



تاجتهد پژوهش‌های فقهی

دو فصلنامه علمی - پژوهشی

سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۴

صاحب امتیاز: سیدعلی شبیری.

مدیر مسئول: سیدعلی شبیری.

سر دبیر: ابوالقاسم مقیمی حاجی.

مدیر اجرایی: علی اکبر دهقانی اشکذری.

هیئت تحریریه: محمد قانعی، محمد عندلیب، سیدمحمد شبیری، ابوالقاسم

مقیمی حاجی، قدیرعلی شمس، سیدمحمد جواد شبیری، علی

فاضلی هیدجی، خالد غفوری حسنی، مجتبی اعرافی.

آدرس: قم، خیابان معلم، کوچه ۲۱، پلاک ۳۱۱، مدرسه فقهی امام

محمدباقر علیه السلام، طبقه دوم، کدپستی ۳۷۱۵۷۹۹۳۴۸.

نشریه «پژوهش‌های فقهی تاجتهد» حسب نامه شورای اعطای مجوزها به شماره

۱۳۴۳ در تاریخ ۱۳۹۸/۲/۲۳ حائز رتبه علمی پژوهشی است.

آدرس اینترنتی: taejtehad.mfeb.ir

پست الکترونیک: taejtehad@mfeb.ir

راهنمای تدوین و ارسال مقالات

شرایط مقاله

- موضوع مقاله فقهی باشد.
- مقاله به زبان فارسی باشد.
- مقاله باید بردارنده نوآوری بوده و دست کم یکی از ویژگی‌های زیر را داشته باشد:
 - ارائه‌کننده نظریه یا یافته جدید علمی؛
 - ارائه‌کننده تقریر و تبیین جدید از یک نظریه؛
 - ارائه‌کننده استدلال جدید برای یک نظریه؛
 - ارائه نقد جامع علمی یک نظریه.
- مقاله تایپ شده باشد و فایل ورد آن برای مجله ارسال شود.
- مقاله در ۱۰ تا ۲۵ صفحه آچار با قلم بی‌لوتوس ۱۴ تنظیم شود.
- مقاله در جای دیگری نشر نیافته یا هم‌زمان برای مجله دیگری ارسال نشده باشد.

ساختار مقاله

- مقاله باید ساختار زیر را داشته باشد:
- عنوان مقاله و نام نویسنده یا نویسندگان (به دو زبان فارسی و عربی)؛
 - چکیده: دست کم در پنج سطر شامل تبیین موضوع، ساختار و نتیجه (به دو زبان فارسی و عربی)؛
 - واژگان کلیدی (به دو زبان فارسی و عربی)؛
 - مفهوم‌شناسی / موضوع‌شناسی؛
 - مقدمه (طرح مسأله)؛
 - بدنه اصلی مقاله (آراء، ادله، نقد و بررسی)؛
 - نتیجه؛
 - منابع و مأخذ.

روش ارجاع به منابع در متن و پایان مقاله

۱. آدرس‌دهی مقاله باید به روش پانوش و با ذکر نام خانوادگی، نام منبع، شماره جلد و شماره صفحه‌ای که مطلب موردنظر از آن نقل شده انجام شود و مشخصات کتاب‌شناسی در فهرست منابع پایان مقاله قرار گیرد.
۲. تنظیم فهرست منابع در پایان مقاله به ترتیب ذیل می‌آید:
برای درج مشخصات کتاب: نام خانوادگی و نام نویسنده، نام کتاب، ترجمه یا تصحیح یا تحقیق: نام و نام خانوادگی مترجم، مصحح یا محقق، شهر محل انتشار، انتشارات، نوبت چاپ، سال نشر.
برای درج مشخصات نشریات: نام و نام خانوادگی نویسنده، نام مقاله، نام نشریه، شماره، محل نشر، سازمان یا مؤسسه یا ارگان منتشرکننده، تاریخ انتشار.

تذکرات

۱. نظریات مندرج در مقالات، الزاماً بیانگر دیدگاه‌های مجله نبوده و مسئولیت آن به عهده نویسنده آن است.
۲. مجله در ویرایش، ترجمه، تلخیص، پذیرش یا رد مقالات آزاد است.
۳. مقالات ارسالی به هیچ‌وجه پس فرستاده نمی‌شود.
۴. نقل مطالب مجله با ذکر مأخذ بلامانع است.

فهرست مقالات

- ۵ بررسی فقهی نشر محرمیت رضاعی با شیر حاصل از تلقیح مصنوعی
محمد محمدی قائمی، مهدی زارعی
- ۲۹ واکاوی تحلیل ضمانت‌نامه‌های بانکی در قالب ضمانت تعهد و جعاله
غلامرضا احسنی آرانی
- ۶۷ نقش اشتباه در هدف و هویت در تعیین ماهیت قتل
با رویکردی نقادانه به مواد ۲۹۲ و ۲۹۴ قانون مجازات اسلامی
سید محمدحسن نصراللهی
- ۹۱ پاسخ به اشکالات روایات نجاست سگ در گذر نقد کتاب «سگ در متون و فرهنگ اسلامی»
محمدجواد رجب‌زاده
- ۱۱۹ واکاوی بایسته‌های کیفی و کمی ظنّ محقق لوث از منظر فقه و قانون
حسن رضایی صرمی
- ۱۴۳ تحلیل فقهی مسئولیت پرداخت خمس در بهره‌برداری استیجاری از معادن
محمد قدسی

الدراسة الفقهية لنشر الحرمة الرضاعية للحليب الناتج عن التلقيح الصناعي^١

محمد محمدي قائني^٢، مهدي زارعي^٣

الملخص

إنّ الانتشار الواسع لعلاجات العقم عن طريق التلقيح الصناعي يجعل من الضروريّ الإجابة على السؤال عمّا إذا كانت الرضاعة بالحليب الناتج عن هذا الحمل توجب وتسيّب في انتشار الحرمة الرضاعية بين الرضيع وبين صاحب الحيوان المنوي أو صاحبة الرحم في عملية التلقيح الاصطناعي ومن يتبعهما من المحارم النسبية؟ يمكن القول بأنّ الدليل الرئيسي الذي يمكن الاستشهاد به في هذا الأمر هو صحيحة عبد الله بن سنان، حيث استخدمت عبارة «أرضعت امرأتك من لبنك ولبن ولدك» للتعبير عن نشر الحرمة الرضاعية. يبدو أنّه بالرغم من أنّ عبارة «حليب ولدك» تنطبق أيضاً على الحليب الناتج عن الحمل غير الشرعي، ولكن بالنظر إلى كون تعبير «امراتك» في مقام التحديد، يمكن استنتاج شرط شرعية تكوّن الجنين لنشر الحرمة الرضاعية. أضف إلى ذلك أنّه بالرجوع إلى الإطلاقات والأصول السارية في هذا الموضوع، نصل إلى نتيجة مفادها أنّه في حالتين؛ الرضاعة بالحليب الناتج عن تلقيح حيوان منوي للرجل بيويضة زوجته ونقل الناتج عن هذا التلقيح إلى الرحم البديل لامرأة أجنبية، وكذلك في حالة تلقيح حيوان منوي للرجل بيويضة امرأة أجنبية مطلقاً (سواء تم نقل الناتج إلى رحم بديل أو إلى رحم الزوجة الشرعية لصاحب الحيوان المنوي)، في هاتين الحالتين مقتضى إطلاق آية ﴿أَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ واستصحاب حلّ الزواج، هو عدم انتشار الحرمة الرضاعية بين الرضيع وبين صاحب الحيوان المنوي وصاحبة الرحم؛ أمّا إذا تمّ تلقيح الحيوان المنوي للرجل بيويضة زوجته وانتقل إلى رحمها ولو لم يقع الجماع؛ فنشر الحرمة الرضاعية ثابت بمقتضى صحيحة عبد الله بن سنان.

المفردات الأساسية: الرضاعة، التلقيح الصناعي، صحيحة عبد الله بن سنان، شرعية تكوّن الجنين.

١. تاريخ الاستلام: ١٤ شوال ١٤٤٤

٢. تاريخ الموافقة: ٢٥ محرم ١٤٤٥

٣. محاضر في بحث خارج الفقه والأصول في الحوزة العلمية بقم، إيران.

٤. باحث من المستوى الرابع في الفقه الطيّبي، مركز فقه الأئمة الأطهار، دكتوراه في علم الكلام بجامعة قم،

٥. إيران. (المؤلف المراسل)

٦. Mahdizareei11@gmail.com

بررسی فقهی نشر محرمیت رضاعی با شیر حاصل از تلقیح مصنوعی^۱

محمد محمدی قائنی^۲، مهدی زارعی^۳

چکیده

گسترده‌گی درمان‌های ناباروری به روش تلقیح مصنوعی، پاسخ به این پرسش را ضروری می‌سازد که آیا رضاع با شیر حاصل از این بارداری‌ها، موجب و سبب نشر محرمیت رضاعی بین شیرخوار با صاحب اسپرم یا صاحب رحم در فرایند تلقیح مصنوعی و توابع (محارم نسبی) وی می‌شود یا خیر؟ می‌توان گفت بهترین دلیل صحیحۀ عبدالله بن سنان است که در آن از تعبیر «أَرْضَعَتْ إِمْرَأَتُكَ مِنْ لَبَنٍ وَ لَبَنٍ وَ لَدِکَ» برای بیان نشر حرمت رضاعی استفاده شده است. به نظر می‌رسد اگرچه تعبیر «لبن و لدک» در مورد شیر حاصل از بارداری نامشروع نیز صادق است، اما با توجه به در مقام تحدید بودن تعبیر «امراتک»، اشتراط مشروعیت شکل‌گیری جنین برای نشر حرمت رضاعی قابل استفاده است. همچنین در دو مورد رضاع با شیر حاصل از تلقیح اسپرم مرد با تخمک همسر شرعی اش و انتقال رویان پدیدآمده از این تلقیح به رحم اجاره‌ای زن بیگانه، و مورد تلقیح اسپرم مرد با تخمک زن بیگانه مطلقاً (چه رویان به رحم اجاره‌ای منتقل شود و چه به رحم همسر شرعی صاحب اسپرم)، مقتضای اطلاق آیه «أَحِلَّ لَکُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِکُمْ» و جریان استصحاب حلیت ازدواج، نشر نیافتن محرمیت رضاعی بین شیرخوار با صاحب اسپرم و صاحب رحم است؛ اما در صورتی که اسپرم مرد با تخمک همسر خودش تلقیح، و به رحم وی منتقل شود، ولو اینکه آمیزشی صورت نگرفته باشد، نشر حرمت رضاعی به مقتضای صحیحۀ عبدالله بن سنان ثابت است.

واژگان کلیدی: رضاع، تلقیح مصنوعی، صحیحۀ عبدالله بن سنان، مشروعیت شکل‌گیری جنین.

۱. تاریخ دریافت: ۱۴ اردیبهشت ۱۴۰۲

تاریخ تأیید: ۲۰ مرداد ۱۴۰۲

۲. مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم، ایران. (نویسنده مسئول) ghaini@yahoo.com

۳. دانش‌پژوه سطح چهار فقه پزشکی مرکز فقهی ائمه اطهار (عج)، دکتری کلام اسلامی دانشگاه قم، ایران.

(نویسنده مسئول) Mahdizareei110@gmail.com

مقدمه

با پیشرفت دانش پزشکی، بخش عمده‌ای از مشکلات ناباروری، عمدتاً با تلقیح مصنوعی حل شده، و مباحث فقهی خاص خود را به دنبال داشته است. یکی از پیامدهای این روش، شیرینی است که در سینه بانوی باردار به وجود می‌آید که وی می‌تواند با آن، فرزند خود یا دیگری را تغذیه کند و این خود یکی از راه‌های ایجاد محرمیت است. اینجاست که این بحث جدی می‌شود که آیا احکام محرمیت رضاعی بر شیر حاصل از بارداری حاصل از تلقیح مصنوعی هم مترتب است یا این‌گونه از رضاع، موجب نذر حرمت نیست و سبب محرمیت، صرفاً شیر حاصل از بارداری طبیعی و غیرمصنوعی است؟ البته این مسئله منحصر به فرض تلقیح مصنوعی نیست و قابل توسعه به جایی است که شیر بر اثر تزریق هورمون‌های مولد شیر در سینه زن ایجاد شده باشد؛ هرچند وی اصلاً ازدواج نکرده باشد.

در تلقیح مصنوعی حالات و صور مختلفی متصور است؛ به عبارت دیگر گاه تلقیح مصنوعی به روش ایندکشن است که در مواردی که مشکل ناباروری صرفاً اختلال در تخمک گذاری بوده، و کیفیت اسپرم در آقایان مناسب است انجام می‌شود. در این روش با تزریق داروهای هورمونی، زمان تخمک گذاری تنظیم شده و احتمال باروری با انجام آموزش‌های لازم و مقاربت طبیعی افزایش می‌یابد. و گاه با روش IUI با تزریق دارو به زن، زمان تخمک گذاری تنظیم و در زمان آزادسازی تخمک، از مرد نمونه اسپرم گرفته شده و پس از فرآوری نمونه، به داخل رحم تزریق می‌شود. تفاوت این دو روش در آمیزش داشتن یا نداشتن مرد با همسرش است. و گاه نه تنها آمیزشی بین مرد و همسرش صورت نمی‌گیرد؛ بلکه تخمک‌هدایی زنی بیگانه به روش تلقیح مصنوعی ICSI در داخل در مانگاه با اسپرم مرد بارور می‌شود؛ یا این تلقیح اسپرم با تخمک همسر شرعی خود مرد صورت می‌پذیرد، اما در داخل رحم زنی بیگانه قرار داده می‌شود که عمدتاً از آن با تعبیر «رحم اجاره‌ای» یاد می‌شود.

نسبت به تحقق محرمیت رضاعی نیز اعتبار شروط مختلفی چون تحقق وطی و آمیزش مشروع، ولادت نوزاد، اتحاد فحل (مردی که اسپرم او سبب باردار شدن زن شیرده شده)، حیات و زنده بودن زن شیرده، کمیت و کیفیت خاص در شیردهی و... محل بحث و تبادل نظر واقع شده است؛ طبیعی است که شروطی چون کمیت و کیفیت شیردهی، یا حیات زن شیرده و

ولادت نوزاد در مسئله مورد بحث دخالتی ندارند؛ چراکه تحقق و رعایت آنها مفروض انگاشته شده است؛ چنانچه اتحاد فحل نیز با توجه به دخالت تنها یک اسپرم در فرایند باروری مصنوعی، عنصر متغیری نخواهد بود. اما برخی شروط مثل تحقق وطی و مشروعیت جنین حاصل از آن در صورت اعتبار، نقشی جدی در تعیین تکلیف مسئله ایفا می‌کنند؛ چراکه در عمده روش‌های تلقیح مصنوعی، آمیزشی بین طرفین رابطه صورت نمی‌پذیرد و در برخی موارد هم تلقیح بین اسپرم و تخمک مرد و زنی رقم می‌خورد که پیوند زناشویی مصنوعی بین‌شان برقرار نیست.

حالات مختلف تلقیح مصنوعی به تناسب ارتباطشان با شروط اعتبار شده در رضاع، در چهار فرض کلی قابل دسته‌بندی هستند: یا اسپرم مرد با تخمک همسر خودش تلقیح یافته یا با تخمک زن بیگانه است؛ در هر دو حالت یا رویان (جنین به وجود آمده از تلقیح مصنوعی) در رحم همسر صاحب اسپرم قرار گرفته یا در رحم اجاره‌ای زن بیگانه. روشن است که نسبت محرمیت رضاعی در تمام حالات، بین زن شیرده (چه تخمک وی در فرایند تلقیح، دخالت داشته باشد چه تخمک دیگری) و نوزاد شیرخوار برقرار است؛ چراکه -چنانچه خواهد آمد- عنوان مادر رضاعی «أُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ» بر زن شیرده صادق است؛ همچنین روشن است که هیچ نسبت رضاعی بین زنی که به نوزاد شیر نداده با نوزاد برقرار نیست؛ ولو اینکه آن زن، صاحب تخمک بوده باشد. آنچه باید محل بحث قرار گیرد، نسبت صاحب اسپرم و نوزاد و نیز صاحب رحم و نوزاد در حالات مختلف تلقیح مصنوعی و رضاع است.

پیشینه

با توجه به نوپیدا بودن مسئله تلقیح مصنوعی، در کلمات فقیهان متقدم و متأخر، مطلبی درباره این موضوع یافت نمی‌شود؛ اما برخی فقیهان معاصر مانند نویسنده کتاب «کلمات سدیدة»، بخشی از اثر خویش را به بحث از خصوص تلقیح مصنوعی اختصاص داده‌اند؛ ولی در این آثار متعرض بحث از مسئله رضاع با شیر حاصل از این نوع تلقیح‌ها نشده‌اند.^۱ تفاوت نوشتار حاضر با پژوهش‌های پیشین در زمینه کیفیت معتبر در شیر مورد استفاده برای نشر محرمیت رضاعی مانند مقاله «بررسی تحقق رضاع با شیردهی از بانک شیر»^۲، این است

۱. مؤمن، کلمات سدیدة، صص ۱۰۳، ۷۷.

۲. میرزاخان، «بررسی تحقق رضاع با شیردهی از بانک شیر»، دو فصلنامه فقه و اجتهاد، شماره ۹، ص ۱۵۳.

که در آنها موضوع مورد بحث، شیر پدیدآمده از لقاح طبیعی است که در بانک‌های شیر ذخیره شده و شرط مکیدن شیر از سینه برای محرمیت را مورد توجه قرار داده‌اند؛ در حالی که نوشتار پیش رو می‌کوشد با تکیه بر استدلال‌های فقهی، به بررسی نشر محرمیت رضاعی در فرض مکیدن شیر از سینه زنی بپردازد که از لقاح مصنوعی باردار و صاحب شیر شده است.

مفهوم‌شناسی

«رضاع» به معنای مکیدن شیر توسط کودک از سینه مادر یا دایه است^۱؛ و حرمت یا محرمیت رضاعی، نوعی خویشاوندی است که بر اثر شیردادن با شرایط خاصی میان دو نفر یا بیشتر ایجاد می‌شود که بر اساس آن، ازدواج با آنها حرام است.^۲ در ادبیات فقهی از کودکی که شیر زن دیگری را خورده، به «مرتضع»، از زن شیردهنده به «مرضعه»، و از صاحب شیر (مردی که زن شیرده از او باردار شده است) به «فحل» یا «صاحب لبن» یاد می‌شود.^۳

«تلقیح»، برگرفته از واژه لقاح است و با توجه به تعریف لقاح به منی حیوان نر^۴، به معنای قبول منی حیوان نر توسط حیوان ماده و آبستن و باردار شدن است. «تلقیح مصنوعی» در اصطلاح فقه، حقوق و پزشکی، شامل انواع روش‌هایی است که در آنها مایع منی یا اسپرم مرد پس از آمادگی با پرورده شدن با تخمک، در اندام تناسلی زن قرار می‌گیرد. شایان ذکر است که برای آبستن شدن زن، انجام نزدیکی جنسی ضرورت ندارد.^۵

بی‌اعتبار بودن «دَرُّ اللَّبَنِ» (جوشش خودبه‌خودی شیر)

در بیانات فقیهان، از مسئله جوشش خودبه‌خودی شیر در سینه زن یا دختر با تعبیر «دَرُّ اللَّبَنِ» یاد می‌شود.^۶ در فقه امامی، نشر نیافتن محرمیت رضاعی با چنین شیری محل اختلاف

۱. فراهیدی، العین، ج ۱، ص ۲۷۰؛ ذیل واژه رضع.

۲. حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۲۶؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، صص ۳۰۹-۲۶۴.

۳. طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۹۳.

۴. فراهیدی، العین، ج ۳، ص ۴۷.

۵. فاضل لنکرانی، تلقیح مصنوعی، ص ۱۲؛ رضانیا، باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، ص ۲۸.

۶. حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۲۶.

نیست؛ چنانچه شیخ طوسی و ابن زهره بر این مسئله ادعای اجماع نموده‌اند.^۱ علاوه بر این، روایاتی هم مورد استناد قرار گرفته است؛ از جمله:

حمید بن زیاد عن الحسن بن محمد عن احمد بن الحسن المیثمی عن یونس بن یعقوب عن ابي عبد الله علیه السلام قال: «سَأَلْتُهُ عَنِ امْرَأَةٍ دَرَّ لَبَنُهَا مِنْ غَيْرِ وِلَادَةٍ - فَأَرْضَعَتْ جَارِيَةً وَ غُلَامًا مِنْ ذَلِكَ اللَّبَنِ - هَلْ يَحْرُمُ بِذَلِكَ اللَّبَنِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ قَالَ لَا.»^۲

محمد بن علی بن محبوب عن عبد الله بن جعفر عن موسى بن عمر البصری عن صفوان بن یحیی عن یعقوب بن شعیب قال: قلت لأبي عبد الله علیه السلام: «امْرَأَةٌ دَرَّ لَبَنُهَا مِنْ غَيْرِ وِلَادَةٍ - فَأَرْضَعَتْ ذُرَّانًا وَ إِنَاثًا - أَيْحْرُمُ مِنْ ذَلِكَ مَا يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ - فَقَالَ لِي لَا.»^۳

روایت نخست با سند فوق در کتاب کافی نقل شده و به جهت وقف حمید بن زیاد و حسن بن محمد بن سماعه و احمد بن حسن میثمی که نوۀ میثم تمار است^۴، موثقه است؛ اما شیخ صدوق در فقیه، همین روایت را با طریق صحیح از کتاب ابن ابی عمیر نقل کرده و وی هم از یونس نقل می‌کند.^۵ تمام روایات دوم امامی ثقه بوده و روایت صحیحه است.^۶ دلالت هر دو روایت بر مدعا به واسطه تعبیر «لا» در پاسخ به پرسش از نشر حرمت رضاعی با شیر جریان یافته خودبه‌خودی در نشر نیافتن محرمیت روشن است.

بنابراین روشن شد که شیرخوارگی و رضاع با شیر پدیدآمده از تزریق هورمون به دختر دوشیزه‌ای که باردار نشده است، سبب محرمیت رضاعی نمی‌شود.

بررسی شرایط محرمیت با شیر پدیدآمده از تلقیح مصنوعی

با توجه به روشن شدن صورت مسئله باید به بررسی ادله شروطی پرداخت که در صورت اعتبار، در محل بحث عمیقاً تأثیرگذار است. چنانچه گذشت، شروط تعیین‌کننده در مقام، دو شرط تحقق و مشروعیت وطی (آمیزش) است.

۱. طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۹۴؛ حلبی، غنیة النزوع، ص ۳۳۶.

۲. کلینی، الکافی، ج ۵، ص ۴۴۶.

۳. طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۲۵.

۴. نجاشی، رجال، صص ۱۳۲، ۴۰ و ۷۴؛ طوسی، رجال، ص ۳۳۲؛ وثاقت یونس: نجاشی، رجال، ص ۴۴۷.

۵. صدوق، من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۷۹.

۶. نجاشی، رجال، صص ۳۳۴ و ۲۲۰ و ۲۰۵ و ۱۴۷ و ۱۹۵؛ طوسی، رجال، ص ۳۶۵.

شرط نخست: اعتبار وطی در تحقق محرمیت رضاعی

محقق حلی بر این باور است که رضاعی که موجب نشر محرمیت می‌شود، متوقف بر شروطی است. نخستین شرط اینکه شیر، از نکاح پدید آمده باشد؛ بنابراین اگر شیری به صورت خودبه‌خود و بدون ازدواج و بارداری، از سینه زن جریان پیدا کند، سبب نشر حرمت نخواهد شد.^۱ به علاوه، نکاح باید مشروع باشد؛ لذا نسبت به شیر حاصل از زنا، محرمیت محقق نمی‌شود و نسبت به شیر حاصل از وطی به شبهه نیز تردید وجود دارد. نکته‌ای که نباید از آن چشم‌پوشی شود این است که منشئیت نکاح مشروع برای بارداری کافی است؛ لذا اگر مردی پس از بارداری مشروع همسرش، وی را طلاق دهد، شیر این زن مطلقه سبب نشر محرمیت رضاعی بین شیرخوار و شوهر سابق (اصطلاحاً فحل صاحب لبن) خواهد شد.

کلیدی‌ترین دلیلی که بر اشتراط وطی در تحقق محرمیت رضاعی اقامه شده، اجماعی است که به امامیان نسبت داده شده است. شهید ثانی به این اجماع تصریح، و نکاح معتبر در نشر حرمت رضاعی را به وطی (آمیزش) تفسیر نموده است.^۲ از آنجایی که اشتراط نکاح، معقد اجماع واقع شده، لذا نتیجه چنین تفسیری آن خواهد بود که برای نشر حرمت رضاعی، اجماع امامیان بر اشتراط وطی قائم شده است؛ پس ثمره این تفسیر از اجماع محکی، در موردی ظاهر می‌شود که زنی از شوهرش، یا کنیزی از مالکش یا از غیر مالکی که مالک، آمیزش کنیز را برای او تحلیل کرده (محلله)، باردار شود اما منشأ حمل و بارداری، ملاعبه باشد نه دخول و وطی. در چنین موردی چون نکاح به وطی تفسیر شده، نشر حرمت رضاعی خلاف اجماع خواهد بود؛ چنانچه صاحب جواهر نیز متذکر این ثمره شده است.^۳ در مورد مسئله تلقیح مصنوعی نیز در فروعی که وطی صورت نگرفته باشد، باید به نشر نیافتن حرمت رضاعی ملتزم شد.

اشکال نخست (مراد از نکاح، عقد است نه وطی): این تفسیر از شهید ثانی در حالی است که کلمه «نکاح» در کاربردهای قرآنی و بیشتر روایات و ادبیات فقیهان به‌خصوص در کتاب النکاح، به معنای عقد نکاح و در مقابل طلاق است؛ اما به معنی وطی که یکی از معانی آن

۱. حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۲۶.

۲. عاملی، مسالک الإفهام، ج ۷، ص ۲۰۷.

۳. نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۶۵.

است، بسیار کم به کار می‌رود.^۱ البته ظاهر عبارات فقیهانی چون فخر المحققین^۲، محقق ثانی - که در بسیاری از موارد تابع فخر المحققین است -^۳، صاحب مدارک^۴، کاشف اللثام^۵، و صاحب ریاض نیز تفسیر نکاح به وطی است.^۶

محقق زنجانی معتقد است که این گروه از فقیهان با دقت در این نکته که حرمت رضاع، دائر مدار خود عقد نیست و اگر هر کدام از کنیز موطوئه مالک یا کنیز محلله برای شخص و همچنین - بنا بر مشهور - زنی که وطی به شبهه شده، نوزادی را شیر بدهند، حرمت رضاعی نشر پیدا می‌کند؛ بنابراین ایشان نکاح را به وطی تفسیر کرده‌اند تا عبارت محقق حلی در این باره (انتشار الحرمة بالرضاع یتوقف علی شروط: الأول ان یکون اللبّن عن نکاح^۷)، همه این موارد را شامل شود.^۸

به نظر می‌رسد کلمه نکاح در معقد این اجماع ادعایی را باید به همان معنای ظاهری‌اش، یعنی عقد ازدواج حمل نمود و این تفسیر خلاف ظاهر - یعنی حمل آن بر وطی - را مرتکب نشد. شاهد نخست آنکه در کلمات فقیهانی چون محقق حلی در شرایع، تعبیر نکاح، موصوف به عنوان «الصحيح» بیان شده است: «و في نکاح الشبهة تردد شبهة تنزیه علی النکاح الصحيح».^۹ در این عبارت، کلمه نکاح متصف به صفت صحیح شده است؛ در حالی که بنا بر تفسیر نکاح به وطی، این عبارت اشکال پیدا می‌کند؛ چون عقد نکاح، می‌تواند متصف به صحیح و فاسد شود؛ اما متعارف نیست که کلمه وطی به صرف اینکه کسی مرتکب خلاف شرع شود یا نشود، متصف به صحت و فساد شود؛ بلکه وطی می‌تواند به صفت جایز یا حرام متصف گردد؛ از این رو صاحب جواهر عبارت محقق حلی را - به نظر خودش -

۱. زنجانی، کتاب نکاح، ج ۱۴، ص ۴۵۹۶.
۲. حلی، ایضاح القواعد، ج ۳، ص ۴۲.
۳. کرکی، جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۹۰.
۴. عاملی، نهاية المرام، ج ۱، ص ۱۰۱.
۵. فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۷، ص ۱۲۴.
۶. طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۲، ص ۸۵.
۷. حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۲۲۶.
۸. زنجانی، کتاب نکاح، ج ۱۴، ص ۴۵۹۷.
۹. حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۲۶.

این گونه اصلاح کرده است: «الوطی بالعقد الصحیح»^۱.

این تفسیر فقها از واژه وطی به دلیل رهایی از اشکالی است که در مسئله وجود دارد؛ آن اشکال عبارت از این است که عقد نکاح، ملاک حکم نشر حرمت رضاعی نیست و مواردی چون وطی کنیزی که به عقد نکاح درنیامده نیز سبب نشر حرمت رضاعی می شود؛ اما اگر نکاح به وطی تفسیر شود چنین مواردی نیز داخل در حکم نشر حرمت می شوند. در پاسخ به این تفسیر می توان گفت: موضوع قرار گرفتن نکاح در عبارت شرایع بی اشکال است؛ چراکه این عبارت ناظر به مسائل نکاح است و لذا نکاح را به معنی عقد دانسته، و موارد دیگر مثل ملک یمین یا تحلیل یا وطی به شبهه را به عنوان ملحقات این مسئله باید در نظر گرفت. سخن گفتن درباره یک موضوع اصلی و چشم پوشی از ملحقات آن، شیوه ای است که نظایری در روایات و بیانات دانشمندان دارد. برای نمونه شیخ طوسی در مبسوط تصریح می کند که اگر بانوی باکره یا غیرباکره ای که همسر ندارد، کودکی را از سینه اش به تعداد معتبر شیر دهد، به احتمال قوی حکم محرمیت نداشته باشد^۲؛ با اینکه حکم، اختصاص به موارد زوجیت ندارد و شامل موارد ملک یمین و تحلیل و وطی به شبهه هم می شود، ولی ایشان قید «و لا زوج لها» را افزوده تا روشن شود مقصود این است که آن زن، کسی را نداشته باشد که زوج یا در حکم و ملحق به زوج است.

حاصل آنکه به جهت اجمال در واژه نکاح در معقد اجماع و لبی بودن اجماع باید بر متیقن از آن اقتصار نمود.

اشکال دوم (قید غالبی بودن وطی): علاوه بر آنچه بیان شد، صاحب جواهر این احتمال را داده است که تفسیر نکاح به وطی در کلمات این فقیهان، به اعتبار غلبه تحقق وطی در رابطه ازدواج باشد، نه آنکه تحقق وطی در نشر حرمت شرط شده باشد؛ به بیان دیگر از آنجا که تحقق وطی در عقد نکاح، قید غالبی است، مفهوم ندارد و فرض بارداری مشروع بدون وطی را از حکم نشر حرمت رضاعی خارج نمی سازد. البته خود صاحب جواهر با اعتراف به

۱. نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۶۶.

۲. طوسی، المبسوط، ج ۵، ص ۳۱۴.

تصریح شهید ثانی بر اشتراط دخول و آمیزش، این احتمال را موهون می‌کند.^۱
اشکال سوم (به دست نیامدن اجماع): با فرض پذیرش برداشت فقیهانی چون شهید ثانی - مبنی بر آنکه مقصود از «نکاح» در بیان محقق حلی در شرایع، وطی است-، باز هم اجماعی بین امامیان به دست نمی‌آید؛ چراکه پیش از فخرالمحققین فقیهی یافت نشد که صراحتاً وطی را شرط نشر حرمت رضاعی قرار داده باشد.

اشکال چهارم (احتمال مدرکی بودن اجماع): این اجماع محکی احتمالاً بر پایه استظهار از برخی ادله روایی سامان یافته و با توجه به مدرکی بودن، اعتبار مستقلی در پیشبرد بحث ندارد.

شرط دوم: اعتبار مشروعیت شکل‌گیری جنین در محرمیت رضاعی

بدان سبب که اشتراط وطی در تحقق محرمیت رضاعی مورد پذیرش قرار نگرفت، از شرط مشروعیت وطی صرف نظر نموده، و از این شرط با عنوان مشروعیت شکل‌گیری جنین یا مشروعیت رابطه بانوی شیرده با صاحب اسپرم یاد می‌شود تا مواردی که جنین به صورت مشروع، ولی بدون وطی و آمیزش به وجود آمده است، در بحث داخل شود.

در فرایند تلقیح مصنوعی ممکن است اسپرم مرد با تخمک زن بیگانه تلقیح شود و یا رویان حاصل از اسپرم مرد و تخمک همسر شرعی‌اش در رحم بانویی بیگانه قرار داده شود؛ اگرچه ممکن است در این فرایندها هیچ‌گونه وطی و آمیزش طبیعی بین صاحب اسپرم و زن باردار بیگانه صورت نگیرد، اما اگر به این نتیجه برسیم که رضاع حاصل از زنا، سبب شرعی برای نشر محرمیت رضاعی نیست، ممکن است ادعا شود این‌گونه فرایندهای تلقیح مصنوعی نیز از جهت مناط، تفاوتی با زنا نداشته و به خاطر نامشروع بودنشان، سبب نشر محرمیت رضاعی نمی‌شوند. به عبارت دیگر اگرچه فقیهان، عنوان رضاع حاصل از زنا را موضوع بحث خویش قرار داده‌اند، و پیرامون مطلق مشروع یا نامشروع بودن بارداری، بحث را سامان نداده‌اند، اما ممکن است از رهگذر بررسی ادله مباحث ایشان به این نتیجه رسید که عنصر تعیین‌کننده در نشر حرمت رضاعی، مشروعیت بارداری منجر به تولید شیر است. دو دلیل بر این مدعا مطرح شده است:

۱. نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۲۶.

دلیل نخست: اجماع

این استدلال از دو بخش تشکیل شده است. بخش نخست، اجماع بر بی اعتبار بودن رضاع در نتیجه زنا، و بخش دیگر مصداق زنا بودن برخی از انواع تلقیح مصنوعی است. در ادامه این دو بخش اثبات می شود:

بخش نخست: صاحب جواهر بر نشر نیافتن حرمت رضاع حاصل از زنا، ادعای اجماع کرده است؛^۱ این در حالی است که فاضل مقداد مدعی شده که سه تن از امامیان، یعنی ابن جنید، شیخ طوسی در مبسوط و علامه حلی در مختلف، به مفاد این اجماع ملتزم نشده اند.^۲ فرموده فاضل به نظر صحیح نمی آید؛ زیرا شیخ طوسی تصریح می کند: «لم یکن الزانی أباه من الرضاع».^۳ علامه حلی نیز در اثر یادشده صرفاً قول نشر محرمیت رضاعی شیر حاصل از زنا را از جانب ابن جنید نقل می کند^۴ که لزوماً به منزله پذیرش دیدگاه ایشان نیست؛ چنان که همو در آثار دیگر مثل قواعد، ارشاد، تلخیص و تحریر صریحاً به نشر نیافتن حرمت رضاع حاصل از زنا فتوا داده است.^۵

اما نسبت به اینکه علامه در مختلف، قبول نشر حرمت رضاعی بین مرتضع (شیرخوار) و مرضعه (دایه) و بستگانش را به ابن جنید منسوب کرده است، می توان با مراجعه به پاره ای از آثار دوره متقدم و میانه فقیهان امامی^۶ دریافت که همگی به نشر نیافتن حرمت از لبن حاصل از زنا فتوا می دهند و برخی ادعای اجماع را نیز ضمیمه کرده اند. روشن است که مخالفت ابن

۱. همان، ص ۲۶۵.

۲. مقداد، التفتیح الرائع، ج ۳، ص ۴۳.

۳. طوسی، المبسوط، ج ۵، ص ۳۰۷.

۴. حلی، مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۳۹.

۵. حلی، قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۲۱؛ همو، إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۱۹؛ همو، تلخیص المرام، ص ۱۹۰؛ همو، تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۴۴۷.

۶. طوسی، المبسوط، ج ۵، ص ۴۳؛ حلی، السرائر، ج ۲، ص ۵۵۲؛ حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۲۶؛ همو، المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۷۵؛ حلی، قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۲۱؛ همو، إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۱۹؛ همو، تلخیص المرام، ص ۱۹۰؛ همو، تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۴۴۷؛ حلی، المهذب البارع، ج ۳، ص ۲۳۵؛ کرکی، جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۲۰۱؛ عاملی، الروضة البهیة، ج ۵، ص ۱۵۶؛ همو، مسالک الإیفهام، ج ۱، ص ۱۰۰؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۳۲۳؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۶۵؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۷، ص ۱۲۴؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۲، ص ۸۶.

جنید ضرری به این اتفاق نمی‌زند؛ زیرا فتوای ایشان بر خلاف مسلمات امامیان، به این مسئله منحصر نیست؛ به گونه‌ای که وی حتی حجیت قیاس را که بطلانش از مسلمات مذهب است، پذیرفته است.^۱

بخش دوم: برخی از فروض تلقیح مصنوعی به مناسبت حکم و موضوع یا از حیث تنقیح مناط، با زنا تفاوتی ندارند و از آنجا که شیر ایجادشده از زنا، سبب نشر محرمیت رضاعی نمی‌شود؛ بنابراین شیر پدیدآمده از این‌گونه موارد از تلقیح مصنوعی نیز موجب نشر حرمت رضاعی نمی‌شود. برای تأیید این تنقیح مناط به برخی روایات، چون معتبره علی بن سالم استناد شده است.^۲ روایت چنین است:

علي بن ابراهيم عن أبيه عن عثمان بن عيسى عن علي بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إِنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَذَابًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ رَجُلٌ أَقْرَ نُطْفَتَهُ فِي رَحِمٍ يَحْرُمُ عَلَيْهِ.»^۳

روایت به سبب توثیق راویان آن معتبر است؛ چراکه علی بن ابراهیم^۴ توثیق خاص دارد و از پدرش ابراهیم بن هاشم هم با عبارت «أَوَّلُ مَنْ نَشَرَ حَدِيثَ الْكُوفِيِّينَ بِقَمٍ» یاد شده است که توثیق وی از این عبارت قابل استفاده است؛^۵ عثمان بن عیسی از اصحاب اجماع است.^۶ علی بن سالم نیز به سبب روایت محمد بن ابی عمیر از وی، دارای توثیق عام مشایخ ثقات است.^۷ بر اساس این روایت که قرارداد نطفه در رحم حرام را موجب وعید بر عذاب قرار داده، فروضی از بارداری که اسپرم مرد پس از تلقیح مصنوعی در رحم اجاره‌ای زن بیگانه قرار داده می‌شود، نامشروع تلقی می‌شود و به مناسبت حکم و موضوع، آنچه مناط تحریم است اقرار نطفه در رحم حرام است که روش‌های این کار، منحصر در آمیزش نیست.^۸ پس، خلاف شرع بودن این نوع از تلقیح‌های مصنوعی، از حیث مناط‌شان با زنا یکسان است. در نتیجه اگر شیر

۱. نجاشی، رجال، ص ۳۸۸.

۲. قانینی، المبسوط، ج ۱، ص ۳۸۰.

۳. کلینی، الکافی، ج ۵، ص ۵۴۱.

۴. نجاشی، رجال، ص ۲۶۰.

۵. همان، ص ۱۶.

۶. کشی، رجال، ص ۵۵۶.

۷. خویی، معجم رجال الحدیث، ج ۱۳، صص ۳۱۵-۳۱۴.

۸. مؤمن، کلمات سدیدة، صص ۸۲-۸۱.

پدیدآمده از زنا موجب نشر حرمت رضاعی نمی‌شود، شیر حاصل از این نوع تلقیح‌های مصنوعی نیز سبب نشر حرمت رضاعی نخواهد شد.

نادرستی این استدلال بدان جهت است که روش‌های تلقیح مصنوعی منحصر در این نیست که منی مرد اجنبی به رحم زن نابارور منتقل شود؛ بلکه این امکان هست که تخمک زن و اسپرم مرد گرفته، و در آزمایشگاه تلقیح مصنوعی و بارورسازی تخمک با تزریق اسپرم رقم زده شود؛ سپس نطفه بارور شده یا جنین (رویان) در رحم زن صاحب تخمک قرار گیرد. در این صورت دیگر به جای اقرار منی در رحم زن بیگانه، جنین از محیط آزمایشگاه به رحم زن منتقل شده است؛ و در نتیجه صدق عنوان «أَقْرَّ نُطْفَتَهُ» قطعی نیست.^۱

اشکال دیگر آنکه در صورت تشکیک در این تنقیح مناط و با پافشاری بر دخالت داشتن عنصر آمیزش در تحقق مناط زنا، به سبب لبی بودن دلیل اجماع و لزوم اقتضای بر متیقن از آن، دیگر نمی‌توان اجماع بر نشر نیافتن حرمت رضاعی با شیر حاصل از زنا را دلیل معتبری بر نشر نیافتن محرمت رضاعی با شیر حاصل از تلقیح مصنوعی به سبک رحم اجاره‌ای دانست.

دلیل دوم: روایات

دومین دلیلی که در ادبیات فقیهان بدان اشاره شده، روایات است که در ادامه بررسی می‌شود:

۱. مرسله دعائم الاسلام: صاحب جواهر به این روایت استناد کرده است که می‌فرماید:

و عنه علیه السلام أنه قال: «لَبْنُ الْحَرَامِ لَا يُحَرِّمُ الْحَلَالَ وَ مِثْلُ ذَلِكَ أَمْرًا أَرْضَعَتْ بِلَبَنِ رَوْحِهَا رَجُلًا ثُمَّ أَرْضَعَتْ بِلَبَنِ فُجُورٍ قَالَ مَنْ أَرْضَعَهُ مِنْ لَبَنِ فُجُورٍ صَبِيَّةٌ لَمْ يَحْرَمْ نِكَاحُهَا لِأَنَّ لَبْنَ الْحَرَامِ لَا يُحَرِّمُ الْحَلَالَ.»^۲

طبق روایت، شیر ایجادشده از حرام، موجب تحریم ازدواج با شیرخوار نمی‌شود، اما از آنجا که سندش مرسل، و نویسنده اثر نیز از اسماعیلیان است^۳، قابل استناد نیست.

۲. صحیحہ عبدالله بن سنان: بهترین دلیل مورد استناد در بحث از اشتراط مشروعیت

شکل‌گیری جنین برای نشر محرمت رضاعی، روایتی از عبدالله بن سنان است:

۱. سیستانی، جامع المسائل، ج ۴، ص ۲۲۸.

۲. نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۶۶؛ ابن حیون، دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۲۴۳.

۳. زنجانی، کتاب نکاح، ج ۱۴، ص ۴۶۱۰.

محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن عبد الله بن سنان قال: «سَأَلْتُ
أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ لَبَنِ الْفَحْلِ فَقَالَ هُوَ مَا أَرْضَعَتْ امْرَأَتُكَ مِنْ لَبَنِكَ وَ لَبَنٍ وَ لَدَيْكَ وَ لَدَى امْرَأَةٍ
أُخْرَى فَهُوَ حَرَامٌ»^۱

تمام راویان امامی ثقه‌اند و روایت صحیح است.^۲ طبق روایت، برای نشر حرمت، صدق دو
عنوان «أَرْضَعَتْ امْرَأَتُكَ» و «لَبَنٍ وَ لَدَيْكَ» ضروری است و از این رهگذر، اعتبار لزوم مشروعیت
شکل‌گیری جنین اثبات می‌شود و بنابراین هیچ‌کدام از دو عنوان یادشده در روابط نامشروع صدق
نمی‌کند؛ چون اساساً زن و مرد زناکار، رابطه زناشویی ندارند و فرزند ناشی از زنا نیز، فرزند شرعی
(ولد) زناکار به حساب نمی‌آید. پس چنین شیری، موجب نشر حرمت رضاعی نیست.

مضمون این روایت در روایتی دیگر از عبدالله بن سنان از طریق علی بن ابراهیم این گونه
نقل شده است: «هُوَ مَا أَرْضَعَتْ امْرَأَتُكَ مِنْ لَبَنٍ وَ لَدَيْكَ وَ لَدَى امْرَأَةٍ أُخْرَى»^۳؛ اگرچه در این
روایت تعبیر «لَبَنِكَ» به کار نرفته، اما تعبیر دوم آمده است.

اشکال به تعبیر «لَبَنٍ وَ لَدَيْكَ» (صدق ولد بر ولد الزنا): از آنجا که تعبیر «لَبَنٍ وَ لَدَيْكَ» در
صحیحۀ عبدالله بن سنان، دلیل بر نشر نیافتن حرمت رضاعی شیر حاصل از زنا یا بارداری
نامشروع قرار گرفت، بررسی این دلیل لازم می‌نماید.

برخی فقیهان برای نفی فرزندخواندگی شرعی از زنازاده، به نبوی مشهور: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ
وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»^۴ تمسک^۵، و مراد از روایت را الحاق ولد به فراش (شوهر در ازدواج مشروع)
و بی‌نصیب ماندن زانی از فرزند داشتن از رابطه زنا تفسیر نموده‌اند؛ زیرا تعبیر نصیب زانی
مشتی سنگ است، کنایه از محروم ماندنش از فرزند است.

با مراجعه به متن احادیثی که متضمن این فقره هستند روشن می‌شود که ائمه علیهم السلام در دو جا
به این روایت تمسک کرده‌اند: یکی در جایی که تولد بچه از زنا یا وطی صحیح، مردد باشد که

۱. کلینی، الکافی، ج ۵، ص ۴۴۰.

۲. نجاشی، رجال، صص ۳۵۳، ۸۳ و ۲۱۴؛ طوسی، رجال، صص ۳۵۱ و ۳۳۴؛ همو، الفهرست، ص ۲۹۱؛
کشی، رجال، ص ۴۱۰.

۳. کلینی، الکافی، ج ۵، ص ۴۴۰.

۴. حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۶۹.

۵. حلبی، غنیة النزوع، ص ۳۳۰؛ عاملی، الروضة البهیة، ج ۹، ص ۱۶۳؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۳۵.

در روایت، امام ولد را به فراش ملحق نموده‌اند.^۱ و دیگری روایتی است در مورد کنیزی که وطی و سپس فروخته شده، و مشتری نیز او را وطی و به شخص سوم فروخته است. اگرچه در این میان، کنیز استبراء نشده اما پس از تولد فرزند، امام او را به فراش اخیر ملحق دانسته‌اند.^۲ این دو روایت مربوط به مقام اثبات (فرض شک نسبت به شکل‌گیری جنین از اسپرم شوهر یا زانی) است و نمی‌تواند در فرض روشن بودن انعقاد نطفه از زانی، مرجع و معیار برای تعیین حکم ثبوتی قرار گیرد.

البته در روایتی دیگر، فرزند کنیزی که به واسطه زنا باردار شده، به فراش و مالک کنیز ملحق شده است^۳؛ زیرا این فرزند نماء خود کنیز است و در اختیار مالک قرار می‌گیرد و مراد روایت، آن است که نوزاد، ملک مالک است و حضانتش هم با مالک است و نه با زانی.

بنابراین مضمون روایات با این باور همراه نیست که زنازاده، شرعاً ولد نیست؛ بلکه مراد از «الولد للفراش»، در روایت اخیر نیز اثبات ملکیت مالک بر نوزاد کنیز است و نظری به نفی ولدیت برای زانی ندارد؛ یعنی نوزاد کنیز وطی شده، از جهت ملکیت او بر کنیز و نماءهای او، اختصاص به مالک دارد؛ نه از جهت ولادت و نسب؛ زیرا مفروض این است که مالک در اینجا با کنیز مباشرتی نداشته؛ پس هیچ روایتی، نفی ولدیت از زنازاده ننموده است. آری! روایات می‌گویند زنازاده ارث نمی‌برد، ولی این تخصیصی است مثل تخصیص ولد قاتل که از پدرش ارث نمی‌برد و یا ارث نبردن فرزند کافر از پدر مسلمانش؛ و روشن است که معنای این ارث نبردن‌ها، نفی ولدیت و فرزندگی نیست و از این رو است که ازدواج حرام‌زاده با زنی که او را از زنا زاییده و همچنین ازدواجش با دختران آن زن، حرام ابدی است.

با توجه به آنچه از قصور دلیل «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» از نفی شرعی ولد بودن نوزاد برای زانی بیان شد، دیگر استناد به تعبیر «لَبْنٌ وَ لَدِكَّ» در صحیح ابن سنان برای نفی نشر حرمت رضاع حاصل از زنا یا بارداری نامشروع، درست نیست؛ به‌علاوه اگر این تعبیر را ناظر بر ولد بودن عرفی بدانیم، پرواضح است که زنازاده، عرفاً ولد زانی محسوب می‌شود.

۱. حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۶۹.

۲. همان، ص ۱۷۳.

۳. همان، ج ۲۶، ص ۲۷۵.

آری! در صورتی از تلقیح که ارتباط ولد بودن صدق نکند، نشر حرمت نمی‌شود. اشکال به تعبیر «إمْرَأَتُكَ» (غالبی بودن قید «إمْرَأَتُكَ» یا قصد مطلق مرأه از آن): گفته شد که تعبیر «مَا أَرْضَعَتْ إِمْرَأَتُكَ» در صحیح ابن سنان نیز می‌تواند مستند قرار گیرد؛ به این تقریب که زن زانیه، همسر زانی محسوب نمی‌شود؛ چون این تعبیر بر آن صادق نیست، و از این رو سبب نشر حرمت رضاعی نیست.

البته برخی از فقیهان^۱، خصوصیتی در این قید ندیده‌اند و بر این باورند که اگر کنیزی که در ملک مردی است، یا مالک، مباشرت وی را برای دیگری تحلیل کرده، به نوزادی شیر دهد، نشر حرمت رضاعی نسبت به نوزاد با مالک کنیز یا مردی که مالک، مباشرت با کنیز را برای او تحلیل کرده، اتفاق می‌افتد. اما در این روابط، عقد نکاحی بین کنیز و مرد صاحب اسپرم برقرار نیست؛ پس «إمْرَأَتُكَ» قید غالبی است و قیود غالبی، فاقد مفهوم بوده و در نتیجه روایت دلالتی بر خروج لبن زانیه از حکم نشر حرمت رضاعی ندارد.

نیز ممکن است گفته شود مراد از «إمْرَأَتُكَ»، مطلق زن در مقابل مرد است؛ یعنی شیر موجود در سینه زن است که ناشر حرمت می‌شود و نه شیر در سینه مرد که البته به ندرت اتفاق می‌افتد. از این رو این قید برای دفع این ذهنیت و احتمال نادرست، آورده شده است. روشن است که با توجه به این معنا، زن زانیه نیز داخل در مفاد قید می‌شود.^۲ اما این احتمال بسیار بعید است؛ زیرا منشأ پرسش از «لَبْنُ الْفَحْلِ»، روایاتی است که از پیامبر اسلام ﷺ در باب رضاع، با عنوان «لَبْنُ الْفَحْلِ» وارد شده است و این احادیث در بین عامه هم بوده است و در میان عامه، هیچ فقیهی «لَبْنُ الْفَحْلِ» را به شیر خود مرد تفسیر نکرده است؛ پس این احتمال مندرج است.

بله! این شبهه که آیا ارضاع با شیری که تصادفاً در سینه مرد تولید می‌شود موجب نشر حرمت می‌شود یا نه؟ مطرح شده است؛ اما درست نیست که عنوان «لَبْنُ الْفَحْلِ» در روایت، اشاره به همین موضوع باشد؛ چون هیچ کس احتمال نمی‌دهد که «لَبْنُ الْفَحْلِ» که از اسباب محرمیت در باب رضاع است، خصوص شیر تولید شده در سینه مرد باشد. در حالی که تعبیر روایت به قرینه در مقام تحدید و تفسیر بودن، مفید حصر است و مفادش این است که رضاع

۱. نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۶۵؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۲، ص ۸۶؛ نراقی، مستند الشیعه، ج ۱۶، ص ۳۲.

۲. زنجانی، کتاب نکاح، ج ۱۴، ص ۴۶۱۵.

محرم اختصاص به خوردن «لَبْنُ الْفَحْلِ» دارد. از این رو، به نظر می‌رسد پرسش در روایت، از این است که آیا شرطی برای این شیر هست؟ یا آنکه در هر حال، شیری که از آمیزش مرد حاصل می‌شود حتی اگر از راه رابطه نامشروع باشد، حرمت رضاعی می‌آورد؟ بر این اساس، از پاسخ امام استفاده می‌شود که صرف مباشرت مرد کافی نیست و زنا و نامشروع بودن شکل‌گیری جنین موجب نشر حرمت رضاعی نمی‌شود.

البته این منافات ندارد با آنکه قید «إِمْرَأَتِكَ» بر مثال حمل شود تا موارد مشروع دیگر چون شیر حاصل از رابطه با کنیز مملوکه یا محله داخل در حکم نشر حرمت رضاعی شوند؛ چون «إِمْرَأَتِكَ»، مثال برای معنای عامی است که متضمن اختصاص زن به مرد به شکل مشروع و مجاز است.

بدین ترتیب از روایت استفاده می‌شود که زنا - که در آن زن هیچ‌گونه اختصاصی به مرد ندارد - موجب نشر حرمت رضاعی نمی‌شود. پس می‌توان از این روایت، اشتراط مشروعیت شکل‌گیری جنین را استفاده نمود.

۳. صحیحۀ محمد بن مسلم: درباره شروط معتبر رضاع، ممکن است به صحیحۀ محمد بن مسلم^۱ استناد شود که فرمودند:

علي بن إبراهيم عن أبيه عن حماد عن حريز عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لَبْنُ الْيَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ وَالْمَجُوسِيَّةِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ لَبْنِ وَلَدِ الزَّوْنَا وَكَانَ لَا يَرَى بِأَسَا بِلَبْنِ وَوَلَدِ الزَّوْنَا إِذَا جَعَلَ مَوْلَى الْجَارِيَةِ الَّذِي فَجَرَ بِالْجَارِيَةِ فِي حِلٍّ»^۲

طبق این روایت، امام مشروط به اینکه مالک کنیز، وی را برای زانی تحلیل کند، مشکلی در شیر فرزند زانی با کنیز نمی‌دیدند. مفهوم مخالف شرط، این است که در صورت تحلیل نکردن کنیز، شیردادن از چنین شیری مشکل دارد. روشن است که آنچه متعلق احکام قرار می‌گیرد، افعال مکلفین است نه اعیان خارجی؛ پس ایرادی که به شیر زنازاده تعلق گرفته، در واقع به فعل مرتبط با آن، یعنی شیردادن تعلق گرفته است؛ چراکه شیر از اعیان خارجی است.

البته جای این تردید وجود دارد که به قرینه تعبیر «أَحَبُّ» بودن لبن زن یهودی و نصرانی

۱. نجاشی، رجال، صص ۷۷، ۱۶، ۳۰۹، ۱۰۳ و ۳۶۴.

۲. کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۳.

از لبن حرام‌زاده، مراد از «بأس»، نهی تنزیهی، یا همان کراهت تکلیفی است و حکم وضعی نشر حرمت منظور نیست. افزون بر آنکه ممکن است گفته شود روایت بر تحقق محرمیت دلالت دارد؛ بدین بیان که: بأس متعلق به لبن ولدالزنا به نهی از مسبب تعلق گرفته است. یعنی منظور روایت این است که پسندیده نیست با شیر حاصل از زنا، محرمیت رضاعی ایجاد کرد. و از آنجا که پیش از تعلق نهی، متعلق آن می‌بایست مقدور باشد؛ پس تحقق مسبب، یعنی محرمیت رضاعی، مفروض انگاشته شده است. چنانچه این ادعا در بحث تعلق نهی به اسباب در معاملات نیز مطرح شده است.^۱

آری! آنچه صحیح به نظر می‌رسد، تعلق نهی به سبب قرار دادن رضاع از لبن زنازاده برای نشر حرمت رضاعی است، نه نهی از مسببیت آن. چنانچه در موثقه عبدالله بن بکیر^۲ به صراحت از دایه گرفتن زنی که از زنا باردار شده این گونه نهی شده است:

محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن فضال عن ابن بکیر عن عبید الله الحلبي قال:

«قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام امْرَأَةٌ وُلِدَتْ مِنَ الزَّوْنَا اتَّخَذَهَا ظِلْرًا قَالَ لَا تَسْتَرْضِعُهَا وَلَا ابْتِنَهَا.»^۳

حاصل آنکه طبق صحیح عبدالله بن سنان برای نشر حرمت، به بیانی که گذشت، صدق «ولدک» و «امراتک من لبنک» ضروری است و باید تحقق آن را در انواع تلقیح مصنوعی دنبال نمود.

مقتضای قواعد و اصول

ممکن است از آنچه گذشت احکام صور مختلف مسئله قابل استفاده به نظر برسد؛ اما چنانچه این دلیل‌های لفظی ناتمام یا ناکافی دانسته شوند؛ گریزی نمی‌ماند جز آنکه به مقتضای قواعد و اصول عمل شود.

