان کرده است. سوال این است که حکم تقنین نزد شیخ فضل الله چیست و فرضیه ما این است که شیخ قانون‌گذاری را جایز می‌داند مشروط بر این که عینا حکم اسلام به عنوان قانون قرار گیرد. هدف از این نوشتار آشنایی دقیق با نظر مجتهدان طراز اول در عصر مشروطه در خصوص

حکم شرعی تقنین است و با روش تحلیلی - توصیفی و بر اساس منابع کتابخانه‌ای نگاشته شده است.

پیشینه تحقیق

برخی از مقالات و کتبی که در آن‌ها به مسئله حکم تقنین از نگاه شیخ فضل الله نوری اشاره شده از این قرار است:

حرمت مشروطه؛ این رساله توسط خود شیخ فضل الله نگاشته شده و در بخش‌هایی از آن در مورد حکم قانون‌گذاری سخن گفته است. البته نسخه اصلی این رساله در دسترس نیست اما دکتر مهدی ملک‌زاده در کتاب «تاریخ انقلاب مشروطیت ایران» ج ۴، ص ۸۶۹-۸۷۰ متن کامل این رساله را آورده است. این رساله پاسخ سؤالی است که از ایشان در مورد وجه تفاوت رویکرد او در ابتدا و ادامه مشروطه، پرسیده شد. لکن برای فهم جامع‌تر نظر شیخ در مورد تقنین نمی‌توان به این کتاب اکتفا کرد. ما در این مقاله در صددیم که از مجموع کلمات شیخ که از ایشان به یادگار مانده است استفاده کنیم و نظر جامع ایشان را در مورد تقنین بیان کنیم.

تذکره الغافل و ارشاد الجاهل؛ این کتاب منسوب به شیخ فضل الله نوری است ولی ظاهراً نگاشته خود ایشان نیست بلکه به‌دستور شیخ و توسط شخصی به نام میرزا علی اصفهانی نگاشته شد (مهدی انصاری، شیخ فضل الله نوری و مشروطیت، ۱۳۷۶، ص ۳۷). این کتاب جامع بیانات شیخ نیست و نمی‌توان با استفاده از آن در مورد دیدگاه تقنینی شیخ به جمع‌بندی رسید خصوصاً با عنایت به این‌که تأیید شدن محتوای این کتاب توسط شیخ برای ما احراز نگردیده است؛

شیخ فضل الله نوری و مشروطیت، مهدی انصاری، انتشارات امیر کبیر، تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۶؛ این کتاب به‌نسبت کتاب‌ها و مقالاتی که در مورد نظر شیخ پیرامون تقنین نوشته شده است جامع‌تر است ولی کامل نیست؛

تاریخ انقلاب مشروطه ایران، مهدی ملک‌زاده، انتشارات علمی، تهران، چاپ دوم، بی‌تا؛ این کتاب در چند جلد تألیف شده است. در جلد چهارم در مورد رویکرد علما خصوصاً شیخ فضل الله نوری به مسئله مشروطیت سخن گفته و کل رساله حرمت مشروطه شیخ را در دوازده صفحه نقل کرد ولی نظر مرحوم شیخ فضل الله در خصوص تقنین را به‌وضوح بیان نکرد؛

بنیاد و ساختار نظام قانون‌گذاری و نمایندگی در آرای علمای مشروطه خواه؛ امیررضایی پناه و رجب ایزدی، مجله جستارهای تاریخی، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، سال سوم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۱، ص ۳۷-۶۳. در این مقاله در مورد دیدگاه‌های برخی عالمان در مورد قانون‌گذاری در زمان مشروطه خصوصا دیدگاه مرحوم نائینی و شیخ اسماعیل محلاتی سخن گفته شده و در قسمتی از این مقاله کلماتی از شیخ فضل الله در مورد حکم تقنین بیان شد لکن جامعیت لازم را ندارد؛

بررسی تطبیقی حق و تکلیف از دیدگاه شیخ فضل الله نوری و علامه نائینی؛ فرامرزمیرزا زاده و شهین‌دخت پاکزاد، فصل‌نامه تخصصی علوم سیاسی، سال دوازدهم، شماره ۳۴، بهار ۱۳۹۵، ص ۲۷-۴۷. در این مقاله هم در مورد نظریات شیخ فضل الله نوری در مورد قانون‌گذاری مطالب مفیدی بیان شد ولی نگاه جامعی به همه کلمات شیخ صورت نگرفت؛

شیخ فضل الله نوری و مخالفت مبنایی با مشروطه، عباس هاشمی و حمید مهرآذر، فصل‌نامه ژرفا پژوه، سال اول، شماره ۱، پاییز ۱۳۹۳؛ در این مقاله نیز برخی کلمات شیخ در مورد تقنین بیان شد ولی جامعیت لازم را در خصوص این موضوع ندارد.

بیان فرضیه‌ها در مورد نظر تقنینی شیخ فضل الله نوری

کلمات مرحوم شیخ فضل الله نوری در نوشته‌هایی که از ایشان به یادگار مانده است، متنوع است و حتی گاهی متناقض به نظر می‌رسد. با توجه به کلمات ایشان می‌توان این فرضیه‌ها را مطرح کرد:

فرضیه ۱: عدم جواز قانون‌گذاری مطلقا؛

فرضیه ۲: عدم جواز قانون‌گذاری الا در مورد امور سلطنتی (امور مربوط به حاکم و کارگزاران)؛

فرضیه ۳: عدم جواز وضع قانونی که عین حکم شرع نباشد و جواز وضع قانونی که عین حکم شرع باشد.

می‌توان این عبارت شیخ را شاهد بر فرضیه اول دانست: «جعل قانون کلا ام بعضا منافات با اسلام دارد و این کار کار پیغمبری است. لذا هر پیغمبری که مبعوث شد از برای همین کار

بود)) (میرزا علی اصفهانی، تذکره الغافل و ارشاد الجاهل، ص ۳). برخی از شواهد فرضیه دوم نیز این عبارات است: «حاجت ما مردم ایران هم به وضع اصول و قوانین در وظایف درباری و معاملات دیوانی انحصار داشت» (رضوانی، لویح، ص ۲۸) / «حاجت ما مردم ایران به وضع قانون منحصر است در کارهای سلطنتی که بر حسب اتفاقات عالم از رشته شریعتی موضوع شده و در اصطلاح فقهاء دولت جائزه و در عرف سیاسیین دولت مستبده گردیده است» (رضوانی، لویح، ص ۳۱-۳۲). لکن وقتی به مجموع کلمات شیخ نگاه می کنیم بی به بطلان دو نظریه مذکور می بریم و بر نظریه سوم مهر تایید می زنیم. اکنون شواهد صحت نظریه سوم و بطلان نظریات دیگر را بیان خواهیم کرد.

اصل نیاز «مسلمانان» به جعل قانون

قبل از واکاوی جواز تقنین از نگاه شیخ فضل الله نوری، مناسب است این مسئله را بررسی کنیم که آیا شیخ اساساً جامعه اسلامی را نیازمند جعل قانون می داند؟! به عبارت دیگر، آیا جامعه اسلامی علی رغم داشتن احکام بالنده اسلام اصلاً نیازی به وضع قانون دارد یا این که همان احکام به منزله قوانین اجتماعی مسلمانانند و برای جلوگیری از مشکلات اجتماعی، وجود همان قوانین کافی است؟! از برخی کلماتشان استفاده می شود که مسلمانان بی نیاز از جعل قانونند و اسلام به عنوان دین کامل، تمام قوانین مورد نیاز بشر را آورده است. ایشان در ضمن یکی از لویحی که به همراه عده ای دیگر در تحصن زاویه حرم حضرت عبدالعظیم حسنی علیه السلام تنظیم نمود، فرمود:

«ما اهل اسلام شریعتی داریم آسمانی و جاودانی که از بس متین و صحیح و کامل و مستحکم است نسخ بر نمی دارد و صادر آن شریعت در هر موضوع حکمی و برای هر موقع تکلیفی مقرر فرموده است» (رضوانی، لویح شیخ فضل الله، ص ۳۱).

ایشان در رساله «حرمت مشروطه» که در اواخر عمر تألیف نمود نیز چنین فرمود:

«اسلام نا تمامی ندارد که کسی او را تمام نماید» (حرمت مشروطه، منقول از ملکزاده، تاریخ انقلاب مشروطیت ایران،

به عنوان مؤید^۱ مطلب فوق می‌توان از کلامی که در کتاب «تذکره الغافل و ارشاد الجاهل» آمده است هم بهره جست. در این کتاب چنین آمده است:

«بر عامه متدینین معلوم است که بهترین قوانین، الهی است و این مطلب از برای مسلم محتاج به دلیل نیست و به حمد الله ما طایفه امامیه بهتر و کامل‌ترین قوانین الهیه را در دست داریم. این قانونی است که وحی فرمود خداوند عالم به سوی اشرف رسلش و خاتم انبیاءش. وحی فرمود که «الیوم اکملت لکم دینکم و اتممت علیکم نعمتی». لیکن هزار حیف که افراد ملت ما را ابداء رغبت تحصیل علم آن نبوده و نیست و حال آنکه جامع است جمیع مایحتاج الیه الناس را و گویا ماها جهل را محبوب‌ترین اوصاف یافته ایم و معلوم است که این قانون الهی ما، مخصوص به عبادات نیست بلکه حکم جمیع مواد سیاسیه را بر وجه اکمل داراست حتی ارش الخدش. لذا ما ابداء محتاج به جعل قانون نخواهیم بود» (میرزا علی اصفهانی، تذکره الغافل و ارشاد الجاهل، ص ۲-۱).

از این بیان هم (به فرض که استناد کتاب به شیخ درست باشد) می‌توان دریافت که بر اساس نظر ایشان اسلام در همه امور سیاسی قانون را مشخص کرده است و جای خالی نیست که نیاز به وضع قانون باشد و بی‌تردید قوانین اسلام بهترین قوانینند.

لکن از برخی دیگر از عباراتشان استفاده می‌شد که در برخی موارد همین مردم نیاز به «جعل قانون» دارند. ایشان در ضمن لوایح فرموده است:

«حاجت ما مردم ایران هم به وضع اصول و قوانین در وظایف درباری و معاملات دیوانی انحصار داشت» (رضوانی، لوایح، ص ۲۸).

«حاجت ما مردم ایران به وضع قانون منحصر است در کارهای سلطنتی که بر حسب اتفاقات عالم از رشته شریعتی موضوع شده و در اصطلاح فقهاء دولت جائزه و در عرف سیاسیین دولت مستبده گردیده است» (همان ص ۳۱-۳۲).

مفاد این عبارات آن است که مردم در برخی مسائل محدود نیازمند جعل قانونند و به حسب ظاهر خلاف آن چیزی است که سابقاً از شیخ نقل کردیم مبنی بر نیاز نداشتن مسلمان به جعل

^۱ وجه این که این کلام از کتاب مذکور را به عنوان قرینه قطعی برای نظر شیخ فضل الله بیان نکردیم این است که انتساب این کتاب به شیخ فضل الله محل کلام است.

قانون. این درحالی است که برخی از عبارات اخیر دقیقا بعد از عبارات متهاافت خود ذکر شده‌اند.^۱ آیا می‌توان راه حلی برای این تهاافت یافت؟ ممکن است چنین بگوئیم: کلام اخیر شیخ که منشا تهاافت شده، از «لوائیح» نقل گردیده که در زاویه حرم حضرت عبد العظیم در جریان تحصن برخی از علما از جمله شیخ فضل الله نگاشته شده است و این احتمال وجود دارد که محتوای لوائیح به نحو سالبه جزئیه منطبق با نظر شیخ نوری نباشد، چرا که لوائیح را جمعی از علمای متحصن در زاویه حرم حضرت عبد العظیم حسنی می‌نوشتند و شیخ اگرچه در زمره تحصن‌کنندگان بود ولی ممکن است که در برخی نظرات با سایر متخصصان موافق نبوده باشد. لکن این احتمال به دو قرینه بعید به نظر می‌رسد: اولاً شیخ انسان وارسته و با تقوایی بود لذا اگر احیانا حرفش ولو بعضا مخالف محتوای لایحه می‌بود در همان زمان مخالفت جزئی خود را ابراز می‌کرد و اگر چنین می‌کرد برای ما نقل می‌شد. ثانیاً شیخ فضل الله در رساله حرمت مشروعه، لوائیح را کلمه حقه اسلامیة خواند:

«کلمه حقه اسلامیة را امثالاً لامر المولی و مجانبا عن الغرض و الهوی به بانگ بلند و صوت کافی وافی در محضر و منبر و لوائیح به همه بلاد و عباد رساندم» (حرمت مشروعه، منقول از ملکزاده، تاریخ انقلاب مشروطیت ایران، ج ۴، ص ۸۷۰).

وجه جمع قابل قبول این است که شیخ فضل الله مسلمانان را در هیچ امری از امور نیازمند قانون «برای جامعه مسلمانان» نمی‌داند، چرا که اسلام دین کاملی است و احکام آن جامعیت دارد و افراد جامعه اسلامی هم به احکام اسلام عمل می‌کنند و در صورت ترک آن هم می‌توان با امر به معروف و نهی از منکر جلوی معصیتشان را گرفت. اما در خصوص سلطان و کارگزاران دولتی نیاز به جعل قانون است و نمی‌توان به وجود احکام اسلام بسنده کرد، زیرا سلطان و کارگزارانش دارای قدرتند و عملاً نمی‌توان با احکام اسلام جلوی انحرافشان را گرفت اما اگر قانون در مورد چگونگی عملکردشان وضع شود بازوی بازدارنده دیگری است که مانع از تخطی سلطان و کارگزارانش می‌شود. اساساً مشروطه نامیدن مشروطه نیز بر همین اساس بوده و

۱. «ما اهل اسلام شریعتی داریم آسمانی و جاودانی که از پس متین و صحیح و کامل و مستحکم است نسخ بر نمی‌دارد و صانع آن شریعت در هر موضوع حکمی و برای هر موقع تکلیفی مقرر فرموده است. پس حاجت ما مردم ایران به وضع قانون منحصر است در کارهای سلطنتی که بر حسب اتفاقات عالم از رشته شریعتی موضوع شده و در اصطلاح فقهاء دولت جائزه و در عرف سیاسیین دولت مستبده گردیده است» (رضوانی، لوائیح، ص ۳۱-۳۲).

به معنای مشروط و محدود کردن سلطنت از طریق قانون است کما این که شیخ فضل الله نیز در جایی تعبیر «مشروط کردن سلطنت» را به کار برده است.^۱ در نامه‌ای که مجلس ملی برای رفع تحصن زاویه حرم حضرت عبد العظیم ع نوشت، چنین آمده است:

«معنای مشروطیت: حفظ حقوق ملت و تحدید حدود سلطنت و تعیین تکالیف کارگزاران دولت است بر وجهی که مستلزم رفع استبداد و سلب اختیارات مستبدانه اولیای دولت بشود» (رضوانی، لویح، ص ۲۳ به نقل از نشریه گروه آموزشی تاریخ، از ص ۱۶۵).

جایز نبودن جعل قانونی که غیر از حکم اسلام است

در ابتدای امر که مشروطه مطرح شد شیخ فضل الله موافق آن بود. ایشان می‌فرماید: «فتنه از فرق جدید و طبیعی مشرب‌ها بود که مشروطه را از غربی‌ها گرفتند و با ظاهری خوش و تحت عنوان طلب عدل از طریق محدود و مشروط کردن سلطنت، ما را فریفتند ولی در مقام عمل دیده شد که افرادی سر این کار آمدند که دارای برخی انحرافات بودند و در امر مشروطه دست به امور غیر شرعی مثل اعتبار بخشیدن به رای اکثریت زدند. ولی از همه این‌ها اغماض شد تا این که بنا بر نوشتن قانون گذاردند» (حرمت مشروطه، منقول از ملکزاده، تاریخ انقلاب مشروطیت ایران، ج ۴، ص ۸۷). به نظر می‌رسد که تصور شیخ این بوده است که مشروطه می‌خواهد صرفاً صغریات جلوگیری از ظلم حاکم را به شکل قانون بیان کند تا به این وسیله جلوی ظلم سلطان گرفته شود. لذا در بدو امر و در مقام تئوری آن را کاملاً منطبق با شرع می‌دانست و از آن حمایت کرد تا این که آن‌ها بنا بر جعل قانون برای عموم مردم گذاشتند. شیخ در این مورد فرموده است:

«چنین می‌نماید که جعل بدعتی و احداث ضلالتی می‌خواهند بکنند. و الا وکالت چه معنا دارد؟ موکل کیست و موکل فیه چیست؟ اگر مطالب امور عرفیه است این ترتیبات دینی لازم نیست. و اگر منظور امور شرعیه عامه است، این امر راجع به ولایت است نه وکالت و ولایت در زمان غیبت امام زمان عجل الله تعالی فرجه با فقها و مجتهدین است نه فلان بقال و بزاز و اعتبار به اکثریت آراء به مذهب

^۱ . «فتنه از فرق جدید و طبیعی مشرب‌ها بود که مشروطه را از غربی‌ها گرفتند و با ظاهری خوش و تحت عنوان طلب عدل از طریق محدود و مشروط کردن سلطنت، ما را فریفتند» حرمت مشروطه، منقول از ملکزاده، تاریخ انقلاب مشروطیت ایران، ج ۴، ص ۸۷.

امامیه غلط است و قانون نویسی چه معنا دارد؟ قانون ما مسلمانان همان اسلام است» (حرمت مشروطه، منقول از ملکراده، تاریخ انقلاب مشروطیت ایران، ج ۴، ص ۸۷).

این عبارت نشان می دهد که شیخ فضل الله رویکرد مجلس وقت را از چند جهت خلاف شریعت می دانست:

اولا این که خود را وکلای امت می دانند در حالی که چه در امور عرفیه و چه در امور شرعیه عامه این صحیح نیست، زیرا امور عرفیه به خود مردم واگذار شده است و وکالت و امثال آن از اصطلاحات دینی برای این امور نیاز نیست و در امور شرعیه عامه مثل امور حسبه هم به «ولئی» واگذار شده است نه به وکیل و مقام ولایت در زمان غیبت از آن فقها است؛ ثانيا رای اکثریت را ملاک حکم قرار داده اند و این خلاف نظر شارع است؛ ثالثا، وضع قانون می کنند در حالی که قوانین ما مسلمانان از پیش تعیین شده اند و قابل تغییر نیستند؛ یعنی کاری را انجام می دهند که شارع اجازه آن را نداده است. در کتاب «تذکره الغافل» نیز عبارتی آمده است که نشان از عدم جواز وضع قانون و حتی قائل به جواز آن را به نوعی کافر قلمداد می کند:

«اگر کسی را گمان آن باشد که ممکن و صحیح است جماعتی از عقلا و حکما و سیاسیین جمع شوند و به شورا ترتیب قانونی بدهند که جامع این دو جهت (دنیا و آخرت) باشد و موافق رضای خالق هم باشد لابد آن کس از ربنه اسلام خارج خواهد بود، چون اسلام بدون اقرار نبوت محقق نیست... و اگر خود را قادر بر آن (ترتیب قانون جدید جامع) بدانیم پس دیگر دلیل عقلی بر نبوت نخواهیم داشت... جعل قانون کلا ام بعضا منافات با اسلام دارد و این کار کار پیغمبری است. لذا هر پیغمبری که مبعوث شد از برای همین کار بود... تا آن که خاتم انبیا ﷺ مبعوث شد و دین خدا را کاملا بیان فرمود» (میرزا علی اصفهانی، تذکره الغافل و ارشاد الجاهل، ص ۲ و ۳).

تا به این جا عباراتی از شیخ فضل الله نقل کردیم که ظهور در عدم جواز مطلق وضع قانون داشت و فرضیه اول را ثابت می کرد. لکن از برخی دیگر از عبارات و اقدامات شیخ فضل الله استفاده می شود که ایشان اصل وضع قانون را غیر مشروع نمی داند بلکه مشکل در مخالفت قانون با حکم شارع است و بر این اساس، فرضیه اول و دوم باطل می شوند و فرضیه سوم اثبات می گردد. شواهد این مطلب:

۱. اگر شیخ فضل الله بالکل با وضع قانون مخالف بود بایستی مجلس را اساسا امری نامشروع می‌دانست در حالی که ایشان چندین بار تصریح کرد که با اساس مجلس شورای ملی مخالف نیست. از جمله در این بیان:

«ایها الناس، من به هیچ نحو منکر مجلس شورای ملی نیستم؛ بلکه مدخلیت خود را در تأسیس این اسامی پیش از همه کس می‌دانم... الان هم من همان هستم که بدم تغییری در مقصد و تجدیدی در رأی من به هم نرسیده است» (ترکمان، رسائل، اعلامیه‌ها، مکتوبات، ... و روزنامه شیخ فضل الله نوری، ۱۳۶۲، ص ۲۴۵)

۲. اشکالی که شیخ فضل الله به وضع قانون الزامی در مباحات شرعیه می‌گیرد این است که حکم شرعی اباحه است و قانون الزامی با اباحه سازگار نیست. لذا وضع چنین قانونی جایز نیست. در نتیجه ایشان اصل وضع قانون را دارای اشکال نمی‌داند بلکه مخالفت با شرع را به عنوان اشکال مطرح می‌کند و می‌فرماید:

«اصل این ترتیب و قانون اساسی و اعتبار باکثرت آرا اگر چه در امور مباحه بالاصل هم باشد چون بوجه قانون، الزام شده و می‌شود، حرام تشریعی و بدعت در دین است و کل بدعه ضلاله. مباح را هم اگر التزام به آن نمایند و لازم بدانند و بر مخالفت آن جزای مرتب نمایند حرام است» (حرمت مشروطه، منقول از ملکزاده، تاریخ انقلاب مشروطیت ایران، ج ۴، ص ۸۷۳).

