

فقه اهل بیت

سال هفدهم زمستان ۱۳۸۹ ۶۸

- صاحب امتیاز و مدیر مسئول: سید محمود هاشمی شاهرودی
- سردبیر: عبدالرضا ایزدپناه
- هیئت تحریریه: عبدالرضا ایزدپناه، سیدمرتضی نقوی، محمد زروندی رحمانی، سیدعباس صالحی، احمد مبلفی، رضا مختاری، محمدحسن نجفی
- مدیر داخلی: سید شهاب لاجوردی
- همکاران مترجم در این شماره: مسعود امامی، امیر حسین مافی فروتن

.....
فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت (ع) از طریق سایت های ذیل به صورت تمام متن قابل دسترسی است:

www.islamicfeqh.com

www.SID.ir

www.magiran.com

www.noormags.com

.....
نشانی:

قم، صندوق پستی ۵۵۹ / ۳۷۱۸۵
تلفن امور مشترکین: ۰۲۵۱-۷۷۴۵۶۰۸
نمایر: ۰۲۵۱-۷۷۴۴۹۶۳
همراه: ۰۹۱۲۲۵۲۰۷۹۶

حوزه پژوهشی مجله:

- مسائل مستحدثه فقهی؛ تبیین اجتهادی مسائل جدید.
- موضوع شناسی فقهی؛ شناسایی و تحلیل موضوعات جدید و طرح آنها در محافل فقهی برای بسترسازی ذهنی فقه پژوهان و پرداختن به موضوعات جدید.
- طرح دیدگاههای نو در دانش اصول و دیگر علوم مرتبط با فقه.
- مطالعه تطبیقی مکتب فقهی اهل بیت (ع) با دیگر مذاهب و مکاتب فقهی.
- مطالعه تطبیقی ساختارها و دیدگاههای حقوقی، اقتصادی، سیاسی و اجتماعی فقه با دانشهای مشابه.
- تاریخ فقه و فقها و مکاتب فقهی.
- اطلاع رسانی در حوزه پژوهشهای فقهی، مراکز و مؤسسات فقهی، نرم افزارهای فقهی و ...

.....

یادآوری:

- مجله در حوزه مسائل مستحدثه، از مقالات اجتهادی فقها و در سایر حوزه ها، از مقالات فضیلاي حوزه و دانشگاه در صورت برخورداری از موازین علمی و پژوهشی، استقبال می کند.
- مجله در ویرایش و تلخیص نوشته ها آزاد است.
- مسئولیت مقالات برعهده نویسندگان است.
- نقل مطالب فصلنامه با ذکر مأخذ، مجاز است.
- مقالات ارسالی بازپس فرستاده نمی شود.

.....

راهنمای تهیه و پذیرش مقالات:

۱. درج نام و نام خانوادگی، میزان تحصیلات، رتبه علمی، نشانی، پست الکترونیکی و شماره تلفن نویسنده، ضروری است. (مقاله ارسالی در صورت تأیید یا عدم تأیید، مسترد نمی شود).

۲. مقالات به صورت تاپ شده همراه با لوح فشرده (CD) آن ارسال و یا به پست الکترونیکی مجله ارسال شود.

۳. مقاله ارسالی نباید در هیچ نشریه داخلی و خارجی چاپ و یا همزمان به مجله دیگری ارسال شده باشد.

۴. مقاله باید به لحاظ نوآوری و انسجام منطقی و قوت استدلال و شیوه نگارش و ارجاع به منابع دست اول، نصاب علمی لازم را در سطح مقالات منتشر شده در مجله فقه اهل بیت (ع) داشته باشد و با ساختار زیر ارائه شود:

۱-۴- عنوان، گویا و متناسب با محتوای مقاله.

۲-۴- چکیده بحث در حداکثر ۲۵۰ کلمه.

۳-۴- کلید واژه ها بین ۳ تا ۷ کلمه به منظور تسهیل در جستجوی الکترونیکی.

۴-۴- متن اصلی مقاله که متضمن تحلیل مستند و مستدل موضوع مقاله است.

۵-۴- نتیجه.

۶-۴- کتاب شناسی الفبایی با ترتیب ذیل:

نام مشهور نویسنده، نام اصلی نویسنده، نام کتاب، جلد، شهر محل چاپ، ناشر، نوبت چاپ و سال انتشار.

در مورد مقالات به جای نام و مشخصات کتاب باید عنوان کامل مقاله و نام نشریه و شماره و سال آن درج شود.

۵-ارجاعات و توضیحات و عبارات لاتین در پاورقی آورده شود.

.....

شیوه بررسی و چاپ مقالات:

۱. مقالات رسیده، نخست توسط سردبیر بررسی می شوند و در صورت تناسب با موضوع فصلنامه برای ارزیابی به هیئت تحریریه ارسال می شوند.

۲. هیئت تحریریه در رد یا قبول و نیز اصلاح مقالات آزاد است.

۳. مسئولیت مطالب مندرج در هر مقاله بر عهده نویسنده است.

۴. حق چاپ پس از پذیرش برای فصلنامه محفوظ است.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



فهرست مطالب

احتکار.....	آیت الله سیدکاظم حسینی حائری / ۵
ولی امر و مالکیت اموال عمومی (۳).....	آیت الله محمد مؤمن قمی / ۲۹
بررسی فقهی - حقوقی بخشی از احکام ارث در حوادث رانندگی.....	عبدالله خدابخشی / ۷۳
پردازشی به مرگ مغزی از نگاه فقه و حقوق.....	حمید ستوده / ۱۳۲
بررسی های فقهی قابل طرح در تجارت الکترونیک.....	حسین حلیان / ۱۵۲
نگاهی دوباره به «تحریر المجلة».....	سیدمحمد مهدی رفیع پور / ۱۹۶
چکیده عربی مقالات.....	/ ۲۲۲
چکیده انگلیسی مقالات.....	/ ۲۲۷

احتکار

○ سید کاظم حسینی حائری

چکیده

در این نوشتار پس از تعریف احتکار به بررسی مسائل مختلف مربوط به آن، مانند حکم تکلیفی احتکار، مقصود از کالای مورد احتکار، حد زمانی نگه داری کالا، احکام ثانوی احتکار، اجبار محتکر به فروش کالای خود و جواز قیمت گذاری کالا از سوی حاکم پرداخته شده است. نویسنده ضمن طرح این موضوعات به بررسی سند و دلالت روایات مربوط به احتکار نیز پرداخته است.

کلید واژگان: احتکار، قیمت گذاری، عهد نامه مالک اشتر.

تعریف و حکم احتکار

شیخ انصاری می گوید:

احتکار طعام چنان که در صحاح و مصباح آمده است عبارت است از جمع آوری و نگه داری طعام تا بالا رفتن قیمت آن. هیچ اختلافی در ناپسند بودن این عمل نیست، اما در حرمت آن اختلاف است. در کتاب های مبسوط، مقنعه، کافی حلی، شرایع و مختلف، فتوا به کراهت آمده است و در کتاب های شیخ صدوق، استبصار، سرائر، تذکره، تحریر، ایضاح، دروس، جامع المقاصد، روضه و مهذب قاضی ابن براج قول به تحریم وجود دارد. در کتاب های تنقیح و میسبه قول به تحریم تقویت شده است و به نظر من نیز این قول به شرط این که کسی نباشد که به اندازه کافی بذل طعام کند، قوی تر است.^۱

آیت الله خوئی قول به حرمت را به مشهور نسبت داده است.^۲

دلایل حرمت احتکار

مهم ترین دلیل بر حرمت احتکار روایت صحیح سالم حنّاط است. او می گوید: امام صادق(ع) از من پرسید: شغلت چیست؟ گفتم: گندم می فروشم، گاهی بازار پر رونق و گاهی کساد است، در کساد بازار کالایم را نگه می دارم و نمی فروشم. امام(ع) فرمود: در این صورت مردم در باره تو چه می گویند؟ گفتم: می گویند: محتکر است. امام(ع) پرسید: آیا کس دیگری هست که گندم بفروشد؟ گفتم: من به اندازه یک هزارم بازار می فروشم. امام صادق(ع) فرمود:

لَا بَأْسَ إِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ رَجُلٌ مِنْ قُرَيْشٍ يُقَالُ لَهُ: حَكِيمٌ بِنُ حِرْزَامٍ وَكَانَ إِذَا دَخَلَ

۱. کتاب المکاسب، ج ۴، ص ۳۶۳.

۲. موسوعة الامام الخوئي، ج ۳۷، ص ۵۰۹.

الطَّعَامُ الْمَدِينَةَ اشْتَرَاهُ كُلُّهُ فَمَرَّ عَلَيْهِ النَّبِيُّ (ص) فَقَالَ: يَا حَكِيمُ بْنُ حِزَامٍ إِيَّاكَ أَنْ تَحْتَكِرَ؛^۳

عیبی ندارد، مردی در قریش بود که به آن حکیم بن حزام می گفتند، هرگاه گندم وارد شهر می شد او همه آن را می خرید. پیامبر (ص) بر او گذشت و فرمود: ای حکیم بن حزام پرهیز از اینکه احتکار کنی.

عبارت «إِيَّاكَ أَنْ تَحْتَكِرَ» دلالت روشنی بر حرمت دارد.

سید رضی در نهج البلاغه از امیرالمؤمنین (ع) در نامه اش به مالک اشتر نقل

می کند که فرمود:

فَمَنْعُ مِنَ الْاِحْتِكَارِ فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ مَنَعَ مِنْهُ، وَلَيْكُنِ الْبَيْعُ بِيَعًا سَمْحًا بِمَوَازِينٍ عَدْلٍ وَأَسْعَارٍ [وَأَسْعَاءُ] لَا تُجْحِفُ [لَا يَجْحَفُ] بِالْفَرِيقَيْنِ مِنَ الْبَائِعِ وَالْمُبْتَاعِ، فَمَنْ قَارَفَ حُكْرَةً بَعْدَ نَهْيِكَ إِيَّاهُ فَتَكَلَّلْ [بِهِ] وَعَاقِبْ [عَاقِبَهُ] فِي غَيْرِ إِسْرَافٍ؛^۴

از احتکار جلوگیری کن، همانا رسول خدا (ص) از آن جلوگیری می کرد. معامله بیع باید معامله ای آسان و بر اساس موازین عدالت و نرخی باشد که به دو طرف معامله، یعنی فروشنده و خریدار اجحاف نشود. پس هرکس بعد از فرمان تو به ممنوعیت احتکار، اقدام به آن نمود او را بدون آن که زیاده روی کنی مجازات کن.

ظاهر جمله «فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ مَنَعَ مِنْهُ»؛ دلالت بر حرمت

دارد. این روایت را سید رضی به گونه مرسل نقل کرده است، ولی شیخ طوسی سندی برای نامه امام (ع) به مالک اشتر نقل می کند که ممکن است بر اساس آن، روایت صحیح باشد. شیخ طوسی می گوید: «خبر داد ما را به عهد نامه امیر

۳. وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۴۲۸، ح ۳.

۴. نهج البلاغه، ص ۳۷۷، وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۴۲۷، ح ۱۳.

المؤمنین(ع) به مالک اشتر، ابن ابی جید از محمد بن حسن [یعنی ابن ولید] از حمیری [یعنی عبد الله بن جعفر حمیری] از هارون بن مسلم و حسن بن ظریف از حسین بن علوان کلبی از سعد بن ظریف از اصیغ بن نباته از امیر المؤمنین(ع)^۵.

در این سند ممکن است اشکالات متعددی وارد شود که عبارت است از:

۱. اشکال در وثاقت حسین بن علوان کلبی؛ زیرا دلیلی بر وثاقت او جز آنچه

نجاشی در باره او گفته است، وجود ندارد. نجاشی می گوید:

حسین بن علوان کلبی مولای قبیله بنی کلب، اهل کوفه و عامی مذهب

است، برادرش حسن نام دارد و کنیه او ابا محمد می باشد. او ثقه است و

هر دو از امام صادق(ع) روایت کرده اند. حسن کتابی ندارد و به ما نزدیک تر

و سزاوارتر است.^۶

اگر در این نقل، توصیف به وثاقت، به حسن، بازگردد نه حسین، در این

صورت هیچ دلیلی بر وثاقت حسین بن علوان وجود نخواهد داشت.

می توان با استناد به دو قرینه از این اشکال جواب داد: نخست آنکه توصیف به

وثاقت در شرح حال حسین آمده است پس مناسب است که مربوط به حسین باشد.

دوم آنکه توصیف حسن در عبارت پایانی آمده که «حسن به ما نزدیک تر و سزاوارتر

است» پس توصیف به وثاقت مربوط به حسین خواهد بود.

۲. وثاقت سعد بن ظریف نیز دچار اشکال است؛ زیرا هر چند شیخ طوسی

او را «صحیح الحدیث» توصیف کرده است^۷، اما نجاشی در باره او می گوید: «او

شناخته شده و مورد انکار است»^۸. با تعارض این دو نقل و تساقط آنها، دلیلی بر

۵. الفهرست، ص ۸۵؛ معجم رجال الحدیث، ج ۴، ص ۱۳۲.

۶. رجال النجاشی، ص ۵۲.

۷. رجال الطوسی، ص ۱۱۵.

۸. رجال النجاشی، ص ۱۷۸.

وثاقت او نخواهد بود.

آیت الله خوئی سخن نجاشی را این گونه تفسیر می کند که حدیث او گاهی معروف و گاهی غریب است به گونه ای که عقول عادی و متعارف آن را نمی پذیرد و این منافاتی با وثاقت ندارد.^۹

به نظر ما این تفسیر از سخن نجاشی واضح نیست و می توان تفسیر دیگری از آن ارائه کرد و آن این است که این شخص را بعضی به وثاقت می شناسند و نزد بعضی دیگر مجهول است. به هر صورت می توان از این اشکال رهایی یافت، چه فرض کنیم که کلام نجاشی مجمل است یا شک در معنای سخن او داشته باشیم یا سخن نجاشی را شهادت بر ضعف سعد ندانیم، در هر صورت شهادت شیخ به صحت روایت او بر ما حجت است.

به علاوه سعد بن طریف از جمله کسانی است که ابن ابی عمیر از او روایت کرده است.^{۱۰}

۳. هیچ دلیلی بر توثیق ابن ابی جید که در آغاز سند شیخ طوسی آمده است، وجود ندارد مگر اینکه او استاد نجاشی است. البته آیت الله خوئی بر این باور است که همه مشایخ نجاشی ثقه هستند،^{۱۱} ولی ما این مبنا را قبول نداریم. می توان از این اشکال نیز رهایی یافت؛ زیرا شیخ طوسی سند معتبری به همه کتاب ها و روایات محمد بن حسن بن ولید دارد. او در فهرست می گوید: «جماعتی

۹. معجم رجال الحدیث، ج ۸، ص ۶۹.

۱۰. الفروع من الکافی، ج ۳، ص ۱۶۴، ح ۲. کشی در باره ابن ابی عمیر گفته است که اصحاب امامیه اجماع بر این دارند که هر کس را که ابن ابی عمیر از او نقل حدیث کند و در باره او تصریح به ضعف نشده باشد روایت او صحیح است (ر. ک: اختیار معرفة الرجال، ج ۱، ص ۲۰۵). بسیاری از فقها به استناد این سخن کشی همه کسانی را که ابن ابی عمیر از آنها نقل حدیث کرده است ثقه می دانند.

۱۱. معجم رجال الحدیث، ج ۱، ص ۵۰.

به ما خبر دادند از کتاب های ابن ولید از ابی جعفر بن بابویه از ابن ولید. ^{۱۲}
 اگر چه ما جماعتی را که شیخ در این عبارت از آنها یاد کرده نمی شناسیم،
 ولی این احتمال متفی است که جماعتی از مشایخ شیخ طوسی توافق بر کذب در
 نقل آثار ابن ولید کرده باشند.

همچنین می توان از این اشکال به گونه ای دیگر خلاصی یافت و آن این است
 که شیخ طوسی سندی معتبر به همه کتب و روایات عبدالله بن جعفر حمیری دارد.
 او می گوید: «شیخ مفید همه کتب و روایات عبدالله بن جعفر حمیری از ابو جعفر
 بن بابویه از پدرش از محمد بن حسن از او را برای ما نقل کرده است». ^{۱۳} اگر
 بپذیریم که اطلاق عبارت «روایات او» شامل روایات شفاهی رسیده به شیخ نیز
 می شود، در این صورت هر دو سند شیخ در کتاب فهرست به ابن ولید و عبدالله بن
 جعفر شامل عهد نامه امام علی (ع) خواهد بود.

اما نمی توان اطمینان به این اطلاق داشت؛ زیرا به دو دلیل، عبارت «روایات
 او» شامل روایات شفاهی نمی شود و مختص کتاب هاست:

نخست آنکه روایات شفاهی را غالباً نمی توان با یک سند به دست آورد. دوم
 آنکه با تتبع در کتاب فهرست شیخ، این نکته روشن می شود که عطف «روایات» به
 «کتب» در فهرست شیخ تنها نسبت به راویان متأخر که مشایخ اجازه می باشند دیده
 می شود؛ مانند احمد بن محمد بن عیسی و کسانی که در طبقه او یا در طبقات بعد
 از او هستند و شیخ طوسی نسبت به راویان طبقات متقدم مثل زراره و مانند او که در
 زمره مشایخ اجازه کتب نبوده اند فقط سند واحد به کتاب های آنها را ذکر می کند،
 نه به روایاتشان و این گویای آن است که کلمه «روایات» در عبارات شیخ به روایات
 کتب انصراف دارد.

۱۲. الفهرست، ص ۲۳۷.

۱۳. همان، ص ۱۶۸؛ رجال النجاشی، ص ۲۳۵.

به نظر ما حل اشکال، منحصر در این است که گفته شود: اطمینان داریم که با توجه به طولانی بودن عهد نامه امام علی (ع) به مالک اشتر نمی توان پذیرفت که این روایت به طور شفاهی به شیخ رسیده است، بلکه این روایت در ضمن کتبی بوده است که در اختیار شیخ قرار داشته است و از این رو دو سند معتبر ذکر شده شامل آن می شود.

مقصود از متاع مورد احتکار

ممکن است به اطلاق عبارت در عهد نامه امیر المؤمنین (ع) به مالک اشتر که فرمود: «فَأَمَّعَ مِنَ الْاِحْتِكَارِ فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ مَنَعَ مِنْهُ؛ از احتکار جلوگیری کن، همانا رسول خدا (ص) از آن جلوگیری می کرد» تمسک کنیم و مورد احتکار محرم را اعم از طعام و غیر طعام از سایر مایحتاج مردم بگیریم. همچنین می توان گفت: این عبارت منصرف به احتکار طعام است، بخصوص که در بعضی از روایات مربوط به احتکار، لفظ طعام به کار رفته است، مانند روایت صحیح سالم حنّاط از امام صادق (ع) که پیشتر نقل شد.^{۱۴}

همچنین در روایت صحیح حلبی آمده است که از امام صادق (ع) در مورد احتکار سؤال شد و ایشان فرمودند:

إِنَّمَا الْحُكْرَةُ أَنْ تَشْتَرِيَ طَعَاماً وَ لَيْسَ فِي الْمِصْرِ غَيْرُهُ فَتَحْتَكِرُهُ فَإِنْ كَانَ فِي الْمِصْرِ طَعَامٌ أَوْ مَتَاعٌ غَيْرُهُ فَلَا بَأْسَ أَنْ تَلْتَمِسَ بِسِلْعَتِكَ الْفَضْلَ؛^{۱۵}

احتکار این است که طعامی بخری که در شهر غیر از آن نیست و آن را برای بالا رفتن قیمت احتکار کنی. پس اگر در شهر طعام و متاعی غیر از آن باشد عیبی ندارد که به دنبال بالا رفتن قیمت کالای خود باشی.

شیخ کلینی همین روایت را با سند معتبری از حلبی نقل کرده است که در پایان

۱۴. وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۴۲۸، ح ۳.

۱۵. همان، ج ۱۷، ص ۴۲۷، ح ۱.

آن، این عبارت اضافه شده است: «از امام صادق(ع) در مورد روغن پرسیدم و ایشان در پاسخ فرمود: اگر نزد دیگری هم باشد عیبی ندارد که آن را نگه داری و عرضه نکنی». ۱۶

همچنین روایت صحیح حلبی که می گوید از امام صادق(ع) در باره مردی پرسیدم که طعام را احتکار می کند و منتظر بالا رفتن قیمت است، آیا این کار درست است؟ فرمود:

إِنْ كَانَ الطَّعَامُ كَثِيرًا يَسَعُ النَّاسَ فَلَا بَأْسَ بِهِ وَإِنْ كَانَ الطَّعَامُ قَلِيلًا لَا يَسَعُ النَّاسَ فَإِنَّهُ يَكْرَهُ أَنْ يَحْتَكِرَ الطَّعَامَ وَيَتْرَكَ النَّاسَ لَيْسَ لَهُمْ طَعَامٌ؛ ۱۷

اگر طعام بسیار است و به همه مردم می رسد عیبی ندارد، ولی اگر کم است و به همه مردم نمی رسد، در این صورت شایسته نیست که طعام را احتکار کند و مردم را بدون طعام گذارد.

روایت دیگر صحیح غیاث بن ابراهیم از امام صادق(ع) است که فرمود:

لَيْسَ الْحُكْرَةُ إِلَّا فِي الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتَّمْرِ وَالزَّيْبِ وَالسَّمْنِ. ۱۸

احتکار نیست مگر در گندم، جو، خرما، کشمش و روغن.

در نقل شیخ صدوق از این روایت، کلمه «زیت» نیز افزوده شده است. ۱۹

ابوالبختری از امام صادق(ع) و ایشان از پدرش نقل می کند که امام علی(ع)

از احتکار در شهرها منع کرد و فرمود:

لَيْسَ الْحُكْرَةُ إِلَّا فِي الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتَّمْرِ وَالزَّيْبِ وَالسَّمْنِ؛ ۲۰

احتکار نیست مگر در گندم، جو، خرما، کشمش و روغن.

۱۶. همان، ص ۴۲۸، ح ۳.

۱۷. همان، ص ۴۲۴، ح ۲.

۱۸. همان، ص ۴۲۵، ح ۴.

۱۹. همان.

۲۰. همان، ص ۴۲۶، ح ۷.

سکونی در روایتی از امام صادق(ع) از پدرانیش از پیامبر(ص) نقل کرده که فرمود:

الْحُمْرَةُ فِي سِتَّةِ أَشْيَاءَ فِي الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالسَّمْرِ وَالزَّيْتِ وَالسَّمْنِ وَالزَّيْبِ؛^{۲۱}

احتکار در شش چیز است: در گندم، جو، خرما، زیت (نوعی روغن)، روغن، کشمش.

شیخ صدوق در روایت مرسل از رسول خدا(ص) نقل کرده که فرمود:

لَا يَحْتَكِرُ الطَّعَامَ إِلَّا خَاطِئٌ؛^{۲۲}

طعام را جز خطاکار احتکار نمی کند.