۱. آیه ۲۳ سوره نساء

شیخ انصاری تعبیر «وَأَخَوَاتِكُمْ مِنَ الرِّضَاعَةِ»^۴ را عام و قابل استناد در بحث نشر حرمت

۱. خراسانی، کفایة الأصول، ص ۱۸۹.

۲. نجاشی، رجال، ص ۳۵۳؛ طوسی، رجال، ص ۳۵۱ و ص ۳۵۴؛ همو، الفهرست، ص ۱۷۳؛ برقی، رجال، ص ۲۳.

۳. کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۲.

۴. سوره نساء، آیه ۲۳.

رضاعی می‌داند؛ البته محقق خوئی درباره مرجعیت آیات ۲۳ و ۲۴ سوره نساء که در آن تعبیر «وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ» به کار رفته، بر این باور است که تعبیر «أَحِلَّ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ» در ادامه این آیات، عمومیت تحلیل ازدواج را اثبات می‌کند و طوایف یادشده در این دو آیه، از جمله مادر و خواهر رضاعی، مخصص این عمومند؛ لذا اگر در اعتبار شرطی در تحقق این عناوین مخصص شک کنیم، از آنجا که مخصص، بین اقل (تحقق عنوان مادر رضاعی با تحقق شرط مشکوک) و اکثر (تحقق عنوان مادر رضاعی بدون شرط مشکوک) مردد است، به مقتضای تمسک به عام در شبهه اقل و اکثر مخصص منفصل، حکم به تحلیل ازدواج یا همان نشر نیافتن حرمت رضاعی می‌شود؛ چراکه عموم تحلیل ازدواج، نسبت به فرض اکثری تحریم رضاعی تخصیص نخورده است.^۲

نکته قابل استفاده از «أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ» در بحث تلقیح مصنوعی، این است که اگر مقدار شیردهی زن باردار شده از تلقیح مصنوعی به قدری باشد که عنوان مادر رضاعی (دایه) بر او صادق باشد، محرمیت رضاعی بین شیرخوار و این زن و توابع (محارم نسبی) وی برقرار است؛ اگرچه این محرمیت بین نوزاد و صاحب اسپرم ثابت نشود.^۳

۲. صحیحہ عبد الله بن سنان

محقق خوانساری بر این باور است که صحیحہ «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»^۴ در مقام بیان قیود و شرایط محرمیت رضاعی نیست تا اطلاقی داشته باشد که برای نفی قیود و شروط مشکوک، به عنوان یک قاعده و اصل لفظی مرجع تمسک قرار گیرد؛ بلکه این بیان، به قرینه کثرت قیودی که در تحقق محرمیت رضاعی اعتبار شده است، صرفاً رضاع را در منزلت نسب به عنوان یکی از اسباب قرابت و محرمیت تنزیل می‌کند.^۵

۱. انصاری، رساله فی الرضاع، ص ۳۶۱.

۲. خوئی، أحكام الرضاع فی فقه الشیعة، ص ۳۷.

۳. قاننی، درس خارج فقه پزشکی، جلسه ۲۱، دی ۱۴۰۱ ش.

۴. این روایت با اسناد متعدد و بعضاً صحیح نقل شده است؛ از باب نمونه ر.ک: کلینی، الکافی، ج ۵، ص ۴۳۷.

۵. خوانساری، جامع المدارک، ج ۴، ص ۱۸۲.

می‌شوند؛ چراکه به‌رغم تعدد زنان شیرده، فحل (صاحب اسپرم) یکی است^۱؛ پس این روایت در جهت توضیح نکته اتحاد فحل در تنزیل رضاع با نسب است و تعبیر «كُلُّ امْرَأَةٍ اَرْضَعَتْ»، عموم و اطلاقی نسبت به سایر شروط و قیود نشر حرمت رضاعی ندارد؛ بلکه به قرینه تقیید این تعبیر به «مِنْ لَبَنِ فَحَلِّهَا» و تقابله با تعبیر «كُلُّ امْرَأَةٍ اَرْضَعَتْ مِنْ لَبَنِ فَحَلِّينِ كَانَا لَهَا» صرفاً به همان اعتبار وحدت فحل در نشر حرمت رضاعی و تنزیل آن با محرمیت نسبی از جانب پدر ناظر است.

۴. اطلاق مقامی

محقق زنجانی ضمن بحث از نشر حرمت رضاع حاصل از وطی به شبهه، به‌رغم انکار وجود اطلاق لفظی در آیه «وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ»، اطلاق مقامی را مرجع تصمیم‌گیری نسبت به شروط مشکوک می‌داند؛ بدین بیان که در هر موردی که بر تقیید و اشتراط تحقق محرمیت رضاعی دلیل معتبری یافت نشد، از باب رسیدن ظرف عمل، می‌توان به اطلاق مقامی تمسک نموده و قائل به نشر محرمیت شویم.^۲

این بیان تمام به نظر نمی‌رسد؛ چراکه چنانچه محقق خوئی بیان داشت، اطلاق لفظی نسبت به حلیت نکاح و نشر نیافتن حرمت رضاعی در آیه «أَجَلَ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ» ثابت است و دیگر نوبت به اطلاق مقامی نمی‌رسد.

۵. استصحاب

درباره جریان استصحاب عدم محرمیت رضاعی - که از صاحب مدارک بیان شد^۳ -، نباید فراموش کرد که جریان این استصحاب، متوقف بر پذیرش جریان استصحاب در شبهات حکمیه است.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

جوشش خودبه‌خودی شیر در سینه زن نمی‌تواند منشأ نشر حرمت رضاعی باشد؛ پس اگر دختر یا زنی، بدون ازدواج و بارداری و صرفاً با مصرف داروهای هورمونی، صاحب شیر شود

۱. زنجانی، کتاب نکاح، ج ۱۴، ص ۷۱۴.

۲. همان، ج ۱۴، ص ۲۲۶.

۳. خوانساری، جامع المدارک، ج ۴، ص ۱۸۲.

و نوزاد شیرخواری را شیر دهد، حتی اگر تمام شروط کمی و کیفی شیردهی را رعایت کند، محرمیتی بین او و شیرخوار ایجاد نمی‌شود.

به مقتضای تعبیر «أَرْضَعْتَ إِمْرَأَتَكَ مِنْ لَبَنِكَ»، مشروع بودن رابطه زن و مرد مسلماً معتبر است و پیوند طرفین انعقاد نطفه و بارداری، باید مشروع باشد؛ اما نه تنها تحقق آمیزش و وطی معتبر نیست، بلکه اگر رابطه جنسی بین مالک و کنیز، یا کنیز و کسی که مالک، کنیز را برای او تحلیل کرده رقم بخورد، به سبب مشروعیت رابطه، عقد ازدواج موضوعیتی ندارد.

با توجه به مطلب یاد شده، نسبت به آن دسته از تلقیح‌های مصنوعی که در آن، تخمک زن با اسپرم همسر شرعی‌اش بدون آمیزش و مباشرت جنسی بارور می‌شود و در داخل رحم همان زن قرار می‌گیرد، می‌توان حکم به نشر حرمت رضاعی نمود. اما نسبت به مسئله رحم اجاره‌ای یا تلقیح‌هایی که بین تخمک زن با اسپرم مرد بیگانه صورت می‌گیرد، به سختی می‌توان حکم کرد؛ چراکه از طرفی نوزاد متولد، فرزند صاحب اسپرم است - خواه اسپرم مرد با تخمک همسر شرعی خودش تلقیح شده باشد، یا خواه با تخمک زن بیگانه، و اجیر بر بارداری - و تعبیر «لبن ولدك» بر شیر حاصل از تلقیح مصنوعی صادق است؛ و از طرف دیگر، چون بین مرد صاحب اسپرم و زنی که اجیر برای بارداری شده، پیوند زناشویی مشروع برقرار نیست، صدق عنوان «أَرْضَعْتَ إِمْرَأَتَكَ» و اثبات مشروعیت شکل‌گیری جنین، محل اشکال است؛ پس نمی‌توان با قاطعیت درباره محرمیت رضاعی بین نوزاد و صاحب اسپرم داوری نمود. اینجاست که در فرض شک معقول، می‌توان اطلاق لفظی «أَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» یا استصحاب بقای حلیت نکاح با شیرخوار از این شیر را، مرجع و معیار برای حکم به نشر نیافتن حرمت رضاعی در فرض رحم اجاره‌ای قرار داد.

فرض دیگر، تعیین نسبت قرابت رضاعی نوزاد با شوهری است که رحم همسرش برای تلقیح مصنوعی اجاره داده شده و نوزاد متولد، از اسپرم مرد بیگانه به وجود آمده است. در اینجا اگرچه تعبیر «مَا أَرْضَعْتَ إِمْرَأَتَكَ» به سبب برقراری پیوند زناشویی مشروع، صادق است؛ اما از آنجا که نوزاد متولد شده، حاصل از اسپرم این شوهر نیست، عنوان «الْبَنُ وَوَلَدِكَ» هم صادق نیست؛ از این رو حکم این فرض هم مانند فرض سابق، به مقتضای اطلاق لفظی «أَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ»، یا استصحاب بقای حلیت نکاح با شیرخوار، عدم محرمیت

رضاعی است. همچنین است جایی که رویان حاصل از تلقیح مصنوعی اسپرم مرد با تخمک زن بیگانه، در رحم شخص ثالث بیگانه قرار گیرد؛ چراکه نسبت به مرد صاحب اسپرم، به رغم صدق عنوان «لَبْنٌ وَلَدِكُ»، عنوان «أَرْضَعْتَ إِمْرَأَتَكَ» به واسطه شیردهی زن بیگانه صادق نیست و نسبت به مرد صاحب رحم عنوان «أَرْضَعْتَ إِمْرَأَتَكَ» صادق است ولی عنوان «لبن ولدك» صادق نیست.

نکته‌ای که نباید از نظر دور نگه داشت این است که آنچه درباره قرابت رضاعی بین نوزاد و صاحب اسپرم بیان شد، ناظر به فرض شیردهی نوزاد بیگانه است؛ چراکه در فروض شیردهی به نوزاد خود صاحب اسپرم، اساساً با توجه به آنچه درباره برقراری قرابت نسبی بین نوزاد و صاحب اسپرم بیان شد، دیگر نوبت به بحث از قرابت رضاعی نمی‌رسد.

منابع و مآخذ

* قرآن کریم.

۱. ابن حیون، نعمان، دعائم الإسلام و ذکر الحلال و الحرام، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ج ۲، ۱۳۸۵ ش.
۲. انصاری، مرتضی، رساله فی الرضاع، قم: منشورات دار الذخائر، ج ۱، ۱۴۱۱ق.
۳. بحر العلوم، محمد، بلغة الفقیه، تهران: مکتبه الصادق علیه السلام، ج ۴، ۱۴۰۳ق.
۴. بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: انتشارات اسلامی، ج ۱، ۱۴۰۵ق.
۵. برقی، احمد، الرجال، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ج ۱، ۱۳۴۲.
۶. حلبی، ابن زهره، غنیة النزوع الی علمی الأصول و الفروع، قم: امام صادق علیه السلام، ج ۱، ۱۴۱۷ق.
۷. حلبی، ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: انتشارات اسلامی، ج ۲، ۱۴۱۰ق.
۸. حلبی، جمال الدین، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، قم: انتشارات اسلامی، ج ۱، ۱۴۱۷ق.
۹. حلبی، علامه، حسن بن یوسف، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، قم: انتشارات اسلامی، ج ۲، ۱۴۱۳ق.
۱۰. _____، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: انتشارات اسلامی، ج ۱، ۱۴۱۳ق.
۱۱. _____، إرشاد الأذهان إلی أحكام الإیمان، قم: انتشارات اسلامی، ج ۱، ۱۴۱۰ق.
۱۲. _____، تلخیص المرام فی معرفة الأحكام، قم: انتشارات اسلامی، ج ۱، ۱۴۲۱ق.
۱۳. _____، تحریر الأحكام علی مذهب الامامیة، قم: امام صادق علیه السلام، ج ۱، ۱۴۲۰ق.
۱۴. حلبی، مقداد، التقیح الرائع لمختصر الشرایع، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی، ج ۱، ۱۴۰۴ق.
۱۵. حلبی، محمد بن حسن، إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ج ۱، ۱۳۸۷ق.
۱۶. حلبی، محقق، نجم الدین، شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ج ۲، ۱۴۰۸ق.

۱۷. _____، المختصر النافع في فقه الامامية، قم: مطبوعات ديني، ج ۶، ۱۴۱۸ق.
۱۸. خراساني، محمد كاظم، كفاية الأصول، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، ج ۱، ۱۴۰۹ق.
۱۹. خوانساري، احمد، جامع المدارك في شرح مختصر النافع، قم: اسماعيليان، ج ۲، ۱۴۰۵ق.
۲۰. خويي، ابو القاسم، أحكام الرضاع في فقه الشيعة، قم: المنير، ج ۱، ۱۴۱۷ق.
۲۱. رضانيا، محمدرضا، باروري های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق، قم: بوستان كتاب، ج ۱، ۱۳۸۶ش.
۲۲. زينجانی، موسى، كتاب نكاح، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز، ج ۱، ۱۴۱۹ق.
۲۳. سيستاني، على، توضيح المسائل جامع، مشهد: دفتر آيت الله سيستاني، ج ۳، ۱۴۴۳ق.
۲۴. صدوق، محمد بن على، من لا يحضره الفقيه، قم: انتشارات اسلامي، ج ۲، ۱۴۱۳ق.
۲۵. طباطبائي، على بن محمد، رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام، ج ۱، ۱۴۱۸ق.
۲۶. طوسي، محمد بن حسن، المبسوط في فقه الامامية، تهران: المكتبة المرتضوية، ج ۳، ۱۳۸۷ق.
۲۷. _____، تهذيب الأحكام، تهران: دارالكتب الاسلاميه، ج ۴، ۱۴۰۷ق.
۲۸. _____، الخلاف، قم: انتشارات اسلامي، ج ۱، ۱۴۰۷ق.
۲۹. _____، رجال، قم: انتشارات اسلامي، ج ۳، ۱۳۷۳ش.
۳۰. عاملی، زين الدين، مسالك الأفهام الى تنقيح شرايع الإسلام، قم: مؤسسه معارف اسلامي، ج ۱، ۱۴۱۳ق.
۳۱. _____، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، قم: كتابفروشي داورى، ج ۱، ۱۴۱۰ق.
۳۲. عاملی، محمد بن على، نهاية المرام في شرح مختصر شرايع الاسلام، قم: انتشارات اسلامي، ج ۱، ۱۴۱۱ق.
۳۳. فاضل لنكراني، محمد جواد، تلقیح مصنوعی، قم: مركز فقهی ائمه اطهار عليه السلام، ج ۱، ۱۳۸۹ش.
۳۴. فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، قم: انتشارات اسلامي، ج ۱، ۱۴۱۶ق.
۳۵. فراهیدی، خليل بن احمد، العين، ايران: دارالهجرة، ج ۲، ۱۴۰۹ق.
۳۶. قانتي، محمد، المبسوط، قم: مركز فقهی ائمه اطهار عليه السلام، ج ۱، ۱۴۳۰ق.
۳۷. _____، ويگاه قانتي نجفي، خارج فقه (مسائل پزشکی)، مورخ ۲۱ دی ۱۴۰۱، qaninajafi.ir.
۳۸. كركي، على بن حسين، جامع المقاصد في شرح القواعد، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام، ج ۲، ۱۴۱۴ق.
۳۹. كليني، محمد بن يعقوب، الكافي، تهران: دار الكتب الاسلاميه، ج ۴، ۱۴۰۷ق.
۴۰. كيدري، قطب الدين، إصباح الشيعة بمصباح الشريعة، قم: امام صادق عليه السلام، ج ۱، ۱۴۱۶ق.
۴۱. نجاشي، احمد، رجال، قم: مؤسسه نشر اسلامي، ج ۶، ۱۳۶۵ش.
۴۲. نجفي، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرايع الإسلام، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج ۷، ۱۴۰۴ق.
۴۳. نراقي، احمد، مستند الشيعة في احكام الشريعة، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، ج ۱، ۱۴۱۵ق.
۴۴. مؤمن، محمد، كلمات سديده، قم: مؤسسه نشر اسلامي، ج ۱، ۱۴۱۵ق.

مراجعة في تحليل الضمانات المصرفية في إطار ضمان العهدة والجعالة^١

غلامرضا الأحسني الآراني^٢

الملخص

لا يخفى أنّ البنك يقوم بالعديد من الأنشطة في مختلف المجالات ممّا جعله طرفاً مهماً في المعاملات الواقعة بين الأفراد والكيانات القانونية. أحد أنشطة البنك كمؤسسة تجارية هو إصدار الضمانات والتي تقوم -بجميع أنواعها- على أربعة عناصر هي: المقاول، المستفيد، البنك ومبلغ الضمان. وملخص ما يجري في هذا النوع من المعاملة هو أنّ البنك يلتزم بدفع مبلغ الضمان للمستفيد إذا أخلّ المقاول بالتزاماته ويطالب المقاول بضمانات يمكن استخدامها لتلبية مطالبته إذا تمّ دفع المبلغ، كما يحصل على رسوم مقابل إصدار الضمان. إنّ أشهر تحليل فقهي للعلاقات القانونية المحيطة بالضمانات هو إرجاعها إلى «ضمان العهدة». ويعني هذا أنّ صاحب العمل (المستفيد) والمقاول (طالب الضمان) يتفقان -في إطار عقد إيجار- على أن يدفع المقاول مبلغاً معيناً لصاحب العمل في حالة عدم الوفاء بما التزم به. ويضمن البنك دفع هذا المبلغ لصاحب العمل وكذلك يتمّ تصحيح الرسوم المصرفية المستلمة في إطار عقد الجعالة. وبناءً على هذا التحليل، فإنّ ضمانات مثل ضمان المشاركة في المزايدة أو المناقصة ليست ملزمة بل تعتبر وعوداً بدائية فحسب. ويشير هذا التحليل الفقهي تساؤلات ومضائق تمّ تناولها في البحث التالي.

المفردات الأساسية: الضمان المصرفي، ضمان العهدة، الكفالة المالية، الضمان، الجعالة، الوكالة، الالتزام المستقل.

واکوی تحلیل ضمانت‌نامه‌های بانکی در قالب ضمانت‌تعهد و جعاله^۱

غلامرضا احسنی آرانی^۲

چکیده

یکی از فعالیت‌های بانک به‌عنوان یک بنگاه تجاری، صدور ضمانت‌نامه است. در تمام ضمانت‌نامه‌های بانکی چهار رکن ضمانت‌خواه، ذی‌نفع، بانک و مبلغ ضمانت‌نامه وجود دارد. بانک، پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه را در صورت تخلف ضمانت‌خواه از وفاداری به تعهد خویش، به ذی‌نفع متعهد می‌شود و وثیقه‌هایی را از ضمانت‌خواه مطالبه می‌کند که در صورت پرداخت مبلغ بتواند طلب خود را از آن استیفا کند و در مقابل صدور ضمانت‌نامه، کارمزدی را دریافت می‌کند. مشهورترین تحلیل فقهی در روابط حقوقی موجود در اطراف ضمانت‌نامه، بازگرداندن ضمانت‌نامه به «ضمان تعهد» است. به این معنا که کارفرما (ذی‌نفع) و پیمانکار (ضمانت‌خواه) در قالب عقد اجاره شرط می‌کنند که در صورت تخلف پیمانکار، مبلغ معینی را به کارفرما پرداخت کند. بانک نیز پرداخت این مبلغ را به نفع کارفرما ضامن می‌شود. کارمزد دریافتی بانکی نیز در قالب عقد جعاله تصحیح می‌شود. بر اساس این تحلیل، ضمانت‌نامه‌هایی مانند ضمانت‌نامه شرکت در مزایده یا مناقصه، الزام‌آور نیستند و وعد ابتدایی محسوب می‌شوند. این تحلیل فقهی پرسش‌ها و تنگناهایی دارد که در تحقیق پیش رو بررسی شده است.

واژگان کلیدی: ضمانت‌نامه بانکی، ضمانت تعهد، کفالت مالی، ضمان، جعاله، وکالت، تعهد

مستقل.

مقدمه

در بانک‌ها دو قرارداد متعارف ضمان صورت می‌گیرد: در قرارداد نخست، بانک به‌عنوان مضمون له (طلبکار) است و تسهیلات گیرنده به‌عنوان مضمون عنه (بدهکار) است و ضامن، بدهی تسهیلات گیرنده را به بانک متعهد شده، ضمانت می‌کند. در قرارداد دوم، بانک به‌عنوان ضامن است که دیون یا تعهدات شخص یا شرکتی را به نفع نفر ثالث متعهد می‌شود. در این قرارداد، بانک به‌عنوان ضامن، مدیون یا متعهد به‌عنوان مضمون عنه و ذی نفع به‌عنوان مضمون له تلقی می‌شود. مبتنی بر این قرارداد، بانک سندی را صادر می‌کند که در اصطلاح به آن ضمانت نامه بانکی گویند. محور تحقیق پیش رو، همین نوع ضمانت است. فرآیند درخواست و صدور ضمانت نامه‌های بانکی بدین شکل است که ابتدا تعهد یا دینی بین دو شخص وجود دارد یا قرار است ایجاد شود. تعهد بین این دو شخص ناشی از قراردادی است که به آن قرارداد پایه گفته می‌شود. ذی نفع به هدف حصول اطمینان از انجام تعهدات توسط متعهد یا پرداخت دین توسط مدیون، از او مطالبه ضمانت نامه می‌کند. بدهکار یا متعهد در قرارداد پایه (ضمانت خواه/مضمون عنه) با مراجعه به بانک (ضامن) درخواست صدور ضمانت نامه را به نفع طلبکار (ذی نفع/مضمون له) ارائه می‌دهد و بانک با صدور ضمانت نامه، تعهد می‌کند اگر ذی نفع پیش از انقضای سررسید ضمانت نامه، مبلغ ضمانت نامه را مطالبه کرده و اعلام کند ضمانت خواه از انجام صحیح و به موقع تعهدات خود به هر علت خودداری کرده است، مبلغ قید شده در ضمانت نامه را به ذی نفع پرداخت کند. معمولاً در قرارداد صدور ضمانت نامه قید می‌شود که ذی نفع می‌تواند بدون اطلاع ضمانت خواه، درخواست تمدید ضمانت نامه را به بانک ارائه دهد. در صورتی که ذی نفع پیش از اتمام سررسید ضمانت نامه، مبلغ ضمانت نامه را مطالبه نکند و یا درخواست تمدید ضمانت نامه را به بانک ارائه ندهد، ضمانت نامه با اتمام زمان آن، باطل می‌شود و ذی نفع، دیگر حق مطالبه وجه آن را ندارد. در صورت مطالبه مبلغ ضمانت نامه توسط ذی نفع، بانک موظف است مبلغ را به وی پرداخت کند و مبلغ پرداختی به‌عنوان بدهی ضمانت خواه محسوب می‌شود و بانک پرداخت آن را از ضمانت خواه مطالبه می‌کند. بانک پیش از صدور ضمانت نامه وثایقی اعم از وجه نقد، سپرده، طلا، ارز، مسکن، سفته و مانند آن را بر اساس

اعتبار ضمانت‌خواه، نوع ضمانت‌نامه و مبلغ آن از ضمانت‌خواه مطالبه می‌کند تا در صورت پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه، بتواند طلب خود را از ضمانت‌خواه، وصول کند. چون صدور ضمانت‌نامه عملیاتی تجاری محسوب می‌شود، بانک برای صدور آن، کارمزدی را از ضمانت‌خواه دریافت می‌کند که میزان آن بسته به وثایق دریافتی از وی تفاوت دارد.

در تحلیل ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی، دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد؛ اما تحقیق حاضر بیشتر ناظر به تحلیل ضمانت‌تعهد و جعاله است و پرسش‌هایی را پیرامون این تحلیل ارائه کرده، بدان پاسخ می‌دهد.

پیشینه

در بین فقیهان، نخستین بار محقق خویی^۱ به ماهیت فقهی ضمانت‌نامه بانکی اشاره کرده است. یکی از بهترین مباحث فقهی پیرامون این موضوع، سخن شهید صدر است که در دو جا از کتاب «البنک اللاربوی»، بحثی مبسوط و سودمند را ارائه داده است.^۲ با این حال، پرسش‌های پرشماری درباره تحلیل ضمانت‌نامه‌های بانکی، به‌ویژه در قالب عقد ضمان وجود دارد که این پرسش‌ها در مباحث فقهی مطرح نشده است. همچنین به صورت فراگیر، تمام زوایای ضمانت‌نامه دیده نشده است. به همین دلیل، در پژوهش‌های فقهی، تحلیلی درباره برخی از روابط حقوقی موجود در اطراف ضمانت‌نامه‌های بانکی، دیده نمی‌شود. مقالات پرشماری در این موضوع نگاشته شده است از جمله: ضمانت‌نامه بانکی^۳، ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی در ایران^۴، تحلیل ماهیت فقهی و حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی^۵، تحلیل فقهی ضمانت‌نامه‌های بانکی از دیدگاه فقه امامیه^۶، تحلیل

۱. خویی، منهاج الصالحین، ج ۱، ص ۴۱۰.

۲. صدر، البنک اللاربوی، صص ۱۲۸ و ۲۳۵.

۳. کاشانی، «ضمانت‌نامه بانکی»، نشریه تحقیقات حقوقی، ش ۱۶ و ۱۷، پاییز ۱۳۷۴ تا بهار ۱۳۷۵ ش.

۴. مسعودی، «ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی در ایران»، پژوهش‌های حقوقی، ش ۴، پاییز و زمستان ۱۳۸۲ ش.

۵. ضیائی، معینی‌فر، «تحلیل ماهیت فقهی و حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی»، اقتصاد اسلامی، ش ۵۱، پاییز ۱۳۹۲ ش.

۶. مهدوی، عباسی، «تحلیل فقهی ضمانت‌نامه‌های بانکی از دیدگاه فقه امامیه»، پژوهشنامه میان رشته‌ای فقهی، ش ۲، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.

ماهیت ضمانت‌نامه بانکی در مقایسه با ضمان عهده از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعه.^۱ با وجود مباحث حقوقی و فقهی سودمند در این مقالات، نبود تحلیل فقهی دقیق و فراگیر از ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی و روابط حقوقی موجود پیرامونی، یکی از کمبودهای این مقالات است. به‌عنوان مثال در مقالاتی که نظارت به مباحث فقهی داشته‌اند، دیدگاه فقیهان در تحلیل ضمانت‌نامه به شکل تعهد به نفع ثالث به‌عنوان شرط ضمن عقد تحلیل شده است؛ در حالی که چنین دیدگاهی بین فقیهان وجود ندارد و انتساب این دیدگاه ناشی از برداشت اشتباه از سخن آنان است. تحلیل موجود در بیان فقیهان بدین صورت است که بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع، پرداخت مبلغ معین اشترط شده و بانک عمل ضمانت‌خواه به این شرط را ضمانت می‌کند.

پژوهش حاضر با نگاهی فراگیر به اطراف ضمانت‌نامه‌های بانکی، پرسش‌هایی را درباره تحلیل ضمانت‌خواه مطرح کرده، و پاسخ می‌دهد. همچنین درباره ماهیت فقهی روابط حقوقی بین بانک و ضمانت‌خواه، بانک و ذی‌نفع، ضمانت‌خواه و ذی‌نفع بحث خواهد کرد. منبع این پژوهش، در موضوع‌شناسی ضمانت‌نامه، دستورالعمل صدور ضمانت‌نامه‌های بانکی مصوب سال ۱۳۹۶ ش شورای پول و اعتبار است. همچنین جزوه‌ای با نام «راهنمای جامع ضمانت‌نامه‌های ریالی» که در زمستان ۱۳۹۷ ش توسط اداره کل اعتبارات بانک ملی ایران تنظیم شده است.

مفهوم‌شناسی

در آخرین دستورالعمل ناظر بر ضمانت‌نامه بانکی (ریالی) که توسط بانک مرکزی صادر شده، «ضمانت‌نامه بانکی» این‌گونه تعریف شده است: «سندی است که به موجب آن مؤسسه اعتباری به طور غیرقابل برگشت، متعهد می‌شود به محض اعلام و مطالبه هر میزان از وجه مندرج در آن توسط ذی‌نفع، با رعایت مفاد این دستورالعمل، وجه مطالبه شده را به ذی‌نفع پرداخت نماید.»^۲

۱. بیکیان، «تحلیل ماهیت ضمانت‌نامه بانکی در مقایسه با ضمان عهده از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعه»، مجله فقه و حقوق معاصر، ش ۵.
۲. دستورالعمل شماره ۴۳۵۲۲ مورخ ۱۳۹۶/۰۹/۲۱ ش.

بر اساس این تعریف، ضمانت‌نامه سند، و در مقام اثبات دعوی یا دفاع، قابل استناد است. همچنین صدور آن تنها توسط مؤسسات اعتباری مانند بانک صورت می‌گیرد و تعهد بانک صادر کننده غیرقابل برگشت است. حق مطالبه وجه در ضمانت‌نامه نیز متعلق به ذی‌نفع (مضمون له) است.

موضوع تحقیق پیش رو، تحلیل ماهیت ضمانت‌نامه به‌عنوان یک سند نیست؛ بلکه در این باره بحث می‌کند که آیا قراردادی که بین ضمانت‌خواه و بانک منعقد می‌شود و مبتنی بر آن ضمانت‌نامه صادر می‌شود، می‌تواند ذیل عقد مرکب از ضمان تعهد و جعاله تحلیل شود؟

انواع ضمانت‌نامه‌های بانکی

بر اساس دستورالعمل صدور ضمانت‌نامه‌های ریالی، بانک‌ها و مؤسسات اعتباری صرفاً مجاز به صدور ضمانت‌نامه در قالب یکی از انواع زیر هستند:

۱. ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده: شرکت‌ها، سازمان‌ها و مؤسسات دولتی، خصوصی و یا اشخاص حقیقی معمولاً برای خرید یا فروش اموال، و یا برای اجرای پروژه‌ها یا تأمین خدمات مورد نیاز خود، اقدام به برگزاری مناقصه یا مزایده می‌نمایند. در این خصوص کارفرما جهت اطمینان از وصول پیشنهادات واقعی شرکت‌کنندگان در مناقصه یا مزایده و ارائه پیشنهادات سنجیده و مطلوب از لحاظ مشخصات فنی و قیمت از سوی ایشان، از شرکت‌کنندگان در می‌خواهد که به همراه پیشنهاد خود، ضمانت‌نامه‌ای به وی تسلیم نمایند تا در صورت برنده شدن، از عقد قرارداد مربوطه استتکاف نورزیده و به مفاد شرایط پیشنهاد خود پایبند باشند. ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده، وسیله‌ای است که ریسک مزایده‌گزار یا مناقصه‌گزار را پوشش داده و تا جای ممکن، شرکت‌کنندگان را از دادن قیمت‌هایی که از عهده اجرای آن بر نمی‌آیند، بر حذر می‌دارد. مبلغ این ضمانت‌نامه‌ها معمولاً یک تا پنج درصد ارزش کل قرارداد است و دوره اعتبار آن تا زمان عقد قرارداد نهایی یا ارائه ضمانت‌نامه حسن انجام تعهد است که معمولاً سه ماه تا حداکثر یک سال به درازا می‌انجامد.

همان‌گونه که بیان شد، ضمانت‌نامه به تبع قرارداد پایه تنظیم می‌شود و هدف از آن، تضمین عمل ضمانت‌خواه به تعهدات خود در قرارداد پایه است. با این فرض، در ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده، این پرسش وجود دارد که تعهد شرکت‌کننده به چه

صورت است؟ به عبارت دیگر، به چه دلیل در فرض امتناع برنده از قرارداد اصلی یا ارائه ضمانت‌نامه حسن انجام کار، مزایده‌گزار می‌تواند وجه الضمان را از بانک مطالبه کند؟

۲. ضمانت‌نامه حسن اجرای تعهد؛ این نوع ضمانت‌نامه برای تضمین و اطمینان از انجام صحیح، کامل و به موقع تعهدات (فروش کالا/ ارائه خدمات) توسط ضمانت‌خواه (پیمانکار/فروشنده)، به نفع ذی‌نفع (خریدار/کارفرما) بر پایه مفاد قرارداد منعقد شده بین آنها صادر می‌شود. مبلغ ضمانت‌نامه حسن انجام کار معمولاً حدود پنج تا ده درصد مبلغ قرارداد است، و مدت اعتبار این نوع ضمانت‌نامه معمولاً تا زمان تحویل کالا یا تا زمان راه‌اندازی نهایی پروژه، پس از راه‌اندازی آزمایشی آن است و طول زمان مزبور می‌تواند حدود دو سال یا بیشتر باشد. در صورتی که اجرای قرارداد در زمان معین به پایان نرسد، ممکن است ذی‌نفع تمدید مدت ضمانت‌نامه را درخواست کند. به همین دلیل در متن این ضمانت‌ها معمولاً آورده می‌شود که چنانچه بانک نخواهد یا به هر علتی نتواند ضمانت‌نامه را تمدید نماید یا ضمانت‌خواه اجازه تمدید به او ندهد، بانک موظف است وجه الضمان را به ذی‌نفع پرداخت کند.

۳. ضمانت‌نامه پیش پرداخت؛ در برخی از قراردادهای فروشنده/پیمانکار به منظور تأمین نقدینگی کافی برای خرید مواد اولیه، خرید تجهیزات لازم برای ساخت کالا، پرداخت هزینه حمل و نقل ماشین آلات به محل اجرای پروژه، تجهیز کارگاه و ... درخواست می‌نماید که درصدی از مبلغ قرارداد به او پرداخت شود و در مقابل، خریدار/کارفرما برای آنکه اطمینان حاصل نماید که فروشنده/پیمانکار مبلغ دریافتی را در محل مورد توافق مصرف و یا در صورت امتناع از ادامه کار، وجه دریافت شده را عودت خواهد داد، از او ضمانت‌نامه‌ای در قبال مبلغ پیش پرداخت شده می‌گیرد. با گذشت زمان و انجام تعهدات از سوی پیمانکار، مبلغ این ضمانت‌نامه به تدریج کاهش می‌یابد.

۴. ضمانت‌نامه استرداد کسور وجه الضمان (حسن انجام کار)؛ در پاره‌ای از قراردادهای کارفرما پس از تحویل قطعی موضوع قرارداد، معمولاً معادل ده درصد مبلغ قرارداد را به‌عنوان تضمین حسن انجام کار موضوع قرارداد، تا مدتی معین نزد خود نگه می‌دارد. گاه پیمانکار، برای جبران کمبود نقدینگی خود، تقاضا می‌نماید که در قبال ارائه ضمانت‌نامه،

وجه الضمان به وی پرداخت شود. در این موارد، بانک به نفع کارفرما، ضمانت‌نامه‌ای صادر می‌کند که به آن ضمانت‌نامه استرداد کسور وجه الضمان می‌گویند.

۵. ضمانت‌نامه تعهد پرداخت؛ در پاره‌ای از موارد، ضمانت‌خواه به ذی‌نفع مدیون است و باید مبلغ معینی را در سررسید مشخص به ذی‌نفع پرداخت نماید. در این موارد، ضمانت‌خواه با مراجعه به بانک، ضمانت‌نامه‌ای را درخواست می‌کند که بانک در قالب آن، تعهد می‌کند در صورت پرداخت نشدن بدهی توسط ضمانت‌خواه در سررسید معین، مبلغ بدهی ضمانت‌خواه را به ذی‌نفع پرداخت کند. تفاوت ضمانت‌نامه تعهد پرداخت با ضمانت‌نامه‌های پیشین این است که این ضمانت‌نامه، تعهد پرداخت دیون قطعی و مسلم شده ضمانت‌خواه در سررسید معین به ذی‌نفع است. بر خلاف مثلاً ضمانت‌نامه حسن اجرای تعهد که دینی وجود ندارد و بانک متعهد می‌شود در صورت انجام نشدن تعهد توسط ضمانت‌خواه، مبلغ معینی را به ذی‌نفع پرداخت کند.

۶. ضمانت‌نامه گمرکی؛ وارد کنندگان باید برای ترخیص کالاهای خود از گمرک، حقوق ورودی از جمله عوارض گمرکی را پرداخت نمایند. در پاره‌ای از موارد، وارد کنندگان نمی‌توانند یا نمی‌خواهند حقوق ورودی را به صورت نقدی پرداخت کنند و درخواست تقسیط یا تعیین مدت را از گمرک دارند. در این موارد، گمرک در قبال ضمانت‌نامه بانکی، حقوق ورودی را تقسیط کرده یا مدتی را برای آن تعیین می‌کند. بانک نیز متعهد می‌شود حقوق ورودی را در سررسید معین یا در اقساط تعیین شده، به گمرک پرداخت نماید.

در دستورالعمل صدور ضمانت‌نامه‌های ریالی، ضمانت‌نامه‌های متفرقه‌ای نیز پیش‌بینی شده که در شرایط خاص، مؤسسه اعتباری می‌تواند منوط به رعایت ضوابط مقرر در دستورالعمل، برای جبران ضرر و زیان ضمانت‌نامه صادر نماید. ضمانت‌نامه به نفع سازمان نظام وظیفه، به‌عنوان یکی از مصادیق ضمانت‌نامه حسن انجام تعهدات صادر می‌شود که بر اساس آن، مشمولان خدمت نظام وظیفه که قصد خروج از کشور را دارند، با مراجعه به بانک، تقاضای صدور ضمانت‌نامه را به نفع سازمان نظام وظیفه می‌کنند تا در صورت عدم بازگشت مشمول به کشور، مبلغ معینی به این سازمان پرداخت شود. این ضمانت‌نامه با هدف تضمین تعهد مشمول به بازگشت به کشور است.

تفاوت بین ضمانت‌نامه و اعتبار اسنادی

یکی از ابزارهای مالی در بانک‌ها، اعتبار اسنادی (LC) است. در دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی-ریالی مصوب ۱۳۹۴/۹/۱۷ ش شورای پول و اعتبار، اعتبار اسنادی این‌گونه تعریف شده است: «هر گونه ترتیبی که در برگیرنده تعهد قطعی و برگشت‌ناپذیر بانک گشایش‌کننده، مبنی بر پذیرش پرداخت در قبال ارائه اسناد مطابق می‌باشد.» اعتبار اسنادی می‌تواند داخلی باشد که به ریال منعقد می‌شود و مقصد کالا یا خدمت، اقامتگاه بانک‌های مرتبط، متقاضی و ذی‌نفع آن، در مرزهای جغرافیایی ایران واقع است و می‌تواند خارجی و بین‌المللی باشد. اعتبار اسنادی متوقف بر وجود قرارداد پایه است که این قرارداد می‌تواند خرید و فروش کالا یا ارائه خدمت باشد.

در اعتبار اسنادی، بانک‌ها به نمایندگی از خریدار و فروشنده وارد عمل شده و ریسک دو طرف معامله را کاهش می‌دهند. در این موارد، خریدار که قصد دارد کالایی را از فروشنده آن خریداری کند، به بانک (گشایش‌کننده) مراجعه کرده و درخواست گشایش اعتبار را ارائه می‌دهد. بانک بر اساس پیش‌فاکتور^۱ ارائه شده توسط متقاضی و با اخذ وثایق لازم^۲ و دریافت کارمزد، اعتبار اسنادی را گشایش می‌کند و متعهد می‌شود مبلغ مندرج در پیش‌فاکتور را پس از ارائه سیاهه^۳ تجاری، بارنامه یا راه‌نامه و گواهی بازرسی فنی^۴ توسط فروشنده (ذی‌نفع)، به وی پرداخت کند. اعتبار اسنادی گاه دیداری است و بانک متعهد

مناجید
پژوهش‌های فنی

واکاوی تحلیل ضمانت‌نامه‌های بانکی در قالب ضمانت‌تعهد و چالاه

۱. سندی که به منظور اعلام قیمت، توسط ذی‌نفع و به نام متقاضی صادر می‌شود و در آن نوع و مشخصات فنی کالا یا خدمت، میزان یا مقدار، مبدأ و مقصد حمل کالا، شرایط تحویل کالا و یا اجرای خدمت، بهای واحد و کل، شرایط پرداخت، موعد تحویل کالا یا ارائه خدمت، مهلت اعتبار پیش‌فاکتور و سایر مفاد مورد توافق ذی‌نفع و متقاضی قید می‌گردد. (دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی-ریالی مصوب ۱۳۹۴/۹/۱۷ ش شورای پول و اعتبار).
۲. معمولاً ۱۰ تا ۲۰ درصد مبلغ اعتبار اسنادی، به شکل نقدی از متقاضی دریافت می‌شود و به ازای باقیمانده آن، وثایق منقول یا غیر منقولی که قابلیت بیع داشته و نقد شوندگی بالایی داشته باشند، اخذ می‌گردد. (همان).
۳. سندی که توسط ذی‌نفع و به نام متقاضی صادر می‌شود و بیان‌گر فروش قطعی کالای موضوع اعتبار اسناد داخلی و اصلاحیه‌های بعدی آن توسط ذی‌نفع به متقاضی می‌باشد. (مصوبه ۱۳۷۹/۱۱/۱۳۷۹ ش شورای پول و اعتبار).
۴. سندی که شرکت بازرسی تعیین شده، پس از بازرسی کالا صادر می‌کند و حاکی از تطابق یا عدم تطابق کالای بازرسی شده با مشخصه‌های کمی و کیفی کالای مندرج در شرایط اعتبار اسنادی داخلی می‌باشد. (دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی-ریالی مصوب ۱۳۹۴/۹/۱۷ ش شورای پول و اعتبار).

می‌شود بلافاصله پس از بررسی اسناد و حصول اطمینان از مطابقت آن، وجه اسناد را پرداخت نماید؛ و گاه مدت‌دار است و بانک متعهد می‌شود پس از بررسی اسناد و حصول اطمینان، وجه اسناد را در سر رسید معین پرداخت نماید. بانک گشایش‌کننده می‌تواند براساس درخواست متقاضی، تأمین مالی او را انجام دهد؛ به این معنا که با توافقی که بین بانک و متقاضی در قالب قرارداد مرابحه یا استصناع منعقد می‌شود، بانک وجه مذکور در اعتبار اسنادی را به ذی‌نفع پرداخت می‌کند و متقاضی وجه پرداختی بانک را به همراه سود آن، به صورت مدت‌دار (اقساطی یا پرداخت در سر رسید) به بانک می‌پردازد.

با توضیح بالا روشن شد که تعهد بانک در اعتبار اسنادی، نسبت به عمل متقاضی (خریدار) مطلق است و مشروط به تخلف مشتری از عمل به تعهدات خود نیست. در حالی که تعهد بانک در ضمانت‌نامه، مشروط به تخلف متقاضی از تعهدات خویش است؛ هرچند با شرط مذکور در ضمانت‌نامه، صرف اعلام ذی‌نفع مبنی بر تخلف متقاضی، برای بانک الزام‌آور است و بانک موظف به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به صرف درخواست ذی‌نفع است.

زوایای ضمانت‌نامه بانکی

برای روشن شدن زوایای بحث باید روابط حقوقی موجود در اطراف ضمانت‌نامه و شکل ارتباط بین اطراف آن را تحلیل کرد. ضمانت‌نامه‌های بانکی در غالب موارد، مبتنی بر قراردادی پایه بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع است و بانک در قبال دریافت کارمزدی معین، پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه را به ذی‌نفع متعهد می‌شود. بر اساس این تصویر، سه رابطه حقوقی در ضمانت‌نامه وجود دارد که تحلیل فقهی آنها ضروری است:

۱. رابطه حقوقی بین بانک و ضمانت‌خواه: بانک برای صدور ضمانت‌نامه و تعهد به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به ذی‌نفع، کارمزدی را از ضمانت‌خواه می‌گیرد و برای اطمینان خاطر از عمل نمودن ضمانت‌خواه به تعهدات خود، وثایقی را از او مطالبه می‌کند. همچنین در صورت پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به ذی‌نفع، به ضمانت‌خواه مراجعه کرده، مبلغ پرداختی را از او دریافت می‌کند. درباره رابطه حقوقی بین بانک و ضمانت‌خواه باید به سه پرسش پاسخ داد که کارمزد دریافتی بانک در قالب چه قراردادی است؟ وثایق دریافتی بانک بر پایه کدام قرارداد فقهی است؟ رجوع بانک به ضمانت‌نامه مبتنی بر چه وجهی است؟

۲. رابطه حقوقی بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع: ضمانت‌نامه مبتنی بر قرارداد پایه موجود بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع صادر می‌شود. قرارداد پایه در برخی از انواع ضمانت‌نامه مانند ضمانت حسن اجرای تعهد، روشن است؛ اما در برخی از انواع ضمانت‌نامه مانند ضمانت‌نامه شرکت در مزایده یا مناقصه، این پرسش وجود دارد که چه قراردادی بین مزایده‌گزار یا مناقصه‌گزار و شرکت‌کننده وجود دارد که ضمانت‌نامه مبتنی بر آن صادر شده است؟ همچنین ضمانت‌نامه معمولاً پیش از انعقاد قرارداد پایه منعقد می‌شود و باید به دنبال یافتن تحلیل فقهی این امر بود.

۳. رابطه حقوقی بین بانک و ذی‌نفع؛ بانک متعهد به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به ذی‌نفع در صورت مطالبه اوست و ذی‌نفع حق دارد در صورت امتناع بانک از پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه، از او شکایت کند. چه قراردادی بین بانک و ذی‌نفع منعقد شده که باعث می‌شود ذی‌نفع حق مطالبه و شکایت داشته باشد؟

ضمانت‌نامه‌ها چندین ویژگی دارند که دقت در آنها می‌تواند تحلیل واقعی‌تری را از ماهیت روابط حقوقی موجود در اطراف ضمانت‌نامه به دست دهد:

- ۱) در تمام انواع ضمانت‌نامه‌ها، چهار رکن موجود است: بانک، ضمانت‌خواه، ذی‌نفع و مبلغ ضمانت‌نامه.
- ۲) بانک در قبال صدور ضمانت‌نامه کارمزدی را از ضمانت‌خواه دریافت می‌کند.
- ۳) بانک حق دارد در صورت پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به ضمانت‌خواه رجوع کند و برای اطمینان خاطر از رسیدن به طلب خود، وثایقی را از ضمانت‌خواه مطالبه می‌کند.
- ۴) تعهد بانک به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه غیرقابل برگشت است.
- ۵) تعهد بانک مشروط به تخلف ضمانت‌خواه یا ناتوانی او از انجام تعهدات خویش است؛ هرچند بانک ملزم است به صرف اعلام ذی‌نفع در انجام نشدن تعهدات توسط ضمانت‌خواه، مبلغ ضمانت‌نامه را به او پرداخت کند.
- ۶) ضمانت‌نامه موقت و زمان‌دار است؛ هرچند با درخواست کتبی ذی‌نفع و پذیرش بانک، قابلیت تمدید را دارد.^۱

۱. در ماده ۱۳ اصلاحیه دستورالعمل صدور ضمانت‌نامه آمده است: «حداکثر مدت اعتبار صدور

۷) ضمانت‌نامه قابل انتقال و قابل تنزیل نیست.^۱

۸) تعهد بانک در ضمانت‌نامه از رابطه پایه و سایر روابط و قراردادهای مربوط مستقل بوده و اختلافات میان ضمانت‌خواه و ذی‌نفع و یا ایرادات و ادعاهای مربوط به آنها، در تعهد مؤسسه اعتباری به پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع، مؤثر نخواهد بود.

۹) در غالب ضمانت‌نامه‌ها بدهی یا قرارداد پایه‌ای بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع وجود دارد؛ مانند ضمانت‌نامه حسن اجرای تعهد که ضمانت‌خواه در قرارداد اجاره متعهد به انجام کار مشخصی برای ذی‌نفع است، و یا ضمانت‌نامه گمرکی که ضمانت‌خواه به گمرک (ذی‌نفع) بدهکار است و باید حقوق گمرکی را پرداخت کند تا بتواند کالای وارداتی را ترخیص نماید. اما در برخی از ضمانت‌نامه‌ها مانند ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده و همچنین ضمانت‌نامه‌های متفرقه‌ای مانند ضمانت‌نامه به نفع سازمان وظیفه، بدهی یا قرارداد پایه‌ای بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع وجود ندارد.

در تحلیل ماهیت روابط حقوقی موجود در اطراف ضمانت‌نامه باید تمام این ویژگی‌ها را در نظر داشت و تحلیلی بر اساس واقعیت ارائه داد.

آرای فقیهان در تحلیل ضمانت‌نامه

بحث از ضمانت‌نامه‌های بانکی در بین فقیهان با عناوینی مانند «خطاب الضمان»، «الكفالات»، «الكفالات المصرفية»، «الكفالات المستحدثة»، و «الكفالة عند البنوك» مطرح شده است. یادکرد «كفالات» از ضمانت‌نامه‌های بانکی در عرف بانکداری کشورهای عربی، سبب آن شده که برخی از فقیهان ضمانت‌نامه را ذیل کفالت تعریف نموده، و اشکالاتی را بر آن وارد سازند.

برخی دیگر از فقیهان بدون اشاره به ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی، آنها را تصحیح

ضمانت‌نامه یکسال است.

در ماده ۱۴ همین دستورالعمل آمده است: «صدور ضمانت‌نامه‌ای که خود به خود و بدون درخواست کتبی ذی‌نفع قابل تمدید باشد، ممنوع است.»

۱. در ماده ۶ همین دستورالعمل آمده است: «ضمانت‌نامه قابل انتقال و قابل تنزیل نمی‌باشند. مؤسسه اعتباری موظف است عبارت «غیر قابل انتقال» و «غیر قابل تنزیل» را به صورت پس‌زمینه در فرم‌های خام تمامی نسخ ضمانت‌نامه که به سهولت قابل رؤیت باشد، درج نماید.»

کرده و دریافت کارمزد توسط بانک را جایز دانسته‌اند.^۱ در مقابل برخی دیگر از فقیهان در مقام تحلیل برآمده، وجوهی را برای تصحیح ضمانت‌نامه بیان کرده‌اند:

دیدگاه نخست: ضمانت‌تعهد حاصل از شرط نتیجه یا فعل و دریافت کارمزد در قالب جعاله

شهید سیدمحمدباقر صدر، ضمانت‌نامه را دو قسم ضمانت‌نامه ابتدایی و نهایی دانسته است:

۱. در ضمانت‌نامه ابتدایی، رابطه حقوقی بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع ایجاد نشده است. ایشان ضمانت‌نامه شرکت در مزایده یا مناقصه را ذیل ضمانت‌نامه ابتدایی تعریف کرده و آن را وعده ابتدایی از جانب بانک دانسته است. از این‌رو صدور ضمانت‌نامه ابتدایی از ناحیه بانک صحیح است و بانک می‌تواند به آن وفا کند و برای صدور آن کارمزد دریافت نماید؛ اما برای بانک الزام‌آور نیست.

۲. در ضمانت‌نامه نهایی، بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع قرارداد پایه‌ای وجود دارد و ضمانت‌نامه برای تضمین عمل ضمانت‌خواه به تعهدات خویش است. به نظر ایشان در این موارد، ذی‌نفع در ضمن قرارداد پایه، شرط کرده که در صورت تخلف ضمانت‌خواه از عمل به تعهدات خویش، مبلغ معینی را مالک شود. این شرط، صحیح و نافذ است و بانک می‌تواند عمل به این شرط و پرداخت این وجه معین توسط ضمانت‌خواه را به شکل ضمانت‌عهد، ضمانت‌کند. با این فرض، در صورت تخلف ضمانت‌خواه از عمل به تعهدات خویش در قرارداد پایه، بانک مکلف به پرداخت وجه به ذی‌نفع است و چون ضمانت بانک به امر و طلب ضمانت‌خواه بوده، بانک پس از پرداخت وجه به ذی‌نفع، به ضمانت‌خواه رجوع می‌کند. تعهد بانک به پرداخت وجه نیز عمل محترمی است که باعث افزایش ارزش تعهدات پیمانکار می‌شود و به همین دلیل بانک می‌تواند در قبال این تعهد، کارمزدی را دریافت نموده یا در قالب جعاله، مبلغی را مالک شود.^۲ با توجه به تحلیل ضمانت‌نامه در قالب ضمانت‌عهد عمل به شرط، ضمانت‌نامه عقدی تبعی و وابسته به صحت شرط و بقای آن است. به همین دلیل در صورت کشف بطلان عقد یا فسخ شدن عقد، شرط در ضمن آن نیز

مباحث

واکوری تحلیل ضمانت‌نامه‌های بانکی در قالب ضمانت‌تعهد و جعاله

۱. حکیم، حواریات فقهیه، ص ۳۱۴.

۲. صدر، البنك اللاربوی، ص ۱۲۸.

به تبع باطل می‌شود و دیگر پرداخت مبلغ معین بر بانک (ضامن) لازم نیست.^۱ ایشان برای شرط موجود، سه صورت تصویر بیان کرده است: نخستین تصویر، به صورت شرط نتیجه است؛ به این شکل که ذی‌نفع در صورت تخلف ضمانت‌خواه، بدون نیاز به تملیک و تملک - مالک مبلغ معین در ذمه ضمانت‌خواه شود. تصویر دوم، به صورت شرط فعل است؛ به این شکل که ذی‌نفع در صورت تخلف ضمانت‌خواه، حق داشته باشد مبلغ معین را تملک کند که بازگشت آن به شرط تملیک مبلغ توسط ضمانت‌خواه یا غیر اوست. سومین تصویر نیز به صورت شرط فعل است؛ به این شکل که در صورت تخلف ضمانت‌خواه، خودش مبلغ معین را به تملیک ذی‌نفع در بیاورد.

به نظر ایشان شرط نتیجه صحیح نیست؛ زیرا ادله نفوذ شروط، تنها شامل نفوذ شروطی می‌شوند که به خودی خود مشروع هستند و مشروع بودن اشتغال ذمه ضمانت‌خواه به صرف شرط، روشن نیست. با این فرض، بانک تعهد می‌کند که ضمانت‌خواه به شرط (تملیک مبلغ معین) عمل کند و در صورت عمل نکردن ضمانت‌خواه به شرط، شرط به دید عرف تلف شده و به همین دلیل پرداخت مبلغ بر بانک لازم می‌شود؛ مانند غاصب که در بدو امر عهده او مشغول به برگرداندن عین مغضوب است و در صورت تلف عین، عهده به ذمه منتقل شده و قیمت عین به ذمه می‌آید. تنها تفاوت بین مشغول شدن عهده بانک به ادای شرط و مشغول شدن عهده غاصب به عین، در انشائی بودن اشتغال عهده بانک و قهری بودن اشتغال عهده غاصب است.^۲

محقق خوبی ضمانت‌نامه را در قالب عقد ضمان تحلیل کرده و دو طرف آن را بانک (ضامن) و ذی‌نفع (مضمون له) می‌داند که بانک قرارداد ضمان را ایجاب می‌کند و ذی‌نفع آن را قبول می‌کند. در دیدگاه ایشان، ذی‌نفع در قرارداد پایه، شرط کرده که ضمانت‌خواه در صورت عمل نکردن به تعهدات خویش، مبلغ معینی را برای جبران خسارت‌های ایجاد شده به ذی‌نفع پرداخت کند و بانک، پرداخت این مبلغ معین را ضمانت می‌کند. در صورت رجوع ذی‌نفع به بانک، بانک می‌تواند مبلغ پرداختی را از ضمانت‌خواه مطالبه کند؛ زیرا ضمانت،

۱. همان، ص ۲۳۵.

۲. همان، ص ۲۳۶.

تبرعی نبوده و به امر ذی نفع (مضمون عنه) بوده است. کارمزد دریافتی توسط بانک نیز در قالب جعاله یا اجاره تصحیح می شود و بانک در مقابل ضامن شدن، مبلغی را دریافت می کند. به نظر ایشان تصحیح کارمزد در قالب عقد مستقل یا مصالحه، درست نیست.^۱ این بیان در سخن آقایان تبریزی، روحانی، و جواهری نیز تکرار شده است^۲؛ هرچند آقای وحید خراسانی، تصحیح کارمزد را در قالب عقد مستقل یا مصالحه می پذیرد.^۳

محقق خوبی به شرط فعل یا نتیجه بودن تصریح نکرده است؛ اما با توجه به مبنای ایشان در صحت شرط نتیجه در ملکیت^۴، می توان شرط را به صورت شرط نتیجه تصویر کرد. البته ایشان در بحث شروط، شرط ملکیت به نحو منجز را پذیرفته و سخنی از شرط ملکیت به نحو معلق به میان نیاورده است؛ در حالی که شرط نتیجه ملکیت مبلغ در قرارداد پایه، معلق بر تخلف ضمانت خواه از عمل به تعهدات خویش است.