ایشان در بخشی دیگر از رساله حرمت مشروطه به این نکته نیز اشاره می‌کند که حتی تحت عناوین ثانویه نیز نمی‌توان قانونی وضع کرد که خلاف حکم شارع به اباحه است، چرا که موارد عناوین ثانویه در فقه محدود است و آنچه در مجلس تصویب می‌شود را در بر نمی‌گیرد. ایشان در این مورد می‌فرماید:

«اگر گفته شود که این تغییر (تغییر در مواد قانونیه) من الاسلام الی الاسلام یعنی از مباحی به مباح دیگر است، این تغییر اگرچه متصور است لکن امر مباح که عند الشارع جایز الفعل و الترتک است، غلط است که قانون لازم العمل شود و مجازات بر مخالفت آن مترتب شود و عناوین

ثانویه که در شرح^۱ منشاء اختلاف حکم می‌شود مثل اطاعت والد یا نذر یا یمین و نحو آن در فقه محصور است و اکثریت آرای بقال و بزاز از آن‌ها نیست)) (حرمت مشروطه، منقول از ملکزاده، تاریخ انقلاب مشروطیت ایران، ج ۴، ص ۸۷۴).

۳. شیخ فضل الله در برخی از بیانات خود تصریح می‌کند که اگر عین احکام اسلام به عنوان قانون در مجلس وضع شود جایز است:

«ای برادر نظامنامه، نظامنامه، لکن اسلامی، اسلامی، اسلامی، یعنی همان قانون شریعت که هزار و سیصد و اندی است در میان ما هست و جمله از آن اصلاح مفاسد ما می‌شود در مرتبه اجرا نبود حالا بیاید بعنوان قانون و اجرا شود...» (رضوانی، لویح، ص ۵۰؛ ترکمان، رسائل... و روزنامه شیخ فضل الله نوری، ۱۳۶۲، ص ۳۵۶).

«در باب مجلس خواهی در امر اول دانستی که هیچ خلاف نیست و همه می‌خواهند؛ اما در این امر دینی همه‌ی علما بدون استثناء می‌گویند این مجلس مخالف اسلام نباشد، باید امر به معروف و نهی از منکر و حافظ بیضه‌ی اسلام باشد.» (ابوالحسنی، دردها و دغدغه‌های شیخ فضل الله نوری، ۱۳۸۳، ص ۳۴۷)

البته شیخ در برخی موارد موافقت با دین را شرط کرده و در برخی موارد عدم مخالفت با دین را شرط نموده است. لکن با توجه به این که در نظر شیخ حتی اباحه هم حکم شارع است و نمی‌توان قانونی خلاف آن وضع نمود عملاً فرقی بین لزوم عدم مخالفت و لزوم موافقت با شرع وجود ندارد و این تفاوت تعبیر موجب تهافت در نظر شیخ نمی‌شود.

۴. شیخ فضل الله پیشنهاد نظارت فقها بر قوانین مصوب مجلس را پذیرفت (حرمت مشروطه، منقول از ملکزاده، تاریخ انقلاب مشروطیت ایران، ج ۴، ص ۸۷). همین اقدام گواه آن است که شیخ وضع قانونی که عین احکام اسلام باشد را نامشروع نمی‌داند.

اما ناظران بر اسلامی بودن قوانین مجلس دقیقاً چه کسانی هستند و تعیین آن‌ها به دست چه نهادی است؟ شیخ نظر بر این داشت که نظارت باید توسط عده‌ای از مجتهدان مورد تایید مراجع تقلید عصر صورت گیرد نه توسط خود مجلس. ایشان در این رابطه چنین فرمود:

۱. کلمه «شرح» غلط است، چرا که با سیاق کلمات سازگاری ندارد، بلکه «شرح» صحیح است.

«مراقبت هیئتی از عدول مجتهدین در هر عصر بر مجلس شورا به همان عبارت که همگی نوشته ایم بر فصول نظامنامه افزوده شود و هم مجلس شورا به هیچ وجه حق دخالت در تعیین آن هیئت از عدول مجتهدین را نخواهد داشت و اختیار انتخاب و تعیین و سایر جهات راجعه به آن هیئت کلیه با علمای مقلدین هر عصر است (لاغیر)» (زرگری‌نژاد، رسائل مشروطیت، ۱۳۷۴، ص ۲۶۸).

در نتیجه از برخی تصریحات می‌توان فهمید که شیخ فضل الله نظر جواز وضع قانونی دارد که عین حکم شرع باشد و جمع عرفی بین تصریحات و ظهورات به این است که ظهورات را حمل بر تصریحات کنیم. لذا آن دسته از عبارات شیخ که ظهور در عدم جواز تقنین به نحو مطلق داشت را حمل بر صورتی می‌کنیم که قانون وضع شده عین حکم شارع نباشد. شاید برخی مدعی تغییر نظر شیخ در طول زمان شوند لکن تا وقتی کلمات شیخ قابل جمع عرفی است، باید چنین کرد و تبدل رای شخص نیازمند دلیل محکمی است که در مانحن فیه وجود ندارد.

گزارشی از آنچه واقع شد

شیخ فضل الله مشاهده کرد که افراد صاحب نفوذ در مجلس عملاً ملتزم به نظارت فقها نیستند. او می‌گوید: «سپس ما لزوم نظارت مجتهدین در هر عصر را به کمک برخی عوامل توانستیم به عنوان قانون به مجلس ببریم که اگرچه در ظاهر پذیرفتند و ناچار به قبول ظاهری شدند ولی در عمل باز هم نظارت فقهاء را نادیده گرفتند و کردند آنچه کردند» (حرمت مشروطه، منقول از ملکزاده، تاریخ انقلاب مشروطیت ایران، ج ۴، ص ۸۷). نمایندگان مجلس اقدام به نگارش قانون اساسی ایران کردند. پیش‌نویس طرح تنظیم قانون توسط حسن پیرنیا و برادرش حسین پیرنیا مؤتمن الملک، فرزندان میرزا نصر الله خان نائینی و همیاری سعد الدوله در ۵۱ ماده نگاشته شد. سعد الدوله برای کمک به تدوین قانون اساسی مشروطه چند جلد کتاب «قانون» از پارلمان انگلیس و یک نسخه از قانون اساسی بلژیک را از منشی سفارت بلژیک به دست آورد و در اختیار هیأت ذکر شده قرار داد و آن‌ها به تدوین قانون اساسی مشغول شدند (انصاری، شیخ فضل الله نوری و مشروطیت، ص ۱۵۷). شواهد گواه آن است که فراماسون‌های ایرانی عضو لژ بیداری پس از افتتاح مجلس سعی کردند در تدوین قوانین به مشروطه‌خواهان کمک کنند (انصاری، شیخ فضل الله نوری و مشروطیت، ص ۱۵۹).

بر همین اساس، شیخ فضل الله و سایر علما در حرم حضرت عبد العظیم حسنی حدود سه ماه تحصن کردند. چکیده خواسته‌های ایشان همان مطابقت کامل قوانین با شرع بود و چیزی غیر از این را مطالبه نمی‌کردند. متن یکی از لویحی که در زمان تحصن توسط شیخ و همراهانش نوشته شد این است:

«جلوگیری از دخالت و تصرفات این فرقه‌های فاسده و مفسده (بابیه و طیبعی) به نگاشتن و ملحوظ داشتن چند فقره است در نظام‌نامه اساسی، یکی آن‌که در نظام‌نامه اساسی مجلس بعد از لفظ مشروطه لفظ مشروعه نوشته شود؛ دیگر آن‌که فصل دائر به مراعات موافقت قوانین مجلس با شرع مقدس و مراقبت هیئتی از عدول مجتهدین در هر عصر بر مجلس شوری به همان عبارت که همگی نوشته‌ایم بر فصول نظام‌نامه افزوده شود و هم مجلس شوری را به هیچ وجه حق دخالت در تعیین آن هیئت از عدول مجتهدین نخواهد بود و اختیار انتخاب و تعیین و سایر جهات راجعه به آن هیئت کلیه با علماء مقلدین هر عصر است لا غیر و دیگر آن‌که محض جلوگیری از فرق لا مذهب خاصه مرتدین از دین که فرقه بابیه و نحو آن است حضرت حجت الاسلام و المسلمین آقای آخوند ملا محمد کاظم مد ظلاله افزودن فصلی را فرمایش فرموده‌اند، حکم ایشان هم معلوم است باید اطاعت شود و خصوصاً فصلی راجع به اجراء احکام شرعیه درباره فرقه بابیه و سایر زنادقه و ملاحده در نظام‌نامه اساسیه منظور و مندرج گردد و دیگر آن‌که چون نظام‌نامه اساسی مجلس را از روی قانون‌های خارج مذهب ما نوشته‌اند محض ملاحظه مشروعیت و حفظ اسلامیت آن پاره تصرفات در بعضی فصول با حضور همگی حجج اسلامیه شده است باید آن فصول نیز به همان اصلاحات و تصحیحاتی که همگی فرموده‌اند مندرج شود و هیچ تغییر و ترک به عمل نیاید» (لویح، ص ۳۲-۳۳).

در انتهای این لایحه تصریح می‌شود که علما مشکلی با اصل مجلس ندارند بلکه صرفاً شرعی بودن قوانینش را می‌خواهند:

«باری مهاجرین زاویه مقدسه را مقصودی جز تمشیت این فقرات مسطوره که واللہ القاهر الغالب و المدرک المهلک، محض حراست اسلام و حفظ شریعت خیر الانام علیه و آله الصلاه و السلام

است، نیست. هر وقت وکلاء محترم که همه دم از مسلمانی و دین‌داری و خداشناسی می‌زنند مضایقه و ممانعت و مزاحمت خودشان را نسبت به این چهار فخره ترک گفتند و این‌ها را پذیرفتند احدی از علماء اسلام و طبقات مسلمین را با ایشان سخنی نخواهد بود و مجلس دار الشورای کبرای ملی اسلامی هم حقیقه به لقب «مقدس» و دعای «شَیْد الله ارکانه» شایسته و سزوار خواهد گردید» (لویج، ص ۲۳).

سر انجام پس از گذشت سه ماه از تحصن، در نهایت با نامه مجلس مبنی بر التزام به احکام اسلام و عدم تخطی از آن، دست از تحصن برداشتند. متن نامه مجلس:

«واضح است که مملکت ایران مملکت اسلامی است و شریعت حضرت خاتم انبیا محمد مصطفی ﷺ دائم و مستمر و ناسخ کافه شرایع، و احکام آن تغییر ناپذیر است. در این صورت ظاهر است که مراد از کلمه مشروطه در این مملکت نمی‌تواند چیزی باشد که منافی با احکام شرعیه باشد... . معنای مشروطیت: حفظ حقوق ملت و تحدید حدود سلطنت و تعیین تکالیف کارگزاران دولت است بر وجهی که مستلزم رفع استبداد و سلب اختیارات مستبدانه اولیای دولت بشود. و حدود این مجلس: اصلاح امور دولتی و تنظیم مصالح مملکت و رفع ظلم و تعدی و نشر عد و تصحیح دوایر وزارت‌خانه‌هاست... . پس دخالت در احکام شرعیه و حدود الهیه که به هیچ وجه قابل تغییر و تبدیل نیست، از وظیفه این مجلس خارج و مراجع احکام و امور شرعیه... علمای اعلام و مجتهدین عظام هستند...» (رضوانی، لویج شیخ فضل الله، ۱۳۶۲، ص ۲۳ به نقل از نشریه گروه آموزشی تاریخ، از ص ۱۶۵ به بعد).

ولی بار دیگر نمایندگان مجلس در عمل تخطی کردند و عدم مخالفت با شرع را نادیده گرفتند. (ملکزاده، تاریخ انقلاب مشروطیت ایران، ج ۴، ص ۸۷۲). از جمله این قوانین غیر شرعیه که به تصویب رسید و از قضا جزو قوانین اساسی قرار گرفت قانون تساوی حقوقی تمام افراد مملکت و دیگری آزادی مطبوعات بود (ملکزاده، تاریخ انقلاب مشروطیت ایران، ج ۴، ص ۸۷۳-۸۷۴ و ۸۷۵). شیخ فضل الله در مورد تصویب این قانون می‌گوید: قانون مذکور که مخالفتش با اسلام واضح است در حالی در مجلس تصویب شد و به رشته تحریر در آمد که چند سطر قبل آن تصریح به عدم قانونیت امر مخالف

اسلام شده است (ملکزاده، تاریخ انقلاب مشروطیت ایران، ج ۴، ص ۸۷۴). پس لزوم عدم مخالفت با اسلام به عنوان شرط قانونیت قانون به تصویب نمایندگان مجلس رسیده و آن را ثبت کرده بودند ولی به آن پایبند نبودند و چشمشان را بر این قانون می بستند. جناب شیخ عمده فتنه را از فرقه بابیه و طبیعیه می دانست و می فرمود:

«این دو فرقه از سوء القضاء هر دو در جهات مجلس شورای ملی ما مسلمانها وارد و متصرف شده اند و جداً جلوگیری از اسلامیت دار الشورای ایران می کنند و می خواهند مجلس شورای ایران را پارلمنت پاریس بسازند» (سازمان مجاهدین انقلاب اسلامی، شیخ فضل الله در جنبش مشروطیت، ۱۳۶۲، ص ۱۵).

جمع بندی

کلمات مرحوم شیخ فضل الله نوری در منابع دسته اول مورد بررسی قرار گرفت و نظر ایشان پیرامون مسئله تقنین ارزیابی و تحلیل شد و در نهایت امر به این جمع بندی رسیدیم که ایشان جامعه اسلامی را نیازمند جعل قانون نمی داند جز در مورد خود سلطان و کارگزاران دولتی، چرا که به دلیل در دست داشتن قدرت در مظان خارج شدن از جاده شریعتند و برای جلوگیری از تخطی آنها از جاده شریعت در امر حکومت داری چاره ای جز وضع قوانین نیست. دلیل حمایت ابتدایی ایشان از جریان مشروطه هم همین بوده است. لکن غیر سلطان و کارگزاران دولتی یعنی مردم جامعه اسلامی نیازمند وضع قانون نیستند، چرا که نفس احکام اسلام برای ایشان کافی است و هیچ امری را نمی توان یافت که اسلام در مورد آن حکمی نداشته باشد. لکن عدم نیاز به جعل قانون به معنای عدم جواز آن نیست بلکه شیخ فضل الله تصریح می کند که وضع قانون حتی در غیر مورد سلطان و کارگزاران هم جایز است لکن قانونی که عین حکم اسلام باشد؛ به این معنا که حتی اگر حکم اسلام در امری اباحه است، عینا همین به عنوان قانون مجلس تصویب شود. تشخیص این امر هم با نظارت مجتهدان جامع الشرائط حاصل می شود.

جمع بندی ذکر شده همان مفاد فرضیه سوم (عدم جواز وضع قانونی که عین حکم شرع نباشد) بود که در ابتدا آن را برگزیدیم. اما فرضیه اول (عدم جواز تقنین مطلقاً) و دوم (عدم جواز تقنین الا در مورد امور سلطانی) باطلند، زیرا اگرچه برخی از عبارات شیخ فضل الله ظهور در

ماهنامه داخلی گروه‌های تخصصی، مهر ۱۴۰۱..... ۷۲

این دو فرضیه داشت اما با توجه به تصریحات متعدد ایشان مبنی بر جواز تقنین در غیر امور سلطانی و جمع عرفی این تهافت در حمل ظهورات بر تصریحات است

حکم تکلیفی و وضعی عزل و دیگر راه‌های از بین بردن نطفه

استاد راهنما: استاد مدنی

نویسنده:

محمد حسین مولا^۱

چکیده

هر کدام از زوجه و زوجه و غیر آنها (اجنبی) ممکن است باعث از بین رفتن نطفه شوند و این عمل در بعضی صور آن جایز است و در بعضی دیگر حرام است و همین طور لزوم دیه می‌باشد. اگر زوج نسبت به زوجه ی حره اش، عزل کند یا کارهای دیگری که باعث از بین بردن نطفه (منی) می‌شود انجام دهد در حالی که در ضمن عقد شرط نکرده باشد و زوجه اش راضی نباشد، کار مکروهی انجام داده است طبق نظر مشهور. طبق نظر غیرمشهور از فقهاء کار مکروهی انجام داده است و طبق نظریه مختار در این تحقیق کار مباحی انجام داده است. دروجوب دیه بر زوج اختلاف است و نظر اکثر عدم وجوب دیه است.

^۱. دانش پژوه گروه فقه تربیت، سال تحصیلی ۴۰۱-۴۰۰

اگر زوجه باعث از بین رفتن منی شود در حالی که زوج راضی نیست و در ضمن عقد شرط نکرده‌اند، به نظر مختار کار حرامی مرتکب شده است و باید دیه بپردازد بخاطر عمومیت تعلیل مذکور در روایت مربوطه. نظر اکثر فقها عدم لزوم دیه است.

اگر اجنبی باعث از بین رفتن منی شود، کار حرامی انجام داده است و باید دیه بپردازد در صورتی که زوج راضی به این کار نباشد بخاطر روایت صحیحی که در مورد اجنبی وجود دارد. در این مساله نظر مخالفی نیافتیم.

کلید واژه

عزل، نطفه، دیه، روابط زناشویی، جلوگیری از فرزندان شدن

مقدمه

یکی از مسائل مبتلا به عزل یا راه‌های دیگر جلوگیری از بچه دار شدن می‌باشد. پس مهم است که مشخص شود که عزل آیا مطلقاً جایز است یا مباح یا مکروه یا اینکه تفصیل وجود دارد و همچنین مهم است که معلوم شود که آیا عزل و مشابهات آن باعث لزوم دیه میشوند یا نه و اگر باعث لزوم دیه میشوند آیا بین زوج و زوجه و اجنبی که باعث از بین رفتن نطفه شده است فرق می‌کند یا نه.

از آنجایی که موضوع عزل و راه‌های دیگر از بین بردن منی، محل ابتلاء بوده است روایاتی متعددی در این باره وجود دارد و در نتیجه فقهاء به این مساله در طول تاریخ پرداخته‌اند و مساله دارای پیشینه‌ای غنی می‌باشد.

در این مقاله سعی شده است که اقوال مختلف جمع‌آوری شود و به تفصیل به ادله‌ای که بیان کرده‌اند و ادله‌ی جدیدی که بیان نکرده‌اند پرداخته شود تا قول صواب در مساله مشخص شود.

مفاهیم

عزل(۱)

در لغت در مصادیق مختلفی که دارای معنای واحدی هستند استعمال شده است. آن معنای واحد کنار گذاشتن شخصی از امری که در جریان بوده است می‌باشد.^۱ از جمله موارد استعمال آن، جلوگیری از ریختن منی در رحم زن می‌باشد (تهذیب اللغة، ج ۲ ص ۸۰).

در اصطلاح فقهی، جلوگیری از ریختن منی در رحم زن، به هنگام آمیزش را «عزل» منی می‌گویند (معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، ج ۲، ص ۴۹۸).

مراد ما از این واژه همین معنای اصطلاحی است.

۲) نطفه

در لغت نطفه بر منی مرد (اسپرم) اطلاق می‌شود و همچنین بر آب زن یا تخمک یا مادینه اطلاق می‌شود و اطلاق این لغت منحصر در ترکیب منی و تخمک (که تخم نامیده می‌شود) نمی‌شود اگر چه که به عنوان آب صافی (خالص) یا سیلان ضعیف من شی مادی؛ به آن اطلاق می‌شود.^۲ مراد ما از کلمه ی نطفه همان معنای لغوی کلمه می‌باشد که به معنای منی یا اسپرم می‌باشد و نه معنای خاص آن که منی مخلوط شده با تخمک زن می‌باشد (تخم).

۳) اشکال مختلف از بین بردن نطفه

راه های مختلف از بین بردن نطفه به شرح زیر است:

۱- راه طبیعی: یعنی منی بیرون از رحم ریخته می‌شود حال چه اصلا دخولی صورت نگیرد و چه صورت بگیرد.