روایت دیگر، موثق اسماعیل بن ابی زیاد، یعنی سکونی است که شیخ با سند

صحیح از او نقل کرده است. در این روایت آمده است که امام صادق(ع) فرمود:

لَا يَحْتَكِرُ الطَّعَامَ إِلَّا خَاطِئٌ؛^{۲۳}

طعام را احتکار نمی کند جز خطاکار.

شیخ انصاری می گوید:

ظاهراً هیچ اختلافی در ثبوت احتکار در غلات چهارگانه (گندم، جو، خرما و کشمش) به اضافه روغن وجود ندارد. در کشف الرموز و سرائر ادعای اجماع شده است و در مجمع الفوائد آمده است که در آن اختلافی نیست. روغن زیتون در چند روایت ذکر شده و شیخ صدوق و علامه حلی در تحریر آن را به این موارد ملحق کرده اند. علامه می گوید در مورد آن روایت حسن داریم و شهید اول و دوم و محقق ثانی به آن فتوا داده اند و از کتاب ایضاح

۲۱. همان، ح ۴۲۵، ح ۱۰.

۲۲. همان، ح ۸.

۲۳. همان، ص ۴۲۷، ح ۱۲.

النافع نیز فتوای به آن نقل شده است .

در کتاب های مبسوط، وسیله، تذکره، نهایت الاحکام، دروس و مسالک، نمک نیز به موارد مذکور افزوده شده است و به نظر می رسد مستند آن تعلیل وارد شده در برخی روایات است که وجه ممنوعیت احتکار در این موارد، نیاز مردم به آنها بیان شده است .^{۲۴}

هیچ شکی در حرمت احتکار طعام نیست، همچنین هیچ اشکالی در این نیست که روایات مطلقاً که به اطلاقشان شامل غیر طعام می شوند، به طعام انصراف دارند؛ مانند عهدنامه امام علی (ع) به مالک اشتر و روایت صحیح سالم حنط و دو روایت صحیح حلبی و روایت موثق سکونی .

گاهی بحث در باره معنای طعام است و گاهی در باره توسعه حکم به غیر طعام و گاهی در باره تضییق حکم، برای خروج بعضی از موارد طعام است . این مباحث را به ترتیب مطرح می کنیم :

۱ . ظاهراً معنای طعام در هر سرزمینی نسبت به سرزمین دیگر یا در هر شهری نسبت به شهر دیگر به اعتبار قوت غالب مردم متفاوت است . پس آنچه در روایات آمده و از گندم، جو، خرما، کشمش، روغن به عنوان طعام یاد شده با توجه به مناسبت حکم و موضوع، به سرزمینی منصرف است که این موارد در آن متعارف است . بنابراین، شاید همه سرزمین های اسلامی در وقت صدور روایات این گونه بودند، بلکه شاید در زمان ما نیز این گونه باشند .

۲ . فهم عرفی از دلیل حرمت احتکار طعام به حرمت آنچه تهیه طعام بر آن متوقف است نیز دست می یابد و حکم حرمت احتکار را به غیر طعام مانند نفت و هیزم که تهیه طعام متوقف بر وجود آنهاست توسعه می دهد؛ بخصوص در روایت صحیح حلبی آمده است : «شایسته نیست که طعام را احتکار کند و مردم را بدون

۲۴ . کتاب المکاسب، ج ۴، ص ۳۶۸-۳۶۹ .

طعام گذارد»^{۲۵}. از این عبارت حرمت احتکار آنچه تهیه طعام بر آن متوقف است فهمیده می شود.

۳. در مورد خارج کردن بعضی از طعام ها از حکم حرمت احتکار می توان گفت که منشأ این امر برخی روایات گذشته است که حکم را منحصر به بعضی از اطعمه کرده است.^{۲۶} آیت الله خوئی بر این باور است که سند این گروه از روایات ضعیف است و نمی توان به وسیله آنها از اطلاق حکم به حرمت احتکار در طعام که بر گرفته از روایات صحیح است دست برداشت.^{۲۷}

به نظر ما ضعف سند مختص به دو روایت ابو البختری و سکونی است و روایت غیاث بن ابراهیم دارای سند صحیح است. گویا آیت الله خوئی غیاث بن ابراهیم را که از اصحاب امام صادق (ع) است و ثقه می باشد با غیاث بن ابراهیم بتری که از اصحاب امام باقر (ع) است و وثاقت او ثابت نشده اشتباه گرفته است، در حالی که ایشان در کتاب معجم الرجال میان آنها فرق نهاده است.^{۲۸}

پس باید دید چگونه می توان میان روایت صحیح غیاث بن ابراهیم از امام صادق (ع) که می فرماید: «احتکار، فقط در گندم، جو، خرما، کشمش و روغن است» با روایاتی که احتکار مطلق طعام را منع کرده است جمع کرد. اول چیزی که در جمع این روایات به ذهن می رسد این است که روایت غیاث، روایات مطلق را تقیید کند. از سویی در روایت صحیح حلبی آمده است: «همانا احتکار این است که طعامی بخری که در شهر غیر از آن نیست و آن را برای بالا رفتن قیمت عرضه نکنی و احتکار کنی. پس اگر در شهر طعام و متاعی غیر از آن باشد عیبی ندارد که به

۲۵. وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۴۲۴، ح ۲.

۲۶. کتاب المکاسب، ص ۴۲۵-۴۲۶، ح ۴ و ۷ و ۱۰.

۲۷. موسوعة الامام الخوئی، ج ۳۷، ص ۵۱۴.

۲۸. معجم رجال الحدیث، ج ۱۳، ص ۲۳۲.

دنبال بالا رفتن قیمت کالای خود باشی»^{۲۹}. در نسخه کافی نیز آمده است: «از آن حضرت در مورد روغن سؤال کردم» و در نسخه دیگری آمده است: «از کشمش سؤال کردم» و امام(ع) در پاسخ فرمودند: «اگر دیگران هم این کالا را دارند عیبی ندارد آن را نگه داری و عرضه نکنی».^{۳۰} همچنین در روایت صحیح دیگری از حلبی آمده است: «اگر طعام بسیار است و به همه مردم می‌رسد عیبی ندارد، ولی اگر کم است و به همه مردم نمی‌رسد در این صورت کراهت دارد که طعام را احتکار کند و مردم را بدون طعام گذارد».^{۳۱}

از سوی دیگر با وجود کلمه «إنما» در روایت صحیح غیاث، معنای حصر احتکار در گندم، جو، خرما، کشمش و روغن فهمیده می‌شود. در نسخه ای دیگر «زیت» که نوعی روغن است نیز افزوده شده است. آیا جمع عرفی میان روایات اقتضا نمی‌کند که طعام را به غلات چهارگانه به اضافه روغن مختص کنیم؟

ممکن است گفته شود که این گونه جمع میان روایات بر اساس قاعده معروف اصولی مبنی بر قرینه بودن خاص و مقید نسبت به عام و مطلق است که پیوسته خاص و مقید مقدم می‌شود، اما اگر قاعده تخصیص و تقیید را نه بر اساس قرینه بودن خاص و مقید نسبت به عام و مطلق بلکه بر اساس اولویت پی‌ریزی کنیم در این صورت گاهی مطلق از نظر فهم عرفی و مناسبت حکم و موضوع، قوی‌تر از مقید است. در نتیجه دلیل مقید حمل بر فرض جوامعی شود که بیشترین طعام مصرفی آنها موارد ذکر شده در دلیل است، اما اگر در جامعه ای مصرف مثلاً برنج یا سیب زمینی یا اقسام دیگری از اطعمه شایع باشد در این صورت این اقسام تحت مطلق باقی می‌مانند و با دلیل مقید از آن خارج نمی‌شوند. البته گاهی گفته می‌شود که میوه‌ها و مانند آنها همیشه به عنوان عادت ثانوی در اطعمه رواج داشته‌اند. در

۲۹. وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۴۲۷، ح ۱.

۳۰. همان، ح ۲.

۳۱. همان، ص ۴۲۴، ح ۲.

این صورت موادی مانند نمک که در بیشتر طعام ها به آن احتیاج است داخل در اطلاق طعام در ادله خواهد بود .

مدت احتکار

شیخ انصاری می گوید: سکونی از امام صادق(ع) این چنین روایت کرده

است:

الْحُكْرَةُ فِي الْخِصْبِ أَرْبَعُونَ يَوْمًا وَفِي الْغَلَاءِ وَالشَّدَّةِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ . فَمَا زَادَ عَلَى
الْأَرْبَعِينَ يَوْمًا فِي الْخِصْبِ فَصَاحِبُهُ مَلْعُونٌ وَمَا زَادَ فِي الْعُسْرَةِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ
فَصَاحِبُهُ مَلْعُونٌ؛^{۳۲}

حد احتکار در زمان رفاه چهل روز و در گرانی و سختی سه روز است، پس اگر در دوره رفاه، یک روز بر چهل افزوده شد، احتکار کننده ملعون است و اگر در دوره سختی، احتکار بیش از سه روز شد، احتکار کننده ملعون است.

ظاهر روایت امالی شیخ طوسی که نقل شد نیز این خبر را تأیید می کند.^{۳۳}

گفته شده که شیخ طوسی و ابن براج و ابن حمزه به این روایت عمل کرده اند و در درس آمده است: «اظهر این است که احتکار در صورت نیاز مردم حرام است و مظنه آن بر اساس روایتی بیشتر از سه روز در ایام سختی و بیشتر از چهل روز در ایام آسانی است». بهتر است که در تعریف احتکار، نیاز مردم قرار داده شود؛ چنانچه از مقنعه و دیگر کتب نقل شده و از روایات گذشته نیز فهمیده می شود. اینکه شهید اول روایت سکونی را بر مظنه نیاز مردم حمل کرده است نیز پسندیده است و از اینجا فهمیده می شود که روایت دلالتی بر تعیین تعبدی حد احتکار ندارد.^{۳۴}

۳۲. همان، ج ۴۲۲، ح ۱.

۳۳. ر. ک: همان، ص ۴۲۵، ح ۶.

۳۴. کتاب المکاسب، ج ۴، ص ۳۷۰.

آیت الله خویی روایت سکونی را با استناد به ضعف سند رد می‌کند و می‌گوید:

در صورت نیاز، احتکار حرام است، هر چند در کمتر از سه روز باشد و در صورت عدم نیاز منعی از احتکار نیست، هر چند بیش از چهل روز باشد و مانعی ندارد که روایت سکونی را حمل بر فرض حاجت کنیم؛ یعنی حاجت در دوره رفاہ در بیش از سه روز و در دوره گرانی در کمتر از چهل روز است؛ چنانکه از شهید اول نقل شده است. البته به نظر ما حمل روایت بر این معنا بعید است. ۳۵

به نظر ما ممکن است روایت سکونی را حمل بر این کنیم که عدد سه روز و چهل روز به عنوان مثال ذکر شده و اشاره ای است به مقیاس عدد روزهایی که مردم می‌توانند بدون طعام بمانند.

به هر صورت، روایت با وجود ضعف در سند، بی ارزش خواهد بود و نتیجه همان خواهد شد که آیت الله خویی برگزیده است که با عدم نیاز به سبب وجود کسانی که طعام را در جامعه عرضه کنند احتکار حرام نیست، هر چند بیش از چهل روز باشد و در صورت نیاز، احتکار حرام است، هر چند کمتر از سه روز باشد و مستند این قول اطلاق ادله است.

اما روایت دوم عبارت است از روایت شیخ طوسی از احمد بن عبدون، از علی بن محمد بن زبیر، از علی بن الحسن بن فضال، از عباس بن عامر، از احمد بن رزق، از ابی مریم، از امام باقر(ع)، از رسول خدا(ص) که فرمود:

۳۵. موسوعة الامام الخوئی، ج ۳۷، ص ۵۱۴. آیت الله خویی در کتاب معجم رجال الحديث قول به وثاقت نوفلی را برگزیده است؛ زیرا او از روایان کتاب تفسیر علی بن ابراهیم است(ر. ک: معجم رجال الحديث، ج ۳، ص ۴). نمی دانم آیا ایشان از این قول برگشت، چنان که از قول به وثاقت روایان در کتاب کامل الزیارات برگشت؟

أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى طَعَامًا فَكَبَسَهُ أَرْبَعِينَ صَبَاحًا، يُرِيدُ بِهِ غَلًّا الْمُسْلِمِينَ، ثُمَّ بَاعَهُ
فَتَصَدَّقَ بِثَمَنِهِ، لَمْ يَكُنْ كَفَّارَةً لِمَا صَنَعَ؛^{۳۶}

هر کس طعامی را بخرد و آن را چهل روز پنهان کند تا گرانتر به مسلمانان
بفروشد سپس آن را بفروشد و پول آن را صدقه دهد، صدقه اش کفاره آنچه
کرده است نخواهد بود.

سند این روایت با وجود علی بن محمد بن زبیر ضعیف است و دلیلی بر
وثاقت احمد بن عبدون نیز جز بنا بر مبنای وثاقت همه مشایخ نجاشی وجود ندارد.
آیت الله خوئی در باره این روایت می گوید:

ظهور این روایت در این است که روایتی اخلاقی است و ارتباطی به کراهت
یا حرمت احتکار ندارد، زیرا اگر عرضه کننده ای برای طعام در میان مردم
نباشد فرقی در حکم به حرمت میان چهل روز و سی روز نیست و اگر عرضه
کننده ای برای آن باشد نیز فرقی در حکم به جواز میان چهل روز و سی روز
نیست. پس ظهور روایت در این است که نگهداری طعام به قصد گرانتر
فروختن به مسلمانان کاشف از ناپاکی نفس احتکار کننده است... پس اگر
قبل از چهل روز دست از این عمل زشت خود بردارد خداوند گناه او را
می بخشد و در غیر این صورت او به سبب عمل غیر اخلاقی اش عقاب
خواهد شد. این در باره دلالت روایت بود و اما سند آن ضعیف است.^{۳۷}

گویا مقصود ایشان این است که این روایت دلالت بر این ندارد که چهل روز معیار حکم
به حرمت احتکار است، بلکه فقط دلالت بر این دارد که فروش طعام بعد از این مدت و
صدقه دادن بهای آن، کفاره این احتکار نخواهد بود و این معنا مناسب آن است که روایت
فقط روایتی اخلاقی باشد. به هر صورت، سند روایت ضعیف است و قابل استناد نیست.

۳۶. الامالی، ص ۶۷۸؛ وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۴۲۵، ح ۶.

۳۷. موسوعة الامام الخوئی، ج ۳۷، ص ۵۱۱.

تحقق احتکار با خرید یا غیر خرید

شیخ انصاری می گوید:

در روایت صحیح حلبی آمده بود: «همانا احتکار فقط این است که طعامی بخری که غیر از آن در شهر نیست و پس آن را برای بالا رفتن قیمت عرضه نکنی و احتکار کنی. پس اگر طعام و متاعی غیر از آن در شهر باشد عیبی ندارد که به دنبال بالا رفتن قیمت کالای خود باشی».^{۳۸} مقتضای ظاهر این روایت آن است که احتکار مختص به خریدن طعام است، ولی قول قوی تر این است که احتکار اعم است ... مؤید این ادعا آن است که ... احتکار در نزد اهل لغت به مطلق جمع آوری و نگه داری طعام اطلاق می شود؛ چه این احتکار با خریدن حاصل شود یا با کاشت و درو کردن و یا به طریق دیگر، مگر اینکه مقصود احتکار کننده این باشد که آنها را برای خود و در ملک خود نگه دارد. مؤید این تعمیم، تعلیل حکم حرمت در روایتی به جمله «ان یترك الناس لیس لهم طعام»^{۳۹} است. پس فرقی نمی کند که این طعام از زراعت به دست آمده باشد یا ارث یا هدیه باشد و یا آن را برای نیازی خریده باشد و آن نیاز برآورده شده باشد و دیگر نیازی به آن نداشته باشد سپس آن را برای بالا رفتن قیمت نگه دارد.^{۴۰}

هیچ اشکالی در این نیست که فهم عرفی اقتضا می کند «خریدن» در روایت گذشته حمل بر مثال شود و اگر فرض کنیم روایت مجمل است، اطلاق دیگر روایت صحیح حلبی کافی است که در آن آمده است: «اگر طعام بسیار است و به همه مردم می رسد عیبی ندارد ...».^{۴۱}

۳۸. وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۴۲۷، ح ۱.

۳۹. همان، ص ۴۲۴، ح ۲.

۴۰. کتاب المکاسب، ج ۴، ص ۳۷۱.

۴۱. وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۴۲۴، ح ۲.

احکام ثانوی احتکار

حکم اولی احتکار غالباً حرمت یا حلیت است، در صورت نیاز مردم، حرام و در صورت عدم نیاز، حلال است. ولی گاهی با عناوین ثانوی، متصف به حکم استحباب یا وجوب یا کراهت می شود؛ مثلاً گاهی حفظ جان انسان ها متوقف بر احتکار طعام در زمان رفاه است تا در هنگام قحطی و گرسنگی نمیرند. پس احتکار در دوره رفاه حلال است، ولی به سبب توقف واجبی بر آن، واجب می شود.

گاهی کسی در زمان عدم نیاز مردم، طعامی را احتکار می کند، این احتکار به عنوان اولی حلال است، ولی مقصود احتکار کننده این است که هرگاه زوآر یا در ماندگان آمدند به آنان کمک کند، در این صورت احتکار مستحب خواهد بود.

گاهی کسی در زمان عدم نیاز مردم، طعامی را احتکار می کند، این احتکار به عنوان اولی حلال است، اما هدف احتکار کننده این است که مشتریانی را که می تواند طعام را با قیمتی بالاتر از قیمت بازار به آنها بفروشد، به چنگ آورد، در این صورت احتکار مکروه است.^{۴۲}

حکم محتکر

شیخ انصاری می گوید:

ظاهراً هیچ اختلافی در این نیست که می توان حتی بنا بر قول به کراهت احتکار، محتکر را اجبار به فروش کالایش کرد، بلکه در مهذب البارع ادعای اجماع و در تنقیح و حدائق ادعای عدم خلاف شده است. این اجماع دلیلی است که می توانیم به وسیله آن از قاعده «عدم اجبار در غیر موارد

۴۲. ما این مطالب را از مجموع سخنان شیخ انصاری و آیت الله خوئی استفاده کرده ایم و البته بیان ما به آنچه آیت الله خوئی گفته است نزدیک تر می باشد. (ر. ک: کتاب المکاسب، ج ۴، ص ۳۷۲؛ موسوعة الامام الخوئی، ج ۳۷، ص ۵۱۶)

واجب» خارج شویم. برای همین گفتیم که ظاهر ادله اجبار دلالت بر تحریم احتکار دارد؛ زیرا الزام غیر لازم خلاف قاعده است. البته اجماع است که کالای محترک به زیان او قیمت گذاری نمی شود؛ چنانکه در سرائر آمده و روایات متواتر را نیز بر آن افزوده است. در مبسوط نیز ادعای عدم خلاف شده است، اما در مقنعه آمده که حاکم به صلاح دید خود بر کالای محترک قیمت می گذارد. از علامه حلی و فرزندش فخر المحققین و شهید اول نیز نقل شده است که اگر محترک در قیمت اجحاف کند، به صلاح دید حاکم بر آن قیمت گذاری می شود. مستند آنها قاعده نفی ضرر است. از میسی و شهید ثانی نقل شده که بدون آنکه قیمت گذاری شود به محترک امر می شود که قیمت را پایین بیاورد تا میان ادله نهی از اجبار و قیمت گذاری و ادله نفی ضرر جمع شود.^{۴۳}

اگر حرمت احتکار را پذیرفتیم - چنانکه ما پذیرفتیم - در این صورت هیچ اشکالی در این نیست که حاکم می تواند اجبار به فروش کالا کند. در عین حال مسائلی است که باید مورد بحث قرار گیرد:

اول: آیا در صورت قول به کراهت احتکار نیز می توان گفت که حاکم حق اجبار محترک به فروش کالایش را دارد؟ ظاهراً چنین حقی دارد و دلیل آن روایت صحیح سالم حنّاط است. در این روایت آمده است که رسول خدا(ص) فرمود: «ای حکیم بن حزام پرهیز از احتکار». اگر مقصود از این کلام حکم شرعی نباشد که ما این چنین فهمیدیم، در این صورت حتماً مقصود، حکم ولایی پیامبر(ص) خواهد بود و بعد از پذیرش جانشینی ولی فقیه از رسول خدا(ص) در ولایت، او نیز دارای چنین ولایتی است. همچنین در عهد نامه امام علی(ع) به مالک اشتر نیز آمده بود که آن حضرت فرمود: «از احتکار جلوگیری کن؛ زیرا رسول خدا(ص) نیز

۴۳. کتاب المکاسب، ج ۴، ص ۳۷۳.

از آن جلوگیری می‌کرد».

دوم: آیا حاکم حق قیمت گذاری بر کالای محترک را دارد؟ روایاتی وارد شده که دلالت بر منع از قیمت گذاری دارد و برای قول به منع این روایات استدلال شده است.

۱. شیخ طوسی با سند خود از محمد بن احمد بن یحیی از جعفر بن محمد از پدرش از وهیب از حسین بن عبید الله بن ضمیره از پدرش از جدش از امام علی بن ابی طالب (ع) نقل می‌کند که آن حضرت در باره رسول خدا (ص) فرمود:

أَنَّه (ص) مَرَّ بِالْمُحْتَكِرِينَ فَأَمَرَ بِحُكْرَتِهِمْ أَنْ تُخْرَجَ إِلَيْهِ بَطُونِ الْأَسْوَاقِ وَحَيْثُ تَنْظُرُ الْأَبْصَارُ إِلَيْهَا فَقِيلَ لِرَسُولِ اللَّهِ (ص): لَوْ قَوْمَتْ عَلَيْهِمْ، فَغَضِبَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) حَتَّى عُرِفَ الْغَضَبُ فِي وَجْهِهِ، فَقَالَ: أَنَا أَقَوْمٌ عَلَيْهِمْ؟ إِنَّمَا السَّمْرُ إِلَى اللَّهِ يَرْفَعُهُ إِذَا شَاءَ وَيَخْفِضُهُ إِذَا شَاءَ؛^{۴۴}

رسول خدا (ص) گذرش به محترکان افتاد و فرمان داد که کالاهای احتکار شده آنها را به درون بازار ببرند. چون مردم چشمشان به کالاها افتاد به رسول خدا (ص) گفته شد: ای کاش بر آنها قیمت می‌گذاشتی. رسول خدا (ص) از این سخن خشمگین شد به گونه‌ای که آثار خشم در چهره‌اش نمایان شد، سپس فرمود: آیا من بر آنها قیمت بگذارم؟ قیمت در دست خداست، هر گاه بخواهد بالا می‌برد و هر گاه بخواهد پایین می‌آورد.

این روایت را شیخ صدوق در فقیه به طور مرسل نقل کرده است^{۴۵} و در کتاب توحید آن را از احمد بن زیاد بن جعفر همدانی از علی بن ابراهیم از پدرش از غیاث بن ابراهیم از جعفر بن محمد از پدرش از جدش نقل کرده است.^{۴۶}

۴۴. وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۴۳۰.