امام خمینی نیز ضمانت نامه را به ضمان عهده در صورت عمل نکردن ضمانت خواه به تعهد خویش بازگشت داده است و دریافت کارمزد را در قبال متعهد شدن یا اعمال دیگری مانند ثبت ضمانت و صدور آن، جایز دانسته است. همچنین به نظر ایشان، در صورتی که ضمانت به امر ضمانت خواه باشد، بانک پس از پرداخت مبلغ ضمانت نامه می تواند به ضمانت خواه مراجعه کند.^۵

آقای فیاض، ضمانت نامه را چنین تحلیل کرده که ذی نفع، ضمن قرارداد پایه مانند عقد اجاره، شرط می کند که در صورت تخلف ضمانت خواه از عمل به تعهدات خود، مبلغ معینی را به ذی نفع پرداخت کند. ذی نفع برای حصول اطمینان به وفای ضمانت خواه به این شرط، تحویل ضمانت نامه را شرط می کند. ایشان شرط پرداخت مبلغ معین را از سنخ شرط فعل دانسته و شرط نتیجه را برای تملیک مال صحیح نمی داند. ضمان بانک در دیدگاه

۱. خوبی، منهاج الصالحین، ج ۱، ص ۴۱۰.

۲. تبریزی، المسائل المنتخبة، ص ۴۰۴؛ روحانی، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۴۶۹؛ جواهری، الربا فقها و اقتصادیا، ص ۴۴۴.

۳. وحید خراسانی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۴۶۴.

۴. خوبی، مصباح الفقاهة، ج ۷، ص ۳۶۰.

۵. خمینی، تحریر الوسيلة، ج ۲، ص ۶۱۸.

ایشان، تعهد به ادای دین یا ادای شرط ضمانت‌خواه در صورت امتناع اوست و موجب نقل ذمه و حتی ضمّ ذمه نیست. به همین دلیل ذی‌نفع ابتدا نمی‌تواند به بانک مراجعه کند؛ بلکه باید به ضمانت‌خواه مراجعه کند و در صورت امتناع او از تملیک مبلغ معین، به بانک مراجعه کرده و تملیک مبلغ معین را از او درخواست می‌کند.

با تحلیل آقای فیاض، عمل بانک به مفاد ضمانت‌نامه در صورتی لازم است که پرداخت مبلغ معین در ضمن عقد لازم شرط شده باشد و در غیر این صورت، ضمانت بانک وعده ابتدایی است و عمل به آن واجب نیست. همچنین در صورتی پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه بر بانک لازم است که ضمانت‌خواه از عمل به تعهدات خویش امتناع کند؛ ولی در صورت بطلان یا فسخ عقدی که در آن پرداخت مبلغ معین شرط شده، بانک ملزم به پرداخت مبلغ نیست؛ زیرا شرط پرداخت مبلغ معین به تبع بطلان عقد، باطل شد و ضمانت نیز به تبع بطلان شرط، بی‌اثر خواهد بود.^۱

بر اساس تحلیل ارائه شده در دیدگاه نخست، رابطه حقوقی بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع در ضمانت نهایی، شرط نتیجه ملکیت مبلغ معین یا شرط فعل تملیک یا تملک مقدار معینی پول در صورت عمل نکردن ضمانت‌خواه به تعهدات خویش است. رابطه حقوقی بین ضمانت‌خواه و بانک، جعله است و ضمانت‌خواه به‌عنوان جاعل و بانک به‌عنوان عامل، و رابطه حقوقی بین بانک و ذی‌نفع، ضمانت تعهد است که بانک به‌عنوان ضامن و ذی‌نفع به‌عنوان مضمون له می‌باشد.

شهید محمد صدر^۲، چهار اشکال به کلام شهید محمدباقر صدر در ضمانت نهایی بیان کرده است:

یکم؛ این کلام متوقف بر پذیرش شخصیت حقوقی است.

دوم؛ قرارداد پایه بین ذی‌نفع و ضمانت‌خواه است و بانک، طرف معامله آنها نیست تا پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه بر او لازم شود. پس ضمانت نهایی مانند ضمانت ابتدایی است و عمل به آن از ناحیه بانک لازم نیست.

اما این اشکال وارد نیست؛ زیرا بر اساس تحلیل شهید صدر، رابطه حقوقی بین ذی‌نفع و

۱. فیاض، المسائل المستحدثة، ص ۳۱۲.

۲. صدر، ماوراء الفقه، ج ۴، ص ۱۲۳.

بانک در قالب عقد ضمان است و ذی نفع (مضمون له) می تواند بر مبنای عقد ضمان به بانک (ضامن) مراجعه کرده و پرداخت مبلغ ضمانت نامه را درخواست کند. سوم؛ ضمانت نامه باید بین بانک (ضامن) و ذی نفع (مضمون له) باشد؛ در حالی که ضمانت خواه (مضمون عنه) با رجوع به بانک (ضامن) درخواست صدور ضمانت نامه می کند. این اشکال مبتنی بر این تصویر است که ایجاب عقد ضمان توسط ضامن انشاء، و توسط مضمون له قبول می شود؛ در حالی که در فرآیند صدور ضمانت نامه، ضمانت خواه (مضمون عنه) به بانک مراجعه می کند و بین بانک و ضمانت خواه، عملیات حقوقی رخ می دهد. برای حل این مشکل می توان ضمانت خواه را وکیل از طرف ذی نفع تصویر کرد که به وکالت از طرف او، با مراجعه به بانک، قرارداد ضمان را منعقد می کند. همچنین می توان در صورت عدم اشتراط موالات بین ایجاب و قبول، صدور ضمانت نامه از طرف بانک را به عنوان ایجاب تلقی کرده و تحویل گرفتن ضمانت نامه توسط ذی نفع را قبول دانست. چهارم؛ تصحیح کارمزد در قالب جعاله صحیح نیست؛ زیرا جعاله قرارداد مستقلی است که نیازمند قصد و بیان است و چنین اتفاقی در کارمزد صورت نمی گیرد. این اشکال نیز صحیح نیست؛ زیرا بر پایه مبنای برگزیده، قصد و بیان ماهیت معامله در تحقق آن کفایت کرده، نیازی به قصد و تصریح به عنوان معامله نیست. مثلاً قصد تملیک در مقابل عوض و بیان آن برای تحقق بیع کفایت می کند و نیازی به قصد عنوان بیع و ذکر آن نیست. در رابطه حقوقی بین ضمانت خواه و بانک نیز انجام عمل (ضامن شدن و صدور ضمانت نامه) در مقابل عوض (کارمزد) قصد شده، و همین در تحقق جعاله کافی است و نیازی به قصد عنوان جعاله و تصریح به آن نیست.

آقای بشیر نجفی^۱ تحلیل ضمانت نامه را در قالب ضمان عهده اینگونه توضیح داده که بانک (ضامن) تکمیل عمل توسط ضمانت خواه را در مدت معین و با اوصاف مشخص، به نفع ذی نفع (مضمون له) ضمانت می کند. در صورتی که ضمانت خواه (مضمون عنه) نسبت به تعهد خود کوتاهی کند، بانک مبلغی را که با آن عمل تمام می شود، پرداخت می کند. بانک در قبال این ضمانت، اجرتی را از ضمانت خواه دریافت می کند. هر چند ضمانت بانک

۱. بشیر نجفی، بحوث فقهیه معاصره، ص ۱۵۲.

معلق به عدم انجام عمل توسط ضمانت‌خواه است، اما دلیلی بر بطلان این تعلیق وجود ندارد. دریافت مبلغ اضافه توسط بانک (ضامن) نیز اشکالی ندارد و روایاتی که دریافت اضافه را نهی کرده، یا سندشان ضعیف هستند، و یا ارتباطی به مورد بحث ندارند. توجیه اخیر می‌تواند اشتغال ذمه بانک و ضمانت‌خواه را تصحیح کند.

کلام ایشان در تحلیل ضمانت‌نامه صحیح نیست؛ زیرا در ضمانت‌نامه‌های رایج، بانک تنها متعهد به پرداخت مبلغ معین به ذی‌نفع در صورت تخلف ضمانت‌خواه می‌شود. به همین دلیل بانک تعهدی به تکمیل عمل توسط بانک نداده و به پرداخت مبلغی که با آن عمل تمام شود، متعهد نیست؛ بلکه مبلغ ضمانت‌نامه مبلغ مشخصی است و الزاماً به میزانی نیست که بتوان با آن کار را تکمیل کرد و می‌تواند کمتر یا بیشتر باشد. البته معمولاً با پیشرفت کار و تأیید ذی‌نفع، ضمانت‌خواه با رجوع به بانک، مبلغ ضمانت‌نامه را کاهش داده، بخشی از وثایق خویش را آزاد می‌کند.

آقای بشیر نجفی جعاله را به دو صورت تصویر کرده است: نخست آنکه ضمانت‌خواه به‌عنوان جاعل، بانک به‌عنوان عامل و تکمیل عمل در صورت اخلال ضمانت‌خواه عملی است که جعاله بر آن واقع شده است. ایشان چند اشکال به این تصویر بیان کرده است: نخست اینکه لازمه آن عدم لزوم پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه بر بانک است؛ زیرا جعاله نسبت به عامل لازم نیست. دوم اینکه بر پایه این توجیه، ضمانت‌خواه باید به صرف صدور ضمانت‌نامه، مال الجعل را به بانک پرداخت کند؛ زیرا عمل بانک، همین ضامن شدن است و آن را به صورت کامل انجام داده است. سوم آنکه لازمه آن عدم اشتغال ذمه ضمانت‌خواه نسبت به مبلغ پرداختی توسط بانک است؛ چنانچه لازمه آن عدم اشتغال ذمه بانک نسبت به مبلغ پرداختی است.

چند اشکال به کلام ایشان وارد است:

یکم؛ بین تصویر جعاله در آغاز کلام ایشان و اشکالاتی که به آن وارد شده، تهافت وجود دارد. ایشان در مقام تصویر جعاله، تکمیل عمل در صورت قصور ضمانت‌خواه را عملی دانسته که بانک به‌عنوان عامل، قصد انجام آن را دارد؛ اما در اشکال دوم، عمل بانک را همین ضامن شدن دانسته است.

دوم؛ تصویر ابتدایی ایشان با ضمانت‌نامه‌های بانکی رایج متفاوت است؛ زیرا بانک تکمیل عمل را متعهد نمی‌شود و تنها متعهد به پرداخت مبلغ معین است. سوم؛ از سوی دیگر، تصویر جعاله در کلام بزرگان با تصویری که ایشان ارائه داده، تفاوت جدی دارد. در کلام بزرگانی همچون محقق خویی و شهید صدر، تصویر جعاله برای تصحیح کارمزد دریافتی توسط بانک است، و عمل بانک نیز ضامن شدن است که با انجام آن، مستحق دریافت کارمزد (مال الجعل) می‌شود. بانک‌ها نیز کارمزد را به صرف صدور ضمانت‌نامه از ضمانت‌خواه می‌گیرند؛ هرچند در صورت کاهش مدت ضمانت‌نامه، بخشی از آن را به ضمانت‌خواه، پس می‌دهند. بر پایه این تحلیل، بانک در قالب عقد لازم ضمانت، متعهد به پرداخت مبلغ معین به ذی‌نفع است؛ نه آنکه در قالب عقد جایز جعاله، متعهد به پرداخت مبلغ معین باشد. در نتیجه، ذمه بانک به عمل به تعهد خویش مشغول شده، و در صورت پرداخت مبلغ، ذمه ضمانت‌خواه به نفع بانک مشغول می‌شود.

دومین تصویر جعاله در کلام ایشان آن است که ذی‌نفع به‌عنوان جاعل و بانک به‌عنوان عامل تلقی شود. این تصویر نیز افزون بر اشکالات بالا، مواجهه با دو اشکال است. نخست: لازمه آن این است که ذمه ذی‌نفع به نفع بانک مشغول شود؛ در حالی که در ضمانت‌نامه‌های مرسوم، در صورت عمل نکردن ضمانت‌خواه به تعهدات خویش، ذمه بانک به نفع ذی‌نفع مشغول می‌شود. دوم: در جعاله صرفاً ذمه جاعل مشغول می‌شود؛ در حالی که در ضمانت‌نامه، ذمه ضمانت‌خواه مشغول می‌شود و باید مبلغ ضمانت‌نامه افزون بر کارمزد را به بانک پرداخت کند؛ در حالی که بر پایه این توجیه، ضمانت‌خواه از عقد جعاله اجنبی است.

دیدگاه دوم: کفالت مالی تعهد ناشی از شرط نتیجه و دریافت کارمزد در قالب جعاله
 شیخ حسین حلی، پس از بیان سه احتمال وعده صرف، جعاله و تصالح، احتمال تصحیح ضمانت‌نامه در قالب کفالت مستحدث را پذیرفته و این وجه را از استاد خویش نقل می‌کند.^۱ دو طرف در دیدگاه ایشان، بانک (کفیل) و ضمانت‌خواه (مکفول) است و بانک متعهد می‌شود مبلغ معین را به ذی‌نفع (مکفول له) پرداخت کند. تفاوت این کفالت نوپدید با کفالت

۱. ظاهراً مراد ایشان از استاد، محقق نایینی است؛ اما در کلمات نایینی بحثی درباره ضمانت‌نامه بانکی یافت نشد.

مصطلح شرعی آن است که در کفالت مصطلح، کفیل متعهد به احضار نفس است و متعهد به پرداخت مال نیست و دو طرف کفالت مصطلح، کفیل و مکفول له هستند؛ در حالی که در ضمانت‌نامه بانکی، کفیل (بانک) و مکفول (ضمانت‌خواه) عقد را منعقد می‌کنند.^۱

محقق سیستمی تعهد ضمانت‌خواه به پرداخت مبلغ معین به ذی‌نفع را در قالب شرط ضمن عقد اجاره تحلیل کرده است. ایشان تعهد بانک در ضمانت‌نامه را در قالب کفالت مالی دانسته و در تفاوت بین کفالت مالی و ضمان می‌گوید: در ضمان، ذمه ضامن مدیون به دین مضمون‌عنه می‌شود. به همین دلیل در صورت مرگ ضامن پیش از وفا، این دین از اموال ضامن برداشت شده و بر ارث مقدم است؛ در حالی که در کفالت مالی، ذمه کفیل به دین مکفول مشغول نمی‌شود و تنها متعهد به ادای دین کفیل است. به همین دلیل در صورت مرگ کفیل پیش از ادا، دین از اموال کفیل برداشته نمی‌شود. ایشان کارمزد را در قالب جعاله تحلیل کرده و رجوع بانک به ضمانت‌خواه را در صورت پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه اینگونه توجیه کرده که کفالت به طلب ضمانت‌خواه (مکفول) بوده و به همین دلیل بانک (کفیل) می‌تواند به ضمانت‌خواه رجوع کند.^۲

با توجه به تقریب ارائه شده در این دیدگاه از کفالت و تفاوت آن با کفالت اصطلاحی، همچنین نزدیکی زیاد این تقریب با ضمان تعهد، این احتمال قوت دارد که بین دیدگاه نخست و دوم تفاوتی وجود نداشته باشد، و مراد از کفالت مالی یا کفالت مستحدث، همان ضمان تعهد باشد.

دیدگاه سوم: تعهد مستقل

شهید محمد صدر ضمانت‌نامه ابتدایی و نهایی را در قالب تعهد مستقل تصحیح کرده، می‌گوید: هرچند فقیهان بر عدم وجوب وفا به وعده ابتدایی اتفاق نظر دارند، اما این اجماع وعده‌ای را که به منزله معامله است، شامل نمی‌شود و به همین دلیل می‌توان با تمسک به عموماتی مانند «المؤمنون عند شروطهم»، صحت و لزوم عمل به این نوع وعده‌های ابتدایی

۱. حلی، بحوث فقهیه، ص ۱۱۰.

۲. سیستمی، المسائل المنتخبة، ص ۵۵۱.

را اثبات کرد. کارمزد دریافتی از طرف بانک نیز در قالب جعاله نیست؛ بلکه به این دلیل است که بانک نفعی را به دو طرف معامله یا یکی از آنها رسانده است و قصد او در رساندن این نفع، تبرع و مجانی نبوده است و به همین دلیل از اجرت برخوردار است.^۱

در ماده ۱۲ دستورالعمل صدور ضمانت‌نامه‌های بانکی که در سال ۱۳۹۶ ش به تصویب شورای پول و اعتبار رسیده است، ضمانت‌نامه‌های بانکی به‌عنوان قراردادی مستقل و ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی تعریف شده است. در ماده ۱۲ دستورالعمل آمده است: «مؤسسه اعتباری ضمانت‌نامه را با استناد ماده (۱۰) قانون مدنی صادر می‌نماید. تعهدات ناشی از صدور ضمانت‌نامه از رابطه پایه و سایر روابط و قراردادهای مربوط مستقل بوده و اختلافات میان ضمانت‌خواه و ذی‌نفع و یا ایرادات و ادعاهای مربوط به آنها، در تعهد مؤسسه اعتباری به پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع، مؤثر نخواهد بود.»

در ماده ۱۰ قانون مدنی آمده است: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.»

این ماده، به اصل آزادی قراردادی اشاره دارد و بر پایه آن، تمام عقود که با توافق دو طرف منعقد می‌شود- تا زمانی که مخالف قانون نباشد- نافذ است.

دیدگاه چهارم: وکالت

آقای عباس کاشف الغطا برای تحلیل ضمانت‌نامه دو تحلیل ضمان و وکالت را ارائه کرده است. ایشان در تحلیل وکالت، بانک را وکیل ضمانت‌خواه تصویر کرده که در صورت کوتاهی او از عمل به تعهدات خویش، مبلغ معینی را به ذی‌نفع پرداخت کند. این وکالت، عمل مشروعی است و وکیل می‌تواند در قبال اعمالی که از طرف موکل انجام می‌دهد، اجرتی را از او مطالبه کند. همچنین در صورت پرداخت مبلغی از طرف موکل، برای دریافت این مبلغ به موکل (ضمانت‌خواه) رجوع می‌کند.^۲

تحلیل ضمانت‌نامه در قالب وکالت با دو اشکال روبرو است:

۱. صدر، ماوراء الفقه، ج ۴، ص ۱۲۴.

۲. کاشف الغطا، المعاملات المصرفية، ص ۱۸۴.

یکم؛ وکالت عقد جایز است و وکیل (بانک) می‌تواند آن را فسخ کند؛ در حالی که تعهد بانک به پرداخت مبلغ، تعهد لازم و غیرقابل برگشت است. بین بانک و ضمانت‌خواه نیز عقد لازمی منعقد نشده که وکالت بانک در قالب آن عقد شرط شده باشد تا عزل وکیل ممکن نباشد. دوم؛ در صورت لازم بودن وکالت، وکیل (بانک) صرفاً در قبال موکل (ضمانت‌خواه) مسئول است و باید عملی را که موکل بر عهده او قرار داده، انجام دهد؛ اما در قبال ذی‌نفع مسئول نیست و تعهدی به ذی‌نفع ندارد. به همین دلیل ذی‌نفع حق مطالبه مبلغ را ندارد و در صورت عمل نکردن بانک به مفاد ضمانت‌نامه، ذی‌نفع نمی‌تواند از او شکایت کند؛ زیرا بانک تعهدی به ذی‌نفع ندارد و تنها متعهد به ضمانت‌خواه است.

جمع‌بندی آرای فقیهان

ضمانت‌نامه‌ها انواع گوناگونی دارند که هفت مورد آنها به روشنی در دستورالعمل بانک مرکزی آمده و بقیه آنها در قالب تبصره، مورد اشاره قرار گرفته است. ضمانت‌نامه‌ها را می‌توان در سه دسته کلی تقسیم کرد:

ضمانت‌نامه ابتدایی: ضمانت‌نامه‌هایی مانند ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده و ضمانت‌نامه‌های صادر برای نهادهای خاص مانند ضمانت‌نامه به نفع سازمان وظیفه، که مبتنی بر دین سابق یا یک قرارداد پایه نیست. در این موارد، بین مناقصه‌گزار و شرکت‌کننده، هیچ دینی وجود ندارد و قرارداد پایه‌ای بین آنها منعقد نشده است.

ضمانت‌نامه پیمانکاری: ضمانت‌نامه‌هایی مانند ضمانت‌نامه حسن اجرای تعهد، ضمانت‌نامه پیش پرداخت و ضمانت‌نامه استرداد کسور وجه الضمان، مبتنی بر قرارداد پیمانکاری است و ذی‌نفع برای حصول اطمینان خاطر از انجام صحیح و به‌موقع تعهدات توسط پیمانکار، ضمانت‌نامه را مطالبه می‌کند. از این نوع ضمانت‌نامه‌ها در سخن فقیهان با نام ضمانت‌نامه نهایی یاد شده است.

ضمانت‌نامه مبتنی بر دین: در ضمانت‌نامه‌هایی مانند ضمانت‌نامه گمرکی و ضمانت‌نامه تعهد پرداخت، ضمانت‌خواه به ذی‌نفع مدیون است و بانک متعهد می‌شود تمام یا بخشی از این بدهی را در سررسید معین پرداخت کند. در دستورالعمل جدید گمرک برای اخذ ضمانت‌نامه بانکی، سررسید ضمانت‌نامه سه ماه تعیین شده است. ضمانت‌نامه تعهد

پرداخت نیز دارای سررسید مشخص است و در مواردی که دیون ضمانت خواه سررسید شده است، بانک پرداخت تمام با بخشی از این دین را در سررسید مشخص، متعهد می‌شود. بحث فقیهان ناظر به ضمانت‌نامه‌های ابتدایی و پیمانکاری است و ایشان اشاره‌ای به ماهیت ضمانت‌نامه مبتنی بر دین ندارند. شاید علت این رفتار، آسان بودن تحلیل این نوع ضمانت‌نامه‌ها در قالب عقد ضمان مؤجل باشد؛ زیرا دین موجودی بین ضمانت خواه و ذی‌نفع وجود دارد و بانک پرداخت این دین در سررسید معین را متعهد می‌شود. حتی می‌توان در این نوع ضمانت‌نامه‌ها، قائل به انتقال دین از ذمه ضمانت خواه به ذمه بانک شد و پرداخت دین پیش از سررسید توسط ضمانت خواه نیز نافی انتقال دین نیست؛ زیرا با پرداخت دین توسط ضمانت خواه، عقد ضمان بدون موضوع شده، منتفی می‌شود و دیگر بر بانک پرداخت مبلغ در سررسید لازم نخواهد بود.

پرسش‌هایی درباره تحلیل ضمان تعهد و کفالت مالی

وجه مشترک دیدگاه نخست و دوم، تصویر شرط بین ضمانت خواه و ذی‌نفع و تعهد بانک به پرداخت این مبلغ است. تحلیل ضمانت‌نامه در این قالب با چند پرسش روبرو است که برخی ناظر به قرارداد پایه و شروط مذکور برای آن، و برخی دیگر به ضمان و ارکان آن ناظر است. همچنین برخی ناظر به تحلیل کارمزد، و برخی دیگر به تحلیل وثیقه‌های دریافت شده توسط بانک نظارت دارد.

پرسش‌های ناظر به قرارداد پایه

ناظر به قرارداد پایه - که ضمانت‌نامه بر پایه آن صادر می‌شود - سه پرسش اصلی وجود دارد:

پرسش نخست: تصریح نداشتن به شرط پرداخت مبلغ معین

بر پایه مبنای معروف، الزام آور بودن شرط زمانی است که ضمن عقد لازم بدان تصریح شده یا اشتراط آن ارتکازی باشد.^۱ در حالی که در بسیاری از قراردادهای پایه به اشتراط پرداخت مبلغ معین بین ذی‌نفع و ضمانت خواه تصریح نشده و اشتراط آن نیز ارتکازی نیست.

۱. انصاری، المکاسب، ج ۶، ص ۵۵.

این مشکل قابل حل است؛ زیرا در ضمن عقد پیمانکاری، شرط می‌شود که پیمانکار ضمانت‌نامه‌ای را با مبلغ مشخص از بانک دریافت کرده و به کارفرما تحویل دهد. در صورت تحلیل ضمانت‌نامه به ضمان تعهد، شرط دریافت ضمانت‌نامه به دو شرط تفکیک می‌شود: الف؛ پیمانکار متعهد به پرداخت مبلغ معین در صورت تخلف از تعهدات خویش شود. ب؛ برای تعهد خویش ضمانت‌نامه‌ای را از بانک دریافت کرده و به کارفرما تحویل دهد.

پرسش دوم: تعلیق شرط فعل یا نتیجه

شرط فعل یا نتیجه متصور در تحلیل، بدین صورت است که مثلاً کارفرما (ذی‌نفع) بر ضد پیمانکار (ضمانت‌خواه) شرط می‌کند که در صورت تکمیل نکردن پروژه در سررسید مشخص، مبلغ مشخصی را به کارفرما پرداخت کند. شرط پرداخت مبلغ معین در این موارد، شرط منجزی نیست؛ بلکه معلق بر تخلف پیمانکار در عمل به تعهدات خویش است.

این اشکال قابل دفع است؛ زیرا بر پایه دیدگاه مشهور^۱، تعلیق در شروط مبطل نیست و تنها تعلیق در عقد موجب بطلان است. شیخ انصاری توهّم بازگشت تعلیق شرط به تعلیق عقد را پاسخ داده، بیان می‌کند: شرط دوختن لباس اگر زید بیاید، به شرط دوختن لباس در صورت آمدن زید بازگشت دارد و این به معنای تعلیق عقد نیست. به نظر ایشان یگانگی معنایی این دو بیان، باعث تعلیق عقد و بطلان آن نیست. به همین دلیل فقیهان بین دو بیان تفکیک کرده‌اند: «تو وکیل من هستی اگر اول ماه بیاید در اینکه خانه مرا بفروشی.» و «تو وکیل من هستی در اینکه خانه مرا بفروشی اگر اول ماه بیاید.» و به تعلیق عقد در بیان نخست و بطلان عقد باور پیدا کرده‌اند؛ در حالی که عقد دوم را منجز دانسته، صحیح می‌دانند. در تحلیل صحت شرط به نحو معلق، بیان شده که التزام موجود در شرط به شکل منجز، ثابت شده و به صرف صحت عقد، تحقق می‌یابد و تعلیق در متعلق التزامی است که به واسطه شرط ثابت شده است؛ نه آنکه نفس التزام شرطی معلق باشد.^۲

ماهیچه
پژوهش‌های قضایی

سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۴

۱. همان، ص ۵۷؛ یزدی، العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۱۳۵.

۲. خوبی، الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود، ج ۱، ص ۱۷۲.

پرسش سوم: لزوم ضمانت‌نامه‌های ابتدایی در عرف بانکداری

بنابر دیدگاه مشهور فقیهان، شروط ابتدایی الزام‌آور نیستند. به همین دلیل، در مواردی که قراردادی بین ذی‌نفع و ضمانت‌خواه منعقد نشده، اما با این حال ضمانت‌نامه صادر می‌شود، پرداخت وجه بر ضمانت‌خواه لازم نخواهد بود. مانند ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده و همچنین ضمانت‌نامه‌های متفرقه‌ای مانند ضمانت‌نامه به نفع سازمان وظیفه. با فرض عدم لزوم وفای به شرط بر ضمانت‌خواه، دین یا تعهدی برای ضمانت‌خواه ایجاد نشده است تا ضمانت آن صحیح باشد. در نتیجه بازگشت ضمانت بانک به وعده ابتدایی است و عمل به این وعده نیز بر بانک الزام‌آور نیست. در حالی که تمام ضمانت‌نامه‌ها در عرف بانکداری لازم و غیرقابل برگشت هستند.

فقیهانی که ضمانت‌نامه را به ضمانت تعهد تفسیر کرده‌اند، این اشکال را پذیرفته، و قائل به الزام‌آور نبودن ضمانت‌نامه ابتدایی بر بانک شده‌اند. هرچند برای الزام‌آور شدن ضمانت‌نامه‌های ابتدایی نیز می‌توان شرط پرداخت مبلغ را در قالب عقدی مانند صلح، تصویر کرد. بدین صورت که در قالب عقد صلح، شرط شود اگر شرکت‌کننده در مزایده برنده شود و از انعقاد قرارداد اصلی استنکاف کند، مبلغ معینی را به مزایده‌گزار پرداخت نماید. بانک نیز پرداخت کردن این مبلغ معین را ضمانت می‌کند.

باید دقت داشت: وظیفه فقیه، تحلیل فقهی قراردادها و بیان حکم شرعی آنهاست و موظف نیست قراردادها را تصحیح کرده، آثاری را که از نظر عرفی بر آنها مترتب است، در شرع نیز ثابت بداند. به همین دلیل، فقیهانی که تحلیل ضمانت تعهد را مطرح کرده‌اند، ضمانت‌نامه‌های ابتدایی را الزام‌آور نمی‌دانند و برای لزوم آن تخریح فقهی را باور ندارند. از سوی دیگر، آثاری که از نظر عرفی بر قرارداد بار می‌شود، اصلی‌ترین راهکار برای تشخیص ماهیت قرارداد و قصد دو طرف قرارداد است. به همین دلیل باید در نگاه به آثار عرفی قرارداد، نهایت دقت را به خرج داد و با توجه به آن، ماهیت فقهی قرارداد را تحلیل نمود؛ اما این امر بدان معنا نیست که این اثر، شرعی نیز هست و ممکن است ترتب اثر از نظر شرعی، انکار شود.

یادآوری این نکته ضروری است که بر پایه دیدگاه الزام‌آور بودن شروط ابتدایی،

ضمانت‌نامه‌های ابتدایی در قالب عقد ضمان قابل تحلیل است و بر بانک الزام‌آور خواهد بود؛ زیرا تعهد ضمانت‌خواه به ذی‌نفع به پرداخت مبلغ معین در صورت تخلف، تعهدی الزام‌آور است و بانک می‌تواند این تعهد را ضمانت کند.

پرسش‌هایی ناظر به ضمان و ارکان آن

ناظر به تحلیل ضمانت‌نامه در قالب عقد ضمان، پرسش‌هایی قابل طرح است.

پرسش نخست: شناسایی دو طرف عقد در ضمانت‌نامه

موجب در عقد ضمان، ضامن (بانک) و قابل آن مضمون له (ذی‌نفع) است؛ در حالی که در فرآیند صدور ضمانت‌نامه، عملیات حقوقی بین ضامن (بانک) و مضمون‌عنه (ضمانت‌خواه) تحقق می‌یابد.

این مشکل به دو شکل قابل حل است:

یکم؛ در انعقاد قرارداد ضمان، مضمون‌عنه (ضمانت‌خواه) را وکیل از طرف مضمون له (ذی‌نفع) تصویر کنیم. با این فرض، موالات بین ایجاب و قبول عقد ضمان رعایت شده، و وکیل مضمون له از طرف او عقد ضمان را قبول می‌کند. هرچند در بیشتر ضمانت‌نامه‌ها ذی‌نفع از ضمانت‌خواه مطالبه مراجعه به بانک و دریافت ضمانت‌نامه را دارد و همین درخواست را می‌توان نوعی توکیل از طرف ذی‌نفع تصویر کرد، اما در برخی از ضمانت‌نامه‌ها، ذی‌نفع ابتداءً درخواست ضمانت‌نامه نداشته و ضمانت‌خواه مستقلاً اقدام به دریافت ضمانت‌نامه به نفع ذی‌نفع می‌کند. در این موارد می‌توان ضمانت‌خواه را فضولی دانست که نتیجه آن تحقق عقد و توقف نفوذ آن بر رضایت ذی‌نفع است.

دوم؛ بانک با صدور ضمانت‌نامه، عقد ضمان را ایجاب کرده و مضمون له (ذی‌نفع) با دریافت ضمانت‌نامه از مضمون‌عنه (ضمانت‌خواه)، آن را قبول می‌کند. هرچند با این تحلیل موالات بین ایجاب و قبول رعایت نشده است، اما بر پایه دیدگاه برخی از فقیهان در تمام عقود^۱ و برخی در خصوص عقد ضمان^۲، رعایت موالات بین ایجاب و قبول شرط نیست.

۱. اصفهانی، حاشیه کتاب المكاسب، ج ۱، ص ۲۸۴.

۲. یزدی، العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۴۰۰.

پرسش دوم: نبود دین فعلی در ضمانت نامه

متعلق ضمان یا کفالت منعقد شده از ناحیه بانک، تعهد به پرداخت مبلغ معین در صورت تخلف ضمانت خواه از تعهدات خویش است؛ بدون آنکه به صورت فعلی، دینی وجود داشته باشد که با عقد ضمان، دین از ذمه مضمون عنه (ضمانت خواه) به ذمه ضامن (بانک) منتقل شده باشد یا ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه ضمیمه شود. در حالی که مشهور فقیهان شیعه ماهیت ضمان را نقل دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن می دانند و مشهور فقیهان اهل سنت، ماهیت ضمان را ضم ذمه به ذمه دانسته اند.^۱

آقای محمد سنّده، ضمان موجود در ضمانت نامه را متفاوت با ضمان اصطلاحی دانسته و آن را ضمان تعهد به فعل دانسته است. بدین معنا که ضمانت خواه متعهد به ادای مبلغ معینی است و بانک ادای آن را تعهد کرده است. در این موارد، دین بالفعلی وجود ندارد که با ضمان به ذمه ضامن منتقل شود. تفاوت دیگر ضمان تعهد با ضمان اصطلاحی آن است که ضامن پس از انشاء ضمان، بدهکار نیست و حتی می توان گفت مضمون عنه نیز بدهکار نیست. به همین دلیل در صورت فوت ضامن، از اموال او برداشته نمی شود. پس از تحقق شرط و عمل نکردن ضمانت خواه به تعهدات خویش نیز دو دیدگاه وجود دارد و برخی ضامن را بدهکار به مبلغ می دانند و به همین دلیل در فرض فوت شدن ضامن، مبلغ از ترکه ضامن برداشته می شود. برخی نیز ضامن را بدهکار نمی دانند و تنها حق مالی را بر عهده ضامن می دانند؛ به همین دلیل در فرض فوت شدن ضامن، مبلغ از ترکه برداشته نمی شود. برخلاف ضمان اصطلاحی، که به محض انشای ضمان، ضامن بدهکار می شود و پس از فوت ضامن، دین از اموال او برداشته می شود. ایشان این نوع ضمان را مشروع دانسته و برای تصحیح آن به دو دلیل تمسک کرده است: نخست آنکه، این نوع ضمان، ضمان جدیدی است که عقلا آن را پذیرفته اند و برای تصحیح آن می توان به مطلقات ضمان یا عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تمسک جست. البته تمسک به این عموم در صورتی صحیح است که عقد، ماهیت متفاوتی با عقود متعارف داشته باشد و شرایط عمومی مانند غرری و ربوی نبودن، در آن رعایت شده باشد. دوم آنکه، در موارد خاصی مانند ضمان تسلیم مبیع یا ضمان درک ثمن،

مباحثات
پژوهش های قضایی

واکاوی تطبیق ضمانت نامه های بانکی در قالب ضمان تعهد و جهاله

۱. طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۳۱۴.

فقیهان به صحت ضمان فتوا داده‌اند. در این موارد دینی وجود ندارد که ضمان اصطلاحی در آن تحقق یافته باشد؛ بلکه در آنها ضامن، تعهد بائع به تسلیم مبیع یا تعهد او به برگرداندن ثمن در صورت بطلان عقد را ضمانت کرده است.^۱ این تحلیل قابل پذیرش است و بر اساس آن، می‌توان تعهد مضمون‌عنه را به نفع مضمون له، ضمانت کرد.

پرسش سوم: استقلال ضمانت‌نامه در عرف بانکداری در صورت کشف بطلان یا فسخ عقدی که در آن پرداخت مبلغ شرط شده، ضمان یا کفالت بانک باطل خواهد شد؛ زیرا دین یا تعهدی موجود نیست تا بانک پرداخت آن را تعهد کرده باشد. در حالی که در عرف بانکداری و بر پایه دستورالعمل صادر شده از سوی بانک مرکزی، ضمانت‌نامه مستقل از قرارداد پایه است.^۲ مثلاً در صورتی که متعلق عقد اجاره، عمل نفس اجیر باشد و اجیر توانایی انجام عمل را نداشته باشد، عقد اجاره باطل است و شرط پرداخت مبلغ نیز به تبع بطلان عقد، باطل می‌شود. با بطلان تعهد به پرداخت مبلغ معین، موضوع ضمان نیز منتفی شده، و ضمان نیز باطل خواهد بود. در نتیجه پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه بر بانک لازم نیست. در حالی که یکی از اهداف اصلی ذی‌نفع برای درخواست ضمانت‌نامه، اطمینان خاطر است که در صورت ناتوانی پیمانکار از عمل به تعهدات خویش، خسارت‌های خود را ناشی از این اتفاق، جبران کند.

برای حل این مشکل، برخی از فقیهان اشتراط پرداخت مبلغ معین را در ضمن عقد دیگری مانند صلح، پیشنهاد داده‌اند؛ به این صورت که ذی‌نفع و ضمانت‌خواه در ضمن عقد دیگری به جز اجاره، این شرط را بیاورند تا در صورت بطلان عقد اجاره یا حتی فسخ آن، تعهد ضمانت‌خواه و به تبع آن، ضمان بانک باقی باشد.^۳

۱. سند، فقه المصارفة و النقود، ص ۳۹۳.

۲. در ماده ۱۲ دستورالعمل صدور ضمانت‌نامه آمده است:

«تعهدات ناشی از صدور ضمانت‌نامه از رابطه پایه و سایر روابط و قراردادهای مربوط، مستقل بوده و اختلافات میان ضمانت‌خواه و ذی‌نفع و یا ایرادات و ادعاهای مربوط به آنها، در تعهد مؤسسه اعتباری به پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع، مؤثر نخواهد بود.»

۳. سند، فقه المصارف و النقود، ص ۳۹۵.

هرچند این راهکار می‌تواند در صورت بطلان یا فسخ قرارداد پایه، صحت و لزوم ضمان بانک را حفظ کند، اما لوازمی دارد که در عرف بانکداری، بدان ملتزم نیستند. مثلاً اگر قرارداد پایه با حکم قانونی ابطال شود، شرط در ضمن عقد صلح پابرجاست و بر بانک لازم است در صورت مطالبه ذی‌نفع، مبلغ ضمانت‌نامه را پرداخت کند و می‌تواند در صورت پرداخت مبلغ، به ضمانت‌خواه رجوع کند. در حالی که ضمانت‌نامه، جدا از قرارداد پایه نیست و در این موارد، ذی‌نفع ملزم به پس دادن ضمانت‌نامه است و از نظر عرف و قانون حق ندارد مبلغ ضمانت‌نامه را مطالبه کند. با توجه به این نکات، به نظر می‌رسد این اشکال به صرف شرط پرداخت مبلغ معین در ضمن عقد دیگری غیر از قرارداد پایه، حل نمی‌شود. مگر آنکه در ضمن این عقد، شرط به صورت مضیق آورده شود.

یادآوری این نکته لازم است که هرچند ضمانت‌نامه مستقل از قرارداد پایه تصویر شده، اما این استقلال تنها در ظاهر است و در واقع ضمانت‌نامه تابع قرارداد پایه است. مراد از استقلال این است که به صرف مطالبه ذی‌نفع و اعلام او در تخلف ضمانت‌خواه در عمل به تعهدات خویش، بانک به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه موظف است. این مطلب به معنای استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه نیست؛ بلکه بدین معناست که قول ذی‌نفع در اثبات تخلف ضمانت‌خواه ملاک عمل است و ضمانت‌خواه در صورتی که به تعهدات خویش به شکل کامل عمل کرده باشد، می‌تواند با مراجعه به دادگاه و اثبات آن، مبلغ پرداختی توسط بانک را از ذی‌نفع باز پس گیرد. این معنای استقلال را می‌توان در قالب شرط در ضمن عقد ضمانت تحلیل کرد. بدین صورت که بانک در ضمن ضمانت‌نامه شرط کرده که قول ذی‌نفع مثبت تخلف ضمانت‌خواه باشد و وارد مباحث حقوقی بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع نشود. مرتبط بودن این شرط به فعل ضمانت‌خواه، نافی صحت این شرط نیست؛ زیرا فرض آن است که ضمانت‌خواه با مراجعه به بانک و مطالبه ضمانت‌نامه با چنین شرطی، به این شرط رضایت داده و پذیرفته است که مثبت تخلف او در رابطه حقوقی بین بانک و ذی‌نفع، قول ذی‌نفع باشد.

مناجیات
پرونده‌های قضایی

واکوری تحلیل ضمانت‌نامه‌های بانکی در قالب ضمانت‌تعهد و جعاله

پرسش چهارم: ضمان موقت

ضمانت‌نامه صادر شده توسط بانک، معمولاً یکساله است؛ هرچند قابلیت تمدید نیز دارد. به همین دلیل در صورت تحلیل آن در قالب عقد ضمان، باید صحت اشتراط زمان در عقد ضمان را پذیرفت.

هرچند علامه حلی کفالت موقت را صحیح دانسته^۱، اما تصریحی به صحت ضمان موقت در کتب فقهی یافت نشد. با این حال در کتب فقهی دو مطلب درباره ضمان پذیرفته شده است:

اول. ضمان مؤجل: بدین معنا که ضامن و مضمون له می‌توانند برای زمان پرداخت دین توسط ضامن، اجلی را تعیین کنند که پیش از آن بر ضامن پرداخت دین، لازم نباشد. بر این مطلب ادعای اجماع شده است.^۲

دوم. اشتراط خیار در عقد ضمان: مشهور فقیهان قائل به صحت اشتراط خیار در عقد ضمان هستند^۳؛ به این معنا که ضامن حق داشته باشد که عقد ضمان را فسخ کند.

این دو مبنا، به صورت صریح ناظر به شرط زمان در عقد ضمان نیستند؛ زیرا ضمان مؤجل تنها ناظر به زمان ابتدایی لزوم پرداخت دین توسط ضامن است و ناظر به اتمام ضمان با گذشت زمان مشخص نیست. در بحث اشتراط خیار نیز به این مطلب پرداخته شده که ضمان قابلیت فسخ به واسطه شرط خیار را دارد و در این باره بحث نشده که ضمان می‌تواند با گذشت زمان، خود به خود به اتمام برسد.

با این حال، به نظر می‌رسد با پذیرش قابلیت فسخ عقد ضمان به واسطه شرط خیار، بتوان قائل به صحت توقیت در ضمان شد. بازگشت توقیت، به شرط نتیجه اتمام قرارداد ضمان است که با فرض قابلیت فسخ عقد ضمان، پذیرش توقیت مشکل نیست.

۱. علامه حلی، تحریر الأحكام، ج ۲، ص ۵۶۹.

۲. عاملی، مفتاح الكرامة، ج ۱۶، ص ۳۵۴.

۳. طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۳۷۷؛ طوسی، المبسوط في فقه الإمامية، ج ۳، ص ۳۵؛ محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۵، ص ۳۰۹؛ عاملی، مفتاح الكرامة، ج ۱۶، ص ۳۵۳؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۶۲؛ یزدی، العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۴۱۳؛ حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، ص ۲۸۰.

پرسش پنجم: ضمان پیش از ثبوت تعهد

معمولاً کارفرما پیش از قرارداد پایه و پیش از ایجاد تعهد برای ضمانت خواه، درخواست ضمانت نامه حسن اجرای تعهد دارد. در حالی که بر پایه تحلیل ضمان، در ضمن عقد اجاره (پیمانکاری) شرط می شود که در صورت تخلف پیمانکار از عمل به تعهدات خویش، مبلغ معینی را بپردازد و بانک نیز تعهد به پرداخت مبلغ را ضمانت می کند. با این فرض، این پرسش وجود دارد که آیا صدور ضمانت نامه در این موارد، مصداق ضمان ما لم یجب نیست و آیا می توان این نوع ترتیبات اداری انعقاد قرارداد را در قالب یک ماهیت فقهی تحلیل کرد؟ دقت در فرایند انعقاد قرارداد پیمانکاری پاسخ این پرسش را روشن می کند. معمولاً کارفرما برای انعقاد قرارداد پیمانکاری، مناقصه برگزار می کند و از شرکت کنندگان در مناقصه ضمانت نامه شرکت در مناقصه را دریافت می کند. این ضمانت نامه تا انعقاد قرارداد توسط برنده و تحویل ضمانت نامه حسن اجرای تعهد نزد کارفرما باقی می ماند. در این موارد ابتدا قرارداد پیمانکاری منعقد می شود و ذیل آن شرط می شود که ضمانت نامه حسن اجرای تعهد دریافت شود. با این فرض، دریافت ضمانت نامه حسن اجرای تعهد پیش از انعقاد قرارداد پایه و ایجاد تعهد نیست.

مناجبات

پژوهشهای قضایی

واکاوی تحویل ضمانت نامه های بانکی در قالب ضمان تعهد و جعاله

در مواردی که قرارداد پیمانکاری بدون برگزاری مناقصه و تحویل ضمانت نامه شرکت در مناقصه منعقد می شود، می توان گفت: ضمان ما لم یجب در صورتی باطل است که پس از اتمام ایجاب و قبول، تعهد یا دین ثابت گردد و پیش از ثبوت دین یا تعهد، عقد ضمان تکمیل شده باشد؛ در حالی که این اتفاق در قراردادهای پیمانکاری رخ نمی دهد. هرچند بانک (ضامن) ایجاب عقد را پیش از تحقق تعهد منعقد کرده است، اما قبول آن توسط ذی نفع که با تحویل ضمانت نامه است، همزمان یا پس از انعقاد قرارداد پیمانکاری و ثبوت تعهد، رخ می دهد و همین میزان در خروج مورد از ضمان ما لم یجب کفایت می کند. به عبارت دیگر، لازم نیست که پیش از ضمان، دین یا تعهد ثابت باشد؛ بلکه همزمان بودن تحقق تعهد و ضمان در خروج مورد از ضمان ما لم یجب کفایت می کند.

پرسشی ناظر به تحلیل کارمزد: جعاله بر عمل انشائی ضمان

در تحلیل ضمان تعهد و کفالت مالی، کارمزد دریافتی توسط بانک در قالب عقد جعاله تعریف شده است. برخی از بانک‌ها مانند بانک تجارت، قرارداد صدور ضمانت‌نامه را ذیل عنوان جعاله منعقد می‌کنند. در قرارداد جعاله، ضمانت‌خواه به‌عنوان جاعل، و بانک به‌عنوان عامل هستند و بانک از ضمانت‌خواه مبلغی را در مقابل ضامن شدن به نفع ذی‌نفع و صدور ضمانت‌نامه دریافت می‌کند. کارمزد دریافتی توسط بانک، با توجه به مبلغ و نوع ضمانت‌نامه و وثایق دریافتی توسط بانک متفاوت است.

محقق جواهری دریافت کارمزد در مقابل ضامن شدن را جایز نمی‌داند؛ زیرا نفس انشای ضمان از مقوله لفظ است و مالیت ندارد و مالی که بانک به ذی‌نفع پرداخت می‌کند نیز بر عهده ضمانت‌خواه است و بانک حق ندارد بیش از پولی که پرداخت کرده را از ضمانت‌خواه (مضمون‌عنه) مطالبه کند. وی می‌گوید: صرف ارزش پیدا کردن تعهد ضمانت‌خواه به واسطه ضمان بانک، باعث آن نیست که بانک حق داشته باشد برای ضامن شدن، کارمزد دریافت کند؛ مانند قرض که عقد ارفاق است و بانک نمی‌تواند در مقابل ارزش پیدا کردن التزامات قرض گیرنده، در مقابل قرض دادن، مالی را از قرض گیرنده مطالبه کند و تجویز مطالبه عوض در حقیقت نوعی حيله برای تجویز رباست. البته ایشان دریافت کارمزد را در برابر تشریفات اداری صدور ضمانت‌نامه، بدون اشکال می‌داند.^۱

اما به نظر می‌رسد خود انشای ضمان، مالیت دارد و اخذ اجرت در مقابل آن بدون اشکال است. فقیهان تصریح کرده‌اند که وکیل می‌تواند برای صرف انشای عقد نکاح، اجرت دریافت کند.^۲ برخی تصریح نموده‌اند که بین نکاح و سایر عقود، تفاوتی نیست و اخذ اجرت بر انشای همه عقود و ایقاعات جایز است.^۳ سید عاملی در بیان اینکه چرا فقیهان تنها عقد نکاح را تخصیص به ذکر داده‌اند، بر این باور است که جواز دریافت اجرت

۱. جواهری، المناقصات، مجلة فقه اهل البيت (عربی)، ش ۵ و ۶، ص ۲۰۰.

۲. «ولا بأس بأخذ الأجرة على عقد النكاح.» محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۵؛ علامه حلی، تحریر الأحكام، ج ۲، ص ۲۶۵.

۳. فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ج ۲، ص ۱۵؛ صیمری، غایة المرام، ج ۲، ص ۶؛ طباطبائی حائری، ریاض المسائل، ج ۸، ص ۱۸۶؛ حکیم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۷.

در سایر عقود روشن است، ولی به دلیل شباهت نکاح به عبادات، احتمال جایز نبودن اخذ اجرت درباره آن وجود دارد.^۱ هرچند کلام فقیهان درباره وکیل است که از یک طرف یا دو طرف عقد نایب می‌شود و بحث حاضر درباره نفس ضامن است که خود او یکی از دو طرف عقد است، اما از این حکم برداشت می‌شود که انشای عقد، مالیت دارد و از این ناحیه مشکلی در آن وجود ندارد. پس دریافت اجرت توسط بانک در قبال خود ضامن شدن و انشای آن، بدون اشکال است. از سوی دیگر، بانک می‌تواند در برابر عملیات اداری صدور ضمانت‌نامه که عمل محترمی است و مالیت دارد، کارمزد دریافت کند.

پرسشی ناظر به تحلیل فقهی وثایق دریافتی توسط بانک

در ماده ۲ آیین‌نامه صدور ضمانت‌نامه و ظهرنویسی از طرف بانک‌ها که در تاریخ ۱۳۸۰/۲/۲۹ ش از طرف بانک مرکزی ابلاغ شده، انواع وثایق بانک‌ها برای صدور ضمانت‌نامه این‌گونه بیان شده است: «الف؛ وجه نقد یا طلا یا اسناد خزانه یا اوراق قرضه دولتی یا اوراق مشارکت منتشر شده بر اساس مجوز بانک مرکزی یا سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار یا اوراق قرض الحسنه یا حساب‌های ارزی شامل حساب‌های سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار ارزی و قرض الحسنه جاری و پس‌انداز ارزی نزد بانک صادرکننده ضمانت‌نامه. ب؛ تضمین بانک‌ها یا مؤسسات اعتباری غیر بانکی معتبر خارجی. ج؛ سفته با دو امضای قابل قبول بانک - اموال غیر منقول - برگه وثیقه انبارهای عمومی مربوط به کالا - سهام شرکت‌هایی که در بورس پذیرفته شده باشد - کشتی و هواپیما.»

در تبصره (۲) آمده است: «غیر از وثایق پیش‌بینی شده در این آیین‌نامه، بانک مرکزی می‌تواند حسب مقتضیات روز وثایق دیگری را پیش‌بینی و صورت لزوم به بانک‌ها اعلام نماید.» در ماده ۴۶ دستورالعمل صدور ضمانت‌نامه‌های ریالی شماره ۴۳۵۲۲ مورخ ۱۰۹/۲۱/۱۳۹۶ ش بانک مرکزی، آمده است: «نوع و میزان وثایق بابت صدور انواع ضمانت‌نامه، بر اساس ضوابطی تعیین خواهد شد که هیأت مدیره مؤسسه اعتباری، تعیین و ابلاغ می‌نماید. هیأت مدیره مؤسسه اعتباری موظف است وثایق موضوع این ماده را به نحوی

۱. عاملی، مفتاح‌الکرامه، ج ۱۲، ص ۳۳۰.

تعیین نماید که معتبر، سهل البیع، قابل نقل و انتقال، از درجه نقدشوندگی بالا برخوردار و بلا معارض باشد تا در صورت عدم ایفای تعهدات از سوی ضمانت‌خواه، حقوق مؤسسه اعتباری در حداقل زمان و با کمترین هزینه، استیفاء شود.»

در تحلیل ضمانت‌نامه به ضمانت‌تعهد یا کفالت مالی توسط فقیهان، ماهیت فقهی وثایق دریافتی توسط بانک تحلیل نشده است. به نظر می‌رسد تنوع وثایق مانع از تحلیل تمام آنها در قالبی یکپارچه است و از این رو باید به شکل مجزا تحلیل شوند:

یکم. رهن؛ برخی از وثایق مانند طلا، اموال غیر منقول، کشتی و هواپیما، در قالب عقد رهن تحلیل می‌شوند. در این موارد، بانک به‌عنوان مرتهن، و ضمانت‌خواه به‌عنوان راهن است و بانک حق تصرف در این اموال و فروش آنها را پیش از سررسید و تخلف ضمانت‌خواه از پرداخت دیون خود، ندارد. در این موارد، در عقد رهن شرط وکالت و وصایت شده است و به همین دلیل بانک می‌تواند حتی پس از فوت ضمانت‌خواه، طلب خود را از عین مرهونه‌ای که در اختیار دارد، استیفاء کند. البته به صورت متعارف، شرط وکالت و وصایت در فرم قراردادهای صدور ضمانت‌نامه در قالب قرارداد صدور ضمانت‌نامه و عقد صلح تصویر شده است. در ماده ۵ یکی از این قراردادها آمده است: «بانک به محض مطالبه ذی‌نفع یا پرداخت وجه الضمان حق دارد وجه آن همراه سایر هزینه‌های معموله را از مضمون‌عنه مطالبه، وصول و دریافت نماید. مضمون‌عنه به موجب این قرارداد و ضمن عقد صلح بلا عوض خارج لازم به بانک اجازه، اختیار، وصایت و وکالت بلاعزل با سلب حق نصب وکیل و ضمّ امین و سلب انجام مورد وکالت اعطاء نمود که به موجب آن بانک معادل وجه ضمانت‌نامه به همراه کارمزد و سایر هزینه‌های مربوط را به تشخیص خود از هرگونه وجه نقد در اختیار و یا هرگونه موجودی حساب‌های مضمون‌عنه و سایر اموال و دارایی‌های مضمون‌عنه نزد خود یا سایر بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری برداشت نماید.»

باید دقت داشت: قرارداد صدور ضمانت‌نامه در تحلیل فقهی، عقد جعاله است و در دیدگاه مشهور جعاله عقدی جایز است^۱ و شروط در ضمن آن الزام‌آور نیست. البته می‌توان

۱. همان، ج ۱۷، ص ۸۷۷.

قرارداد صدور ضمانت‌نامه در عقد اجاره را تصویر کرد که بر پایه آن، شروط ضمن آن الزام‌آور خواهند بود. از سوی دیگر، صلح مذکور در فرم صدور ضمانت‌نامه تحقق خارجی نمی‌یابد و در این ماده صرفاً از آن نام برده شده است. به همین دلیل بهتر آن است که قرارداد صدور ضمانت‌نامه در قالب عقد اجاره منعقد شود و وکالت و وصایت ضمن همین عقد شرط شود. همچنین شرط وکالت و وصایت در عقد رهن وثایق، بنابر دیدگاه مشهور بدون اشکال است و با اشتراط آن در عقد وکالت، فسخ وکالت از ناحیه رهن ممکن نخواهد بود.^۱ برگه وثیقه انبارهای عمومی مربوط به کالا نیز در چارچوب عقد رهن تحلیل می‌شود و انباردار در نگهداری عین مرهونه وکیل است.

دوم. وکالت؛ تحلیل برخی از وثایق در قالب عقد رهن مشکل است. مانند سهام، اسناد خزانه، اوراق قرضه دولتی، اوراق مشارکت، اوراق قرض الحسنه. بر پایه دیدگاه مشهور، یکی از شرایط محل رهن، عین بودن^۲ و مالیت داشتن است^۳؛ در حالی که این موارد صرفاً سند هستند و ذات آنها مالیت ندارد. تحلیل وثیقه این موارد در قالب عقد رهن، بازگشت به رهن دین دارد که در دیدگاه مشهور جایز نیست.^۴ وثیقه در این موارد قابل تحلیل ذیل شرط وکالت، استیفا و تملک است. به این معنا که بانک در ضمن قرارداد اجاره برای صدور ضمانت‌نامه شرط می‌کند که طلب ضمانت‌خواه را - که اسناد مذکور سند برای آن هستند - به وکالت از ضمانت‌خواه مطالبه کند و پس از مطالبه، این دارایی‌ها را به ملک خویش وارد کند. هرچند برخی قائل به مالیت عین برگه اوراق - به طور کلی - یا سهام - به طور خاص - شده‌اند و بر پایه این دیدگاه این اوراق ذیل عقد رهن تحلیل می‌شوند؛ اما بر پایه دیدگاه برگزیده، این اوراق صرفاً سند طلب هستند و اوراق به خودی خود مالیت ندارند.