۲- استفاده از ابزار: منی در داخل کاندوم مردانه یا زنانه یا اسفنج ضد بارداری یا دیافراگم یا کلاهک دهانه ی رحم یا آیو دی و... ریخته می‌شود و منی به تخمک نمی‌رسد.

^۱ التحقيق أن الأصل الواحد في هذه المادة: هو تحية شخص عن أمر كان في محيط جريانه. و بهذا القيد يفترق عن مواد التنحية و التباعد و التجنب و غيرها. التحقيق في كلمات القرآن، ج ۸، ص ۱۱۸.

^۲ التُّطْفَةُ: الماء الصافي، قل أو كثر. و الجمع التُّطَافُ، و التُّطْفَةُ: ماء الرجل، و الجمع نُطْفٌ. (الصحيح ۴/ ۱۴۳۴) (التُّطْفَةُ) ماء الرَّجُلِ و الْمَرْأَةِ. (المصباح المنير ۲/ ۶۱۱)

التحقيق أن الأصل الواحد في المادة: سيلان ضعیف من شيء مادی محسوسا أو غير محسوس. و من مصاديقه: التقاطر من السيف. و سيلان ضعیف صاف من شيء. و ترشح العرق من البدن. و ظهور عیب و فساد من شخص. و تقاطر المطر من السحاب. و خروج الترشحات من الجرح بالعقر أو ببلوغ في اللينة. و التقاطر من القرية. و خروج المنی من الرجل و المرأة. و تقاطر ماء الدماغ من الأنف. و النطفة فعلة كاللقمة بمعنى ما ينطف و يترشح من شيء. (التحقيق في كلمات القرآن الكريم،

۳- استفاده از مواد دارویی: مثل آمپول یا قرص یا چسب یا ایمپلنت ضد بارداری و ...

۴) حکم تکلیفی و وضعی

مراد از حکم تکلیفی، یکی از احکام خمسسه وجوب، حرمت، کراهت، استحباب، اباحه می‌باشد. و مراد از حکم وضعی، دیه یا ضمان می‌باشد.

بیان مساله

همان طور که بزرگانی مثل آیت الله شبیری (حفظه الله) (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۴، ص: ۱۳۷۸) گفته اند، محل نزاع و بحث در مورد حرمت یا جواز عزل جایی است که ۸ قید داشته باشد، بدین معنا که با فقدان هر قید جواز عزل مسلم است، این قیود عبارتند از:

۱- زن معقودهٔ مرد باشد نه ملک یمین یا محللهٔ او.

۲- دائمه باشد نه متمتع بها.

۳- حره باشد، لذا عزل از امه دیگری که با مردی ازدواج کرده، بلا اشکال است.

۴- زوجه اذن نداده باشد.

۵- موقع عقد حق عزل برای زوج شرط نشده باشد.

۶- وطی در قبُل باشد.

۷- عزل اختیاری باشد. مثلاً عزل شرعاً موجب ضرر معتنی به، به خودش یا زن نگردد و به طور کلی عنوان ثانوی محلل در کار نباشد.

۸- جزء شش طائفه مستثنی در روایت^۱ نباشد.

با تمامی این شرایط محل بحث قرار گرفته که آیا عزل جایز است یا خیر؟

چهار احتمال بلکه شاید چهار قول در مسأله هست:

۱- حرمت عزل و وجوب پرداخت دیه (ده دینار)

۲- جواز عزل و عدم وجوب دیه

۳- جواز با وجوب دیه

۱. روایت یعقوب الجعفی یا الجعفری قال: سمعت ابا الحسن علیه السلام يقول: لا بأس بالعزل فی ستة وجوه: المرأة التي تيقنت انها لا تلد، و المسنة، و المرأة السليطة، و البذية، و المرأة التي لا تُرضع ولدها، و الأمة- (وسائل، ج ۲۰، ص ۱۵۲، باب ۷۶ از مقدمات نکاح، ح ۴)

حکم تکلیفی و وضعی عزل و دیگر راه‌های از بین بردن نطفه ۷۷

۴- حرمت با عدم وجوب دیه.

به تفکیک اول از حکم تکلیفی عزل مرد و بعد حکم تکلیفی عزل زن و سپس از حکم وضعی عزل مرد و بعد حکم وضعی عزل زن بحث میکنیم.

اقوال در حکم تکلیفی عزل مرد

قول اول: (حرمت عزل)

عزل از حره منکوحه به نکاح دائم بدون شرط در عقد و بدون اذنش، حرام است.^۱

ادله قول اول

دلیل اول: (روایات)

روایت ۱: (یعقوب جعفری)

«رَوَى الْقَاسِمُ بْنُ يَحْيَى عَنْ جَدِّهِ الْحَسَنِ بْنِ زَاشِدٍ عَنْ يَعْقُوبَ الْجَعْفِيِّ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا الْحَسَنِ عليه السلام يَقُولُ لَا بَأْسَ بِالْعَزْلِ فِي سِتَّةِ أَجْزَاءِ الْمَرْأَةِ الَّتِي أَتَيْتُهَا لَا تَلِدُ وَالْمُسِنَّةَ وَالْمَرْأَةَ السَّلْبِيَّةَ وَالْبَيْدِيَّةَ وَالْمَرْأَةَ الَّتِي لَا تَوْضِعُ وَلَدَهَا وَالْأُمَّةَ» (من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۴۳).

یعقوب جعفری گوید: از امام کاظم علیه السلام شنیدم که می‌فرمود:

در شش صورت عزل اشکالی ندارد: ۱- زنی که یقین داری حامله نمی‌شود، ۲- زنی که یائسه گشته، ۳- زن دریده، ۴- زن بد زبان و فحاش، ۵- زنی که فرزندش را خود شیر نمی‌دهد. ۶- کنیز (ترجمه من لا يحضره الفقيه، ج ۵، ص: ۹۳).

تقریب: مفهوم این روایت این است که در غیر این شش مورد عزل جایز نیست (أنوار الفقاهة - کتاب النکاح (لمکارم)، ص: ۴۸).

^۱ قائلین: « ۶ فقیه بزرگ در ۷ کتاب به حرمت فتوا داده‌اند که عبارتند از شیخ مفید در مقنعه (۵۱۶)، شیخ طوسی در خلاف (۵۹/۴) و مبسوط (بلکه در خلاف ادعای اجماع هم کرده) (۲۶۷/۴)، ابن حمزه در وسیله (۳۱۴)، کبیری در اصباح (۴۳۱)، شهید اول در لمعه (۱۷۴)، فاضل مقداد در التتقیح (۲۴/۳).
برخی از فقها نیز تنها به نقل قول در مسأله (و احیاناً ادله آن) اکتفا کرده خود فتوای صریحی نداده‌اند همچون علامه در تذکره و تحریر (۴۲۵/۳)، فخر المحققین در ایضاح (۱۲۵/۳) و به عین عبارت او عمیدی در کنز الفوائد (۴۰۶/۲) و ابن فهد در مهذب البارع (۲۰۸/۳)»^۱

بررسی سند روایت: به این روایت بخاطر شک در وثاقت قاسم بن یحیی و جد او حسن بن راشد و یعقوب جعفری اشکال گرفته شده است اما می‌شود از راه‌هایی وثاقت آنها را ثابت کرد.^۱

بررسی دلالت روایت: مرحوم نراقی در دلالت روایت اشکال کرده و دلیلی هم بر اشکال خویش ذکر کرده، مرحوم آقای حکیم در مستمسک، کلام نراقی را بعینه (بدون ذکر دلیل ایشان) آورده است، در مستند درباره دلالت روایت می‌گوید: مفهوم روایت یا بر مبنای مفهوم عدد است یا بر مبنای مفهوم وصف، و هیچ‌یک از این دو مفهوم صحیح نیست.

^۱ راه‌های اثبات وثاقت قاسم بن یحیی و حسن بن راشد:

راه اول: در اثبات وثاقت این دو، گاه به ورود نام ایشان در کامل‌الزیارات و تفسیر علی بن ابراهیم تمسک شده که این دو مبنای به نظر ما ناتمام است.

راه دوم: دلیل دیگری بر توثیق این دو وجود دارد که در معجم الرجال در ترجمه قاسم بن یحیی بدان اشاره کرده ولی در ترجمه حسن بن راشد اشاره نکرده است، این دلیل کلام صدوق در باب «زیارة قبر ابی عبد الله الحسین بن علی بن ابی طالب علیه السلام المقتول بکربلا» روایة الحسن بن راشد را نقل کرده و می‌گوید: «قد اخرجت فی کتاب الزیارات و فی کتاب مقتل الحسین بن علی بن ابی طالب علیه السلام انواعاً من الزیارات و اخترت هذه لهذا الكتاب لانها اصح الروایات عندي من طریق الروایة و فیها بلاغ و کفایة» در طریق صدوق به حسن بن راشد، القاسم بن یحیی هم واقع است و این عبارت هر دو را تصحیح می‌کند.

راه‌های اثبات وثاقت یعقوب جعفری:

«(الف) وقوع روایت در فقیه

(ب) عمل گروهی از علما به آن، استشهاد کردیم ولی این دو راه را تمام ندانستیم

(ج) راه برای تصحیح یعقوب جعفری وقوع او در اسناد تفسیر علی بن ابراهیم است. اما ما بر خلاف نظر مرحوم آقای خوئی (ره)، وقوع یعقوب جعفری را در اسناد تفسیر علی بن ابراهیم دلیل بر اعتبار آن نمی‌دانیم؛ بنابراین نمی‌توان سند را از این جهت معتبر دانست.

(د) ولی ممکن است از راه دیگری سند را معتبر نمود و آن این است که صدوق (قدس سره) در کتاب فقیه، که کتاب فتوایی اوست، یک باب برای عزل منعقد کرده و در آن باب تنها همین روایت را آورده است. این نکته نشان می‌دهد که از نظر او این روایت قابل اعتماد بوده است، به ویژه آن که صدوق - همانند استادش ابن ولید - در رجال متخصص و صاحب نظر بوده و نقادی داشته است که از جمله می‌توان به نقد ایشان نسبت به اسانید کتاب «نوادیر الحکمة» اشاره کرد. و از نظر روش رجالی صدوق ره سخت‌گیر است.»

اشکال به راه چهارم:

«فتوای صدوق و کلینی در صورتی نشانه اعتماد آنها به اسناد روایت است که حکم الزامی در کار باشد ولی در این مورد و سایر مواردی که مورد فتوی حکم الزامی نیست نمی‌توان به فتوای آنان استناد کرد و آن را دلیل بر اعتماد ایشان بر سند روایت دانست؛ چون پذیرش مبنای تسامح در ادله سنن در میان قدما امری شایع بوده است لذا صدوق در این مسأله، صحیح‌ه محمد بن مسلم را که دال بر جواز است، نیز نقل کرده و این نشان می‌دهد که وی در مسأله قائل به جواز بوده و خواسته با ذکر روایت جعفری مواردی را استثنا کند که یا اصلاً کراهت ندارند یا کراهت ضعیفی دارند. بلی اگر فتوای وی حرمت بود و از حرمت يك استثنایی ذکر می‌کرد، نشانه اعتماد وی به سند روایت بود و ما می‌توانستیم بدین وسیله سند را تصحیح نماییم.»

جواب اول: «هر چند ما حجیت مفهوم عدد یا وصف یا لقب را به گونه مطلق و به طور کلی نپذیریم، ولی در مواردی که تعابیری همچون تعبیر مذکور در حدیث مورد بحث وجود دارد، ظهور قوی در مفهوم دارد، زیرا متفاهم عرفی از تعبیر امام علیه السلام آن است که عزل در سایر موارد جایز نمی‌باشد و جواز عزل منحصر به این موارد است، با این فرض که عزل به طور مطلق جایز باشد، چنین تعبیری خلاف متفاهم عرفی است» (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۴، ص: ۱۳۴۵).

جواب دوم: «اگر دلالت روایت بر مفهوم به نحو سالبه کلیه را نیز منکر شویم، دلالت روایت بر مفهوم به نحو سالبه جزئی را نمی‌توانیم انکار کنیم، و این روایت کالصریح است که جواز عزل در همه موارد نیست و اگر در تمام موارد عزل جایز بود «لا بأس بالعزل» را مقید به «فی ستة وجوه» نمی‌کرد» (همان، ص: ۱۳۴۶).

نتیجه: اگر سند روایت را معتبر بدانیم، این روایت با توجه به دلالت آن بر اختصاص جواز عزل به موارد مذکور، با ادله دال بر جواز عزل به گونه مطلق معارضه پیدا می‌کند، و باید در صدد یافتن راه جمعی بین آنها بود.

اشکال به جواب اول و دوم: امام می‌فرماید «لا بأس» معلوم می‌شود که اجمالاً در برخی موارد دیگر، بأس هست، ولی چون در مقام بیان از آن جهت نیست سائل معنای بأس را مطابق معنای معلوم نزد خود می‌فهمد و نفی بأس را نیز به همان معنی می‌فهمد اگر اصل مسأله حرمت باشد در فرع مورد سؤال نفی بأس دلالت بر نفی حرمت دارد و اگر اصل مسأله کراهت باشد نفی بأس دلالت بر نفی کراهت خواهد داشت. به بیان دیگر در این مورد و مواردی که با قرائن می‌فهمیم، حکم اصل مسأله نزد سائل یا نزد عموم مخاطبین روشن و معلوم بوده است، لا بأس به همان معنای معلوم بکار رفته است. لذا در چنین مواردی «لا بأس» اعم از نفی تحریم و تنزیه خواهد بود و خود کلمه، دلالتی بر هیچ یک از این دو نخواهد داشت. بلکه با توجه به حکم اصل مسأله، باید مراد از آن را بدست آورد. حال در این روایت مورد بحث نیز فروع مسأله و بعضی از خصوصیات آن را می‌خواهد متعرض شود، این را که در چند مورد بأس نیست، یعنی باسی را که خودتان می‌دانید و ما قبلاً حکم آن را بیان کرده‌ایم، مستثنیاتی دارد و این چند مورد از آن حکم استثنا است. حال آن حکم اصلی چیست و به چه نحو است، اینجا متعرض آن نمی‌شود و خود

طرف می‌داند و در مقام بیان اصل حکم مسأله نیست. از این روایت نسبت به حکم اصلی مسأله که آیا تحریم است یا کراهت ساکت است و ظهوری ندارد. پس دلالت این روایت از این جهت نیز محل اشکال است.^۱

روایت ۲: (محمد بن مسلم)

«الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا ﷺ أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الْعَزْلِ فَقَالَ أَمَّا الْأُمَّةُ فَلَا بَأْسَ وَ أَمَّا الْحُرَّةُ فَإِنِّي أَكْرَهُ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهَا حِينَ يَتَزَوَّجُهَا» (تهذيب الأحكام بتحقيق خراسان، ج ۷، ص: ۴۱۷).

در سند روایت اشکالی وجود ندارد و صحیحه می‌باشد.

تقریب استدلال: اگر به معنای حرمت می‌باشد پس نسبت به حره عزل حرام است مگر در صورت شرط کردن حین ازدواج.

اشکال: درباره این که مراد از تعبیر «اگره» چیست، سه نظر وجود دارد:

نظر اول: کراهت مصطلح. مرحوم شهید ثانی (قدس سرّه) فرموده که لفظ «کره» موضوع برای آن است که مانع از نقیض نباشد و معنای حقیقی آن همان مفهوم مصطلح کراهت (تزیه) است و اگر گاهی در معنای تحریم به کار می‌رود، از باب مجاز و به سبب وجود قرینه می‌باشد، عدّه بسیاری نیز از فقها همین روایت را دلیل بر کراهت عزل شمرده‌اند.

اشکال: برخی گفته‌اند، این نظر قابل مناقشه است، زیرا مفهومی که برای ماده «کره» بیان شده (عدم منع از نقیض)، معنای اصطلاحی فقهی کراهت می‌باشد، ولی کراهت به معنای لغوی، که در روایات هم به همان معنای لغوی به کار رفته، به مفهوم مبعوض بودن است. مثلاً این که گفته می‌شود که فلانی این کار را «عن کره» انجام داده است، مراد این می‌باشد که با اکراه و بغض انجام داده است. معلوم نیست که این مبعوضیت، مبعوضیت تزیه‌ی باشد، همچنانکه تحریم هم از آن استفاده نمی‌شود.

^۱ کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۴، ص: ۱۳۸۰. آیت الله مکارم هم "فیه باس" را برای اعم از حرمت و کراهت میدانند. أنوار الفقاهة - کتاب النکاح (لمکارم)، ص: ۴۹

حکم تکلیفی و وضعی عزل و دیگر راه‌های از بین بردن نطفه ۸۱

نظر دوم: مبعوضیت تحریمی (حرمت)؛ برخی فقها بر آن هستند که عند الاطلاق از کراهت، مبعوضیت تحریمی یعنی حرمت استفاده می‌شود و تنها با وجود قرینه است که می‌توان از این معنا دست برداشت و آن را حمل بر معنای مصطلح کراهت نمود. مرحوم علامه (قدس سرّه) در تذکره دلیل تحریم عزل را همین روایت آورده است و همچنین مرحوم آقای خوئی (ره) تعبیر کراهت را ظاهر در تحریم می‌داند.

روایت مذکور در برخی منابع فقهی از جمله در ایضاح و مستند نیز به عنوان دلیل حرمت مطرح شده، ولی پذیرفته نشده است.

اشکال: این فرمایش هم به نظر تمام نمی‌آید زیرا کاربرد «اکره» و «یکره» و مشتقات آن در موارد کراهت مصطلح بدون قرینه به قدری زیاد است که نمی‌شود گفت بر خلاف معنای موضوع له بکار رفته است.

و اگر کسی بگوید لفظ کراهت در حرمت وضع نشده است، لکن معنای اطلاق آن حرمت است و مقتضای اطلاق کراهت، مبعوضیت تحریمی است. اینهم صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا بسیاری از موارد که ماده کراهت استعمال شده و قرینه متصلی در عبارت نبوده بلکه با قرینه منفصل فهمیدیم که مراد کراهت مصطلح است و حرمت نیست. باید تمام این موارد را خلاف ظاهر بدانیم و این امری بسیار مستبعد است که همه استعمالات کثیر را خلاف ظاهر بدانیم. بنابراین لفظ کراهت در معنای حرمت وضع نشده و حتی مقتضای اطلاق آن نیز مفهوم حرمت نیست.

نظر سوم: معنای اعم. برخی فقها از جمله فخر المحققین (ره) در ایضاح، مرحوم صاحب حدائق (ره) و مرحوم نراقی (ره) در مستند گفته‌اند که واژه کراهت، مفهومی اعم از کراهت اصطلاحی و حرمت دارد و دال بر صرف مبعوضیت است، هر چند با قرائنی بر یکی از آن دو دلالت نماید.

آیت الله شبیری این نظر را به طور کلی قبول دارند اما در خصوص روایت محل بحث می‌فرمایند که کراهت به زیرا راوی از مطلق عزل که سؤال می‌کند، امام در پاسخ تفصیل می‌دهند و می‌فرمایند «اما الامة فلا بأس» معلوم می‌شود که در عزل از حرّه «بأس» هست و از سوی دیگر، نفی بأس، ظهور در نفی حرمت دارد، هم‌چنانکه وجود بأس دال بر حرمت است و از تعابیر فقها برمی‌آید که این نکته نزد آنان مسلم و مفروغ عنه بوده است، به طوری که مثلاً مرحوم نراقی (ره) و آقای حکیم

(ره) دلالت «فیه بأس» را بر حرمت پذیرفته‌اند ولی گفته‌اند روایت یعقوب جعفری دلالت بر مفهوم (فیه بأس) ندارد.

بنابراین در روایت مورد بحث نیز با توجه به تعبیر نفی بأس در باره امه و تقابل آن با حکم حرّه می‌توان گفت که در عزل از حرّه حرمت هست و معنای اکره در ذیل حدیث هم ذاتاً اعم از حرمت و کراهت است ولی به قرینه صدر روایت مراد کراهت تحریمی است پس صدر روایت دال بر حرمت است و ذیل روایت هم حرمت را نفی نمی‌کند. بنابراین حدیث دال بر حرمت عزل است. اشکالات به قرینه مذکور

اشکال اول: (استاد مدنی): مقابله بین صدر و ذیل به معنای این است که دو حکم متفاوت وجود دارد اما اینکه الزاماً تحریم هم باشد دلیل می‌خواهد. در صدر می‌فرماید لا بأس و در ذیل می‌فرماید فیه بأس به همان معنایی که از قبل در ذهن سائل است چون عدم تحریم در روایات دیگر بیان شده بود هر دو حمل بر کراهت می‌شود و مقابله هم هست.