۴۵. من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۶۵.

۴۶. التوحید، ص ۳۸۸.

در سند این روایت گروهی از راویان، مجهول هستند و ممکن است منظور از جعفر بن محمد، جعفر بن محمد بن عبید الله قمی باشد که دلیلی بر وثاقت او جز وجودش در اسناد کامل الزیارات نیست و این هم به نظر ما دلیل بر وثاقت نمی باشد.

۲. شیخ صدوق به طور مرسل نقل کرده است که شخصی به پیامبر اکرم (ص) عرض کرد: «ای کاش قیمت کالاها را برای ما تعیین می کردی؛ زیرا قیمت ها بالا و پایین می رود». پیامبر (ص) فرمود:

مَا كُنْتُ لَأَلْفَى اللَّهَ بَبِدْعَةٍ لَمْ يُحَدِّثْ إِلَيَّ فِيهَا شَيْئاً. فَدَعُوا عِبَادَ اللَّهِ يَأْكُلُوا
بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ وَإِذَا اسْتَنْصَحْتُمْ فَأَنْصَحُوا؛^{۴۷}

من پایه گذار بدعتی از جانب خدا که در آن به من وحی نشده است نمی شوم. بندگان خدا را رها کنید تا از طعام یکدیگر بخورند و هر گاه از شما طلب نصیحت کردند نصیحت کنید.

شیخ صدوق این روایت را در کتاب توحید به طور مرسل تا عبارت «مِنْ بَعْضٍ» نقل کرده است.^{۴۸}

۳. شیخ صدوق در کتاب من لایحضره الفقیه با سند خود از ابو حمزه ثمالی از امام زین العابدین (ع) نقل می کند که فرمود:

إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ وَجَلَّ وَكَلَّ بِالسَّعْرِ مَلَكاً يُدَبِّرُهُ بِأَمْرِهِ؛^{۴۹}

خداوند فرشته ای را مأمور کرده است تا قیمت کالاها را به امر او تدبیر کند.

در سند من لایحضره الفقیه، محمد بن فضیل آمده است که شیخ طوسی او را ضعیف می داند.^{۵۰} اما شیخ مفید در رساله عددیه، او را از فقها و بزرگانی شمرده که

۴۷. وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۴۳۱.

۴۸. التوحید، ص ۳۸۸.

۴۹. وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۴۲۷.

۵۰. رجال الطوسی، ص ۳۶۵.

احکام حلال و حرام و فتاوا از آنها اخذ می شود و طعن و مذمتی بر آنها روا نیست. ۵۱
در صورت تعارض تضعیف شیخ طوسی با توثیق شیخ مفید، وثاقت محمد بن فضیل
ثابت نخواهد شد. البته ممکن است مقصود شیخ مفید، محمد بن قاسم بن فضیل بن
یسار هندی باشد که ثقة است و شیخ مفید او را به جدش نسبت داده است.

شیخ صدوق این روایت را در کتاب توحید از محمد بن حسن از صفار از
ایوب بن نوح از محمد بن ابی عمیر از ابو حمزه ثمالی نقل کرده است ۵۲ و این سند
صحیح است.

۴. در کتاب من لایحضره الفقیه از ابو حمزه ثمالی نقل شده است که خدمت
امام سجاد (ع) سخن از گرانی قیمت ها شد و آن حضرت فرمود:

وَمَا عَلَيَّ مِنْ غَلَّاتِهِ إِنْ غَلَّا فَهُوَ عَلَيْهِ وَإِنْ رَخَّصَ فَهُوَ عَلَيْهِ؛ ۵۳

گرانی بر عهده من نیست، اگر قیمت ها بالا می رود بر عهده خداست و اگر
پایین می آید نیز بر عهده اوست.

پیشتر گفتیم سند این روایت در کتاب من لایحضره الفقیه معتبر نیست، ولی
شیخ صدوق آن را در کتاب توحید با سندی که در روایت قبلی ذکر کردیم نقل
می کند و آن سند صحیح می باشد.

۵. شیخ کلینی با سند خود از سهل بن زیاد از یعقوب بن یزید از محمد بن
اسلم از کسی که نام آن را برد از امام صادق (ع) نقل می کند که آن حضرت فرمود:

إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ وَكَلَّ بِالسَّعْرِ مَلَكًا، فَلَنْ يَغْلُوَ مِنْ قَلَّةٍ وَلَنْ يَرْخُصَ مِنْ كَثْرَةٍ. ۵۴

خداوند فرشته ای را مأمور امر قیمت ها کرده است، بنابراین قیمت به علت
کمبود، بالا نمی رود و به علت زیادی پایین نمی آید.

۵۱. معجم رجال الحدیث، ج ۱۸، ص ۱۵۳.

۵۲. التوحید، ص ۳۸۸.

۵۳. وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۴۳۱.

۵۴. همان.

۶. شیخ کلینی با سند خود از سهل بن زیاد از یعقوب بن یزید از شخص دیگری از امام صادق (ع) نقل می کند که آن حضرت فرمود:

إِنَّ اللَّهَ وَكُلَّ بَالِغٍ مَلَكًا يُدَبِّرُهَا؛^{۵۵}

خداوند فرشته ای را بر قیمت ها قرار داده تا آنها را تدبیر کند.

عجیب است که ادعای تواتر برای روایات حرمت قیمت گذاری شده و شیخ انصاری نیز این ادعا را از سرائر نقل کرده است. به هر صورت در میان این روایات فقط دو روایت دارای سند معتبر است. نخست روایت ابو حمزه ثمالی از امام سجاد (ع) است که آن حضرت فرمود: «خداوند فرشته ای را مأمور کرده است تا قیمت کالاها را به امر او تدبیر کند» و دوم روایت دیگر ابو حمزه از آن حضرت است که فرمود: «گرانی بر عهده من نیست، اگر قیمت ها بالا می رود بر عهده خداست و اگر پایین می آید نیز بر عهده اوست». این دو حدیث نیز دلالت روشنی بر حرمت قیمت گذاری ندارند.

به هر صورت اگر قول به حرمت قیمت گذاری را پذیرفتیم، دو مورد از آن استثنا می شود: نخست، موردی که بالا بودن قیمت کالا همان نتیجه احتکار را در موارد حرمت احتکار در پی داشته باشد؛ یعنی فروشنده قیمت کالای خود را در موردی که احتکار حرام است آن قدر بالا ببرد که بیشتر مردم نتوانند کالا را بخرند. چنین فرضی در واقع همان احتکار است و نباید احتکار را به پنهان کردن کالا از چشم مردم در انباری معنا کرد. آیت الله خوئی به درستی این مطلب را توضیح داده است.^{۵۶}

دوم، موردی است که قیمت موجب اجحاف شود؛ زیرا در عهد نامه امام علی (ع) به مالک اشتر آمده بود که آن حضرت فرمود: «معامله بیع باید معامله ای آسان و بر اساس موازین عدالت باشد. قیمت کالا نباید به گونه ای باشد که به دو طرف معامله که عبارتند از فروشنده و خریدار اجحاف شود».

سوم: آیا حاکم می تواند در غیر موارد احتکار حرام، در صورت مصلحت

۵۵. همان، ص ۴۳۲.

۵۶. موسوعة الامام الخوئی، ج ۳۷، ص ۵۱۵.

کسی را مجبور به فروش کالایش کند؟ مثلاً در مورد کالاهایی مانند گچ و سیمان و مانند آنها که طعام نیستند، یا در مورد طعام هایی که احتکار آنها حرام نیست - اگر قول به حرمت احتکار همه اطعمه را نپذیریم - یا در مواردی که کمبود کالا به حدّ حرمت احتکار نرسیده است . به نظر ما حاکم بنا بر مبانی پذیرفته شده در ولایت فقیه هرگاه مصلحت دید حق چنین کاری را دارد .

نتیجه

احتکار یعنی جمع آوری و نگه داری طعام برای بالا رفتن قیمت آن حرام است و مقصود از طعام، قوت غالب مردم است که ممکن است در هر شهر و سرزمینی متفاوت از دیگری باشد . از ادله فهمیده می شود که حکم حرمت احتکار طعام به آنچه تهیه طعام متوقف بر آن است نیز توسعه می یابد .

حد زمانی برای احتکار تعیین نشده و ملاک آن، نیاز مردم است . پس اگر مردم نیازمند بودند نگه داری طعام حرام است هر چند برای زمانی کوتاه . احتکار به اقتضای عناوین ثانوی گاهی واجب و گاهی مستحب و مکروه نیز خواهد بود .

حاکم می تواند محتکر را مجبور به فروش کالایش کند . هیچ دلیل معتبری بر حرمت قیمت گذاری حاکم بر کالای مورد احتکار وجود ندارد و حاکم در صورت صلاحدید می تواند کالای مورد احتکار را در بازار عرضه و برای آن قیمتی تعیین کند .

منابع و مأخذ

۱ . انصاری، شیخ مرتضی، کتاب المکاسب، ج ۴، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۰ هـ . ق .

۲ . حر عاملی، محمد بن الحسن، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل البیت(ع)، چاپ اول، ۱۴۲۶ هـ . ق .

۳. خویی، سید ابوالقاسم، موسوعة الامام الخوئي، ج ۳۷، نجف اشرف، مؤسسة احیاء آثار الامام الخوئي، چاپ اول، ۱۴۲۵ هـ. ق، ۲۰۰۵ م.
۴. _____، معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرواة، ج ۱ و ۳ و ۴، مؤسسة احیاء آثار الامام الخوئي، چاپ پنجم، ۱۴۱۳ هـ. ق، ۱۹۹۲ م.
۵. صدوق، محمد بن علی بن الحسين بن بابويه قمی، کمال الدین و تمام النعمة، قم، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين، ۱۴۰۵ هـ. ق، ۱۳۶۳ هـ. ش.
۶. _____، کتاب التوحيد، قم، انتشارات جامعة مدرسين حوزة علميه قم، بی تا.
۷. طوسی، شیخ الطائفة الامامية ابي جعفر محمد بن الحسن، تهذیب الاحکام، تهران، دارالکتب الاسلاميه، چاپ چهارم، ۱۳۶۵ هـ. ش.
۸. _____، الاستبصار فيما اختلف من الاخبار، تهران، دارالکتب الاسلاميه، بی تا.
۹. _____، کتاب الفهرست، قم، مؤسسة نشر الفقاهة، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۱۰. _____، رجال الطوسی، قم، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۱۱. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، الفروع من الکافی، ج ۳، تهران، دارالکتب الاسلاميه، چاپ سوم، ۱۳۸۸ هـ. ق.
۱۲. نجاشی اسدی کوفی، ابوالعباس احمد بن علی بن احمد بن العباس، رجال النجاشی، قم، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين، چاپ پنجم، ۱۴۱۶ هـ. ق.

ولیّ امر و مالکیت اموال عمومی (۳)

خمس - زکات - موقوفات عامه

○ محمد مؤمن قمی

چکیده

نویسنده در ادامه بحث منابع دولت اسلامی، در این مقاله به بررسی سه عنوان خمس و زکات و موقوفات عامه در اقوال فقها پرداخته است. نیمی از سهام ششگانه خمس به امام (حاکم اسلامی) و نیم دیگر به ایتام و مساکین و در راه ماندگان از بنی هاشم تعلق دارد لکن تقسیم و توزیع آن بر عهده امام است. زکات اگر چه موارد مصرف معین دارد و صاحبان مال می توانند زکات خود را مستقیماً به مستحقان پرداخت کنند، اما اگر امام آن را مطالبه کند باید در اختیار او قرار گیرد. موقوفات عامه نیز از اموالی است که نگهداری و اخذ عواید و صرف آن در جهات مقرر بر عهده حاکم اسلامی است.

کلید واژگان: خمس، زکات، موقوفات عامه، ولی امر.

مقصود این نوشته بحث از اصل وجوب خمس یا اموری که خمس به آنها تعلق دارد و یا شرایط و فروع مسئله خمس نیست، بلکه مقصود بحث آن است که نصف خمسی که ادای آن واجب است، گاه همه آن برای امام و ولی امر مسلمین است. قبل از ورود به بحث لازم است به اقوال فقها در این مسئله اشاره کنیم:

۱. شیخ مفید در مقنعه می گوید:

به حکم قرآن و سنت، خمس برای خداوند متعال و رسول خدا(ص) و نزدیکان رسول(ص) و یتیمان خاندان پیامبر(ص) و بی نوایان و در راه ماندگان ایشان است و برای غیر ایشان در خمس هیچ حقی نیست... هنگامی که مسلمین چیزی را در جنگ با کفار به غنیمت بگیرند، امام آن را پنج قسمت می کند، چهار قسم آن را بین افراد رزمنده ای که آن را به دست آورده اند تقسیم می کند و قسم پنجم آن را شش قسمت می کند، سه قسم برای خودش است - دو قسم به سبب وراثت با رسول خدا و یک قسم نیز به سبب حق مذکور - و سه قسم دیگر برای سه گروه از آل رسول(ص) است؛ یک قسم برای ایتام و یک قسم برای مساکین و یک قسم برای ابن سبیل است که امام آن را بین ایشان به میزان کفایت و مؤونه یک سال آنها تقسیم می کند، اگر بیش تر از نیاز آنان بود از ایشان پس می گیرد و اگر کم تر بود از حق خویش آن را کامل می کند.^۱

پس به نظر شیخ مفید نصف خمس برای امام است، امام تمام خمس را می گیرد که نصف آن متعلق به اوست و نصف دیگر را در مصارف سه گانه تقسیم می کند و هر آنچه را از مؤونه ایشان زیاد آمد، برای خود نگه می دارد و اگر سهم آنها کفایتشان نکرد از حق خویش آن را کامل می کند.

۲. صدوق در کتاب هدایه گفته است:

۱. المقنعه، ص ۲۷۶-۲۷۸.

هر چیزی که قیمت آن به یک دینار بالغ شود، خمس به آن تعلق می‌گیرد که برای خداوند و رسول او و ذی القربی و یتیمان و مساکین و ابن سبیل است. اما آنچه برای خداست، برای رسول اوست و آنچه برای رسول است نیز برای خود اوست. ذوی القربی که خمس به آنها تعلق می‌گیرد، نزدیکان رسول خدایند و یتیمان نیز یتیمان اهل بیت رسولند و مساکین و ابن سبیل نیز اینگونه‌اند. امر تقسیم خمس به دست امام است و آن گونه که می‌خواهد در بین ایشان قسمت می‌کند، چه همگی ایشان حاضر باشند و چه بعضی ایشان.^۲

به نظر وی سهم خداوند و رسول برای رسول (ص) است و ذوی القربی، نزدیکان رسول خدا می‌باشند و به این نکته اشاره نکرده است که آنچه برای رسول خداست، به امام تعلق می‌گیرد، تنها در آخر مطلب اشاره کرده است که امر تقسیم خمس در بین گروه‌های سه‌گانه به دست امام است. مفاد عبارت مذکور از هر جهت غیر واضح است و آنچه گفته شده است که ذوی القربی در مسئله خمس همه نزدیکان رسول خدا (ص) هستند خلاف فتوای مشهور است که بر آن ادعای اجماع شده است.

۳. سید مرتضی در انتصار - بعد از ذکر این نکته که وجوب خمس در موارد خاص، از آراء اختصاصی امامیه است - گفته است: خمس شش قسمت می‌شود، سه قسم آن برای امام است که قائم مقام رسول خدا (ص) است و شامل سهم خداوند و سهم رسول خدا (ص) و سهم ذوی القربی می‌شود. البته برخی از فقها سهم ذوی القربی را مختص به امام نمی‌دانند و آن را به همه نزدیکان رسول خدا از

۲. الجوامع الفقهیه، ص ۵۴، در نسخه مقنع و هدایة که به صورت مستقل چاپ شده آمده است: «و آنچه برای رسول خداست پس برای ذوی القربی است که نزدیکان رسول نیز از ایشان است و یتیمان ...» هدایة: ص ۱۷۷ و مفاد همانگونه که دیده می‌شود مختلف است.

بنی هاشم، متعلق می‌دانند. اما سه قسم باقیمانده برای یتیمان آل محمد از بنی هاشم و مساکین و ابن سبیل ایشان است و به غیر از ایشان از افرادی که دارای چنین اوصافی می‌باشند نمی‌رسد... حجت در این مسئله اجماع مکرر است.^۳

سید مرتضی فتوا داده است که نصف خمس برای امام است و اختلافی را از بعضی از امامیه نقل کرده است که سهم ذوی القربی به امام اختصاص ندارد، بلکه برای همه نزدیکان پیامبر (ص) از بنی هاشم است و در پایان بر آنچه ذکر و نقل کرده است، ادعای اجماع امامیه را کرده است.

۴. شیخ طائفه در کتاب‌های مختلف خود اقوالی را مطرح کرده است: در نهاییه - در باب قسمت غنائم و خمس - گفته است:

خمس را امام می‌گیرد و شش قسمت می‌کند؛ قسم خداوند و قسم رسول خدا و قسم ذی القربی به امام اختصاص دارد و آن را در امور مربوط به خود و آنچه که از امور دیگران لازم می‌داند مصرف می‌کند و یک سهم برای یتیمان آل محمد (ص) و یک سهم برای مساکین آنها و یک سهم نیز برای ابن سبیل از ایشان است و به غیر از ایشان چیزی از خمس نمی‌رسد. بر امام است که سهام ایشان را - به قدری که برای مؤونه یک سال آنها به صورت معمول کافی باشد - به آنها بدهد و اگر از این مقدار چیزی باقی ماند، مختص به امام است و اگر سهم ایشان کفایتشان را نکرد بر امام است که از سهم خود آن را کامل کند.^۴

در الجمل و العقود گفته است:

خمس شش قسمت می‌شود؛ یک سهم برای خدا و یک سهم برای رسول خدا و یک سهم برای ذی القربی است که این اقسام سه گانه مختص امام

۳. الجوامع الفقهیه، ص ۱۱۲.

۴. النهایة و نکتها، ج ۱، ص ۴۴۹.

است. یک سهم نیز برای یتیمان آل محمد(ص) و یک سهم برای مساکین و

یک سهم برای ابن سبیل از ایشان است.^۵

در مبسوط گفته است:

شایسته است، هنگامی که امام خمس را گرفت آن را شش قسمت کند و

سهمی برای خدا و سهمی برای رسول خدا(ص) و سهمی هم برای ذی

القربی قرار دهد. این اقسام سه گانه برای امام است که قائم مقام نبی(ص)

است و آن را در نفقه خود و عیالش و آنچه لازم می داند در مؤونه غیر ایشان

صرف می کند. یک سهم نیز برای یتیمان آل محمد(ص) و سهمی هم برای

مساکین و یک سهم هم برای ابن سبیل از ایشان است و به سایر اصناف هیچ

مقداری از خمس تعلق نمی گیرد. بر امام است که این سهام را بین آنها به

صورتی که کفایت آنها و مؤونه یک سال آنها را به صورت معمول بدهد

تقسیم کند... و اگر از آن چیزی باقی ماند فقط برای امام است و اگر سهم

آنان برای مؤونه شان کافی نباشد بر امام است که آن را از سهم خویش تکمیل

نماید.^۶

ایشان در این کلام تصریح کرده است که نصف خمس برای امام است و

هنگامی که امام خمس را گرفت، نصف دیگر آن را بین سه گروه دیگر تقسیم

می کند و هر چه از میزان کفایت ایشان بیشتر ماند برای امام است و اگر از میزان

احتیاج آنها کمتر بود امام باید آن را تکمیل کند. ولی از این سخن شیخ، و جواب

تسلیم تمام خمس به امام به دست نمی آید.

شیخ در بحث فیء و قسمت غنائم از کتاب خلاف گفته است:

خمس در نزد ما شش قسمت می شود: سهمی برای خدا و سهمی برای رسول

۵. الرسائل العشر (الجمل والعقود)، ص ۲۰۶-۲۰۷.

۶. المبسوط في فقه الامامية، ج ۱، ص ۲۶۲.

خدا(ص) و سهمی برای ذی القربی است که این سه سهم به رسول خدا(ص) تعلق دارد و بعد از ایشان به ائمه که قائم مقام ایشان هستند تعلق می‌گیرد. یک سهم نیز برای یتیمان و یک سهم برای مساکین و سهم آخر هم برای ابن سبیل از آل محمد(ص) است و هیچ کس دیگری با ایشان شریک نیست.

دلیل ما اجماع فرقه و اخبار وارده و همچنین قول خداوند متعال است.^۷

همچنین گفته است که از نظر ما، سهم ذی القربی و نزدیکان برای امام است و

از نظر شافعی برای تمام نزدیکان است. دلیل ما اجماع فرقه است.^۸

شیخ در بحث زکات از کتاب خلاف گفته است:

محل مصرف خمس، اعم از معادن طلا و غیره، مانند مصرف فیء است، ابوحنیفه نیز همین را می‌گوید و شافعی و اکثر اصحاب او گفته‌اند: مصرف خمس مانند مصرف زکات است، مالک و لیث بن سعد نیز چنین گفته‌اند... دلیل ما عمومیت ظاهر و اخبار وارده در موارد مصرف خمس است و بر آن ادعای اجماع شده است.^۹

ایشان در بحث فیء و تقسیم غنائم از کتاب خلاف گفته است:

فیء برای رسول خدا(ص) و برای ائمه است که قائم مقام او هستند... دلیل ما اجماع فرقه است. وی همچنین گفته است: حکم فیء بعد از نبی همان حکم زمان حضور او و مختص به کسی است که قائم مقام او است. سپس بعد از ذکر نظر مخالف شافعی گفته است: دلیل ما همان است که در گذشته ذکر کردیم و آن اجماع فرقه است.^{۱۰}

۷. خلاف، ج ۴، ص ۲۰۹-۲۱۱، مسئله ۳۷ و ص ۲۱۶-۲۱۷، مسئله ۳۹، چاپ مؤسسه نشر اسلامی.

۸. همان.

۹. خلاف، ج ۲، ص ۱۲۴، مسئله ۱۵۲.

۱۰. خلاف، ج ۴، ص ۱۸۱ و ۱۸۴، مسئله ۲ و ۳.

اگر مسئله بحث زکات را به این دو مسئله اضافه کنیم از همه آنها فهمیده می شود که خمس معادن طلا و غیره از خمس غیر آنها مستثنی است و آن اینکه همه آنها مانند فیء ملک نبی و بعد از او برای امام است .