سوم. شرط سررسید برای قرض و تهاتر یا وکالت در بیع و تملک؛ هرچند وجوه نقد در آغاز تولد، سند بدهی بودند اما به مرور این ارتباط گسسته شده و متعلق مالیت در وجوه نقد، عین آنهاست. با این فرض در صورتی که بانک عین وجوه نقد دریافتی از مضمون‌عنه را

۱. همان، ج ۱۵، ص ۳۹۴.

۲. همان، ص ۲۵۰.

۳. همان، ص ۲۸۱.

۴. همان، ص ۲۴۹.

نگهداری کند، وثیقه و جوه نقد به عقد رهن بازگشت دارد؛ اما این عمل در خارج رخ نمی‌دهد و بانک‌ها وجوه نقد را خرج کرده، مقدار آن را در حساب مسدود شده‌ای ثبت می‌کنند. با این فرض، وثیقه و جوه نقد بازگشت به عقد قرض دارد و بانک برای پس دادن این قرض، سررسیدی را تعیین کرده و در صورت پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به ذی‌نفع، طلب بانک از ضمانت‌خواه و بدهی او به ضمانت‌خواه تهاتر می‌کنند. وثیقه حساب‌های جاری، پس‌انداز و قرض‌الحسنه در بانک صادر کننده ضمانت‌نامه نیز به همین شکل تحلیل می‌شود که بر پایه آن، بدهی بانک دیگر عندالمطالبه نیست و سررسید برای آن تعیین شده و در صورت پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه، تهاتر رخ می‌دهد. وثیقه حساب‌های ارزی نزد خود بانک صادر کننده ضمانت‌نامه نیز شرط سررسید برای قرض است و در سررسید و در صورت پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه، بانک وکیل از طرف ضمانت‌خواه است که ارز را به قیمت روز بفروشد و طلب خود را وصول کند.

چهارم. ضمانت؛ وثیقه تضمین بانک‌ها یا مؤسسات اعتباری غیر بانکی معتبر خارجی به عقد ضمانت بازگشت دارد؛ به این شکل که هرچند بانک در رابطه حقوقی خود با ضمانت‌خواه، ضامن است، اما در رابطه حقوقی با بانک دوم مضمون له است. سفته با امضای ضامن نیز به همین چارچوب بازگشت می‌کند.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

ضمانت‌نامه‌های بانکی به سه قسم کلی قابل تقسیم است:

یکم. ضمانت‌نامه ابتدایی: در این نوع ضمانت‌نامه‌ها دین سابقی وجود ندارد و مبتنی بر قرارداد پایه نیستند. مانند ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه. مشهورترین تحلیل فقهی درباره این نوع ضمانت‌نامه‌ها، وعد ابتدایی دانستن آنهاست که نتیجه آن الزام‌آور نبودن پرداخت مبلغ بر بانک و در عین حال صحت آن و جواز دریافت کارمزد در قالب عقد جعاله یا اجاره در قبال آن است و بانک می‌تواند در صورت پرداخت مبلغ به ذی‌نفع، به ضمانت‌خواه رجوع کند. البته بنابر مبنای الزام‌آور بودن شروط ابتدایی، ضمانت‌نامه‌های ابتدایی در حقیقت ضمانت تعهد ناشی از شرط ابتدایی بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع است و بر بانک الزام‌آور خواهد بود. برخی از فقیهان این نوع ضمانت‌نامه‌ها را به‌عنوان تعهد مستقل، صحیح و الزام‌آور می‌دانند.

دوم. ضمانت‌نامهٔ پیمانکاری: مشهورترین تحلیل فقهی برای تحلیل ضمانت‌نامه، تحلیل آن در قالب اشتراط پرداخت مبلغ معین در صورت تخلف و ضمان این تعهد و دریافت کارمزد در قالب جعاله است. با وجود پرسش‌های پرشمار دربارهٔ این تحلیل، تمام این پرسش‌ها قابل پاسخگویی است و دریافت کارمزد برای ضامن شدن یا عملیات اداری صدور ضمانت‌نامه در قالب جعاله یا اجاره بدون اشکال است. در صورت تخلف ضمانت‌خواه از عمل به تعهدات خویش نیز پرداخت مبلغ معین بر بانک لازم است.

سوم. ضمانت‌نامهٔ مبتنی بر دین: فقیهان دربارهٔ ماهیت این نوع ضمانت‌نامه بحثی نکرده‌اند؛ اما تحلیل آنها در قالب ضمان دین صحیح است که بانک به شکل مؤجل، دین ضمانت‌خواه را به نفع ذی‌نفع ضمانت می‌کند و می‌تواند در قبال این ضمانت، کارمزدی را به‌عنوان اجرت یا مال الجعل، دریافت نماید.

منابع و مأخذ

۱. انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، قم: کنگرهٔ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چ ۱، ۱۴۱۵ق.
۲. بیکیان، محمدرضا، «تحلیل ماهیت ضمانت‌نامهٔ بانکی در مقایسه با ضمان عهده از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعه»، مجلهٔ فقه و حقوق معاصر، ش ۵، قم: مرکز بین‌المللی توسعه علم، فرهنگ و عقلانیت، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ش.
۳. تبریزی، جواد بن علی، المسائل المنتخبة، قم: دار الصدیقة الشهيدة، چ ۵، ۱۴۲۷ق.
۴. جمعی از مؤلفان، مجلة فقه أهل البيت (بالعربية)، قم: مؤسسهٔ دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، چ ۱، [بی‌تا].
۵. جواهری، حسن، المناقصات، مجلة فقه أهل البيت (بالعربية)، ش ۶ و ۵، قم: مؤسسهٔ دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۱۸ق.
۶. جواهری، حسن محمد تقی، الربا فقہیا و اقتصادیا، قم: مؤلف محترم، چ ۱، ۱۴۰۵ق.
۷. حکیم، محمد سعید، حواریات فقهیة، بیروت: مؤسسه المنار، چ ۱، ۱۴۱۶ق.
۸. حلّی، حسین، بحوث فقهیة، قم: مؤسسه المنار، چ ۴، ۱۴۱۵ق.
۹. حلّی، علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، قم: مؤسسهٔ امام صادق (ع)، چ ۱، ۱۴۲۰ق.

۱۰. حلی، محقق حلّی، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چ ۲، ۱۴۰۸ق.
۱۱. خمینی، روح الله، تحریر الوسيلة، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، چ ۱، [بی تا].
۱۲. خویی، ابو القاسم، منهاج الصالحین، قم: نشر مدینه العلم، چ ۲۸، ۱۴۱۰ق.
۱۳. خویی، محمد تقی، الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود، بیروت: دارالمورخ العربی، چ ۱، ۱۴۱۴ق.
۱۴. روحانی، صادق، منهاج الصالحین، [بی تا].
۱۵. سند بحرانی، محمد، فقه المصارف و النقود، قم: مکتبه فدک، چ ۱، ۱۴۲۸ق.
۱۶. سیستانی، علی، المسائل المنتخبة، قم: دفتر حضرت آية الله سیستانی، چ ۹، ۱۴۲۲ق.
۱۷. صدر، محمد باقر، البنك اللاربوي، بیروت: دار التعارف للمطبوعات، چ ۷، ۱۴۰۱ق.
۱۸. صدر، محمد، ما وراء الفقه، بیروت: دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزيع، چ ۱، ۱۴۲۰ق.
۱۹. صیمری، مفلح بن حسن، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار الهادي، چ ۱، ۱۴۲۰ق.
۲۰. ضیائی، محمد عادل؛ معینی فر، محدثه، «تحلیل ماهیت فقهی و حقوقی ضمانت نامه های بانکی»، اقتصاد اسلامی، ش ۵۱، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، پاییز ۱۳۹۲ش.
۲۱. طباطبایی حائری، علی بن محمد، ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت للإحياء التراث، چ ۱، ۱۴۱۸ق.
۲۲. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۰۷ق.
۲۳. عاملی، جواد بن محمد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۹ق.
۲۴. فیاض، محمد اسحاق، المسائل المستحدثة، کویت: مؤسسه مرحوم محمد رفیع حسین، چ ۱، ۱۴۲۶ق.
۲۵. کاشف الغطا، عباس بن علی، المعاملات المصرفية، [بی تا].
۲۶. کاشانی، محمود، «ضمانت نامه بانکی»، نشریه تحقیقات حقوقی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ش ۱۶ و ۱۷، پاییز ۱۳۷۴ تا بهار ۱۳۷۵ش.
۲۷. مسعودی، علیرضا، «ماهیت حقوقی ضمانت نامه های بانکی در ایران»، نشریه پژوهش های حقوقی، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، ش ۴، پاییز و زمستان ۱۳۸۲ش.
۲۸. مهدوی، اصغرآقا، عباسی، محمد رضا، «تحلیل فقهی ضمانت نامه های بانکی از دیدگاه فقه امامیه»، پژوهشنامه میان رشته ای فقهی، ش ۲، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام، بهار و تابستان ۱۳۹۶ش.
۲۹. نجفی، بشیر حسین، بحوث فقهية معاصرة، نجف اشرف: دفتر حضرت آية الله نجفی، چ ۱، ۱۴۲۷ق.
۳۰. وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین (للوحد)، قم: مدرسه امام محمد باقر علیه السلام، چ ۵، ۱۴۲۸ق.
۳۱. یزدی، محمد کاظم، العروة الوثقی (المحشی)، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۹ق.

دور الخطأ في الهدف والهوية في تحديد ماهية القتل من منظور الفقه الإمامي مع دراسة نقدية للمادتين ٢٩٢ و ٢٩٤ من قانون العقوبات الإسلامي^١ السيد محمد حسن نصراللهي^٢

الملخص

هناك خلاف بين فقهاء الإمامية والخبراء القانونيين حول ماهية القتل الناتج عن «الخطأ في الهدف» و«الخطأ في الهوية». ففي «الخطأ في الهدف»، يقصد القاتل قتل محقون دم، ولكن بسبب خطأ في الزامية أو عوامل خارجية، يُقتل محقون دم آخر. وفي «الخطأ في الهوية»، يقع الخطأ نفسه في ذهن القاتل بسبب خطأ في الرؤية، فيقتل محقون دم خطأ بدلاً من محقون دم آخر. على الرغم من اختلاف الآراء (العمد، وشبيه العمد، والخطأ المحض) حول ماهية هذين النوعين من القتل، إلا أن المؤلف، مستخدماً المنهج الوصفي التحليلي، ومستشهداً بروايات الإمامية ومصادرها الفقهية، يعتبر كلتا الحالتين مصداقين للقتل الخطأ المحض؛ لأنه في القتل الناتج عن «خطأ في الهدف»، ينطبق عليه معيار القتل الخطأ المحض الوارد في الروايات؛ وفي القتل الناتج عن «خطأ في الهوية»، ينطبق عليه المعيار المذكور، نظراً لإلغاء الخصوصية القاطعة. وبطبيعة الحال، فبالنظر إلى وجود دافع إجرامي للفعل لدى القاتل في الحالتين، فإن أدلة وجوب الدية على العاقلة منصرفة عن هاتين الحالتين، ويستقر وجوب الدية على القاتل نفسه.

المفردات الأساسية: قتل العمد، قتل شبيه العمد، قتل الخطأ المحض، الخطأ في الهدف، الخطأ في الهوية، الدية، العاقلة.

نقش اشتباه در هدف و هویت در تعیین ماهیت قتل از منظر فقه امامیه بارویکردی نقادانه به مواد ۲۹۲ و ۲۹۴ قانون مجازات اسلامی^۱

سید محمدحسن نصراللهی^۲

چکیده

در ماهیت قتل ناشی از «اشتباه در هدف» و «اشتباه در هویت»، میان فقیهان امامیه و حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. در «اشتباه در هدف»، قاتل قصد کشتن فردی محقون‌الدم را دارد، اما به دلیل خطای در تیراندازی یا عوامل خارجی، محقون‌الدم دیگری کشته می‌شود. در «اشتباه در هویت» نیز، همین اشتباه در ذهن قاتل، به علت خطای در دید رخ می‌دهد و فرد محقون‌الدمی به جای محقون‌الدم دیگری به اشتباه کشته می‌شود. با وجود سه نظر مختلف (عمد، شبه‌عمد و خطای محض) درباره ماهیت این دو نوع قتل، نگارنده با روش توصیفی-تحلیلی و با استناد به منابع روایی و فقهی امامیه، هر دو مورد را مصداق قتل خطای محض می‌داند؛ زیرا در قتل ناشی از «اشتباه در هدف»، اطلاق ضابطه قتل خطای محض در روایات بر آن صدق می‌کند؛ و در قتل ناشی از «اشتباه در هویت» نیز، به سبب الغای خصوصیت قطعی، ضابطه مذکور در قتل خطای محض قابل جریان است. البته، با توجه به اینکه قاتل در این دو مصداق، انگیزه جانی‌کارانه از عمل خود داشته است، ادله وجوب پرداخت دیه توسط عاقله از این دو مورد منصرف است و وجوب پرداخت دیه بر عهده خود قاتل است.

واژگان کلیدی: قتل عمد، قتل شبه‌عمد، قتل خطای محض، اشتباه در هدف، اشتباه در هویت، دیه، عاقله.

تاریخ تأیید: ۱۴۰۴/۴/۱۸

۱. تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۵/۱

۲. دانش‌پژوه گروه فقه‌الجزاء مؤسسه عالی فقه و علوم اسلامی، قم، ایران.

nasrmohammadhasan224540@gmail.com

مقدمه

فقیهان امامیه قتل را به سه قسم قتل عمد و شبه عمد و خطای محض تقسیم می‌کنند و تحقق قتل عمد را به این می‌دانند که قاتل یا قصد قتل داشته باشد و یا حداقل ابزار و یا فعل او در غالب موارد و یا طبق نظر برخی از فقیهان معاصر^۱، حداقل در بعضی موارد، مضروب را به نگاه عرفی در معرض قتل قرار دهد. ایشان تحقق قتل شبه عمد را نیز به این می‌دانند که قاتل قصد فعل خاصی را نسبت به مجنی علیه داشته است ولی قصد قتل نداشته است و فعل و یا ابزار او در غالب موارد و یا طبق نظر برخی دیگر^۲، در بعضی موارد هم منجر به قتل نشود ولی بر حسب اتفاق، مقتول در اثر ضربه او کشته شود. فقیهان همچنین تحقق قتل خطای محض را به این می‌دانند که قاتل قصد فعل و یا قتل را نسبت به شیء و یا حیوان و یا انسان مهدورالدمی دارد ولی اتفاقاً انسان دیگری که جانش محترم است، کشته شود.^۳ در بسیاری از موارد ماهیت قتل، طبق ضوابط فوق روشن است؛ ولی در برخی موارد، ماهیت قتل، مورد اختلاف و شک و تردید فقیهان و حقوق‌دانان قرار می‌گیرد. از جمله این مصادیق می‌توان به دو نوع از اشتباه در قتل اشاره کرد که در حقوق‌دانان آنها را «اشتباه در هدف» و «اشتباه در هویت» می‌نامند. البته روشن است که در قتل ناشی از اشتباه در هدف یا هویت نیز اگر اقدام قاتل، نوعاً باعث قتل و یا آسیب بدنی دیگری شود، قتل مزبور عمد یا شبه عمد شمرده می‌شود. مثلاً تحقق قتل، ناشی از نداشتن مهارت، بی‌دقتی، یا بی‌مبالاتی قاتل در روش اجرای قتل باشد که اگر بی‌مبالاتی و بی‌دقتی فاحش باشد، قتل عمد، و در غیر این صورت شبه عمد خواهد بود. آنچه نیاز به بررسی دارد، مواردی است که اقدام قاتل نوعاً و یا دست‌کم در برخی موارد، مقتول را در معرض قتل یا آسیب بدنی قرار نمی‌دهد و به گونه‌ای حوادثی غیر قابل پیش‌بینی و خارج از اختیار قاتل، مانند وزش باد ناگهانی و تاریک شدن ناگهانی فضا و... باعث وقوع قتل شده باشد.

۱. خوانساری، جامع المدارک، ج ۶، ص ۱۶۴.

۲. همان.

۳. حلی، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۲۲۸؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۳، ص ۴۳؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۵۹۱. این، قدر متیقن از تعریف قتل خطای محض است و در ادامه روشن می‌شود که بسیاری از فقیهان به حیوان و انسان مهدورالدم، انسان محقون‌الدم را نیز ملحق کرده‌اند.

مفهوم‌شناسی

«اشتباه در هدف» در قتل به این معنی است که قاتل، هدف معینی را نشانه می‌گیرد، ولی بر اثر عوامل گوناگونی چون نداشتن مهارت در هدف‌گیری، وزش باد، یا جاخالی دادن فرد مورد نظر و امثال آن، انسانی محقون‌الدم به قتل می‌رسد. در چنین مواردی، نوعی خطای در فعل رخ داده که ممکن است در تیراندازی، سقوط از بلندی و... تحقق پیدا کند.^۱

«اشتباه در هویت» در قتل به این معنی است که قاتل، فردی را که در مقابل او است، با فرد دیگری در ذهن خویش به دلیل خطای دید اشتباه می‌گیرد و او را به قتل می‌رساند. این نوع اشتباه را «اشتباه در تطبیق» نیز می‌گویند. مانند آنکه قاتل به خاطر شباهت زیادی که بین دو نفر است، یکی را به اشتباه به جای دیگری می‌کشد، با اینکه در ذهن خویش نسبت به فرد کشته‌شده هیچ‌گونه قصدی نداشته است. در حقیقت، در این نوع از اشتباه، خطا در ذهن قاتل یا قصد او رخ داده است؛ به گونه‌ای که منشأ این اشتباه، خطای دید ناشی از تاریکی هوا یا شباهت بسیار بین دو نفر یا امور دیگر بوده است.^۲ آری، اگر فردی که در مقابل او است را به روشنی می‌بیند و دشمنی با یک صنف یا گروه خاص او را وادار می‌کند فرد مقابل را به قتل برساند، ولی پس از قتل روشن می‌شود فرد مقتول از آن صنف و گروه نبوده است. این نوع از قتل، قتل بر اساس اشتباه در هویت نخواهد بود^۳؛ زیرا در این نوع از اشتباه، هرچند خطا در قصد یا ذهن قاتل رخ داده است و قاتل به مقصود خویش نرسیده است، ولی منشأ این اشتباه، خطای دید نبوده است؛ بلکه ممکن است علت این خطا و عدم رسیدن به مقصود، به تحقیقات ناقص او از هویت صنفی مقتول برگردد.

با توجه به دو تعریف فوق روشن می‌شود که «اشتباه در هدف» یا «هویت» از قبیل اشتباه در موضوعات و مصادیق خارجی است، بدون اینکه منشأ این اشتباه، خطای در فهم یک حکم شرعی باشد. بنابراین اگر فردی گروهی را مهدورالدم بداند و اقدام به قتل آنان نماید، ولی در

۱. میرمحمد صادقی، جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، ص ۳۷۶؛ حاجی ده‌آبادی، جرایم علیه اشخاص (قتل)، ص ۵۳۶؛ عوده، التشریح الجنائی الاسلامی، ج ۲، ص ۸۸.
۲. میرمحمد صادقی، جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، صص ۳۸۱، حاجی ده‌آبادی، جرایم علیه اشخاص (قتل)، ص ۵۳۶.
۳. حاجی ده‌آبادی، جرایم علیه اشخاص (قتل)، ص ۵۴۸.

این باورش اشتباه کند و گروه مزبور محقون الدم باشند، قتل مزبور، قتل ناشی از اشتباه در هدف و هویت نخواهد بود.

هرکدام از اشتباه در هدف و هویت با توجه به محقون الدم و مهدورالدم بودن فرد مقصود و مقتول، دارای چهار صورت است که در مجموع هشت صورت پدید می‌آید؛ ولی آنچه که محل بحث بین فقیهان و حقوق‌دانان است، صورتی است که فرد مقصود و مقتول، هر دو محقون الدم باشند و در نتیجه بحث صرفاً در همین فرض پی گرفته می‌شود.

پیشینه

این دو بحث به عنوان مسئله‌ای مستقل در ادبیات فقیهان امامی مطرح نبوده است؛ ولی برخی در ضمن تعریف قتل خطای محض^۱ و برخی دیگر نیز در ضمن تبیین برخی فروع فقہی در بحث قصاص^۲ به این فرع نیز اشاراتی کرده‌اند؛ ولی هیچ‌یک به صورت تفصیلی وارد هیچ‌کدام از این دو بحث نشده‌اند.

حقوق‌دانان معاصر نیز اگرچه به این مسئله توجه بیشتری کرده‌اند و به‌طور مبسوط در ضمن یک فصل به ماهیت این دو نوع از قتل پرداخته‌اند^۳، ولی ایشان نیز نتوانسته‌اند جوانب مسئله را طبق موازین فقہی بررسی نمایند و غالباً از جهت حقوقی و قانونی بحث را پی گرفته‌اند. البته برخی از محققان و نویسندگان معاصر تلاش کرده‌اند به بُعد فقہی این مسئله نیز پردازند؛ از جمله رسول مزروعی در «شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی (قصاص)»

ماجرای

نش اشتباه در هدف و هویت در تعیین ماهیت قتل از منظر فقه امامیه

۱. مفید، المقنعة، ص ۷۳۴؛ طوسی، النهایة، ص ۷۳۳؛ ابن سعید حلّی، الجامع للشرایع، ص ۵۷۱؛ شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ص ۲۷۵؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ج ۲، ص ۴۱۸؛ ابن طی، الدر المنضود، ص ۳۱۹؛ عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۱۰، ص ۲۶۶؛ کاشف الغطاء، سفینة النجاة، ج ۳، ص ۷۰؛ مرعشی نجفی، منهاج المؤمنین، ج ۲، ص ۲۷۹.
۲. حلّی، قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۴۵۷؛ فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ج ۴، ص ۵۶۴؛ قطان حلّی، معالم الدین فی فقه آل یاسین، ج ۲، ص ۵۲۹؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۱۱، ص ۲۷؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۳۷؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، ص ۲۸۹؛ وحید خراسانی، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۵۴۴؛ فیاض، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۳۹۶.
۳. میرمحمد صادقی، جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، ص ۳۷۶-۳۸۵؛ حاجی ده‌آبادی، جرایم علیه اشخاص (قتل)، صص ۵۳۵-۵۷۰؛ فضلی، ساریخانی «جنایت نظیر و اشتباه در جنایت در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، پژوهش حقوق کیفری، سال هفتم، شماره ۲۶، بهار ۱۳۹۸، صص ۱۹۱-۲۲۶.

که به جنبه فقهی این مسئله توجه کرده و نظرات ابداعی نیز در این مسئله داده‌اند؛ ولی به نظر می‌رسد ایشان در ماهیت این دو نوع از قتل به خطا رفته و به مستندات ایشان نقد جدی وارد است. همچنین می‌توان به مقاله علمی «واکاوی حکم قتل ناشی از اشتباه در هدف در فقه امامیه» نوشته خانم الهام صالحی در فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی شماره ۷۵ بهار ۱۴۰۳ اشاره کرد که ایشان نیز به تفصیل وارد جنبه فقهی و استدلالی مسئله نشده است. در پژوهش پیش رو تلاش شده بعد فقهی مسئله با دقت و ژرف‌نگری بیشتری در دلالت ادله قرآنی و روایی و ارتکازات عقلایی مورد توجه قرار گیرد.

آراء فقیهان و حقوق‌دانان در ماهیت قتل ناشی از اشتباه در هدف

ماهیت این نوع از اشتباه در قتل، در نزد فقیهان امامیه و حقوق‌دانان معاصر محل اختلاف نظر است. برخی از اندیشمندان اسلامی این نوع از قتل را، عمد^۱ و برخی شبه عمد^۲ و برخی دیگر خطای محض دانسته‌اند.^۳ در ادامه به تفصیل به نظریات در مسئله و ادله هر یک پرداخته

۱. کاشف الغطاء، سفینه النجاة، ج ۳، ص ۷۰؛ فاضل لنکرانی، جامع المسائل، ص ۴۹۸، استفتاء ۱۷۹۸؛ سبحانی، استفتانات، ج ۱، ص ۳۸۱، استفتاء ۱۱۸۷؛ معرفت، فصل نامه حق، دفتر پنجم، فروردین-خرداد ۱۳۶۵، صص ۳۶-۵۵؛ (به نقل از: مرعشی شوشتری، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، ص ۲۱۰)؛ مزورعی، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی (فصاحص)، ج ۱، ص ۲۱۳. بیشتر فقیهان مذهب مالکی و برخی از فقیهان مذهب حنبلی و قانون وضعی کشور مصر هم این نوع از قتل را قتل عمد می‌دانند. عوده، التشریح الجنائی الاسلامی، ج ۲، ص ۸۹.
۲. منتظری، رساله استفتانات، ج ۱، ص ۲۶۸، استفتاء ۹۳۵؛ و ص ۲۶۹، استفتاء ۹۳۸؛ فاضل لنکرانی، جامع المسائل، ص ۴۹۸، استفتاء ۱۸۰۱ (آیت‌الله فاضل در پاسخ استفتانات، گاهی اشتباه در هدف را از انواع قتل عمد و گاهی آن را شبه عمد دانسته است.)
۳. مفید، المقنعة، ص ۷۳۴؛ طوسی، النهاية، ص ۷۳۳؛ ابن سعید حلی، الجامع للشرایع، ص ۵۷۱؛ شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ص ۲۷۵؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ج ۲، ص ۴۱۸؛ ابن طی، الدر المنضود، ص ۳۱۹؛ عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۱۰، ص ۲۶۶؛ مرعشی نجفی، منهاج المؤمنین، ج ۲، ص ۲۷۹؛ بهجت، استفتانات، ج ۴، ص ۴۸۰، استفتاء ۶۲۱۲؛ مکارم، استفتانات جدید، ج ۱، ص ۳۷۶، استفتاء ۱۲۶۱؛ خوبی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، ص ۲۸۹؛ وحید خراسانی، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۵۴۴؛ فیاض، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۳۹۶؛ مرعشی شوشتری، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، ص ۲۱۰؛ میرمحمد صادقی، جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، ص ۳۷۷؛ برهانی، تأملات؛ شرحی بر قانون مجازات اسلامی، ص ۳۵۸؛ فقیهان مذهب حنفی و شافعی و برخی از فقیهان مذهب مالکی و حنبلی این نوع از قتل را قتل خطای محض می‌دانند. عوده، التشریح الجنائی الاسلامی، ج ۲، ص ۸۹.

می‌شود.

نظر نخست: قتل عمد یا در حکم عمد

برخی از فقیهان قتل ناشی از اشتباه در هدف را از مصادیق قتل عمد^۱ و برخی دیگر از محققان معاصر قتل مزبور را در حکم قتل عمد دانسته‌اند.^۲

دلیل نخست: وجود ملاک قتل عمد در اشتباه در هدف

در قتل ناشی از اشتباه در هدف، قاتل قصد کشتن یک انسان محقون‌الدم و بی‌گناه را داشته است و انسان محقون‌الدمی نیز در نهایت کشته شده است. با نگاه عرفی همین امر برای صدق قتل عمد فرد محقون‌الدمی که به اشتباه کشته شده، کفایت می‌کند. طبق صحیحۃ حلبی و عبدالله بن سنان^۳ نیز موضوع حق قصاص، قتل عمدی مؤمن محقون‌الدم است و در موارد اشتباه در هدف می‌توان گفت مؤمن محقون‌الدمی به عمد کشته شده است و تشخیصات خارجی و یا عنوانی افراد مدخلیتی در موضوع حق قصاص ندارد.

اما با بررسی این دلیل روشن می‌شود، هرچند برای تحقق قتل عمد لزومی ندارد قاتل، فرد معین یا جمع معینی را قصد کند، بلکه اگر یک فرد تروریست با بمب‌گذاری در محل رفت‌وآمد و اجتماع مردم، قصد کشتن انسان محقون‌الدمی را داشته باشد، بدون آنکه غرضش به شخص یا جمع معینی تعلق گرفته باشد و با عمل وی، انسان محقون‌الدمی کشته شود، قتل عمد تحقق پیدا کرده است.^۴ ولی در قتل ناشی از اشتباه در هدف، این مسلم است که قاتل چنین قصدی نیز نداشته است؛ زیرا کسی که قصد می‌کند فعل و جنایت خود را متوجه فرد

ما اجتهاد
پژوهش‌های قضایی

نقش اشتباه در هدف و هویت مرتکبین ماهیت قتل از منظر فقه امامیه

۱. کاشف الغطاء، سفینة النجاة، ج ۳، ص ۷۰؛ فاضل لنگرانی، جامع المسائل، ص ۴۹۸، استفتاء ۱۷۹۸؛ سبحانی، استفتائات، ج ۱، ص ۳۸۱، استفتاء ۱۱۸۷؛ معرفت، فصل‌نامه حق، دفتر پنجم، فروردین-خرداد ۶۵، صص ۳۶-۵ (به نقل از: مرعشی شوشتری، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، ص ۲۱۰)؛ بیشتر فقیهان مذهب مالکی و برخی از فقیهان مذهب حنبلی و قانون وضعی کشور مصر هم این نوع از قتل را قتل عمد می‌دانند. عوده، التشریح الجنائی الاسلامی، ج ۲، ص ۸۹.
۲. مزروعی، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی (قصاص)، ج ۱، ص ۲۱۳.
۳. حرعاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۵۳، ح ۳.
۴. بندت ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی بدین نکته به درستی اشاره کرده است.

معینی با مشخصات خارجی مخصوصی به نام «الف» کند، قصد وقوع فعل بر دیگران را ندارد؛ بلکه قصد عدم وقوع فعل و جنایت بر دیگران را دارد و این باعث می‌شود در عرف نگویند فرد «ب» که به اشتباه کشته شده است، به صورت عمدی کشته شده است.

دلیل دوم: ظالمانه بودن قتل ناشی از اشتباه در هدف

در آیه ۳۳ سوره اسراء آمده است:

﴿لَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيٍّ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾^۱

موضوع حق قصاص طبق آیه شریفه، قتلی است که به صورت ظالمانه تحقق پیدا کرده است و قتل ناشی از اشتباه در هدف، قتلی ظالمانه است و در آن مقتول به ظلم کشته شده است؛ هرچند این قتل عمدی محسوب نشود. و تعبیر به جنایت عمدی در متون روایی و فقهی به دلیل آن است که جنایت عمدی از بارزترین مصادیق جنایت ظالمانه است یا اینکه تعبیر مذکور از باب حمل بر اعم اغلب یا ناشی از تسامح در تعبیر است.^۲ از این رو ماهیت قتل مزبور اگرچه عمدی نیست، ولی قصاص برای چنین قتلی جایز است؛ به دلیل اینکه موضوع حق قصاص، قتل ظالمانه است، نه قتل عمدی. و در نتیجه، قتل ناشی از اشتباه در هدف هرچند به لحاظ موضوعی قتل عمدی نیست، ولی می‌توان آن را در حکم قتل عمد دانست.

اما با بررسی این دلیل روشن می‌شود هرچند قتل بر اساس اشتباه در هدف، قتلی ظالمانه است، ولی بر اساس آنچه از ادله مشروعیت حق قصاص فهمیده می‌شود، موضوع حق قصاص قتل عمد است.^۳ هرچند این قتل عمد نیز باید به صورت ظالمانه تحقق پیدا کند و آیه شریفه هم در مقام ضابطه‌ای غیر از این برای حق قصاص نیست. شاهد بر ادعا، این است که نهی «لَا تَقْتُلُوا...» در آیه شریفه از قتل اختیاری نهی می‌کند و قتل اختیاری تنها در قتل عمدی رخ می‌دهد و در قتل شبه عمد یا خطای محض، قتل به صورت اختیاری رخ نمی‌دهد تا متعلق نهی

ماهیچوار
پژوهش‌های فقهی

سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۴

۱. کسی را که خدا کشتنش را حرام کرده جز به حق نکشید، و هر کس مظلوم کشته شود، برای وارثش تسلطی بر قاتل قرار داده‌ایم. پس وارث مقتول نباید در کشتن زیاده روی کند؛ زیرا او مورد حمایت قرار گرفته است.
۲. مزروعی، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی (قصاص)، ج ۱، صص ۲۱۷ و ۱۲۶.
۳. حرعاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۵۳، ح ۳.

خداوند متعال قرار بگیرد و به قرینه صدر، موضوع قسمت دوم آیه شریفه ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا﴾ هم قتل عمدی خواهد بود و این قسمت از آیه شریفه در مقام بیان شرط دیگری است که قتل عمدی باید به صورت ظالمانه رخ دهد تا حق قصاص برای اولیای دم حاصل شود. شاهد بر اینکه صرف وجود قتل ظالمانه باعث ایجاد حق قصاص نمی‌شود، این است که در قتل شبه عمد اگر فردی به ناحق و ظالمانه جنایتی علیه مجنی‌علیه انجام دهد، ولی این جنایت به حسب غالب موارد، فرد را در معرض قتل قرار ندهد و جانی نیز قصد قتل نداشته باشد، ولی اتفاقاً فعل او منجر به قتل شود، در این صورت قتل واقع شده هر چند ظالمانه رخ داده است؛ ولی هیچ‌یک از فقیهان برای چنین قتلی حق قصاص را نپذیرفته‌اند؛ زیرا از ادله مشروعیت قصاص، دانسته می‌شود که عمدی بودن قتل نیز لازم است و صرف وقوع قتل ظالمانه کافی برای حق قصاص نیست. و اینکه گفته شود سبب قتل در قتل شبه عمد مذکور ظالمانه است، ولی قتل واقع شده ظالمانه نیست، تکلف بی‌فایده‌ای بیش نیست؛ به این دلیل که با نگاه عرفی ظلم مذکور در سبب به مسبب هم سرایت می‌کند و در نتیجه قتل شبه عمد مذکور ظالمانه خواهد بود. اگر اصرار شود که در این‌گونه موارد قتل واقع شده ظالمانه نیست، در موارد قتل ناشی از اشتباه در هدف نیز گفته می‌شود قتل واقع شده ظالمانه نیست و ظلم صرفاً در نیت و قصد قاتل بوده است و قتل مزبور صرفاً قبح‌فاعلی داشته است، بدون آنکه قبح فعلی داشته باشد؛ در نتیجه در این صورت نیز آیه شریفه شامل آن نمی‌شود.

نظردوم: قتل شبه عمد یا در حکم شبه عمد

از استفتانات برخی از فقیهان معاصر به دست می‌آید که قتل مزبور شبه عمد یا در حکم قتل شبه عمد است. برخی از حقوق‌دانان نیز این قتل را در حکم قتل شبه عمد دانسته‌اند.^۱ مستند شبه عمد بودن قتل مزبور چندان روشن نیست؛ زیرا در قتل شبه عمد، قاتل قصد فعل نسبت به مقتول دارد، ولی قصد قتل او را ندارد؛ در حالی که در اشتباه در هدف، قاتل افزون بر قصد فعل، اراده قتل فرد مقصود خودش را هم داشته است، ولی بر اثر حوادث غیرمنتظره، تیر او به خطا رفته است و نسبت به فرد مقتول نیز قاتل نه قصد فعل و نه قصد قتل دارد.

۱. حاجی ده‌آبادی، جرایم علیه اشخاص (قتل)، ص ۵۴۰.

ممکن است گفته شود این نوع از قتل به حسب قواعد، قتل شبه عمد نیست؛ ولی به لحاظ اینکه قاتل باید دیه را بدهد، در «حکم قتل شبه عمد» است که در ادامه به بررسی این نظر پرداخته خواهد شد.

نظرسوم: قتل خطای محض

برخی از اندیشمندان اسلامی و محققان، قتل ناشی از اشتباه در هدف را از مصادیق قتل خطای محض دانسته‌اند.^۱ برای نمونه، برخی از فقیهان امامی در تعریف قتل خطای محض، به صراحت این نوع از قتل را داخل در تعریف کرده‌اند.^۲

به باور برخی دیگر از فقیهان امامی، اگر کسی از بلندی به قصد سقوط بر فردی در پایین، خود را پرتاب کند و در این کار قصد قتل او را داشته باشد و یا این کارش در غالب موارد باعث قتل بشود، ولی به اشتباه بر فرد دیگری سقوط کند و موجب قتل وی شود، قتل خطای محض رخ داده است و پرداخت دیه برعهده عاقله است.^۳ از اطلاق برآمده از این فرع فقهی، استفاده می‌شود که این بزرگان معتقد بودند در اشتباه در هدف که فردی قصد کشتن یک محقون‌الدم را داشته، ولی به اشتباه فرد محقون‌الدم دیگری کشته می‌شود، قتل مزبور، قتل خطای محض خواهد بود.

ما مجتهد
پژوهش‌های فقهی

سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۴

۱. مفید، المقنعة، ص ۷۳۴؛ طوسی، النهایة، ص ۷۳۳؛ ابن سعید حلی، الجامع للشرایع، ص ۵۷۱؛ شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ص ۲۷۵؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ج ۲، ص ۴۱۸؛ ابن طی، الدر المنضود، ص ۳۱۹؛ عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۱۰، ص ۲۶۶؛ مرعشی نجفی، منهاج المؤمنین، ج ۲، ص ۲۷۹؛ بهجت، استفتائات، ج ۴، ص ۴۸۰؛ استفتاء ۶۲۱۲؛ مکارم، استفتائات جدید، ج ۱، ص ۳۷۶؛ استفتاء ۱۲۶۱؛ خوبی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، ص ۲۸۹؛ وحید خراسانی، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۵۴۴؛ فیاض، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۳۹۶؛ مرعشی شوشتری، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، ص ۲۱۰؛ میرمحمد صادقی، جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، ص ۳۷۷. برهانی، تأملات؛ شرحی بر قانون مجازات اسلامی، ص ۳۵۸؛ فقیهان مذهب حنفی و شافعی و برخی از فقیهان مذهب مالکی و حنبلی این نوع از قتل را قتل خطای محض می‌دانند. عوده، التشریح الجنائی الاسلامی، ج ۲، ص ۸۹.
۲. شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ص ۲۷۵؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ج ۲، ص ۴۱۸.
۳. محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۲۳۴؛ علامه حلی، قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۶۵۰؛ تحریر الأحكام، ج ۵، ص ۵۳۵؛ إرشاد الاذهان، ج ۲، ص ۲۲۴؛ شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ص ۲۷۶؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ج ۴، ص ۲۳۴؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۷۱؛ خوبی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، ص ۲۸۹؛ وحید خراسانی، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۵۴۴؛ فیاض، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۳۹۶.

دلیل: اطلاق روایات

در روایاتی که در مقام بیان ضابطه‌ای برای انواع قتل است، ضابطه قتل خطای محض چنین بیان شده است: صحیح‌ه عبدالرحمان بن حجاج با تعبیر: «إِنَّمَا الْخَطَأُ أَنْ يُرِيدَ الشَّيْءَ فَيُصِيبَ غَيْرَهُ»^۱ یا صحیح‌ه حلبی و زراره با تعبیر: «الْخَطَأُ مَنْ اعْتَمَدَ شَيْئًا فَأَصَابَ غَيْرَهُ»^۲. این عبارات اطلاق دارد و شامل قتل ناشی از اشتباه در هدف هم می‌شود. پرواضح است مراد از «شیء» حیوان یا انسان معین است، نه عضوی معین از فرد معین؛ تا گفته شود که اگر فردی قصد شلیک به قلب فرد مجنی‌علیه را داشته باشد و تیر به مغز او اصابت کند، قتل او خطای محض خواهد بود. و مقصود از شیء هم مطلق موجودات، اعم از بی‌جان و باجان و اعم از انسان و حیوان و اعم از انسان محقون‌الدم و مهدورالدم است. و دلیلی وجود ندارد «شیء» در این روایات را مختص به حیوان یا انسان مهدورالدم بدانیم؛ همان‌طور که کاربردهای قرآنی مانند «إِنَّ اللَّهَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ» و یا «...عَلِيمٌ» که فراوان در قرآن کریم استعمال شده است نیز بر این مطلب گواهی می‌دهد.

از سوی دیگر خطایی بودن قتل خطای محض هم یک جعل تعبدی و تأسیسی از سوی شارع نیست؛ بلکه جعل مذکور ناظر به عرف است و به لحاظ عرفی در قتل ناشی از اشتباه در هدف، وقوع قتل بر مقتول خطاکارانه بوده است و در این امر تفاوتی بین حالتی که عمل ایجاد شده در نظر قاتل مشروع یا نامشروع بوده است، وجود ندارد؛ زیرا موارد مذکور به قصد مرتکب مربوط می‌شود، بدون آنکه در خطایی محسوب شدن فعل تغییری ایجاد کند. به عبارت دیگر، قصد کشتن انسانی معین نه تنها ملازمه با قصد کشتن انسان به طور مطلق ندارد، بلکه مستلزم عدم قصد مطلق است.

اما به نظر می‌رسد این دلیل با سه اشکال روبه‌رو است:

اشکال اول: با توجه به اینکه در قتل خطای محض در صورت اثبات قتل با بینه، پرداخت دیه برعهده عاقله است^۳ و ملاک پرداخت دیه بر عاقله به مناسبت حکم و موضوع به‌نگاه

۱. حرعاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۹، صص ۳۵ و ۳۷، ح ۱ و ۶.

۲. همان، صص ۳۶ و ۴۰، ح ۳ و ۱۳.

۳. خوبی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، صص ۲۴۲ و ۵۵۴-۵۵۷.

عقلایی آن است که افراد در بحران‌های خاصی که به شکل ناخواسته و غیرقابل پیش‌بینی با آن روبه‌رو می‌شوند، از حمایت اقتصادی خانواده خویش برخوردار شوند و آحاد جامعه اسلامی با آرامش از وقوع این چنین جنایاتی به زندگی خویش ادامه دهند، این نکته در جنایتی که فرد با انگیزه جنایتکارانه اقدام به قتل و جنایت کرده، ولی در اثر خطای در هدف فرد بی‌گناه دیگری به قتل رسیده است، وجود ندارد و به همین جهت این نوع از قتل را نمی‌توان قتل خطای محض محسوب کرد.^۱

در پاسخ به این اشکال باید گفت: عقلای عالم راهی برای کشف ملاکات احکامی که شارع مقدس جعل کرده است، ندارند و در این‌گونه امور نمی‌توان به راحتی علت منحصر حکم را کشف کرد تا بتوان در مواردی که این علت وجود ندارد، حکم مذکور را نفی کرد. بلکه، اگر خود شارع ملاک و علت منحصره جعل حکم خویش را بیان کند، می‌توان در مصداقی که ملاک و علت مذکور وجود نداشته باشد، حکم مذکور را نیز نفی کرد. ولی در ادله و جوب پرداخت دیه توسط عاقله در قتل خطای محض، چنین دلیلی به ما نرسیده است که علت انحصاری چنین تکلیفی را تبیین کرده باشد و ملاکی که مطرح شده، حداکثر حکمت و به عبارتی یکی از علل جعل تکلیف مزبور است.

اشکال دوم: عبارت «الْخَطَأُ الَّذِي لَا شَكَّ فِيهِ»^۲ در صحیح‌ه ابی‌العباس و صحیح‌ه زراره در توصیف قتل خطای محض، نشان می‌دهد در قتل خطای محض باید خطا بودن قتل از سوی قاتل در نزد عقلا امری روشن باشد؛ به‌گونه‌ای که با دادن کوچک‌ترین توجهی به عرف، جایی برای شک نماند. این ضابطه در خطایی که مقصود مرتکب در آن حیوان یا یک فرد مهدورالدم باشد، روشن است؛ برخلاف صورتی که مقصود جانی، قتل عمدی انسان بی‌گناهی باشد و به اشتباه انسان بی‌گناه دیگری کشته شود. در چنین مواردی صدق جمله مزبور صحیح نیست. شاهد آن هم اینکه نزد عقلا اختلاف نظر وجود دارد که قتل مزبور یک قتل خطای محض باشد، در حالی که از سیاق کلام امام در عبارت فوق چنین برداشت می‌شود که در مقام بیان امری تعبدی نیستند؛ بلکه فرمایش حضرت، ارشاد به حکم واضحی است

۱. مزروعی، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی (قصاص)، ج ۱، ص ۲۱۶.

۲. حرعاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۳۸، ح ۷ و ۹ و ۱۳.

که همه عقلا آن را درک می‌کنند.^۱

اما با دقت در عبارت مذکور که در برخی روایات به‌عنوان وصفی برای قتل خطای محض آمده است، روشن می‌شود که این عبارت در مقابل قتل شبه عمد است. حتی در همان روایات هم از این نوع قتل، تعبیر به قتل خطایی شده است و این تقابل، گویای این نکته است که خطای در قتل خطای محض نسبت به خطای در قتل شبه عمد شدیدتر و روشن‌تر است. از این رو امام در برخی روایات، از اشتباه محقق‌شده در قتل خطای محض به خطایی که در آن شکی نیست تعبیر کرده‌اند. این منافاتی ندارد که در برخی از مصادیق قتل خطای محض، به‌لحاظ حیثیات دیگر در خطا بودن آنها تردید و تشکیک شود. به‌عبارت‌دیگر، این عدم وجود شک در این نوع خطا، نسبی است نه اینکه مطلق باشد.

اشکال سوم: اطلاق ضابطه قتل خطای محض که در برخی روایات مطرح شده است، مانند عبارت «إِنَّمَا الْخَطَأُ أَنْ يُرِيدَ الشَّيْءَ فَيُصِيبَ غَيْرَهُ»^۲ یا «الْخَطَأُ مَنْ اعْتَمَدَ شَيْئاً فَأَصَابَ غَيْرَهُ»^۳ نسبت به چنین جنایتی از ابتدا مشکوک و منصرف است. دلیل بر این انصراف این است که عقلای عالم این نوع از قتل را جنایتی ظالمانه و عمدی می‌شمرند و همین، دلیل می‌شود که اطلاقات ادله قتل خطای محض نسبت به این مورد از قتل، از ابتدا مشکوک است.^۴ به همین دلیل، در نظام حقوقی انگلستان با ابداع نظریه‌ای با عنوان «شر یا سوء نیت انتقال‌یافته» چنین جرمی را عمدی محسوب نموده‌اند و این نظر با رویکرد قوانین غالب کشورهای اروپایی هماهنگ است. سیستم قضایی ایران پیش از انقلاب نیز این نوع خطا را موجب خروج عمل از عنوان قتل عمدی نمی‌دانست.^۵ بنابراین اگر شارع نظر خاصی بر خلاف این نظر عقلا داشت، لازم بود به‌صراحت بیان می‌کرد؛ در حالی که در خصوص این نوع از اشتباه در هدف در منابع روایی، آیه و روایتی بر خطایی بودن آن وجود ندارد. با دقت در اشکال سوم می‌توان گفت: اساساً اینکه همه عقلا عالم در قتل ناشی از اشتباه

۱. مزروعی، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی (قصاص)، ج ۱، صص ۲۲۰-۲۲۱.

۲. حرعاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۳۵، ح ۶.

۳. همان، ح ۱۳.

۴. مزروعی، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی (قصاص)، ج ۱، ص ۲۱۷.

۵. میرمحمد صادقی، جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، صص ۱۳۹ و ۳۷۷.

در هدف، قتل را عمدی محسوب می‌کنند، مطلب ثابت شده‌ای نیست. شاهد بر این ادعا، نظری است که برخی از فقیهان و حقوق‌دانان در خطای محض بودن این نوع قتل دارند.^۱ در نتیجه، دلیلی برای انصراف اطلاعات ادله قتل خطای محض نسبت به این مصداق از قتل وجود ندارد. ظالمانه بودن قتل مزبور نیز دلیل بر انصراف ادله قتل خطای محض از آن نمی‌شود؛ زیرا اگر این انصراف مورد قبول باشد، باید قتل شبه عمد را نیز که قاتل به قصد ظلم ضربه‌ای به فردی می‌زند و فرد بر اثر آن ضربه به صورت اتفاقی کشته می‌شود، منصرف از ادله قتل شبه عمد دانست؛ در حالی که هیچ فقیهی این انصراف را نپذیرفته است. همین گویای آن است که صرف وقوع قتل به صورت ظالمانه باعث نمی‌شود قتل خطای محض و یا شبه عمد در حکم قتل عمدی بشود و قصاص قاتل در مقابل آن جایز تلقی شود. البته اگر در این فرض عاقله او موظف باشند که دیه مقتول را پرداخت کنند، هیچ‌یک از عقلائی عالم آن را نمی‌پذیرند و مورد استنکار آنها قرار می‌گیرد و به همین جهت، اگر شارع در این فرض هم باور داشت که باید دیه مقتول را عاقله پرداخت کنند، لازم بود صریحاً آن را بیان کند. اینکه بیان صریحی از سوی شارع بر لزوم پرداخت دیه بر عاقله در این فرض صادر نشده است، اطلاق ادله وجوب پرداخت دیه بر عاقله را از این فرض منصرف می‌سازد؛ همان‌طور که برخی از مراجع معاصر هم همین باور را دارند.^۲

ممکن است پرسیده شود چرا در این صورت که بر عاقله پرداخت دیه لازم نیست، پرداخت دیه از سوی جانی لازم است؟ و در صورت لزوم چرا نباید بیت‌المال را ضامن دیه قرار داد؟ در پاسخ گفته می‌شود که به مقتضای قاعده «لایبطل دم امرء مسلم» که یک قاعده مسلم بین فقیهان است^۳، اگر پرداخت دیه در این صورت لازم نباشد، خون مسلمان بی‌گناهی هدر می‌رود و در نتیجه برای اینکه خون مسلمان در این صورت ضایع نشود، پرداخت دیه لازم است. اما ضامن نبودن بیت‌المال به این دلیل است که اولاً در جنایات، ضمان بیت‌المال خلاف اصل است؛ زیرا

۱. همان، ص ۳۷۷.

۲. احمد حاجی ده‌آبادی در کتاب «جرائم علیه اشخاص» می‌نویسد که آیت الله منتظری در پاسخ استفتاء او در این باره نوشته‌اند: «هر چند شبیه قتل به خطاست ولی ظاهراً مشمول ادله ثبوت دیه بر عاقله نیست؛ چون اجمالاً قصد قتل محرم را داشته است.» میرمحمد صادقی، جرائم علیه اشخاص (قتل)، ص ۵۳۷.

۳. خوبی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، ص ۲۷۴.

اصل این است که جانی خود ملزم به پرداخت دیه است.^۱ ثانیاً همان طور که ادله ضمان دیه از عاقله، از این گونه موارد انصراف دارد، به همان ملاک ادله ضمان بیت المال هم از این گونه موارد انصراف دارد؛ زیرا ارتکاز استتکاری در بین عقلا وجود دارد که در این موارد که قاتل در قتل خویش مقصر بوده است، بیت المال ضامن پرداخت دیه او باشد و منشأ این ارتکاز استتکاری به تجری قاتل نسبت به قانون و حقوق عامه مردم برمی گردد.

آراء فقیهان و حقوق دانان در ماهیت قتل ناشی از اشتباه در هویت

در ماهیت این نوع از قتل سه نظر بین محققان و اندیشمندان اسلامی مطرح است: نخست اینکه قتل مزبور یک قتل عمدی است.^۲ نظر دوم، قتل مزبور را شبه عمد و یا در حکم آن دانسته است.^۳ و نظر سوم این است که قتل خطای محض است.^۴

نظر نخست: قتل عمد

برخی از فقیهان معاصر قتل مزبور را قتل عمدی دانسته^۵ و بسیاری از حقوق دانان معاصر نیز از این نظر تبعیت کرده اند.^۶

ماجرای

پرونده‌های قضی
تشخیص اشتباه در هدف و هویت مرتکبین ماهیت قتل از منظر فقه امامیه

۱. از آیه شریفه «لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى» (سوره انعام، آیه ۱۵) نیز می توان برداشت کرد در زمینه های مختلف کسی مسئولیت دیگری را متحمل نمی شود و هر کس باید مسئولیت رفتار خویش را به دوش بکشد. علامه حلی، منتهی المطلب، ج ۱۵، ص ۲۰۱؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ج ۳، ص ۴۰۳؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۲۴۹.
۲. بهجت، استفتانات، ج ۴، ۴۸۰، استفتاء ۶۲۱۱، فاضل لنکرانی، جامع المسائل، ص ۴۹۷ استفتاء ۱۷۹۶؛ مکارم، استفتانات جدید، ج ۱، ص ۳۷۴، استفتاء ۱۲۵۶؛ ۱۲۵۸؛ ج ۲، ص ۵۱۵، استفتاء ۱۴۹۶. فقیهان مالکی و برخی از حنبلیان، این نوع از قتل را قتل عمد می دانند. قانون وضعی کشور مصر هم بر همین نظر است. عوده، التشریح الجنائی الاسلامی، ج ۲، ص ۸۹.
۳. حلی، قواعد الأحکام؛ ج ۳، ص ۴۵۷؛ فخر المحققین، ایضاح الفوائد، ج ۴، ص ۵۶۴؛ قطان حلی، معالم الدین فی فقه آل یاسین، ج ۲، ص ۵۲۹؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۱۱، ص ۲۷؛ جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۳۷.
۴. تبریزی، تنقیح مبانی الاحکام (کتاب الديات)، ص ۹؛ مشکینی، التعليقة الاستدلالية على شرائع الإسلام، ج ۲ ص ۴۳۰؛ فقیهان حنفی و شافعی و برخی حنبلیان قتل مزبور را قتل خطای محض می دانند. عوده، التشریح الجنائی الاسلامی، ج ۲، ص ۸۹.
۵. بهجت، استفتانات، ج ۴، ۴۸۰، استفتاء ۶۲۱۱.
۶. میرمحمد صادقی، جرائم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، ص ۳۸۲؛ حاجی ده آبادی، جرایم علیه

دلیل: وجود ملاک قتل عمد در اشتباه در هویت

در اشتباه در هویت، ملاک قتل عمد وجود دارد؛ زیرا قاتل هم عمد در فعل (انجام رفتار با اراده نسبت به انسان مورد نظر) و هم قصد ایجاد نتیجه نسبت به فرد مقابل را داشته است. از این رو، قتل عمدی محسوب شده و ادله مشروعیت قصاص شامل آن می‌شود.^۱ و صرف خطا در هویت قربانی موجب خروج جنایت از عنوان عمدی نمی‌شود، همان طور که صرف اشتباه در تشخیص عواملی چون سن، شغل، جنسیت یا نژاد قربانی، موجب خروج جنایت از عنوان عمدی نمی‌شود.

در نقد این دلیل گفتنی است در قتل ناشی از اشتباه در هویت، صرف قصد انجام فعل و کشتن یک هدف فیزیکی کافی نیست تا قتل، عمدی محسوب شود؛ زیرا قاتل قصد کشتن فردی معین با خصوصیات خاصی را داشته که این قصد محقق نشده و فرد کشته شده نیز مقصود او نبوده است. این عدم وصول به مقصود (ناشی از خطای دید) باعث می‌شود که قتل، عمدی تلقی نشود. همان طور که در اشتباه در هدف، قصد وقوع جنایت بر مجنی علیه واقعی وجود ندارد، در اشتباه در هویت نیز به دلیل خطای دید، این قصد نسبت به مقتول محقق نشده و صرف حضور یک هدف فیزیکی، ماهیت قتل را تغییر نمی‌دهد. این دیدگاه با نظر عرفی نیز همخوانی دارد، چنانکه قتل اشتباهی فرزند به جای سارق، عمدی محسوب نمی‌شود و برخی فقیهان معاصر نیز به درستی، آن را تأیید کرده‌اند.^۲

در این نوع قتل، مهم آن است که منشأ اشتباه، خطای دید باشد، نه صرف انگیزه خصمانه. اگر بدون خطای دید، قاتل فردی را به دلیل خصومت بکشد و بعداً بفهمد به مقصود اصلی نرسیده، قتل عمد است و با اشتباه در هویت متفاوت. حتی اگر قتل ناشی از اشتباه در هویت عمدی اثبات شود، به دلیل دخالت خطایی که قاتل در آن نقشی نداشته، اطلاقات ادله قصاص از این مورد منصرف است و نمی‌توان به راحتی حکم به قصاص داد.

اشخاص (قتل)، ص ۵۴۶؛ مزروعی، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی (قصاص)، ص ۲۴۸؛ برهانی، تأملات؛ شرحی بر قانون مجازات اسلامی، ص ۳۶۸.
۱. مزروعی، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی، ج ۱، ص ۲۴۸؛ میرمحمد صادقی، جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، ص ۳۸۳.
۲. تبریزی، تنقیح مبانی الاحکام (القصاص)، ص ۲۹.

شایان ذکر است که در اینجا نیز ممکن است کسی به مانند بحث اشتباه در هدف به آیه شریفه «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيِّهِ سُلْطَانًا»^۱ استدلال کند و قتل مزبور را ظالمانه و در حکم قتل عمد بداند که جواب از این استدلال در مباحث سابق گذشت.