اشکال دوم: (آیت الله شبیری): در تقریب فوق، ما به قرینه صدر روایت (اما الامة فلا بأس) کراهت در ذیل آن را (اما الحرّة فانی اکره ذلك...) به معنای تحریم گرفتیم. درحالی که ممکن است عکس عمل شود. یعنی اگر بگوئیم، حال که قرار است يك نحوه تصرفی بشود، به چه دلیل تصرف در ذیل، مقدم به تصرف در صدر باشد. یعنی ممکن است به جای اخذ به ظهور لا بأس در صدر و استفاده کراهت در ذیل به معنای اخص (تحریم)، بگوئیم بأس، ظاهر در معنای اخص (تحریم) را در صدر به قرینه کراهت در ذیل که به معنای اعم است، به معنای اعم می‌گیریم (بأس اعم از تنزیه و تحریم) و قهراً نفی اعم می‌شود. به عبارت دیگر چون در ذیل کراهت ظاهر در معنای اعم است یعنی مبغوضیت، حال به قرینه ذیل که اثبات مبغوضیت کرده است می‌فهمیم که در صدر این مبغوضیت نفی شده است. و در مورد امه بغضی وجود ندارد و تالی فاسد و عواقب سوئی در کار نیست و در این فرض، دلالت روایت همانند روایت یعقوب جعفری (جعفری) ناتمام خواهد بود و چون هیچ‌کدام از این دو تصرف (اخذ به صدر و تصرف در ذیل و یا عکس) اولویتی نسبت به دیگری ندارد، لذا دلالت روایت بر تحریم ناتمام خواهد بود (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۴، ص:

حکم تکلیفی و وضعی عزل و دیگر راه‌های از بین بردن نطفه ۸۳

ان قلت: با عنایت به این نکته که ظهور بآس در تحریم ظهور وضعی نیست، بلکه ظهور اطلاقیه بوده، در نتیجه با وجود ظهور وضعی کراهت در معنای اعم، از ظهور اطلاقیه بآس در تحریم باید رفع ید کرد.

قلت: چون ظاهر روایت، بیان اصل تکلیف می‌باشد، ظهور اطلاقیه بآس در تحریم به منزله ظهور وضعی کراهت در اعم خواهد بود و هیچ یک بر دیگری ترجیحی نخواهد داشت (همان).

اشکال به دلالت «فیه باس» در حرمت: دلالت «فیه باس» بر حرمت، وضعی نیست و اگر باشد، اطلاقیه است و این دلالت اطلاقیه مخصوص مواردی است که به شکل قضیه موجهه در منطوق کلام اثبات «باس» شده باشد. ولی اگر منطوق قضیه سالبه باشد که سلب مطلق بآس - اعم از کراهت و حرمت - استفاده می‌شود و مفهوم آن ثبوت فی الجملة «باس» است و دلالتی بر حرمت نمی‌کند ولی اگر در پاسخ سؤال از عزل فرموده باشند «فیه باس» ظاهر اطلاقیه کلام این است که مؤاخذه در آن هست و اگر مؤاخذه نداشته باشد، باید بیان گردد (کتاب نکاح: زنجانی)، ج ۴، ص: ۱۳۶۹.

اشکال به معنا کردن کراهت در حدیث به حرمت

ان قلت: ولی ممکن است کسی بگوید: تعبیر «أکره ذلك» مانند «یکره» نیست تا بگوییم چون یکره در لسان روایات بر اعم از کراهت اصطلاحی و حرمت اطلاق می‌شود، در مقابل «لا باس» که قرار گرفت متشخص در حرمت و وجود بآس می‌شود ولی چون تعبیر «أکره ذلك» در روایت آمده با «لا باس» تقابل ندارد و بر کراهت اصطلاحی حمل می‌شود و بر حرمت بالخصوص یا اعم از کراهت و حرمت حمل نمی‌شود.

قلت: اولاً: این توهم صحیح نیست و تعبیر «أکره ذلك» نه تنها ظهور روایت در حرمت را ضعیف نمی‌کند بلکه آن را تقویت نیز می‌نماید. زیرا با رجوع به کلمات قدما روشن می‌شود انتساب کراهت به افراد نشانگر فتوای وی به کراهت است؛ مثلاً وقتی می‌گویند «و کره مالک» یعنی: «أفتی مالک بالکراهة» و در این روایت که حضرت فرموده‌اند: «فأنا أکره ذلك» یعنی «افتی أنا بالکراهة» و انتساب کراهت به حضرت نشانده فتوای ایشان در مقابل عامه است و با توجه به اینکه عامه تا زمان حضرت صادق علیه السلام قائل به کراهت اصطلاحی عزل بوده‌اند، کراهت را متشخص در

حرمت می‌کند. و توهم اینکه تعبیر «أکره ذلك» به معنای اشمئزاز نفسانی بوده باشد در اینجا معنی ندارد چون چیزی که مورد اشمئزاز نفسانی بوده باشد، در اینجا نیست و نفسانیت ائمه هم تابع اراده الهی است «وَمَا يُنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ» بنابراین فعل مربوط به دیگران، عزل مورد کراهت امام علیه السلام مربوط به مکلفان است نه فعل شخصی امام علیه السلام.

ثانیا: وقتی که طرف از حکم عزل سوال پرسیده است معنا ندارد که امام بپایند از سلابق و علائق شخصی خود رایان کنند.

اشکال به قلت: تعبیر "انی اکره ذلك" در بسیاری از موارد به معنای حکم به کراهت است و فقط بیان حالت نفسانی و بغض درونی امام علیه السلام نیست و حتی در مواردی تصریح شده است که «کرهه مالک» یعنی افتی بالکراهه. حال با توجه به اینکه، عامه نیز حکم به کراهت در این مسأله می‌نمودند و مشهور میان آنها نیز بوده است، حکم به کراهت از ناحیه حضرت از اختصاصات ایشان نخواهد بود. درحالی‌که، ظهور این تعبیر، بیان حکم اختصاصی امام در مقابل عامه می‌باشد و لذا مراد از کراهت، تحریم است. اما اگر چه، ما ظهور قرینه فوق و اختصاصی بودن حکم امام را می‌پذیریم اما این قرینه، روایت را نص نمی‌سازد و با توجه به نص روایات دیگر دال بر جواز، باید از این ظهور رفع ید نمود و بگونه‌ای، این تعبیر امام را بر خلاف ظهور آن توجیه کرد. بدین بیان که، چون روایاتی از پیامبر نقل شده بود که «انه وأد خفی» لذا جای این توهم بوده است که، حال که پیامبر این کار را تحریم کرده‌اند (و بعضی از فقهای عامه متأخر همچون شافعی در بعضی از اقوالش و احمد در ظاهر کلامش باستناد همین مطلب از پیامبر، حکم به تحریم داده‌اند)، چگونه است که ائمه معصومین که فرزندان پیامبرند، به این حکم عمل نمی‌نمایند. آن وقت حضرت می‌خواسته‌اند، با این تعبیر و حکم به کراهت بفرمایند که این روایات به معنای تحریم نیست گرچه ظهور آنها به معنای حرمت باشد ولی من همانند دیگران آن را حرام نمی‌دانم و مراد از روایات نقل شده از پیامبر حرمت نیست. فرض دیگر این است که حضرت با حکم به کراهت می‌خواسته‌اند بفرمایند که اصلاً چنین روایاتی از ناحیه پیامبر صادر نشده است و پیامبر حکم به تحریم ننموده‌اند و با توجه به این احتمال که یهود چنین تعبیراتی در مورد عزل داشته‌اند، و بعید نیست که روایت «انه وأد خفی» از اسرائیلیات باشد، حکم امام به کراهت ناظر به این جنبه باشد و نفی صدور روایت از ناحیه پیامبر بنماید (همان، ص: ۱۳۸۲).

روایت ۳: (مفضل)

«أَقُولُ رُوِيَ فِي بَعْضِ مُؤَلَّفَاتِ أَصْحَابِنَا عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ حَمْدَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ وَعَلِيِّ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْحُسَيْنِيِّ عَنْ أَبِي شُعَيْبٍ وَ مُحَمَّدِ بْنِ نُصَيْرٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ الْفُرَاتِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْمُفَضَّلِ عَنِ الْمُفَضَّلِ بْنِ عَمَرَ قَالَ سَأَلْتُ سَيِّدِي الصَّادِقَ... إِنَّ مَنْ عَزَلَ بِنُطْفَتِهِ عَنْ زَوْجَتِهِ فَدِيَةُ النُّطْفَةِ عَشْرَةُ دَنَانِيرٍ كَفَّارَةٌ وَإِنَّ مِنْ شَرْطِ الْمُتَعَةِ أَنَّ مَاءَ الرَّجُلِ يَصْعُهُ حَيْثُ تَشَاءُ مِنَ الْمُتَمَتِّعِ بِهَا...» (بحار الأنوار - ط - بيروت، ج ۵۳، ص: ۳۲)

تقریب استدلال: در این روایت مفصل ۷۰ خصوصیت برای متعه می شمارد که یکی از آنها این است که در متعه جواز عزل به عنوان شرط آن می باشد و در مقابل اگر کسی در عقد دائم (البته در روایت تعبیر به «زوجه») شده که ظهور در زوجه متعارف یعنی زوجه در عقد دائم دارد) عزل کند باید دیه بدهد.

تعبیر اطلاق کفاره دال بر حرمت است زیرا در لغت کفاره را به معنای پوشاننده ی گناه معنا کرده اند «الْكفَّارَةُ: مَا يَغْطِي الْإِثْمَ» (مفردات الفاظ قرآن ص ۷۱۷)

لسان العرب نقل می کند: فی التهذيب: «سُمِّيَتِ الْكَفَّارَاتُ [كَفَّارَاتٍ] لِأَنَّهَا تُكْفِّرُ الذُّنُوبَ، أَيْ تَسْتُرُهَا، مِثْلُ كَفَّارَةِ الْإِيمَانِ، وَ كَفَّارَةِ الظَّهَارِ وَالْقَتْلِ الْخَطِيءِ» (لسان العرب ۱۶۸/۵)

اشکال سندی: حسین بن حمدان در منابع رجالی از جمله در رجال نجاشی تضعیف شده است پس این روایت ضعیف است.

روایت ۴: (دعائم)

«وَعَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ رضی الله عنه أَنَّهُ قَالَ: لَا بَأْسَ بِالْعَزْلِ عَنِ الْحُرَّةِ بِإِذْنِهَا وَعَنِ الْأَمَةِ بِإِذْنِ مَوْلَاهَا وَلَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ عِنْدَ النِّكَاحِ وَلَا بَأْسَ بِالْعَزْلِ مِنَ الْمُرْضِعِ مَخَافَةَ أَنْ تَعْلَقَ فَيَضُرَّ ذَلِكَ بِالْوَلَدِ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم» (دعائم الإسلام، ج ۲، ص: ۲۱۲).

تقریب استدلال: مفهوم روایت این است که عزل از حرة دائمه در غير از موارد ذکر شده جایز نیست.

اشکال: چون سند این روایت درست نیست باید به عنوان موید فقط ذکر شود.

روایت ۵: (دعائم)

«وَعَنْهُ عليه السلام أَنَّهُ قَالَ: الْوَأْدُ الْخَفِيُّ وَأَنْ يُجَامِعَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ فَإِذَا أَحَسَّ الْمَاءَ نَزَعَهُ مِنْهَا فَأَنْزَلَهُ فِيمَا سِوَاهَا فَلَا تَفْعَلُوا ذَلِكَ فَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وآله أَنْ يُعْزَلَ عَنِ الْحُرَّةِ إِلَّا بِإِذْنِهَا وَعَنِ الْأَمَةِ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهَا يَعْنِي عليه السلام إِذَا كَانَ لَهَا زَوْجٌ لِأَنَّ وَلَدَهَا يَكُونُ مَمْلُوكًا لِلْسَيِّدِ فَلَا يَجُوزُ الْعَزْلُ عَنْهَا إِلَّا بِإِذْنِهِ وَكَذَلِكَ لِلْحُرَّةِ حَقٌّ فِي الْوَلَدِ فَلَا يَجُوزُ الْعَزْلُ عَنْهَا إِلَّا بِإِذْنِهَا فَأَمَّا الْمَمْلُوكَةُ فَلَا بَأْسَ بِالْعَزْلِ عَنْهَا وَلَا يُلْتَمَتُ إِلَى إِذْنِهَا فِي ذَلِكَ» (دعائم الإسلام، ج ۲، ص: ۲۱۲).

ظاهر «فلا تفعلوا» و ظاهر «فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله» حرمت عزل است و در ذیل تصریح می‌کند که عزل حرام است «كَذَلِكَ لِلْحُرَّةِ حَقٌّ فِي الْوَلَدِ فَلَا يَجُوزُ الْعَزْلُ عَنْهَا إِلَّا بِإِذْنِهَا» ولی چون سند این روایت نیز صحیح نیست، بیش از موید نمی‌تواند باشد.

روایت ۶: (سعید بن اسماعیل)

«عَنْهُ عَنْ سَعِيدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ أَبِيهِ قَالَ: سَأَلْتُ الرَّضَا عليه السلام عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِشَرْطِ أَنْ لَا يَتَوَارَثَا وَأَنْ لَا يَطْلُبَ مِنْهَا وَلَدًا قَالَ لَا أَحِبُّ» (تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان)، ج ۷، ص: ۳۷۵).

بررسی سندی: اسماعیل بن عیسی بن عبدالله اشعری توثیق ندارد و ضعیف می‌باشد.
مردی با زنی ازدواج کرده است و ظاهراً ازدواج دائم است [چرا که در متعه عدم توارث نیازی به شرط کردن ندارد] و شرط کرده‌اند که از یکدیگر ارثی نبرده و صاحب اولاد نیز نشوند. امام می‌فرماید: چنین شرطی را دوست ندارم. تعبیر «لا احب» ظهور در حرمت دارد با قرینه‌ی اینکه اشتراط ارث نبردن مسلمان حرام است.

اشکال اول: طلب نکردن ولد مساوی با عزل نیست و نمی‌شود از حرمت طلب نکردن ولد؛ حرمت عزل را ثابت کرد زیرا طلب نکردن ولد یعنی نداشتن هیچ بچه‌ای و اگر اشتراط چنین چیزی حرام باشد، نمی‌تواند حرمت عزل را برای کسی که دارای فرزند است را ثابت کند.

اشکال دوم: شاید امام جمع بین این دو شرط را دوست نداشته‌اند و نمی‌توان اثبات کرد که تک تک این شرط‌ها مورد دوست نداشتن امام بوده‌اند.

حکم تکلیفی و وضعی عزل و دیگر راه‌های از بین بردن نطفه ۸۷

اشکال سوم: «لا احب» به معنای دوست نداشتن است و با کراهت و حرمت سازگاری دارد و نسبت به اشتراط عدم ارث به معنای حرمت می‌باشد چون اشتراط عدم توارث در عقد دائم باطل است اما این منافاتی ندارد که نسبت به اشتراط عدم طلب ولد معنای کراهت اراده شده باشد و قرینه ای برای تعیین آن نداریم پس لا احب نسبت به عدم طلب ولد مجمل است که حرمت اراده شده است یا کراهت (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۴، ص: ۱۳۶۸).

جواب اشکال: «لا احب» نمی‌شود به دو معنا استعمال شده باشد یا مراد جدی از آن به نسبت یک شرط حرمت و نسبت به شرط دیگر کراهت باشد و استعمال لفظ در معنای واحد محال عقلی است یا عرفی است (یعنی خلاف ظاهر است) و همین طور اراده ی دو معنای جدی از یک لفظ خلاف ظاهر است.

اشکال چهارم: ممکن است «لا احب» برای بیان حکم وضعی ادا شده باشد و نه برای بیان حکم تکلیفی. یعنی حضرت مرادشان این است که اشتراط عدم توارث و اشتراط عدم طلب ولد؛ منعقد نمیشوند و باطل می‌باشند و بطلان اشتراط عزل به معنای حرمت عزل تکلیفا نیست. نمونه اش بطلان اشتراط عدم وطی در نکاح دائم است که به معنای حرمت عدم وطی نمی‌باشد.

اشکال پنجم: تعبیر «لا احب» دال بر سلیقه ی و علاقه ی شخصی امام است و نه حکم شرعی تکلیفی یا وضعی.

جواب: اولاً این یکی از تعبیرهای متعارف در بین معصومین است که حکم شرعی را در چنین قالب هایی که صیغه ی متکلم وحده است بیان می‌کنند.

ثانیا سائل از علایق امام سوال نپرسیده است که امام بخواند سلیقه ی خود را بیان کنند بلکه در مقام سوال از حکم شرعی است پس پاسخ امام هم باید متناسب با آن باشد و بیان حکم شرعی کرده باشند و نه سلیقه ی شخصی.

دلیل دوم: (اجماع)

شیخ طوسی در کتاب الخلاف ادعای اجماع بر حرمت عزل کرده است. (۳۵۹/۴ و ۲۹۳/۵)

اشکال اول: اجماع درست نیست زیرا اولاً بسیاری از فقهاء مسأله مذکور را مطرح نکرده‌اند.

ثانیاً اکثر قائل به کراهت عزل هستند (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۴، ص: ۱۳۱۹).

اشکال دوم: بر فرض وجود اجماع چون اجماع محتمل المدرکیت است حجت نیست.

دلیل سوم: (فوت غرض از نکاح)

غرض از نکاح استیلا است و استیلا غالباً حاصل نمی‌شود با عزل کردن پس عزل کردن نقض

غرض است (مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة (علامه حلی)، ج ۷، ص: ۱۱۳).

اشکال اول: دلیل اخص از مدعا است یعنی در همه ی نکاح‌ها غرض از نکاح استیلا نیست

بلکه می‌تواند صرف تمتع جنسی یا داشتن مونس و همراه غرض از نکاح باشد. (پس گاهی غرض

از نکاح اصلاً استیلا نمی‌باشد)

اشکال دوم: بر فرض که انجام کار بی غرض و لغو حرام باشد، در جایی که چند غرض در عرض

هم وجود دارند؛ مانع شدن از تحقق یکی از آن اغراض باعث نمی‌شود کار بی غرض شود. مثلاً در

خیلی از مواردی که غرض از نکاح استیلا است، این غرض در کنار سایر اغراض (مثل تمتع

جنسی و همدم داشتن) هدف از نکاح می‌باشد به نحوی که هر کدام از آن اغراض فی نفسه علت

تامه می‌باشند برای انجام نکاح. (پس غرض از نکاح در خیلی از جاها که استیلا

می‌باشد، غرض منحصر نیست)

اشکال سوم: غرض استیلا با تحقق یک فرزند یا چند فرزند محقق می‌شود پس اگر در اکثر

موارد آمیزش، عزل صورت گیرد نقض غرض استیلا رخ نداده است پس نهایتاً این دلیل می‌تواند

عزل دائمی را حرام کند.

اشکال چهارم: اگر منظور این است که نقض غرض از طرف مکلفین لازم می‌آید و چنین کاری

قبیح است، پاسخ داده می‌شود که نقض غرض شرعاً حرام نیست بلکه نهایتاً قبیح است و الا باید

فتوا به تحریم هر کار لغو و بیهوده و بی ثمر داد.

حکم تکلیفی و وضعی عزل و دیگر راه‌های از بین بردن نطفه ۸۹

اگر منظور این است که نقض غرض شارع لازم می‌آید و چنین کاری جایز نیست؛ اگر این استدلال درست بود می‌بایست با اذن زن عزل جایز نباشد و همین‌طور اشتراط عدم عزل در عقد صحیح نباشد (موسوعه احکام الأطفال و أدلتها، ج ۱، ص: ۱۲۹).

اشکال پنجم: عدم انجام اصل آمیزش در کمتر از ۴ ماه اشکال ندارد مطلقاً و آمیزش نکردن بیشتر از ۴ ماه در صورت رضایت زوجه اشکال ندارد حتی اگر تا آخر عمر زوجین باشد، پس وقتی که غرض استیلاذ نمی‌تواند اصل آمیزش را واجب کند پس به طریق اولی نمی‌تواند آمیزش بدون عزل را واجب کند یا عزل را حرام کند.^۱

اشکال ششم: «تکثیر نسل در هر شرائطی مستحب و مطلوب شارع نیست، بلکه استیلاذ در برخی موارد قطعاً مطلوب نیست، بلکه شاید در جواز و مشروعیت آن هم شبهه شود، پس با استحباب استیلاذ که دائمی نیست نمی‌توان به طور مطلق حکم به حرمت عزل نمود.» (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۴، ص: ۱۳۶۲)

دلیل چهارم: (فوت حق التذاذ زوجه)

عزل باعث از بین رفتن التذاذ جنسی زوجه می‌شود و این تضييع حق او می‌باشد پس عزل جایز نیست (جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۹، ص: ۱۱۱).

اشکال اول: لذت جنسی زن به انزال زن است و نه به انزال مرد در زن.

اشکال دوم: دلیلی بر حق التذاذ زن نداریم و بر مرد واجب نیست زن را به لذت جنسی اش برسانند (همان، ص: ۱۱۳).

اشکال سوم: بر فرض که زن حق التذاذ داشته باشد؛ دلیلی بر وجوبی بودن این حق نداریم.