۵ - ابوالصلاح حلبی (متوفی ۴۴۷ هـ . ق) گفته است :

بر تمامی کسانی که زکات یا فطره یا خمس یا انفال بر آنها متعین شده واجب است که آن را به سلطان اسلام که از طرف خداوند منصوب شده یا کسی که سلطان او را برای این کار و اخذ آن منصوب کرده است ، بپردازند تا سلطان آن را در جای مناسب خود مصرف کند . پس اگر پرداخت به سلطان یا نماینده او میسر نشد به فقیه امین و مورد اطمینان وی بپردازد ... کسی که خمس بر او واجب شده ، لازم است آن را از مال خود خارج کند و نصف آن را برای ولیّ امر کنار بگذارد تا زمانی که بتواند آن را به دست او برساند و نصف دیگر را به مساکین آل علی و جعفر و عقیل و عباس و یتیمان ایشان و ابنای سیبیل آنها بدهد و برای هر گروه یک سوم قرار دهد .^{۱۱}

در قسمت اول به وجوب تسلیم تمام خمس به ولیّ امر یا نائب خاص او در زمان حضور آنها و امکان رساندن خمس به آنها ، فتوا داده است . در قسمت دوم که مربوط به زمان غیبت ولیّ امر است تصریح کرده که نصف خمس برای ولیّ امر مسلمین است که برای او حفظ می شود و نصف دیگر خمس برای سادات است و به آنها داده می شود . اگر چه «شطر» به معنای «جزء» است اما شاید مراد او «نصف» باشد .

۶ - سلار دیلمی (متوفی ۴۴۸ هـ . ق) در بحث خمس از کتاب مراسم گفته

است :

خمس برای خداوند و رسول او و نزدیکان رسول خدا و یتیمان و مساکین و

۱۱ . الکافی فی الفقه ، ص ۱۷۲ - ۱۷۳ .

این سبیل ایشان است. امام آن را شش قسمت می‌کند؛ سه سهم آن برای امام است - که دو سهم آن را از رسول به ارث برده و یک سهم حق اوست - و سه سهم باقیمانده برای یتیمان و مساکین و این سبیل از نزدیکان پیامبر است و به میزان کفایت آنها در یک سال بین ایشان تقسیم می‌شود و اگر چیزی زیاد آمد، امام آن را می‌گیرد و اگر کفایتشان نکرد امام آن را تکمیل می‌کند.^{۱۲}

۷- قاضی ابن براج (متوفی ۴۸۱ هـ. ق) در باب تقسیم خمس از کتاب مهذب پس از ذکر آیه گفته است:

بر این اساس خمس به شش سهم تقسیم می‌شود: سه سهم آن که سهم خداوند و سهم رسول خدا(ص) و سهم ذی القربی (نزدیکان پیامبر) است برای امام(ع) است و امام سه سهم باقیمانده را بین یتیمان و مساکین و این سبیل آل محمد(ص) تقسیم می‌کند و برای هر گروه یک سهم قرار می‌دهد. بر امام است که به میزان کفایت ایشان و خرج معمول یک سال آنها از خمس به آنها بدهد و اگر چیزی باقی ماند برای امام است و اگر کفایتشان نکرد باید از سهم خود، آن را تکمیل کند.^{۱۳}

هر دو تصریح کرده‌اند که نصف خمس برای امام، یعنی ولیّ امر است و از آن جا که تقسیم خمس بر گروه‌های سه‌گانه را از وظایف امام شمرده‌اند، لازمه این سخن آن است که کسانی که خمس بر آنان واجب است، باید تمام آن را به امام پرداخت کنند تا امام حق خود را بردارد و حق گروه‌های سه‌گانه را نیز بین آنها تقسیم کند. همچنین هر دو تصریح کرده‌اند که اگر از سهم گروه‌ها چیزی باقی ماند برای امام است و اگر کمتر از کفایتشان بود بر اوست که از حق خود، آن را جبران کند.

۱۲. مراسم العلویه، ص ۱۴۱-۱۴۲، چاپ مجمع جهانی اهل بیت(ع)

۱۳. مهذب، ح ۱، ص ۱۸۰.

۸. شیخ علاء الدین ابوالحسن حلبی در اشاره السبق می گوید:

خمس به شش سهم تقسیم می شود که یک سهم برای خداوند و یک سهم برای رسول خدا و یک سهم برای ذی القربی است و هیچ کس پس از رسول خدا(ص) جز امام قائم مقام او مستحق گرفتن این سه سهم نیست. سه سهم دیگر برای یتیمان و مساکین و ابن سبیل آل محمد(ص) است که با ایمان و فقیر باشد و نسب او به امیرالمؤمنین(ع) یا یکی از برادران او، یعنی جعفر یا عقیل و یا عموی ایشان عباس، ثابت شده باشد. به هر کدام از این سه گروه به میزان معمول کفایت آنها در یک سال پرداخت می شود.^{۱۴}

ایشان فقط به این نکته تصریح کرده که نصف خمس برای امام است و به دو فرع دیگر اشاره ای نکرده است.

۹. ابن حمزه در بحث خمس کتاب الوسيلة گفته است:

خمس شش قسمت می شود؛ سهمی برای خداوند متعال و سهمی برای رسول خدا(ص) و سهمی برای نزدیکان وی است که این سه سهم برای امام است. یک سهم برای یتیمان و یک سهم برای مساکین و یک سهم برای ابن سبیل از نزدیکان پیامبر است... تقسیم خمس بر عهده امام است و اگر غائب باشد بر عهده کسی است که خمس بر او واجب شده است.^{۱۵}

ایشان به دو امر اشاره کرده است: نصف خمس برای امام است و اگر حاضر باشد می بایست خمس به ایشان داده شود تا در جای خود مصرف کند.

۱۰. ابوالمکارم ابن زهره (متوفی ۵۸۵ هـ. ق) در فصل خمس از کتاب غنیه گفته است:

خمس شش قسمت می شود؛ سه سهم برای امام که پس از پیامبر جانشین

۱۴. اشاره السبق، ص ۱۱۴، الجوامع الفقهیه، ص ۵۴.

۱۵. الوسيلة إلى نيل الفضيلة، ص ۱۳۷.

اوست و آن سهم خداوند و سهم رسول او و سهم ذی القربی است که خود امام است، و سه سهم دیگر برای یتیمان و مساکین و ابن سبیل از منسوبین به امیرالمؤمنین و جعفر و عقیل و عباس (رضی الله عنهم) است که برای هر گروه سهمی است و امام آن را به میزان کفایت معمول ایشان در یکسال بین آنها تقسیم می کند. آنها باید مؤمن و یا در حکم آن باشند. دلیل این فتوا اجماعی است که ذکر شد. ۱۶

او نیز مانند ابن حمزه به این مطلب اشاره کرده است که نصف خمس برای امام است و پرداخت خمس به امام واجب است تا آن را بین اصناف و گروه ها تقسیم کند.

۱۱. کیدری از علمای قرن ششم در اصباح الشیعه گفته است:

نصف خمس برای امام است که جانشین رسول (ص) است و نصف دیگر آن سه قسمت می شود: قسمی برای یتیمان آل محمد (ص) و قسمی برای مساکین ایشان و قسم آخر برای ابن سبیل از ایشان است و به غیر از آنها چیزی تعلق نمی گیرد و امام آن را به قدر کفایتشان در یک سال به صورت معمول میان آنان تقسیم می کند... اگر چیزی از آن زیاد آمد برای امام است و اگر کمتر از کفایتشان بود بر امام است که از قسمت خود آن را تکمیل کند. ۱۷

همانگونه که مشاهد می شود عبارت ایشان بر هر سه فرع دلالت می کند.

۱۲. محمد بن ادريس در باب تقسیم غنائم و خمس و کسانی که مستحق آن

هستند در کتاب سرائر گفته است:

امام خمس را می گیرد و شش قسمت می کند، یک قسم برای خداوند و

۱۶. غنية النزوع، ص ۱۳۰.

۱۷. اصباح الشیعه، ص ۱۲۰.

قسمی برای رسول خدا(ص) و یک قسم برای ذی القربی است که این سه قسم مخصوص امام است و آنها را در امور مربوط به خود و آنچه که از مؤونه افراد واجب النفعه او لازم می آید، مصرف می کند و یک سهم برای یتیمان بنی هاشم و یک سهم برای مساکین ایشان و یک سهم برای ابن سبیل ایشان است. بر امام است که سهام ایشان را به قدر کفایت و مؤونه یک سال ایشان به صورت معمول به آنها بدهد و اگر از آن چیزی باقی ماند امام حافظ آن و متولی حفظ آن برای ایشان است و جایز نیست که از آن چیزی را به تملک خود در آورد؛ زیرا حق ایشان است و جایز نیست از مال ایشان چیزی را برای خود بردارد و همچنین در کتاب های ... و اخبار نادر وارد شده است که اگر کم آمد بر عهده امام است تا آن را از سهم مخصوص خود جبران کند و این صحیح نیست و سخن قبل از آن خلاف آن است ... و قرآن و اجماع اصحاب دو دلیل بر استحقاق امام بر نصف خمس هستند ... ۱۸

او فتوا داده است که خمس به امام داده می شود و امام می بایست سهم گروه های سه گانه را در بین آنها تقسیم کند و نصف خمس با شرحی که در عبارت او ذکر شد برای امام است و بر آن ادعای اجماع کرده است و از طرفی به شدت منکر آن است که مازاد خمس گروه های سه گانه بعد از اعطای مؤونه یک سال ایشان به امام برسد و بر امام واجب باشد کمبود مؤونه ایشان را از سهم مخصوص خود جبران کند.

۱۳. محقق در کتاب های خود نظراتی دارد:

الف) در بحث خمس کتاب شرایع گفته است:

خمس به شش قسم تقسیم می شود، سه قسم برای پیامبر است که آنها سهم خداوند و سهم رسول او و سهم ذی القربی است که امام است، و بعد از

پیامبر برای امام است که قائم مقام اوست، آنچه را نبی یا امام از خمس گرفت به وارث وی منتقل می‌شود، و سه قسم برای یتیمان و مساکین و ابن سبیل است. و گفته شده است که خمس به پنج قسم تقسیم می‌شود، اما نظر اول اشهر است... چند مسئله... سوم: امام خمس سه گروه مذکور را به قدر کفایت آنها به صورت معمول بین آنها تقسیم می‌کند و اگر زیاد آمد برای اوست و اگر کم آمد از سهم خود آن را تکمیل می‌کند.

ظاهر این سخن فتوا دادن به آن چیزی است که آن را اشهر دانسته است که آن نصف خمس برای امام و ولیّ امر مسلمین است. همچنین تقسیم کردن خمس بین گروه‌های سه‌گانه را از وظایف امام شمرده، دلالت بر آن دارد که می‌بایست تمام خمس به امام داده شود. در آخر عبارت، فتوا داده که زیادی خمس برای امام است و کمبود آن را نیز او باید جبران کند.

ب) در مختصر النافع گفته است:

بنا بر اشهر، خمس شش قسمت می‌شود. سه قسم برای امام و سه قسم برای یتیمان و مساکین و ابن سبیلی است که از طرف پدر به عبدالمطلب منتسب هستند... و به این باب مسائلی الحاق می‌شود... سوم: خمس با وجود امام به او پرداخت می‌شود و مازاد از کفایت گروه‌های سه‌گانه به امام می‌رسد و چنانچه کمتر از حد کفایتشان باشد امام باید آن را تکمیل کند.

در اینجا نیز به آنچه اشهر است فتوا داده است که نصف خمس برای امام است و مسئله سوم نیز دلالت بر فتوای او نسبت به دو فرع دیگر دارد.

ج) در معتبر گفته است:

خمس شش قسمت می‌شود؛ سه قسم برای پیامبر(ص) است که سهم خداوند و سهم رسول(ص) و سهم ذوی القربی است و بعد از پیامبر(ص) برای امام است که قائم مقام اوست. و سه قسم دیگر برای یتیمان و مساکین

و ابن سبیل از نزدیکان پیامبر (ص) است. ۱۹

همچنین در مسئله پنجم از مسائل ملحق به باب خمس در «معتبر» گفته است: خمس با وجود امام به وی داده می شود، همانگونه که به نبی (ص) داده می شد و در جواز رساندن خمس به مستحق آن به صورت انفرادی در غیر از سهم امام، تردید است که اقرب، جواز آن است. اما با عدم حضور امام، اخراج سهم یتیمان و مساکین و ابن سبیل به صورت انفرادی جایز است و اینکه با سهم امام (ع) چگونه عمل می شود خواهد آمد. بر امام است که خمس را به میزان حاجت این گروه ها میان ایشان تقسیم کند و آنچه از میزان کفایتشان زیاد آمد برای امام است و اگر کمتر آمد امام آن را تکمیل می کند. شیخ در نهاییه و مبسوط و مفید در المقنعه و جمعی از علمای ما همین گونه ذکر کرده اند... آنچه سزاوار است به آن عمل شود، تبعیت از نقل اصحاب و آنچه که فقها به آن فتوا داده اند و از باقی علما معلوم نیست ردی بر آن پیدا شده باشد. ۲۰

او در مسئله اول فتوا داده است که نصف خمس برای امام است و در مسئله اخیر به وجوب پرداخت تمام خمس به امام فتوا نداده است، اما اگر به امام داده شد و او آن را در بین گروه های سه گانه تقسیم کرد اگر از میزان کفایتشان بیشتر بود برای امام است و اگر کمتر باشد کامل کردن آن از سهم خودش بر عهده امام است.

۱۴. علامه حلی در کتاب های خود به فروع مذکور اشاره کرده است که متن

آنها چنین است:

الف) در ارشاد گفته است:

خمس شش قسمت می شود که سه قسم برای امام و سه قسم برای یتیمان و

۱۹. المعتبر فی شرح المختصر، ج ۲، ص ۶۲۷.

۲۰. همان، ص ۶۳۸.

مساکین و ابن سبیل از مؤمنین هاشمی است و جایز است آن را به یکی از این سه گروه داد اما کراهت دارد. خمس به قدر کفایت میان آنان تقسیم می شود و باقی مانده برای امام است و تکمیل کمتر از کفایت نیز بر عهده امام است. ۲۱

ظاهر این فتوا آن است که نصف خمس برای امام است و مازاد بر کفایت سه گروه دیگر نیز برای امام و تکمیل نقص آن هم بر عهده امام است و اشاره ای به وجوب پرداخت تمام خمس به امام نکرده است.

ب) علامه در قواعد گفته است:

مستحقین خمس شش دسته اند:

خداوند و رسول و نزدیکان او که منظور امام است، و این سه سهم برای پیامبر(ص) و بعد از او برای امام است، و یتیمان و مساکین و ابن سبیل ... و آنچه پیامبر یا امام گرفته اند بعد از او به وارث منتقل می شود. آنچه که از میزان کفایت معمول گروه های سه گانه زاید آید برای امام و تکمیل نواقص آن نیز به قولی بر عهده امام است. ۲۲

ایشان به طور قطعی نصف خمس را برای امام می داند، اما در این مسئله تردید دارد که میزان باقی مانده از قدر کفایت گروه های سه گانه برای امام و تکمیل نواقص آن نیز بر عهده امام باشد و همچنین به وجوب پرداخت تمام خمس به امام اشاره ای نکرده است.

ج) در مختلف گفته است:

مشهور آن است که خمس شش قسمت می شود: یک سهم برای خداوند و یک سهم برای رسول و یک سهم برای ذی القربی است و یک سهم برای

۲۱. ارشاد الاذهان، ج ۱، ص ۲۹۳.

۲۲. قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۳۶۳ و ۳۶۴، چاپ مؤسسه نشر اسلامی.

یتیمان و یک سهم برای مساکین و یک سهم برای ابن سبیل است. شیخ مفید و شیخ طوسی و سید مرتضی و ابن جنید و ابن براج و دیگر علمای ما نیز چنین نظری دارند. از بعضی از علما نقل شده است که خمس پنج قسمت می شود. من قول مشهور را اختیار می کنم.^{۲۳}

همچنین در مختلف گفته است:

مشهور آن است که ذی القربی فقط امام (ع) است و او سهم خداوند و سهم رسول را به سبب وراثت می گیرد، و سهم ذی القربی را اصالتاً می گیرد، شیخ مفید و شیخ طوسی و سید مرتضی و ابوالصلاح و سلار و ابن ادریس چنین نظری دارند. سید مرتضی از بعضی از علمای ما نقل کرده است که سهم ذی القربی اختصاص به امام ندارد؛ بلکه برای همه نزدیکان پیامبر از بنی هاشم است و این نظر ابن جنید است و اما خود او (سید مرتضی) نظر مشهور را پذیرفته است.^{۲۴}

همچنین در مختلف گفته است:

شیخ مفید و شیخ طوسی گفته اند: نصف خمسی که برای یتیمان و مساکین و ابن سبیل است، امام آن را به قدر کفایت یک سال آنها میانشان تقسیم می کند و اگر چیزی باقی ماند امام آن را می گیرد و اگر کمتر از حد کفایتشان بود از حق خود آن را تکمیل می کند. از آنجا که کامل کردن نواقص بر عهده اوست، پس مقدار مازاد نیز برای او خواهد بود. این نظر ابن براج و سلار است و ابن ادریس آن نپذیرفته و گفته است: برای امام جایز نیست که مازاد را بر دارد و همچنان که تکمیل میزان نقص از کفایت نیز بر عهده او نیست...

۲۳. مختلف الشیعه، ج ۳، ص ۳۲۵-۳۲۹.

۲۴. همان.

نظر ابن ادریس قوی به نظر می‌رسد و مخالفت کردن با اکثر اصحاب نیز

مشکل است، پس ما در این مسئله توقف می‌کنیم. ۲۵

پس فتوای علامه در اینجا آن است که نصف خمس برای امام است و در این مسئله که مازاد بر کفایت گروه‌های سه‌گانه برای امام و تکمیل نواقص آن بر عهده او باشد، توقف کرده است، ظاهراً به مسئله و جواب پرداخت تمام خمس به امام نیز نظر نداشته است.

(د) در تذکره گفته است:

خمس نزد اکثر علمای ما شش قسمت می‌شود: سهمی برای خداوند و سهمی برای رسول و سهمی برای ذی القربی و یک سهم برای یتیمان و یک سهم برای مساکین و یک سهم برای ابن سبیل است ... و بعضی از علمای ما گفته‌اند: پنج قسمت می‌شود: یک سهم برای رسول خدا(ص) و یک سهم برای ذی القربی ... است، ابوحنیفه و شافعی نیز همین نظر را دارند...

... سهم خداوند و سهم رسول برای رسول خداست و در زمان حیاتش هرگونه که بخواهد مصرف می‌کند و بعد از نبی برای امام است که قائم مقام اوست؛ زیرا به اعتبار ولایت عامه‌ای که دارد حق اوست که بخشی از آن را برای احتیاجات خود مصرف کند و این حق به جانشین او منتقل می‌شود....

... مراد از ذی القربی در نظر علمای ما فقط امام است؛ زیرا لفظ مفرد است و در استعمال حقیقی شامل بیش از یک نفر نمی‌شود و اصل نیز عدم مجاز است ... ۲۶

همچنین گفته است:

۲۵. همان، ص ۳۳۲-۳۳۷.

۲۶. تذکره الفقهاء، ج ۵، ص ۴۳۱-۴۳۷، مسئله ۳۲۱-۳۲۳.

سهام سه گانه ای که برای امام است آنها را تملیک کرده و در هر کجا که بخواهد مصرف می کند و سه سهم دیگر برای گروه های سه گانه است و امام آنها را به صلاحدید خود به میزان مساوی یا متفاوت بین آنها تقسیم می کند. این سهام میان حاضرین تقسیم می شود و به کسانی که دورند نمی رسد، اما اگر از حد کفایت حاضرین چیزی باقی ماند جایز است که به شهرهای دیگر منتقل شود. ۲۷

مقتضای مسائل سه گانه مذکور آن است که نصف خمس برای امام است و ظاهر مسئله آخر آن است که با توجه به اینکه تقسیم خمس در بین گروه های سه گانه وظیفه امام شمرده شده پس واجب است تمام خمس به ایشان پرداخت شود. اما علامه حکم صورتی را که سهم این گروه ها بیشتر یا کمتر از کفایتشان باشد، مطرح نکرده است.

علامه حلی در مسائل انقال گفته است:

آنچه به امام اختصاص دارد در حال ظهور امام هر گونه تصرفی در آن حرام است مگر به اذن او ... بلکه تمام خمس به ایشان پرداخت می شود و امام نصف آن را بر می دارد و هرگونه صلاح بدانند مصرف می کند و نصف دیگر را میان گروه های سه گانه به قدر حاجت و ضرورتشان تقسیم می کند و اگر چیزی باقی ماند برای خودش است و اگر کم آمد باید آن را تکمیل کند؛ زیرا در تقسیم خمس و تفضیل برخی از اصناف بر بعضی دیگر به صلاحدید خود و براساس کم و زیاد نیاز آنها، نظر امام ملاک است. روایت امام کاظم (ع) [مرسل حماد بن عیسی] نیز بر همین معنا دلالت دارد ...

این ادیس این را نپذیرفته است؛ زیرا سهم های سه گانه طبق نص قرآن برای گروه های سه گانه مذکور است. نظر این ادیس نادرست است؛ زیرا ممکن

است مراد قرآن بیان مصرف آن سهام باشد و لذا جایز است امام بعضی را

ترجیح دهد و بعضی را محروم کند. ۲۸

ایشان در اینجا طبق نظر معروف فتوا داده و به صورت قطعی نظر ابن ادریس را

رد کرده است.

ه) در منتهی در بحث سوم از کیفیت تقسیم خمس گفته است: خمس در نظر

مشهور اصحاب شش قسمت می شود:

سهمی برای خداوند و سهمی برای رسول خدا(ص) و سهمی برای ذی

القربى و سهمی برای یتیمان و سهمی برای مساکین و سهمی برای ابن سبیل

است ... و بعضی از اصحاب ما گفته اند: خمس پنج قسمت می شود: سهم

خداوند برای رسول اوست و یک سهم برای ذی القربى و سه سهم دیگر

برای یتیمان و مساکین و ابن سبیل است ...

ایشان در بیان مراد از ذی القربى گفته است:

شیخان [مفید و طوسی] گفته اند: مراد از ذی القربى فقط امام است، سید

مرتضی و اکثر علمای ما نیز این نظر را برگزیده اند. بعضی گفته اند مراد از

آن، نزدیکان پیامبر(ص) از فرزندان هاشم است ... ۲۹

علامه در مورد مصرف سهام ششگانه گفته است:

سهم های سه گانه که برای امام است ملک وی است و آن را هر گونه که

بخواهد در نفقه خود و عیال خود و دیگر مصالح و منافع خود مصرف

می کند، و سه سهم باقی مانده برای افراد گروه های دیگر است و اختصاص

به دور و نزدیک ندارد. ۳۰

۲۸. تذكرة الفقهاء، ج ۵، ص ۴۴۲، م ۳۳۲.

۲۹. منتهی المطلب في تحقیق المذهب، ج ۱، ص ۵۵۰-۵۵۲، چاپ رحلی.

۳۰. همان.