نظر دوم: شبه عمد

از ظاهر عبارت برخی از فقیهان برمی آید که این نوع از قتل، قتل شبه عمد و یا حداقل در حکم قتل شبه عمد است. به عنوان مثال، فاضل هندی و صاحب جواهر در خصوص کسی که غذای مسمومی تقدیم فردی می کند تا او را به قتل برساند، ولی به اشتباه در هویت (مانند تاریکی هوا یا وجود پرده و...)، فرد دیگری آن غذای مسموم را می خورد، فرد تقدیم کننده غذا را ضامن دیه مقتول می داند و خود او باید دیه را بپردازد.^۲ از اینکه فقیهان مزبور فرد تقدیم کننده غذا را ضامن دیه دانسته اند نه عاقله اش را، فهمیده می شود که آنها قتل مزبور را قتل شبه عمد دانسته اند.

اما به نظر می رسد این فتوا مستند روشنی ندارد؛ چون در قتل شبه عمد قاتل قصد فعل خاصی را نسبت به مقتول دارد، ولی قصد قتل نسبت به مقتول ندارد. در حالی که در اشتباه در هویت، قاتل نسبت به مقتول از آن جهت که دارای یک هویت مشخص خارجی است، قصد فعل و قتل نداشته است؛ اما نسبت به هویت فیزیکی او که در مقابلش بوده است، هم قصد فعل و هم قصد قتل داشته است؛ و نسبت به فردی که مقصود او در قتل بوده، باز هم قصد فعل و قتل داشته است، هر چند نسبت به وی، این قصد تحقق نیافته است. و در نتیجه، به نظر می رسد شبه عمد بودن اشتباه در هویت مستند روشنی ندارد. البته ممکن است این نوع از قتل در حکم قتل شبه عمد باشد، به بیانی که در ادامه می آید.

نظر سوم: خطای محض

برخی از فقیهان امامی، قتل ناشی از اشتباه در هویت را از مصادیق قتل خطای محض دانسته اند. به عنوان مثال، محقق تبریزی ضمن مسئله ای می گوید: «اگر کسی به قصد کشتن

۱. سورة اسراء، آیه ۳۳.

۲. فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۱۱، ص ۲۷؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۳۷.

زید غذای مسمومی را به خاطر تاریکی و مانند آن، به اشتباه به عمرو بدهد و عمرو غذای مسموم را بخورد و بمیرد، این از مصادیق روایت «الخطاء من اعتمد شیئاً فأصاب غیره» است و در نتیجه، قتل مزبور قتل خطای محض خواهد بود.» هرچند ایشان دیه را بر عهده خود قاتل می‌دانند، به دلیلی که در ادامه می‌آید.^۱

دلیل اول: اطلاق روایات

بر اساس روایات، ضابطه قتل خطای محض، «أَنْ يُرِيدَ الشَّيْءَ فَيُصِيبَ غَيْرَهُ»^۲ و یا «مَنْ اعْتَمَدَ شَيْئاً فَأَصَابَ غَيْرَهُ»^۳ است؛ و این عبارات اطلاق دارد و شامل اشتباه در هویت هم می‌شوند؛ چراکه بدون شک اگر کسی به خاطر تاریکی هوا یا شباهت ظاهری دچار خطای دید شده و دشمن خویش را با دوست خود اشتباه بگیرد و دوست محبوب خود را به قتل برساند، به نگاه عرفی در قتل خویش دچار اشتباه شده است و ضابطه فوق هم بر آن قابل تطبیق است.

اما به این استدلال اشکال می‌شود؛ زیرا با توجه به اینکه، در اشتباه در هویت، جسم خارجی فردی نشانه گرفته شده و همان فرد هم به قتل رسیده است، به همین جهت، ملاک قتل خطای محض در روایات در آن تطبیق نمی‌کند؛ برخلاف اشتباه در هدف که فردی را قاتل نشانه می‌گیرد و بر اساس اتفاقات غیرمنتظره، تیر او به نشانه دیگری می‌خورد. به عبارت دیگر، تطبیق «أَنْ يُرِيدَ الشَّيْءَ فَيُصِيبَ غَيْرَهُ»^۴ و یا «مَنْ اعْتَمَدَ شَيْئاً فَأَصَابَ غَيْرَهُ»^۵ که در روایات به عنوان تعریفی برای قتل خطای محض آمده است، بر قتل ناشی از اشتباه در هویت مشکل است؛ زیرا تعبیر «فأصاب غیره» در وقوع قتل بر اساس اشتباه در هدف ظهور دارد؛ و در قتل بر اساس اشتباه در هویت، این نوع تعبیر عرفی نیست و تعبیر عرفی در قتل بر اساس اشتباه در هویت این است که گفته شود: «فتبین غیره». به همین جهت، به نظر می‌رسد که قتل بر اساس اشتباه در هویت قتل خطای محض نخواهد بود.

ماهیچوار
پژوهش‌های فقهی

سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۴

۱. تبریزی، تقیح مبانی الاحکام (کتاب الديات)، ص ۹.
۲. حرعاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۳۵، ح ۱ و ص ۳۷، ح ۶.
۳. همان، ص ۳۶، ح ۱۳.
۴. همان، ص ۳۵، ح ۶.
۵. همان، ص ۳۶، ح ۱۳.

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت: «مَنْ اعْتَمَدَ شَيْئًا» یا «يُرِيدُ الشَّيْءَ» مذکور در روایات به معنای قصد و اراده کردن است و ماهیت این معنی امری درونی و قصدی است. در اشتباه در هدف و نیز اشتباه در هویت، مقصود قاتل با آنچه که تحقق پیدا کرده، متفاوت است و لذا ملاک مذکور بر هر دو اشتباه قابل تطبیق است؛ در نتیجه، تعبیر «فأصاب غيره» هم عرفی خواهد بود. خطای نقد مذکور این است که کلمات یادشده در روایات را به معنای نشانه‌گیری فیزیکی و خارجی گرفته که این معنی خلاف ظاهر است.

اگرچه به نظر می‌رسد کلمات مذکور در روایت به معنای نشانه‌گیری فیزیکی و خارجی باشد؛ زیرا اگر مقصود، صرف تخلف اراده و عدم رسیدن به مقصود باشد، در مواردی که فردی کشتن فردی را به این گمان که دشمن مذهبی اوست، قصد می‌کند، ولی پس از قتل معلوم می‌شود که در تحقیقش از هویت مذهبی مقتول دچار اشتباه شده و فرد مقتول دشمن او نبوده است؛ باید قتل مزبور به این ملاک، قتل خطای محض باشد، درحالی‌که قطعاً قتل مزبور عمدی است. به همین جهت، به نگاه عرفی، صرف نرسیدن قاتل به مقصود خویش، ملاک تام برای خطایی بودن قتل نمی‌شود.

دلیل دوم: الغای خصوصیت

همان‌طور که ثابت شد، شارع مقدس قتل ناشی از اشتباه در هدف را قتل خطای محض دانسته است؛ قتل بر اساس اشتباه در هویت هم به همان ملاک، قتل خطای محض است؛ زیرا در هر دو صورت گفته می‌شود نسبت به مجنی‌علیه، قصد وقوع فعل و جنایت از سوی قاتل رخ نداده است؛ هرچند نسبت به اشتباه در هدف این گفته واضح‌تر است.

نشانه صحت این الغای خصوصیت قطعی این است که اگر کسی به سمت گوسفندی شلیک کند، ولی تیر او به خطا رود و انسانی کشته شود که قدر متیقن از قتل خطای محض است، با صورتی که فردی از راه دور شبهی را حیوان تصور کند و سپس معلوم شود انسان بوده است، به نگاه عرفی در ماهیت قتل واقع شده تفاوتی نمی‌کند و چنین نیست که عرف در صورت دوم بگوید قتل عمدی رخ داده است، ولی به این دلیل که قتل عدوانی نبوده است، قصاص ثابت نیست؛ بلکه در هر دو صورت نزد عقلا، یک‌نوع قتل تحقق پیدا کرده است. حال اگر به جای کشتن یک گوسفند، فرد قصد کشتن فرد محقون‌الدمی را داشته است؛ اگر اشتباه در هدف باعث

نشود که قتل مزبور عمدی بشود، اشتباه در هویتش هم همین طور است. سه اشکالی که بر خطای محض بودن قتل ناشی از اشتباه در هدف مطرح شد، ممکن است بر خطای محض بودن قتل ناشی از اشتباه در هویت هم مطرح شود که پاسخ به این اشکالات در مباحث پیشین گذشت.

در نهایت گفتنی است که هرچند این قتل بر پایه قواعد قتل خطای محض است، ولی چون ادله ضمان دیه بر عاقله از این گونه مواردی که انگیزه قاتل جنایتکارانه بوده است، به دلیلی که در قتل ناشی از اشتباه در هدف گذشت، منصرف است، در نتیجه دیه بر عهده خود قاتل است و قتل او در حکم قتل شبه عمد خواهد شد؛ و بعید نیست مراد فاضل هندی و صاحب جواهر هم همین نظر بوده است.

حکم مسئله در صورت شک

در مواردی که نوع قتل (عمد، شبه عمد یا خطای محض) ناشی از اشتباه در هدف و هویت، مبهم باشد و «علم اجمالی» به وجود آید، نمی‌توان به «اصل برائت» تمسک کرد تا قاتل نه قصاص شود و نه دیه پردازد. در چنین شرایطی، راه «احتیاط» ایجاب می‌کند که ولی دم مقتول، قاتل و عاقله او بر سر پرداخت دیه مصالحه کنند. این مصالحه ضروری است؛ زیرا اگر قتل عمدی نباشد، قصاص جایز نیست و اگر عمدی باشد پرداخت دیه بدون رضایت ولی دم مقتول و نیز قاتل کفایت نمی‌کند.^۱ همچنین، مصالحه نباید بر بیش از دیه صورت گیرد، چرا که ممکن است قتل عمد نباشد. در صورت عدم مصالحه، حاکم شرع برای حل اختلاف می‌تواند به پرداخت دیه شرعی حکم کند.^۲

قوانین موضوعه در قتل ناشی از اشتباه در هدف و هویت

قانونگذار سال ۱۳۹۲ در خصوص قتل ناشی از اشتباه در هدف (زمانی که هم فرد مقصود و هم مقتول محقون الدم هستند) نظر روشنی ابراز نکرده است. هرچند از اطلاق بند پ ماده ۲۹۲

۱. نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۷۸.

۲. اگر قاعده درء در قصاص مورد پذیرش قرار بگیرد نیز می‌توان به واسطه قاعده فوق حق قصاص را نیز نفی کرد. (بجنوردی، قواعد فقهیه، ص ۱۶۱).

قانون مجازات اسلامی می‌توان برداشت کرد که این نوع قتل، خطای محض است^۱، اما نگارنده معتقد است که مثال‌های ارائه‌شده در قانون (مانند شکار) این شمول را محل تردید قرار می‌دهد و پیشنهاد می‌کند که قانونگذار این مورد را به‌صراحت در حکم قتل شبه عمد معرفی کند. در بند پ ماده مذکور که در مقام بیان یکی از موارد قتل خطای محض است، آمده است: «پ- جنایتی که در آن مرتکب نه قصد جنایت بر مجنی‌علیه را داشته باشد و نه قصد ایراد فعل واقع شده بر او را، مانند آنکه تیری به قصد شکار رها کند و به فردی برخورد نماید.»

در مقابل، قانون مجازات اسلامی در ماده ۲۹۴، قتل ناشی از اشتباه در هویت را (در شرایطی که هم فرد مورد نظر و هم مقتول محقون‌الدم باشند) عمدی و موجب قصاص دانسته است. با این حال، نگارنده پیشنهاد می‌کند که این نوع قتل نیز عمدی محسوب نشده و در حکم قتل شبه عمد قرار گیرد؛ زیرا چنین رویکردی هم با عدالت سازگارتر است و هم احتیاط ملحوظ مورد نظر شارع مقدس در بحث دیات را رعایت می‌کند.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

نکات زیر از مجموع مباحث گذشته به دست آمد:

۱. قتل ناشی از اشتباه در هدف یا هویت، اگر ناشی از بی‌احتیاطی و سهل‌انگاری قاتل باشد، بسته به موارد مختلف، قتل عمد یا شبه عمد خواهد شد.
۲. در قتل ناشی از اشتباه در هدف و هویت، با توجه به اینکه قاتل قصد کشتن یک انسان محقون‌الدم به‌صورت کلی را نداشته است، بلکه قاتل قصد می‌کند فعل خود را متوجه فرد معینی کند و قصد عدم وقوع فعل بر دیگران را دارد، نمی‌توان قتل عمد محسوب کرد.
۳. در قتل ناشی از اشتباه در هدف و هویت، قاتل نسبت به مقتول، از آن جهت که دارای یک هویت مشخص خارجی است، قصد فعل و قتل نداشته است و در نتیجه قتل

۱. میرمحمد صادقی، جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، ص ۳۸۰.

۲. ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی اشاره به افرادی دارد که جان آنها محترم نیست: «ماده ۲۹۴- اگر کسی به علت اشتباه در هویت، مرتکب جنایتی بر دیگری شود در صورتی که مجنی‌علیه و فرد مورد نظر هر دو مشمول ماده (۳۰۲) این قانون نباشند، جنایت عمدی محسوب می‌شود.»

- مزبور، قتل شبه عمد نیست.
۴. قتل ناشی از اشتباه در هدف، به حسب ضابطه مذکور در روایات، به لحاظ موضوعی، قتل خطای محض است؛ زیرا اطلاق تعریف قتل خطای محض در روایات بر این نوع از قتل صدق می‌کند.
۵. در قتل ناشی از اشتباه در هویت، ضابطه مذکور در روایات قتل خطای محض بر آن صدق نمی‌کند، ولی می‌توان با الغای خصوصیت قطعی به لحاظ موضوعی، موضوع مربوط به قتل خطای محض را نیز شامل این مورد دانست.
۶. به دلیل انگیزه وجود جنایتکارانه قاتل در قتل ناشی از اشتباه در هدف و هویت، قتل خطای محض واقع شده در حکم قتل شبه عمد می‌شود؛ به این معنی که ادله ضمان عاقله در فرض اثبات قتل با بینه، نسبت به این گونه موارد انصراف دارد.
۷. به جهت قاعده «لا یبطل» قاتل، در قتل ناشی از اشتباه در هدف و هویت باید دیه قتل واقع شده را خود قاتل پرداخت کند و پرداخت دیه از بیت‌المال خلاف اصل است.

منابع و مأخذ

- * قرآن کریم.
۱. ابن سعید حلّی، یحیی بن احمد، الجامع للشرایع، قم: مؤسسه سید الشهداء علیه السلام، چ ۱، ۱۴۰۵ق.
 ۲. اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام عن قواعد الأحكام، قم: انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۶ق.
 ۳. انصاری، محمد بن شجاع، معالم الدین فی فقه آل یاسین، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چ ۱، ۱۳۸۱ش.
 ۴. برهانی، محسن، لطفعلی زاده، الهه، تأملات؛ شرحی بر قانون مجازات اسلامی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چ ۱، ۱۴۰۱ش.
 ۵. بغدادی، مفید، محمد بن محمد، المقنعة، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۲، ۱۴۱۰ق.
 ۶. بهجت، محمد تقی، استفتائات، قم: دفتر حضرت آیت الله العظمی بهجت، چ ۱، ۱۳۸۶ش.
 ۷. تبریزی، جواد، تنقیح مبانی الأحكام (الدیات)، قم: دار الصدیقة الشهيدة علیه السلام، چ ۳، ۱۳۸۷ش.
 ۸. _____، تنقیح مبانی الأحكام (القصاص)، قم: دار الصدیقة الشهيدة علیه السلام، چ ۳، ۱۳۸۷ش.
 ۹. حاجی ده آبادی، احمد، جرایم علیه اشخاص (قتل)، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چ ۵، ۱۴۰۳ش.
 ۱۰. حسینی عاملی، محمد جواد، مفتاح الكرامة، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چ ۱، [بی تا].

۱۱. حلی، علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الأحكام، قم: انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۳۱۴ق.
۱۲. _____، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، مشهد مقدس: آستانة الرضویة المقدسة، چ ۱، ۱۴۱۲ق.
۱۳. حلی، فخر المحققین، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، قم: اسماعیلیان، چ ۱، ۱۳۸۷ق.
۱۴. خمینی، روح الله، تحریر الوسيلة، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چ ۳، ۱۳۹۲ش.
۱۵. خوانساری، احمد، جامع المدارک، تهران: مکتبة الصدوق، چ ۲، ۱۳۵۵ش.
۱۶. خوبی، ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، قم: موسسه احیاء آثار الإمام الخوئی، چ ۱، ۱۴۱۸ق.
۱۷. سبحانی، جعفر، استفتائات، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چ ۱، ۱۳۸۹ش.
۱۸. طوسی، محمد بن حسن، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دارالکتاب العربی، چ ۲، ۱۴۰۰ق.
۱۹. عاملی، حر، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحیاء التراث، چ ۱، ۱۴۰۹ق.
۲۰. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقیة، بیروت: دار التراث العربیة، چ ۱، ۱۴۱۰ق.
۲۱. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة (محشی سلطان العلماء)، قم: مکتبة الداوری، چ ۱، ۱۴۱۰ش.
۲۲. _____، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرایع الإسلام، قم: موسسه المعارف الاسلامیة، چ ۱، ۱۴۱۳ق.
۲۳. عوده، عبدالقادر، التشریح الجنائی الإسلامی مقارن بالقانون الوضعی، بیروت: دارالکاتب العربی، چ ۱، [بی تا].
۲۴. فاضل لنکرانی، محمد، جامع المسائل، قم: امیر قلم، چ ۱، ۱۴۲۵ق.
۲۵. فضلی، مهدی، ساریخانی، عادل، «جنایت نظیر و اشتباه در جنایت در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، پژوهش حقوق کیفری، بیست و ششم، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۸ش.
۲۶. فقحانی، علی بن علی، الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات و الايقاعات و العقود، شیراز: مکتبة امام العصر علیه السلام العلمیة، چ ۱، ۱۴۱۸ق.
۲۷. فیاض، محمد اسحاق، منهاج الصالحین، قم: مکتب سماحة آية الله العظمی شیخ محمد اسحاق فیاض، چ ۱، [بی تا].
۲۸. کاشف الغطاء، احمد، سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء العامة، چ ۱، ۱۴۲۳ق.
۲۹. مرعشی شوشتری، محمد حسن، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چ ۱، ۱۳۹۷ش.
۳۰. مرعشی نجفی، شهاب الدین، منهاج المؤمنین، قم: کتابخانه عمومی آیت الله العظمی مرعشی نجفی، چ ۱، ۱۴۰۶ش.

۳۱. مزروعی، رسول، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی (قصاص)، قم: مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی، چ ۱، ۱۳۹۴ش.
۳۲. مشکینی اردبیلی، علی، التعلیقة الاستدلالية على شرائع الاسلام، تهران: مؤسسه علمی فرهنگی دارالحدیث، چ ۱، ۱۳۹۲ش.
۳۳. مکارم شیرازی، ناصر، استفتانات جدید، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چ ۲، ۱۴۲۷ق.
۳۴. منتظری، حسینعلی، رساله استفتانات، تهران: نشر سایه، چ ۳، ۱۳۸۴ش.
۳۵. میرمحمد صادقی، حسین، جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چ ۳۴، ۱۴۰۳ش.
۳۶. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چ ۱۴۰۴، ۷ق.
۳۷. وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین، قم: مدرسه الامام باقر العلوم علیه السلام، چ ۵، ۱۳۸۶ش.

الرد على إشكاليات روايات نجاسة الكلب في مراجعة كتاب «سگ در متون و فرهنگ اسلامي»^١

محمد جواد رجب زاده^٢

الملخص

إنّ القول بنجاسة الكلب - وبغض النظر عن بعض الاختلافات الطّيفة - متفق عليه بين فقهاء الإمامية، وله أدلة دامغة. مؤلف كتاب «سگ در متون و فرهنگ اسلامي» (الكلب في النصوص والثّقافة الإسلاميّة) بعد عرضه خمس مجموعات من روايات نجاسة الكلب في باب «طهارة الكلب من منظور الروايات»، حاول التشكيك في دلالة تلك الروايات على نجاسة الكلب من خلال منهج فقهي، وإن كان عاجزاً عن ذلك بالطبع. ومن الأخطاء التي أدت إلى استنتاج المؤلف الخاطئ: «وهم ضرورة وجود الحقيقة الشرعية في كلمة «التنجس» لاستنتاج النجاسة الشرعية من الروايات»، و«عدم تقييمه لمصادر الروايات»، و«خلط المصطلحات الأصولية»، وغيرها. بعد إيضاح أخطاء المؤلف، يتبين أنه لا مانع من استنباط نجاسة الكلب من الروايات.

المفردات الأساسية: نجاسة الكلب، سور الكلب، لعاب الكلب، النجاسة الباطنية، الأدلة الروائية على نجاسة الكلب.

پاسخ به اشکالات روایات نجاست سگ

در گذر نقد کتاب «سگ در متون و فرهنگ اسلامی»^۱

محمد جواد رجب زاده^۲

چکیده

نجاست سگ، صرف نظر از برخی اختلافات جزئی، مورد اتفاق فقیهان امامیه بوده و ادله متقن و قابل دفاعی دارد. مؤلف کتاب «سگ در متون و فرهنگ اسلامی» در بخش «طهارت سگ از منظر روایات»، پس از طرح پنج دسته از روایات نجاست سگ، کوشیده تا با روش فقهی در دلالت آن روایات بر نجاست سگ تشکیک کند، که البته از این مهم ناتوان است. «توهم نیاز به حقیقت شرعیه در واژه «نجس» برای برداشت نجاست فقهی از روایات»، «فقدان اعتبارسنجی در اسناد روایات»، «خلط اصطلاحات اصولی» و... اشتباهاتی است که موجب استنتاج نادرست مؤلف شده است. پس از تبیین اشتباهات مؤلف، روشن می‌شود که مانعی از استنباط نجاست سگ از روایات وجود ندارد.

واژگان کلیدی: نجاست سگ، سؤر سگ، بزاق سگ، نجاست باطنی، ادله روایی نجاست سگ.

۱. تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۶/۴

تاریخ تأیید: ۱۴۰۴/۴/۱۲

۲. دانش پژوه سطح چهار مدرسه فقهی امام محمدباقر علیه السلام، قم، ایران.

mjr۱۳۷۰۵۱۶@gmail.com

مقدمه

از مسائل معروف و مشهور نزد تمامی فرق اسلامی، حکم به نجاست سگ، همچنین لعاب و سؤر آن است. در این میان مالک و داوود، از فقیهان اهل سنت قائل به طهارت سگ شده‌اند. البته این دو فقیه، تعبداً (و نه به جهت تنجس آن به ملاقات با دهان سگ) احکامی نظیر لزوم تطهیر ظرفی که سگ در آن غذا خورده را پذیرفته‌اند.^۱

مهم‌ترین دلیل در نجاست سگ، روایات متظافر و فراوانی است که از پیامبر و معصومان علیهم‌السلام به‌جای مانده است. استفاده نجاست از این روایات با وجود اجماع امامیان و شهرت کم نظیر نزد مسلمین، تأکید و تشدید می‌شود.

نویسنده کتاب «سگ در متون و فرهنگ اسلامی» (که در این مقاله اختصاراً از او با نام «مؤلف» یاد می‌شود) در برابر این نظریه ریشه‌دار، ایستاده و با آشننگی، گاه قائل به طهارت مطلق سگ و گاه سگ‌های غیرولگرد شده است. وی در بخشی از کتاب، روایات موجود را در پنج دسته تقسیم می‌کند و پس از ذکر روایات هر بخش با طرح عنوان «نقد و بررسی روایات» به بیان مشکلات سندی و دلالتی آنها پرداخته است.

نوشته پیش‌رو نگاهی است نقادانه به بخش «طهارت سگ از منظر روایات» از کتاب «سگ در متون و فرهنگ اسلامی». در این تحقیق تلاش شده ضمن بازخوانی کامل سخنان مؤلف، نقدی منصفانه و روشن ارائه شود؛ به‌گونه‌ای که حتی مخاطب کمتر آشنا به اسلوب فقه‌ورزی و استنباط، به‌روشنی دریابد آنچه مؤلف به‌عنوان استدلال فقهی ارائه نموده، مصداق شبه‌فقه است که با اتکا بر کم‌اطلاعی مخاطب بنا شده است. در گذر نقد استدلال‌های مؤلف، برخی سخنان ابهام‌زا و مغالطه‌آمیز که ناخواسته در سخن ایشان راه یافته، تبیین خواهد شد. در نمونه‌هایی نیز برابر اسلوب نقد روشی، به ریشه رخداد برخی اشتباهات اشاره خواهد شد.

در ادامه، بر پایه دسته‌بندی مؤلف، در پنج محور کلی به شبهات طرح شده، پاسخ تفصیلی داده می‌شود و در انتها نیز استنتاج مؤلف به نقد کشیده خواهد شد. بدین روی ابتدا بخشی از متن کتاب ذکر خواهد شد. همچنین در صورت نیاز به تکمیل و پرورش استدلال

۱. طوسی، الخلاف، ج ۱، ص ۱۷۷.

مؤلف، توضیحات تکمیلی افزوده می‌شود، و سپس نقد متن و رد شبهات آن ارائه خواهد شد.

پیشینه

باور به نجاست سگ از همان آغاز، در تمام کتب فقهی مطرح و مورد اتفاق بوده است. اما اخیراً جریانی متأثر از فرهنگ منحنی غرب از سوی برخی منتسبان به حوزه در برابر اجماع امامیه شکل گرفته است. هرچند قوت علمی و برهانی این جریان به اندازه‌ای نیست که توفیق جریان‌سازی در حوزه علمیه را داشته باشد، اما در میان توده مردم، پرسش‌هایی را برانگیخته است.

این شبهات، گاهی در قالب سخنرانی و گاه در قالب بیانیه‌هایی از سوی گروهی موسوم به «مرکز بین‌المللی اجتهاد جمعی»^۱ و نیز گاهی در قالب کتاب، نمود یافته است. کتاب «سگ در متون و فرهنگ اسلامی» مفصل‌ترین اثری است که در این زمینه نگارش یافته است. مطالب فقهی این کتاب از حدود بیست صفحه تجاوز نمی‌کند. نقد این کتاب در حقیقت پاسخ به تمام ایده‌پردازی‌هایی است که در مبحث طهارت سگ طرح شده است.

در حوزه آثار مکتوب، تاکنون هیچ اثر پژوهشی‌ای در پاسخ به شبهات این جریان منتشر نشده است و این نگاشته نخستین است. گفتنی است اثری در نقد ادله قرآنی کتاب پیش گفته از راقم این سطور منتشر گردیده است و نوشته حاضر در تکمیل آن نگارش یافته است.^۲

تاجتهد
پژوهش‌های فقهی

مفهوم شناسی

«نجس» به معنای چیز کثیف و پلید بوده^۳ و در اصطلاح، به اعیان خاصی گفته می‌شود که احکامی چون وجوب اجتناب بر آن مترتب گشته است.^۴ فقهیان امامی، نجاست را امری واقعی^۵ یا انتزاعی^۱ یا حکمی وضعی^۲ دانسته‌اند.

سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۴

۱. مرکز بین‌المللی اجتهاد جمعی، آیا نگهداری از سگ به‌عنوان حیوان خانگی جایز است؟، ۲۱/ اوت/ ۲۰۲۳م، collectiveijtihad.org.
۲. رجب زاده، «پاسخی به ادله قرآنی طهارت سگ در گذر نقد کتاب «سگ در متون و فرهنگ اسلامی»»، پژوهش‌های فقهی تاجتهد، شماره ۱۵، صص ۱۴۳-۱۶۶.
۳. فراهیدی، کتاب العین، ج ۶، ص ۵۵.
۴. شهرکانی، معجم مصطلحات الفقهية، ص ۱۸۳.
۵. انصاری، کتاب الطهارة، ج ۵، ص ۲۰.

واژه «تعارض» از «عرض» به معنای «خلاف طول» است.^۳ در دانش اصول، تعریف‌های مختلفی برای تعارض یاد شده است که فصل مشترک همه، وجود تنافی و تکاذب است، به گونه‌ای که هر یک از دو دلیل، دیگری را تکذیب کند و امکان صدق هر دو وجود نداشته باشد.^۴ تعارض، خود به تعارض مستقر و تعارض غیرمستقر قابل تقسیم است. مقصود از تعارض غیرمستقر، تعارضی است که عرف پس از درک اولیه تعارض میان دو دلیل، با اندکی تأمل، صادق بودن هر دو دلیل را ممکن بداند. تخصیص و حکومت و ورود از اقسام جمع عرفی هستند. مقصود از تعارض مستقر نیز آن است که در نظر عرف امکان درستی هر دو دلیل نباشد. در دانش اصول برای فرض تعارض مستقر قواعدی بیان شده است.

پاسخ به اشکالات روایات مشتمل بر لفظ «نجس»

مؤلف، در بخش نخست به بررسی روایاتی می‌پردازد که در آن واژه «نجس» به صراحت آمده و این روایات را چنین گزارش می‌کند:

«۱. از امام صادق علیه السلام از نوشیدن و وضو گرفتن با پس مانده آبی که بعضی از حیوانات (سنور، گوسفند، گاو، شتر، الاغ، اسب، استر و درندگان) نوشیده‌اند، سؤال شد. امام فرمود: بنوش و وضو بگیر. سپس از سگ سؤال شد. امام فرمود: نه. پرسیدم: آیا او یک درنده (مثل دیگر درندگان) نیست؟ فرمود: نه به خدا، او نجس است. نه به خدا، او نجس است.»

۲. از امام صادق علیه السلام نقل شده است: همانا خداوند نیافرید خلقی را که نجس‌تر از سگ باشد.

۳. از امام صادق علیه السلام از پس مانده حیوانات (گربه، گوسفند، گاو، شتر، ...) سؤال شد؛ و امام علیه السلام فرمود: اشکالی ندارد. تا این که از سگ سؤال کردم و امام فرمود: پلید و نجس است.

۴. راوی حکم سگ را از امام صادق علیه السلام سؤال کرد. حضرت فرمود: پلید و

۱. عاملی، القواعد و الفوائد، ج ۲، ص ۸۶.

۲. نایینی، فوائد الأصول، ج ۴، ص ۴۰۲.

۳. فراهیدی، کتاب العین، ج ۱، ص ۲۷۱.

۴. انصاری، فرائد الأصول، ج ۴، ص ۱۱؛ خراسانی، کفایة الأصول، ص ۴۳۷.

نجس است، از اضافه آبی که آشامیده نباید وضو گرفته شود، آن آب را بریز و (ظرف) را بار اول با خاک و سپس با آب بشوی.»

۵. ابی سهل می‌گوید از امام صادق علیه السلام درباره سگ سؤال کردم، حضرت فرمود: از حیوانات مسخ شده است. گفتم آیا حرام است؟ امام فرمود: نجس است. سه مرتبه این سؤال را تکرار کردم و هر سه بار امام فرمود: نجس است.^۱

اشکال اول: انکار شکل‌گیری حقیقت شرعیه برای واژه نجس

مؤلف می‌نویسد: «اولاً با وجود نیاز به اثبات حقیقت شرعیه برای واژه نجس، این دسته از روایات برای اثبات حکم نجاست سگ کفایت نمی‌کنند.»^۲

پاسخ یکم: علمای امامیه که فی الجمله بر نجاست سگ اجماع دارند^۳، از واژه «نجس» در این روایات، همان معنای شرعی را استفاده کرده‌اند. در این زمینه بین ایشان اختلافی یافت نشد، که همین، بر نادرستی فهم مؤلف مؤید است.

پاسخ دوم: تعبیر مؤلف به «حقیقت شرعیه» خروج از اصطلاح و صناعت است؛ چراکه احادیث یادشده همگی از امام صادق علیه السلام است و اصطلاح «حقیقت شرعیه» مربوط به آیات قرآن یا احادیث نبوی است. آنچه در الفاظ استعمال شده در زمان صادقین مطرح است، لزوم تحقق حقیقت متشرعه است و تحقق حقیقت متشرعه در لفظ «نجس» در زمان امام صادق علیه السلام قابل انکار نیست.^۴

پاسخ سوم: با وجود قرینه بر اراده معنای «نجاست شرعی» از واژه «نجس»، نیازی به اثبات حقیقت متشرعه نیست؛ چه آنکه در بسیاری از روایات (از جمله روایت نخست^۵،

۱. رضائی، سگ در متون و فرهنگ اسلامی، ص ۳۲.

۲. همان، ص ۳۴.

۳. هرچند برخی نظیر شیخ صدوق که به طهارت سگ شکاری باور دارند، و سید مرتضی که به طهارت اجزای غیر روح‌دار سگ باور دارند، اما سایر فقیهان بر نجاست انواع سگ و نیز تمام اجزای بدن آن متفق‌اند. بر این اساس، درست است که گفته شود همه فقیهان امامی بر نجاست فی الجمله سگ اجماع دارند.

۴. خویی، فقه الشیعة، ج ۱، ص ۲۱.

۵. طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۲۲۵.

سوم و چهارمی^۱ که مؤلف بیان می‌کند) در کنار واژه «نجس»، احکام ویژه نجاست شرعی (نظیر نحوه تطهیر و عدم صحت وضو و...) نیز یاد شده است. این امر قرینه‌ای محکم بر اراده معنای شرعی نجاست است.

اشکال دوم: خدشه در اسناد روایات

مؤلف می‌نویسد: «ثانیاً روایات در خصوص «نجاست سگ» از نظر سند از اتقان برخوردار نیستند.»^۲

پاسخ: این ادعایی بدون ذکر دلیل و خلاف واقع است. با مراجعه به کتب رجال و تراجم مشخص می‌شود که روایت اول (صحيحه معاوية بن شريح^۳)، و روایت دوم (موثقه ابن ابی یعفر^۴)، و روایت سوم و چهارم^۵ (صحيحه ابی العباس^۶) از اعتبار کافی برخوردارند.

اشکال سوم: ادعای تعارض در روایات این دسته

مؤلف می‌نویسد: «ثالثاً از نظر دلالت با یکدیگر تعارض دارند...»^۸

این سخن خالی از تشویش نیست و به بیانی روشن‌تر از آنچه در کتاب ارائه شده، نیازمند است. این اشکال مبتنی بر ادعای تعارض بین روایات این دسته است: تعارض میان روایاتی که در آن لفظ «رجس» آمده و روایاتی که در آن لفظ «نجس» آمده است. به‌زعم

ما
پژوهش‌های قضی

بسیار اشکالات روایات نجاست سگ؛ نقد کتاب «سگ در متون و فرهنگ اسلامی»

۱. مؤلف به اشتباه، روایت سی‌ام از «باب المیاه و أحكامها» از کتاب تهذیب شیخ طوسی - (طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۲۲۵) - را دو روایت تصور کرده و به‌عنوان روایت سوم و چهارم آورده است. (رضائی، سگ در متون و فرهنگ اسلامی، ص ۳۳). به نظر می‌رسد علت این اشتباه آن است که شیخ حر عاملی این روایت را در دو باب ذکر کرده است.
۲. رضائی، سگ در متون و فرهنگ اسلامی، ص ۳۴.
۳. از این راوی گاهی با نسبت به پدرش به صورت «معاویة بن شریح» و گاهی با نسبت به جدش به صورت «معاویة بن میسر» یاد شده است. از تعبیر مؤلف «در حدیث ابی العباس یا معاویة بن شریح و معاویة بن میسر...» در صفحه ۴۸ کتاب برداشت می‌شود که مؤلف این دو نام را دو راوی تصور نموده است!
۴. طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۲۲۵.
۵. صدوق، علل الشرائع، ج ۱، ص ۲۹۲.
۶. چنانچه در ادامه خواهد آمد مؤلف به اشتباه این روایت را دو روایت انگاشته است.
۷. طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۲۲۵.
۸. رضائی، سگ در متون و فرهنگ اسلامی، ص ۳۴.

مؤلف، نسبت دادن دو عنوان «رجس» و «نجس» به سگ در روایات مختلف، موجب تعارض بین روایات است؛ چراکه «رجس» به معنای پلیدی است و به لحاظ معنایی با واژه «نجس» متفاوت است. وی برای اثبات تفاوت معنای رجس و نجس به عطف دو واژه بر یکدیگر و نیز کار بست واژه رجس برای وسایل و آلات قمار استشهاد می‌کند.^۱

پاسخ یکم: مؤلف این‌طور به مخاطب القا می‌کند که گویا یک دسته روایات در میان است که در آن تنها لفظ «رجس» آمده و این دسته در مقابل دسته دیگر از روایات قرار گرفته است. در حالی که واقعیت چیز دیگری است. در میان روایات دسته نخست، هیچ روایتی وجود ندارد که در آن تنها واژه «رجس» آمده باشد. تنها در یک روایت واژه «رجس» آمده که آن هم در کنار واژه «نجس»! این روایت صحیحۀ فضل بن عبدالملک بقباقی یا همان صحیحۀ ابی‌العباس است. بنابراین اساساً دو دسته روایت تشکیل نشده است که یکی بگوید «سگ رجس است» و دیگری بگوید: «سگ نجس است». یک دسته می‌گوید «سگ نجس است» و دسته دیگر می‌گوید: «سگ رجس و نجس است».

پاسخ دوم: حتی با فرض وجود دو دسته از روایات که در یکی از آن دو دسته در مورد سگ تعبیر «رجس» به کار بسته شده باشد و در دسته دیگر تعبیر «نجس»، باز هم استدلال تمام نیست. در تعارض بین روایات، تنافی و تکاذب میان دو دلیل شرط اساسی است. مقصود از تکاذب آن است که هر یک از دو دلیل به‌گونه‌ای باشد که مفاد دلیل دیگر را تکذیب کند. برای نمونه، آشکار است که سه نقل «رضا کریم است»، «رضا حکیم است»، «رضا حکیم و کریم است» نه متکاذب‌اند و نه متعارض. حتی اگر فرض شود «رجس» و «نجس»، دو لفظ با معانی بعید از یکدیگرند، میان دو دلیلی که «رجس» و «نجس» را به سگ نسبت می‌دهد، تکاذبی در میان نیست.

پاسخ سوم: این پاسخ مبتنی بر نقد شواهد مؤلف در اثبات تنافی «رجس» و «نجس» است. مؤلف برای اثبات تنافی بین این دو واژه، دو شاهد یاد کرده که هیچ‌یک درست نیست.

۱. در جمله پایانی سخن مؤلف در این بخش آمده: «و نیز روایاتی که «رجس و نجس» را تنها مربوط به همان بزاق سگ می‌دانند.» به لحاظ منطقی، جای ذکر این فراز اینجا نیست؛ چون این روایات به دسته اول از روایات مرتبط نیستند. در پاسخ به اشکالات روایات دسته دوم، پاسخ این بیان به‌طور مستوفی ذکر خواهد شد.

شاهد نخست، آمدن «رجس» و «نجس» در کنار هم در برخی روایات (صحيحه ابی‌العباس) است. این جمله کوتاه از جهات مختلفی مخدوش است:

به کار گرفتن دو لفظ در کنار یکدیگر به هیچ وجه نمی‌تواند مغایرت بین آن دو را اثبات کند.^۱ در صنعت بلاغت، از عطف دو واژه هم معنی به «عطف تفسیر» یاد می‌شود. این گونه استعمال در قرآن کریم نیز فراوان به چشم می‌خورد.^۲

وانگهی تمسک به استعمال برای تعیین و تشخیص معنای موضوع له، عمیقاً دور از صنعت است؛ چراکه استعمال، اعم از حقیقت است و نمی‌توان با اثبات اعم، اخص را ثابت نمود. از این گذشته، استعمال واژه «رجس» در کلام معصومان برای اثبات نجاست و احکام نجاست مسبوق به سابقه است. این امر خود شاهدی بر وحدت معنای «رجس» و «نجس» است. امام صادق علیه السلام در پاسخ به پرسش راوی درباره لباسی که به خمر برخورد کرده است، فرموده‌اند: «لَا تُصَلِّ فِيهِ فَإِنَّهُ رَجَسٌ».^۳

شاهد دوم، حمل نمودن واژه «رجس» بر قمار و انصاب و ازلام در قرآن است. مؤلف به خطا، باز هم برای تشخیص معنای حقیقی به سراغ استعمال رفته است! سخن مؤلف به این مثابه است که کسی بگوید اگر در موردی به خاطر شجاعت رضا گفته شود: «رضا شیر است»، دیگر نمی‌توان در مورد حیوان درنده در جنگل از واژه «شیر» استفاده نمود؛ چون در موردی دیده شده که واژه «شیر» برای «مرد شجاع» به کار بسته شده است.

حقیقت استدلال مؤلف آن است که چون «رجس» در غیر نجس شرعی (آلات قمار و انصاب) استعمال شده، دیگر نمی‌تواند در استعمالی دیگر در معنای نجس استعمال شود. از این بالاتر، هر نجسی که از آن تعبیر به «رجس» شد، دیگر نجس نیست! بر پایه این شکل استدلال، نباید در پاک بودن خوک و خمر تردید داشت! چون در منابع و حیانی درباره آنها واژه «رجس» به کار رفته است.^۴

۱. این گفتار به معنی یکسان بودن معنای «رجس» و «نجس» از جمیع جهات نیست.

۲. نظیر آیه شریفه «أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ وَأَنْ أَعْبُدُونِي هَذَا صِرَاطٌ» که به باور علامه طباطبایی، «وَأَنْ أَعْبُدُونِي» عطف تفسیر برای ما قبل است. طباطبایی، المیزان، ج ۱۷، ص ۱۰۳.

۳. کلینی، الکافی، ج ۳، ص ۴۰۵.

۴. سوره انعام، آیه ۱۴۵. در روایتی از امام علیه السلام در مورد لباسی که به خمر برخورد داشته است پرسش شده، امام

پاسخ چهارم: ممکن است کسی به دفاع از مؤلف بگوید: مقصود وی آن است که به قرینه واژه «رجس» که معنایی غیر از معنای نجاست شرعی دارد، معلوم می‌شود که معنای واژه «نجس» که بر آن عطف تفسیر شده، نجاست شرعی نیست.

پاسخ آن است که ذیل روایتی که مشتمل بر «رجس» است، به صراحت به آثار نجاست شرعی اشاره شده است: «فَقَالَ رَجْسٌ نَجْسٌ لَا تَتَوَضَّأُ بِفَضْلِهِ وَ اصْبُبْ ذَلِكَ الْمَاءَ وَ اغْسِلْهُ بِالتُّرَابِ أَوَّلَ مَرَّةٍ ثُمَّ بِالْمَاءِ».^۱ بنابراین، حتی اگر «رجس» معنایی مغایر با نجاست شرعی نیز داشته باشد، لازم است به قرینه واژه «نجس» و ذیل روایت که آثار نجاست شرعی بیان شده، از معنای آن رفع ید کرد و مستعمل فيه آن را همان نجاست شرعی دانست.

پاسخ به اشکالات روایات نجاست بزاق و نیم‌خورده سگ

مؤلف در تبیین دسته دوم از روایات می‌نویسد:

«روایاتی وجود دارد که «رجس و نجس» سگ‌ها را مختص به بزاق و نیم‌خورده آنان

می‌داند. مانند این روایت از امام جعفر صادق علیه السلام فرمودند: از زیاد آمده آب

نیم‌خورده سگ وضو نباید گرفت زیرا رجس و نجس است.»^۲

سپس به نقد و بررسی این دسته از روایات پرداخته و سه اشکال مطرح می‌کند.

اشکال اول: تقیید روایات دسته نخست به روایات دسته دوم

سخن مؤلف بدین شرح است:

«طبق روایات دسته اول، نجاست، منطبق بر یک گزاره کلی یعنی عنوان سگ است، که

اطلاق دارد، زیرا عنوان سگ شامل تمام اجزای سگ از جمله مو، بزاق، پوست،

گوشت و... است اما این گزاره کلی روشن نمی‌سازد که چه چیزی از این سگ نجس

است؟ همه اجزای آن یا برخی از آن‌ها. قاعده آن است که باید مطلق بر مقید حمل

شود یعنی روایات بخش دوم (نجاست بزاق و نیم‌خورده) که مقیداند روایات بخش

فرموده‌اند: «لَا تُصَلِّ فِيهِ فَإِنَّهُ رَجْسٌ». کلینی، الکافی، ج ۳، ص ۴۰۵.

۱. طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۲۲۵.

۲. رضائی، سگ در متون و فرهنگ اسلامی، ص ۳۴.

اول (نجاست سگ) را که مطلق هستند، بنابراین روایات بخش اول گزاره مبهم و مطلق «سگ نجس است» را دارند بر روایات بخش دوم که نجاست سگ را فقط مربوط به بزاق او و یا نیم خورده ای که با دهان سگ تماس داشته می‌دانند، حمل می‌شوند یعنی مقصود واقعی امام از روایات مطلق (نجاست سگ) مفاد روایات بخش دوم (نجاست بزاق و نیم خورده) بوده است.^۱

پاسخ یکم: مؤلف در اینجا به دسته دوم از روایات اشاره کرده و مدعی شده با روایات دسته اول متعارض است و آنها را تقیید می‌زند. طبیعتاً توقع می‌رود که روایات این دسته، روایاتی غیر از دسته نخست باشد. اما در کمال تعجب، هر دو روایت ذکر شده در دسته دوم، در دسته نخست نیز یاد شده است! یعنی عیناً همان روایاتی است که در آن، افزون بر نجاست سؤر و بزاق، به نجس بودن خود سگ نیز اشاره شده و تعبیر «رجس نجس» و «والله إنه نجس»^۲ برای سگ استفاده شده است!

براین اساس، تمام آنچه مؤلف در تعارض و تقیید روایات دسته اول گفته، نقشی بوده بر آب و دیگر نیازی به ذکر پاسخ‌های بعدی نیست. با چشم‌پوشی از این اشکال، و با فرض دوگانگی میان روایات دسته دوم و دسته نخست، اشکالات فراوان دیگری در سخن مؤلف وجود دارد که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

پاسخ دوم: در این کتاب، برخی از عناوین انتخاب شده برای هر دسته، با روایات مذکور در ذیل آن مطابقت ندارد. این عناوین، احتمالاً به‌طور ناخواسته، به‌گونه‌ای انتخاب شده‌اند که همسو با استنتاج مؤلف باشند.

به‌طور مثال در همین بخش، عنوان به‌گونه‌ای انتخاب شده که گویا مفاد روایات، انحصار نجاست در بزاق و نیم‌خورده و نفی غیر است. مؤلف از همین مفاد بهره برده و بر اساس آن، روایات دسته نخست را تقیید زده است!

اما با بررسی روایات ذکر شده ذیل این عنوان، روشن می‌شود که مؤلف روایاتی را ذکر کرده که در آن سائل از حکم سؤر سگ پرسیده است و امام پاسخ داده‌اند که نجس است.^۳

۱. همان، صص ۳۴-۳۶.

۲. طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۲۲۵.

۳. این بیان، با چشم‌پوشی از اشکال پیش و با فرض این است که پاسخ امام علیه السلام منحصرأ راجع به خود سؤر و

آشکار است که این روایات، دلالتی بر انحصار نجاست در بزاق و نیم‌خوردهٔ سگ ندارد و نافی نجاست بدن سگ نیست.

پاسخ سوم: در کلام مؤلف تعبیری به چشم می‌خورد که نشان از خلط بین مفاهیم دانش اصول و عدم درک صحیح از آن دارد. در دانش اصول، «ابهام» و «اطلاق» متفاوت‌اند. ابهام با اجمال سازگار است و اجمال، شرط اصلی تحقق اطلاق را از بین می‌برد. براین اساس، ابهام داشتن یک گزارهٔ مطلق، مبتلا به ستیز مفهومی است.^۱

به‌هرروی، مفاد روایات دستهٔ نخست «الکلب نجس» است. مطابق دانش اصول، این کلام اطلاق دارد و شامل همهٔ اجزای سگ شده و نجاست همهٔ اجزا را ثابت می‌کند؛ نه آنکه مبهم باشد و نیازمند تبیین به دلیل دیگر.

همچنین، کار بست قواعد تقیید در این مجال، حاکی دیگری از ناآشنایی با اصطلاحات اصولی است. مفاد روایات دستهٔ دوم «سور الکلب نجس» است. مؤلف این دسته را مقید روایات دستهٔ اول دانسته است. در حالی که مطابق اصطلاح دانش اصول، وجود تنافی بین مطلق و مقید از مهم‌ترین شرایط تقیید است. تعبیر «بزاق سگ نجس است» به‌هیچ‌روی با عبارت «سگ نجس است» تنافی ندارد.

گفتنی است ناآشنایی با قواعد تقیید و تخصیص، سبب شده این اشتباه چند بار دیگر هم تکرار شود. مؤلف در بخش دستهٔ نخست روایات نیز با بی‌اعتنایی به شرط وجود تنافی، تعارض را میان روایات این دسته محکم دانسته است. همچنین بخش دستهٔ سوم روایات، با بی‌توجهی به این شرط، لزوم دست کشیدن از ظاهر روایات دستهٔ نخست را ثابت می‌کند. تکرار این اشتباه نشان از رسوخ این تلقی نادرست از قواعد تقیید، در ارتکاز مؤلف دارد.

اشکال دوم: تعارض روایات دستهٔ دوم با مستندات قرآنی و روایی طهارت بزاق سگ شکاری
مؤلف در ادامه می‌نویسد:

«علاوه بر این که روایات بخش دوم (نجاست بزاق و نیم‌خورده) هم اشکال دارند زیرا

بزاق باشد و تعبیر وجود «نجس» نسبت به سگ در آن نیامده باشد.
۱. توجه شود ابهام و اطلاق از دو جهت مشکلی ندارد؛ آنچه مشکل است اجمال و اطلاق از یک جهت است، همان چیزی که از سخن مؤلف برداشت می‌شود.

بنابر مستندات روایی و قرآنی با رعایت شرایطی «شکار سگ شکاری» پاک است با شکاری که تماس با دهان سگ از شرایط آن بوده و به طور طبیعی آغشته به بزاق سگ می‌شود. با این بیان طهارت بزاق سگ شکاری ثابت می‌شود. ضمن این تفاوت بزاق سگ شکاری با بزاق سگ غیرشکاری چه تفاوتی دارد از لحاظ علمی ثابت نشده است. بنابر این روایاتی که بزاق سگ شکاری را پاک می‌دانند با آن دسته از روایات که بزاق سگ غیرشکاری را نجس می‌داند متناقض اند و در این صورت تکلیف، کنار گذاردن هر دوی آن‌ها و تمسک به اصل طهارت است که با آن حکم به طهارت بزاق سگ هم می‌شود. البته باید از بزاق سگ به خاطر میکروبی بودن آن اجتناب کرد در متون روایی نیز از بزاق سگ به شیطان تعبیر شده است.

از آنچه گذشت معلوم شد لزوم پرهیز از آب دهان سگ، مطابق روایات است ولی نجاست آن مانند سایر اجزای جسدش دلیلی ندارد.^۱

پاسخ یکم: با توجه به مجموع سخن مؤلف، بدون اغراق می‌توان ادعا کرد ایشان به نوعی آیات و روایات را به بازی گرفته است! مؤلف برای اثبات مقصود خود، ابتدا با تکیه بر روایات نجاست بزاق سگ و ادعای تعارض میان آن و روایات دسته نخست، روایات نجاست سگ (همان روایات دسته نخست) را کنار گذاشته و نجاست سگ را منکر شده است. پس از آنکه بهره خود را از روایات نجاست بزاق سگ برده، این روایات را به ادعای تعارض با آیه شریفه از دایره حجیت ساقط ساخته است! حال پرسش اینجاست: اگر روایات نجاست بزاق معارض با قرآن است و باید طرح شود، چرا مؤلف به مقدار نیاز از آن استفاده کرده است؟! آیا روایات نجاست بزاق سگ، تنها پس از آنکه روایات دسته نخست (روایات نجاست سگ) را از کار انداخت، ناگهان با قرآن معارض شد؟! آیا این جز مهندسی ادله و تحمیل مدعا بر آیات و روایات برای رسیدن به مطلوب است؟!

پاسخ دوم: تمرکز استدلال مبتنی بر دلالت آیه شریفه «فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ» بر طهارت محل گازگرفتنی است؛ و این در حالی است که آیه درصدد بیان طهارت محل گازگرفتنی نیست تا در این خصوص از اطلاق آیه بهره‌برداری شود. همچنین روایات مربوط

۱. رضائی، سگ در متون و فرهنگ اسلامی، ص ۳۵.

به حلیت شکار سگ نیز چنین نیستند. نگارنده در نوشتاری جداگانه، به صورت مستوفی به عدم دلالت آیه شریفه بر طهارت محل گازگرفتگی پرداخته است.^۱ با این حال، برای روشن تر شدن بطلان استدلال مؤلف، فرض را بر دلالت آیه گذاشته و روش مؤلف در ادامه مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

پاسخ سوم: بر فرض تمامیت دلیل طهارت بزاق سگ شکاری، نمی‌توان به ضمیمه این نکته که «به لحاظ علمی تفاوتی میان بزاق سگ شکاری با بزاق سگ غیرشکاری به اثبات نرسیده»، طهارت بزاق سگ غیرشکاری را ثابت کرد. این نوع اندیشه‌ورزی و استدلال در اصطلاح فقه، «قیاس» نام دارد. تمسک به قیاس و یا به عبارتی اثبات حکم مقیس علیه برای مقیس^۲، نزد امامان معصوم به شدت نکوهیده است؛ از همین روی در فقه امامیه جایگاهی ندارد.^۳ وانگهی، سخن مؤلف حتی بر پایه فقه عامه، که خاستگاه اصلی قیاس شمرده می‌شود، نیز مردود و مطرود است؛ زیرا به باور ایشان، جایگاه کاربست قیاس منحصر به فرض فقدان نص شرعی در مسئله است.^۴

پاسخ چهارم: مؤلف پس از اثبات دلالت آیه بر طهارت محل گازگرفتگی سگ شکاری و بزاق آن، به ضمیمه عدم فرق میان سگ شکاری و سگ غیرشکاری، میان دو دلیل تعارض را مستقر دانسته و حکم به تساقط نموده است. سپس با تمسک به قاعده طهارت، طهارت بزاق سگ را اثبات کرده است! غافل از آنکه اگر واقعاً تعارضی در میان باشد، نوبت به تساقط نمی‌رسد؛ چراکه یکی از اطراف تعارض، آیه شریفه است و نمی‌توان به طرح آیه شریفه حکم کرد! بر فرض پذیرش کلام مؤلف مبنی بر اثبات طهارت بزاق سگ شکاری با تمسک به اطلاق آیه «فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ»، همان‌طور که مؤلف نیز تصریح کرده است، این دلالت به اطلاق است.^۵ مفاد اصلی آیه، حلیت گوشت شکاری است که از اطلاق آن و

۱. رجب زاده، «پاسخی به ادله قرآنی طهارت سگ در گذر نقد کتاب «سگ در متون و فرهنگ اسلامی»»، پژوهش‌های فقهی تاجتهداد، شماره ۱۵، صص ۱۴۳-۱۶۶.
 ۲. علم الهدی، الذریعة إلى أصول الشریعة، ج ۲، ص ۲۷۲.
 ۳. طوسی، العدة فی أصول الفقه، ج ۲، ص ۶۵۲، مفید، مختصر التذکرة بأصول الفقه، ۲۸.
 ۴. شاشی، أصول الشاشی، صص ۳۰۸ و ۳۱۴.
 ۵. رضائی، سگ در متون و فرهنگ اسلامی، ص ۳۲.

عدم اشتراط تطهیر، طهارت بزاق سگ استفاده شده است. و نیز بر فرض پذیرش عدم تفاوت میان انواع سگ، مفاد اطلاقی آیه شریفه، طهارت بزاق تمام سگ‌هاست. اما در سوی دیگر، روایت ابی‌العباس به‌طور خاص نجاست سؤر سگ را اثبات می‌کند. روشن است که مطابق قواعد جمع عرفی در این فرض، دلیل خاص مقدم است. در حقیقت روایت ابی‌العباس در صدد بیان نجاست سؤر سگ است؛ بر خلاف آیه شریفه که در صدد بیان حلیت گوشت شکار است و طهارت بزاق سگ زائیده اطلاق آن است. در فرض رفع ید از اطلاق آیه، اساس نزول آیه بی‌معنا نمی‌شود، بر خلاف رفع ید از نجاست سؤر که موجب می‌شود صدور روایت بی‌معنا باشد. در این فرض عرف حکم به رفع ید از اطلاق آیه می‌نماید. گفتنی است مؤلف در پایان این بخش، نجاست اجزای جسد سگ را فاقد دلیل دانسته است و این در حالی است که در انتهای بخش، نجاست بزاق و آب دهان سگ را پذیرفته است.^۱

پاسخ به اشکالات روایات نجاست باطنی سگ

مؤلف با عنوان «بخش سوم: روایاتی که نجاست سگ‌ها را باطنی می‌داند» می‌نویسد: «براساس برخی روایات، سگ پلیدی باطنی دارد و در خانه ای که سگ باشد، ملائکه وارد نمی‌شوند؛ مانند این روایات:

همانا ملائکه بر خانه ای که در آن سگ است، وارد نمی‌شوند.