اشکال چهارم: بر فرض که زن حق التذاذ وجوبی داشته باشد و در صدی از لذت او در انزال مرد باشد، دلیلی بر صد در صد کردن لذت زن نداریم.

^۱ این اشکال اقتباس از جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۹، ص: ۱۱۲ می‌باشد.

دلیل پنجم: (ایذاء زوجه)

چه بسا که عزل باعث ایذاء زوجه شود (جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۹، ص: ۱۱۱) و ایذاء مومن حرام است پس عزل حرام است.

اشکال اول: این دلیل نهایتاً حرمت عزل در صورت ایذاء زوجه را ثابت می‌کند اما نمی‌تواند اثبات حرمت عزل کند در صورتی که عزل باعث ایذاء زوجه نشود با اینکه به آن راضی نیست.

اشکال دوم: ایذاء مومن مطلقاً حرام نیست مثلاً اگر کسی از مدل لباسی یا رنگی بدش می‌آید و از دیدن آنها اذیت می‌شود؛ باعث نمی‌شود که افراد حق پوشیدن آن مدل لباس یا رنگ را نداشته باشند یا حرام باشد.

اشکال سوم: اگر زوجه بخاطر عزل ایذاء شود و زوج بخاطر عدم عزل ایذاء شود دلیلی برای تقدم عدم ایذاء زوجه وجود ندارد پس نمی‌توان به صورت مطلق از حرمت ایذاء زوجه به حرمت عزل رسید.

دلیل ششم: (ملازمه بین دیه و حرمت)

به نظر ابن ادریس در سرائر (۴۱۸/۳) و صاحب مسالك (۶۵/۷) و صاحب مدارک در نهاییه المرام (۶۰/۱) و صاحب حدائق (۸۹/۳)، بین ثبوت دیه برای عزل و حرمت عزل ملازمه است.

پس این دلیل دو مقدمه دارد: ۱- عزل مرد دیه دارد. ۲- بین لزوم دیه بخاطر عملی و حرمت آن عمل ملازمه است.

از مقدمه ی اول بعداً بحث می‌کنیم و نظر ما این است که دیه بر عزل مرد واجب نیست. بحث از مقدمه ی دوم را در اینجا انجام می‌دهیم:

«ما با فحصى که در موارد مختلفِ فقه کرده‌ایم دریافته‌ایم که دیه یا کفاره تنها در جایی جعل شده که عمل اختیاراً جایز نبوده و جواز آن به جهت طروء حالت اضطرار و عذرهای دیگری می‌باشد، مثلاً دیه قتل خطائی، فدیة روزه ماه رمضان، تطلیل در هنگام احرام و... همگی تنها در زمان اضطرار مجاز بوده و در حال اختیار ممنوع است. پس از ثبوت دیه یا کفاره می‌توان حرمت عمل را در حال اختیار کشف نمود، بنابراین از ثبوت دیه در باب عزل نتیجه می‌گیریم که عزل - اختیاراً -

حرام است.» (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۴، ص: ۱۳۳۹)

«ابن ادریس قائل به ثبوت ملازمه بین ثبوت دیه و تحریم می‌باشد، زیرا در ردّ ثبوت دیه به مکروه بودن عزل در نظر خود تمسک کرده است، این امر از مسالک هم استفاده می‌گردد، صاحب مدارک نیز در نهایت المرام از فتوای محقق حلّی به ثبوت دیه با این که قائل به جواز عزل است، در شگفت شده است که نشان از ثبوت ملازمه در نزد صاحب مدارک دارد، از حدائق و جواهر^۱ نیز این ملازمه استفاده می‌گردد، پس بر طبق نظر این بزرگان اثبات دیه دلیل تحریم می‌باشد. ولی جماعتی دیگر از بزرگان همچون فاضل آبی در کشف الرموز، علامه در مختلف، مجلسی اول در روضة المتقین، فاضل اصفهانی در کشف اللثام ملازمه را انکار کرده‌اند.» (همان، ص: ۱۳۳۸)

اشکال: «دلیل انکار ملازمه مطلبی است که نظیر آن را در باب کفارات گفته‌اند که کفاره بر دو قسم است: قسم اول: کفاره عقوبتی، همچون کفاره افطار در ماه رمضان، این کفاره در هنگام معذور بودن شخص به جهتی همچون نسیان ثابت نیست، کفاره عقوبتی ملازم با حرمت است. قسم دوم: کفاره جبرانی، گاه کفاره برای جبران نقصی که در عمل پدید آمده می‌باشد، همچون فدیة افطار برای پیرمرد و مرضعه و مریض، در این گونه موارد با این که انسان معذور است، کفاره ثابت است، بلکه گاه انسان مأمور به کاری است با این حال کفاره لازم می‌باشد، همچون کفاره تطلیل در باب حج که احياناً تطلیل به جهت اضرار شدید لازم می‌گردد ولی کفاره باید داد. کفاره جبرانی چون به عنوان مؤاخذه و کیفر جعل نشده، دلیل بر تحریم نیست. در باب دیات هم مسأله همانند باب کفارات است و ممکن است دیه جبرانی باشد نه عقوبتی، بنابراین ثبوت دیه اعم از دیه عقوبتی است و نمی‌توان با اعم، برای اثبات اخص استدلال کرد، پس ملازمه‌ای بین ثبوت دیه در عزل و تحریم آن در کار نیست.» (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۴، ص: ۱۳۳۸)

مثال دیگر دیه ی جبرانی جایی است که مردی زنی را میکشد، اولیاء دم مختارند که نصف دیه ی مرد را بدهند و قصاص کنند یا رضایت دهند.

^۱ از بعضی از عبارات جواهر به نظر می‌رسد که ایشان ملازمه را قبول دارد (با اینکه تصریح به عدم وجود ملازمه در بعضی از عباراتشان دارند):

«فمن الغریب ما فی المتن و القواعد من الحکم بالدية مع القول بالجواز، و من هنا كان المحكي عن المعظم كالحلي و الفاضل فی المختلف و ثاني المحققين و الشهيدين و غیرهم عدم الوجوب». جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۹، ص: ۱۱۳

جواب: چون در اغلب موارد دیه‌ها عقوبتی می‌باشند و دیه‌ی جبرانی خیلی کم است، عرف از لزوم دیه، به حرمت عملی که موجب دیه می‌شود پی می‌برد و از ادله‌ی لزوم دیه، استظهار حرمت آن عمل را می‌کند. به علاوه اینکه روایتی که دیه برای عزل ثابت می‌کند؛ دیه را برای امور دیگری هم ثابت کرده است که می‌دانیم حرام هستند و این سیاق کمک می‌کند که عزل حرام باشد.

دلیل هفتم: (حرمت تضييع مال)

«همانطوری که تهیه‌ی مال برای اشخاص الزامی نیست، ولی اتلاف و ضایع کردن مال موجود هم جایز نیست و نعم الهی مانند جاه و مقام و مال را نمی‌توان عمداً ضایع نمود؛ بر این اساس، با آن که وقاع بدون انزال بالاتفاق جایز است و کسی این را حرام نمیداند، ولی از آنجا که نطفه چیزی ارزشمند و مال به شمار می‌رود، معدوم کردن و اتلاف آن مانند تضييع سایر اموال و منافع، ناروا و غیر عقلایی و در نتیجه غیر مجاز است.» (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۴، ص: ۱۳۵۰)

اشکال اول: «دفع ضرر دنیوی اقتضاء واجب است، ولی اگر فعلیت ضرر همراه با وجود غرضی اقوا باشد، دفع ضرر مزبور واجب نیست. در عزل هم چه بسا انگیزه‌ها و اغراض عقلایی قوی وجود دارد که در برابر آن، تضييع نطفه قبح عقلانی و شرعی خود را از دست می‌دهد و در نتیجه این جهت، دلیل بر حرمت نمی‌شود.» (همان، ص: ۱۳۵۱)

اشکال دوم: به نظر عرف نطفه مالیت ندارد و هر چیزی که فراوان تر و سهل وصول تر باشد، ارزشش کم تر دانسته می‌شود و بخاطر همین مالیت آب که مایه‌ی حیات است کمتر از طلا است. لذا کسی اسپرم هایش را به عنوان اموالش ذکر نمی‌کند.

اشکال سوم: بر فرض که نطفه مالیت داشته باشد، اما از بین بردنش اشکالی ندارد زیرا برای حفظش باید هزینه‌ی بیشتری کرد پس در نهایت اموال بیشتری از بین می‌رود. برای حفظ نطفه دو راه وجود دارد یا آن را فریز کنند یا باید داخل رحم ریخته شود. اگر داخل رحم ریخته شود، چه بسا بچه شکل بگیرد که مخارج زیادی بچه دارد (علاوه بر اینکه با عدم عزل در اکثر موارد از نابودی اسپرم‌ها جلوگیری نمی‌شود زیرا نهایتاً یک کدام تبدیل به بچه می‌شود و بقیه اسپرم‌ها در طول حاملگی زوجه از بین می‌روند) و اگر فریز کنند آن هم دارای هزینه است، علاوه بر اینکه نهایتاً چون از همه‌ی اسپرم‌ها استفاده نمی‌شود باید آنها را از بین ببرند.

اشکال چهارم: اگر عزل بخاطر تضييع ماليت اسپرم ها حرام باشد، لازم می آید به محض مطلع شدن از حاملگی زوجه حرام باشد که اسپرم ها داخل رحم ریخته شوند زیرا تضييع می شوند پس واجب است عزل صورت گیرد تا اسپرم ها فریز و حفظ شوند. فقیهی به چنین لازمه ای ملتزم نمی شود پس باید دست از ملزوم کشید. و یکی دیگر از لوازم باطل چنین نظری این است که واجب باشد بر زوج عزل کند از زوجه ی یائسه اش برای از بین نرفتن اسپرم ها و همین طور لازم است که در ایام عادت زوجه، زوج اسپرم هایش را حفظ کند.

دلیل هشتم: (اشتراک فائده بین زوجین)

زوجین در فائده شریک هستند پس بدون اذن دیگری حق از بین بردن فائده را ندارند (التقیح الرابع لمختصر الشرائع، ج ۳، ص: ۲۴).

اشکال اول: اصل وجود فائده محل تردید است زیرا همیشه فائده نیست.

اشکال دوم: دلیلی نداریم که هر فائده‌ی مشترکی را باید صیانت کرد یا اذن برای از بین بردنش گرفت.

دلیل نهم: (اقتضای احتیاط حرمت است)

شیخ طوسی در الخلاف دلیل فتوای به حرمت عزل چنین ذکر کرده اند: «إجماع الفرقة و أخبارهم و طريقة الاحتیاط.» (الخلاف، ج ۴، ص: ۳۵۹)
مقتضای احتیاط دوری کردن حرمت عزل است.

اشکال اول: وقتی که ادله‌ی بر جواز عزل داریم دیگر جای اجرای اصول عملیه نیست.

اشکال دوم: بر فرض که ادله جواز عزل نبودند؛ نوبت به اصل عملی برائت می رسد و نه احتیاط زیرا احتیاط لزومی جایی است که اصل تکلیف را بدانیم و اصل در مکلف به داشته باشیم و اشتغال یقینی اقتضای برائت یقینی دارد و در محل بحث حرمت عزل ثابت نیست.
اینکه مقتضای احتیاط مستحبی ترک عزل است، سبب حرمت عزل نمی تواند بشود.

دلیل دهم: (اضرار به زوجه)

اگر عزل باعث اضرار به زوجه می‌شود و زوجه دارای مشکل روحی یا جسمی می‌شود، عزل جایز نیست بخاطر ادله نفی ضرر و ضرار (أنوار الفقاهة - كتاب النكاح (المكارم)، ص: ۴۹). البته در جایی که عدم عزل باعث ضرر بر زوج نباشد. اما اگر عدم عزل باعث ضرر به زوج بشود دلیلی بر تقدیم عدم ضرر زوجه بر عدم ضرر زوج نداریم.

دلیل یازدهم: (اضرار به جامعه)

اگر عزل باعث اضرار به جامعه یا اسلام و مسلمین می‌شود؛ عزل جایز نیست بخاطر ادله نفی ضرر و ضرار و ترجیح این ملاکات بر ملاک جواز عزل (مستفاد از أنوار الفقاهة - كتاب النكاح (المكارم)، ص: ۵۰).

باید توجه کرد که این دلیل و دلیل قبل، حرمت عزل در فروض مذکور را ثابت می‌کنند و نه حرمت مطلق عزل.

قول دوم: (جواز عزل)

مشهور طبق تحصیل صاحب جواهر: عزل از حره منکوحه به نکاح دائم بدون شرط در عقد و بدون اذنش، مکروه است و لو دیه برای عزل واجب باشد.

قائلین

«قائلان به جواز عزل (و کراهت آن) عبارتند از کلینی (۱۱/۱۵۴ دارالحدیث) (با عنایت به عنوان باب العزل در کافی و ذکر تنها روایات مجوزه در آن) ابن جنید (مجموعه فتاوی ابن جنید ۳۶۵) (با توجه به عبارت منقول از وی که جواز عزل را به روایاتی از امام سجاد و امام باقر علیهما السلام نسبت داده و چیزی در رد این روایات نگفته)، صدوق در فقیه (۳/۴۳۲) (زیرا در این کتاب فتاوی، تنها روایت محمد بن مسلم را که دال بر جواز است، آورده و روایت معارض آن را نقل نکرده)، شیخ طوسی در نه‌ایة (۴۸۲)، ابن براج در مهذب (۲/۲۳۳)، ابن ادریس در سرائر (۲/۶۰۷)، محقق حلی در شرایع (۲/۲۱۴) و نافع (۱/۱۷۲)، یحیی بن سعید در جامع (۴۵۵)، و نیز در نزهة الناظر (منسوب به یحیی بن سعید) (۱۰۲)، فاضل آبی در کشف الرموز (۲/۱۰۷)، علامه حلی در قواعد (۳/۵۰)، تبصره (۱۳۴)، ارشاد (۲/۵)، تلخیص (۱۹۴)، مختلف (۷/۱۱۲)، ابن فهد در مقتصر (۲۳۷)، صیمری در غایة المرام (۳/۱۴)، محقق کرکی در جامع

المقاصد (۵۰۳/۱۲) و ظاهر شهید ثانی در مسالك (۶۴/۷) (در روضه نیز به جواز مایل است (۱۰۲/۵) محقق اردبیلی در مجمع الفائدة، صاحب مدارك در نهاية المرام (۵۸/۱)، ظاهر مجلسی اول در روضة المتقين (۲۲۹/۸)، و سبزواری در کفایه (۸۸/۲) و فیض کاشانی در مفاتیح الشرائع (۲۸۸/۲)، فاضل اصفهانی در کشف اللثام (۲۶۹/۷)، محدث بحرانی در حدائق (۸۶/۲۳)، صاحب ریاض (۶۱/۱۱)، نراقی در مستند (۷۴/۱۶) و ... بنابراین قول به جواز اشهر است. (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۴، ص: ۱۳۳۰) از متاخرین صاحب جواهر (جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۹، ص: ۱۱۳) و صاحب عروه و محشین به عروه (العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص: ۵۰۶) سیستانی در منهاج الصالحین (۱۱/۳) و مکارم شیرازی در کتاب النکاح (۱۴۳/۲) و سبحانی در نظام النکاح (۱۰۰/۱) و صافی گلپایگانی در هدایه العباد (۳۹۷/۲) و رهبری^۱ و ... قائل به عدم حرمت عزل بر زوج می باشند.

ادله قول دوم: (جواز عزل)

دلیل اول: روایات

روایت اول: (العلاء از محمد بن مسلم)

«مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ الْعَزْلِ فَقَالَ ذَلِكَ إِلَى الرَّجُلِ يَصْرِفُهُ حَيْثُ شَاءَ» (الكافي (ط - الإسلامية)، ج ۵، ص: ۵۰۴).

این روایت در فقیه به این صورت آمده است: «سَأَلَ مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام عَنِ الْعَزْلِ قَالَ الْمَاءُ لِلرَّجُلِ يَصْرِفُهُ حَيْثُ يَشَاءُ» (من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۳۲).

ترجمه: آب (نطفه) برای مرد است و مصرف می کند آن را هر جا که بخواهد. یعنی به اختیار اوست که عزل بکند یا نکند.

بررسی سندی: این روایت صحیحه می باشد.

روایت دوم: (عبد الرحمن بن ابی عبدالله)

«مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ فَضَالٍ عَنِ ابْنِ بُكَيْرٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ الْعُزْلِ فَقَالَ ذَلِكَ إِلَى الرَّجُلِ» (الكافي (ط - الإسلامية)، ج ۵، ص: ۵۰۴).

بررسی سندی: عبد الرحمن بن ابی عبد الله که همان عبد الرحمن بن میمون است از ثقات می‌باشد و ابن فضال و ابن بکیر هم هر چند که فطحی مذهبند ولی از ثقاتند و بنابراین، این روایت هم معتبر است و موثق می‌باشد.

روایت سوم: (عبد الرحمن بن الحذاء)

«أَبُو عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْحِذَاءِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: كَانَ عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ عليهما السلام لَا يَرَى بِالْعُزْلِ بَأْسًا فَقَرَأَ هَذِهِ الْآيَةَ - وَ إِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَى أَنْفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَى فَكَلُوبًا شَيْءٍ أَخَذَ اللَّهُ مِنْهُ الْمِيثَاقَ فَهُوَ خَارِجٌ وَإِنْ كَانَ عَلَى صَخْرَةٍ صَمَاءً» (الكافي (ط - الإسلامية)، ج ۵، ص: ۵۰۴).

ابو عبد الله صادق عليه السلام گفت: جدم علی بن الحسین عليهما السلام مانعی نمی‌دید که انسان نطفه خود را در خارج رحم بریزد. ابو عبد الله صادق این آیه را تلاوت کرد: «و آن هنگام که خداوند از پشت فرزندان آدم نطفه‌ها را بیرون کشید و اعتراف گرفت که آیا من پروردگار شما هستم؟ و آنان گفتند: آری، تو پروردگار مائی» و سپس گفت: تمام آن نطفه‌ها که خداوند در این مراسم شرکت داده است پا به عالم وجود می‌نهند، گرچه نطفه آنان بر روی سنگ خارا ریخته شود (گریده کافی، ج ۵، ص: ۱۵۴).

بررسی سندی: در این روایت ابو علی اشعری که همان احمد بن ادریس است از ثقات بوده و محمد بن عبد الجبار و صفوان که صفوان بن یحیی است و ابن ابی عمیر نیز ثقة می‌باشند. ولی اعتبار عبد الرحمن الحذاء نیاز به بررسی دارد، و بر مبنای وثاقت مشایخ ابن ابی عمیر می‌توان آن را ثابت نمود

البته در سند اشکالی دیده می‌شود که ابن ابی عمیر و صفوان هر دو در يك طبقه بوده، بلکه صفوان اندك تقدّم طبقه بر ابن ابی عمیر داشته، بنابراین روایت صفوان از ابن ابی عمیر بسیار بعید است، در حل این اشکال می‌توان گفت که کلمه «عن» بعد از صفوان مصحّف «واو» بوده و ابن ابی عمیر معطوف بر صفوان است، بنابراین وجه دیگری بر اعتبار عبد الرحمن حدّاء بر پایه اعتبار مشایخ صفوان پدید می‌آید. ولی این امر مبتنی بر نسخه موجود بود و در اینجا نسخ مختلفی وجود دارد که وضعیت سند را تغییر می‌بخشد،

و ممکن است نسخه صحیح صفوان عن ابن عمیره و عبد الرحمن الحداء عن ابی عبد الله رضی الله عنه باشد، مراد از ابن عمیره، سیف بن عمیر است که از روایت ثقه می‌باشد، بنابراین احتمال هر چند در اعتبار سند تردیدی باقی نمی‌ماند و اعتبار آن بر مبنای ثقات مشایخ صفوان هم نخواهد بود، ولی با توجه به عطف عبد الرحمن حدّاء و عدم انحصار وی در طبقه مشایخ صفوان دیگر نمی‌توان وثاقت عبد الرحمن حدّاء را نتیجه گرفت، زیرا در بحث مشایخ صفوان گفتیم که تنها مشایخی از وی که منحصر بوده یا همراه وی راوی ثقه‌ای واقع نشده، از مبنای توثیق مشایخ صفوان و ابن ابی عمیر و ... اعتبار آنها اثبات می‌گردد.

ولی به نظر می‌رسد که نسخه صحیح «صفوان عن ابن عطیة ابی عبد الرحمن الحداء» باشد، مراد از ابو عبد الرحمن حدّاء در سند حسن بن عطیة است که در نجاشی ترجمه و صریحاً توثیق شده و بنابراین سند بی‌اشکال و صحیح خواهد بود (کتاب نکاح (زنجان)، ج ۴، ص: ۱۳۶۵).