سپس در مسایل بحث انفال گفته است :

در زمان حضور امام، خمس به ایشان داده می شود همانگونه که در زمان رسول خدا(ص) به ایشان داده می شد و نصف آن را گرفته و هرگونه بخواهد در آن تصرف می کند، نصف دیگر در سه گروه دیگر به میزان حاجت و ضرورت ایشان مصرف می شود و اگر زیاد آمد برای امام است و اگر کمتر از احتیاج ایشان بود بر امام است که آن را تکمیل کند. این نظر شیخ مفید و شیخ طوسی و جماعتی است و ابن ادریس آن را رد کرده است. [سپس دلیل مشهور را مطرح و شبهات ابن ادریس را پاسخ داده و آن گاه گفته است]... این خلاصه نظر دو طرف است و تحقیق حق بر عهده تو است. ^{۳۱}

ظاهر مسائلی که علامه در تقسیم خمس مطرح کرده آن است که نصف خمس برای امام است و در مسائل بحث انفال نیز بر آن تاکید کرده است. اما ظاهر سخن او در بحث انفال آن است که تمام خمس در جمیع موارد و جوب آن باید به امام داده شود، اما در مورد این فرع که «مقدار زاید بر نیاز گروه های سه گانه برای امام و تکمیل نقصان آن نیز بر عهده اوست» از عبارت اخیر ایشان به دست می آید که در آن توقف کرده است.

در تحریر گفته است :

خمس شش قسمت می شود: نصف آن که سهم خداوند و رسول و ذی القربی است برای امام و نصف دیگر برای گروه های سه گانه است ... مراد از ذی القربی در اینجا فقط امام است، او سهم ذی القربی را به سبب نص و سهم خدا و رسول را به سبب وراثت از رسول می گیرد. ^{۳۲}

در بحث انفال از کتاب تحریر گفته است :

تصرف کردن در آنچه که در زمان ظهور امام به او اختصاص دارد، حرام

۳۱. همان، ص ۵۵۴.

۳۲. تحریر الاحکام، ج ۱، ص ۷۴.

است مگر به اذن او ... و تمام خمس به امام داده می شود که نصف آن را هرگونه بخواهد مصرف می کند و نصف دیگر را به سه گروه به قدر حاجت و ضرورتشان می دهد. شیخ مفید و شیخ طوسی گفته اند: اگر زیادی آمد برای امام است و اگر کمتر بود بر اوست که آن را تکمیل کند. ابن ادریس این نظر را رد کرده است و من در آن مردد هستم.^{۳۳}

از جمیع سخنان ایشان استفاده می شود که فتوای وی آن است که نصف خمس برای امام است و واجب است در زمان ظهور امام تمام خمس به او داده شود، و در اینکه مقدار زاید بر نیاز گروه های سه گانه برای امام و تکمیل کمبود آن نیز بر عهده او باشد، تردید دارد.

۱۵. شهید در درس گفته است:

مستحقین خمس عبارتند از: امام و یتیمان و مساکین و در راه ماندگان که نسبت آنها از پدر به هاشم می رسد. خمس بین امام و این سه گروه تقسیم می شود و در روایت ربعی آمده است: $\frac{۱}{۵}$ خمس برای امام و باقی برای آنها می باشد، و در روایت دیگری آمده است: $\frac{۱}{۳}$ خمس برای امام است. از ظاهر کلمات ابن جنید به دست می آید که سهم خداوند به امام می رسد و سهم رسول هم برای نزدیک ترین شخص به او است و سهم ذوی القربی هم برای ایشان است. نصف دیگر خمس پس از رفع نیاز نزدیکان برای سه گروه باقی مانده از مسلمین است. این سخن ابن جنید شاذ است ... با وجود امام، تمام خمس به ایشان داده می شود و او سهم همه را به میزان کفایتشان می دهد و باقی مانده برای خود اوست و اگر کمتر بود بر عهده اوست که آن را کامل کند، ولی ابن ادریس این نظر را نپذیرفته است.^{۳۴}

۳۳. همان، ص ۷۵.

۳۴. درس الشریعه، ج ۱، ص ۲۶۱-۲۶۲، چاپ مؤسسه نشر اسلامی.

شهید مطابق نظر مشهور، فتوا داده و گفته است که نصف خمس برای امام است و باید تمام خمس به امام داده شود و مازاد بر نیاز گروه‌های دیگر برای امام و تکمیل کمبود آن نیز بر عهده امام است. این نظرات پانزده گانه فقهای بزرگ ما بود که بیشتر آنان از قدما و دو نفر از متأخرین بودند. عبارات ایشان از حدود بیست و پنج کتاب نقل شد و چهار مسئله در مورد خمس از آنها به دست آمد که به ترتیب عبارتند از:

۱- نصف خمس برای امام است.

۲- این حکم شامل خمس تمام مواردی است که خمس به آنها تعلق می‌گیرد.

۳- مازاد بر کفایت گروه‌های سه گانه برای امام و تکمیل کمبود آن بر عهده امام است.

۴- اگر امام نصیب خود از خمس را بگیرد و از دنیا برود، جزو ما ترک اوست و مانند میراث دیگر مردم بین وراث او تقسیم می‌شود.

در کلام بیشتر ایشان آمده بود که پرداخت تمام خمس به امام واجب است تا سهم خود را بردارد و نسبت به باقی آن به وظیفه الهی خود عمل کند.

زکات

سومین مورد از اموالی که اختیار آن به دست ولیّ امر می‌باشد، زکات اموال است. شکی نیست که موارد مصرف زکات مال همان موارد هشت گانه است که در قرآن ذکر شده است:

إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةَ قُلُوبِهِمْ وَفِي

الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ

حکیم. ۳۵

۳۵. توبه، آیه ۶۰.

مراد از صدقات، زکات مال است و دلالت آیه مبارکه بر مصرف آن در موارد هشتگانه ذکر شده در آیه، واضح است و اخبار و فتاوی اصحاب نیز آن را تأیید می کند. البته روایات دلالت دارند که گرفتن زکات و انفاق آن در موارد مصرف خود از وظایف ولیّ امر است و بدون شک بر امت اسلامی نیز واجب است که آن را به ولیّ امر بدهند. زکات اگر چه از اموال ولیّ امر نیست اما باید در اختیار او قرار گیرد، براین اساس زکات از قبیل اموال عمومی، مانند جزیه و خراج (مالیات) است. ابتدا اقوال فقهای عظام را ذکر کرده، سپس به مقتضای ادله باب اشاره می کنیم.

کلمات فقها در پرداخت زکات به ولیّ امر مختلف است؛ گروهی از ایشان به وجوب قائلند و مشهور آنها معتقد به وجوب نیستند. ابتدا کلمات و نظرات قائلین به وجوب را مطرح می کنیم:

۱- شیخ مفید در مقنعه بعد از بحث از زکات مال و فطره و وجوب پرداخت زکات به امام گفته است:

خداوند می فرماید: «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَوَاتِكَ سَكَنٌ لَهُمْ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ»^{۳۶}.

خداوند به پیامبر (ص) خود امر کرده است که صدقات مردم را که سبب تطهیر آنها از گناهانشان می شود، بگیرد و به سبب واجب کردن اطاعت از رسول خدا و نهی از مخالفت با او، پرداخت زکات به رسول خدا را نیز بر مردم واجب کرده است.

امام نیز در تمام مواردی که بر پیامبر واجب شده قائم مقام پیامبر است، مانند اقامه حدود و احکام، زیرا امام نیز در این امور بنا بر آنچه بیان کردیم، مخاطب به خطاب رسول خدا است.

۳۶. توبه، آیه ۱۰۳.

بنابراین، هرگاه نبی حضور داشته باشد، پرداخت زکات به او واجب است و پس از وفات او واجب است زکات به خلیفه او پرداخت شود و هرگاه خلیفه نیز غایب باشد، پرداخت زکات به کسی که از شیعیان خاص او بوده و توسط وی منصوب شده واجب است و هرگاه سفیران امام در بین مردم نباشند، پرداخت زکات به فقهایی که اهل ولایت امام بوده و مورد اطمینان ایشان هستند واجب است؛ زیرا فقیه آگاه‌ترین فرد به مواضع زکات است.^{۳۷}

دلالت کلام ایشان بر وجوب پرداخت زکات به نبی و امام (صلوات الله علیه) و سپس به وکلای مخصوص ایشان واضح است.

۲- شیخ طوسی در باب مستحقین زکات از کتاب نهاییه گفته است:

اگر امام یا کسی که امام او را نصب کرده است حاضر باشد زکات به او پرداخت می‌شود تا به صلاحدید خود بین گروه‌های هشتگانه تقسیم کند. لازم نیست زکات را به صورت مساوی بین این گروه‌ها تقسیم کند بلکه اگر تعداد افراد یک گروه از دیگری بیشتر باشد می‌تواند به آنها سهم بیشتری بپردازد. اگر امام یا کسی که از جانب امام منصوب شده، حاضر نباشد زکات بین پنج گروه از کسانی که ذکر کردیم تقسیم می‌شود.^{۳۸}

دلالت کلام ایشان نیز بر وجوب پرداخت ابتدایی به امام واضح است و جمله «هرگاه امام یا کسی که از طرف امام منصوب است حاضر باشد، زکات به او پرداخت می‌شود»، جمله خبریه در مقام انشاء است و مدلول آن، وجوب پرداخت زکات به امام و یا منصوب اوست.

۳- ابوالصلاح حلبی در کتاب کافی می‌گوید:

۳۷. المقننه، ص ۲۵۲.

۳۸. النهایة و نکتها، ج ۱، ص ۴۳۴.

واجب است هرکسی که زکات یا فطره یا خمس و یا انفال بر او واجب شده است، آن را به سلطان اسلام که منصوب خداوند متعال است و یا به کسی که سلطان اسلام او را برای گرفتن این اموال نصب کرده است، پردازد تا او آن را در جای خود مصرف کند. اگر هر دو مورد مقدور نبود، به فقیه مورد اطمینان بدهد و اگر هیچ یک از این موارد نبود و یا مکلف ترجیح داد که خود این کار را انجام دهد، مستحق زکات و فطره فقیر مؤمن عادل است، نه کس دیگر. ۳۹.

دلالت ابتدایی این کلام بر مطلب واضح است و سخن او در پایان «پس اگر هیچ یک از موارد مقدور نبود و یا مکلف ترجیح داد خود این کار را انجام می دهد»، ناظر به زمان عدم قدرت بر پرداخت به فقیه؛ مانند زمان غیبت است و شامل زمان حضور امام و امکان دستیابی به او و یا منصوبان او نمی شود. به همین دلیل علامه در کتاب مختلف، نظر ابوالصلاح در کافی را همچون نظر شیخ مفید دانسته که پرداخت زکات به امام یا نایب او را واجب دانسته است.

۴- قاضی ابن براج در بحث زکات کتاب مهذب گفته است:

اگر امام حاضر باشد واجب است زکات به او پرداخت شود تا بتواند بین مستحقین آن تقسیم کند و اگر غائب باشد، جایز است آن را در بین پنج گروه فقرا و مساکین و بندگان و بدهکاران و در راه ماندگان تقسیم کند. ۴۰.

دلالت این مطلب بر مطلوب ما روشن است و محتاج بیان نیست.

۵- ابوالمکارم ابن زهره در فصل پنجم در احکام متعلق به زکات از کتاب غنیه

گفته است:

واجب است زکات به امام و یا کسی که منصوب اوست پرداخت شود تا آن

۳۹. الکافی فی الفقه، ص ۱۷۲.

۴۰. مهذب، ج ۱، ص ۱۷۱.

را در محل خود مصرف کند و اگر این امکان نداشت، در صورتی که زکات دهنده مستحقین آن را می شناسد، جایز است زکات را به ایشان بدهد و اگر آنها را نمی شناسد، آن را به فقیه مورد اطمینان می رساند تا او متولی تقسیم آن در موارد خود شود... تمام این احکام به دلیل اجماع و نیز رعایت احتیاط است. ۴۱

دلالت کلام او نیز بر وجوب پرداخت زکات به امام یا منصوب او واضح است و حتی ادعای اجماع بر آن کرده است.

این پنج فقیه از قدما به وجوب پرداخت زکات به امام فتوا داده اند و صرف زکات در موارد هشتگانه آن را از وظایف ولی امر دانسته اند.

اکنون به نقل نظرات مشهور قائلین به عدم وجوب پرداخت زکات به امام می پردازیم. به نظر ایشان پرداخت زکات به امام واجب نیست مگر زمانی که خود امام به آن امر کرده باشد.

۱. سید مرتضی در کتاب *جمل العلم و العمل* در کیفیت خارج کردن زکات گفته است:

افضل و اولی آن است که زکات بویژه در اموالی مثل چهارپایان و زراعت به امام و یا کسانی داده شود که از طرف او نیابت دارند. اگر این کار ممکن نبود روایت شده که زکات را به فقهای مورد اطمینان برساند تا آن را در جای خود مصرف کند و اگر در زمان عدم حضور امام و نایب او خود زکات دهنده تقسیم زکات را برعهده بگیرد، جایز است. در زکات فطره خود شخص زکات دهنده آن را به مستحقانش می رساند. ۴۲

دلالت این سخن بر عدم وجوب پرداخت زکات اموال و فطره به امام و نایب

۴۱. الغنیه، ص ۱۲۵-۱۲۶.

۴۲. *جمل العلم و العمل*، ص ۱۲۷.

او، بلکه فقط اولویت داشتن آن، بسیار روشن است.

۲- شیخ طوسی نیز عدم وجوب پرداخت زکات به امام و نایب او را در کتاب مبسوط و خلاف پذیرفته است.

الف) در مبسوط گفته است:

جایز است خود صاحب مال، خارج کردن زکات مال را برعهده گیرد و آن را در بین اهل آن تقسیم کند و فرقی نمی‌کند که مال او ظاهر باشد یا ظاهر نباشد، ولی در اموال ظاهر بهتر است آن را به امام یا کسی که از طرف او مأمور است بدهد. البته هرگاه امام زکات را از او مطالبه کند، واجب است آن را به امام بپردازد.^{۴۳}

این عبارت بر عدم وجوب پرداخت زکات به امام و بر وجوب پرداخت آن در هنگام مطالبه امام دلالت می‌کند.

همچنین در مبسوط - بعد از ذکر اصناف هشتگانه مستحقین زکات - گفته است:

اموال بر دو گونه‌اند: ظاهر و غیر ظاهر؛ منظور از اموال غیر ظاهر، دینار و درهم و اموال تجاری هستند و مالک در این موارد مختار است که آن را به امام یا نایب او پرداخت و یا اینکه خود به تنهایی آن را بین مستحقین تقسیم کند و هیچ خلافتی در این مورد ذکر نشده است.

اما زکات اموال ظاهر مثل چهارپایان و جو و گندم بهتر است آن را به امام بدهد؛ البته در صورتی که امام آن را مطالبه نکرده باشد. اگر خود نیز تقسیم آنها را برعهده بگیرد کافی و مجزی است و در زمانی که امام آن را مطالبه کند واجب است آن را به امام بپردازد و در این صورت اگر خود وی آن را تقسیم کند مجزی نیست... برعهده امام است که در هر سال مأموران خود را به سوی صاحبان اموال بفرستد تا صدقات را جمع‌آوری کنند و ترك این عمل

۴۳. المبسوط في فقه الامامية، ج ۱، ص ۱۴۴.

جایز نیست؛ زیرا پیامبر(ص) در هر سال چنین می‌کردند، زکاتی که به مأمور داده می‌شد آن را می‌گرفت و اگر کسی زکات نمی‌داد و می‌گفت که زکات خود را خارج کرده است، گفته او را تصدیق می‌کرد.^{۴۴}

شیخ در این سخنان، پرداخت زکات به امام یا نایب او را واجب نکرده است و فقط به استحباب پرداخت زکات در اموال ظاهر به امام فتوا داده است و منظور کلام ایشان که فرمود: «بدون هیچ خلافی در این مورد...» اراده نفی خلاف در این مورد از عامه است و در مقام ادعای انعقاد اجماع فقهای امامیه بر این استحباب نیست. البته پرداخت زکات به امام را هنگامی که خود امام آن را مطالبه کند، واجب دانسته و حتی فتوا داده است که در این فرض اگر خود شخص زکاتش را اخراج کند مجزی نیست.

وی با این وصف، یکی از وظایف امام را فرستادن مأمورین در هر سال به سوی صاحبان اموال برای جمع آوری صدقات دانسته است که نتیجه این سخن آن است که امام در هر سال باید از مردم بخواهد که زکات را به او بدهند و بر این اساس پرداخت زکات به امام واجب می‌شود؛ زیرا در واقع او با فرستادن مأمورین جمع آوری زکات آن را مطالبه کرده است.

ب) در بحث زکات کتاب خلاف گفته است:

جایز است که انسان خارج کردن زکات مالش را هم در اموال ظاهر و هم در اموال غیر ظاهر خود به عهده بگیرد اما افضل در مورد اموال ظاهری آن است که به امام پرداخت شود، چنانچه خودش نیز آن را تقسیم کند مجزی است. شافعی گفته است: «به اتفاق جایز است که زکات اموال غیر ظاهری را خود شخص صاحب مال خارج کند، اما در اموال ظاهر دو قول هست». وی در نظر جدیدش گفته است جایز است و در نظر سابقش گفته است جایز نیست.

۴۴. همان، ص ۲۳۳.

مالک و ابو حنیفه نیز گفته اند: جایز نیست. دلیل ما آن است که همه آیاتی که امر به پرداخت زکات کرده اند مانند: «و اقموا الصلاة و اتوا الزکاة»^{۴۵} و «یوتون الزکاة»^{۴۶} عام بوده و شامل این مورد می شوند و تخصیص آنها جایز نیست، مگر با دلیل. این سخن با آیه «خُذْ مِنْ اَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً» منافات ندارد؛ زیرا پرداخت زکات به امام در صورت مطالبه ایشان واجب است ولی اگر امام مطالبه نکرد و خود شخص زکات مالش را خارج کرد، مجزی است.^{۴۷}

مفاد کلام شیخ در اینجا مانند سخن وی در مبسوط است. مفهوم جمله اخیر ایشان که «اگر امام مطالبه نکند و صاحب مال خودش زکات را خارج کند مجزی است» آن است که اخراج زکات مال توسط خود مکلف در صورت مطالبه امام، مجزی نیست.

همچنین در کتاب خلاف در بحث زکات فطره گفته است:

پرداخت زکات اموال ظاهر و غیر ظاهر و زکات فطره به امام مستحب است تا آن را میان مستحقین تقسیم کند و اگر خودش نیز آنها را تقسیم کند جایز است. شافعی گفته است: «در مورد اموال غیرظاهری مختار است و فطره نیز مانند آن است و در مورد اموال ظاهری دوقول مطرح است؛ یکی اینکه خودش عهده دار آن شود و دیگر اینکه به امام بدهد». برخی دیگر از فقهای عامه گفته اند: اگر امام عادل باشد افضل آن است که خود شخص عهده دار تقسیم زکات شود و اگر امام جائز باشد به اتفاق همه فقها خود مکلف باید عهده دار شود و اگر زکات را به امام جائز پردازد، و جواب آن از او ساقط

۴۵. بقره، آیه ۱۱۰.

۴۶. مائده، آیه ۵۵.

۴۷. خلاف، ج ۲، ص ۵۱، مسئله ۶۰، چاپ مؤسسه نشر اسلامی.

می شود. دلیل ما اجماع فرقه و اخبار ایشان است و آیه «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً» نیز دلالت بر آن دارد. امام در این مورد، قائم مقام نبی(ص) است. ۴۸

کلام ایشان در عدم وجوب پرداخت ابتدایی زکات اموال و فطره به امام صراحت دارد و نسبت به آن ادعای اجماع فرقه را کرده است. همچنین در بحث تقسیم صدقات کتاب خلاف گفته است:

در مورد اموال غیر ظاهری هیچ خلافتی نیست که پرداخت زکات آن به امام واجب نیست و صاحب آن مختار است آن را به امام بدهد و یا خودش عهده دار تقسیم آن شود، اما در اموال ظاهری به نظر ما جایز است که خودش عهده دار تقسیم آن شود مگر آنکه امام آن را مطالبه کند، در این صورت پرداخت آن به امام واجب است و اگر به امام ندهد و خودش تقسیم کند مجزی نخواهد بود... دلیل ما اجماع فرقه است؛ زیرا اگر خود مکلف زکات را خارج کند آیه را امثال کرده است و کسی که قائل به عدم اجزای عمل اوست باید دلیل اقامه کند. اما دلیل ما بر اینکه در صورت مطالبه امام، پرداخت زکات به او واجب می شود، آیه «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً» است؛ زیرا خداوند به امام امر کرده که زکات را از مردم بگیرد و این امر دلالت بر وجوب دارد، در نتیجه پرداخت آن به امام نیز واجب است. ۴۹

ایشان به عدم وجوب پرداخت ابتدایی زکات به امام و وجوب پرداخت آن در صورت مطالبه امام، تصریح کرده است، بلکه اگر زکات را در این صورت به امام پرداخت نکند پرداخت خود او به مستحقان مجزی نیست. انتهای کلام ایشان دلالت دارد بر اینکه گرفتن زکات از مردم بر پیامبر(ص) و امام(ع) واجب است و

۴۸. همان، ص ۱۵۵.

۴۹. خلاف، ج ۴، ص ۲۲۵، مسئله ۴.

و جوب آن مستلزم وجوب پرداخت به امام است. این سخن او نزدیک به نظر شیخ مفید در مقنعه است.

۳. ابن حمزه در وسیله گفته است:

اگر امام حاضر باشد و مال زکات را طلب کند واجب است به امام پرداخت شود و اگر خود صاحب مال پرداخت کند مجزی نخواهد بود. ولی اگر امام مطالبه نکند، جایز است خود شخص، مباشر در تقسیم آن باشد و اولی آن است که زکات اموال ظاهر به امام پرداخت شود و اگر امام حاضر نیست و موارد مصرف زکات و تقسیم آن مشخص نیست به فقهای متدین پرداخت می شود تا آن را در موارد خود مصرف کنند.^{۵۰}

سخن ابن حمزه، واضح است در اینکه پرداخت زکات به امام در ابتدا لازم و واجب نیست و اگر امام آن را مطالبه کند پرداخت به امام واجب است.

۴. ابن ادریس در باب مستحقین زکات گفته است:

هنگامی که امام یا منصوب وی ظاهر و در دسترس باشند، پرداخت زکات به او مستحب است تا آن را بین گروه های هشتگانه بر حسب آنچه صلاح می داند تقسیم کند. ولی اگر امام و یا منصوب او ظاهر و در دسترس نباشند خود شخص، آن مال را بر شش گروه تقسیم می کند و بعضی از این شش گروه براساس آنچه شرح دادیم نیز ساقط می شود.^{۵۱}

عبارت ایشان در جواز تقسیم زکات توسط مکلف و استحباب پرداخت زکات

به امام، صراحت دارد.

۵. محقق نیز در تمام کتبش به عدم وجوب ابتدایی پرداخت زکات به امام فتوا

داده است.

۵۰. الوسيله، ص ۱۳۰.

۵۱. السرائر، ج ۱، ص ۴۵۸-۴۵۹.