جبرئیل گفت: «ما فرشتگان به خانه ای که در آن سگ باشد، داخل نمی‌شویم.

خداوند مخلوقی نجس تر از سگ نیافریده اما ناصبی از سگ هم نجس تر است.»

سپس به بررسی و نقد روایات پرداخته و اشکالاتی را مطرح نموده است:

«اولاً: به تصریح علامه طباطبایی رحمت الله علیه در تفسیر المیزان این روایات به

جعل شبیه‌تراند تا صحیح بودن!»

ثانیاً [...]»

ثالثاً: روایت «خداوند آفریده-ای پلیدتر از سگ ندارد ولی دشمن ما اهل بیت از سگ

پلیدتر است»، مرسله است.

رابعاً: اگر مراد نجاست فقهی باشد نجس تر معنی ندارد؛ زیرا یا چیزی پاک است و یا

۱. همان، ص ۴۱.

نجس. علاوه بر این در بحث طهارت ذاتی انسان، طهارت فقهی هر انسانی ثابت شده است؛ بنابراین سگی که نجاستش از ناصبی کم تر است، یقیناً نجس فقهی نیست. ثالثاً وقتی طبق حدیث، ناصب از سگ، نجس تر باشد باید ظرف ناصب نیز خاک سود شود و آب بیشتری برای تطهیر بخواهد در حالی که احدی این حرف را نزده است. با توجه به مطالب گذشته (عدم اثبات نجاست ظاهری و باطنی سگ) «رجس» یا «نجس» در حدیث ابي العباس یا معاویه بن شریح و معاویه بن میسره نیز نمی تواند نجاست فقهی باشد.»^۱

پاسخ یکم: مؤلف در این بخش نیز با انتخاب عنوان سویه‌دار «روایاتی که نجاست سگ‌ها را باطنی می‌داند»، تا حدودی زمینه را برای استنتاج مطلوب خود فراهم آورده است. در این عنوان چنین القا شده که روایاتی موجود است که ناظر به دیگر روایات دال بر نجاست سگ بوده و به لسان حکومت تفسیریه بیان می‌کند که مقصود از نجاست ذکر شده در سایر روایات دال بر نجاست، نجاست باطنی است، نه نجاست فقهی. این در حالی است که روایاتی که مؤلف در ذیل این عنوان آورده، فاقد این ویژگی است و (با چشم‌پوشی از اشکالات استنباط نجاست باطنی از آن، که در ادامه می‌آید) با عنوان «روایاتی که دال بر نجاست باطنی سگ است» مطابقت دارد.

پاسخ دوم: مؤلف در انتها مدعی شده با توجه به مطالب گفته شده، نجاست در روایات دسته نخست، که مفادش نجاست سگ است، نیز نمی‌تواند شرعی باشد. لازم بود مؤلف روشن کند با چه بیانی سه روایت یاد شده، ظهور روایات دسته اول در نجاست شرعی را از بین می‌برد. دو روایت اول هیچ ارتباطی با نجاست یا عدم نجاست سگ ندارند. مفاد روایت اول و دوم این است که ملائکه در خانه‌ای که سگ حضور داشته باشد، داخل نمی‌شوند. این روایت نسبت به نجاست یا عدم نجاست سگ، ساکت است؛ مانند عدم دخول ملائک در خانه‌ای که در آن تصویر انسان و یا حیوان ذی‌روح باشد.^۲ وانگهی، لازمه این استدلال نویافته مؤلف (دلالت روایات عدم دخول ملائک در

۱. همان، صص ۳۶-۳۸.

۲. کلینی، الکافی، ج ۳، ص ۳۹۳.

خانه‌ای که سگ در آن است، بر نفی نجاست شرعی سگ)، قول به طهارت بول است؛ چراکه در برخی روایات ذکر شده که ملانک در خانه‌ای که بول در آن باشد (مقصود بیت‌الخلا است) داخل نمی‌شوند.^۱ بر پایه استدلال مؤلف، این روایت نتیجه می‌دهد که در روایات دیگر که به نجاست بول حکم شده، نمی‌تواند نجاست فقهی مراد باشد!

در این میان تنها روایت سوم مرتبط با نجاست سگ است. در ادامه به اثبات خواهد رسید که نجاست در این روایت هم شرعی است، نه باطنی.

افزون بر آنکه مؤلف در این بخش درصدد جعل اصطلاح «نجاست باطنی» است که به ادعای ایشان قابل استفاده از روایات است. از سوی دیگر، با کمال تعجب در پایان، با تعبیر «عدم اثبات نجاست ظاهری و باطنی سگ» ادعا می‌کند که سگ، نجاست باطنی نیز ندارد! و به روشنی سخنی متهافت را بیان می‌کند و بدتر آنکه اگر «نجاست باطنی» ثابت نیست، چگونه می‌تواند قرینه باشد بر معنای واژه «نجس» در روایات دیگر؟!

پاسخ سوم: مؤلف بلافاصله پس از عنوان «نقد و بررسی روایات»، با نقل عبارتی از علامه، چنین القا می‌کند که ایشان هر سه روایت را مجعول دانسته‌اند. با دقت در سخن علامه روشن می‌شود که ایشان تنها ناظر به روایت ابورافع سخن گفته است. ایشان به سه وجه، روایت ابورافع را غریب و شبه به موضوعات خوانده که هیچ‌یک از این سه وجه منطبق بر دو روایت دیگر نیست. از سوی دیگر، علامه پس از ذکر این وجوه چنین نتیجه گرفته است: «فالروایة أشبه بالموضوعة»^۲ بنابراین مؤلف در نوع چینش متن و نیز ترجمه کلام علامه، رسم امانت را رعایت نکرده است. ایشان با دستبرد در سخن علامه و ترجمه «روایت» به «روایات» و نیز طرح جهت‌دار کلام ایشان، سخن را به گونه‌ای منعکس کرده که مخاطب گمان برد علامه این سخن را ناظر به هر سه روایت بیان نموده است.

پاسخ چهارم: در میان روایات یاد شده در این بخش، تنها روایت سوم، یعنی روایت عبد الله بن ابی یعفرور مربوط به نجاست سگ است. مفاد این روایت به روشنی نجاست سگ را ثابت می‌کند؛ بلکه از این روایت می‌توان فهمید نجاست سگ به حدی نزد متشرعه و

۱. همان، ص ۵۲۸.

۲. طباطبایی، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۵، ص ۲۱۰.

اصحاب امامان روشن بوده که از آن به‌عنوان ضرب‌المثل استفاده شده است. مؤلف در این بخش از استدلال تلاش کرده با بیان‌های مختلف، روایت عبد الله بن ابی یعفر را از جهت سند و دلالت قاصر از دلالت بر نجاست سگ قلمداد کند.

ادعای ارسال (مرسله بودن) روایت بی‌گمان نادرست است؛ زیرا دانشیان رجال به وثاقت روات سند این روایت که در علل الشرایع ذکر شده، تصریح نموده‌اند.^۱

مؤلف با تعبیر «رابعاً...» و با اقامه سه قرینه منافی با نجاست فقهی سگ، روایت را بر معنای نجاست غیرفقهی حمل کرده است. این سه قرینه از این قرارند:

۱. تنافی تعبیر «انجس» با نجاست فقهی.

۲. اصل «طهارت فقهی انسان‌ها» به‌ضمیمه تنافی میان نجاست باطنی ناصبی و انجسیت از سگ.

۳. منافات عدم قول به احکام نجاست سگ در مورد ناصبی با نجاست فقهی.

در ادامه ناتمام بودن هر سه قرینه یادشده، به تفصیل بررسی می‌شود.

نقد قرینه نخست: اولاً: تعبیر «انجس» در مورد نجاست فقهی نیز قابل تصویر است؛ چنانچه در تعداد دفعات تغسیل و تطهیر و ضمیمه کردن خاک مالیدن و... این امر قابل درک است. خود مؤلف ندانسته به این امر اعتراف دارد؛ چنانچه در ضمن سومین قرینه بر نجاست غیرفقهی، می‌نویسد: «وقتی طبق حدیث، ناصب از سگ، نجس‌تر باشد باید ظرف ناصب نیز خاک‌سود شود و آب بیشتری برای تطهیر بخواهد در حالی که احدی این حرف را نزده است.»^۲

ثانیاً: واژه «انجس» در کلمات فقیهان در مورد نجاست فقهی و شرعی به کار رفته است.^۳ این امر مؤید معنادار بودن این تعبیر در نجاست فقهی است.

نقد قرینه دوم: مؤلف به استناد «علاوه بر این در بحث طهارت ذاتی انسان، طهارت فقهی هر انسانی ثابت شده است»، طهارت ناصبی را اثبات نموده و سپس با اضافه کردن این نکته که: «سگی که نجاستش از ناصبی کمتر است، یقیناً نجس فقهی نیست»، دلالت

۱. طوسی، الفهرست، صص ۲۴ و ۱۰۶ و ۱۵۷؛ رجال النجاشی، صص ۱۷۷ و ۲۱۳.

۲. رضائی، سگ در متون و فرهنگ اسلامی، ص ۳۷.

۳. حلی، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، ج ۱، ص ۴۹۵.

این روایت بر نجاست فقهی سگ را مخدوش دانسته است.

این استدلال از سه ضلع تشکیل شده که هر سه نادرست است: «کلیت اصل طهارت فقهی انسان‌ها»، «طهارت فقهی ناصبی»، «وجود تنافی میان نجاست باطنی ناصبی و انجسیت از سگ».

نادرستی اصل طهارت انسان‌ها: مؤلف بخشی از مسیر استدلال را نه با کمک ادله و ابزار فقهی، بلکه با استفاده از عناوین درشت و به اصطلاح دهان‌پرکن و عامه‌پسند پیش برده است؛ اما در هنگام اثبات و ارائه ادله آن عناوین ادعایی، از آوردن دلیل خودداری ورزیده و بیانی نحیف در اثبات آن ادعای بزرگ ارائه کرده است! ایشان با بیان اینکه: «در بحث طهارت ذاتی انسان، طهارت فقهی هر انسانی ثابت شده است» و با ادعای بزرگ اثبات «اصل طهارت فقهی همه انسان‌ها»، روایت دال بر نجاست ناصبی را تأویل برده است.

روشن است که اگر با اقامه ادله متقن، اصل «طهارت فقهی هر انسان» ثابت شود و نیز ثابت شود که این اصل کبرایی آبی از تخصیص است، باید روایات دال بر نجاست گروهی از انسان‌ها را کنار گذاشت یا تأویل نمود.

مؤلف در پانوش، به‌عنوان دلیل «طهارت فقهی هر انسانی» چنین آورده است:

«عده ای از فقیهان شیعه و هم چنین اکثر فقهای اهل سنت در تفسیر کلمه «نجس» در

آیه ۲۸ سوره توبه «یا ایها الذین آمنوا إنما المشركون نجس فلا یقربوا المسجد الحرام»

گفته اند: مقصود از نجاست مشرکان، پلیدی و خبثات روحی و باطنی آن‌ها است.»

مؤلف در ادامه، مستندات فقیهان را بیان نموده و در این میان به دیدگاه محقق خوبی

مبنی بر آنکه معنای لغوی و عرفی لفظ «نجس» مفهوم پلیدی باطنی است و مفهوم نجاست فقهی، معنایی غیرمعهود و غیرلغوی است، اشاره می‌کند.^۱

مایه تعجب آنکه مؤلف در مقام استدلال تنها به ذکر این نکته پرداخته‌اند که برخی از

فقیهان در «إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ»^۲ قائل شده‌اند که این آیه دلالت بر نجاست کافر ندارد!

ابتدا باید در نظر داشت که مشهور فقیهان از واژه «نجس»، همان معنای نجاست شرعی

۱. رضائی، سگ در متون و فرهنگ اسلامی، ص ۳۷.

۲. سوره توبه، آیه ۲۹.

و نه پلیدی باطنی را برداشت کرده‌اند؛ شیخ طوسی، ابن زهره، ابن ادریس، علامه حلی، نجم‌الدین حلی، شهید ثانی، نراقی، نجفی در جواهر، و شیخ انصاری و دیگر اساطین عرصه فقاہت از این دسته هستند.^۱

از سوی دیگر، این گزارش به‌هیچ‌روی یک اصل کلی آبی از تخصیص را ثابت نمی‌کند که دال بر طهارت فقهی همه انسان‌ها باشد و بر پایه آن، طرح یا تأویل هر روایت دال بر نجاست دسته‌ای از انسان‌ها لازم باشد.

نکته‌ای دیگر آن است که همان محدود بزرگانی که این آیه را دال بر نجاست کفار ندانسته‌اند، (از جمله محقق خویی)^۲ با تمسک به روایات^۳، نجاست کافر را ثابت دانسته‌اند. اگر اصل «طهارت فقهی هر انسان» نزد ایشان پذیرفته بود، هرآینه با تمسک به آن، روایات دال بر نجاست کافر را بر نجاست باطنی حمل می‌نمودند.

نادرستی طهارت فقهی ناصبی: توضیحات فوق در ابطال ادعای مؤلف مبنی بر طهارت ناصبی کافی است. علاوه بر آنچه گفته شد، مرور کلمات فقهای امامیه که بر نجاست ناصبی اتفاق دارند تحکیم‌بخش این معنا است. محقق عاملی در مقبولیت نجاست ناصبی در میان فقهای امامیه چنین گفته است: «لا کلام لأحد فی نجاسة الناصب فیما أجد.»^۴

نادرستی تنافی میان نجاست باطنی ناصبی و نجاست فقهی سگ: اثبات نادرستی «طهارت فقهی همه انسان‌ها»^۵ برای ابطال دومین قرینه اقامه شده از سوی مؤلف برای حمل نجاست بر نجاست غیرفقهی و نجاست باطنی کافی است؛ اما به‌جهت تأکید بیشتر، لازم است با فرض پذیرش عدم نجاست فقهی ناصبی، بطلان ضلع سوم نیز اثبات شود.

توضیح آنکه: یکی از چارچوب‌های ارائه مفاهیم، استفاده از تشبیه، استعاره و مقایسه

۱. نجفی، جواهر الکلام، ج ۶، ص ۴۲؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۲۶۲ و الخلاف، ج ۱، ص ۷۰؛ حلبی، غنیة النزوع، ص ۴۴؛ حلبی، السرائر، ج ۲، ص ۶۰۴؛ حلبی، منتهی المطلب، ج ۳، ص ۲۲۲ و نهایتة الأحکام، ج ۱، ص ۲۷۳؛ حلبی، ایضاح، ج ۱، ص ۲۶۰؛ عاملی، مسالک الأفهام، ج ۱۲، ص ۶۵؛ نراقی، مستند الشیعة، ج ۱، ص ۱۹۶؛ انصاری، کتاب الطهارة، ج ۵، ص ۲۰.

۲. خویی، فقه الشیعة، ج ۳، ص ۸۸.

۳. عاملی، وسائل الشیعة، ج ۳، ص ۴۱۹.

۴. عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۲، ص ۴۳.

۵. به معنایی که مؤلف ادعا نموده است.

است. این اسلوب در قرآن و کلمات معصومین فراوان یافت می‌شود.

شناخت موارد کاربرد تشبیه، و نیز مرز دلالت آن بر مشابَهت، امری است که در مرتکز عرف جای گرفته است؛ به‌شکلی که در دانش بلاغت، استحسان طبع (که همان معیار عرفی است)، سنگ محک تشخیص تشبیه صحیح از سقیم قلمداد شده است. مشابَهت در همه ابعاد در هیچ طبع سلیمی، شرط صحت تشبیه نیست. بنابراین آنچه از تشبیه و مقایسه متوقع است، وجود وجه شبهی است که این تشبیه و مقایسه را معقول و مطابق طبع جلوه دهد.

می‌توان نتیجه گرفت که مصحح جمله «ناصبی انجس از سگ است» آن است که هر دو نجاست داشته باشند و نجاست ناصبی بیشتر از نجاست سگ باشد. لزومی ندارد از هر جهت، از جمله در دو نوع نجاست، یکی باشد. براین اساس، مفاد روایت این است که نجاست در هر دو هست و نجاست ناصبی بیشتر است؛ اما این نجاست در سگ (با توجه به ادله نجاست آن) ظاهری و فقهی است و در ناصبی (در فرض تنزل از بیان پیشین) باطنی است.

اگر در مورد سخنوری گفته شود: «برنده‌تر از شمشیر چیزی وجود ندارد و زبان فلانی از شمشیر بران‌تر است.» بر اساس الگوی استنباط و اندیشه‌ورزی مؤلف باید این‌گونه گفت: «تجربه ثابت کرده که زبان چیزی را نمی‌برد؛ پس برندگی آن مجازی است. بنابراین شمشیر که برندگی اش از زبان کمتر است، یقیناً چیزی را نمی‌برد و مقصود از «برنده‌تر از شمشیر چیزی وجود ندارد»، برندگی واقعی نیست!» و برابر الگوی صحیح فهم متن باید گفت: «هر دو برنده‌اند و برندگی زبان بیشتر است، اما برندگی شمشیر حقیقی و برندگی زبان مجازی است.»

نقد قرینه سوم: مؤلف به‌عنوان سومین قرینه بر عدم اراده نجاست فقهی در مورد ناصبی گفته است:

«ثالثاً وقتی طبق حدیث، ناصب از سگ، نجس تر باشد باید ظرف ناصب نیز خاک سود شود و آب بیشتری برای تطهیر بنخواهد در حالی که احدی این حرف را نزده است.»

پاسخ به این گفتار از آنچه در ملاک صحت تشبیه و مقایسه در بخش قبل گفته شد، به‌طور کامل روشن می‌شود. در اینجا به چند پاسخ نقضی اکتفا می‌شود:

بر اساس اسلوب مؤلف در فهم متن، روایاتی نظیر «الغیبة أشد من الزنا»^۱ و «الكذب شرٌّ من الشراب»^۲ دلالت بر این دارد که تعداد تازیانه‌هایی که به‌عنوان حد بر پیکر مغتاب (غیبت‌کننده) و دروغ‌گو نواخته می‌شود، بیشتر از تعداد تازیانه‌های زانی و شراب‌خوار باشد. همچنین اگر مغتاب همسر داشته باشد، محکوم به رجم است!

پاسخ به اشکالات روایات و جوب کشتن سگ‌ها

در بخش چهارم، مؤلف تعدادی روایت که مشتمل بر امر پیامبر به قتل سگ‌های مدینه است را ذکر می‌کند. سپس به قول برخی از دانشمندان استناد نموده و این روایات را منحصر به سگ‌های ولگرد می‌داند.

نکته جالب توجه آن است که در میان روایات این بخش، دو روایتی که مؤلف ذکر کرده، همان روایت ابورافع است که سابقاً به نقل از علامه طباطبایی حکم به جعل آن نموده است؛ اما دوباره در شمار روایات این بخش آمده است!

به‌هرروی، مؤلف در این بخش تنها به ذکر روایات پرداخته و استدلالی برای اثبات طهارت سگ ذکر نکرده است.

پاسخ به اشکالات روایات متعارض

مؤلف در بخش پنجم، دو روایت را به‌عنوان روایات متعارض ذکر کرده سپس به نقد و بررسی آن می‌پردازد.

روایت نخست:^۳ مؤلف می‌نویسد:

«الف: از امام جعفر صادق علیه السلام نقل شده است که وضو با آب نیم خورده سگ و گربه بدون اشکال است: «...ابن مسکان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الوضوء مما ولغ الكلب فيه و السنور أو شرب منه جمل أو دابة أو غير ذلك أيتوضأ منه

۱. صدوق، علل الشرائع، ج ۲، ص ۵۵۷.

۲. کلینی، الکافی، ج ۲، ص ۳۳۹.

۳. ادعای تعارض میان روایت ابن مسکان و دیگر روایات، در استدلال گروه «مركز بين المللی اجتهاد جمعی» نیز یافت می‌شود. ۲۱/ اوت/ ۲۰۲۳م، collectiveijtihad.org/blog/is-it-permissible-to-keep-dogs-as-pets.

أو يغتسل؟ قال: نعم إلا أن تجد غيره فتنزه عنه... این روایت صحیحہ است و دلالت آن نیز بر طہارت ولوغ (آب دہان) سگ تمام است.

شیخ طوسی رہ در مقام توجیہ این روایت می فرماید: منظور، ولوغ کلب در اناء بزرگی است کہ آب کثیری در حد کر در آن جمع باشد کہ قابل تغییر و انفعال نیست. صاحب جواهر رہ ہم همین توجیہ را تایید کردہ و فقیہ ہمدانی رہ می فرماید: این توجیہ بعدی ندارد. اما آیت اللہ خونی می فرماید: این توجیہ شیخ طوسی رہ درست نیست. ما در این بحث با اطلاق و تقیید مواجہیم نہ حمل. حمل این است کہ معنای لفظ را بدون مخصص و مقید بہ یک محدودہ خاص منحصر بدانیم اما تقیید این است کہ معنای عام را بہ وسیلہ یک دلیل مخصص بہ محدودہ خاص محدود کنیم. بدیہی است تا بدانجا کہ اطلاق و تقیید در کار باشد، نوبت بہ حمل نمی رسد. روایت ابن مسکان اطلاق دارد. ولوغ سگ آب را نجس نمی کند، آب قلیل باشد یا کثیر. اما احادیثی کہ دلالت بر نجاست پس خوردہ سگ دارند، مخصص این اطلاق است؛ مانند صحیحہ ابی بصیر در باب ۱۲ از ابواب نجاسات کہ می فرماید: و لا یشرّب سؤر الکلب إلا أن یکون حوضاً کبیراً یستسقی منه؟

این یک تخصیص از طہارت ولوغ و سور سگ بہ طور مطلق است. بر اساس این روایت آب نیم خوردہ سگ چنانچہ قلیل باشد نجس است. بنابراین دلیل مطلق بہ صورت کر بودن آبی کہ سگ از آن خوردہ منحصر خواهد شد.^۱

پاسخ یکم: مؤلف «وُلُوغ» را بہ معنای آب دہان سگ دانستہ و از روایت برای طہارت آن استدلال می کند؛ در حالی کہ «وُلُوغ» بہ معنای نوشیدن آب با زبان است و لزوماً برابر با آب دہان نیست. بلہ، بہ ملازمہ ممکن است از طہارت سؤر و نیم خوردہ بہ طہارت دہان و خود سگ نیز دست یافت؛ اما پس از تقیید یا حمل روایت بر آب گر، این ملازمہ نیز منتفی می شود. پاسخ دوم: با دریغ، مؤلف در اینجا بہ نقل پراکندہ کلمات فقیہان پرداختہ و با ترجمہ شکستہ عبارات محقق خوئی، ناخواستہ زمینہ اشتباه مخاطب عام را فراهم کردہ است. او پس از بیان کلمات شیخ طوسی، صاحب جواهر، و محقق ہمدانی بہ عنوان مخالف، بدون آنکہ پاسخی بہ آنها بدهد، کلام محقق خوئی را طوری ارائه می کند کہ گویا ایشان در مقابل

۱. رضائی، سگ در متون و فرهنگ اسلامی، صص ۳۹ و ۴۰.

سه فقیه مزبور و هم‌صدا با مؤلف در اعتقاد به طهارت وُلُوغ سگ هستند! اما حقیقت آن است که محقق خوبی نیز همانند سه فقیه یادشده، قائل به نجاست آبی است که سگ از آن خورده است. چه آنکه حمل بر آب گُر یا تقیید به آب گُر در نتیجه تفاوتی ندارد و تفاوت ایشان تنها در روش استدلال است.

روایت دوم: مؤلف می‌نویسد:

«ب: سعید اعرج می‌گوید: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الفأرة و الكلب يقع في السمن و الزيت ثم يخرج منه حيا؟ فقال: لا بأس بأكله»

نقد و بررسی روایت دوم: اولاً شیخ طوسی رحمه الله در تهذیب لفظ «الكلب» را ذکر نکرده است. ثانیاً افتادن سگ در روغن نیز بعید است زیرا معمولاً مشکى از روغن بوده که حیوانات کوچکی نظیر موش در آن می‌افتاده اند، نه سگ که بزرگ و توانمند اند. البته روایت سعید اعرج مؤید این مطلب است که رطوبت و یا خیسی سگ نجس نمی‌باشد.^۱

پاسخ: بر اساس بیان مؤلف، جای این پرسش هست که با توجه به «عدم ذکر واژه کلب در تهذیب» و استبعاد افتادن سگ در روغن، این روایت چطور می‌تواند مستند طهارت روغن مزبور باشد؟! و نیز بر فرض تسلیم، اگر این تک‌روایت دال بر طهارت سگ باشد، در مقابل روایات فراوان نجاست سگ و سؤر و لعاب آن، خصوصاً با توجه به اعراض علما از آن، چه جایگاهی دارد؟!

ماهیچهار
پژوهش‌های فقهی

پاسخ به نتیجه‌گیری پایانی مؤلف

مؤلف پس از بررسی ادله روایی، این‌گونه نتیجه‌گیری کرده است:

«به نظر میرسد فتوای مشهور مبنی بر نجاست سگ، بیشتر از فرهنگ زمانه متأثر است و مستندات قرآنی و روایی متقن ندارد. بله می‌توان با توجه به روایات و اجماع نجاست بزاق و آب دهان سگ را پذیرفت که آن هم برای استفاده از سگ مشکلی ایجاد نمی‌کند.»^۲

پاسخ یکم: ادعای مؤلف مبنی بر متأثر بودن فتوای فقیهان در نجاست سگ از فرهنگ

۱. همان، ص ۴۰.

۲. همان، ص ۴۱.

زمانه، مانند دیگر ادعاهای بی دلیل او نادرست و صرفاً تخرّص است. ادله فقیهان - چنان که در لابه لای مباحث پیشین بیان شد - در کتب فقهی روشن است. همه و همه با استناد به روایات، نجاست سگ را ثابت دانسته اند.

پاسخ دوم: بررسی روایات موجود به عنوان عناصری که آینه منعکس کننده فرهنگ زمانه صدور هستند، به روشنی اثبات می کند که پیش از ظهور اسلام ارتباط آدمیان با سگ در چارچوب های مختلفی جریان داشته است و پس از ظهور اسلام، با تشریح قوانینی چون نجاست سگ، تنها چارچوب خاصی مورد پذیرش قرار گرفته است. بنابراین، فرهنگ مسلمین در برخورد با سگ، برگرفته از کلمات پیامبر و معصومین بوده است. بلکه رسوخ این فرهنگ به قدری بوده که برای بیان نجاست دیگر اعیان نجسه از تمثیل آن با سگ استفاده شده است.

جمع بندی و نتیجه گیری

ادعای وجود خلل در روایات نجاست سگ و باور به طهارت سگ، مبتنی بر امور باطلی است. برخی از این امور که در تشکیل این نتیجه ناصواب دخالت داشته و همگی مورد مناقشه قرار گرفته اند، بدین شرح است:

۱. فقدان درک فراگیر از تمام روایات نجاست سگ: این امر در قالب دسته بندی نادرست روایات، عنوان های نادرست و جهت دار، اشتباهات در تشخیص روایات، عدم مراجعه به مصادر اولیه و نپرداختن به تمام روایات باب تبلور یافته است.
۲. توهم نیاز به حقیقت شرعی در واژه نجس: واژه نجس در روایات صادقین علیهم السلام به کار رفته است.
۳. عدم اعتبارسنجی اسناد روایات موجود: و تکیه بر ادعای بی اساس ضعف سند.
۴. عدم درک صحیح معانی اصطلاحات اصولی و قواعد دانش درایه: عناوینی چون مطلق و مقید و راه درست تقیید، و نیز تعارض و راه حل صحیح رفع آن.
۵. وجود مغالطات و عبارات ابهام زا.

از میان روایاتی که در این کتاب بررسی شده است، روایت ابی العباس، روایت ابن ابی یغفور و روایت معاویه بن میسره، افزون بر صحت سند، از نظر دلالت نیز نقصی در اثبات نجاست سگ ندارند. بنابراین، مستندات روایی نجاست سگ از اتقان کافی برخوردار است.

منابع و مآخذ

* قرآن کریم.

۱. ابن بابویه، شیخ صدوق، محمد بن علی، علل الشرائع، قم: کتابفروشی داوری، چ ۱، ۱۳۸۶ق.
۲. _____، معانی الأخبار، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
۳. _____، من لا یحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۲، ۱۴۱۳ق.
۴. ابن موسی، سید مرتضی، علی بن حسین، الذریعة إلى أصول الشریعة، مشهد: بنیاد پژوهش‌های آستان قدس رضوی، چ ۱، ۱۴۴۱ق.
۵. _____، المسائل الناصریات، تهران: رابطة الثقافة و العلاقات الإسلامية، چ ۱، ۱۴۱۷ق.
۶. انصاری، مرتضی بن محمد امین، فرائد الأصول، قم: مجمع الفکر الإسلامي، ۱۴۲۸ق.
۷. _____، کتاب الطهارة، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چ ۱، ۱۴۱۵ق.
۸. حلبی، ابن زهره، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چ ۱، ۱۴۱۷ق.
۹. حلبی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۲، ۱۴۱۰ق.
۱۰. حلبی، نجم الدين جعفر بن زهدری، ایضاح ترددات الشرائع، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، چ ۲، ۱۴۲۸ق.
۱۱. حلبی، علامه حلبی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه مختلف الشیعة في أحكام الشریعة، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۲، ۱۴۱۳ق.
۱۲. _____، منتهی المطلب في تحقیق المذهب، مشهد: مجمع البحوث الإسلامية، چ ۱، ۱۴۱۲ق.
۱۳. خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفاية الأصول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، چ ۱، ۱۴۰۹ق.
۱۴. خویی، ابوالقاسم، فقه الشیعة، قم: مؤسسه آفاق، چ ۳، ۱۴۱۸ق.
۱۵. رجب‌زاده، محمدجواد، «پاسخی به ادله قرآنی طهارت سگ در گذر نقد کتاب «سگ در متون و فرهنگ اسلامی»»، پژوهش‌های فقهی تاجتهداد، شماره ۱۵، قم: مدرسه فقهی امام محمد باقر علیه السلام، شهریور ۱۴۰۳.
۱۶. رضائی بیرجندی، علی، سگ در متون و فرهنگ اسلامی، بیرجند: صبح امروز، چ ۱، ۱۳۹۹ش.
۱۷. شاشی، احمد بن محمد، أصول الشاشی، بیروت: دار الکتب العربي، ۱۴۰۲ق.
۱۸. صدر، محمدباقر، بحوث في علم الأصول، محمود، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ق.

تاجتهداد
پژوهش‌های فقهی

سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۴

١٩. طباطبایی، محمد حسین، المیزان في تفسير القرآن، قم: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، ج٣، ١٣٩٣ق.
٢٠. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، الجمل و العقود في العبادات، مشهد: مؤسسه نشر دانشگاه فردوسی مشهد، ج١، ١٣٨٧ق.
٢١. _____، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ج١، ١٤٠٧ق.
٢٢. _____، العدة في أصول الفقه، قم: علاقبندیان، ج١، ١٤١٧ق.
٢٣. _____، الفهرست، نجف: المكتبة الرضوية، ج١، [بی تا].
٢٤. _____، المبسوط في فقه الإمامية، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية ج٣، ١٣٨٧ق.
٢٥. _____، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، بيروت: دار الكتاب العربي، ج٢، ١٤٠٠ق.
٢٦. _____، تهذيب الأحكام، تهران: دار الكتب الإسلامية، ج٤، ١٤٠٧ق.
٢٧. عاملی، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ج١، ١٤١٣ق.
٢٨. عاملی، جواد بن محمد حسینی، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ج١، ١٤١٩ق.
٢٩. عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، قم: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ج١، ١٤٠٩ق.
٣٠. ابن حجر، عسقلانی، احمد بن علی، فتح الباري شرح صحيح البخاري، بيروت: دار المعرفة، ١٣٧٩ق.
٣١. فراهیدی، خليل بن احمد، كتاب العين، قم: نشر هجرت، ج٢، ١٤١٠ق.
٣٢. ماوردی، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، بيروت: دار الكتب العلمية، ج١، ١٤١٩ق.
٣٣. مركز بين المللي اجتهاد جمعی، آیا نگهداری از سگ به عنوان حیوان خانگی جایز است؟، ٥/ مه / ٢٠٢٢م، collectiveijtihad.org/blog/is-it-permissible-to-keep-dogs-as-pets. ٢١ / اوت / ٢٠٢٣م.
٣٤. مقدسی، ابن قدامه، المغني، قاهره: مكتبة القاهرة، ١٣٨٨ق.
٣٥. نجاشی، احمد بن علی، رجال النجاشي (فهرست أسماء مصنفی الشيعة)، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤٠٧ق.
٣٦. نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج٧، ١٤٠٤ق.

۳۷. نراقى، مولى احمد بن محمد مهدي، مستند الشيعة في أحكام الشريعة، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام
لإحياء التراث، ج ۱، ۱۴۱۵ق.

ماجند
پژوهشهای قضی

سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۴

تحليل الإلزامات التوعية والكمية للظن المؤدي إلى اللوث من منظور الفقه والقانون^١

حسن الرضائي الصرمي^٢

الملخص

تعتبر القسامة - في نظام العقوبات الإسلامي - دليلاً من أدلة إثبات الجناية، شأنها شأن الإقرار والشهادة واليمين وعلم القاضي، ومن شروطها وجود اللوث - أي أمانة تثير الظن بصدق المدعي أو إساءة الظن بالمدعي عليه. تُركّز هذه الدراسة على الشروط اللازمة لتحقيق الظن المؤدي إلى اللوث. إن العلاقة الوثيقة بين الشروط التوعية والظن الشخصي والتوعي، تُلزم إعادة التعرف على معنى الظن الشخصي والتوعي. والمراد منهما، وتقديم المعاني والاحتمالات المناسبة لظن القاضي. ومن خلال دلالات الظن الشخصي والتوعي، تُستنتج أربعة احتمالات، وهي: كون الظن متعارفاً أو غيره؛ فعلية الظن وعدمها؛ إمكانية إثبات مصدر الظن وعدمها؛ ظن الخبير أو العادي. وقد درس المؤلف مصداقية كلٍّ من هذه الاحتمالات من منظور الروايات وأقوال الفقهاء وقانون العقوبات الإسلامي، ورأى بعضها معتبرة في تحقيق الظن اللوثي. بالإضافة إلى الشروط التوعية، لا بد من مراعاة الشروط الكمية أيضاً؛ فيبدو أنه لا يشترط الظن بمعنى احتمال يزيد عن ٥٠ بالمائة في مشروعية القسامة، ويكفي الظن الإضافي بمعنى الاحتمال الزاجح.

المفردات الأساسية: القسامة، اللوث، الظن الشخصي، الظن التوعي، الظن الفعلي، ظن الخبير.

واکوی بایسته‌های کیفی و کمی ظن محقق لوث از منظر فقه و قانون^۱

حسن رضایی صرمی^۲

چکیده

در نظام جزایی اسلام، قسامه به عنوان یکی از ادله اثبات جنایت در ردیف اقرار، شهادت، سوگند و علم قاضی معتبر دانسته شده و یکی از شرایط آن، وجود لوث -یعنی اماره‌ای که موجب ظن به صدق مدعی یا سوء ظن به مدعی علیه می‌شود- معرفی شده است. تحقیق پیش رو بر بایسته‌های لازم در تحقق ظن محقق لوث تمرکز دارد. ارتباط وثیق بایسته‌های کیفی با ظن شخصی و نوعی، بازشناسی معنا و مقصود از ظن شخصی و نوعی و ارائه معانی و احتمالات متناسب با ظن قاضی را ضروری می‌نماید. از رهگذر معناشناسی ظن شخصی و نوعی، چهار احتمال به دست می‌آید که عبارت‌اند از: متعارف بودن و متعارف نبودن ظن؛ فعلیت و عدم فعلیت ظن؛ قابل اثبات بودن یا قابل اثبات نبودن منشأ ظن؛ ظن کارشناسی یا معمولی. نویسنده اعتبار هر یک از این احتمالات را در تحقق ظن لوثی از منظر روایات، کلمات فقیهان و قانون مجازات اسلامی بررسی نموده و برخی را در تحقق لوث معتبر دانسته است. در کنار بایسته‌های کیفی، توجه به بایسته‌های کمی نیز ضرورت دارد؛ به نظر می‌رسد در مشروعیت قسامه، ظن به معنای احتمال بیش از ۵۰ درصد لازم نیست و ظن اضافی یعنی احتمال راجح کافی است.

واژگان کلیدی: قسامه، لوث، ظن شخصی، ظن نوعی، ظن متعارف، ظن فعلی، ظن کارشناسی.

۱. تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۶/۶

۲. دانش پژوه گروه فقه الجزاء مؤسسه عالی فقه و علوم اسلامی، قم، ایران. hasan77.rezaee@gmail.com

مقدمه

قانون مجازات اسلامی ذیل مباحث کتاب قصاص با تعبیر «راه‌های اثبات قتل» به مباحث قسامه اشاره نموده و قسامه را پس از علم قاضی، اقرار و بینه، راهی برای اثبات ادعای مدعی جنایت معرفی کرده است. از این رو مشروعیت قسامه به نبودن علم قاضی، اقرار و بینه وابسته است.^۱ قسامه تنها در جنایات (اعم از قتل و جرح^۲) به جهت اهمیت مسئله دماء قرار داده شده و در اموال جاری نیست.^۳ بر جریان قسامه در دماء بین شیعه و عامه اجماع است و تنها ابوحنیفه قَسَم را برای مدعی، بی‌تأثیر دانسته است.^۴ شرط دیگر قسامه، وجود «لوث» است. تعبیر «لوث» در روایات باب قسامه نیامده و تنها در ادبیات فقیهان، رایج گشته است؛ ولی بر اعتبار آن در مشروعیت قسامه، ادعای اجماع شده است.^۵ برخی فقیهان افزون بر پذیرش اجماع، بلکه تسالم، دلالت روایات بر اعتبار لوث در مشروعیت قسامه را نیز پذیرفته‌اند؛^۶ اما برخی دیگر در وجود چنین دلالتی اشکال نموده و اعتبار لوث را به ثبوت اجماع متکی دانسته‌اند.^۷ مقاله پیش رو، با پیش فرض اعتبار لوث در مشروعیت قسامه، کیفیت و کمیت ظن محقق لوث را بررسی می‌نماید. شایان ذکر است که بررسی شرایط تحقق لوث -که موضوع مشروعیت قسامه است- بسیار مهم است؛ چون مشروعیت قسامه با خون اشخاص در ارتباط است و قاضی باید در هنگام انجام وظیفه، به صورت شفاف از شرایط آن آگاه باشد. از این رو، نویسنده با تبیین‌های مختلف از ظن شخصی و نوعی، به شفاف‌سازی بحث پرداخته است که از لابه‌لای آن، فهم سخن فقیهان یا نقد برخی از این کلمات آسان خواهد شد. درباره کیفیت ظن محقق لوث (به جز بحث اعتبار اثر قتل در تحقق لوث) و نیز بحث کمیت ظن محقق لوث، بحثی در ادبیات فقیهان نیامده است و نویسنده بر پایه عبارات در

۱. ماده ۳۱۳ قانون مجازات اسلامی؛ نیز مواد ۲۱۲ و ۲۱۳.
۲. نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۵۳؛ ماده ۴۵۶ قانون مجازات اسلامی.
۳. تبصرة مادة ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی.
۴. طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۳۰۳؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۲۷.
۵. نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، صص ۲۲۶ و ۲۳۲.
۶. خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۲ موسوعة، ص ۱۲۶.
۷. اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۴، ص ۱۸۲؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۳۱؛ خوانساری، جامع المدارك، ج ۷، ص ۲۵۵.

باب قسامه، حکم هر بحث را استفاده نموده است. ارائه معانی مختلف در ظن شخصی و نوعی متناسب با بحث ظن قاضی نیز از ابداعات دیگر این مقاله است.

مفهوم شناسی

«قسامه» در لغت از ریشه «قسم» بوده و به جهت تقسیم سوگندها بر اولیای دم، قسامه نامیده شده است. بر همین اساس تعبیر «اقسمت» به معنای «سوگند خوردن» به کار رفته است.^۱ قسامه به معنای جماعتی که برای رسیدن به حقتشان قسم می‌خورند نیز آمده است.^۲ با عنایت به شرایط قسامه در سخن فقیهان، به نظر می‌رسد تعریف مذکور در قانون مجازات اسلامی، تعریفی کامل است: «قسامه عبارت از سوگندهایی است که در صورت فقدان ادله دیگر غیر از سوگند منکر و در صورت وجود لوث، شاکي برای اثبات جنایت عمدی یا غیرعمدی یا خصوصیات آن، و متهم برای دفع اتهام از خود اقامه می‌کند».^۳ در این نوشتار، نیازی به بحث از قسامه مدعی علیه نیست؛ چون بحث ما در رابطه با ظن محقق لوث است که موجب مشروعیت اصل قسامه می‌گردد و در ابتدا متوجه مدعی و در طول اقامه نشدن از جانب مدعی، متوجه مدعی علیه می‌شود و مرحله‌ای پس از اصل مشروعیت قسامه خواهد بود.

«لوث» در لغت به معنای «کندی در کار، پیچیدن، تا کردن، بدی، جراحت، قوت و شدت، تلطخ و ...» آمده^۴، و در اصطلاح فقیهان یا به معنای اماره‌ای است که موجب ظن قاضی به صدق مدعی می‌شود^۵، و یا به معنای سوءظن به مدعی علیه بر پایه امارات ظاهری است.^۶ تعریف به اماره بودن با معنای لغوی «قوت» تناسب دارد؛ چون موجب تقویت ادعای مدعی می‌شود و تعریف به سوءظن به مدعی علیه، با معنای لغوی «تلطخ» تناسب دارد؛ چون سوءظن و تهمت، موجب تلطخ و آلوده شدن متهم به این اتهام است؛ مثل جایی

ماهی
پژوهش‌های قضایی

سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۴

۱. جوهری، الصحاح، ج ۵، ص ۲۰۱۰.

۲. ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۲، ص ۴۸۱.

۳. ماده ۳۱۳ قانون مجازات اسلامی که قسامه مد نظر فقیهان را به خوبی به تصویر کشیده است.

۴. ابن منظور، لسان العرب، ج ۲، ص ۱۸۵.

۵. نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۳۲.

۶. طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۳۰۳.

که شخص با دستان آلوده به خون، در کنار مقتول خونین بدن قرار گرفته باشد.^۱ شایان ذکر است که ظن به صدق مدعی یا سوءظن نسبت به مدعی علیه - که در تعریف لوث بدان اشاره شده - مربوط به قاضی است، اما گویندگان سوگند در قسامه تنها در فرض یقین به صدق مدعی می‌توانند به سوگند خوردن اقدام نمایند؛ چون سوگند بدون علم مشروع نیست.^۲

پیشینه

اعتبار لوث در مشروعیت قسامه در قانون مجازات اسلامی، در فصل چهارم (راه‌های اثبات جنایت) در مواد ۳۱۲ به بعد مورد اشاره قرار گرفته است. با اینکه لوث موضوع مشروعیت قسامه بوده و دادگاه‌ها به شدت با این موضوع درگیرند، اما پژوهشی حقوقی درباره بایسته‌های ظن محقق لوث نگاشته نشده است. در فقه جزایی نیز یکی از خلأهای پژوهشی قابل توجه، که نیاز جامعه نیز هست، همین بحث است. در واقع، فقیهان مطالب چندانی درباره کیفیت و کمیت ظن محقق لوث بیان ننموده‌اند. از این رو، ضرورت این مقاله نمایان می‌شود و با عنایت به ارتباط وثیق این مسئله با قانون مجازات، این، بحثی صرفاً علمی نیست و در مقام قانون‌گذاری و قضاوت، کاربردهای فراوان دارد.

یکم. بایسته‌های کیفی ظن قاضی

در این قسمت دو بحث مطرح می‌شود: نخست، اعتبار شخصی یا نوعی بودن ظن؛ دوم، اعتبار اثر قتل (مثل جرح) در تحقق لوث. ارتباط بحث دوم با بایسته کیفی ظن، بر پایه نتیجه‌ای است که نویسنده بدان دست یافته است؛ مبنی بر آنکه اعتبار اثر قتل به معنای اعتبار «ظن بر پایه اثبات قتل» است. از این رو از این لحاظ در بایسته‌های کیفی ظن بحث شده است. درباره چیسستی مقصود از ظن شخصی و نوعی، احتمالات و معانی مختلفی وجود دارد. در ادامه این احتمالات و معانی، بیان شده و پس از آن اعتبار و لزوم هر یک از منظر فقه و قانون بررسی می‌شود.

۱. فاضل، تفصیل الشریعة، ص ۲۱۸.

۲. علامه حلی، إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۲۱۹ و تحریر الأحکام الشرعیة، ج ۲، ص ۲۵۳؛ شهید اول، غایة المراد، ج ۴، ص ۴۳۸؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۳۲؛ فاضل، تفصیل الشریعة، ص ۲۲۴.

الف) مقصود از ظنّ شخص و نوعی

احتمال یکم: مراد از ظن شخص، ظن غیرمتعارف است که بر اساس ناهنجاری‌های جسمی یا روحی بوده و باعث می‌شود آن شخص، خوش‌بین و زودباور یا بدبین و دیرباور شود. خوش‌بینی سبب می‌شود در مواردی که برای متعارف مردم ظن حاصل نمی‌شود، برای وی ظن پدید آید؛ و بدبینی موجب می‌شود که در مواردی که برای مردم متعارف ظن پدید می‌آید، برای وی ظن پدید نیاید. در مقابل، ظن نوعی است که بر امور متعارف و عقلایی متکی است و برای مردم متعارف ظن پدید می‌آید.

توجه شود که ظن ناشی از دقت بالا در صورتی که از وسواس نشأت گیرد، غیرعقلایی بوده و ظن شخصی محسوب می‌شود، اما در صورتی که از عقل و درایت در شناخت قرائن نشأت گیرد، عقلایی بوده و ظن نوعی محسوب می‌شود.

احتمال دوم: مراد از ظن شخص، ظن فعلی است که همچون علم و شک از صفات نفسانی و قائم به شخص است؛ اعم از آنکه برای نوع مردم هم چنین ظنی پدید آید یا فقط برای او حاصل شده باشد و از این جهت که ظن برای خود شخص حاصل است، بدان ظن شخصی گفته می‌شود. در مقابل، ظن نوعی است که برای خود شخص ظنی حاصل نشده است، اما خصوصیات و قرائن در آن مورد به‌گونه‌ای است که برای نوع مردم ظن پدید می‌آید و از این حیث می‌توان آن را ظن شأنی نامید؛ بدین معنا که برای شخص حاصل نشده، اما شأنیّت دارد برای وی نیز پدید آید. بر اساس معنای دوم، هرچند ظن شخصی و نوعی به لحاظ ماهیت متفاوت‌اند، اما نسبتشان در خارج، عموم من وجه است.^۱

احتمال سوم: مقصود از ظن شخص و ظن نوعی، ظن متعارف و عقلایی است؛ با این تفاوت که ظن شخصی برآمده از قرائن غیرقابل عرضه به مردم، و ظن نوعی برآمده از قرائن قابل عرضه به مردم باشد. مثلاً اگر ظن به عدالت زید از خیر ثقه حاصل شده باشد، نوعی است؛ اما اگر ظن به عدالت از رفت‌وآمد شخصی با زید حاصل شده باشد، ظن شخصی خواهد بود؛ چون رفت‌وآمد مخصوص وی بوده و قابلیت آن را ندارد که به مردم عرضه شود،

۱. مشکینی، اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها، ص ۱۶۱.

در حالی که می‌توان شخص ثقة را برای اخبار به مردم احضار نمود.

البته خبر ثقة نیز همچون قرائن حاصل از رفت‌وآمد شخصی، گاهی قابلیت عرضه به مردم را ندارد؛ چون گاهی ثقة نیز ناپدید می‌شود یا فوت می‌کند یا به شهری دیگر می‌رود و حضور ندارد تا خبر را برای دیگران نیز نقل نماید، با این حال عدم امکان ارائه عینی منشأ ظن، موجب شخصی شدن آن نمی‌شود. از این رو ممکن است قابل عرضه بودن، به قابلیت در جنس و غالب موارد توجیه شود؛ مثلاً خبر ثقة در غالب موارد قابل ارائه به مردم است؛ هرچند در برخی موارد احضار ثقة ممکن نباشد. به خلاف افعال و احوال شخص که در غالب موارد قابل ارائه حقیقی به مردم نیست. ولی این معنا به این تقریب کاربردی ندارد و صحیح هم نیست؛ چون مردم نسبت به منشأ ظن دو حالت دارند: منشأ نخست، یقین است. مثل اینکه به صورت حضوری خبر شخص ثقة را می‌شنوند و یا فعل و حالت وی را مشاهده می‌نمایند. منشأ دوم، پدید آمدن منشأ ظن، از طریق دیگر مثل اخبار ثقة است؛ یعنی ثقة دوم خبر ثقة اول یا فعل و حالتی که مشاهده نموده را برای مردم نقل می‌نماید.

در صورت نخست که فرض شده هر دو به شکل حقیقی به مردم عرضه شده‌اند، دیگر فرق‌گذاری به قابل عرضه و غیرقابل عرضه معنا ندارد و در صورت دوم همان‌طور که نقل خبر ثقة با خبر ثقة دیگر ممکن است، نقل حالت و فعل شخص هم با خبر ثقة ممکن بوده و حکم یکسانی خواهند داشت.^۱ از این رو در حقیقت مقصود آن است که یقین و اخبار ثقة به منشأ ظن وجود ندارد؛ یعنی خبر ثقة به عدالت یا حالت و فعل حاکی از عدالت، با هیچ‌کدام از خبر ثقة دیگر و یقین ثابت نشده است و تنها شخصی ادعای آن را مطرح می‌نماید. در این صورت اگر امکان عرضه به محکمه وجود داشته باشد، ظن مذکور نوعی بوده و اگر امکان عرضه نداشته باشد، شخصی خواهد بود. بر این اساس، خبر ثقة تا زمانی که آن ثقة در محکمه حاضر نشده و اخبار نداده است، ظن نوعی محسوب نمی‌شود؛ بلکه خبری است که فقط خود مدعی شنیده و برایش ظن حاصل شده است و ظن مذکور

۱. معنای سوم در کلام عالمی ذکر نشده است؛ ولی چون مقاله در مقام تصویر ذهنی ممکن از ظن شخصی و نوعی به لحاظ واقع است تا از گذر آن بایسته‌های کیفی ظن قاضی را مشخص نماید، لازم است تا معانی محتمل ذهنی بیان شده و صحت و سقم آن بررسی شود.

شخصی خواهد بود. پس بیان بهتر از قابل عرضه و غیرقابل عرضه بودن به مردم، آن است که اگر ظن کننده بتواند منشأ ظن خود را اثبات نماید، ظن وی نوعی خوانده می‌شود و اگر نتواند منشأ ظن خود را برای دیگران اثبات نماید، ظن وی، ظن شخصی نامیده می‌شود.

احتمال چهارم: ظن شخصی، ظنی است که از دقت فراوان ناشی از تجربه، عقل و استعداد خاص سرچشمه می‌گیرد؛ در حالی که برای مردم متعارف چنین ظنی پدید نمی‌آید. مثلاً برای مسئولان اطلاعاتی و امنیتی در حین فعالیت، ظنونی پدید می‌آید که برای مردم متعارف حاصل نمی‌شود؛ یا برای فقیه به‌خاطر ممارست در امر دین، تجربیات عملی در این زمینه، استعداد ویژه و نیز ذکاوت در مذاق‌شناسی سخنان معصومان علیهم‌السلام ظنونی پدید می‌آید که برای طلاب مبتدی پدید نمی‌آید؛ یا قاضی به دلیل برخورد با پرونده‌های مختلف و تجربیات قضایی فراوان، گاهی به ظنونی می‌رسد که برای مردم متعارف حاصل نمی‌شود؛ پزشک و سایر متخصصان نیز به‌خاطر تجربیات فراوان که در رشته خود کسب نموده‌اند، به ظنونی دست می‌یابند که برای دیگران پدید نمی‌آید. در مقابل، ظن نوعی، ظنی است که به سبب تجربیات معمول و متداول و ذکاوت معمولی پدید می‌آید که ممکن است برای اشخاص دقیق و باتجربه و متخصص، چنین ظنی پدید نیاید. می‌توان ظن شخصی بدین معنا را «ظن کارشناسی» نامید.

احتمال پنجم: ظن شخصی ظنی است که از عوامل نفسانی که منشأیی در خارج ندارند، سرچشمه می‌گیرد و ظن نوعی، ظنی است که منشأ آن بیرون از نفس است؛ مثلاً پیدایش ظن از خواب یا حدس ذهنی، ظن شخصی است اما پیدایش ظن از اخبار شخص عادل یا فاسق، ظن نوعی است.

به نظر می‌رسد این احتمال، یا بازگشت به «ظن غیرمتعارف و متعارف» دارد، یعنی ظن شخصی ظن ناشی از امور غیرمتعارف است و ظن ناشی از خواب یا حدس ذهنی در حقیقت دو مصداق از این معنا است؛ یا بازگشت به «ظن ناشی از تجربه و ذکاوت و ظن ناشی از اطلاعات متداول» دارد، یعنی ظن شخصی ظنی است که عامل نفسانی مثل تجربیات شخصی یا هوش و ذکاوت خاص، منشأ آن شده است، به‌خلاف ظن نوعی که با تجربه عمومی و ذکاوت معمولی به‌دست آمده است.^۱

۱. معنایی دیگر از ظن نوعی راجع به اماره در اصول مطرح شده است که ظن نوعی، ظنی است که برای غالب

نتیجه: در مراد از ظن شخصی و ظن نوعی چهار معنا و احتمال قابل طرح است: متعارف بودن و متعارف نبودن ظن، فعلیت و عدم فعلیت ظن، قابل اثبات بودن یا قابل اثبات نبودن منشأ ظن، ظن کارشناسی یا معمولی.

باید دانست امکان مشروط‌سازی لوث به هر چهار احتمال، ممکن است؛ یعنی امکان دارد مشروعیت قسامه مشروط به ظن فعلی‌ای باشد که متعارف بوده و قابل اثبات برای دیگران هم باشد و از تجربه و اطلاعات متداول نشأت گرفته باشد. در ادامه، شرطیت هر یک از این احتمالات در فقه و قانون مورد بررسی قرار می‌گیرد.

ب) واکاوی لزوم متعارف بودن ظن

ظن غیرمتعارف در فقه: از نظر فقهی، اجماعی بر اعتبار ظن غیرمتعارف در تحقق لوث وجود ندارد؛ بلکه چه بسا بر عدم اعتبار ظن غیرمتعارف اجماع باشد؛ چون فقیهان در بحث ظن محقق لوث، درصدد بیان مصادیق (همچون خبر ثقه، شخص با سلاح خون‌آلود در کنار مقتول آغشته به خون) برآمده‌اند، و ذکر مصادیق، ظهور در عدم کفایت ظن شخصی و لزوم ظن نوعی دارد؛ زیرا ظن غیرمتعارف، معیار و قانونی نداشته و وابسته به قرائن مختلف و احوال شخصی ظان است و از این رو ذکر مصادیق، تناسبی با آن ندارد. همچنین برخی تعبیر در کلمات دانشمندان، همچون «التهمة الظاهرة، بأمارات ظاهرة» ظهور در اعتبار ظن نوعی دارد؛^۱ چون معنای اعتبار ظن غیرمتعارف، آن است که نیازی به ظاهر بودن ظن برای دیگران نیست و مهم آن است که برای خود شخص ظن ایجاد شود.

افزون بر این، لفظ «ظن» به ظن متعارف انصراف دارد؛ توضیح اینکه به عقیده مشهور اصولیان، ظن ظان فاقد اعتبار بوده و در حکم شک است و در قول به عدم اعتبار، بین موردی که ظن جنبه طریقیست داشته و موردی که ظن جنبه موضوعیت داشته تفاوتی نگذاشته‌اند و در استدلال بر این مطلب به انصراف الفاظی چون شک و ظن موجود در دلیل

مردم در غالب موارد قیام اماره حاصل شود؛ مثل اینکه خبر ثقه برای غالب مردم در غالب موارد ظن‌آور است اما ممکن است خبر ثقه‌ای به خاطر اضطراب متن برای غالب مردم ظن‌آور نباشد. به نظر می‌رسد این معنا در بحث اماره به جهت بیان کیفیت جعل حجیت برای اماره مؤثر است و ارتباطی با موضوع بحث پیدا نمی‌کند. ۱. فاضل، تفصیل الشریعة، ص ۲۲۴: «الأمر المذكورة في المتن إنما يوجب حصول الظن نوعاً».