روایت چهارم: (العلاء بن رزین از محمد بن مسلم)

«الْبُرْقِيُّ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ رَزِينَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي جَعْفَرٍ رضی الله عنه الرَّجُلُ تَكُونُ تَحْتَهُ الْحُرَّةُ يَعْزَلُ عَنْهَا قَالَ ذَلِكَ إِلَيْهِ إِنْ شَاءَ عَزَلَ وَإِنْ لَمْ يَشَأْ لَمْ يَعْزَلْ» (تهذيب الأحكام

(تحقیق خراسان)، ج ۷، ص: ۴۶۱).

در سند روایت مراد از القاسم، بن محمد جوهری است که هر چند واقفی است ولی به عقیده ما ثقه است پس روایت موثقه است.

روایت پنجم: (ابوبصیر)

«وَبِهَذَا الْإِسْنَادِ، عَنْ يُونُسَ، عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ، عَنْ أَبِي بَصِيرٍ، قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: مَا تَقُولُ فِي الْعَزْلِ؟ فَقَالَ: «كَانَ عَلَيَّ عليه السلام لَا يَعَزُّ، وَآمَّا أَنَا فَأَعَزُّ» فَقُلْتُ: هَذَا خِلَافٌ! فَقَالَ عليه السلام: «مَا صَرَّ دَاوُدَ عليه السلام أَنْ خَالَفَهُ سُلَيْمَانُ عليه السلام وَاللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ» (مختصر البصائر، ص: ۲۷۲).

روایت ششم: (يعقوب بن سالم از محمد بن مسلم)

«أَخْبَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْعَاصِمِيُّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ فَضَّالٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَسْبَاطٍ عَنْ عَمِّهِ يَعْقُوبَ بْنِ سَالِمٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: لَا بَأْسَ بِالْعَزْلِ عَنِ الْمَرْأَةِ الْخُرَّةِ إِنْ أَحَبَّ صَاحِبُهَا وَإِنْ كَرِهَتْ لَيْسَ لَهَا مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ» (الكافي (ط - الإسلامية)، ج ۵، ص: ۵۰۴).

کلینی از احمد بن محمد عاصمی که ثقه می‌باشد، روایت را نقل کرده است. علی بن حسن بن فضال فطحی ثقه می‌باشد. علی بن اسباط یا امامی و یا فطحی ثقه است. یعقوب بن سالم ثقه و محمد بن مسلم که عدل امامی است. بنابراین روایت موثقه است (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۴، ص: ۱۳۶۷).

روایت هفتم: (سعید بن اسماعیل)

«عَنْهُ عَنْ سَعِيدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ أَبِيهِ قَالَ: سَأَلْتُ الرَّضَا عليه السلام عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِشَرْطٍ أَنْ لَا يَتَوَارَثَا وَأَنْ لَا يَطْلُبَ مِنْهَا وَلَدًا قَالَ لَا أُحِبُّ» (تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان)، ج ۷، ص: ۳۷۵).

مردی با زنی ازدواج کرده است و ظاهراً ازدواج دائم است [چرا که در متعه عدم توارث نیازی به شرط کردن ندارد] و شرط کرده‌اند که از یکدیگر ارثی نبرده و صاحب اولاد نیز نشوند. امام می‌فرماید: چنین شرطی را دوست ندارم و بنظر می‌رسد که چنین شرطی جائز است ولی مکروه است و اگر عزل حرام بود اشتراط آن جایز نمی‌بود.

بررسی سندی: اسماعیل بن عیسی بن عبدالله الاشعری توثیق ندارد و ضعیف می‌باشد.

این روایت به عنوان روایت ششم کسانی که عزل را حرام می‌دانند ذکر شد و اشکالاتی به دلالت آن ذکر شد که بعضی از آن اشکالات برای کسانی که به این روایت بر جواز عزل تمسک کرده‌اند هم وارد است.

روایت هشتم: (رفاعه)

«ابن محبوب عن رفاعة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام أشترى الجارية فربما احتبس طمثها من فساد دم أو ریح في الرحم فئسقى الدواء لذلك فتطمئت من يومها أفيجوز لي ذلك وأنا لا أدري ذلك من حبل هو أو من غيره فقال لي لا تفعل ذلك فقلت له إنه إنما ازتفع طمثها منها شهراً ولو كان ذلك من حبل إنما كان نطفة كنفقة الرجل الذي يعزل فقال لي إن النطفة إذا وقعت في الرحم تصير إلى علقه ثم إلى مضغه ثم إلى ما شاء الله وإن النطفة إذا وقعت في غير الرحم لم يخلق منها شيء فلا تسقيها دواءً إذا ازتفع طمثها شهراً و جاز وقتها الذي كانت تطمئ فيه» (الكافي ط -

الإسلامية)، ج ۳، ص: ۱۰۸.

«سؤال از زنی است که زمان عادت او به تأخیر افتاده و نمی‌داند در اثر مرض است یا در اثر حمل، آیا وی می‌تواند دوائی استفاده کند و در نتیجه استفاده از دوا عادت وی برگردد؟ حضرت می‌فرماید: این کار را نکند. سائل مجدداً می‌پرسد عادت وی فقط یک ماه به تأخیر افتاده است و اگر حامله باشد از بین بردن نطفه مانند کسی است که با عزل، نطفه را از بین می‌برد [کان چطور عزل را جایز می‌دانید ولی این مورد را جایز نمی‌شمارید] حضرت می‌فرماید: [این مورد با عزل تفاوت دارد چرا که] نطفه هنگامی که در رحم واقع می‌شود امکان تبدیل به مضغه و سپس به علقه و سپس به آنچه خدا بخواهد، دارد؛ ولی نطفه‌ای که در غیر رحم ریخته می‌شود قابلیت ایجاد چیزی را ندارد، پس چنین کسی حق استفاده از دوا را ندارد. - موضوع روایت گرچه در جاریه است ولی به دو جهت اختصاص به جاریه ندارد: (۱) از سؤال برمی‌آید که ارتکاز سائل، جواز عزل بر مطلق «رجل» بوده است و این ارتکاز تقریر شده است. (۲) تعلیلی که امام در پاسخ می‌فرماید با جاریه ارتباط خاصی ندارد و عام می‌باشد. بنابراین روایت را شاید بتوان از روایات مجوزه شمرد. البته ایراداتی به این استدلال وارد است.» (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۴، ص: ۱۳۶۹)

جمع بندی: روایات صحیحه اول تا ششم، بدون هیچ اشکالی دلالت بر جواز عزل می‌کنند.

جمع بندی بین روایات متعارض

تمام روایات حرمت عزل ضعیف سندی می باشند به غیر روایت دوم که روایت محمد بن مسلم^۱ بود. و این روایت هم از جهت دلالت بر حرمت اشکال داشت. پس اصلاً روایتی صحیح السند و الدلالت بر حرمت عزل نداریم که بخواهند تعارض کنند با روایات جواز عزل.

اما آیا دلیلی بر کراهت عزل در بعض موارد داریم یا نه؟

ادله کراهت عزل در بعض موارد

دلیل اول

روایت دوم (محمد بن مسلم) تعبیر «اکره» داشت که مردد بین کراهت و حرمت می باشد یا معنایی اعم از کراهت و حرمت دارد و روایات مجوزه قرینه می شوند که مراد کراهت است پس عزل بدون اشتراط ضمن عقد مکروه است و لو اینکه اذن زن باشد. (مگر اینکه احتمال خصوصیت برای اشتراط ضمن عقد ندهیم و جایی که رضایت زن باشد را در حکم آن بدانیم). طبق مبنای کسانی که اکره را به معنای کراهت در مقابل حرام میگیرند (همان معنای کراهت اصطلاحی)؛ بین این دلیل و ادله مجوزه تعارضی نمی باشد و این دلیل دیگری بر کراهت عزل بدون اشتراط می باشد.

دلیل دوم

عزل بدون اشتراط بخاطر دلیل لفظی (اکره) مردد بین حرمت و کراهت است و برائت حرمت را بر میدارد پس عزل مکروه است و این اصل مثبت نیست چون اگر اصل در حکم شرعی یا موضوع ذی اثر شرعی جاری شود مثبت نیست و اگر در موضوعی که بی واسطه دارای اثر شرعی نیست جاری شود اصل مثبت است.

دلیل سوم

^۱. الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَخِيهِمَا عليه السلام أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الْعَزْلِ فَقَالَ أَمَّا الْأُمَّةُ فَلَا بَأْسَ وَ أَمَّا الْخُرَّةُ فَإِنِّي أَكْرَهُ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهَا جِبْنَ يَنْزَوْجُهَا.

حکم تکلیفی و وضعی عزل و دیگر راه‌های از بین بردن نطفه ۱۰۱

اگره مردد بین کراهت و حرمت می‌باشد و قدر متیقن آن مبعوضیت در حد کراهت است با اینکه حکم به کراهت نمی‌توانیم بکنیم لکن می‌دانیم عزل بدون اشتراط حداقل به اندازه کار مکروه مفسده دارد و باید اهتمام به ترک آن داشت.

دلیل چهارم

از باب تسامح در ادله سنن میتوان کراهت عزل را در مواردی که احادیث ضعیف السنن ذکر کرده‌اند ثابت کرد.

اشکال: از ادله تسامح در ادله سنن استفاده نمی‌شود که حکم شرعی استحباب یا کراهت ثابت می‌شود بلکه نهایتاً ثواب برای انجام عمل محتمل المستحب ثابت می‌شود یا ثواب برای ترک عمل محتمل المکروه داده می‌شود.

دلیل پنجم

روایات اول تا ششم (به غیر روایت دوم) که دلالت بر حرمت یا کراهت عزل می‌کردند، از جهت سند فی نفسه ضعیف بودند، به جهت تعددی که دارند متضایف می‌باشند یا باعث علم اجمالی به صدور آنها می‌شود و باید قدر متیقن از دلالت آنها را اخذ کرد. قدر متیقن آنها کراهت عزل در جایی است که اذن زوجه نباشد یا شرط ضمن عقد نباشد.

اشکال: چند روایت ضعیف تا وقتی که تعدد آنها باعث ایجاد اطمینان نشود مثل چند تا صفر می‌مانند که کنار هم جمع شدند و از جمع آنها چیزی بیشتر از صفر بدست نمی‌آید و از جمع چند تا غیر حجت؛ حجت بدست نمی‌آید.

جواب اشکال: روایات ضعیف مثل صفر نمی‌باشند که جمع آنها هم صفر باشد بلکه مثل اعشار می‌باشند که جمع آنها می‌شود یک عدد کامل و در مجموع حجت هستند.

دلیل ششم

اگر کسی بعضی از روایات دال بر حرمت را سند و دلالت قبول داشته باشد؛ با روایات داله بر جواز تعارض می‌کنند و وجه جمع عرفی آنها؛ حمل بر کراهت می‌باشد همان طوری که در ابواب مختلف فقه چنین بین روایات جمع می‌شود (انوار الفقاهة - کتاب النکاح (لمکارم)، ص: ۴۹).

اشکال بر کراهت عزل در بعض موارد

طبق مبنای آیت الله تبریزی معصومین استمرار بر ترک مستحب یا انجام مکروه ندارند پس باید عزل مباح باشد زیرا طبق روایت ابوبصیر^۱ امام علی علیه السلام استمرار بر عدم عزل داشته اند و امام صادق علیه السلام استمرار بر عزل داشته اند پس نباید عزل مکروه باشد و احتمال هم نمی دهیم که عزل مستحب باشد پس عزل یک امر مباحی است که هر کدام از معصومین استمرار بر فعل یا ترک آن داشته اند.

جواب اول به اشکال: این مطلب با ذیل روایت نمی سازد که سائل می گوید «هذا خلاف» و حضرت خلاف بودن واقعی را تایید می کند ولی وجود چنین اختلاف حکمی را عیب نمی داند و شاهد آن را اختلاف واقعی سلیمان و داوود ذکر می کند^۲. پس باید حکم واقعی آنها متفاوت باشد و نه صرف علاقه و میل شخصی آنها در یک امر مباح پس باید گفت که عزل بر امام علی مکروه بوده است و بر امام صادق مباح بوده است (احتمال نمی دهیم که عزل مستحب باشد).

اشکال ۱ به جواب: (استاد مدنی): از اینکه اختلاف بین امام صادق و امام علی به اختلاف سلیمان و داوود تشبیه شده است، نمی توان نتیجه گرفت که اختلاف امامین، اختلاف در حکم

^۱ وَ بِهَذَا الْإِسْنَادِ، عَنْ يُونُسَ، عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ، عَنْ أَبِي بَصِيرٍ، قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: مَا تَقُولُ فِي الْعَزْلِ؟ فَقَالَ: «كَانَ عَلِيٌّ عليه السلام لَا يُعْزَلُ، وَ أَمَّا أَنَا فَأَعْزِلُ» فَقُلْتُ: هَذَا خِلَافٌ! فَقَالَ عليه السلام: «مَا صَرَّ دَاوُدَ عليه السلام أَنْ خَالَفَهُ سُلَيْمَانُ عليه السلام وَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ يَقُولُ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ.

^۲ سخن امام اشاره به ماجرای است که در سوره انبیاء، آیه ۷۸ تا ۷۹ آمده، گوسفندان قومی وارد باغستان کسی شدند و میوه ها را در شب خوردند. حفظ مزرعه در روز به عهده صاحبش است و حفظ حیوانات در شب به عهده صاحب حیوانات است. این شخص در شب حیوانات را ضبط نکرد و گوسفندان وارد باغ شده و برگها را خوردند. صاحب باغ نزد حضرت داود علیه السلام آمد و شکایت کرد. حضرت گفت باید گوسفندان را به صاحب باغ بدهند چون صاحب گوسفند ضامن است. البته فرض این است که گوسفندان به اندازه قیمت خودشان به صاحب باغ ضرر رسانده اند. ولی حضرت سلیمان گفت: تا یک سال پشم و شیر گوسفندان را به صاحب باغ بدهند. باید فرض کنیم که این دو یعنی منافع گوسفندان و مقداری که ضرر رسانده اند، یک سال بوده ولی دادن منافع گوسفندان برای صاحب حیوانات ارفق و آسانتر است. هر دو حکم، حکم خداست برای این که صاحب گوسفند ضامن جبران خسارت است ولی خسارت وارده بر باغ طبق حکم داود معادل با قیمت گوسفندها بود و طبق حکم سلیمان معادل با عایدات یک سال گوسفندها بود. علامه طباطبایی در تفسیر المیزان (۲۳) گفته اند معمولاً منافع یک سال حیوان معادل قیمت حیوان است. حضرت داود حکم کرد که حیوان را بدهند ولی حضرت سلیمان گفت منافع عاید از گوسفند را بدهند.

این دو حکم است و هر دو حکم خداست. این طور نیست که یکی ناسخ یا خطا باشد. هر دو درست بوده و یکی برای صاحب گوسفند ارفق و آسانتر بوده است.

حکم تکلیفی و وضعی عزل و دیگر راه‌های از بین بردن نطفه ۱۰۳

شرعی بوده است زیرا تشبیه می‌تواند برای اصل مطلب باشد یعنی سائل استبعاد کرده بود اختلاف سلیقه بین امامین را و امام صادق برای رفع استبعاد به اختلاف سلیقه ی در حکم واقعی بین سلیمان و داوود استناد کردند.

جواب به اشکال ۱: اگر سائل از تعبیر «هذا خلاف» اختلاف سلیقه را اراده کرده بود؛ امام خیلی راحت می‌توانستند جواب بدهند که اختلاف سلیقه ی شخصی که عیبی ندارد و بعید هم است که خود سائل نداند که اختلاف سلیقه ی شخصی ائمه عیبی ندارد و بر فرض اینکه سائل اختلاف سلیقه ی بین دو امام را مستبعد می‌دانسته است به طریق اولی اختلاف حکم واقعی در حکم را بین دو پیامبر مستبعد میداند پس تمسک امام صادق علیه السلام به اختلاف حکم واقعی دو پیامبر باعث اضافه شدن بر ابهام مساله می‌شود و نه رفع ابهام.

اشکال به جواب به اشکال ۱: بر فرض که تمام مطالب قبل درست باشد اما نمی‌تواند مانع مکروه بودن عزل برای ما شود زیرا دلیل بر کراهت عزل بر خودمان داریم و منافاتی هم ندارد که عزل بر امام صادق مباح باشد، همان طوری اینکه مباح بودن عزل بر امام صادق علیه السلام منافاتی با مکروه بودن عزل بر امام علی نداشت.

جواب دوم به اشکال: (استاد مدنی): اختلاف حکم واقعی بین امام صادق و امام علی علیه السلام شاید بخاطر اختلاف شرایط آنها بوده است یعنی عزل بر امام علی علیه السلام مکروه بوده است زیرا همسرانشان راضی به این کار نبوده اند و عزل بر امام صادق مباح بوده است بخاطر اینکه همسرانشان راضی به عزل بودند یا منظور این است که امام صادق علیه السلام به نسبت کنیزانشان عزل میکردند که مباح می‌باشد.

اشکال به جواب: ظاهر روایت این است که نسبت به یک موضوع واحد و با شرایط واحد دو عمل متفاوت از دو امام رخ می‌داده است و همین اختلاف عمل دو امام در موضوع واحد و شرایط واحد بوده است که موجب تعجب و سوال سائل واقع شده است که چگونه می‌باشد که بین دو امام اختلاف باشد.

نتیجه نهایی جمع بین روایات

عزل در همه ی موارد مکروه است مگر اینکه شرط ضمن عقد شده باشد.

دلیل دوم: (عزل حق مرد است)

ابن سیوری در کتاب التتقیح می‌فرماید عزل حق مرد است پس اختیارش به دست مرد می‌باشد و این دلیل را جدا از روایات جواز عزل ذکر کرده است (التتقیح الرائع لمختصر الشرائع، ج ۳، ص: ۲۴).

اشکال: برای اثبات چنین حقی باید از ادله استفاده کرد مثلاً در آیه و روایاتی اختیار عزل را به عهده ی مرد گذاشته باشد، در این صورت این دلیل، دلیلی جدا از دلیل روایات نمی‌باشد.

اگر منظور این باشد که عزل در نزد عرف از حقوق مرد می‌باشد، پس تمسک به سیره‌ی عقلاء دارد می‌شود که بحث از آن خواهد آمد.

دلیل سوم: (سیره‌ی عقلاء)

سیره‌ی عقلاء بر جواز عزل مرد بدون اذن زوجه است و اگر شارع این سیره را قبول نداشت باید ردع میکرد پس از عدم ردع شارع به تایید این سیره در نزد شارع پی می‌بریم.

اشکال اول: در محل بحث عدم ردع شارع را احراز نمی‌کنیم زیرا روایت ضعیف متعددی بر ردع داشتیم پس با اینکه بخاطر ضعف سند آنها احراز ردع نمی‌کنیم ولی وجود ضعیف آنها باعث جلوگیری از احراز عدم ردع می‌شود.

اشکال دوم: تمسک به سیره‌ی عقلاء و سیره‌ی متشرعه در مواردی است که شک در موضع شارع وجود دارد و می‌خواهیم از سکوت شارع عدم ردع و جواز را احراز کنیم اما در محل بحث شارع ساکت نماند است و تصریح به جواز عزل کرده است پس تمسک به سکوت شارع و عدم ردع شارع معنا ندارد. اللهم الا ان یقال که این دلیل در صورتی که کسی در دلالت یا سند روایات مجوزه مناقشه کند به کار می‌آید و همین طور برای کسی که این روایات را مبتلی به روایات متعارض می‌بیند.

دلیل چهارم: (عدم وجوب وطی در قبل ۴ ماه)

وقتی که اصل وطی در قبل ۴ ماه مطلقاً واجب نیست و بعد از ۴ ماه با اذن زوجه وجوب ندارد پس به طریق اولی عدم عزل هم واجب نیست یا عزل حرام نیست (مراجعه شود به جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۹، ص: ۱۱۲).

اشکال اول: اولویتی وجود ندارد زیرا ممکن است اصل وطی واجب نباشد اما در صورت اقدام به وطی عدم عزل واجب باشد مثل حج مستحبی که اصلش واجب نیست اما در صورت اقدام به حج مستحبی، مناسک حج و محرمات احرام لازم می‌شوند و همچنین اعتکاف مستحبی.

اشکال دوم: این دلیل نهایتاً بتواند جواز عزل را تا ۴ ماه ثابت کند اما نمی‌تواند جواز عزل بعد از ۴ ماه را ثابت کند زیرا بعد از ۴ ماه وطی واجب است و رضایت زوجه نهایتاً این وجوب را ساقط می‌کند پس در محل بحث که رضایت زوجه وجود ندارد پس وطی وجوبش ساقط نمی‌شود تا از عدم وجوب اصل وطی، به عدم حرمت عزل تمسک کرد. بخاطر همین مرحوم آقا ضیاء به جواز عزل بدون رضایت زوجه تا ۴ ماه فتوا داده‌اند و در وطی واجب در هر ۴ ماه عزل بدون رضایت زوجه را حرام میدانند (العروة الوثقی (المحشی) ۵/۵۰۷).