الف) در کتاب شرایع در بحث شخص عهده دار اخراج زکات گفته است :

ایشان سه گروهند: مالک مال، امام، عامل زکات؛ مالک مال و وکیل او می توانند زکات خود را میان مستحقان تقسیم کنند ولی بهتر است آن را به امام بدهند و این استحباب در اموال ظاهری مانند چهارپایان و غلات مؤکد است. در صورتی که امام آن را مطالبه کند واجب است به امام پرداخت شود و اگر در چنین حالی خود شخص، آن مال را تقسیم کند گفته شده که مجزی نیست و طبق نظر دیگری مجزی است، اگر چه گناه کرده است، نظر اول ترجیح دارد.

ولی طفل مانند مالک مال است و نسبت به اخراج مال، ولایت دارد. واجب است که امام، عاملی را برای گرفتن صدقات نصب کند و پرداخت صدقات به امام در صورت مطالبه آن، واجب است و اگر مالک مال بگوید که خارج کردم قول او پذیرفته می شود و به بینه و قسم تکلیف نمی شود. ۵۲

این عبارت بر چند مطلب صراحت دارد:

یک، استحباب پرداخت ابتدایی به امام؛

دو، وجوب پرداخت به امام در صورت مطالبه امام یا عامل منصوب از طرف

او؛

سه، کافی بودن اخراج زکات توسط مالک، قبل از طلب امام یا منصوب او.

ب) در مسئله اول از لواحق زکات در کتاب مختصر النافع گفته است:

پرداخت زکات به امام در صورتی که آن را مطالبه کند واجب است و اگر مالک ادعای خارج کردن زکات را بکند سخن وی پذیرفته می شود و اگر خود مالک مبادرت به خارج کردن زکات مالش بکند مجزی است و پرداخت ابتدایی زکات به امام مستحب است ولی اگر امام حضور نداشت آن را به

فقیه مورد اطمینان از فقهای امامیه پردازد؛ زیرا او به مواضع و جایگاه های

تقسیم زکات از همه آگاه تر است .

دلالت این عبارت نیز مانند عبارت شرایع است .

۴- در بحث زکات کتاب معتبر گفته است :

در مورد اینکه آیا بر امام واجب است هر سال مأمورین جمع آوری صدقات

را بفرستد، شیخ در مبسوط گفته است : بله؛ زیرا پیامبر(ص) هر سال

مأموران را می فرستاد و پیروی کردن از پیامبر واجب است . این در مواقعی

است که امام بدانند زکات جز به وسیله مأموران او جمع آوری نمی شود . اما

اگر بدانند که کسانی خودشان زکات را پرداخت می کنند، فرستادن مأموران

به سوی ایشان واجب نیست .^{۵۳}

همچنین در لوائح زکات گفته است :

اول : پرداخت زکات به امام در صورتی که آن را مطالبه کند واجب است و

اگر مطالبه نکند مالک مجاز است که خود زکات مالش را خارج کند و فرقی

میان مال ظاهری و غیر ظاهری نیست .

دوم : پرداخت زکات به امام مستحب است و اگر امام حاضر نبود به فقیه

مورد اطمینان از فقهای امامیه پرداخت می شود؛ زیرا وی آگاه تر به موارد

مصرف آن است .^{۵۴}

ایشان در هر دو مسئله تصریح کرده است که پرداخت زکات در ابتدا به امام

مستحب است و اگر آن را مطالبه کند واجب است . ظاهراً طلب مأموران امام،

همانند طلب خود امام محسوب می شود . در مسئله قبلی گفته بود که اگر امام بدانند

که زکات مال جز به وسیله مأموران وی پرداخت نمی شود فرستادن مأموران جمع

۵۳ . المعترف في شرح المختصر، ج ۲، ص ۵۷۱ .

۵۴ . همان، ص ۵۸۶-۵۸۷ .

آوری زکات از طرف امام واجب است و اگر بداند که خود مکلف آن را پرداخت می‌کند فرستادن مأموران واجب نیست.

۶- علامه حلی در کتب‌های قواعد، تذکره، منتهی، مختلف، تحریر الاحکام به مسئله مورد بحث اشاره کرده است و در همه این کتاب‌ها به عدم وجوب پرداخت زکات در ابتدا به امام و وجوب دفع به او در صورت مطالبه وی، فتوا داده است:

الف) در بحث زکات کتاب قواعد گفته است:

مالک مخیر است زکات را برای امام یا وکیل او یا مساکین یا عامل بفرستد و افضل آن است که برای امام بفرستد بخصوص در اموال ظاهری و اگر امام مطالبه کند واجب می‌شود. اگر شخص مالک با وجود درخواست امام، خود آن را تقسیم کند گناهکار است و در مجزی بودن عمل دو نظر است و ولی طفل مانند مالک است. واجب است امام، عاملی را برای گرفتن زکات منصوب کند و اگر او مطالبه کند واجب است به او پرداخت شود و شخص عامل بدون اذن امام اجازه تقسیم اموال را ندارد و اگر امام اجازه دهد جایز است که نصیب خود را از عامل بگیرد. مالک در ادعای خارج کردن زکات مالش تصدیق می‌شود و احتیاج به قسم و بیینه نیست. ۵۵

ایشان به استحباب پرداخت زکات در ابتدا به امام و وجوب آن در صورت مطالبه امام فتوا داده است و اگر مالک قبل از مطالبه امام زکات مال خود را پرداخت کند، کافی و مجزی است.

ب) در بحث زکات از کتاب تذکره گفته است:

جایز است مالک، چه در اموال ظاهری و چه اموال غیر ظاهری خود عهده‌دار اخراج زکات مالش شود اگر چه افضل در نزد علمای ما در اموال

۵۵. قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۳۵۲-۳۵۳.

ظاهری پرداخت آن به امام یا مأموران جمع آوری زکات است تا آنها متولی و عهده دار تقسیم آن بشوند... اگر این حکم ثابت شود مالک مختار است که زکات اموال را به امام یا عامل زکات و یا مساکین و یا وکیل بدهد؛ زیرا این عملی است که نیابت پذیر بوده پس وکیل گرفتن در آن جایز است.^{۵۶}

وی همچنین گفته است:

اگر امام زکات را از شخصی طلب کند، به اجماع علمای ما واجب است به امام پرداخت شود؛ زیرا او معصوم است و اطاعتش واجب و مخالفتش حرام است. اگر مالک، بعد از مطالبه امام و امکان پرداخت مال به امام آن را به مستحقین بدهد علمای ما در مورد آن دو نظر دارند:

۱. کفایت و مجزی بودن و این مورد پذیرش من است؛ زیرا مالک، مال را به مستحقین زکات پرداخت کرده است.

۲. عدم اجزاء؛ زیرا اخراج مال بر وجه آن و به صورت صحیح واقع نشده است؛ چون با مطالبه امام واجب بود مال به او پرداخت شود، لذا این تکلیف بر عهده مکلف باقی می ماند و هیچ خلافی نیست که این شخص به واسطه این عمل گناهکار است.^{۵۷}

همچنین گفته است:

واجب است امام، عاملی را برای گرفتن صدقات منصوب کند؛ زیرا این کار از مصادیق امر به معروف و از مصالحتی است که به شدت مورد نیاز است هم از طرف فقرا برای بهره برداری از آن و هم از طرف مالک برای خلاص کردن ذمه خود از این واجب الهی. پرداخت صدقات به مأمورین، در صورتی که آن را مطالبه کنند واجب است؛ زیرا او مانند نایب امام است و

۵۶. تذکرة الفقهاء، ج ۵، ص ۳۱۵-۳۱۶، مسئله ۲۲۳.

۵۷. همان، ص ۳۱۷، مسئله ۲۲۵.

امر او مستند به امر امام است و هر گاه امتثال و اطاعت امر امام واجب باشد اطاعت امر نایبش نیز واجب است، آیه «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً» نیز امر به گرفتن می کند که مستلزم امر به اعطاء است. ۵۸

همچنین گفته است:

مأمورانی که امام برای جمع آوری زکات می فرستد بر صاحبان مال تسلطی ندارند، بلکه اگر حقی بر عهده آنها باشد آن را مطالبه می کنند. اگر مالک بگوید زکات را خارج کرده ام یا بر مال من یک سال نگذشته است و یا مالم را تبدیل کردم گفته او بدون قسم تصدیق می شود، بر خلاف شافعی. ۵۹

فتاوی قابل استخراج از این مسائل عبارتند از:

۱. استحباب پرداخت زکات ابتدائاً به امام؛
۲. وجوب پرداخت به امام در صورت مطالبه وی؛
۳. وجوب نصب عامل برای گرفتن زکات توسط امام؛
۴. حتی در صورت مطالبه امام نیز اگر مالک قبل از آمدن مأموران زکات خود را پرداخت کرده باشد، کفایت می کند.

(ج) در مختلف گفته است:

شیخ مفید گفته است: بر امت واجب است که زکات را به نبی (ص) بپردازد. امام نیز خلیفه و قائم مقام او است و اگر خلیفه غایب باشد واجب است زکات را فقط به کسی بپردازند که خلیفه او را منصوب کرده است و اگر کسی به عنوان سفیر و نماینده او وجود نداشت واجب است زکات به فقهای مورد اطمینان که از طرف ایشان ولایت دارند، سپرده شود.

سپس عبارت ابی الصلاح را از کتاب کافی نقل کرده و گفته است:

۵۸. تذکرة الفقهاء، ج ۵، ص ۳۱۷-۳۱۸، مسئله ۲۲۷.

۵۹. همان، ص ۳۱۸، مسئله ۲۲۹.

این کلام از این دو نفر اشعار به وجوب پرداخت زکات به امام یا نایب او و یا فقیه دارد .

سپس عبارت مهذب را نقل کرده و گفته است : این سخن نیز بر وجوب دلالت دارد و نظر حق آن است که پرداخت به امام، استحباب دارد مگر اینکه امام مطالبه کند که در این صورت واجب می شود؛ همانگونه که شیخ و ابن ادریس نیز گفته اند .^{۶۰}

همچنین گفته است :

شیخ در مورد شخصی که زکات مالش را با وجود مطالبه امام، به ایشان ندهد و خودش آن را تقسیم کند، گفته است : کفایت نمی کند . این مقتضای سخن هر کسی است که پرداخت زکات به امام را بدون مطالبه ایشان واجب می داند . قول دیگر، این پرداخت را مجزی می داند . دلیل ما بر عدم اجزاء آن است که این عمل او عبادتی است که به وجه مطلوب شرعی آن ادا نشده است و بر عهده مکلف باقی می ماند . عبادی بودن این عمل، واضح است و اما اینکه این عبادت بر وجه مطلوب شرعی ادا نشده به دلیل اجماع بر وجوب پرداخت زکات به امام در صورت مطالبه اوست، لذا اگر خودش آن را تقسیم کند، به وجه مطلوب شرعی انجام نداده است .^{۶۱}

سخن ایشان در هر دو مسئله دلالت واضحی دارد بر اینکه پرداخت زکات به امام ابتدائاً مستحب است و اگر مطالبه کند واجب می گردد .

(د) علامه در بحث شخص عهده دار خارج کردن و تقسیم زکات در منتهی گفته

است :

جایز است خود مالک زکاتش را تقسیم کند، چه مال ظاهری و چه

۶۰ . مختلف الشیعه، ج ۳، ص ۲۳۱-۲۳۲ .

۶۱ . منتهی المطلب، ج ۱، ص ۵۱۴-۵۱۵، چاپ قدیمی .

غیرظاهری، و این نظر اکثر فقهاست. ابوحنیفه گفته است. «مالک در اموال ظاهری باید زکات را به امام پرداخت کند». دلیل ما آن است که زکات حقی است که به مستحقان آن تعلق می‌گیرد و شخص می‌تواند آن را مانند دیگر حقوق میان سهامداران آن تقسیم کند.

به نظر ما پرداخت زکات به امام عادل، افضل است. شافعی و شعبی و اوزاعی نیز چنین گفته‌اند. دلیل ما آن است که امام، آگاه‌تر به موارد مصرف زکات و دانای‌تر به احوال مستحقین آن است و نیز پرداخت زکات به امام متفق‌علیه است، اما تقسیم کردن آن بین مستحقین توسط خود صاحب مال مورد اختلاف است، پس پرداخت به امام اولی است.

اگر امام زکات را مطالبه کند، واجب است به امام داده شود؛ زیرا امر به گرفتن، وجوبی بوده و مستلزم امر به وجوب اعطا است، البته این سخن جای بحث دارد. از طرفی امام در تقسیم زکات و تعیین مصادیق مستحقین آن ولایت دارد و اگر خود مالک آن را تقسیم کند در حالی که امام آن را طلب کرده است، از او پذیرفته نیست؛ زیرا با وجود طلب امام واجب بود به ایشان پرداخت شود، البته من در این حکم قائل به توقف هستم.

شیخ گفته است: بر امام واجب است که در هر سال مأموری را برای جمع آوری صدقات بگمارد؛ زیرا پیامبر(ص) در هر سال چنین می‌کردند و تبعیت از ایشان واجب است. سخن شیخ در صورتی موجه است که امام بدانند یا گمان قوی داشته باشد که صدقات، بدون گماشتن عامل جمع آوری نمی‌شود، اما اگر بدانند که خود مردم آن را به امام و یا به مستحقین آن می‌دهند، به نظر من اقرب عدم وجوب است. ۶۲

علامه پرداخت زکات به امام را ابتدائاً واجب نمی‌داند و فقط آن را افضل

شمرده است، اما هنگام مطالبه امام آن را واجب می‌داند. همچنین به وجوب فرستادن مأمورین جمع آوری زکات از سوی امام در هر سال فتوا داده است اما نه به صورت مطلق، بلکه اگر علم داشته باشد که صدقه به دست او و یا مستحقین آن نمی‌رسد.

ه) وی در تحریر الاحکام گفته است:

جایز است مالک، زکات خود را در اموال ظاهری و غیر ظاهری تقسیم کند، اگر چه رساندن آن به دست امام عادل افضل است و اگر امام غایب باشد، پرداخت آن به فقیه امامی مورد اطمینان افضل است. اگر امام آن را طلب کند واجب است که به او داده شود و اگر خود مالک آن را تقسیم کند گفته شده در این صورت مجزی نیست و من در این نظر اشکال دارم.^{۶۳}

علامه در اینجا نیز گفته است که پرداخت زکات ابتدائاً به امام افضل و اگر مطالبه کند واجب است.

۷- شهید در دروس گفته است:

پرداخت زکات به امام یا نایب او در صورت مطالبه، واجب و الاً مستحب است و در زمان غیبت به فقیه مورد اطمینان پرداخت می‌شود خصوصاً در اموال ظاهری. مفید و حلّی پرداخت زکات به امام سپس نایب او و فقیه را ابتدائاً واجب دانسته‌اند. در این صورت، اگر خود مالک آن را تقسیم کند، حکم به عدم اجزا بهتر است.^{۶۴}

ایشان پرداخت زکات به امام و یا نایب وی را فقط در صورت مطالبه واجب می‌داند و معتقد است لازمه وجوب پرداخت زکات به امام آن است که چنانچه خود مکلف آن را تقسیم کند، مجزی نیست.

۶۳. تحریر الاحکام الشرعیه، ج ۱، ص ۶۷، چاپ رحلی.

۶۴. دروس الشرعیه، ج ۱، ص ۲۴۶، درس ۶۶.

از مجموع سخنان فقهای متقدم و متاخر چنین به دست می آید که نظر مشهور ایشان آن است که پرداخت زکات به امام ابتدائاً واجب نیست. شیخ مفید و شیخ طوسی در کتاب نهاییه و ابوالصلاح حلبی در کتاب کافی و قاضی ابن براج در مهذب و سید ابوالکارم ابن زهره در غنیه آن را واجب دانسته اند. اما اگر امام یا نایب خاص ایشان آن را مطالبه کند همه فقها فتوا به وجوب پرداخت زکات به امام داده اند. جمعی از ایشان فرستادن نمایندگان از سوی امام برای جمع آوری زکات در هر سال را واجب شمرده اند، بعضی این وجوب را بدون قید آورده اند و بعضی آن را مقید به زمانی کرده اند که امام بداند اگر مأمورین جمع آوری را نفرستند زکات به دست او و مستحقین آن نخواهد رسید.

برخی از فروع مطرح شده صراحت دارند در این که اگر چه شارع مقدس برای زکات مال، مصارف خاصی را تعیین کرده، ولی پرداخت آن را به ولی امر مسلمین واجب کرده است. بر این اساس، زکات منبع مالی عظیمی در اختیار ولی امر است که به وسیله آن نیاز فقرا و مساکین را برطرف کرده و دیگر امور مهم جامعه را ساماندهی می کند.

موقوفات عام

چهارمین مورد از منابع مالی ولی امر عواید موقوفات عام است که متولی ندارند. وقف، نگهداری (حبس) عین و آزاد گذاشتن بهره برداری و عواید آن است. بنابراین اگر وقف بر اشخاص خاصی باشد، بدون شک عین موقوفه مختص آنهاست و اگر واقف برای عین موقوفه متولی مشخص نکرده باشد خود آنها متولی آن هستند، اگر برای آن متولی مشخص کرده باشد او به اقتضای وظیفه تولیت، متصدی امور آن است.

اگر وقف برای جهات و نیات عمومی باشد، مانند زمین زراعتی یا باغی که

عواید آن در راه خیر و تعظیم شعائر دین مصرف شود، در صورتی که برای این وقف متولی نصب شود نگهداری آن بر عهده متولی است و اگر برای مثل این موقوفات متولی منصوب نشده و یا متولی آن فوت کرده و یا از صلاحیت متولی بودن خارج شده باشد، امر آن موقوفه به دست ولیّ امر است.

مراد از اینکه امر این موقوفات به دست ولیّ امر است، مالکیت شخصی امام بر عواید و منافع این موقوفات مانند انفال یا نصف خمس نیست، بلکه این موقوفات می‌بایست در همان مواردی که واقف، عین موقوفه را برای آن وقف کرده است مصرف شود، ولی اداره امور آن به دست ولیّ امر است، مثلاً آن را به میزانی که مناسب می‌بیند و به هر کس که صلاح بداند، اجاره می‌دهد و اجرت آن را گرفته و چگونگی مصرف عواید آن را مشخص می‌کند. مقصود، لزوم مباشرت و انجام تمام این امور به وسیله خود او نیست، بلکه مقصود آن است که او مرجع اصلی در تمام امور مذکور است.

فقها در خصوص اینکه امور مربوط به عواید این موقوفات به شرحی که بیان شد در اختیار ولیّ امر است نه در کتاب وقف و نه در هیچ جای دیگر اشاره‌ای نکرده‌اند، ولی با این وصف جای تردید نیست که فتوای ایشان همین است؛ زیرا فقها اتفاق نظر دارند که امور حسبه - یعنی اموری که شارع مقدس راضی به اهمال آنها نیست؛ مانند تولی ایتام بی سرپرست و تصدی موقوفات بدون متولی - به دست فقیه عادل است. مبنای این فتوا آن است که چون این امور به دست امام است، در زمان غیبت امام به فقیه که نایب عام اوست می‌رسد.

امام خمینی در بحث از اشتراط مطلق بودن عوضین در بیع می‌گوید:

اگر کاروان سرا و مدارس و سایر اماکنی که برای مصالح گروهی از مسلمین قرار داده شده است و همچنین موقوفات بر جهات خاص یا بر عناوین عمومی مانند فقرا یا تمام مسلمین، رو به خرابی بروند، والی می‌تواند یا بر

عهده اوست که منافع مسلمین را در آن اموال حفظ کند و نسبت به آن اهمال نکند، بنابراین می‌تواند و یا بر او واجب است که آن را بفروشد یا تبدیل کند...؛ زیرا اوقاف از وقفیت خارج نمی‌شوند، اگر وقف بر مسلمین باشند و روبه اضمحلال و خرابی بگذارند، والی می‌تواند یا بر او واجب است - اگر مبسوط الید باشد - که آنها را به چیزی که مسلمین از آن انتفاع می‌برند تبدیل کند... ۶۵

در سخن ایشان تصریح شده که امور مربوط به موقوفات به دست ولیّ امر است.

دلیل عمده برای این مدعا آن است که خداوند اولیای امر مسلمین را از خود مؤمنین به ایشان اولی قرار داده است و ایشان به حکم خداوند ولیّ امر امت هستند، بلکه ولیّ امر تامّ کسانی هستند که تحت پرچم دولت اسلامی زندگی می‌کنند، هر چند مسلمان نباشند، مانند اهل کتاب که در ذمه اسلام هستند. لازمه ولیّ امر امت بودن آن است که همه امور امت در اختیار ایشان باشد و بر آنان واجب است که همه امور امت را بر عهده بگیرند. ولایت ایشان بر امت اختیارات و تکالیف خاصی را برای ایشان در پی دارد که بدون این اختیارات و تکالیف ولایت آنان تحقق نمی‌یابد. هیچ کس از آحاد مردم چنین اختیارات و تکالیفی ندارند و ایشان (اولیای امت) نمی‌توانند نسبت به امور مربوط به امت اهمال کنند و لازمه چنین ولایتی آن است که تصمیمات ایشان در این موارد لازم الاتباع باشد. همه اینها لازمه ولایت مطلقه بر امت است.

پیش‌تر گفتیم که ولایت حاکمان عرفی هم اگر چه مستند به جعل خداوند نیست، اما نفس ولایت اقتضا دارد که هر آنچه مرتبط به امور مردم است، به دست ولیّ امر باشد و اختیار امور به دست او و اهتمام به امور مردم نیز بر عهده او و تمام ۶۵. کتاب البیع، ج ۳، ص ۱۸۱-۱۸۲، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

تصمیمات او لازم الاتباع باشد.

ولایت بر امت که به اذن خداوند و نصب و جعل اوست، نیز این چنین است. این دلیل قوی و تمام است و دلیل خاصی از روایات در خصوص ولایت بر موقوفات نیافتیم، مگر روایات متعددی که در مورد مساجد مسلمین وارد شده است و دلالت دارد بر اینکه امور مربوط به آنها به دست ولیّ امر است و معلوم است که حکم این مساجد با موقوفات دارای عواید، یکی است.

منابع و مآخذ:

۱. ابن حمزه طوسی، ابی جعفر محمد بن علی، تحقیق: حسون، محمد؛ مرعشی، سید محمود، الوسيلة إلى نیل الفضيلة، قم، منشورات مکتبه آية الله العظمی مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۲. ابن زهره حلبی، ابوالمکارم، غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع، با تحقیق: بهادری، ابراهیم، قم، مؤسسه الامام الصادق(ع)، اول، محرم الحرام ۱۴۱۷ هـ. ق.
۳. ابن ادریس (حلی) ابی حمزه محمد بن منصور بن احمد، کتاب السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، دوم، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۴. امام خمینی، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، سوم، ۱۳۸۸ هـ. ش - ۱۴۳۰ هـ. ق.
۵. بیهقی کیدری، قطب الدین، اصباح الشیعة بمصباح الشریعة، با تحقیق: بهادری، ابراهیم، قم، مؤسسه الامام الصادق(ع)، اول، محرم الحرام ۱۴۱۶ هـ. ق.
۶. حلبی، ابوالصلاح، الکافی فی الفقه، اصفهان، مکتبه الامام امیرالمؤمنین(ع)، بی تا.