به فرض متعارف آن تمسک جسته‌اند.^۱ از سوی دیگر، ظانّ، کسی است که از راه‌ها و اسباب غیرمتعارف که معمولاً برای انسان‌های عادی ظن ایجاد نمی‌کند، ظن پیدا می‌کند^۲؛ مثل اینکه کسی از خبر کودکی یا فردی دروغ‌گو، به سمت و سوی قبله ظن حاصل نماید. بر اساس این انصراف و با توجه به معنای «ظانّ»، این نتیجه به دست می‌آید که اگر لفظ «ظن» در ادله روایی اعتبار لوث یا سخنان فقیهان و یا حتی در قانون ذکر شود، از ظن غیرمتعارف انصراف خواهد داشت و انصراف به معنای عدم اعتبار ظن غیرمتعارف و عدم تحقق لوث با آن خواهد بود. آری، ادعای انصراف در سخنان اصولیان در خصوص ظن مذکور در روایات است، ولی نکته انصراف در کلمات فقیهان و کلام قانون‌گذار نیز جاری است و وجهی برای تخصیص به خصوص روایات وجود ندارد.

البته در روایات، تعبیر «ظن» به کار نرفته است تا انصراف به ظن متعارف داشته باشد. فقیهانی که شرطیت لوث را از روایات استفاده نموده‌اند، شرطیت را از تعبیری چون «فاسق، فاجر، مرد معروف به شرّ، ظاهر بودن عداوت» استفاده نموده‌اند^۳ که ظهور در ظن متعارف دارد؛ زیرا اموری را ذکر نموده است که به صورت متعارف موجب مظنون شدن به شخص می‌شود.

دلیل دیگر بر عدم اعتبار ظن غیرمتعارف، آن است که در امور شخصی، ظن شخصی مورد توجه است، اما در باب احتجاجات و مسائل مربوط به حقوق اشخاص، ظن شخصی معیار قرار نمی‌گیرد؛ چون اگر دایر مدار ظن یا اطمینان شخصی باشد، باعث هرج و مرج شده و هرکس با استناد به عدم ثبوت ظن برای خود یا ثبوت ظن بر خلاف، از روی عمد یا خطا به حقوق دیگران تعدی می‌کند. از این رو با توجه به کثرت اشتباه یا سوءاستفاده در این گونه موارد، مدار بر باور نوعی قرار می‌گیرد، تا نظام اجتماع به هم نخورد.^۴ جریان این استدلال در نظام قضایی، وابسته به وحدت یا تعدد قاضی است؛ در صورتی که

۱. نخستین کسی که به عدم اعتبار حالت غیر متعارف اشاره نموده محقق کاشف الغطا است و شیخ انصاری و محقق نایینی به عبارت ایشان اشاره می‌نمایند: کاشف الغطا، کشف الغطاء، ج ۱، ص ۳۰۸؛ انصاری، فرائد الأصول، ج ۱، ص ۲۲؛ خویی، أجود التقریرات، ج ۲، ص ۴۱؛ همو، غایة المأمول، ج ۲، ص ۶۰.
۲. سبحانی، إرشاد العقول، ج ۳، ص ۸۰.
۳. خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، موسوعة، ص ۱۲۶.
۴. زنجانی، کتاب نکاح، ج ۱۶، ص ۵۲۷۶.

قاضی، شخصی همچون معصوم یا مجتهد جامع‌الشرایط باشد و با صدور حکم، رجوع به شخص دیگر جایز نباشد، معیار بودن ظن شخصی قاضی، موجب اختلال نظام قضایی نخواهد شد؛ چون با عنایت به اینکه از جمله شرایط قاضی، عدالت وی است، سوءاستفاده منتفی خواهد بود و با عنایت به خصوصیت عالم بودن وی، کثرت اشتباه وجود نخواهد داشت. و بر فرض کثرت اشتباه و یا حتی سوءاستفاده، تنها مخالفت با واقع ایجاد می‌شود و اختلال و هرج و مرج پدید نمی‌آید. اما اگر تعدد قاضی در بین باشد، اختلال نظام می‌شود. نظام قضایی ایران بر پایه قابلیت تعدد قاضی استوار است؛ چون حکم دادگاه اول قابل اعتراض است.^۱

از این رو، اگر قاضی اول ظن شخصی پیدا نماید و اعتراض شود و برای قاضی دوم ظنی ایجاد نشود، یا حکم، به دیوان عالی کشور برسد که مشتمل بر چند قاضی است و برای برخی ظن پدید آید و برای برخی پدید نیاید، صدور حکم با اختلال مواجه می‌شود؛ یعنی نه تنها نقض حکم دادگاه بدوی، بلکه اختلاف در دادگاه عالی بین قضات، موجب معلق ماندن حکم خواهد شد و عملاً در اکثر موارد، قسامه جاری نخواهد شد. پس اگر مشروعیت ساختار تعدد قضایی ولو به جهت اضطرار به این ساختار پذیرفته شود، لازمه چنین ساختاری عدم اعتبار ظن شخصی خواهد بود؛ چون اعتبار آن مستلزم اختلال نظام است.

با این حال، به نظر می‌رسد جاری دانستن هرج و مرج و اختلال در نظام قضایی، ناشی از مستقل‌انگاری ظن غیرمتعارف است. در حالی که در واقع چنین نیست که فقط ظن غیرمتعارف قاضی معتبر باشد؛ بلکه حداکثر می‌توان گفت: افزون بر ظن متعارف، ظن غیرمتعارف هم محقق لوث است. این مطلب موجب اختلال نظام قضایی نخواهد شد؛ چون اولاً، موارد ظن متعارف در مقایسه با ظن غیرمتعارف، فراوان است؛ ثانیاً، به جهت خصوصیات متداول در قضات و گزینشی که در انتخاب ایشان صورت می‌گیرد، موارد ظن غیرمتعارف در ایشان اندک است؛ ثالثاً، در همین موارد اندک هم گاهی کار به اعاده دادرسی نمی‌رسد.

از شواهد عدم اعتبار ظن غیرمتعارف آن است که قضاوت قاضی در دید عقلا امری شخصی انگاشته نمی‌شود، بلکه جنبه اجتماعی و محکمه‌پسند بودن قضاوت نیز مد نظر

مباحثات

واکاوی بایست‌های کیفری و کمی ظن محقق لوث از منظر فقه و قانون

۱. مواد ۴۲۷، ۴۷۴ و ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری.

قرار می‌گیرد^۱، خصوصاً در نظام تعدد قاضی که ممکن است قضات دیگر نیز حکم را بررسی نموده و صلاحیت حکم را بسنجند.

شاهد دیگر، موافقت اعتبار ظن متعارف با درک مصلحت واقع است؛ چون موضوع قسامه لوث است و لوث با ظن محقق می‌شود؛ از این رو مشروعیت قسامه متوقف بر ظن است و از سوی دیگر، احکام تابع مصالح و مفاسد بوده و قسامه به جهت مصلحت رسیدن به حقوق و ضایع نشدن خون جعل شده است؛ در نتیجه ظن شخصی به معنای بدبینی یا خوش‌بینی قاضی، در نهایت موجب ضایع شدن حق یکی از اطراف دعوا است، که خلاف مصلحت خواهد بود.

ظن غیرمتعارف در قانون: قانون^۲، لوث را به «اماره‌ای که موجب ظن قاضی به صدق مدعی می‌شود» تعریف نموده و در آن از تعبیر «ظن حاکم» استفاده می‌کند که ظهور در آن دارد که ظن شخص حاکم محقق لوث است؛ اعم از آنکه متعارف یا غیرمتعارف باشد. تعبیر به «ظن حاکم» در برخی کلمات فقیهان نیز مورد اشاره قرار گرفته است.^۳

ممکن است در این فرض نیز برای اثبات عدم اعتبار ظن غیرمتعارف به «انصراف ظن از ظن غیرمتعارف» تمسک شود؛ لکن به نظر می‌رسد تمسک به انصراف، مخدوش باشد؛ از این جهت که وقتی ظن به شکل مطلق ذکر شود، اطلاق داشته و شامل ظن متعارف و ظن غیرمتعارف می‌شود، اما وقتی به حاکم اضافه می‌شود، ظهور در موضوعیت داشتن ظن حاصل برای حاکم پیدا نموده و دیگر انصراف از ظن غیرمتعارف نخواهد داشت. لذا باید نظر قانون‌گذار را بر اعتبار ظن حاکم اعم از متعارف و غیرمتعارف دانست.

ولی به نظر می‌رسد ظن غیرمتعارف حاکم از نظر قانون به دلایلی نامعتبر باشد:

۱. در داستان قضاوت حضرت داود علیه السلام نیز اشاره‌ای به این نکته شده است: «لَمْ يَحْتَمِلْهَا قَلْبُكَ وَ لَمْ يَرْضَ بِهَا قَوْمُكَ» که بیان می‌کند در قضاوت بدون مستند، نه حضرت تحمل آن را دارد و نه قوم وی بدان راضی می‌شوند؛ که تعبیر دوم به جنبه محکمه‌پسند بودن قضاوت اشاره دارد. کلینی، الکافی، ج ۷، ص ۴۲۱.
۲. قانون مجازات اسلامی، ماده ۳۱۴: «لوث عبارت از وجود قرائن و اماراتی است که موجب ظن قاضی به ارتکاب جنایت یا نحوه ارتکاب از جانب متهم می‌شود.»
۳. شهید اول، غایة المراد، ج ۴، ص ۴۱۳؛ ابن براج، المهذب، ج ۵، ص ۲۱۴؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ج ۱۳، ص ۴۸۳؛ اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۴، ص ۱۸۰؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۳۲؛ خمینی، تحریر الوسيلة، ج ۲، ص ۵۲۷؛ فاضل، تفصیل الشریعة، ص ۲۲۴.

دلیل یکم: آن است که هر چند لفظ «ظن» به لفظ «حاکم» اضافه شده است، اما همچنان شمول نسبت به ظن غیرمتعارف بر عهده اطلاق است و در این فرض، هر چند انصراف ثابت نشود، اما نمی‌توان انصراف را به طور کلی رد نمود. یعنی احتمال انصراف وجود دارد و همین مقدار در عدم اعتبار ظن غیرمتعارف کفایت می‌نماید. در اینجا این ابهام وجود دارد که اگر ظن متعارف و نوع مردم معیار است، اضافه ظن به حاکم چه وجهی دارد؟! به احتمال قوی، آوردن تعبیر «ظن حاکم» از این باب باشد که مرجع تشخیص ظن، حاکم است؛ یعنی در حقیقت آنچه در مشروعیت قسامه معتبر است، تحقق ظن متعارف است و مسئول احراز این موضوع، حاکم است. حاکم در مقام احراز، خود را از باب امارت سلوک شخصی، معیار قرار می‌دهد؛ یعنی هر انسانی خود را تافته جدا بافته از دیگران نمی‌پندارد و فکر می‌کند آنچه خود متعارف محسوب می‌کند، برای دیگران نیز چنین است و خود را شخصی غیرمتعارف محسوب نمی‌کند. از این رو اگر حاکم به این نتیجه برسد که ظان است یا در این مسئله شک کند، طبعاً به تحقیق پرداخته و ظن متعارف را به دست می‌آورد.

دلیل دوم: ظاهر ماده ۱۳۱۵ که صرف حضور فرد در محل وقوع جنایت را از مصادیق لوث محسوب نموده است؛ با اینکه اگر ظن غیرمتعارف حاکم نیز معتبر باشد، صرف حضور نیز می‌تواند موجب تحقق ظن و لوث برای حاکم ظان شود.

دلیل سوم: ظاهر ماده ۲۳۱۶ است که بر پایه آن، لزوم متعارف بودن ظن اثبات می‌شود؛ چون با اعتبار ظن غیرمتعارف، دیگر وجهی ندارد مقام قضایی موظف باشد در صورت استناد به قسامه، قرائن و امارات موجب لوث را در حکم خود ذکر نماید؛ چراکه اعتبار ظن غیرمتعارف به معنای مهم نبودن قرائن و امارات و کفایت حصول ظن از هر طریقی برای حاکم است.

ج) واکاوی لزوم فعلیت ظن

فعلیت ظن در فقه: آیا افزون بر متعارف بودن ظن، فعلیت ظن برای قاضی هم لازم است یا

۱. ماده ۳۱۵: «فقدان قرائن و امارات موجب ظن و صرف حضور فرد در محل وقوع جنایت، از مصادیق لوث محسوب نمی‌شود و او با ادای یک سوگند، تبرئه می‌گردد.»
۲. ماده ۳۱۶: «مقام قضائی موظف است در صورت استناد به قسامه، قرائن و امارات موجب لوث را در حکم خود ذکر کند. مواردی که سوگند یا قسامه، توسط قاضی رد می‌شود، مشمول این حکم است.»

ظن شأنی کفایت می‌کند؟ به نظر برخی فقیهان، مقتضای احتیاط، فعلیت ظن برای قاضی و به تعبیر دیگر جمع بین ظن شخصی و نوعی است؛^۱ چون ظن فعلی متعارف، در خارج اخص مطلق از ظن نوعی است.

به نظر می‌رسد اگر مراد از احتیاط، احتیاط در مقام عمل باشد، با توجه به اینکه مسئله مربوط به حقوق مردم است که به دو طرف گره خورده است، احتیاط در جانب هر یک، مخالف احتیاط در جانب دیگری است؛ یعنی شرطیت ظن فعلی متعارف در صورتی که در واقع، اجتماع هر دو لازم نباشد، موجب تضییع حق مدعی خواهد بود. اما اگر مراد از احتیاط، احتیاط به لحاظ ادله و از باب اکتفا به قدر متیقن باشد، در صورتی صحیح است که ادله مشروعیت قسامه اطلاق نداشته باشد؛ در حالی که ادله مشروعیت قسامه اطلاق داشته و شامل حصول لوث و عدم حصول لوث می‌شود. از این رو به لحاظ ادله به قدر متیقن از تخصیص، یعنی «لزوم حصول ظن متعارف» اکتفا می‌شود و در تقیید زائد، یعنی «لزوم فعلیت ظن»، به اطلاق ادله رجوع شده و اعتبار «فعلیت ظن» نفی می‌شود. به هر حال تمسک به اطلاق ادله یا احتیاط، در فرضی است که بر اعتبار فعلیت ظن یا عدم اعتبار آن، دلیلی نباشد.

به نظر می‌رسد اگر استدلال «انصراف حصول ظن به حصول ظن متعارف» پذیرفته شود، کفایت ظن نوعی و عدم لزوم فعلیت ظن اثبات می‌شود؛ با این توضیح که مشروعیت قسامه در روایات، منوط به حصول لوث شده است و لوث شرط مشروعیت قسامه قرار گرفته است. لذا این دلیل در حقیقت مشتمل بر دو معنا است؛ اول اینکه، «اگر ظن حاصل شود، قسامه مشروع است» و دوم اینکه، «اگر ظن حاصل نشود، قسامه مشروع نیست». بر این اساس، اگر انصراف در جمله دوم پیاده شود، در دید عرف بدین معنا خواهد بود که عدم حصول ظن در صورتی که ناشی از امور غیر متعارف (بدینی) باشد، مشروعیت را نفی نمی‌کند. به تعبیر دیگر، نتیجه عرفی انصراف، وابسته بودن مشروعیت قسامه به ظن متعارف و نوعی خواهد بود. پس مقتضای انصراف (افزون بر عدم اعتبار ظن غیر متعارف)، عدم اعتبار فعلیت ظن، و کفایت ظن شأنی (ظن نوعی) خواهد بود.

ممکن است بر لزوم فعلیت، به موضوعیت داشتن ظن در مشروعیت قسامه استدلال شود؛

۱. مکارم، استفتائات جدید، ج ۲ سؤال ۱۵۴۲؛ گنجینه استفتائات قضایی (نرم افزار)، سؤال ۷۰۰۰.

از این جهت که تا موضوع فعلی نشود، حکم ثابت نخواهد شد. لکن این استدلال صحیح نیست؛ چون فعلیت هر موضوعی به تناسب همان موضوع است؛ اگر موضوع مشروعیت قسامه، ظن فعلی باشد، تابع حصول ظن فعلی است؛ اما اگر موضوع مشروعیت قسامه ظن نوعی (شأنی) دانسته شود، فعلیت آن تابع حصول همان خواهد بود. به بیان دیگر، عناوین اخذ شده در موضوعات احکام، ظاهر در لزوم فعلیت عنوان است، مثل تعبیر «العالم واجب الإکرام» که ظهور در لزوم فعلیت عالم بودن برای ترتب وجوب اکرام دارد؛ حال اگر گفته شود «مشروعیت قسامه منوط به تحقق ظن است» یا گفته شود «حجیت خبر منوط به تحقق ظن است»، مطابق ظهور ادعا شده، دال بر فعلیت اصل ظن خواهد بود؛ اما اینکه کیفیت فعلیت به شکل شخصی یا شأنی باشد، ربطی به ظهور مذکور ندارد. در حقیقت تفاوت «عالم» با «ظن» در این جهت است که «عالم» قائم به شخص است و تا علم در شخص پدید نیاید، «عالم» صدق نمی‌کند و با تحقق علم در شخص، فعلیت هم به تبع حاصل خواهد شد؛ اما در «ظن» این‌گونه نیست که در ادله به صورت «ظان» یا «ظن الحاکم» ذکر شده باشد؛ بلکه از تعابیری چون «فی قلب من قلب الیهود، الفاجر الفاسق، الرجل المعروف بالشرّ، الفاسق» اعتبار ظن استفاده می‌شود که در هیچ‌کدام قیام ظن به شخص معیار قرار نگرفته است؛ پس موضوع دلیل، «ظن» است و این موضوع هم با ظن شخصی و هم با ظن نوعی فعلیت می‌یابد.

با توجه به مطالب گفته شده، می‌توان تعابیر مذکور در ادله همچون «فی قلب من قلب الیهود، الفاجر الفاسق، الرجل المعروف بالشرّ، الفاسق» را دال بر عدم اعتبار فعلیت ظن برای شخص دانست؛ چون این تعابیر به طور معمول موجب ظن نوعی می‌شود و ملازمه‌ای با حصول ظن شخصی (فعلیت ظن) ندارد.

فعلیت ظن در قانون: در ماده ۳۱۴ به تعریف لوث پرداخته شده و لوث را به اماره تعریف نموده است. کاربرد رایج اماره در کلمات اصولیان، در طریق معتبری است که موجب ظن نوعی به واقع می‌شود، اما اماره در تعابیر فقیهان به معنای مطلق طریق ظن آور نیز به کار می‌رود. به یقین در محل بحث، از اماره، طریق معتبر اراده نشده است و به همین جهت، لوث با شهادت شاهد عادل ثابت می‌شود، با اینکه قتل با آن اثبات نمی‌شود. هرچند منصرف از

۱. مظفر، أصول الفقه، ج ۳، ص ۱۶.

تعبیر «اماره» عدم لزوم فعلیت ظن برای قاضی است، اما با توجه به اینکه در ادامه تعبیر «ظن قاضی» آمده است، می‌تواند قرینه باشد که مراد از اماره، طریقی است که موجب ظن متعارف برای شخص قاضی شود. پس ظاهر ماده ۳۱۴، لزوم فعلیت ظن برای قاضی خواهد بود. اما ظاهر ماده ۳۱۶ افزون بر اثبات لزوم متعارف بودن ظن، دال بر عدم لزوم فعلیت ظن است؛ چون اگر ظن متعارف و نوعی محقق باشد، اما برای قاضی ظن فعلی پدید نیاید، بدین معنا خواهد بود که عدم حصول ظن وی غیر متعارف است؛ در حالی که در همین ماده نسبت به فرض عدم حصول ظن نیز ذکر امارات و قرائن را لازم دانسته است که ظاهر در لزوم متعارف بودن عدم حصول ظن است و لازمه این مطلب، آن است که اگر برای قاضی به صورت غیر متعارف ظن پدید نیاید و متعارف حصول ظن باشد، لوث محقق است که معنای آن عدم لزوم فعلیت ظن خواهد بود. شاید وجه آنکه در تعریف لوث معیار را «ظن قاضی» قرار داده است، آن باشد که ظن قضات در غالب موارد متعارف است و مرجع تشخیص هم کسی جز قاضی نیست و تا برای قاضی ظن پدید نیاید، مشروعیت قسامه ثابت نخواهد شد. از این رو، ظن قاضی را معیار قرار داده و در ماده‌ای دیگر به لزوم ذکر امارات اشاره نموده‌اند تا از موارد نادر که ظن متعارف وجود دارد و برای قاضی به فعلیت نرسیده است، جلوگیری شود.

د) واکاوی لزوم اثبات منشأ ظن

آیا ظن متعارفی که برای قاضی ثابت شده است، باید برای دیگران هم قابل اثبات باشد؟ یا همین که قرائن و امارات، نشانگر متعارف بودن ظن باشد، کافی است و در اثبات، به وثاقت و عدالت قاضی اکتفا می‌شود؟ به نظر می‌رسد اگر منشأ ظن قاضی خواب و حدس نباشد، و ناشی از قرائن و امارات و در نتیجه ظن متعارف باشد، اخبار قاضی کفایت می‌کند.

کفایت اخبار قاضی به لحاظ قانون، بدان جهت است که در ماده ۳۱۴ تعبیر به قرائن و امارات و ظن قاضی شده است و در فرض، قرینیت و اماریت و ظن قاضی محقق است. به تعبیر دیگر، قانون اطلاق دارد و شامل فرضی که امکان اثبات قرائن نیست هم می‌شود. آری، ممکن است ماده ۳۱۶ که آوردن قرائن و امارات را لازم دانسته، ظاهر در لزوم قابل اثبات بودن برای دیگران دانسته شود؛ اما چنین نیست و ظهور این تعبیر تنها به این مقدار است که منشأ حصول ظن، اموری باشد که قرینیت و اماریت داشته باشد و ظهوری ندارد که

قاضی باید بتواند این امارات را برای دیگران، از طریق غیر از خودش اثبات نماید. لذا اگر خود قاضی شخصی با سلاح آغشته به خون را در کنار بدن غرق به خون مشاهده نماید، لوث محقق می‌شود؛ اگرچه هیچ‌کس غیر از قاضی این صحنه را ندیده باشد. به لحاظ ادله شرعی و کلمات فقهیان نیز وجهی برای شرطیت قابلیت اثبات ظن وجود نداشته و می‌توان به اطلاق ادله تمسک نمود؛ یعنی وقتی ظنی متعارف برای قاضی پدید آید، لوث محقق می‌شود هرچند اثبات آن برای دیگران از طریق جز خبر خود قاضی مقدور نباشد.

ه) واکاوی اعتبار ظن کارشناسی

ظن کارشناسی را می‌توان در یک دسته‌بندی ناشی از دو جهت دانست: حدس وابسته به تجربیات و استعداد، و دیگری ذکاوت در درک قرائن و امارات پنهان. در صورت دوم، ظن کارشناسی قاضی یک ظن متعارف محسوب می‌شود که امکان ذکر آن هم وجود دارد و با ذکر آن برای دیگران، قرینه و اماره بودن تصدیق می‌شود و اشکالی در تحقق لوث با چنین ظنی نیست.

اما اگر ظن کارشناسی ناشی از حدس وابسته به تجربیات و استعداد شخصی قاضی باشد به‌گونه‌ای که با نقل احوال قضیه و بیان جهات حصول ظن، برای دیگران چنین ظنی پدید نیاید، کفایت آن در تحقق لوث محل تأمل است؛ از سویی برای مردم متعارف در این قضیه ظن پدید نمی‌آید و می‌توان آن را غیر متعارف دانست؛ و از سوی دیگر ظن کارشناسی یک ظن عقلایی و قابل قبول محسوب می‌شود و عقلاً بر پایه اعتبار و بها دادن به آن، به متخصصان در هر رشته رجوع می‌نمایند.

به نظر می‌رسد انصراف ظن از ظن غیر متعارف، شامل ظن محل بحث نمی‌شود؛ اگرچه از جهتی ظن غیر متعارف نامیده شود. از اعتبار آن نیز هرج و مرج و اختلال نظام حاصل نیامده و منافاتی با درک مصلحت واقع نیز ندارد. روایات نیز اطلاق داشته و شامل ظن ناشی از اطلاعات متداول و ظن ناشی از کارشناسی می‌شود. بلکه می‌توان از راه اولویت، اعتبار ظن کارشناسی را استفاده نمود؛ زیرا اعتبار ظن متعارف و عدم اعتبار ظن غیر متعارف به جهت موضوعیت داشتن این دو عنوان نیست؛ بلکه ظن متعارف به‌عنوان طریق ظنی عقلایی به واقع معیار قرار گرفته است و جهت انصراف از ظن غیر متعارف نیز غیر عقلایی بودن آن است. از سوی دیگر، طریقی که از ظن حدسی کارشناسی پدید می‌آید، در نظر خود عرف، واقع‌نماتر

از ظن متعارف است؛ بنابراین ممکن است در موردی برای مردم متعارف ظن پدید آید، اما برای کارشناس خبره ظن پدید نیاید یا برعکس؛ که در هر دو صورت عرف نظر کارشناس را قوی‌تر از نظر خود می‌پندارد. می‌توان ظن کارشناسی - اگرچه حدسی - را ظن متعارف نیز دانست؛ زیرا نوع مردم هم اگر این مقدمات از اطلاعات و تجربیات را داشته باشند، چنین حدسی می‌زنند و به همین جهت ظن حدسی کارشناسی عقلایی شمرده می‌شود.

آری، ظاهر کلمات فقیهان از ذکر مصادیق لوث، مثل شاهد عادل و ظاهر تعبیر به «التهمة الظاهرة، بأمارات ظاهرة» آن است که ظن ناشی از حدس کارشناسی محقق لوث نیست. همچنین ظن حدسی کارشناس با تعبیر قانون‌گذار به «امارات و قرائن» و بیان لزوم ذکر قرائن سازگاری ندارد؛ از این جهت که ظاهر تعبیر به قرینه و اماره مواردی است که عرف قرینیت و اماریت آن را درک می‌کند.

نیز اینکه در ماده ۳۱۵ صرف حضور را محقق لوث ندانسته، اشعار به عدم اعتبار ظن حدسی کارشناسی دارد^۱ و این اشعار در کنار ذکر «با فرض فقدان قرائن و امارات» ظهور قوی‌تری در عدم اعتبار ظن حدسی کارشناس ایجاد می‌نماید.

و) واکاوی لزوم وجود اثر قتل

مشهور بر این باورند که وجود اثر قتل در تحقق لوث، شرط نیست؛ چون متعارف چنین است که انسان با امراض می‌میرد و موت ناگهانی نادر است. بنابراین اگر شخصی ناگهان بمیرد، ظهور در این دارد که کسی وی را به قتل رسانده است؛ مثل اینکه او را خفه کند یا بیضه او را فشار دهد (یا سمی به وی بخوراند که در درازمدت موجب مرگ شود).^۲ در مقابل، شیخ طوسی در مبسوط و ابن جنید^۳ قائل به اعتبار اثر قتل در لوث شده‌اند. علامه حلی در مختلف، انتفای ظن با انتفای اثر را به‌عنوان وجه قول ابن جنید ذکر نموده است.^۴

۱. تعبیر اشعار از این جهت است که ظن حدسی کارشناسی به صرف حضور حاصل نمی‌شود، بلکه نکات دیگری نیز مورد لحاظ کارشناس قرار می‌گیرد.

۲. طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۳۱۰؛ صیمری، غایة المرام، ج ۴، ص ۳۹۶؛ حلی، قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۶۱۶.

۳. طوسی، المبسوط، ج ۷، ص ۲۱۵؛ علامه حلی، مختلف الشیعة، ج ۹، ص ۴۴۵.

۴. علامه حلی، مختلف الشیعة، ج ۹، ص ۴۴۵.

به نظر می‌رسد با توجه به اینکه موارد لوث مختلف است، اعتبار اثر قتل نیز مختلف بوده و تفصیل در مسئله لازم است. در مواردی که اخبار به قتل، مثلاً از شاهد عادل صورت می‌گیرد، هرچند اثر قتل موجود نباشد، اما بر اساس شهادت شاهد عادل، ظن به قتل، محقق می‌شود. اما در مواردی که شهادت بر قتل محقق نیست و فقط قرینه‌هایی وجود دارد (مثل اینکه مقتول در خانه شخصی پیدا شود که دشمنی با او داشته و تهدید به قتل نیز نموده است)، مسئله از دو زاویه قابل بررسی است: نخست، از زاویه حصول ظن به قتل؛ دوم، از زاویه امکان علم به قتل برای ولی دم. به نظر می‌رسد در این حالت هر دو جهت مخدوش است؛ چون با فقدان اثر قتل، اصل قتل مشکوک خواهد بود و احتمال دارد شخص به دلیل سکت قلبی، مغزی و امثال آن مرده باشد، و از این رو ظن مذکور ظن تقدیری است. یعنی اگر این شخص به مرگ طبیعی نمرده باشد، به احتمال قوی قاتلش صاحب‌خانه است. از سوی دیگر، علم مدعی نیز تقدیری خواهد بود؛ یعنی اگر این شخص کشته شده باشد، یقین دارد قاتلش صاحب‌خانه است. بر این اساس، می‌توان گفت در فرض قیام قرینه‌هایی، اثر قتل در تحقق لوث معتبر است.

اشکال شده که اعتبار اثر قتل به هدف نفی مرگ طبیعی و اثبات لوث است، در حالی که با وجود اثر قتل، ناتوان از اثبات لوث است؛ زیرا با وجود اثر قتل، احتمال دارد مقتول با خودزنی، خود را به قتل رسانده باشد؛ مثلاً در خانه دشمنش خود را کشته تا دشمن او با قصاص نابود شود.^۱

در پاسخ باید گفت که خودزنی امری نادر است و مرگ ناگهانی، هرچند نادر است، اما موارد آن به قدری است که در نظر عرف بدان اعتنا می‌شود؛ به‌ویژه در دوران کنونی که عدد مرگ‌های ناگهانی بیشتر شده است؛ از این رو اگر اثر قتل موجود نباشد، اطمینان عرفی به وقوع قتل پدید نمی‌آید؛ اما اگر اثر قتل موجود باشد، اطمینان عرفی وجود دارد که کسی وی را به قتل رسانده و همین مقدار در ظن قاضی به صدق مدعی و در علم مدعی به قتل کفایت می‌کند.

نتیجه: آنکه اگر لوث با قرینه‌های مقالی ثابت شود، قتل هم به ملازمه ثابت خواهد شد، اما اگر با قرینه‌های ثابتی شود، تنها در فرض وقوع قتل، قاتل را (به صورت ظنی برای قاضی و یقینی برای مدعی) مشخص می‌کند و لازم است وقوع قتل از قرینه‌های دیگری مثل وجود اثر

مباحثات

واکاوی بایست‌های کیفری و کمی ظن محقق لوث از منظر فقه و قانون

۱. طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۳۱۰.

قتل، به دست بیاید. در حقیقت، ظن بر پایه اثبات قتل، موجب تحقق لوث می‌شود و تا این کیفیت از ظن پدید نیاید، لوث محقق نخواهد شد.

دوم. بایسته‌های کمی ظن قاضی

مراد از کمیت، مقدار لازم از ظن در تحقق ظن لوثی است؛ یعنی از مطلق ظن، ظن قوی، ظن نزدیک به علم (اطمینان) کدام لازم است؟ یادآوری این نکته لازم است که درباره یقین‌آور بودن قسامه، این بحث مطرح شده است که قسامه موجب ظن قوی است، نه یقین^۱؛ اینکه قسامه موجب یقین یا ظن است، با بحث کنونی متفاوت است؛ چون تحقق ظن لوثی شرط مشروعیت قسامه است و پس از مشروعیت یافتن و اقامه قسامه، حکم اثبات می‌شود.

پس در قسامه، بحث می‌شود که مثلاً قسم خوردن پنجاه نفر موجب یقین به واقع می‌شود یا نه؟ در حالی که در کمیت ظن لوثی بحث در این باره است که پیش از اقامه قسامه، اماره حالیه یا مقالیه‌ای که به نفع مدعی وجود دارد، باید چه اندازه ظن برای قاضی ایجاد نماید تا بر اساس آن لوث را محقق دانسته و قسامه مشروع باشد؟

راجع به کمیت ظن لوث، برخی فقیهان در تعریف لوث به «ظن غالب» تعبیر کرده‌اند.^۲ برخی دیگر، مراد از تعبیر مذکور را حصول ظن دانسته‌اند^۳؛ همان‌طور که فقیهان در بحث شک در رکعات، غلبه ظن را مطرح نموده و مرادشان حصول ظن است؛ یعنی مراد از غلبه آن است که ظن بر شک غلبه نموده و شک را کنار بزند. در برخی کلمات نیز به تعبیر «ظن» اکتفا شده است^۴، یا برخی در تعریف لوث به غلبه ظن و در ادامه سخنان به حصول ظن تعبیر نموده‌اند.^۵ از این رو اجماعی بر لزوم ظن قوی برای تحقق لوث وجود ندارد. روایات نیز اطلاق دارند و

ما اجتهاد
پژوهش‌های فقهی

سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۴

۱. محقق حلی، المعتمد، ج ۲، ص ۶۸۸.
۲. ابن حمزه، الوسيلة، ص ۴۶۰؛ حلی، شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۲۰۷.
۳. طوسی، المسبوط، ج ۷، ص ۲۱۳؛ ابن ادریس، السرائر، ج ۳، ص ۳۳۸؛ عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۱۱، ص ۵۶؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۳۹.
۴. اسکافی، مجموعة فتاوی ابن جنید، ص ۳۶۷؛ ابن براج، المهذب، ج ۲، ص ۵۰۰؛ علامه حلی، تحرير الأحكام، ج ۲، ص ۲۵۲ [و لوقیل إن أفاد خبرهم الظن کان لوثاً أمکن.]; شهید ثانی، اللمعة الدمشقیة، ص ۲۷۱.
۵. علامه حلی، قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۶۱۵.

دلالتی بر لزوم قوت ظن ندارد؛^۱ تا چه رسد به اینکه بر اعتبار ظن نزدیک به علم (اطمینان) دلالت داشته باشد. از این رو مطلق ظن در حصول لوث کفایت می‌کند. مقتضای اطلاق «ظن» در ماده ۳۱۴ قانون مجازات اسلامی^۲ نیز آن است که مطلق ظن در حصول لوث کفایت می‌کند. به نظر می‌رسد بحث کمیت ظن را می‌توان با توجه به معنایی دیگر در رابطه با ظن توسعه داد؛ چراکه ظن گاهی به اعتبار سنجش با طرف دیگر، ظن نامیده می‌شود، نه از این جهت که احتمال بالای ۵۰ درصد در آن وجود دارد؛ بلکه از این جهت که در قیاس با طرف دیگر، از احتمال بیشتری برخوردار است و می‌توان آن را «ظن اضافی» نام نهاد. مثلاً اگر ده نفر متهم به قتل باشند، تحقق ظن به معنای احتمال بالای ۵۰ درصد، تنها در یک نفر ممکن است، و ما بقی احتمال تا تکمیل ۱۰۰ درصد در مجموع ۹ نفر دیگر خواهد بود. از این رو اگر احتمال قاتل بودن نفر اول ۶۰ درصد باشد، احتمال قاتل بودن نه نفر دیگر در مجموع ۴۰ درصد خواهد بود. در همین مثال، اگر احتمال قاتل بودن در مورد سه نفر به صورت مردد (نه اشتراکی) ۴۰ درصد باشد و احتمال قاتل بودن ۷ نفر دیگر در مجموع ۶۰ درصد باشد، تعبیر ظن راجع به هر یک از سه نفر به کار می‌رود؛ با اینکه نه در مجموع و نه به صورت انفرادی ظن به معنای احتمال بالای ۵۰ درصد وجود ندارد، اما چون احتمال قاتل بودن هر یک از این سه نفر نسبت به قاتل بودن هر یک از هفت نفر دیگر بیشتر است، مظنون نامیده می‌شوند.

فقیهانی که شرطیت لوث را از روایات استفاده نموده‌اند، شرطیت را از تعابیری چون «فاسق، فاجر، مرد معروف به شرّ، ظاهر بودن عداوت، مقتضای احتیاط در جان» استفاده نموده‌اند^۳ و این تعابیر در بیش از احتمال راجح نسبت به سایر افراد، یعنی در بیش از «ظن اضافی» ظهور ندارد. ظاهر ماده ۳۳۲^۴ نیز کفایت «ظن اضافی» است؛ چون بیان نموده که

۱. همان‌طور که در مقدمه اشاره شد، در روایات سخنی از شرطیت لوث در اعتبار قسامه به میان نیامده است و شرطیت لوث از اجماع استفاده شده است. بنابراین به مقداری که اجماع بر آن دلالت دارد، اخذ شده و در مقدار مشکوک، به اطلاق روایات مراجعه می‌شود و قدر متیقن از اجماع شرطیت «مطلق ظن» در مشروعیت قسامه است.

۲. مفاد ماده ۳۱۴: «لوث عبارت از وجود قرائن و اماراتی است که موجب ظن قاضی به ارتکاب جنایت یا نحوه ارتکاب از جانب متهم می‌شود.»

۳. خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۲ موسوعه، ص ۱۲۶.

۴. ماده ۳۳۲: «اگر لوث علیه دو یا چند نفر به شکل مردد حاصل شود، پس از تعیین مرتکب به وسیله مجنی

اگر لوٲ علیه چند نفر به شکل مردد پدید آید، مدعی می‌تواند با تعیین یکی و اقامه قسامه علیه او، وقوع جنایت را اثبات نماید؛ در حالی که اگر لوٲ علیه ۳ نفر حاصل شده باشد، احتمال قاتل بودن هر یک از سه نفر زیر ۵۰ درصد خواهد بود.

آری، اینکه فقیهان خبر فاسق، صبی و زن را محقق لوٲ نمی‌دانند و اینکه قانون صرف حضور در کنار مقتول را موجب لوٲ نمی‌داند، دال بر این مطلب است که صرف احتمال راجح به قاتل بودن یک شخص در مقابل اشخاص دیگر، موجب تحقق لوٲ نیست. بنابراین ظن اضافی و احتمال راجح باید معتنا به و در نظر عقلا قابل توجه باشد؛ هرچند بیش از ۵۰ درصد نباشد.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

لوٲ اماره‌ای است که موجب ظن به صدق مدعی می‌شود. هر ظنی محقق لوٲ نبوده، بلکه بایسته‌هایی کیفی و کمی لازم است.

شرط کیفی ظن برای تحقق لوٲ از منظر فقه و قانون آن است که متعارف باشد؛ اما فعلیت آن برای قاضی و امکان اثبات منشأ ظن برای دیگران لازم نیست.

اطلاق روایات شامل ظن کارشناسی، ولو حدسی می‌شود؛ بلکه مقتضای اولویت ظن کارشناسی نسبت به ظن متعارف آن است که ظن کارشناسی نیز محقق لوٲ باشد. با این حال، ظاهر کلمات فقیهان و قانون آن است که ظن کارشناسی در صورتی که حدسی باشد، محقق لوٲ نیست.

از منظر فقهی، شرط کیفی دیگر ظن محقق لوٲ آن است که در فرضی که ظن ناشی از قرینه‌ی حالی است، اثر قتل موجود باشد. از منظر قانون نمی‌توان عبارتی یافت که بتوان از منطوق آن، حکم این شرط را استفاده نمود؛ لکن از سیاق فصل چهار قانون مجازات اسلامی که درباره‌ی راه‌های اثبات جنایت است و نیز از مواد ذیل این فصل که «جنایت» را به‌عنوان موضوع مواد مفروض گرفته‌اند، استفاده می‌شود که قانون شرط مذکور را معتبر می‌داند. از حیث کمیت نیز از منظر فقه و قانون، مطلق ظن برای تحقق لوٲ کفایت می‌کند و

ماهیچوار
پژوهش‌های قضایی

سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۴

حصول ظن قوی یا اطمینان لازم نیست؛ بلکه حصول ظن به معنای احتمال بالای ۵۰ درصد لازم نیست و احتمال راجح کفایت می‌نماید، به شرطی که این احتمال راجح قابل اعتنا باشد.

منابع و مأخذ

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۲، ۱۴۱۰ق.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت-لبنان: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع- دار صادر، چ ۳، ۱۴۱۴ق.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۰۳ق.
۴. اسکافی، ابن جنید، محمد بن احمد کاتب بغدادی، مجموعة فتاوی ابن جنید، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۶ق.
۵. انصاری، مرتضی، فرائد الأصول، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چ ۹، ۱۴۲۸ق.
۶. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، بیروت لبنان: دارالعلم للملایین، چ ۱، ۱۴۱۰ق.
۷. حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی حسینی، غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چ ۱، ۱۴۱۷ق.
۸. حلی، جعفر بن حسن، المعترف فی شرح المختصر، قم: مؤسسه سید الشهداء علیه السلام، چ ۱، ۱۴۰۷ق.
۹. حلی، علامه حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۲، ۱۴۱۳ق.
۱۰. _____، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۰ق.
۱۱. _____، تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة (ط - القديمة)، مشهد: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، چ ۱، [بی تا].
۱۲. _____، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۳ق.
۱۳. حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چ ۲، ۱۴۰۸ق.
۱۴. خمینی، روح الله موسوی، تحریر الوسيلة، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، چ ۱، ۱۴۰۹ق.
۱۵. خوانساری، احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چ ۲، ۱۴۰۵ق.
۱۶. خویی، ابو القاسم موسوی، مبانی تکملة المنهاج، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، چ ۱، ۱۴۲۲ق.
۱۷. _____، غاية المأمول، تقریرات جواهری، محمد تقی، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چ ۱، ۱۴۲۸ق.

ماجید
پژوهش‌های قضی

واکاوی بایست‌های کیفی و کمی ظنّ محقق لوث از منظر فقه و قانون

۱۸. زنجانی شبیری، موسی، کتاب نکاح، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز، چ ۱، ۱۴۱۹ق.
۱۹. سبحانی تبریزی، جعفر، إرشاد العقول الى مباحث الأصول، تقریرات: حاج عاملی، محمد حسین، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چ ۱، ۱۴۲۴ق.
۲۰. شیرازی، ناصر مکارم، استفتائات جدید، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چ ۲، ۱۴۲۷ق.
۲۱. صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، غایة المرام في شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار الہادی، چ ۱، ۱۴۲۰ق.
۲۲. طرابلسی، ابن براج، قاضی، عبد العزیز، المہذب (لابن البراج)، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۰۶ق.
۲۳. طوسی، شیخ طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۰۷ق.
۲۴. _____، المسبوط في فقه الإمامية، تہران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چ ۳، ۱۳۸۷ق.
۲۵. _____، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، بیروت: دار الكتاب العربي، چ ۲، ۱۴۰۰ق.
۲۶. طوسی، محمد بن علی بن حمزہ، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، قم: انتشارات کتابخانہ آیة اللہ مرعشی نجفی، چ ۱، ۱۴۰۸ق.
۲۷. عاملی، جواد بن محمد حسینی، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، بیروت: دار إحياء التراث العربي، چ ۱، [بی تا].
۲۸. عاملی، شہید اول، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، بیروت: دار التراث - الدار الإسلامية، چ ۱، ۱۴۱۰ق.
۲۹. _____، غایة المراد في شرح نکت الإرشاد، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۴ق.
۳۰. قانون مجازات اسلامی، ۱۳۹۲ش.
۳۱. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تہران: دار الکتب الإسلامية، چ ۴، ۱۴۰۷ق.
۳۲. گنجینه استفتائات قضایی (نرم افزار)، مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوہ قضائیه، قم.
۳۳. لنکرانی، محمد فاضل موحدی، تفصیل الشریعة في شرح تحریر الوسيلة - القصاص، قم: مرکز فقهی ائمہ اطہار علیہم السلام، چ ۱، ۱۴۲۱ق.
۳۴. مشکینی اردبیلی، علی، اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها، قم: الہادی، چ ۶، ۱۳۷۴ش.
۳۵. مظفر، محمد رضا، أصول الفقه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ ۵، ۱۴۳۰ق.
۳۶. نایینی، محمد حسین، أجود التقریرات، تقریر: خویی، ابوالقاسم، قم: مطبعة العرفان، چ ۱، ۱۳۵۲ش.
۳۷. نجفی، صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربي، چ ۷، ۱۴۰۴ق.
۳۸. نجفی، کاشف الغطاء، جعفر بن خضر مالکی، کشف الغطاء عن مہمات الشریعة الغراء (ط - الحديثه)، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزة علمیہ قم، چ ۱، ۱۴۲۲ق.

تحليل فقهي لسؤولية دفع الخمس في استغلال المناجم المؤجرة^١

محمد القدسي^٢

الملخص

كثيراً ما يُفوض أصحاب المناجم عملية الاستغلال إلى أشخاص مختصين ومن أساليب هذا التفويض إبرام عقد إيجار. هنا، تُطرح مسألة تحديد من يتحمل خمس المنجم؛ لا سيما وأن المؤجر - من جهة - يُعتبر المالك الرئيسي للمنجم، والمستأجر - من جهة أخرى - هو من يقوم بعمليات الاستخراج ويستفيد مباشرة من المعادن. تكسب هذه المسألة الفقهيّة - بالإضافة إلى جانبها التكليفي - أهميّة مائيّة بالغة، لا سيّما بالنظر إلى دور المناجم القيمة والمدرة للدخل في اقتصاد البلاد، ممّا يُضعف من أهميّة ضرورة دراسة هذه المسألة بتفصيل. وتُظهر مُعطيات هذه الدراسة أنّ المستأجر الذي يقوم باستخراج المعادن بموجب عقد الإيجار يجب عليه دفع الخمس، لأنّ موضوع الخمس هو المعادن المستخرجة من المنجم. بعد هذه التّقطة، فإنّ المسألة الرئيسيّة في تحديد المكلف هي تحديد المتفّع بهذه المنفعة المعدنيّة والذي يسيطر على الموادّ المذكورة.

المفردات الأساسية: خمس المنجم، إيجار المنجم، إيجار الأعيان، ملكية المنجم.

تحلیل فقهی مسئولیت پرداخت خمس در بهره‌برداری استیجاری از معادن^۱

محمد قدسی^۲

چکیده

بسیار رخ می‌دهد که مالکان معادن، عملیات بهره‌برداری را به اشخاص متخصص واگذار کنند. یکی از شیوه‌های این واگذاری، عقد قرارداد اجاره است. در این میان، مسئله تعیین مکلف به پرداخت خمس معدن مطرح می‌شود؛ به‌ویژه آنکه از یک سو موجر به‌عنوان مالک اصلی معدن شناخته می‌شود و از سوی دیگر مستأجر عملیات استخراج را بر عهده گرفته و مستقیماً از مواد معدنی بهره می‌گیرد. این پرسش فقهی، افزون بر وجه تکلیفی خود، از جهت مالی نیز اهمیت قابل توجهی دارد. به‌ویژه با در نظر داشتن نقش معادن ارزشمند و درآمدزا در اقتصاد کشور که اهمیت و ضرورت بررسی دقیق این موضوع را دوچندان می‌سازد. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد مستأجری که بر پایه عقد اجاره به استخراج مواد معدنی رو می‌آورد، مکلف به پرداخت خمس است؛ زیرا موضوع خمس، مواد معدنی خارج شده از معدن است. پس از این نکته، مسئله اساسی در تعیین مکلف، شناسایی شخصی است که از این فایده معدنی بهره‌مند می‌شود و مواد مزبور تحت استیلا و تسلط او قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی: خمس معدن، اجاره معدن، اجاره اعیان، تملک معدن.

۱. تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۱/۲۶

۲. دانش‌پژوه گروه فقه الاقتصاد مؤسسه عالی فقه و علوم اسلامی، قم، ایران. ghodsi_m@yahoo.com

مقدمه

اقتصاد از مسائل اساسی و حیاتی هر جامعه است و جامعه اسلامی از این مقوله مستثنی نیست. از جمله مباحث مهم در این حوزه، چگونگی تأمین منابع مالی حکومت اسلامی است. خمس و ثروت‌های خدادادی، مانند معادن، در شمار منابع باارزش تأمین مالی به‌شمار می‌آیند. وجود معادن بسیار ارزشمند و درآمدزا مانند نفت، گاز، آهن و مس در کشور ما اهمیت بحث را دوچندان می‌کند.

در بسیاری از موارد، مالک معدن و بهره‌بردار آن، اشخاص متفاوتی هستند؛ زیرا مالک به‌منظور بهره‌برداری مؤثر و تخصصی از معدن، عملیات استخراج را به افراد یا شرکت‌های دارای تخصص، تجربه و تجهیزات فنی مناسب واگذار می‌کند. برای نمونه، دولت‌ها معمولاً تمایلی به انتقال مالکیت معادن خود ندارند و تنها بهره‌برداری از آنها را به اشخاص ثالث واگذار می‌کنند. از سوی دیگر، برخی اشخاص یا شرکت‌ها تمایل ندارند که نقش بهره‌بردار، تنها به‌عنوان اجیر تعریف شود. بر این اساس، قرارداد اجاره معدن تنظیم می‌شود؛ به‌شکلی که اولاً مالکیت معدن برای مالک محفوظ بماند و ثانیاً بهره‌بردار، صرفاً در جایگاه اجیر قرار نگیرد؛ بلکه خود، مالک مواد معدنی استخراج‌شده محسوب شود.

حال این مسئله فقهی ایجاد می‌شود که خمس معدن بر عهده موجر به‌عنوان مالک معدن است یا مستأجر آن، که عملیات استخراج را انجام داده و از مواد معدنی بهره‌مند می‌شود؟ مستأجر تنها معدن را اجاره کرده و اجاره‌بها پرداخت می‌کند و مالکیت رقبه معدن به او منتقل نشده است. پژوهش پیش رو به واکاوی این مسئله می‌پردازد.

در مرحله نخست، تأثیر ماهیت عقد اجاره در این مسئله نیازمند واکاوی دقیق است. در این زمینه، دو محور اصلی مورد اختلاف و اشکال فقیهان قرار گرفته است:

الف. صحت عقد اجاره برای بهره‌برداری از ثمراتی که وجود عینی دارند.

ب. کیفیت تخریج اجاره. انعقاد عقد اجاره می‌تواند به ایجاد مالکیت منفعت برای مستأجر از نوع عین بینجامد، یا آنکه صرفاً موجب تحقق حق انتفاع برای او باشد. درباره معادن، استفاده از حق انتفاع به صورت حيازت در معادن ظاهری یا احیا در

معادن باطنی، تحت شرایط خاصی موجب تملک خواهد شد. بنابراین، تحلیل ماهیت اجاره و تفکیک میان مالکیت منفعت و حق انتفاع، در این مسئله از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.

در مرحله بعد، ماهیت خمس معدن و الزامات مربوط به آن، از مباحث اساسی و تأثیرگذار است. یکی از مسائل کلیدی این است که متعلق خمس معدن دقیقاً روشن شود. همچنین شرطیت اخراج مواد معدنی در وجوب خمس نیاز به بررسی دارد. این مسائل در تعیین مکلف به پرداخت آن، نقش مهمی ایفا می‌کنند و باید در فرآیند استنباط به‌طور دقیق مورد بررسی قرار گیرند.

در این پژوهش، مالک و موجر معدن به صورت اعم، شامل دولتی و شخصی فرض شده‌اند؛ همچنین مستأجر معدن نیز اعم از شخص حقیقی یا حقوقی در نظر گرفته شده است.

پیشینه

مسئله خمس معدن در کنار دیگر متعلقات خمس، از دیرباز در منابع فقهی امامیان محل بحث و توجه بوده است. عموم فقیهان درصدد اثبات اصل وجوب خمس در معادن و تبیین برخی از شرایط تحقق آن برآمده‌اند. در تبیین محدوده مکلف به پرداخت خمس معدن، به شرایطی همچون بهره‌برداری غیرمستقیم، از جمله اجاره اعیان، توجه نشده است. در برخی منابع، تنها به استخدام اشخاص برای استخراج معدن و حکم مالکیت مواد معدنی توسط اجیر اشاره شده، اما بحث از اجاره خود معدن و تعیین مکلف به ادای خمس در چنین فرضی مسکوت مانده است. افزون بر این، در آثار موجود، تحلیل جامع و دقیقی از مبانی و ارکان اصلی خمس معدن مانند ماهیت آن و شرطیت استخراج، کمتر به چشم نمی‌خورد.

در فضای فقهی معاصر نیز، عمده پژوهش‌های موجود -به‌ویژه در قالب مقالات- بیشتر بر مالکیت معادن یا مباحث حقوقی قراردادهای معدنی متمرکز بوده‌اند و نه به تبیین فقهی نقش مستأجر در ترتب حکم خمس بر مواد معدنی ناشی از استخراج.

با بررسی عنوان تحقیق در پایگاه‌های نورمگز، گنج، پایگاه جامع علوم انسانی و مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی، پیشینه‌ای یافت نشد. اما مقالات و پایان‌نامه‌های مرتبط با موضوع بحث به شرح زیر می‌باشند:

محمد طاهر کنعانی (۱۳۸۹) در مقاله «حق بهره‌برداری از معادن»، می‌کوشد با تجزیه و تحلیل قواعد، مبانی و منابع حقوقی بین مالکیت عمومی و خصوصی - در نتیجه استفاده از توان هر دو بخش عمومی و خصوصی - تعادل برقرار سازد. هاشمی خانعباسی و صادقی لاریمی (۱۳۹۷) به بررسی «خمس معادن از نظر فقه و قانون موضوعه» پرداخته‌اند. علی‌اکبر کلاتتری (۱۳۷۹)، به مقوله دولت اسلامی و خمس معادن می‌پردازد. امینی نسب و میرشکاری، «ماهیت و اوصاف قرارداد بهره‌برداری از معدن» را بررسی می‌کنند. این مقاله که رویکردی حقوقی دارد، قرارداد اجاره را به صورت موجز مطرح و رد کرده است. سید حسین رضوی (۱۳۸۰) نیز پایان‌نامه کارشناسی ارشدش را با عنوان «نگاهی به مبانی فقهی دایره متعلقات خمس» تدوین کرده است، و در بخش کوچکی (۱۰ صفحه) به خمس معادن پرداخته است که نیمی از آن اقوال علمای عامه است.

پژوهش حاضر با تمرکز بر «تعیین مکلف به ادای خمس در فرض اجاره معدن»، درصدد پاسخ به خلأ علمی و فقهی موجود در منابع متقدم و معاصر است. در این راستا، ابتدا تلاش می‌شود تحلیل فقهی دقیقی از عقد اجاره معدن و حدود آثار آن ارائه گردد و در ادامه با تبیین ماهیت خمس معدن و نقش عنصر «استخراج» در ترتب وجوب، وضعیت تکلیفی مستأجر به‌عنوان بهره‌بردار و استخراج‌کننده تحلیل شود. علاوه بر پاسخ به پرسش اصلی، تحلیل دقیق فروض مرتبط به شکلی منظم و منقح نیز در دستور کار قرار دارد.

مفهوم‌شناسی

«معدن» در لغت به معنای اسم مکان است: «والمَعْدِن: مکان کل شیء، أصله و مبتدؤه، نحو الذهب، و الفضة و الجوهر و الأشياء»؛ یعنی محل هر چیزی، ریشه و مبداء آن است؛ مانند طلا، نقره، جواهر و دیگر اشیاء.^۱ یا «مرکز و سرچشمه هر چیزی، همان معدن آن است.»^۲ بر این اساس معدن در لغت به معنای اسم مکان است. برخی معتقدند تمامی فقیهان واژه معدن را برای مواد معدنی به کار برده‌اند؛ زیرا هدف آنها بیان چیزی است که حکم

۱. فراهیدی، العین، ج ۲، ص ۴۲.

۲. جوهری، الصحاح، ج ۶، ص ۲۱۶۲.

شرعی به آن تعلق گرفته (یعنی موادی که از معدن استخراج می‌شود)، نه خود معدن. این نام‌گذاری از باب علاقه حال و محل است.^۱

در ادبیات فقیهان، معادن به دو قسم ظاهری و باطنی تقسیم شده است. معادن ظاهری، آنهایی هستند که آشکار و قابل دسترس‌اند و نیازی به حفاری یا تلاش ویژه ندارند؛ به عبارت دیگر، دستیابی به آنها مستلزم جست‌وجو، استخراج یا صرف هزینه نیست. در مقابل، اظهار و رونمایی معادن باطنی نیازمند عمل، کاوش یا حفاری و صرف هزینه و زحمت است.^۲

کار بست عقد اجاره در قرارداد بهره‌برداری معادن

در عقد اجاره ملاحظات متعددی مطرح شده است. دو ملاحظه اساسی، عین نبودن منفعت و لزوم بقای عین مستأجر در واگذاری بهره‌برداری از معدن در قالب عقد اجاره بررسی می‌شود:

الف) عین نبودن منفعت

اگر منفعت معدن را مواد معدنی بدانیم که از جنس اعیان است، محل اشکال است؛ چون اجاره، تملیک منفعت است نه تملیک عین. البته استثنائاتی نیز مطرح شده است؛ مانند اجاره زن برای شیر دادن و اجاره چاه برای آب‌کشیدن. در فرض اجاره معدن، اگر مواد معدنی به‌عنوان منفعت و خود معدن یا زمین معدنی به‌عنوان عین تلقی شود، اشکال یادشده مطرح خواهد بود.