دلیل پنجم: (اصل برائت)

اگر هیچ کدام از ادله‌ی جواز و حرمت عزل مورد پذیرش واقع نشود، نوبت به اصل برائت از حرمت عزل می‌رسد. (این مطلب طبق مبنای مشهور است که اصل عملی در صورت وجود اماره جاری نمی‌شود اما اگر مثل شهید صدر قائل به اجرای اصل موافق با اماره باشیم؛ این دلیل پنجم در عرض ادله‌ی دیگر جواز عزل است به شرط اینکه ادله‌ی حرمت عزل تمام نباشد تا اصل عملی مخالف اماره نباشد)

حکم تکلیفی عزل زن

عزل زن میتواند صورت‌های مختلفی داشته باشد:

صورت اول

«اگر منظور از عزل زن این باشد که زن بخواهد هنگام نزدیکی مرد خود را کنار بکشد تا قهراً انزال خارج از رحمش صورت گیرد؛ در صورت اذن مرد اشکال ندارد و در صورت عدم اذن مرد چون عزل زن خلاف تمکین واجب بر او می‌باشد اشکال دارد.»^۱

۱. حدود تمکین طبق روایات زیر مطلق است:

صورت دوم

اگر منظور از عزل زن این باشد که زن کاری می‌کند که مانع از انعقاد نطفه است بدون اینکه منافاتی با التذاذ جنسی مرد داشته باشد (مثلاً بعد از فراغ زوج از آمیزش، زن کاری می‌کند که نطفه در رحمش مستقر نمی‌شود مثلاً بعد از اتمام آمیزش سریعاً بلند می‌شود تا منی‌ها خارج شوند یا آب می‌گیرد یا مواد کشنده‌ی اسپرم یا تخمک میزند یا زن قبل از آمیزش از قرص یا آیو دی و دیگر وسائل پیشگیری استفاده می‌کند) در این صورت عزل حرام نیست بخاطر اصل برائت مگر اینکه از آیه‌ی نساءکم حرث لکم استفاده شود که حق حرث برای مرد است پس در صورت اخلاص زن در کشت مرد، تضييع حق مرد است و حرام می‌باشد.

اشکال اول: استیلاص حق مرد است و نمی‌شود بدون اذن او حقیش را تضييع کرد.

جواب نقضی: حق استیلاص برای زن هم هست پس باید بگوییم که عزل مرد بدون اذن زن حرام است در حالی قائل به کراهت آن هستید.

اشکال ۱ به جواب: نفقه‌ی فرزند برگردن مرد می‌آید و اما نفقه‌ی فرزند برگردن زن نیست پس حق داشتن زن باعث ایجاد مخارج بر مرد است و ضرر به مرد است اما حق داشتن مرد باعث ضرر بر زن و ایجاد تعهد مالی برای او نیست بنابراین فقط مرد حق استیلاص دارد.

جواب به اشکال به جواب: در فقه مواردی داریم که مونه و خرج بر عدول مومنین می‌آید و این باعث نمی‌شود که حق استیلاص آنها گرفته شود مثل کسی که فقیر است و بعد از فرزندان شدن مونه و خرج آن بر عدول مومنین یا حاکم است.

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَدَةَ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ مَالِكِ بْنِ عَطِيَّةَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: جَاءَتْ امْرَأَةٌ إِلَى النَّبِيِّ صلى الله عليه وآله فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله - مَا حَقُّ الزَّوْجِ عَلَى الْمَرْأَةِ فَقَالَ لَهَا «(۱) أَنْ تُطِيعَهُ وَ لَا تَعْصِيَهُ وَ لَا تَصَدَّقَ مِنْ بَيْتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ وَ لَا تَصُومَ تَطَوُّعاً إِلَّا بِإِذْنِهِ وَ لَا تَمْنَعَهُ نَفْسَهَا... وسائل الشيعية، ج ۲۰، ص: ۱۵۸

وَ بِالْإِسْنَادِ عَنِ ابْنِ أَبِي حَمْزَةَ عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنْ أَبِي بصيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: أَنْتِ امْرَأَةٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وآله فَقَالَتْ مَا حَقُّ الزَّوْجِ عَلَى الْمَرْأَةِ قَالَ أَنْ تُجِيبِيهِ إِلَى حَاجَتِهِ وَ إِنْ كَانَتْ عَلَى قَتَبٍ وَ لَا تُعْطِي شَيْئاً إِلَّا بِإِذْنِهِ فَإِنْ فَعَلَتْ فَعَلَيْهَا الْوُزْرُ وَ لَهُ الْأَجْرُ وَ لَا تَيْبِتْ لَيْلَةً وَ هُوَ عَلَيْهَا سَاحِطٌ قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَ إِنْ كَانَ ظَالِمًا قَالَ نَعَمْ الْحَدِيثُ. وسائل الشيعية، ج ۲۰، ص: ۱۵۹

حکم تکلیفی و وضعی عزل و دیگر راه‌های از بین بردن نطفه ۱۰۷

اشکال ۲ به جواب: حق استیلااد زن به این معناست که زن حق فرزندان را دارد و نه به معنای حق فرزندان نشدن را دارد. پس اثبات حق استیلااد برای زن نمی‌تواند مجوز عزل او شود بلکه حداکثر بتواند مانع از عزل مرد شود در جایی که زن می‌خواهد فرزندان را فرزنددار شود. اگر منظور از حق استیلااد زن این باشد تعیین تعداد فرزندان به اختیار زن است، چنین حقی عرفاً و شرعاً ثابت نیست.

اشکال ۳ به جواب: بر فرض اثبات حق استیلااد (در نقیصه و زیاده) برای زن، جواز عزل زن ثابت نمی‌شود زیرا در محل بحث اعمال حق استیلااد زن در تعارض با اعمال حق استیلااد مرد شده است و مرد می‌خواهد از حق فرزندان شدنش استفاده کند و زن می‌خواهد از حق فرزندان نشدنش استفاده کند. پس باید برای تقدم حق یک کدام بر دیگری دلیلی اقامه شود. بنابر این صرف اثبات استیلااد داشتن زن، جواز عزلش ثابت نمی‌شود.

اشکال دوم: عزل زن باعث از بین بردن مال دیگری (اسپریم) است.

جواب: این مسأله مثل جایی میماند که کسی بذر در زمین دیگری می‌ریزد یا نهال در زمین دیگری می‌کارد که مالک زمین حق در آوردن بذرها یا کندن نهال را دارد و لو اینکه باعث از بین رفتن آنها شود و ضرر به غیر باشد. در ما نحن فیه هم زن حق تصرف در خودش را دارد و لو اینکه باعث از بین رفتن مال (اسپریم) دیگری شود.

اشکال به جواب: بین ما نحن و زمین دیگری فرق است زیرا تصرف در زمین دیگری عدوانی است و حق تصرف ندارد اما در ما نحن فیه مرد حق داخل ریختن منی در رحم همسرش را دارد و کسی فتوا به عدم جواز ریختن داخل بدون اذن همسر نداده است و زوج در ازای تمکین زوجه نفقه می‌پردازد پس مثل این است که مرد دارد در زمینی که اجاره کرده است بذر می‌کارد و مالک زمین حق از بین بردن محصولات او را ندارد پس همسر حق خراب کردن زمین (رحم) یا از بین بردن اسپریم همسرش را ندارد و لو به واسطه ی تصرف در بدن خودش.

جواب به جواب: حق فرزندان شدن مرد بر حق تصرف زن در بدنش مقدم است زیرا زن در ضمن عقد نکاح از حق خودش می‌گذرد و حق فرزندان شدن مرد را می‌پذیرد همان طور که مرد از حق

تصرف خود در اسپرمش میگذرد و قبول می‌کند به مقدار متعارف اسپرمش را در رحم بریزد برای فرزندان شدن به تعداد متعارف. پس اگر به تعداد متعارف فرزند ندارند زوج و زوجه حق عزل ندارد مگر اینکه دیگری اجازه دهد و اگر به مقدار متعارف فرزند دارند زن حق تصرف در بدنش دارد و لو باعث از بین رفتن مال (اسپرم) زوجش شود زیرا مثل زمینی می‌ماند که کشاورزی به آن هر وقت بخواهد آب میدهد و صاحب اختیار زمینش است، حال اگر کسی حق انداختن بذری در این زمین را داشته باشد بر کشاورز لازم نیست که به آن بذر آب بدهد تا اتلاف مال دیگری رخ ندهد.

اگر بگوییم که حق فرزندان شدن در ضمن عقد نکاح وجود ندارد؛ پس مرد و زن از همان ابتدا میتوانند عزل کنند.

اشکال سوم: وجوب پرداخت دیه بر زوجه، در صورت از بین بردن نطفه نشان میدهد که حق از بین بردن آن را ندارد.

جواب: ملازمه ی بین دیه داشتن عملی با حرمت آن عمل، محل اختلاف است. به علاوه اینکه در اصل دیه داشتن از بین بردن نطفه توسط زوجه محل اشکال و اختلاف است. (نظرات و ادله خواهد آمد)

اشکال چهارم: اگر زن نطفه را از بین ببرد، دیه ی نطفه به زوج به ارث می‌رسد و این نشان میدهد که مرد صاحب حق به نسبت نطفه است که ارث به او می‌رسد.

جواب: اگر زن و مرد دخالت در از بین بردن نطفه داشته باشند؛ دیه به پدر بزرگ و مادر بزرگ بچه می‌رسد در حالی که شکی نیست که آنها صاحب حق به نسبت نطفه نمی‌باشند.

اشکال پنجم: در روایات از مطلق عزل (چه عزل زن و چه مرد) سوال شده بود و امام فرموده اند که امر عزل به دست مرد است.

جواب: عزل وضع شده است برای بیرون ریختن منی توسط مرد یا لاقط انصراف به آن دارد پس اطلاق گیری ممکن نیست.

حکم تکلیفی و وضعی عزل و دیگر راه‌های از بین بردن نطفه ۱۰۹

اشکال ششم: مرد مالک منافع بضع است و یکی از منافع بضع تسبیل می‌باشد کما اینکه خداوند می‌فرماید نساؤکم حرث لکم. پس زن حق ندارد که منافی را که به تملیک زوجهش در آورده است بدون رضایت او از بین ببرد (سند العروة الوثقی - کتاب النکاح، ج ۱، ص: ۱۰۹).

نتیجه نهایی: در صورت دوم هم عزل زن بدون رضایت شوهرش حرام می‌باشد و زوجه نباید مانع از انعقاد نطفه بشود.^۱

صورت سوم:

اگر منظور از عزل زن، بیرون ریختن آب زن از فرجش قبل از ریختن آب مرد در فرجش باشد، بنابر اینکه چنین فرضی امکان داشته باشد این کار حرام نیست بخاطر اصل براءة و فحوی آن چه که در عزل مرد گفته شد (جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۹، ص: ۱۱۵).

حکم این صورت مثل صورت دوم می‌باشد و اگر پذیرفتیم که تمام عقود نکاح دارای شرط ارتکازی در ضمن عقد مبنی بر بچه دار شدن دارند. اگر پذیرفتیم شرط ارتکازی ضمن عقد بر بچه دار شدن داریم یا عدم عزل به انحاء و صور مختلف آن پس این نوع عزل هم حرام است تا عمل کردن به شرط ارتکازی و از بعد از آن عزل اشکال ندارد و اگر نپذیرفتیم شرط ارتکازی ضمن عقد بر فرزندان شدن داریم، عزل کلا اشکال ندارد.

اقوال در حکم وضعی (دیه) عزل مرد

قول اول: (وجوب دیه)

اگر عزل بدون اذن زن حره منکوحه به نکاح دائم باشد، دیه به مقدار ۱۰ دینار واجب است.

قاتلین

مفید در مقنعه (ص: ۵۱۶ و ۷۶۳) و شیخ طوسی در خلاف (۴/۳۵۹) و مبسوط (۴/۳۶۶) و ابن حمزه (الوسيلة إلى نیل الفضيلة، ص: ۳۱۴ و ۴۵۶) و ابوالصلاح حلبی در کافی (۲/۳۹۲) و ابن براج در مهذب (۲/۲۳۳ و ۵۱۰) و ابن زهره در غنیه (۴/۱۵) و محقق حلی در نکاح شرائع (۲/۲۱۴)، علامه حلی در ارشاد (۲/۵) و قواعد (۳/۵۰) و

^۱ استفتانات رهبری؛ سوال ۱۲۵۵ و ۱۲۵۹. <https://farsi.khamenei.ir/treatise-content?id=۱۱۲#۱۲۵۵>

تلخیص (۱۹۴). فاضل آبی در کتاب الدیات وجوب دیه را به اکثر نسبت داده و خود بدان مایل شده است (۶۷۷/۲)

ادله قول اول:

دلیل اول: اجماع

شیخ طوسی در خلاف ادعای اجماع مذهب برای وجوب دیه بر علیه عزل کننده از حره منکوحه به نکاح دائم بدون اذنش کرده است (الخلاف (۴/۳۵۹)).

اشکال اول: اجماع مدرکی یا محتمل المدرکی است و معتبر نیست.

دلیل دوم: (روایت ظریف)

شیخ طوسی در الخلاف فرموده اند مقتضی اخبار مذهب وجوب پرداخت دیه است (همان). باید توجه کرد در بسیاری از روایات مراد از نطفه، نطفه مستقره است که خارج از بحث عزل و بحث ماست مثل این روایت: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ بِأَسَانِيدِهِ إِلَى كِتَابِ ظَرِيفٍ عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام قَالَ جَعَلَ دِيَةَ الْجَنِينِ مِائَةَ دِينَارٍ وَ جَعَلَ مَنِيَّ الرَّجُلِ إِلَى أَنْ يَكُونَ جَنِينًا خَمْسَةَ أَجْزَاءٍ فَإِذَا كَانَ جَنِينًا قَبْلَ أَنْ تَلْجَهُ الرُّوحُ مِائَةَ دِينَارٍ وَ ذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ وَ هِيَ النَّطْفَةُ فَهَذَا جُزْءٌ ثُمَّ عُلِقَتْ فَهِيَ جُزْءٌ ثُمَّ مَضَعَتْ فَهِيَ ثَلَاثَةٌ أَجْزَاءٍ ثُمَّ عَظُمًا فَهِيَ أَرْبَعَةٌ أَجْزَاءٍ ثُمَّ يُكْسَى لَحْمًا فَحِينَئِذٍ تَمَّ جَنِينًا فَكَمَلَتْ لَهُ خَمْسَةٌ أَجْزَاءٍ مِائَةُ دِينَارٍ وَ الْمِائَةُ دِينَارٍ خَمْسَةٌ أَجْزَاءٍ فَجَعَلَ لِلنَّطْفَةِ خُمْسَ الْمِائَةِ عَشْرِينَ دِينَارًا...»

اما روایتی که مربوط به بحث ما می شود؛ روایت زیر است:

«وَبِهَذَا الْإِسْنَادِ عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام قَالَ: ... أَفْتَى عليه السلام فِي مَنِيِّ الرَّجُلِ يُفْرَغُ مِنْ عَرْسِهِ فَيَعْرِضُ عَنْهَا الْمَاءَ وَ لَمْ يَرِدْ ذَلِكَ نِصْفَ خُمْسِ الْمِائَةِ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ وَ إِذَا أَفْرَغَ فِيهَا عَشْرِينَ دِينَارًا...» (الكافي (ط - الإسلامية)، ج ۷، ص: ۳۴۳)

بررسی سندی: حدیث صحیح می باشد.

این روایت در مورد کسی است که باعث می شود که منی خارج از رحم ریخته شود در حالی که زوج چنین اراده ای نداشته است و باید ۱۰ دینار که دیه ی نطفه است را بپردازد. و فرقی بین اجنبی

حکم تکلیفی و وضعی عزل و دیگر راه‌های از بین بردن نطفه ۱۱۱.

و زوج در از بین بردن نطفه نیست و دیه ی از بین بردن نطفه در هر دو حالت ثابت می‌شود (رجوع کنید به تفتیح مبای‌ الأحکام - کتاب‌الذیات، ص: ۳۲۵).

اشکال ۱: روایت در مورد اجنبی است که باعث می‌شود که عزل صورت بگیرد و منی خارج از رحم ریخته شود و در این مورد حکم به لزوم پرداخت دیه شده است و اما زوج وضعیتش با اجنبی فرق می‌کند زیرا مالک آب است و طبق روایات می‌تواند هر جا خواست آن را بریزد (موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص: ۱۱۵). حکم جنایت والد احتمال دارد با حکم جنایت اجنبی فرق کند پس نباید حکمی که در این روایت در مورد جنایت اجنبی ذکر شده است، به جنایت والد سرایت داد (مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص: ۷۲). پس قیاس زوج با اجنبی قیاس مع الفارق است (العروة الوثقی (للمسید الیزدی)، ج ۲، ص: ۸۰۹).

اشکال ۲: اگر طبق این روایت بر زوج پرداخت دیه واجب باشد، لازم می‌آید که دیه را از خودش بگیرند و به او بدهند زیرا تنها کسی که حق دریافت دیه را دارد زوج است که مالک آب است و زوجه هیچ حقی برای دریافت دیه ندارد زیرا مالک آب نیست و حقی هم نسبت آن ندارد (موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص: ۱۱۵).

اشکال ۳: این روایت می‌گوید اگر کسی باعث افراغ منی خارج از رحم عروس شد و زوج اراده ی آن را نکرده بود و می‌خواست منی را داخل بریزد، آن کس باید ۱۰ دینار دیه بدهد. مفهوم آن این است که اگر افراغ توسط کسی صورت گرفت در حالی که زوج خودش هم اراده ی آن را داشت دیه لازم نیست پس این نشان می‌دهد که اختیار داخل ریختن یا نریختن منی در رحم زن با زوج است بدون اینکه لازم بیاید که ۱۰ دینار بپردازد. و همین‌طور است که اگر خود زوج افراغ منی کند بدون اینکه عامل دیگری دخیل باشد؛ در این صورت هم ۱۰ دینار واجب نمی‌باشد (رجوع کنید به مدارک العروة (للإشتهاردی)، ج ۲۹، ص: ۱۵۰).

دلیل سوم: (روایت ابن ادریس)

از صریح عبارت ابن ادریس و یحیی بن سعید و فاضل آبی استفاده می‌شود که روایت دیگری برای اثبات دیه ی عزل وجود دارد. و آن روایت طبق نقل ابن ادریس چنین می‌باشد «وقد روی - انه اذا عزل الرجل عن زوجته الحرة بغير اختیارها كان عليه عشر دية الجنین یسلمه الیها- و هذه

روایه شاذة لا یعول علیها و لا یلتفت الیها لأن الاصل براءة الذمة، و لا تا قد بینا ان العزل علی حزه

مکروه و لیس بمحذور) (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۴، ص: ۱۳۳۴).

اشکال: از اینکه شیخ طوسی در تهذیب که شرح مقنعه است؛ روایت مستقلى در ثبوت دیه در

عزل نقل نکرده است نمی‌تواند حکم به ثبوت روایتی مستقل در مساله نمود (همان، ص: ۱۳۳۵).

ولی اگر چنین روایتی ثابت می‌شد شاذ نبود و شرایط حجیت را داشت. مشهور فقهاء تا زمان ابن

ادریس دیه را لازم می‌دانستند پس ادعای شاذ بودن روایت اثبات کننده ی دیه از طرف ابن ادريس

ادعایی نادرست و عجیب است.

دلیل چهارم: احتیاط

طریقه احتیاط است (الخلاف) (۳۵۹/۴).

اشکال: اگر شک کنیم که دیه برای عزل واجب است یا نه، باید به اصل عملی برائت مراجعه کرد

و نه اصل احتیاط و فتوا به لزوم پرداخت دیه صحیح نمی‌باشد و خلاف احتیاط است.

اگر منظور از احتیاط، احتیاط غیر لزومی و حسن است؛ باید توجه کرد که احتیاط حسن اقتضا

پرداخت دیه برای عزل کننده دارد و اقتضای عدم دریافت دیه از طرف مقابل را دارد مگر اینکه

پرداخت کننده بگوید در هر صورت به پرداخت دیه راضی هستم و لو اینکه دیه عندالله بر من

واجب نبوده باشد.