- ٧ . _____ ، ابوالحسن علي بن الحسن بن أبي المجد، اشارة السبق إلى معرفة الحق، با تحقيق: بهادري، ابراهيم، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، اول، شعبان المعظم، ١٤١٤ هـ.ق.
- ٨ . جمعى از بزرگان، الجوامع الفقهية، قم، منشورات مكتبة آية الله العظمى مرعشى نجفى، بى تا(كتاب الهداية).
- ٩ . ديلمى (سلار) ابى يعلى حمزة بن عبدالعزیز، المراسم العلوية في الاحكام النبوة، با تحقيق: حسين امينى، سيد محسن، قم، معاونت فرهنگى مجمع جهانى اهل بيت(ع)، ١٤١٤ هـ.ق.
- ١٠ . شهيد اول، شيخ شمس الدين محمد بن مكى عاملى، الدروس الشرعية في فقه الامامية، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، بى تا.
- ١١ . شيخ الطائفة الطوسى و المحقق الاول الحلى، النهاية و نكتها، قم، مؤسسة النشر الاسلامى، اول، صفر المظفر ١٤١٢ هـ.ق.
- ١٢ . صدوق، ابى جعفر محمد بن على بن الحسين بن بابويه القمى، المقنع و الهداية، بيروت، دارالمحجة البيضاء- دار الرسول الاكرم(ص)، چاپ اول، ١٤١٤ هـ.ق- ١٩٩٣ م.
- ١٣ . _____، كتاب الهداية، قم، مؤسسة الامام الصادق(ع) اول، رجب المرجب ١٤١٨ هـ.ق.
- ١٤ . طوسى، ابى جعفر محمد بن الحسن، الرسائل العشر (الجمل والعقود) قم، مؤسسة النشر الاسلامي، بى تا.
- ١٥ . _____، الخلاف، ج ٢ و ٤، قم، مؤسسه النشر الاسلامى، چاپ سوم، ١٤١٤ و ١٤١٥ هـ.ق.
- ١٦ . _____، المبسوط في فقه الاماميه، تهران، المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية، صفر ١٣٨٧ هـ.ق.

- ١٧ . علامه حلى، ابى منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الاسدى، ارشاد
الاذهان إلى احكام الايمان، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، ١٤١٠ هـ . ق .
- ١٨ . _____، قواعد الاحكام، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، اول، ربيع
الثانى ١٤١٣ هـ . ق .
- ١٩ . _____، مختلف الشيعة، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، اول،
رمضان المبارك ١٤١٣ هـ . ق .
- ٢٠ . _____، تذكرة الفقهاء، قم، مؤسسة آل البيت (ع) لحياء التراث،
اول، شعبان ١٤١٤ هـ . ق .
- ٢١ . _____، منتهى المطلب في تحقيق المذهب، چاپ سنگى، بى نا،
بى تا .
- ٢٢ . _____، تحرير الاحكام الشرعيه على مذهب الاماميه، قم، مؤسسة
الامام الصادق (ع) اول، بى تا .
- ٢٣ . قاضى طرابلسى (ابن برّاج)، المهذب، قم، مؤسسة سيد الشهداء العلميه، با
اشراف جعفر سبحانى، ١٤٠٦ هـ . ق .
- ٢٤ . محقق حلى، نجم الدين ابى القاسم جعفر بن الحسن، المعتبر في شرح
المختصر، با تحقيق و تصحيح عده اى از بزرگان، قم، منشورات مؤسسة
سيد الشهداء، بى تا .
- ٢٥ . _____، شرائع الاسلام، نجف اشرف، مطبعة الآداب، ١٣٨٩
هـ . ق . ١٩٦٩ م .

بررسی فقهی - حقوقی بخشی از احکام ارث در حوادث رانندگی

و نقش بیمه‌های حوادث و مسئولیت

○ عبدالله خدابخشی *

چکیده

حوادث رانندگی، گذشته از آثار زیان بار اجتماعی، منشأ آثار مهمی در روابط خصوصی اشخاص نیز می‌شوند. قواعد مسئولیت مدنی، بیشترین سهم را در تعیین احکام این حوادث دارند و در بحث دیات، به حقوق کیفری، بسیار کمک می‌کنند. نقش قواعد قراردادی با دخالت بیمه‌های مسئولیت و حوادث، حایز اهمیت است؛ زیرا مباحث ظریفی را در خصوص اثر قرارداد بیمه بر بیمه‌گذار، بیمه‌گرو و شخص ثالث زیان دیده، مطرح می‌سازند. حقوق دادرسی مدنی، راه و روش طرح دعاوی مختلف را تعیین می‌کند و با ابزارهای مختلف خود، امر سامان‌دهی این دعاوی را برعهده دارد. در این میان، قواعد ارث را نیز نباید فراموش کرد؛ زیرا به‌ویژه در حالت توارث اشخاص، تعیین قاعده ماهوی، امری دشوار است و این موارد، هرچند از نظر کمیت، رقم بالایی ندارند،

* دکترای حقوق خصوصی و قاضی دادگستری مشهد.

از حیث کیفیت بحث، باید به دقت ارزیابی شوند. امکان بالقوه حوادثی که توارث در آنها مطرح می شود، همیشه وجود دارد؛ زیرا خانواده ها، معمولاً از طریق یک خودرو نقل مکان می کنند و با تحقق حادثه رانندگی، امکان مرگ هم زمان اشخاصی که در حالت ارث متقابل قرار دارند- مانند زن و شوهر، مادر و فرزند و پدر و فرزند- وجود دارد. مقاله حاضر در صدد بیان مختصری از این موضوع است.

کلید واژگان: حوادث رانندگی، ارث، بیمه، مسئولیت مدنی.

درآمد

امروزه سوانح رانندگی با انواع بیمه های مسئولیت و حوادث همراه اند. پاره ای از احکام مقرر در قوانین بیمه ای، به بازبینی و تحلیل حقوقی نیاز دارند تا رابطه آنها با بحث ارث و توارث روشن شود و رویه قضایی و رویکرد بیمه گران در این خصوص، از کثرت به وحدت، تغییر جهت دهد. حکم تبصره ۲ ماده ۴ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث (۱۳۸۷/۴/۱۶) - که در این نوشته از آن با عنوان «قانون جدید بیمه اجباری» یاد می شود- از این قبیل است. در این تبصره آمده است:

بیمه گر، موظف است در ایفای تعهدات مندرج در این قانون، خسارت وارده به زیان دیدگان را بدون لحاظ جنسیت و مذهب، تا سقف تعهدات بیمه نامه پرداخت نماید. مبلغ مازاد بر دیه تعیین شده از سوی محاکم قضایی، به عنوان بیمه حوادث محسوب می گردد.

پیوند قواعد بیمه ای و احکام ارث، وضعیت هایی به وجود می آورد که خالی از ابهام نیست و ما، در دو گفتار برخی از موارد شایع و مهم آن را به اختصار بررسی می کنیم. ابتدا باید از حکم توارث و پاره ای از موانع ارث در حقوق مدنی و فقه سخن گفت (گفتار اول) و به دنبال آن، آثار بیمه ای بحث را مورد توجه قرار داد (گفتار دوم).

گفتار اول - حکم توارث و موانع ارث در فقه و حقوق مدنی
بی گمان، مقصود ما این نیست که در این گفتار مطالب کاملی از مسائل ارث عرضه
کنیم؛ بلکه فقط موارد مهمی را که در عمل اتفاق می افتد و آثار بیمه ای نیز دارد، به
این شرح بررسی می کنیم:

۱. قتل به عنوان مانع ارث

۱-۱. قتل به عنوان مانع ارث در حقوقی مدنی

قانون مدنی در باره قتل عمدی و اثر آن در ممنوعیت از ارث، صریح است. به
موجب ماده ۸۸۰ این قانون: «قتل از موانع ارث است. بنابراین کسی که مورث
خود را عمداً بکشد، از ارث او ممنوع می شود؛ اعم از اینکه قتل بالمباشره باشد یا
بالتسبیب و منفرداً باشد یا به شرکت دیگری». در فقه نیز تردیدی در این حکم وجود
ندارد و روایاتی در این زمینه وارد شده است^۱ و حکمت هایی نیز برای آن مقرر
کرده اند.^۲ اما در مورد انواع دیگر قتل، یعنی خطای محض و شبه عمد^۳ و به طور
۱. «سَأَلْتُ جَعْفَرَ بْنَ مُحَمَّدٍ (ع) عَنْ طَائِفَتَيْنِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ إِحْدَاهُمَا بَاغِيَةٌ وَالْآخَرَى عَادِلَةٌ أَقْتَلُوا
فَقَتَلَ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ أَبَاهُ أَوْ ابْنَهُ أَوْ أَخَاهُ أَوْ حَمِيمَهُ وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْبَغِيٍّ وَهُوَ وَارِثُهُ هَلْ
يَرِثُهُ؟ قَالَ: نَعَمْ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَهُ بِحَقِّ». شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه قمی، من لا
یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۱۹؛ شیخ طوسی، محمد بن الحسن، تهذیب الاحکام، ج ۹،
ص ۳۸۱؛ حرّ عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۴۱.

۲. «و أما القتل الذي هو المانع الثاني من الإرث فيمنع القاتل من الإرث إذا كان عمداً ظلماً بلا
خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، و هما الحجة بعد الصحاح المطابقة للحكمة
الظاهرة، و هي عصمة الدماء من معالجة الورثة، و عقوبة القاتل بحرمانه من الإرث و مقابله
بنقيض مطلوبه من القتل... و التعليل يفيد عدم المنع فيما كان بالحق مطلقاً و إن جاز تركه
كالقصاص و الدفاع عن المال؛ نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع
الإسلام، ج ۳۹، ص ۳۶.

۳. در قانون مجازات اسلامی، توصیف هایی برای قتل بیان شده که ممکن است در بحث ارث و

کلی قتل‌های غیر عمدی که در حوادث رانندگی نیز تحقق می‌یابند، اختلاف نظر وجود دارد. ماده ۸۸۱ قانون مدنی (۱۳۰۷/۲/۱۸) مقرر داشته بود: «در صورتی که قتل مورث، غیر عمدی یا به حکم قانون یا برای دفاع باشد، مفاد ماده فوق مجری نخواهد بود». این ماده در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ به این صورت اصلاح شد: «در صورتی که قتل عمدی مورث، به حکم قانون یا برای دفاع باشد، مفاد ماده فوق مجری نخواهد بود». منظور قانون‌گذار از این تغییر چیست؟ تا پیش از این اصلاح، منطوق ماده ۸۸۱، هم استثنا از قتل عمدی بود و هم به مفهوم مخالف ماده ۸۸۰ اشاره داشت؛ زیرا می‌دانیم که قتل ناشی از دفاع مشروع یا حکم قانون مانند اجرای قصاص، ذاتاً عمدی است، اما ماده ۸۸۱، حکم مقرر در ماده ۸۸۰ را از شمول آنها خارج کرده بود و نیز می‌توان گفت که وقتی ماده ۸۸۰ به قتل عمد اشاره دارد، مفهوم مخالف آن، قتل غیر عمدی است که به همین دلیل در منطوق ماده ۸۸۱ آمده و از حکم ممنوعیت از ارث، استثنا شده است. در چنین فضایی که اصل، عدم ممنوعیت است و فقه هم در باره ممنوعیت از ارث در قتل‌های

> بیمه، تردیدهایی به همراه داشته باشد. در این قانون، علاوه بر قتل «عمد»، «خطای محض» و «شبه عمد»، از عناوین «خطای شبیه عمد» بند الف ماده ۲۹۵؛ «به منزله خطای محض» تبصره ۱ ماده ۲۹۵ و موضوع تبصره ماده ۳۰۶ و ماده ۳۲۳، «به منزله خطای شبیه عمد» تبصره ۲ ماده ۲۹۵؛ «در حکم شبه عمد» تبصره ۳ ماده ۲۹۵. این عناوین، ماهیت قتل را تغییر نمی‌دهند؛ زیرا تقسیم بندی قتل به عمد، شبه عمد و خطای محض، مبنای اساسی قواعد فقهی و حقوقی است، اما هر کدام از این قتل‌ها، ممکن است با قید دیگری همراه شود که بیشتر به رویکرد ذهنی قاتل مربوط می‌شود. برای مثال، نقص عقلی قاتل یا اعتقاد او، ماهیت قتل را تغییر نمی‌دهد، زیرا ممکن است از نظر ارکان عمل و براساس تعریفی که در حقوق کیفری، از فعل انسان به عمل می‌آید، قتل عمدی باشد اما حکم آن، از قتل خطا پیروی کند. بنابراین، بررسی قواعد ارث در مورد این سه نوع قتل، ما را از بحث بیشتر بی‌نیاز می‌کند.

غیر عمد، اختلاف نظر دارد و حکم موانع ارث را نیز باید به صورت مضیق تفسیر کرد، می توانستیم بر عدم ممنوعیت از ارث در خصوص موارد قتل غیر عمدی، حتی در باره دیه مقتول، استدلال کنیم، زیرا قانون در مقام بیان بوده و بین ارث دیه و ارث دیگر اموال، تفکیکی نکرده است؛ اما با اصلاح ماده ۸۸۱ در سال ۱۳۷۰ و حذف عبارت «غیر عمدی» از متن این ماده، این اختلاف، دوباره به میدان آمد و ممکن است ادعا شود قانون گذار به مفهوم مخالف ماده ۸۸۰ چندان عنایتی ندارد یا اطلاقی برای مفهوم مخالف آن قائل نیست. در چنین وضعی، ممکن است بر اساس تبصره ۱ ماده ۱۸ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب، مصوب ۱/۲۴/۱۳۸۵ که بیان می دارد: «مراد از خلاف بین شرع، مغایرت رأی صادره با مسلمات فقه است و در موارد اختلاف نظر بین فقها، ملاک عمل، نظر ولی فقیه و یا مشهور فقها خواهد بود»، عمل کرد و با رجوع به فقه، نظر مشهور را پذیرفت، یا با توجه به تعلیلی که برای ممنوعیت از ارث وجود دارد، حوادث رانندگی را مشمول ممنوعیت از ارث دیه دانست تا جنبه بازدارندگی این حوادث نیز حفظ شود.^۴ بنابراین باید نظر فقها را به طور عام و نظر مشهور را به طور خاص به دست آورد.

۲-۱. قتل به عنوان مانع ارث در فقه

در باره ارث بری از تمام یا بخشی از ترکه، در قتل خطایی، سه نظر در فقه وجود دارد:

۴. «و الحکمة الکلیة فیه انا لو ورثنا القاتل لم یؤمن مستعجل الإرث ان یقتل مورثه، فاقترضت المصلحة حرمانه مؤاخذه له بنقیض مطلوبه». عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الافهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۱۳، ص ۳۶.

۱. عدم ممنوعیت مطلق؛^۵ زیرا در این مورد روایتی وجود دارد^۶ و نیز به دلیل نداشتن قصد قتل، «حکمت» ممنوعیت از ارث نیز منتفی است.^۷ برخی این نظر را اشهر می دانند.^۸
 ۲. ممنوعیت مطلق؛ که علامه در کتاب «مختلف الشیعة في أحكام الشریعة» از ابن ابی عقیل نقل کرده است^۹ و عموم برخی روایات نیز آن را تأیید می کند.^{۱۰}
 ۳. ممنوعیت از دیه و عدم ممنوعیت از دیگر اموال که شهید ثانی در کتاب مسالک، آن را به اکثر اصحاب نسبت می دهد؛^{۱۱} زیرا این نظر، لازمه جمع بین
-
۵. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام؛ ج ۴، ص ۸؛ مفید، محمد بن محمد، المقنعة، ص ۷۰۳؛ سلار، حمزة بن عبدالعزيز دیلمی، المراسم العلوية في فقه الامامية، ص ۲۱۸.
 ۶. «سألته عن رجل قتل أمه يرثها؟ قال: إن كان خطأ ورثها، وإن كان عمدًا لم يرثها». طوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن، الاستبصار فيما اختلف من الاخبار، ج ۴، ص ۱۹۳؛ «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل قتل أمه قال: إن كان خطأ فإن له ميراثه، وإن كان قتلها متعمداً فلا يرثها». همو، تهذيب الأحكام، ج ۹، ص ۳۷۹.
 ۷. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج ۱۳، ص ۳۷.
 ۸. علامه حلی، الحسن بن یوسف اسدی، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، ج ۲، ص ۶۰.
 ۹. همو، مختلف الشیعة في أحكام الشریعة، ج ۹، ص ۸۲.
 ۱۰. «لا ميراث للقاتل»: کلینی، محمد بن یعقوب، الفروع من الکافی، ج ۷، ص ۱۴۱؛ صاحب جواهر در باره این روایت می گوید: «بعد تسلیم عدم ظهوره في العمد يجب تخصيصه»: نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۳۹، ص ۳۷؛ «لا يرث الرجل الرجل إذا قتله وإن كان خطأ»: کلینی، محمد بن یعقوب، الفروع من الکافی، ج ۷، ص ۲۹۸.
 ۱۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۱۳، ص ۳۸؛ مغنیه، محمد جواد، فقه الإمام الصادق(ع)، ج ۶، ص ۱۹۲؛ از معتقدان به این

ادله مربوط به بحث است و می دانیم که براساس آیه «وَدِيَةٌ مُسَكَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ»، قاتل باید دیه را پردازد و معقول نیست که در فرض شبه عمد، دیه را به خود پرداخت کند یا در فرض خطای محض، دیه را از عاقله دریافت کند.^{۱۲} همچنین روایتی وجود دارد^{۱۳} که منحصر به زوجین نیز نیست. صاحب جواهر،^{۱۴} شهید اول و فاضل هندی، این نظر را مشهور فقها می دانند.^{۱۵}

در اینکه آیا قتل شبه عمد همانند خطای محض است یا قتل عمد، اختلاف نظر

> نظر می توان اشاره داشت به: طوسی، محمد بن الحسن، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، ص ۶۷۲؛ قاضی ابن براج، المهذب، ج ۲، ص ۱۶۲؛ حلبی، حمزة بن علی، غنية النزوع إلى علمی الاصول و الفروع، ص ۳۳؛ کیدری، قطب الدین محمد، إصباح الشیعة بمصباح الشریعة، ص ۳۷۱؛ علامه حلی، الحسن بن یوسف اسدی، تحریر الاحکام الشریعی علی مذهب الإمامیة، ج ۲، ص ۱۷۲؛ همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۳، ص ۳۴۶؛ همو، إرشاد الأذهان إلى احکام الإیمان، ج ۲، ص ۱۲۸؛ فخر المحققین، محمد بن الحسن بن یوسف اسدی، إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۴، ص ۱۷۹؛ عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة، ص ۲۴۲؛ حلی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی، المقتصر من شرح المختصر، ص ۳۵۹.

۱۲. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الافهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۱۳، ص ۳۸.

۱۳. «ترت المرأة من مال زوجها و من دینته، و یرث الرجل من مالها و دینتها، ما لم یقتل أحدهما صاحبه، فإن قتل أحدهما صاحبه عمداً فلا یرثه من ماله و لا من دینته، و إن قتل خطأ و یرث من ماله و لا یرث من دینته»، سنن البیهقی، ج ۶، ص ۲۲۱؛ صاحب جواهر و برخی دیگر از فقها، با نقل این روایت ایرادی به آن نداشته اند: نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۹، ص ۳۷.

۱۴. «خرج المفید و جهاً آخر، و هو المنع من الدیة خاصة دون باقی التركة و هو حسن قول قوی، بل فی الدروس و محکی تلخیص الخلاف أنه المشهور، و لعله كذلك، لأنه المنقول عن المشایخ الأربعة و الحلبيين و الطوسيين و القاضي و الحلبي و الكیدري و العلامة و ولده و الشهدیدین و أبی العباس و الصیمری و غیرهم، بل عن الانتصار و الخلاف و الغنیة و السرائر الإجماع علیه». همان، ص ۳۷.

وجود دارد. با بررسی نظریه های فقهی، این نکته به دست می آید که منظور از قتل خطایی، اعم از شبه عمد و خطای محض است. ۱۶ در عین حال، برخی از فقها مانند ابن جنید، قتل شبه عمد را مانند قتل عمد می دانند که باعث ممنوعیت از ارث می شود. ۱۷

۱۵. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ج ۲، ص ۳۴۷؛ فاضل هندی، محمد بن الحسن، كشف اللثام والإيهام عن قواعد الاحكام، ج ۹، ص ۳۶۱؛ مغنیه، محمد جواد، فقه الامام الصادق (ع)، ج ۶، ص ۴۳۱.

۱۶. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۳۹، ص ۳۹ و ۴۰. «و أمّا شبه العمد: فالأولى إلحاقه بالخطأ، لأنّ المقتضي للمنع في العمد - وهو المؤاخذة له بنقيض مقصوده - مفقود هنا كالخطأ، فالحق به». علامه حلی، الحسن بن یوسف بن مطهر، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج ۹، ص ۸۵؛ «و أما شبه العمد ... ففي كونه كالعمد المحض مانعاً عن الإرث أو كالخطأ المحض قولان، أقواهما ثانيهما»: امام خمینی، تحریر الوسيلة، ج ۲، ص ۳۶۸؛ نجفی، محمد حسن بن باقر، نجات العباد، ص ۱۹۵.

۱۷. نقل از: علامه حلی، الحسن بن یوسف بن مطهر اسدی، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج ۹، ص ۸۴؛ همچنین مغنیه، محمد جواد، فقه الامام الصادق عليه السلام، ج ۶، ص ۴۳۳. «و هل يلحق شبه العمد بالعمد أو بالخطأ؟ الأقرب الأوّل». علامه حلی، قواعد الاحكام في معرفة الحلال والحرام؛ ج ۳، ص ۳۴۷؛ «و الاصح عندي وعند والدي وجدي قول ابن الجنيد لعموم قوله عليه السلام: القاتل لا يرث». فخر المحققين، محمد بن الحسن اسدی حلی، إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد؛ ج ۴، ص ۱۸۱ و ۱۸۲؛ «فالمصنف [علامه حلی] هاهنا و ولده و والده علي ما نقل ولده و الكاتب أبو علي و الشهيد الثاني في الروضة و المحقق الثاني في تعليق النافع على إلحاقه بالعمد». حسینی عاملی، جواد بن محمد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ۸، ص ۵۴؛ به هر حال، نظر مشهور فقها، الحاق آن به خطای محض است. حسینی عاملی، جواد بن محمد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ۸، ص ۵۵؛ ذکر برخی پرسش ها از فقهای معاصر در این زمینه مفید است.