در رفع این اشکال، دو راه حل قابل توجه است:

یکم. سید یزدی جواز اجاره گوسفند برای استفاده از شیر آن، درختان برای بهره‌برداری از میوه‌هایشان، و چاه‌ها برای آب‌کشی را پذیرفته است.^۳ ایشان همین دیدگاه را در حاشیه بر مکاسب نیز مطرح کرده و شرط لزوم «منفعت بودن» مورد اجاره به معنای مقابل «عین» را

۱. همدانی، مصباح الفقیه، ج ۱۴، ص ۲۱.

۲. طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۳، ص ۲۷۷؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۳، ص ۲۲۲؛ علامه حلی، قواعد الأحکام، ج ۲، ص ۲۷۱؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۷، ص ۳۱؛ ایضا ر.ک: علامه حلی، تحریر الأحکام، ج ۴، ص ۴۹۱؛ شهید اول، الدروس، ج ۳، ص ۶۷.

۳. یزدی، العروة الوثقی، ج ۲، ص ۶۲۰.

نپذیرفته است. به تصریح وی، معیار تحقق منفعت، عرف است؛ یعنی آنچه در نظر عرف منفعت شمرده می‌شود، هرچند از نظر واقع عین باشد، می‌تواند موضوع اجاره قرار گیرد.^۱ برخی فقیهان در این تحلیل با دیدگاه سید یزدی هم‌داستان شده‌اند.^۲ با این حال، تأکید شده است که در تشخیص منفعت، باید به آنچه در میان عقلا متعارف و مقبول است، بسنده کرد؛ از همین رو، اجاره حیوان به لحاظ تولد فرزند آن، به دلیل خروج از حدود منفعت متعارف، جایز دانسته نمی‌شود.^۳

دوم. برخی از محشیان کتاب عروه مانند آقایان اصفهانی و گلپایگانی، اجاره به نحو مذکور توسط سید یزدی را نپذیرفته‌اند؛ ولی راهکار دیگری برای صحت این اجاره ارائه می‌دهند. بدین شکل که مقصود از اجاره، انتفاع از گوسفند از طریق مصرف شیر آن، از درختان از طریق برداشت میوه و از چاه از طریق آب‌کشی باشد. این هم نوعی انتفاع از عین است؛ گرچه مستلزم اتلاف عین دیگری یعنی شیر، میوه و آب شود.^۴ محقق شاهرودی هم معتقد است راه‌حل صحیح برای حل اشکال، این است که اجاره - همان‌طور که روشن است - تملیک منافع عین یا حق انتفاع از آن است؛ یعنی دادن حق بهره‌برداری و استفاده از منافع شیء.^۵

مهم آن است که اجاره به معنای انتقال مالکیت عین نیست؛ بلکه محدود به انتقال منفعت یا حق انتفاع است. آخوند خراسانی ضمن تعریف اجاره، این نکته را یادآور می‌شود که مالکیت منفعت، لازمه غالبی این عقد است.^۶

مباحث

پژوهش‌های قضایی

تحلیل فقهی مسئولیت پرداخت خمس در بهره‌برداری استیجاری از معادن

۱. یزدی، حاشیه‌المکاسب، ج ۱، ص ۵۵.

۲. ایروانی، حاشیه‌المکاسب، ج ۱، ص ۷۲؛ امام خمینی، العروة الوثقی مع تعالیق الإمام الخميني، ص ۸۴۲ (حاشیه زده‌اند)؛ یزدی، العروة الوثقی مع التعليقات-تعليقه مكارم، ج ۲، ص ۵۲۴؛ فاضل، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - الإجارة، ص ۴۹۰؛ فاضل، العروة الوثقی مع تعليقات الفاضل، ج ۲، ص ۵۰۹؛ بهجت، وسیلة النجاة، ص ۵۴۴.

۳. قمی، مبانی منهاج الصالحین، ج ۸، ص ۴۲۹.

۴. یزدی، العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۱۰۷.

۵. همان، ص ۱۰۸.

۶. شاهرودی، کتاب الاجارة، ج ۲، ص ۲۸۰.

۷. اصفهانی، الاجارة، ص ۱۷۹.

ب) لزوم بقای عین مستأجر

در اینکه چه چیزی را می‌توان اجاره داد، چنین ضابطه‌ای مطرح شده است: «هر آنچه عاریه آن جایز باشد، اجاره آن جایز است.»^۱ و در توضیح این ضابطه گفته شده مستعار، آن چیزی است که انتفاع از آن صحیح باشد، همراه با بقای عین.^۲ بر این نکته ادعای عدم خلاف منقول و محصل، و بلکه ادعای اجماع شده است.^۳

اما در اجاره‌های مذکور در مورد گوسفند و درخت و چاه علاوه بر مشکل قبلی، اشکال اتلاف عین هم مطرح است. این اشکال در اجاره معدن که منفعت از جنس عین است نیز محل تأمل است.

برای حل این مشکل باید در نظر داشت که سید یزدی معتقد است در مثال‌های مذکور که انتفاع از آنها به اتلاف اعیان آنهاست، ضرر ندارد؛ زیرا در صدق منفعت، مدار بر عرف است و در عرف، شیر، منفعت گوسفند و میوه، منفعت درخت محسوب می‌شوند.^۴ یعنی هرچند در اجاره، انتفاع از عین مستأجره نباید باعث اتلاف آن شود، ولی در موارد مذکور، اعیانی که اتلاف می‌شوند، عرفاً منفعت هستند، نه عین مستأجر، تا اشکال وارد شود. محقق اصفهانی هم اشکال را وارد نمی‌داند؛ چون متعلق اجاره مثل گوسفند و چاه، امور مستدامی هستند. انتفاع از عین، مثل گوسفند که موجب اتلاف عین دیگر یعنی شیر به‌عنوان منفعت است، منافی حقیقت اجاره نیست.^۵

نتیجه آنکه، در صورتی که اجاره معدن به قصد تملک مواد معدنی باشد، بنا بر برخی دیدگاه‌ها، این امر مجاز دانسته شده است؛ مشروط بر آنکه مواد معدنی به‌عنوان منفعت، عرفاً برای معدن یا زمین معدنی محسوب شوند. اما اگر امکان تملک مستقیم مواد معدنی پذیرفته نشود، بر اساس دیدگاه دیگری می‌توان عقد اجاره را این‌گونه تحلیل کرد که بهره‌بردار

۱. طوسی، المیسوط فی فقه الإمامیة، ج ۳، ص ۲۲۱؛ ابن زهره، غنیه النزوع، ص ۲۸۵؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۱۴۰؛ علامه حلی، قواعد الأحكام، ج ۲، ص ۲۸۲.
 ۲. شهید ثانی، مسالك الأفهام، ج ۵، ص ۱۷۵.
 ۳. نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۲۱۳.
 ۴. یزدی، العروة الوثقی، ج ۲، ص ۶۲۰.
 ۵. همو، العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۱۰۸.

حق تصرف در معدن یا زمین معدنی را می‌یابد؛ و سپس با حیازت در معادن ظاهری و یا با احیا در معادن باطنی، به میزان استخراج یا احیای انجام‌شده، مالک مواد معدنی می‌شود. در بخش‌های آتی، حکم مسئله مورد پژوهش، بر اساس دو دیدگاه مالکیت مواد معدنی و حق انتفاع در عقد اجاره مورد بررسی قرار خواهد گرفت. بر این اساس، حکم مسئله نسبت به دیگر قراردادهای مرتبط با واگذاری بهره‌برداری از معادن نیز تا حدود زیادی روشن خواهد شد.

میزان در وجوب خمس معدن

برای اثبات وجوب خمس معدن، می‌توان به ادله ذیل تمسک نمود:

۱. اطلاق آیه خمس با تفسیر غنیمت به مطلق فایده یا از باب معنای لغوی یا تفسیر آیه با روایات. برخی اثبات خمس معدن با عموم کتاب را بر مبنای عام بودن «ما غنمتم» پذیرفته‌اند؛ حتی اگر لفظ «الغنیمه» منصرف به غنیمت جنگی باشد.^۲

۲. روایات خاص مانند صحیح زراره.^۳ زراره گوید از امام محمد باقر علیه السلام پرسیدم آیا در معادن چیزی هست؟ حضرت فرمود: هر آنچه که در زمین نهاده شده در آن خمس است و فرمود: مواد معدنی که با مالت تصفیه کرده‌ای در مازاد بر مؤونه، تحصیل خمس ثابت است. (یعنی در مواد معدن فرآوری شده که ارزش بالاتری یافته، به استثنای هزینه‌ها، خمس تعلق می‌گیرد.)

طبق باور مشهور^۴، موضوع خمس یک چیز است و آن «مطلق الفائدة» است؛ چه مقصوده باشد، چه نباشد. ولی فواید دو قسم است: فایده‌هایی که عناوین خاصه مانند غنیمت جنگی و معدن بر آن منطبق است، و فایده‌هایی که عناوین خاصه بر آن منطبق

۱. انصاری، کتاب الخمس، ص ۲۵؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۱۶، ص ۱۴.

۲. انصاری، کتاب الخمس، ص ۲۵.

۳. «از امام محمد باقر علیه السلام پرسیدم آیا در معادن چیزی هست؟ حضرت فرمود: هر آنچه که در زمین نهاده شده در آن خمس است و فرمود: مواد معدنی که با مالت تصفیه کرده‌ای در مازاد بر مؤونه تحصیل خمس ثابت است.» طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۴، ص ۱۲۲؛ عاملی، وسائل الشیعة، ج ۹، ص ۴۹. (یعنی در مواد معدن فرآوری شده که ارزش بالاتری یافته به استثنای هزینه‌ها خمس تعلق می‌گیرد.)

۴. شاهرودی، کتاب الخمس، ج ۲، ص ۳۵۸.

نیست. در قسم دوم در صورتی خمس واجب می‌شود که از مؤونه سالیانه شخص بیشتر باشد، ولی چنین شرطی در قسم نخست وجود ندارد؛ البته مؤونه اخراج و تحصیل قابل کسر است. ثمره این دو طریق در مثل جواز تأخیر خمس تا پایان سال، اعتبار افزون بر مؤونه سال و اعتبار نصاب، ظاهر می‌شود.

بین موضوع، دو قسم تباین وجود دارد و خمس بر کسی که به قصد سنگ‌های معدنی، زمین را می‌شکافد، تنها به‌عنوان فایده معدنی واجب می‌شود و عنوان قسم دوم فایده بر او منطبق نیست تا خمس دیگری واجب شود. بنابراین اگر شخصی بهره‌برداری از معدن را کسب خود قرار دهد، ادای خمس معدن کفایت می‌کند و فقهایمانند سید یزدی خمس دیگری از بابت کسب پس از اخراج مؤونه سال را بر او واجب نمی‌دانند. اکثر محشیان، بر این مطلب حاشیه نزده و ظاهراً پذیرفته‌اند.^۱ کاشف الغطا ضمن پذیرش این مطلب، می‌افزاید: اگر معدن به نصاب نرسد تا وجوب خمس از جهت معدن ثابت شود، از باب ارباح مکاسب واجب می‌شود.^۲

الف. متعلق خمس در معدن

در باره متعلق وجوب خمس معدن، فروض پرشماری قابل تصور است:

۱. خود معدن، متعلق حکم خمس است؛ گرچه مورد استخراج و اخذ واقع نشود، و از این رو اگرچه تملک و اغتنامی در کار نباشد، صرف بودنش در زمین برای حکم کافی است.
۲. معدن به اعتبار ملک شدن برای فرد، متعلق حکم خمس است؛ گرچه استخراجی حتی به صورت اخذ در کار نباشد. مانند اینکه با احیا نسبت به زمینی که معدن در آن قرار دارد، یا با یکی از اسباب نقل و تملک، ولو به صورت قهری، مالک معدن شود.
۳. معدن، زمانی متعلق حکم قرار می‌گیرد که با استخراج، از محل اصلی خود جدا شده و حالت بهره‌برداری و امکان تملک شخصی بر آن پدید آید. این فرض دو صورت دارد:
 - الف. انفصال به سبب علل طبیعی مانند زلزله و سیل.

۱. یزدی، العروة الوثقی (المحشی)، ج ۴، ص ۳۰۳. ایضاً ر.ک: یزدی، العروة الوثقی مع تعلیقات المنتظری، ج ۲، ص ۱۰۱۱.
 ۲. همان.

ب. استخراج توسط فرد عاقل و مختار صورت گیرد؛ خواه مالک معدن باشد یا نباشد. غیر مالک چه تصرفش مشروع باشد (مانند وکیل یا کسی که به اذن مالک استخراج می‌کند) و چه غیر مشروع باشد (مانند غاصب).

وجه نخست و دوم باطل، و از مساق روایات خمس معدن دور است. آنچه در برخی روایات مطرح شده، تعلق خمس بر مواد معدنی است که از زمین استخراج شده باشند. به عبارت دیگر، تعلق خمس پس از خارج کردن است و متعلق آن، مواد معدنی خواهد بود: در معتبره حسن بن محبوب از عمار بن مروان موضوع حکم خمس معدن، «ما یخرج من المعدن» قرار داده شده است:

«عمار بن مروان قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع يَقُولُ فِيمَا يُخْرِجُ مِنَ الْمَعَادِنِ وَ الْبَحْرِ وَ الْغَنِيمَةِ وَ الْحَلَالِ الْمُخْتَلِطِ بِالْحَرَامِ إِذَا لَمْ يُعْرَفْ صَاحِبُهُ وَ الْكُنُوزِ الْخُمْسُ»^۱

در سند روایت، تنها عمار بن مروان نیازمند بررسی است؛ زیرا دیگر روایان، همگی امامی و مورد وثوق هستند. علت تردید در عمار بن مروان، اشتراک نام او میان دو شخص، یعنی عمار بن مروان کلبی و عمار بن مروان یشکری است که هر یک وضعیت رجالی متفاوتی دارند. دومی ثقة، معروف و صاحب کتاب است، ولی اولی مجهول و غیر معروف است. به باور محقق خوبی در این روایت مراد، یشکری است؛ به خاطر انصراف لفظ هنگام اطلاق، به فرد مشهور و معروفی که صاحب کتاب است، نه شاذ و غیر معروف.^۲ به‌ویژه که جز این روایت، در هیچ جای دیگر، حسن بن محبوب بی‌واسطه از عمار بن مروان نقل نکرده، بلکه به‌واسطه ابی ایوب و یا علی بن رئاب و یا هشام بن سالم نقل کرده است. محقق شبیری هم روایت را معتبر دانسته و این‌گونه تعلیل می‌کند: «اگر صرف نقل حسن بن محبوب را که از اصحاب اجماع است کافی دانستیم، هر چند واسطه مجهول باشد، پس روایت معتبره می‌شود؛ و اگر هم کافی ندانستیم، باز روایت معتبره است؛ زیرا واسطه‌های [سقط‌شده] همگی ثقة‌اند. به‌علاوه، به نظر ما روایت اجلاً از یک نفر در صورتی که جرحی وارد نشده باشد و روایات هم

۱. «شنیدم امام صادق ع می‌فرمود: در آنچه از معادن و دریا استخراج می‌شود و غنیمت و مال حلالی که با حرام مخلوط شده و صاحبش شناخته‌شده نیست و گنج‌ها، خمس واجب است.» عاملی، وسائل الشیعة، ج ۹، ص ۴۹۴، ح ۱۲۵۶۶.

۲. خوبی، موسوعة الإمام الخوئی، ج ۲۵، ص ۷۲.

متعدد باشد، مثل ما نحن فيه، علامت اعتماد است. ابی ایوب، علی بن نعمان و هشام بن سالم سه تا از مشایخ مهم حدیث هستند و روایت هم متعدد است.^۱
همچنین معتبره محمد بن علی قابل استفاده است:

«و عنه عن محمد بن الحسين بن أبي الخطاب عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن محمد بن علي بن أبي عبد الله عن أبي الحسن عليه السلام قَالَ سَأَلْتُهُ عَمَّا يُخْرَجُ مِنَ الْبَحْرِ مِنَ اللَّوْلُؤِ وَالْيَاقُوتِ وَالزَّبْزَجِدِ وَعَنْ مَعَادِنِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ هَلْ عَلَيْهِ زَكَاتُهَا فَقَالَ إِذَا بَلَغَ قِيَمَتُهُ دِينَارًا فَفِيهِ الْخُمْسُ.»^۲

بحث اصلی در سند، مربوط به محمد بن علی بن ابی عبدالله است. فرد مزبور مجهول است و توثیق و مدح ندارد. بزنی و علی بن اسباط از او نقل می‌کنند^۳ و بین روایت مشهور نیست. برخی مثل محقق شبیری بر اساس شهادت شیخ طوسی در عده مبنی بر اینکه بزنی از کسانی است که «لا یروون و لا یرسلون إلا عن یوثق به»، شیخ بلاواسطه او، یعنی محمد بن علی را معتبر می‌دانند.^۴ در مقابل، برخی مثل محقق خویی این مبنا را قبول نداشته و بر اساس نکات پیش گفته، روایت را معتبر نمی‌دانند.^۵

اگرچه در روایت، تنها اخراج از دریا آمده و اخراج از معدن نیامده است، اما سیاق واحد است.^۶ افزون بر این، در صحیحہ بزنی پرسش صرفاً ناظر به میزان نصاب و جوب خمس در معدن است و اصل تعلق خمس به مواد معدنی استخراج شده، در مسئله مفروغ عنه تلقی شده است:

«أحمد بن محمد بن أبي نصر قال سألت أبا الحسن عليه السلام عَمَّا أُخْرَجَ الْمَعْدِنُ مِنْ قَلِيلٍ أَوْ

۱. شبیری، کتاب الخمس، ج ۱، ص ۷۷۴.

۲. «از امام ابوالحسن عليه السلام، نقل شده که گفت: از آن حضرت درباره آنچه از دریا خارج می‌شود، مانند مروارید، یاقوت و زمرد و نیز درباره معادن طلا و نقره پرسیدم؛ که آیا بر آن زکاتی واجب است؟ فرمود: هرگاه ارزش آن به یک دینار برسد، خمس بر آن واجب است.» طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۴، ص ۱۲، ح ۱۳؛ عاملی، وسائل الشیعة، ج ۹، ص ۴۹۳ و با اندک تفاوتی در متن (وَ الْفِضَّةُ مَا فِيهِ قَالَ) ر.ک: کلینی، الکافی، ج ۱، ص ۵۴، ح ۲۱.

۳. خویی، معجم رجال الحدیث، ج ۱۶، ص ۳۰۴.

۴. شبیری، کتاب الخمس، ج ۱، ص ۴۵۹.

۵. خویی، المستند فی شرح العروة الوثقی (الخمس)، ص ۱۱۵.

۶. محقق داماد، کتاب الخمس، ص ۶۳.

كثير هل فيه شيء قال ليس فيه شيء حتى يبلغ ما يكون في مثله الزكاة عشرين ديناراً.^۱

ب. شرطیت اخراج مواد معدنی در وجوب خمس معدن

یکی از مباحث چالش برانگیز در زمینه خمس معادن، بحث از شرطیت «اخراج» در تعلق خمس است. پرسش اصلی، آن است که آیا صرف تملک مواد معدنی خارج شده برای وجوب خمس کفایت می‌کند یا لازم است عمل استخراج به طور مستقیم و ارادی توسط مکلف انجام شود. در تأیید وجوب خمس معدن به صورت مطلق، می‌توان به اطلاقاتی همچون صحیحۀ زراره^۲، صحیحۀ محمد بن مسلم^۳ و صحیحۀ حلبی^۴ استناد کرد. در مقابل، روایات بخش پیشین، موضوع خمس را «ما یخرج من المعدن» معرفی کرده‌اند که ظاهر آن بر دخالت مستقیم فعل اخراج در تحقق موضوع خمس دلالت دارد.

برای پاسخ به این پرسش، به بررسی یکی از مسائل مطرح شده در بحث خمس معادن می‌پردازیم: اگر استخراج معدن به صورت مستقیم توسط فرد صورت نگرفته باشد، بلکه عوامل طبیعی مانند زلزله بخشی از معدن را آشکار کرده باشند یا حتی انسانی بدون قصد تملک، نظیر جاده‌سازی، سنگ‌های معدنی را از زمین بیرون ریخته باشد، آیا بر این مواد معدنی که شخصی آنها را برداشته و تملک کرده، خمس تعلق می‌گیرد یا خیر؟

در این مسئله، محقق اردبیلی احتمال اختصاص وجوب خمس به اخراج معدن را مطرح کرده و آن را تقویت می‌کند.^۵ کاشف الغطا قائل به عدم وجوب شده^۶ و برخی از متأخران مانند محقق خویی^۷ از ایشان تبعیت کرده‌اند. در مقابل، برخی فقیهان مانند شیخ انصاری^۸

۱. «از امام ابوالحسن علیه السلام درباره آنچه از معدن، اندک یا بسیار، استخراج می‌شود پرسیدم که آیا در آن چیزی واجب است؟ حضرت فرمود: چیزی بر آن واجب نیست؛ مگر آنکه به مقدار نصاب زکات برسد، یعنی بیست دینار.» عاملی، وسائل الشیعة، ج ۹، ص ۴۹۴، ح ۱۲۵۶۸.
۲. عاملی، وسائل الشیعة، ج ۹، ص ۴۹، ح ۱۲۵۶۳.
۳. همان، ح ۱۲۵۶۲.
۴. همان، ح ۱۲۵۶۴.
۵. اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۴، ص ۳۰۸.
۶. کاشف الغطا، کشف الغطاء، ص ۳۶۰.
۷. خویی، المستند فی شرح العروة الوثقی - الخمس، ص ۵۵.
۸. انصاری، کتاب الخمس، ص ۱۳۰.

مباحث

و محقق بروجردی^۱ شرطیت استخراج را منکر هستند و قائل به وجوب خمس‌اند. دیدگاه اخیر در میان فقیهان مشهور است.^۲

برای نفی خمس در چنین معادنی، استدلال‌هایی مطرح شده است:

۱. اگرچه واژه معدن در لغت به معنای محل پیدایش مواد معدنی است، اما در روایات خمس معدن، منظور از آن شیئی است که از معدن برگرفته می‌شود؛ حتی اگر با سبب غیراختیاری باشد؛ یعنی شیئی که از معدن خارج می‌شود، بدون اینکه ویژگی خاصی درباره خروج از آن محل، مدنظر باشد. با این حال، این معنا غیرظاهر است و در روایات مانند عرف و لغت به معنای همان محل است و در مواردی که خمس به آن اسناد داده می‌شود، مجاز است و به علاقه حال و محل، مراد از معدن، مواد معدنی است که از آن خارج می‌شود؛ آن هم پس از اینکه مسلم است به خود محل معدن، خمس تعلق نمی‌گیرد. پس در این اطلاق، خصوصیت اخراج و جداسازی حال (مواد معدنی) از محل (مکان معدن) لحاظ شده است. از این رو، بر ماده معدنی طلا که استخراج شده و با آن انگشتر ساخته شده، معدن اطلاق نمی‌شود و گفته نمی‌شود «این، معدن است»، بلکه گفته می‌شود: «این، شیئی مأخوذ از معدن است.»

اما در نقد این دلیل باید در نظر داشت که اطلاق معدن بر چیزی که از محل اصلی خود خارج شده، همان چیزی است که در روایات خمس موردنظر است و مستشکل نیز به آن اذعان دارد. این اطلاق مبتنی بر رابطه حال و محل به صورت شأنی است، نه فعلی؛ زیرا روشن است که ماده معدنی استخراج شده دیگر به صورت فعلی در محل خود - منبث - قرار ندارد. حال اگر اعتبار بر پایه شأنی باشد، تفاوتی ندارد که اخراج توسط انسان انجام گرفته باشد یا سیلاب؛ یا اینکه علت اخراج، اختیاری بوده باشد یا غیراختیاری؛ زیرا این رابطه شأنی در تمام حالات پابرجاست.^۳

این مسئله متفاوت است با زمانی که ماده معدنی شکل اصلی خود را تغییر داده باشد و

۱. بروجردی، رساله فی الخمس، ص ۳۵۳؛ سبزواری، مهذب الأحكام، ج ۱۱، ص ۳۹۲.

۲. شاهرودی، کتاب الخمس، ج ۱، ص ۱۵۶.

۳. همان، ص ۱۵۷.

مثلاً طلا به انگشتر تبدیل شود. در چنین مواردی، دیگر اطلاق معدن بر آن صحیح نیست؛ زیرا تغییر حالت و شکل، موجب از بین رفتن رابطه شأنی می‌شود.^۱

۲. همچنین در بعضی از روایات، واژه رکاز بر معدن اطلاق شده و حکم خمس بدان تعلق گرفته است. رکاز در لغت به معنای «شیء ثابت در زمین» است، و به چیزی که از محل اصلی خود بیرون افتاده باشد، رکاز اطلاق نمی‌شود. از سوی دیگر، در مفهوم لقب رکاز، شخص مفهوم ثابت است، هرچند علیت انحصاری و نوع مفهوم ثابت نباشد. نمی‌توان از این مفهوم، علیت انحصاری برداشت کرد که خمس تنها به رکاز اختصاص داشته و از سایر موارد مانند غوص نفی شود، ولی اصل دخالت عنوان رکاز در حکم، استفاده می‌شود. بنابراین، بر اساس این دسته از روایات نمی‌توان خمس را در مواد معدنی بیرون ریخته شده از معدن اثبات کرد.

اما مراد از رکاز، رکاز فعلی نیست؛ چون مسلماً خمس ندارد؛ بلکه مراد، رکاز شأنی است. در این صورت فرقی نمی‌کند که به سبب اختیاری خارج شده باشد یا خودش با عواملی مثل زلزله خارج شده باشد؛ چون معیار در همگی موجود است. افزون بر اینکه رکاز، قید غالبی است؛ یعنی اغلب معادن این‌گونه‌اند که مرتکز در زمین هستند و قیود غالبی، ظهور در احتراز ندارند. ناگفته نماند حتی بر فرض عدم مقید شدن اطلاق با صحیحۀ زراره - که متضمن واژه رکاز است - قید رکاز، لغو نخواهد بود؛ زیرا نسبت بین معدن و رکاز عموم و خصوص من‌وجه است. بنابراین، استدلال از اساس باطل است. نتیجۀ صحیح در این مسئله آن است که معدنی که به صورت طبیعی یا از طریق عواملی مانند سیلاب استخراج شود، تحت شمول ادله خمس قرار می‌گیرد.^۲

۳. محقق شبیری زنجانی، دو استدلال پیشین در نفی تعلق خمس به معدن را که بر اساس استعمال مجازی در واژه‌های «معدن» و «رکاز» استوار بودند، با تقریبی متفاوت و با تکیه بر مجاز در واژه «فیه» (یعنی با در نظر گرفتن مفهوم ظرفیت) بازخوانی می‌کند.^۳ نکته

۱. شهیدی پور، مباحث فی الخمس، ص ۹۰.

۲. شاهرودی، کتاب الخمس، ج ۱، ص ۱۵۸؛ شهیدی پور، مباحث فی الخمس، ص ۸۰.

۳. شبیری، دروس خارج خمس، ج ۱، ص ۶۳۶.

محوری در این دیدگاه، نقدی است که ایشان بر این مبنای تفسیری وارد می‌نمایند. در نقد این نگاه لازم است دقت شود که ایشان نقدی اساسی بر این‌گونه تقریب‌ها وارد می‌داند؛ به‌گونه‌ای که اشکال ایشان نه تنها متوجه این تقریب خاص، بلکه ناظر به تمامی استدلال‌هایی است که بر مبنای مجاز در الفاظ شکل گرفته‌اند. بدین معنا که استناد به مجاز در الفاظ نمی‌تواند مستند قابل اعتمادی برای نفی حکم شرعی خمس به‌شمار آید. مسئله اصلی آن است که تمایز میان «استخراج به‌وسیله انسان» و «خروج به‌سبب عوامل طبیعی» همچون سیل یا زلزله به‌روشنی تبیین شود؛ چراکه این نکته تمایز، در تقریر استدلال مستشکلان به‌درستی مورد توجه قرار نگرفته است. فرقی نیز میان مجاز در کلمه و مجاز در اسناد نیست؛ در هر دو صورت، همین پرسش مطرح است. ایشان می‌فرمایند در روایات، معدن به معنای لغوی به کار رفته و به مواد معدنی اطلاق نمی‌شود و از این رو در روایات، اسناد به صورت مجازی صورت گرفته است. بنابراین، خصوصیت اخراج، دخیل است. در حالی که محل بحث، روشن‌ساختن تفاوت این دو فرض در صورت اسناد مجازی است: اگر به‌وسیله شخص اخراج شده باشد، اسناد مجازی صحیح است و در غیر این صورت، نه؛ در حالی که هیچ تفاوتی میان این دو نیست. برای فرق نهادن میان این دو فرض، نیاز به مصححی است که در اینجا وجود ندارد؛ بنابراین، نفس اسناد مجازی فارق نیست و چیزی را اثبات نمی‌کند.^۱

در محل بحث، اگر فردی بدون قصد تملک، اقدام به استخراج مواد معدنی از معدن نماید و پس از آن قصد تملک کند، یا آنکه دیگری بدون قصد تملک استخراج کرده و سپس شخص ثالث قصد تملک نماید و نیز در مواردی که حیوان یا عوامل طبیعی همچون سیل و زلزله موجب خروج مواد معدنی از دل زمین شوند و فردی پس از آن، قصد تملک کرده و آن را تصرف کند، صرف نادر بودن این فرض‌ها موجب خروج این موارد از شمول اطلاقات و عمومات ادله‌ای همچون آیه خمس نمی‌شود؛ چراکه معیار شمول، تحقق عنوان موضوع در خارج است، نه کثرت وقوع.

البته قیدی ناگزیر در این میان وجود دارد و آن «خروج مواد معدنی از محل» است؛

۱. همان، ص ۶۴۱.

چراکه روشن است وجوب خمس تا پیش از خروج، تحقق نمی‌یابد. اما دلیل معتبری بر آن اقامه نشده که این خروج حتماً باید به واسطه انسان و با قصد تملک صورت گیرد.^۱ برای اثبات خمس در این دست معادن، استدلال‌ات متعددی مطرح شده است:

۱. در روایاتی که خمس به «ما یخرج من المعدن» تعلق گرفته، شمول حکم خمس بر اساس الغای خصوصیت استخراج قابل اثبات است. الغای خصوصیت مذکور بر اساس ارتکاز عرفی و متشرعی بوده و چنین توضیح داده شده است: تناسب عرفی حکم و موضوع در باب خمس اقتضا می‌کند که موضوع خمس معدن، خود معدن تملک‌شده و بهره‌برداری‌شده از طبیعت باشد؛ یعنی آنچه خداوند در زمین به‌عنوان منابعی برای بهره‌برداری بندگانش قرار داده است، بدون دخالت شرط استخراج توسط انسان. این ارتکاز عرفی و متشرعی - که با روایات خاص دال بر وجوب خمس در هر فایده و غنیمت تأیید می‌شود - انکارناپذیر است و بر ادله خمس معدن، این ظهور را القا می‌کند که موضوع، همان بهره‌برداری از معدن در طبیعت است؛ خواه از راه استخراج انسان باشد یا خروج خودبه‌خود آن از زمین؛ بلکه خروج خودبه‌خود، سود و فایده بی‌زحمت بیشتری برای مکلف دارد و بنابراین سزاوارتر به خمس است.^۲

۲. این استظهار را نیز می‌توان افزود که اگر فعلی مانند «اخراج» به صورت مجهول به کار رود، دلالت بر شمول دارد؛ به طوری که هم مواد معدنی استخراج‌شده از معدن، و هم مواد معدنی رهاشده در خارج از معدن را در بر می‌گیرد. به این معنا که در این نصوص، تأکید بر خود مواد استخراج‌شده است، نه بر شخص استخراج‌کننده. بنابراین، تفاوتی نمی‌کند که فرد بر موادی که خود استخراج کرده تسلط یابد، یا بر موادی که دیگری استخراج کرده باشد.^۳

ظاهر روایات مذکور این است که صرفاً آنچه که استخراج شده، برای تعلق خمس موضوعیت دارد نه عمل استخراج، و ذکر «اخراج» صرفاً طریقیّت به «خروج» دارد. به

۱. همان، ص ۶۴۶.

۲. شاهرودی، کتاب الخمس، ج ۱، صص ۱۵۹ و ۱۵۶.

۳. سبحانی، الخمس فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ص ۱۱۶.

عبارت دیگر، روایاتی که مشتمل بر واژه «اخراج» هستند، مفهوم ندارند که بتوانند اطلاعات دیگر نصوص را مقید سازند. بنابراین، به نظر می‌رسد که باید قول مشهور فقیهان را، که قائل به وجوب خمس در چنین مواردی هستند، پذیرفت؛ زیرا اطلاعات ادله خمس، این فرض‌ها را نیز در بر می‌گیرد و تخصیص آنها نیازمند دلیل خاص است که در اینجا وجود ندارد.^۱

ج. مکلف به ادای خمس معدن در حالات مختلف بهره‌برداری

پس از آنکه روشن شد موضوع خمس معدن، همان مواد معدنی خارج‌شده از معدن است؛ پرسش بعدی، تعیین مکلف به ادای خمس خواهد بود. بر اساس آیه خمس: «أَنْمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ»^۲ و نیز با استناد به برخی روایات مانند موثقه سماعه: «سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَنِ الْخُمْسِ فَقَالَ فِي كُلِّ مَا أَفَادَ النَّاسُ مِنْ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ»^۳ به طور کلی و اجمالی معلوم می‌شود که هر کس از فایده‌ای بهره‌مند گردد، مکلف به پرداخت خمس آن است. با این حال، برای تعیین دقیق مکلف در موارد خاص مانند بهره‌برداری از معدن و پاسخ به این پرسش که آیا مالک یا مباشر استخراج، مکلف به ادای خمس است، باید به روایات تفصیلی درباره خمس معدن و تحلیل‌های فقهی مراجعه کرد تا شخص مکلف به صورت مشخص معلوم شود.

این بخش در پی آن است تا با تبیین دقیق حالات مختلف بهره‌برداری از معدن و تحلیل فقهی هر یک، مکلف به خمس آن را معلوم کند. همچنین روشن خواهد شد که ملاک تعلق خمس، نه صرف استخراج و نه صرف مالکیت رقبه معدن است؛ بلکه تنها در صورتی که فرد، مالک مواد معدنی گردد، مکلف به پرداخت خمس خواهد بود؛ چه خود مستقیماً عملیات استخراج را انجام داده باشد، چه از طریق دیگری این عمل صورت گرفته باشد. بر همین اساس، در ادامه، سه حالت اصلی بهره‌برداری از معدن، شامل استخراج توسط مالک، استخراج غیرمجاز توسط غیرمالک، و استخراج با اذن مالک به نفع مستخرج بررسی و احکام فقهی مربوط به هر مورد تحلیل می‌شود.

۱. همان، ص ۶۴۶.

۲. سوره انفال، آیه ۴۱.

۳. کلینی، الکافی، ج ۱، ص ۵۴۵؛ عاملی، وسائل الشیعة، ج ۹، ص ۵۰۳.

حالت یکم. استخراج توسط مالک معدن: مالک معدن شخصاً عملیات استخراج را انجام می‌دهد و مواد معدنی استخراج شده ملک او به شمار می‌آید؛ از این رو، وی به‌عنوان منتفع از فایده معدنی محسوب می‌شود و بر او واجب است که خمس آن مواد معدنی را فوراً پرداخت نماید. البته در صورتی که غیرمالک استخراج می‌کند، ولی اجیر مالک است، حکم همین حالت را دارد.

حالت دوم. استخراج غیرمالک بدون اجازه مالک: اگر فردی بدون اجازه مالک معدن به استخراج مواد معدنی بپردازد، مواد معدنی همچنان متعلق به مالک است. در این صورت اگر مواد معدنی تحت ید و استیلا مالک قرار گیرد، خمس مواد معدنی بر عهده او خواهد بود؛ زیرا وی به‌عنوان کسی که فایده معدنی را به دست آورده، محسوب می‌شود. استخراج‌کننده، به دلیل اقدام غیرمجاز، حقی نسبت به مواد استخراج شده ندارد.

حالت سوم. استخراج غیرمالک با اجازه مالک به نفع مستخرج: زمانی که مالک معدن به دیگری اجازه می‌دهد تا برای خود، مواد معدنی را استخراج کند، وضعیت متفاوت است. مواد استخراج شده به استخراج‌کننده تعلق می‌گیرد و خمس معدن نیز بر عهده اوست. در این حالت، مالک معدن به‌عنوان اعطاکننده مجوز، دیگر تعهدی نسبت به خمس مواد معدنی ندارد.

این تقسیم‌بندی نشان می‌دهد که معیار اصلی در تعیین مسئولیت خمس معدن، مالکیت مواد معدنی پس از استخراج است. این مالکیت، تعیین‌کننده شخصی است که به‌عنوان مالک نهایی مواد معدنی، وظیفه پرداخت خمس را بر عهده دارد.

در حالت اول و دوم، مالک معدن همچنان مالک مواد معدنی استخراج شده است؛ بنابراین مسئولیت پرداخت خمس نیز بر عهده خودش خواهد بود. در حالت دوم، مواد معدنی توسط شخص دیگری استخراج شده، اما مالکیت آن همچنان به مالک معدن بازمی‌گردد. این دو فرض به‌روشنی بیان می‌کند که پرداخت خمس به مالکیت مواد معدنی پس از استخراج وابسته است، نه صرفاً به عمل استخراج. تحلیل این نکته چنین است:

۱. مستخرج و پرداخت خمس

استخراج‌کننده (مستخرج) تنها زمانی مکلف به پرداخت خمس است که مالک مواد

معدنی استخراج شده باشد. به عبارت دیگر، عمل استخراج به تنهایی موجب مسئولیت پرداخت خمس نمی‌شود؛ بلکه اگر مستخرج با اذن مالک اقدام به استخراج کند و مواد معدنی استخراج شده به مالکیت او درآید، خمس نیز به او تعلق می‌گیرد. اگر مستخرج تنها عامل اجرایی باشد و مواد معدنی متعلق به مالک معدن باشد، مستخرج مسئول پرداخت خمس نیست.

۲. مالک معدن و پرداخت خمس

در شرایطی که مواد معدنی استخراج شده به مالک معدن تعلق می‌گیرد (چه او خود عمل استخراج را انجام داده باشد یا شخص دیگری این کار را برای او انجام داده باشد)، مالک معدن موظف به پرداخت خمس است. این نشان می‌دهد که حتی اگر مالک معدن، عمل استخراج را انجام نداده باشد، اما مالک مواد معدنی استخراج شده می‌شود و مسئولیت پرداخت خمس بر عهده اوست.

این تحلیل نشان می‌دهد که در موضوع خمس معدن، مالکیت مواد معدنی استخراج شده معیار اصلی تعیین مسئولیت پرداخت خمس است، نه صرف انجام عمل استخراج و نه صرف مالکیت قبل از استخراج. این تمایز اهمیت دارد؛ زیرا در مواردی ممکن است شخصی استخراج کننده باشد، اما خمس به او تعلق نگیرد، یا شخصی که استخراج نکرده است (مالک معدن) موظف به پرداخت خمس شود.

در حالت سوم، مالک معدن، اجازه استخراج را به دیگری داده و مستخرج، مالک مواد معدنی استخراج شده می‌شود. در این حالت، مسئولیت پرداخت خمس نیز به مستخرج منتقل شده و دیگر بر عهده مالک معدن نخواهد بود.

این تحلیل نشان می‌دهد که ارتباط بین مالکیت و مسئولیت خمس در احکام مربوط به معدن کاملاً تعیین کننده است. عملیات استخراج، صرفاً شرط تحقق تعلق خمس است، اما پرداخت آن بستگی دارد که ملکیت مواد معدنی استخراج شده به چه کسی تعلق می‌گیرد.

۳. مکلف به خمس در اجاره معدن

در این پژوهش، فرض بهره‌برداری از معدن به واسطه عقد اجاره، مبنای تحلیل فقهی در

زمینه تعلق خمس قرار گرفته است. بر این اساس، با توجه به دو دیدگاه فقهی درباره ماهیت اجاره معدن، مسئله تعیین مکلف به ادای خمس پیگیری می‌شود.

طبق یک دیدگاه، هرچند مستأجر با عقد اجاره، مالک رقبه معدن نمی‌شود، اما مالک مواد معدنی به مقدار تعیین شده در قرارداد می‌شود که البته پیش از استخراج است. به تبع، حق استخراج مواد مذکور را داراست و پس از استخراج، مکلف به ادای خمس است. پیش از استخراج، اگرچه مالک مواد معدنی است، ولی خمس معدن تعلق نمی‌گیرد؛ بلکه خمس به تحقق استخراج مواد معدنی و مالکیت پس از استخراج وابسته است. این وضعیت از نظر فقهی مشابه حالت نخست است که پیش‌تر بررسی شد.

بر اساس دیدگاه دیگر، مستأجر صرفاً حق استخراج از معدن را برای مدت معینی تحصیل می‌کند، بی‌آنکه پیش از انجام عملیات استخراج، مالکیتی نسبت به مواد معدنی درون زمین پیدا کند. مستأجر پس از استخراج، مالک مواد معدنی می‌شود و در نتیجه مکلف به پرداخت خمس همان مواد معدنی استخراج شده است. در این فرض نیز معیار اصلی برای تعلق خمس، تحقق مالکیت بالفعل بر مواد معدنی خارج شده است، نه صرفاً دارا بودن حق بهره‌برداری. این وضعیت مصداقی از حالت پیش‌گفته سوم است.

نتیجه این دو تحلیل فقهی نشان می‌دهد که اگرچه در تبیین ماهیت عقد اجاره و نحوه انتقال مالکیت مواد معدنی تفاوت‌هایی وجود دارد، در نهایت مستأجر به‌عنوان بهره‌بردار مجاز، عملیات استخراج را انجام داده و مالک و منتفع از مواد معدنی شده است؛ بنابراین مستأجر، مکلف به ادای خمس است.

نکته مهم دیگر آنکه پیش از استخراج، صرف مالکیت قراردادی مستأجر بر مواد معدنی یا داشتن حق بهره‌برداری، موجب تعلق خمس معدن نمی‌شود. با این حال، اگر معدن یا حقوق مرتبط با بهره‌برداری از آن در حکم یک سرمایه یا منبع درآمد اقتصادی شمرده شود، ارزش اقتصادی خود معدن یا درآمد ناشی از اجاره یا حتی منافع مستأجر از محل افزایش ارزش حق بهره‌برداری، می‌تواند تحت شمول خمس ارباح مکاسب قرار گیرد.

اکنون که مشخص شد خمس معدن بر عهده چه کسی است، یادآوری این نکته خالی از فایده نیست: اجاره‌بها که مستأجر به موجر می‌پردازد، جزو هزینه‌های تحصیل منفعت معدنی

مباحثات

پژوهش‌های فقهی

تحلیل فقهی مسئولیت پرداخت خمس در بهره‌برداری استیجاری از معدن

محسوب می‌شود و پیش از محاسبه و پرداخت خمس توسط مستأجر، قابل کسر است.

۴. نتایج کاربردی

برای مالکان معادن: در صورت واگذاری بهره‌برداری به مستأجر، مسئولیت خمس از عهده آنان ساقط می‌شود؛ مگر در مواردی که مستأجر به‌عنوان اجیر عمل کند. برای مستأجران: با استخراج مواد معدنی و تملک آنها، باید خمس را فوراً پرداخت کنند. هزینه‌های استخراج از جمله اجاره‌بها قابل کسر پیش از تخمیس است. برای نظام مالی اسلامی: تفکیک دقیق موارد تعلق خمس معدن از دیگر منابع درآمدی، به شفافیت مالی و اجرای عدالت اقتصادی کمک می‌کند. مثلاً شرکتی دارای دو فعالیت استخراج مس از معدن (مشمول خمس معدن) و فروش محصولات ساخته‌شده از مس (مشمول خمس ارباح مکاسب) است. عدم تفکیک، منجر به محاسبه تمام درآمدها تحت عنوان «خمس تجارت» و تأخیر در پرداخت خمس معدن و کاهش سهم مستحقان واقعی می‌شود. وقتی درآمد معدن با درآمدهای دیگر مخلوط شود، ممکن است هزینه‌های غیرمرتبط، مثل هزینه‌های بازاریابی محصولات فرآوری‌شده، از کل درآمد کسر شود، در حالی که در خمس معدن، تنها هزینه‌های استخراج قابل کسر است. اما تفکیک صحیح باعث می‌شود درآمد استخراج، بلافاصله پس از فروش مواد خام، خمس آن پرداخت شود. درآمد فروش محصولات هم در پایان سال مالی محاسبه می‌شود.

ماجرای
پژوهش‌های علمی

سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۴

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

در این پژوهش، یکی از فروض اساسی در مسئله خمس معادن، یعنی فرض واگذاری بهره‌برداری از معدن از راه عقد اجاره، مورد تحلیل و بررسی قرار گرفت و نکات زیر به دست آمد:

۱. اشکال اصلی آن است که منفعت مورد اجاره، از جنس عین است؛ زیرا مقصود از اجاره، تملیک منفعت است، نه تملیک عین. هدف اساسی از اجاره معدن، بهره‌برداری از آن و تملک مواد معدنی استخراج‌شده است. برابر برخی دیدگاه‌ها که منفعت را امری عرفی می‌دانند، حتی اگر متضمن عین باشد، چنین اجاره‌ای مشروعیت دارد. اگر این دیدگاه پذیرفته

نشود و امکان تملک مستقیم مواد معدنی پیش از استخراج منتفی دانسته شود، بر اساس نظر دیگری می‌توان تحلیل کرد که بهره‌بردار با انعقاد عقد اجاره، صرفاً حق تصرف در معدن یا زمین معدنی را به دست می‌آورد؛ سپس با حیازت در معادن ظاهری یا احیا در معادن باطنی و به میزان عمل استخراج یا احیای انجام‌شده، مالک مواد معدنی خارج‌شده می‌شود.

۲. موضوع خمس معدن، خود مواد معدنی خارج‌شده از معدن است؛ به‌گونه‌ای که صرف عمل استخراج، مالکیت رقبه معدن یا مالکیت مواد معدنی پیش از استخراج، منشأ تعلق خمس نمی‌گردد. تعبیر «إخراج» در برخی روایات، برای «خروج» طریقت دارد، و نمی‌توان از آن دلالت مفهومی گرفت که اطلاعات دیگر نصوص را مقید کند. بنابراین، تنها آنچه بالفعل از معدن استخراج و خارج می‌شود، مشمول خمس خواهد بود.

۳. بر اساس عمومات آیه خمس و مستندات هم‌چون موثقه سماعه، هر کسی که از فایده‌ای بهره‌مند می‌شود، مکلف به پرداخت خمس آن است. اما برای تعیین دقیق مکلف در موارد معینی مانند بهره‌برداری از معدن و پاسخ به این پرسش که آیا مالک یا مباشر استخراج، مکلف به ادای خمس است، باید به روایات اختصاصی خمس معدن و تحلیل‌های فقهی مراجعه شود. در نهایت، شخصی مکلف به پرداخت خمس خواهد بود که مواد معدنی خارج‌شده در اختیار او قرار گرفته و تحت استیلا و تسلط وی است. بنابراین کسی که پس از استخراج، مالکیت و تسلط مواد معدنی را به دست می‌آورد، همان فردی است که به پرداخت خمس معدن مکلف خواهد بود.

۴. طبق تحلیل‌های مختلف فقهی اجاره معدن، مستأجر به‌عنوان بهره‌بردار مجاز، عملیات استخراج را انجام داده و مالک و بهره‌مند از مواد معدنی حاصل از آن شده است؛ از این رو، پرداخت خمس بر عهده او خواهد بود.

۵. با تکیه بر این تحقیق می‌توان در تحقیقات آینده بر محورهای زیر تمرکز نمود:

- مطالعه مقایسه‌ای خمس معدن با دیگر مصادیق خمس نظیر غوص و کنز به منظور

ارائه چارچوبی یکپارچه در نظام مالی اسلامی.

- تحلیل تأثیر قراردادهای مدرن معدن‌کاری مانند مشارکت در سود یا سرمایه‌گذاری

مشترک بر احکام خمس.

منابع و مآخذ

* قرآن کریم.

۱. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۰۳ق.
۲. اصفهانی، محمد حسین، الإجارة، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۲، ۱۴۰۹ق.
۳. انصاری، مرتضی، کتاب الخمس، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چ ۱، ۱۴۱۵ق.
۴. ایروانی، علی بن عبد الحسین نجفی، حاشیة المکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چ ۱، ۱۴۰۶ق.
۵. بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۰۵ق.
۶. بروجردی، آقا حسین، رساله في الخمس، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، چ ۱، ۱۴۲۳ق.
۷. تبریزی، جواد بن علی، منهاج الصالحین، قم: مجمع الإمام المهدي علیه السلام، چ ۱، ۱۴۲۶ق.
۸. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، بیروت: دار العلم للملایین، چ ۱، ۱۴۱۰ق.
۹. حائری یزدی، مرتضی، کتاب الخمس، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۸ق.
۱۰. حکیم، محسن، مستمسک العروة الوثقی، قم: مؤسسه دار التفسیر، چ ۱، ۱۴۱۶ق.
۱۱. حلّی، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چ ۲، ۱۴۰۸ق.
۱۲. حلّی، حسن بن یوسف، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۰ق.
۱۳. _____، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثة)، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چ ۱، ۱۴۲۰ق.
۱۴. _____، تذكرة الفقهاء (ط - القديمة)، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، چ ۱، ۱۳۸۸ق.
۱۵. _____، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۳ق.
۱۶. حلّی، محمد بن حسن، إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چ ۱، ۱۳۸۷ق.
۱۷. خراسانی، حسین، وحید، منهاج الصالحین، قم: مدرسه امام باقر علیه السلام، چ ۵، ۱۴۲۸ق.
۱۸. خوبی، ابو القاسم، موسوی، معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال، [بی نا]، [بی تا].
۱۹. _____، موسوعة الإمام الخوئي، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، چ ۱، ۱۴۱۸ق.
۲۰. _____، المستند في شرح العروة الوثقی، [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].
۲۱. روحانی، صادق، منهاج الفقاهة، قم: انوار الهدی، چ ۵، ۱۴۲۹ق.
۲۲. سبحانی، جعفر، الخمس في الشريعة الإسلامية الغراء، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چ ۱، ۱۴۲۰ق.

ما اجتهاد
پژوهشهای فقهی

سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۴

۲۳. شاهرودى، محمود هاشمى، كتاب الخمس، قم: مؤسسة دائرة المعارف فقه اسلامى بر مذهب اهل بيت عليه السلام، ج ۲، ۱۴۲۵ق.
۲۴. شيرى زنجانى، موسى، دروس خارج فقه خمس، قم: مركز فقهى امام محمد باقر عليه السلام، ۱۳۷۵ش.
۲۵. شهيدى پور، محمد تقى، درس خارج اصول، [بى جا]: [بى نا]، ۱۳۹۸ش.
۲۶. صدر، محمد باقر، اقتصادنا، قم: دفتر تبليغات اسلامى - شعبه خراسان، ج ۱، ۱۴۱۷ق.
۲۷. طوسى، شيخ طوسى، محمد بن حسن، المبسوط في فقه الإمامية، تهران: المكتبة المرتضوية، ج ۳، ۱۳۸۷ق.
۲۸. عاملى، حرّ، محمد بن حسن، وسائل الشيعة، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، ج ۱، ۱۴۰۹ق.
۲۹. عاملى، شهيد اول، محمد بن مكى، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، قم: دفتر انتشارات اسلامى، ج ۲، ۱۴۱۷ق.
۳۰. _____، اللمعة دمشقية في فقه الإمامية، بيروت: دار التراث، ج ۱، ۱۴۱۰ق.
۳۱. عاملى، شهيد ثانى، زين الدين، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ج ۱، ۱۴۱۳ق.
۳۲. عراقى، آقا ضياء الدين، شرح تبصرة المتعلمين، قم: دفتر انتشارات اسلامى، ج ۱، ۱۴۱۴ق.
۳۳. فراهيدى، خليل بن احمد، كتاب العين، قم: نشر هجرت، ج ۲، ۱۴۱۰ق.
۳۴. قمى، تقى طباطبايى، مباني منهاج الصالحين، قم: منشورات قلم الشرق، ج ۱، ۱۴۲۶ق.
۳۵. قمى، صادق حسيني روحانى، منهاج الصالحين، [بى جا]: [بى نا]، [بى تا].
۳۶. كاشف الغطاء، جعفر، كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء، اصفهان: انتشارات مهدوى، ج ۱، [بى تا].
۳۷. كركى، محقق كركى، على بن حسين، جامع المقاصد في شرح القواعد، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، ج ۲، ۱۴۱۴ق.
۳۸. كلينى، ابو جعفر، محمد بن يعقوب، الكافي (ط - الإسلامية)، تهران: دار الكتب الإسلامية، ج ۴، ۱۴۰۷ق.
۳۹. گيلانى، فومنى، محمد تقى بهجت، وسيلة النجاة، قم: انتشارات شفق، ج ۲، ۱۴۲۳ق.
۴۰. لنكرانى، محمد فاضل موحدى، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - الإجارة، قم: مركز فقهى ائمة اطهار عليه السلام، ج ۱، ۱۴۲۴ق.
۴۱. _____، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - الخمس و الأنفال، قم: مركز فقهى ائمة اطهار عليه السلام، ج ۱، ۱۴۲۳ق.
۴۲. محقق داماد، محمد، كتاب الخمس، قم: دار الإسراء للنشر، ج ۱، ۱۴۱۸ق.

۴۳. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت-لبنان: دار إحياء التراث العربی، چ ۷، ۱۴۰۴ق.
۴۴. همدانی، آقارضا، مصباح الفقیه، قم: مؤسسه الجعفریة لإحياء التراث و مؤسسه النشر الإسلامی، چ ۱، ۱۴۱۶ق.
۴۵. یزدی، محمد کاظم طباطبائی، العروة الوثقی مع التعليقات، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، چ ۱، ۱۴۲۸ق.
۴۶. _____، العروة الوثقی مع تعالیق الإمام الخمینی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چ ۱، ۱۴۲۲ق.
۴۷. _____، العروة الوثقی مع تعليقات الفاضل، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)، چ ۱، [بی تا].
۴۸. _____، العروة الوثقی مع تعليقات المنتظری، [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].
۴۹. _____، العروة الوثقی (المحشی)، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۹ق.
۵۰. _____، حاشیة المكاسب، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چ ۲، ۱۴۲۱ق.

الفهرس

- ٥ الدّراسة الفقهيّة لنشر الحرمة الرّضاعيّة للحليب التّاج عن التّلقيح الصّناعي
محمد محمدي القائي، مهدي زارعي
- ٢٩ مراجعة في تحليل الصّمانات المصرفيّة في إطار ضمان العهدة والجعالة
غلامرضا الأحسني الآراني
- ٦٧ دور الخطأ في الهدف والهويّة في تحديد ماهيّة القتل من منظور الفقه الإمامي
مع دراسة نقدية للمادّتين ٢٩٢ و ٢٩٤ من قانون العقوبات الإسلامي
السيد محمدحسن نصراللهي
- ٩١ الردّ على إشكاليّات روايات نجاسة الكلب في مراجعة كتاب «سگ در متون و فرهنگ اسلامي»
محمدجواد رجبزاده
- ١١٩ تحليل الإلزامات التّوعيّة والكميّة للظّن المؤدّي إلى اللّوث من منظور الفقه والقانون
حسن الرضائي الصرمي
- ١٤٣ تحليل فقهي لمسؤوليّة دفع الخمس في استغلال المناجم المؤجّرة
محمد القدسي

تاجتهد

پرومهمه های فقهی

مجلة نصف سنوية محكمة

السنة التاسعة - العدد ١٧ - الربيع و الصيف ١٤٤٧

صاحب البرائة: السيد علي الشبيري.

المدير العام: السيد علي الشبيري.

رئيس التحرير: أبو القاسم المقيمي الحاجي.

المدير التنفيذي: علي أكبر الدهقاني الأشكذري.

هيئة التحرير: محمد القائي، محمد العندليب، السيد محمد الشبيري، أبو القاسم

المقيمي الحاجي، قدير علي الشمس، السيد محمد جواد الشبيري، علي الفاضلي

الهيديجي، خالد الغفوري الحسني، مجتبي الأعرافي.

العنوان: قم المقدسة، شارع المعلم، الزقاق ٢١، الرقم ٣١١، مدرسة الإمام محمد

الباقر عليه السلام الفقهية، الطابق الثاني، الرمز البريدي ٣٧١٥٧٩٩٣٤٨.

الموقع على الإنترنت: taejtehad.mfeb.ir

البريد الإلكتروني: taejtehad@mfeb.ir