قول دوم: (عدم وجوب دیه)

عزل زوج دیه ندارد و اگر غیر زوج کسی باعث عزل شود ۱۰ دینار دیه بپردازد.^۱

قائلین:

ابن ادريس در السرائر (۴/۱۹۹) و البته پس از ابن ادريس، محقق حلّی در نافع (۱/۱۷۲) و کتاب الدیات

شرائع (۴/۲۶۵) و علامه در مختلف (۹/۲۸۴) و ابن فهد در مقتصر (۲۲۷) و نیز صیمری در غایة

المرام (۳/۱۴) و محقق کرکی در جامع المقاصد (۱۲/۵۰۵) و شهید ثانی در مسالك (۷/۶۵) و

^۱ و من أفزع رجلا، و هو علی حال الجماع، فعزل عن امرأته، كان علیه دية ضیاع النطفة، عشرة دنانیر، فاما ان وضع النطفة في الرحم، ثم أفزع أفزع «۵» المرأة، فألقته، فدیتها عشرون دینارا علی ما قدمناه «۶». السرائر، ج ۳، ص: ۴۱۸

حکم تکلیفی و وضعی عزل و دیگر راه‌های از بین بردن نطفه ۱۱۳

روضه (۱۰۳/۵) و صاحب مدارک در نه‌ایة المرام (۶۰/۱) و علامه مجلسی در مرآت العقول (۳۱۵/۲۰) و فیض کاشانی در مفاتیح (۲۸۸/۲) و سبزواری در کفایه (۸۸/۲) و محدث بحرانی در حدائق (۸۸/۲۳) و نیز صاحب ریاض (۶۳/۱۱) و نراقی در مستند (۷۶/۱۶) و صاحب جواهر (۱۱۳/۲۹) و شیخ انصاری در کتاب النکاح (۷۲) و آسید ابوالحسن اصفهانی در وسیله النجاه (وسيلة النجاة مع حواشي الإمام الخميني)، ص: ۶۹۷ و امام خمینی در حاشیه بر وسیله النجاه (۶۹۷) و خوبی در موسوعه (۱۱۴/۳۲) و سبحانی در نظام النکاح (۱۰۱/۱) به عدم لزوم دیه فتوا داده‌اند.

ادله قول دوم:

دلیل اول: اصل برائت

اصل برائت ذمه است (السرائر (۴۱۹/۳).

دلیل دوم: کراهت عزل

عزل کراهت دارد (همان) و نمی‌شود برای امری مکروه دیه واجب شود.

دلیل سوم: ضعف روایت ثبوت دیه بر زوج

روایتی که دیه بر زوج ثابت می‌کند شاذ است و به آن تکیه نمی‌شود و توجه ای به آن نمی‌شود بخاطر دو دلیل قبلی که ذکر کردیم.^۱

دلیل چهارم: مفهوم روایت حضرت علی علیه السلام

«وَبَهَذَا الْإِسْنَادِ عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام قَالَ: ... أَفْتَى عليه السلام فِي مَنِيِّ الرَّجُلِ يُفْرِغُ مِنْ عَرْسِهِ فَيَعْزَلُ عَنْهَا الْمَاءَ وَ لَمْ يَرُدْ ذَلِكَ نِصْفَ خُمُسِ الْمِائَةِ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ وَإِذَا أَفْرَغَ فِيهَا عَشْرِينَ دِينَارًا...» (الكافي ط - الإسلامية، ج ۷، ص: ۳۴۳)

این روایت می‌گوید اگر کسی باعث افراغ منی خارج از رحم عروس شد و زوج اراده ی آن را نکرده بود و می‌خواست منی را داخل بریزد، آن کس باید ۱۰ دینار دیه بدهد. مفهوم آن این است که اگر افراغ توسط کسی صورت گرفت در حالی که زوج خودش هم اراده ی آن را داشت دیه لازم نیست

^۱ .السرائر (۴۱۹/۳): و قد روی انه إذا عزل الرجل عن زوجته الحرّة بغير اختيارها، كان عليه عشر دية الجنين، يسلم إليها (۷)، و هذه رواية شاذة لا يعول عليها، و لا يلتفت إليها، لأن الأصل براءة الذمة، و لأننا قد بينا ان العزل عن الحرّة مكروه، ليس بمحظور.

پس این نشان می‌دهد که اختیار داخل ریختن یا نریختن منی در رحم زن با زوج است بدون اینکه لازم بیاید که ۱۰ دینار پردازد. و همین طور است که اگر خود زوج افرام منی کند بدون اینکه عامل دیگری دخیل باشد؛ در این صورت هم ۱۰ دینار واجب نمی‌باشد (رجوع کنید به مدارك العروة للإشتهاردي)، ج ۲۹، ص: ۱۵۰.

اشکال ۱: فقره ی مذکور (و لم یرد ذلک) مفهوم ندارد.

جواب: مفهوم فی الجملة این فقره دارد و الا ذکر فقره "و لم یرد ذلک" لغو می‌باشد که خلاف ظاهر است پس در بعض مواردی که زوج اراده کرده است بیرون ریختن منی را؛ دیه واجب نیست و از طرفی اجماع مرکب داریم که یا بر تمام عزل‌های مرد دیه واجب است یا بر هیچ کدام دیه واجب نیست. پس از آنجایی این فقره ی روایت دلالت بر عدم وجوب پرداخت دیه در بعض موارد می‌کند پس قول به عدم وجوب دیه به صورت مطلق ثابت می‌شود.

اشکال ۲: در بعضی نسخ "لم ترد ذلک" می‌باشد^۱ که به زوجه بر می‌گردد و دیگر مفهوم گیری از اراده ی زوج ممکن نیست.

جواب: نسخه "لم ترد ذلک" اشتباه می‌باشد زیرا در این صورت معنای روایت چنین می‌شود که اگر فردی باعث شود که عزل صورت گیرد در حالی که زوجه اراده ی آن را نداشته است باید ۱۰ دینار پرداخت شود، در حالی که می‌دانیم اراده ی زوج که مالک نطفه است بر اراده ی زن نسبت به منی مرد حقی ندارد؛ مقدم است و باید اراده داشتن و نداشتن زوج تاثیر گذار در لزوم دیه باشد و نه اراده ی زوجه به تنهایی.

دلیل پنجم:

عدم ذکر دیه در روایات متعددی که بر جواز یا منع عزل وجود دارد، در حالی که اگر دیه واجب بود می‌بایست در بین این روایات متعدد که در مقام بیان بودند؛ به این مطلب پرداخته می‌شد.^۲

^۱ به پاورقی کافی (ط - دار الحدیث)، ج ۱۴، ص: ۴۶۱ مراجعه شود.

^۲ به عنوان موبد در کتاب مدارك ذکر شده است. مدارك العروة للإشتهاردي، ج ۲۹، ص: ۱۵۱

دلیل ششم:

ظاهر ادله جواز عزل مرد چنین است که منی تا زمانی که مستقر در رحم نشده است و نطفه می‌باشد ملک مرد می‌باشد بخاطر تعبیر به "ذلک الی الرجل" (نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۰۰) و تعبیر در صحیحہ ظریف به "لم یرد ذلک" پس عزل مرد، اطلاق کردن مالک مایملکش را می‌باشد پس ضامن نیست. به خلاف نطفه ای که مستقر در رحم زن شده است که در این صورت ظاهر ادله دیات این است که نطفه‌ی مستقر، خارج از ملکیت مرد می‌باشد و برای نطفه‌ی مستقره حرمت تکلیفیه و وضعیه می‌باشد بخاطر انتسابش به تکوین الهی. بنابر این اگر بنا بگذاریم بر حرمت عزل مرد، قائل به ضمان مرد به نسبت دیه می‌شویم زیرا حرمت عزل نشان می‌دهد که نطفه خارج از سلطنت مرد می‌باشد (سند العروة الوثقی - کتاب النکاح، ج ۱، ص: ۱۰۹)

دلیل هفتم:

معنا ندارد که دیه بر گردن زوج بیاید زیرا معقول نیست دیه دهنده و دیه گیرنده یکی باشد زیرا دلیلی بر وجوب دفع دیه به زوجه نداریم زیرا اجنبی از منی است و حقی نسبت به آن ندارد و منی ملک زوج است و طبق نصوص قرار می‌دهد آن را هر کجا که بخواهد (موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص: ۱۱۴).

اقوال در حکم وضعی (دیه) عزل زن:

قول اول: (وجوب دیه)

زوجه به هر طریقی که باعث از بین رفتن نطفه بشود، دیه به گردنش می‌آید.

قائلین:

مرحوم خوئی در موسوعه (۱۱۴/۳۲) و آیت الله سبحانی در نظام النکاح (۱۰۱/۱) و ...

ادله قول اول:

دلیل اول:

«وَبِهَذَا الْإِسْنَادِ عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام قَالَ: ... أَفْتَى عليه السلام فِي مَنِيِّ الرَّجُلِ يُفْرَغُ مِنْ عَرْسِهِ فَيَعَزُّلُ عَنْهَا الْمَاءَ وَ لَمْ يُرِدْ ذَلِكَ نِصْفَ خُمُسِ الْمِائَةِ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ وَإِذَا أَفْرَغَ فِيهَا عَشْرِينَ دِينَارًا...» (الكافي ط - الإسلامية)، ج ۷، ص: ۳۴۳

در صورتی که زوجه عزل نماید که منی خارج از رحمش ریخته شود، دیه ی نطفه بر زن واجب است چون روایت شامل آن می‌شود زیرا روایت می‌گوید اگر منی مردی فارغ (بیرون) از زوجه اش بریزد در حالی که اراده ی آن را نداشته است باید دیه پرداخت شود.

اشکال: اطلاق این روایت شامل زوجه نمی‌شود و فقط اجنبی‌ها را شامل می‌شود زیرا عبارت "یفرغ من عرسه" بر زوجه صدق نمی‌کند (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۴، ص: ۱۳۸۴).

جواب به اشکال: اطلاق این روایت شامل زوجه می‌شود زیرا ترجمه روایت چنین است که که امام عليه السلام فتوا دادند در مورد منی مردی که فارغ از عروسش (زوجه اش) شده بود پس عزل می‌شود آب (منی) از زوجه یا عزل می‌کند زوج از زوجه آبش را، در حالی که زوج اراده ی آن را نداشته است؛ باید ۱۰ دینه پردازد. پس این روایت عامل اصلی عزل را کسی غیر از زوج دانسته است که میتواند شامل اجنبی و زوجه شود و از این جهت اطلاق دارد.

دلیل دوم:

«وَبِهَذَا الْإِسْنَادِ عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام قَالَ: ... أَفْتَى عليه السلام فِي مَنِيِّ الرَّجُلِ يُفْرَغُ مِنْ عَرْسِهِ فَيَعَزُّلُ عَنْهَا الْمَاءَ وَ لَمْ يُرِدْ ذَلِكَ نِصْفَ خُمُسِ الْمِائَةِ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ وَإِذَا أَفْرَغَ فِيهَا عَشْرِينَ دِينَارًا...» (الكافي ط - الإسلامية)، ج ۷، ص: ۳۴۳

این روایت شامل زوجه نمی‌شود زیرا بر زوجه "یفرغ من عرسه" صدق نمی‌کند لکن می‌دانیم زوجه در حکم اجنبی است زیرا از روایات ثابت شده است که زن نسبت به نطفه حقی ندارد پس القاء خصوصیت می‌کنیم و حکم در روایت برای زوجه هم می‌باشد (نظام النکاح في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۰۱).

اشکال: «زن اجنبی است اما با دیگر اجنبی‌ها تفاوت اساسی دارد. زیرا ۱- زن نسبت به نطفه شوهرش نوعی حق اخلاقی دارد و مانند دیگر اجنبی‌ها، بی‌ارتباط محض نیست گرچه این حق اخلاقی او در حد الزام نیست. لذا اگر در روایتی، برای اجنبی اثبات دیه کرده بود، بسیار بعید است که بتوان با الغاء خصوصیت از اجنبی در مورد زنی که نوعی حق اخلاقی دارد و بنحوی با نطفه و صاحب آن مربوط است، تمسک نمود. ۲- مضافاً بر اینکه ممکن است عدم عزل برای زن و حمل برداشتن برای او مشکلات و محظوراتی در پی داشته باشد و سلامتی اولاد را به خطر اندازد و ۳- مضافاً بر اینکه زن با عزل، خود را از بعضی لذائذ هم محروم می‌نماید. با عنایت به موارد فوق، بسیار بعید است که از روایت اثبات دیه از اجنبی، تا این حد بتوان الغاء خصوصیت نمود و حکم زن را نیز از آن استفاده کرد و لذا استفاده حکم زن از حکم اجنبی قیاس مع الفارق خواهد بود.» (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۴، ص: ۱۳۸۴)

جواب اشکال: ۳ وجه برای احتمال فرق بین زوجه و اجنبی ذکر شده است که هر سه نمی‌توانند احتمال فرق درست کنند. زیرا اولاً حق اخلاقی داشتن زن نسبت به منی شوهرش ثابت نیست و زوجه در حکم اجنبی نسبت به منی شوهرش است.

ثانیاً اگر عدم عزل برای زن دارای محذوراتی باشد، باعث حق دار شدن او نسبت به منی زوجش نمی‌شود بلکه نهایتاً بخاطر عناوین ثانوی ضرر و ... جواز تکلیفی عزل برای زوجه ثابت شود اما حکم وضعی و دیه سرچایش است. مثل کسی که ناچار می‌شود بخاطر حفظ امر اهمی، مال دیگری را از بین ببرد که این کارش حلال است ولی ضمان و حکم وضعی سرچایش باقی است. ثالثاً در تمام صور عزل چنین نیست که زوجه از بعضی از لذائذ محروم شود. مضافاً که بعید است این جهت بتواند باعث تفاوت حکم زوجه و اجنبی بشود.

دلیل سوم

تعبیر "لم یرد ذلک" در روایت ظریف می‌فهماند که اگر مرد اراده‌ی عزل نداشته باشد و عزل صورت گیرد باید دیه پرداخت شود.

دلیل چهارم

بین حرمت عزل و وجوب دیه ملازمه است. عزل زن حرام می‌باشد پس دیه بر عزل او واجب می‌شود (مدارك العروة للإشتهادى)، ج ۲۹، ص: ۱۵۲.

اشکال: اگر ادعای ملازمه بین حرام بودن هر فعلی با دیه یا اثر وضعی داشتن آن می‌کنید؛ چنین مطلبی ثابت نیست بلکه خلاف آن بسیار است.

اگر ادعای ملازمه بین حرام بودن با دیه داشتن در این باب و بحث خاص می‌شود؛ چنین ادعایی ثابت نشده است.

از دیه داشتن عملی می‌شود ادعای حرمت آن عمل را کرد بخاطر کثرت مواردی که چنین هستند اما از حرمت یک عمل نمی‌شود ادعای دیه داشتن یا جریمه مالی داشتن آن عمل کرد.

دلیل پنجم:

هر کسی در ملک دیگری تصرف عدوانی کند ضامن آن می‌باشد، نطفه ملک مرد است و زوجه بدون رضایت مرد، ملک او را از بین برده است پس ضامن آن می‌باشد. پس باید همان مقداری که نطفه مالیت عرفیه دارد زن پرداخت کند چه کمتر از ۱۰ دینار باشد و چه بیشتر از ۱۰ دینار.

دلیل ششم:

زوج مالک منافع بضع می‌باشد و یکی از منافع بضع تنسیل و ایجاد فرزند می‌باشد کما اینکه قرآن می‌فرماید: (نَسَاؤُكُمْ حَزَّتْ لَكُمْ) (سند العروة الوثقی - کتاب النکاح، ج ۱، ص: ۱۰۹). پس زوجه با مانع شدن از ایجاد فرزند؛ یکی از منافع بضع را از بین برده است پس ضامن منفعتی که از زوج تفویض کرده است می‌باشد حال می‌خواهد مقدارش کمتر از ۱۰ دینار باشد و چه بیشتر.

قول دوم: (عدم وجوب دیه)

زوجه به هر طریقی که باعث از بین رفتن نطفه شود دیه به گردنش نمی‌آید.

قائلین:

آقایان منتظری در استفتاءات (۴۰۱/۳) و شبیری در کتاب نکاح (۱۳۸۴/۴) و سیستانی در منهاج الصالحین (۱۱/۳) و ...

دلیل اول:

آیه و روایت و اجماع بر لزوم دیه بر زوجه نداریم پس باید به اصل عملی مراجعه کنیم که برائت ذمه ی زوجه می‌باشد.

روایت «وَبِهَذَا الْإِسْنَادَ عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام قَالَ: ... أَفْتَى عليه السلام فِي مَنِيِّ الرَّجُلِ يُفْرَغُ مِنْ عَزِيهِ فَيَعْزِلُ عَنْهَا الْمَاءَ وَ لَمْ يُرِدْ ذَلِكَ نِصْفَ خُمُسِ الْمِائَةِ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ وَ إِذَا أَفْرَغَ فِيهَا عَشْرِينَ دِينَارًا...» (الكافي ط - الإسلامية، ج ۷، ص: ۳۴۳) شامل زوجه نمی‌شود و القاء خصوصیت از اجنبی نمی‌شود کرد تا حکم آن را شامل زوجه دانست زیرا احتمال خصوصیت برای زوجه می‌باشد زیرا زوجه حق اخلاقی به نسبت منی مرد دارد و ممکن است حمل برایش ضرر داشته باشد و زوجه با عزل از بعضی از لذائد محروم می‌شود و این سه مورد باعث می‌شود که احتمال فرق بین حکم زوجه و اجنبی بدهیم پس نمی‌شود حکمی که در این روایت به نسبت اجنبی آمده است را به زوجه سرایت بدهیم (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۴، ص: ۱۳۸۴).

دلیل دوم:

همان دلیل اول با این تفاوت که استصحاب عدم مشغول ذمه بودن را جاری می‌شود. یعنی قبل از عزل زوجه بر گردن زوجه پرداخت دیه ای نبود و حال که عزل انجام داده است و شک در مشغول ذمه بودن می‌کند و استصحاب همان حکم سابق را انجام می‌دهد پس دیه ای لازم نیست بپردازد.

اشکال به هر دو دلیل

در این دو دلیل به اصل عملی مراجعه شده است در حالی که اول باید ادله‌ای که برای اثبات وجوب دیه در قول اول ذکر شد رد شود تا بعد نوبت به آنها برسد. لذا ما این قول را قبول نداریم.

قول سوم: (تفصیل بین موارد)

اگر زوجه مانع از ریختن منی در رحمش شود دیه دارد و اگر از راه های دیگر (مثل بیرون آوردن منی که داخل رحمش ریخته شده است) نطفه را از بین ببرد دیه ندارد.

قائلین

صاحب جواهر در جواهر(۱۱۵/۲۹) قائل به این قول می‌باشد و علت اینکه در صورت اول دیه بر گردن زوجه می‌آید چنین ذکر کرده‌اند که زوجه در این صورت مانند مفزَع یا اعظم از مفزَع در تفویض نطفه می‌باشد پس حکم مفزَع را دارد. و در صورت دیگر چون روایتی برای اثبات دیه نداریم به اصل (اصل برائت یا استصحاب عدم وجوب دیه) مراجعه می‌کنیم.

سید یزدی میفرماید اگر زوجه مانع از ریختن منی زوج در رحمش شود بدون رضایت زوجش؛ کار حرامی انجام داده است زیرا تمکین نکرده است و ممکن است دیه بر او واجب باشد. پس ظاهر نظر سید یزدی این است که عزل زوج در صورتی که خلاف تمکین باشد ممکن است دیه داشته باشد اما در صورتی که عزل زوجه به نحوی باشد که منافاتی با تمکین نداشته باشد ممکن نیست دیه داشته باشد. و این همان قول به تفصیل می‌باشد. اگر این مطلبی که گفتیم ظاهر از کلام سید یزدی باشد پس محشین عروه که ذیل این مطلب حاشیه‌ای نرده‌اند نظرشان با مرحوم سید یزدی یکی است و قائل به قول سوم می‌باشند (العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص: ۵۰۶).

نکته: تا آنجایی که ما تحقیق کردیم شکمی وجود ندارد که اگر فرد سومی (به غیر زوج و زوجه) مانع از انزال در فرج زوجه شود؛ کار حرامی مرتکب شده است و دیه واجب است.

جمع بندی

اگر زوج نسبت به زوجه ی حره اش، عزل کند یا کارهای دیگری که باعث از بین بردن نطفه (منی) می‌شود انجام دهد در حالی که در ضمن عقد شرط نکرده باشد؛ کار مکروهی انجام داده است و در غیر شرایط مذکور کار مباحی انجام داده است و کلا دیه ای بر زوج واجب نمی‌باشد.

اگر زوجه باعث از بین رفتن منی شود در حالی که زوج راضی نیست و در ضمن عقد شرط نکرده‌اند، کار حرامی مرتکب شده است و باید دیه بپردازد.

اگر اجنبی باعث از بین رفتن منی شود، کار حرامی انجام داده است و باید دیه بپردازد در صورتی که زوج راضی به این کار نباشد.

ماهنامه داخلی حاصل کار طلاب گروه های تخصصی است که با توجه به نظامنامه آموزشی مدرسه باید هر ماه یک تحقیق علمی پیرامون مباحث مطرح شده در درس خارج فقه تدوین نمایند.

امید است این تغییر رویکرد در ارائه دروس خارج تخصصی گام موثری به سوی اهداف مدرسه که همان تولید علم و نظریه پردازی در عرصه فقه های تخصصی است ، باشد.