«اگر قاتل به شکل خطای محض فردی را بکشد و خود از ورثه مقتول باشد، آیا قاتل از

کسی که مشارکت در قتل دارد، همانند شخصی است که به تنهایی عمل

دیه ای که عاقله وی پرداخته اند ارث می برد؟» بهجت: «بنابر اظهر ارث نمی برد اگرچه احوط صلح است». سیستانی: «نمی برد»؛ صافی گلپایگانی، لطف الله: «در فرض سؤال ارث بردن قاتل از دیه محل تأمل است بلکه اظهر عدم است گرچه احتیاط مصالحه است»؛ مکارم شیرازی: «احتیاط آن است که از آن ارث نبرد». موسوی اردبیلی: «خیر، ارث نمی برد»؛ نوری همدانی: «ارث نمی برد». (به نقل از: نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۵۸۵۴، معاونت آموزش قوه قضاییه)؛ فقها می فرمایند: «هرگاه کسی عمداً و ظلماً شخصی را به قتل برساند، از مقتول ارث نمی برد؛ ولی اگر قتل خطایی محض باشد ارث می برد. بفرمایید آیا در مورد قتل خطایی که دیه را عاقله می پردازد، قاتل از دیه مذکور هم ارث می برد یا نه؟ در فرض سؤال، اقوی به نظر حقیر این است که قاتل از دیه ارث نمی برد»: سید محمد رضا گلپایگانی، مجمع المسائل، ج ۳، ص ۲۴۱.

«در قتل خطایی و قتل شبه عمد آیا قاتل از مورث ارث می برد یا نه؟» «قاتل در مورد قتل خطایی از مقتول ارث می برد، ولی از دیه ای که عاقله می پردازد ارث نمی برد و شبه عمد هم همین حکم را دارد»: لطف الله صافی گلپایگانی، جامع الاحکام، ج ۲، ص ۲۳۶.

«پدری بر اثر تصادف (بی احتیاطی در رانندگی) مرتکب قتل فرزند خود شده است و ورثه مقتول منحصر به پدر و مادر او می باشند. مادر مقتول چه میزان از دیه را می تواند از قاتل (پدر طفل) مطالبه کند؟ در نظریه مشورتی اداره حقوقی به شماره ۷/۲۶۱۹ مورخ ۱۳۸۲/۳/۲۵ آمده است: «هرچند قتل غیر عمد مانع ارث نیست، ولی قاتل از دیه ای که باید پردازد یا از بیت المال پرداخت می شود، ارث نمی برد و نتیجتاً در مورد سؤال تمام دیه به مادر مقتول می رسد. در این مورد فتوای حضرت امام (قدس سره الشریف) در کتاب المواریث در موانع ارث (الثانی: القتل) مسئله یک صراحت دارد؛ بهجت: «تمام دیه را مطالبه می کند هر چند پدر بنا بر اظهر ارث از او می برد ولی از دیه ارث نمی برد و صلح کردن در دیه هم مطلوب است»؛ سیستانی: «اگر پدر مقصر بوده تمام دیه را باید به مادر بدهد»؛ صافی گلپایگانی: «در فرض سؤال تمام دیه به مادر تعلق می گیرد»؛ فاضل لنکرانی: «در فرض سؤال مادر تمام دیه را استحقاق دارد»؛ مکارم شیرازی: «هرگاه وارث میت فقط پدر و مادر او باشند مال از جمله دیه سه قسمت می شود. دو قسمت آن را پدر و یک قسمت آن را مادر می برد ولی اگر میت دو برادر یا چهار خواهر، یا یک برادر و دو خواهر داشته باشد که همه آنها پدر و مادری باشند یا پدری فقط (یعنی پدر آنان با پدر میت یکی باشد) مادر،

می‌کند: یعنی بر حسب مورد، از همه اموال (در فرض عمد) یا دیه (در فرض خطا) محروم می‌شود.^{۱۸} همچنین فرقی ندارد که شرکت کنندگان در قتل، همه یا بعضی

>
شش یک را می‌برد و بقیه به پدر می‌رسد؛ موسوی اردبیلی: «مادر تمام دیه را می‌تواند از قاتل بگیرد»؛ نوری همدانی: «در فرض مساله مادر می‌تواند تمام دیه را از قاتل مطالبه نماید». (به نقل از گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۱۹۹، معاونت آموزش قوه قضاییه)؛ «در صورتی که خانمی از شوهر خویش به اتهام ضرب و جرح شکایت نموده، پس از محکومیت زوج به پرداخت دیه، زوجه فوت نماید، بفرمایید: الف) در فرض عدم انتساب فوت به شوهر، آیا زوج از دیه ضرب و جرح که خود مسئول پرداخت آن است، ارث می‌برد؟ ب) در صورت انتساب قتل به شوهر، در سه صورت عمد، شبه عمد و خطای محض آیا حکم آن نسبت به ارث از دیه زن تفاوتی دارد؟» در پاسخ به این پرسش گفته شده است: بهجت: «الف) ارث می‌برد، ب) ارث نمی‌برد و تفاوتی ندارد، هر چند صلح در غیر عمد احوط است». سیستانی: الف) ارث می‌برد. ب) تفاوتی ندارد و قاتل از دیه ارث نمی‌برد؛ صافی گلپایگانی: «الف) در فرض سؤال ظاهراً زوج از دیه که خود پرداخته ارث نمی‌برد. ب) قاتل از دیه قتل که به مورث او تعلق گرفته ارث نمی‌برد». فاضل لنکرانی: «الف) بلی در فرض سؤال زوجه از دیه مذکور ارث می‌برد. ب) اگر انتساب قتل به زوج باشد زوج از دیه قتل مطلقاً ارث نمی‌برد و اگر قتل عمد باشد از سایر اموال نیز ارث نمی‌برد. اما اگر قتل غیر عمد باشد از سایر اموال متوفی از جمله از دیه غیر از نفس که در جراحات قبلی تحقق یافته ارث می‌برد». مکارم شیرازی: «شخصی که جنایتی کرده خودش از دیه آن ارث نمی‌برد بنا بر احتیاط واجب ولی اگر جنایت غیر عمدی باشد ارث می‌برد. همیشه موفق باشید». موسوی اردبیلی: «الف) در مفروض سؤال، ارث می‌برد. ب) نسبت به ارث از دیه تفاوتی وجود ندارد و ارث نمی‌برد، اما نسبت به سایر اموال، در فرض قتل عمد ارث نمی‌برد؛ نوری همدانی: «الف) بلی، از دیه جرح ارث می‌برد. ب) اگر قتل عمد باشد، شوهر از دیه و غیر آن ارث نمی‌برد، ولی در شبه عمد و خطای محض به جز از دیه قتل از سایر چیزها ارث می‌برد». (به نقل از گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۱۵۹، معاونت آموزش قوه قضاییه).

۱۸. نجفی، محمد حسن، نجاه العباد، ص ۱۹۵؛ «هذا مما لا ريب فيه؛ لانه أحد القاتلين». مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ۸، ص ۵۷؛ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ۳۹، ص ۴۱.

از آنها جزو وراثت باشند یا نباشند.^{۱۹} در حوادث رانندگی، ممکن است دو یا چند عامل، دخالت داشته باشند. در این صورت، کسی که قتل به او منتسب است، با هر درصد تقصیری، از ارث دیه محروم خواهد بود.

فروع دیگری نیز می‌توان مطرح کرد: برای مثال اگر شخص «الف»، پدر خود را به قتل رساند و فرزندی داشته باشد، این فرزند به شرط نبودن وارث دیگر، مانند برادر قاتل، از اموال جد خود ارث خواهد برد و اقدام پدر، باعث ممنوعیت فرزند از ارثیه جد خود نمی‌شود.^{۲۰} یا اینکه نوع قتل از حیث مباشرت و تسبیب، فرقی در این مسئله دارد یا خیر، دو وجه دارد؛ برخی تنها قتل مباشرتی را مانع ارث می‌دانند؛ زیرا عرفاً به شخص مسبب، قاتل اطلاق نمی‌شود.^{۲۱} در مقابل، برخی از فقها، حکم مسئله را در صورت تسبیب نیز صادق می‌دانند.^{۲۲}

۱۹. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة، الطلاق، الموارث؛ ص ۳۳۶؛ سیستمی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۲۶؛ امام خمینی، تحریر الوسیلة، ج ۲، ص ۳۶۸.

۲۰. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج ۴، ص ۸؛ مفید، المقنعة، ص ۷۰۳؛ النهایة فی مجرد الفقه والفتاوی، ص ۶۷۲؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۹، ص ۴۲.

۲۱. مغنیه، محمد جواد، فقه الصادق (ع)، ج ۶، ص ۴۳۴: «هل یختص المنع بالقتل بالمباشرة، أو یعمّ التسبیب أيضاً فعمده یمنع وخطوه لا یمنع؟ الأوّل محکی عن الفضل بن شاذان العماني، لعدم صدق القاتل علی المسبب. و الثانی للقواعد و لعلّ الأوّل أظهر، إذ یقال: إنه صار سبباً للقتل، لا أنه قتل، و لا اقلّ من الشک فیعمل بالعمومات» نراقی، احمد، مستند الشیعة فی احکام الشریعة، ج ۱۹، ص ۵۰ و ۵۱.

۲۲. «و القتل بالسبب مانع کالمباشرة إن عمداً فکالعمد و إن خطأً فکالخطأ، للاشتراك فی التهمة، و الدخول فی اسم القاتل، و المساواة للقاتل فی التسبیب لزوال الحیة و إن اختلفا قرباً و بعداً»: کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الاحکام، ج ۹، ص ۳۶۷؛ قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۳، ص ۳۴۷؛ «أن السبب کالمباشرة إن عمداً فکالعمد و إن خطأً فکالخطأ کما فی التحریر و تعلیق النافع و الروضة و التنقیح و نسبه فی الدروس إلى بعض

ممکن است یکی از وراثت به عنوان معاون در جرم، با فرض پذیرش معاونت در جرایم غیر عمدی، در حادثه دخالت داشته یا اساساً در قتل عمدی ناشی از حادثه رانندگی، با ترغیب راننده به ایجاد عمدی حادثه، مؤثر باشد؛ آیا در این موارد نیز ممنوعیت از ارث وجود دارد؟ در فقه از مسبب و مشارک در قتل یاد شده و بحث از معاون، با مثال های ممسک و ناظر در قتل، بررسی شده است، بدون اینکه از عنوان معاون سخنی به میان آمده باشد. البته در مورد ممسک و ناظر، اختلاف است. برخی از فقها موضوع را محل اشکال می دانند و جوهی را برای این اشکال مطرح کرده اند؛ از جمله اینکه به چنین افرادی، قاتل اطلاق نمی شود^{۲۳} اما در مورد ممسک که بالاترین درجه معاونت در قتل را دارد، ممنوع شدن از ارث را قوی تر می دانند.^{۲۴}

۲. تطبیق حادثه رانندگی و «هدم»

وضعیت ارث اشخاصی که تاریخ فوت آنها معلوم نیست و در حالت توارث هستند، در قانون مدنی آمده است؛ به موجب ماده ۸۷۳: «اگر تاریخ فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث می برند مجهول و تقدم و تأخر هیچ یک معلوم

> الاصحاب ساکتاً علیه و لعل مستندهم المساواة للقاتل في التسبب لزوال الحياة وإن اختلفا قريباً وبعداً و في ثبوت القصاص و الاشتراك في التهمة و الدخول في اسم القاتل». حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ۸، ص ۵۵؛ الدرر الشریعیة في فقه الإمامیة، ج ۲، ص ۳۴۷؛ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۳۹، ص ۴۱.

۲۳. قواعد الاحکام في معرفة الحلال و الحرام؛ ج ۳، ص ۳۴۷؛ مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ۸، ص ۵۷.

۲۴. «فالمنع في الممسک أقوى». حسینی عاملی، جواد بن محمد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ۸، ص ۵۷؛ حلی، فخر المحققین، إیضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، ج ۴، ص ۱۸۲.

نباشد، اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمی‌برند، مگر آنکه موت به سبب غرق یا هدم واقع شود که در این صورت از یکدیگر ارث می‌برند» و ماده ۸۷۴: «اگر اشخاصی که بین آنها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم، و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد، فقط آن که تاریخ فوتش مجهول است از آن دیگری ارث می‌برد». همچنین در ماده ۱۰۲۴ آمده است: «اگر اشخاص متعدد در یک حادثه تلف شوند، فرض بر این می‌شود که همه آنها در آن واحد مرده‌اند. مفاد این ماده مانع از اجرای مقررات مواد ۸۷۳ و ۸۷۴ جداول این قانون نخواهد بود».

در فقه، مانند بسیاری دیگر از موارد، در باره این مسائل نیز اختلاف نظر است. در کتب حدیثی،^{۲۵} از عبارات «بیت» و «دار» و در کتب فقهی، علاوه بر این عناوین، از عبارت «موضع»،^{۲۶} «جدار»،^{۲۷} «حائط»،^{۲۸} «موارد مشابه»^{۲۹} «سببی که ظاهر باشد»^{۳۰} سخن به میان آمده است و چنین گفته‌اند که اگر اشخاص، در این موارد یا در این مکان‌ها، فوت کنند، با رعایت شرایطی ارث می‌برند. برای تقسیم‌بندی جامعی از این بحث، می‌توان علت مرگ را به دو دسته تقسیم کرد:

۱. مرگی که سببی دارد؛ مانند غرق شدن، آتش گرفتن، به قتل رسیدن؛ ۲. مرگی

۲۵. ابن بابویه قمی (شیخ صدوق)، من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۰۶.

۲۶. قاضی ابن براج، المهدب، ج ۲، ص ۱۶۸.

۲۷. مفید، محمد بن محمد، المقنعة، ص ۶۹۸.

۲۸. «انهدم علیهم حائط فی حالة واحدة»، طوسی، محمد بن الحسن، الرسائل العشر، ص ۲۷۶؛ همو، المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۴، ص ۱۱۸.

۲۹. «انهدم علیهم حائط، و ما أشبه ذلک». طوسی، محمد بن الحسن، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، ص ۶۷۴.

۳۰. «أن یكون الموت بسبب ظاهر من خارج كالغرق و الهدم»: كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الاحکام، ج ۹، ص ۵۲۴.

که سبب ندارد و در بسیاری از مصادیق آن، به «حتف الأنف»^{۳۱} معروف است، مانند اینکه شخص، بدون اتفاق خاصی، فوت کند. در مورد دسته اول، فقها سه گروه هستند:

یک - گروهی، اسباب دیگر مرگ مانند قتل و آتش زدن را همچون هدم می دانند، شیخ مفید در (مقنعه)، ابوالصلاح و ابن حمزه (در وسیله) جزو این گروهند.^{۳۲}

دو - تمام متأخران و بعضی از قدما به خلاف این امر معتقدند؛ سه - گروهی در این موضوع متوقف شده اند، مانند عمیدالدین در کنز الفوائد. در مورد دسته دوم (مرگ بدون سبب خاص)، شهید ثانی در مسالك ادعای اجماع دارد بر اینکه توارث در این مورد تحقق نمی یابد و این امر، ظاهر برخی از کتب دیگر مانند ایضاح نیز هست.^{۳۳}

برخی از نویسندگان حقوقی در باره مفهوم «هدم» می گویند: «انهدام عبارت است از متلاشی شدن یک مجموعه مرکب که عرفاً ظهور در خراب شدن یک ساختمان یا اجزای یک ساختمان - مانند دیوار - دارد. بنابراین مثلاً ریزش بهمن را نمی توان از مصادیق انهدام دانست ... ظاهر عبارات ماده ۸۷۳ در مورد استثنا این است که فوت متوارثین به علت یک حادثه انهدام ... صورت گرفته باشد و هرگاه

۳۱. «الحتف: الموت، و الجمع حتوف، ولم یات منه فعل یقال: مات حتف أنفه: ای علی فراشه من غیر قتل و لا ضرب و لا غرق و لا حرق»: طریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، ج ۱، ص ۳۴؛ فیومی، احمد بن محمود، المصباح المنیر، ج ۱، ص ۱۲۰.

۳۲. «إذا غرق اثنان أو أكثر دفعة أو احترقا أو هدم عليهم أو قتلوا»: ابن حمزه، محمد بن علی، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، ص ۴۰۰؛ «و هل یثبت حکم التوارث فی غیر الغرقى و المهدوم علیهم إذا اشتبه التقدیم؟ قال الشیخان و أبو الصلاح و المتأخر و الاتباع: نعم ألاً بالموت علی الفراش»: فاضل آبی، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، ج ۲، ص ۴۷۹.

۳۳. حسینی عاملی، جواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، ج ۸، ص ۲۶۲.

مثلاً یکی از متوارثین بر اثر انهدام ساختمان و دیگری بر اثر انهدام دیوار ساختمان دیگر فوت کند ... از یکدیگر ارث نمی‌برند».^{۳۴}

از نظر برخی دیگر «سخت‌گیری در مفهوم غرق و هدم نیز روا نیست و مفهوم فرض ماده ۸۷۳ را غیر منطقی و خشک می‌سازد. به عنوان مثال، نباید در محدود ساختن دایره حکم، غرق را ویژه کشتی در دریا و هدم را ناظر به خرابی و آوار ساختن و بنای خانه شمرد. پس ... خرابی ناشی از بمباران، افتادن درخت، سقوط هواپیما در اثر برخورد موشک یا با زمین، برخورد و تصادم دو اتومبیل یا دو قطار یا دو هواپیما از مصداق‌های هدم عرفی است».^{۳۵} از سخن برخی دیگر نیز چنین مستفاد می‌شود که حادثه رانندگی از مصداق هدم نیست؛ زیرا گفته‌اند: «هرگاه دو نفر به سببی غیر از غرق و هدم، مانند سوختن و کشته شدن در میدان جنگ یا در حادثه تصادف اتومبیل و غیره، بمیرند و مرگشان مشتبه باشد، آیا آنان نیز از لحاظ توارث حکم غرق و مهدوم علیهم را دارند یا نه؟»^{۳۶}

۳۴. شهیدی، مهدی، ارث، ص ۴۱.

۳۵. کاتوزیان، ناصر، ارث، ص ۴۶ و ۴۷.

۳۶. طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، ج ۵، از فقهای معاصر نیز بسیاری، به توارث اعتقاد دارند. «چنانچه افرادی در اثر گاز گرفتگی فوت نمایند و تقدّم و تاخّر مرگ آنها مشخص نباشد، آیا مانند غرق یا هدم از یکدیگر ارث می‌برند؟ بهجت، محمد تقی: «اظهر جریان حکم توارث است در هر موردی که به مثابه غرق یا هدم از اسباب قهریه می‌باشد»؛ لطف الله صافی گلپایگانی: «به نظر اینجانب احکام مذکوره اختصاص به هدم و غرق در آب ندارد بلکه در هر حادثه‌ای که مشابه آن باشد مانند غرق در غیر آب و یا سقوط هواپیما و تصادف ماشین و ... جاری است»؛ سید عبدالکریم موسوی اردبیلی: «الف» در فرض مزبور از یکدیگر ارث می‌برند. ب) چنانچه فوت آنها مستند به حادثه‌ای واحد باشد از یکدیگر ارث می‌برند، و الا خیر؛ حسین نوری همدانی: «بلی مانند هدم و غرق از یکدیگر ارث می‌برند». (به نقل از: نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۶۷۲، معاونت آموزش قوه قضاییه).

با توجه به آنچه بیان شد، به نظر می‌رسد که می‌توان همه سوانح رانندگی را از مصادیق هدم دانست و حکم توارث را در مورد اشخاص متوفی اعمال کرد؛ زیرا نگرش عرفی به مفهوم هدم و مرگ ناشی از سببی که در یک مکان تحقق یافته است، مقتضی توارث را دارد. بر این اساس، نباید حکم ارث را از افراد فوت شده، سلب کرد و ارثیه را به دیگران سپرد. با توجه به رویکرد اصلی ارث که بر اساس قاعده «الأقرب يمنع الأبعد» قرار دارد، این تفسیر منطقی است و با توجه به پوشش بیمه ای مسئولیت دارنده اتومبیل، اهمیت اجتماعی نیز دارد.

۳. کیفیت تقسیم ارث در حادثه رانندگی

با احراز حادثه رانندگی (هدم) و حکم به توارث، کیفیت ارث بری نیز مسئله ای جالب و در عین حال مورد اختلاف در فقه است. توضیح اینکه در مورد نحوه ارث بری و تقدم یا تاخر یکی از متوارثین، دو مبنای اساسی وجود دارد: ۱. کدام یک از متوارثین، مقدم بر دیگری ارث می‌برد و آیا این امر، آثار متفاوتی دارد یا در هر حال، فرقی ندارد که کدام یک زودتر ارث می‌برد؟ ۲. آیا متوارثین، از سهمی که از دارایی خود به طرف رسانده‌اند نیز ارث می‌برند؟

برخی از فقها معتقدند ابتدا شخصی ارث می‌برد که سهم کمتری دارد. به عبارت دیگر، فرض می‌شود که شخص دارای ارث بیشتر، زودتر فوت کرده است تا ابتدا ارث شخص مقابل، احتساب، و از دارایی شخص دارای ارث بیشتر، کسر شود.^{۳۷} بنابراین اگر زن و شوهری در حادثه رانندگی فوت کنند و تاخر فوت

۳۷. ابن بابویه قمی، محمد بن علی (شیخ صدوق) المقنع، ص ۵۰۵؛ مفید، محمد بن محمد، المقنعة، ص ۶۹۹؛ المبسوط في فقه الإمامية، ج ۴، ص ۱۱۹؛ سلار، حمزة بن عبدالعزيز ديلمی، المراسم العلوية في الاحكام النبوية، ص ۲۲۵؛ قاضی، ابن براج، المهذب، ج ۲، ص ۱۶۸؛ ابن حمزه، محمد بن علی، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، ص ۴۰۱.

هیچ کدام معلوم نباشد، ابتدا فرض می شود که شوهر فوت کرده است و ارث زن (ربع یا ثمن) از دارایی او کسر خواهد شد؛ سپس فرض می شود که زن فوت کرده است و ارث شوهر (نصف یا ربع) از دارایی او کسر می شود یا در صورتی که پدر و فرزندی فوت کنند، ابتدا فرض می شود که فرزند فوت شده و ارث پدر از دارایی پسر کسر می شود، سپس ارث فرزند از دارایی پدر کسر خواهد شد. معتقدان به این نظر، به روایتی نیز استناد می کنند؛ زیرا ظاهر روایت دلالت بر تقدم دارد و می گویند که اگر این تقدم نباشد، مستلزم لغو در نحوه بیان روایت است.^{۳۸} در مقابل، بسیاری از فقها این تقدم را واجب نمی دانند یا در نهایت، از نظر آنها، روایت دلالت بر استحباب دارد نه وجوب.^{۳۹} این تقدم یا تأخر، به خودی خود اثر فقهی و حقوقی ندارد، مگر اینکه به مبنای دوم نیز توجه شود و ارث شخص دوم با ارث شخص اول متفاوت باشد.

در باره ارث بردن هر کدام از طرفین از مالی که به طرف مقابل رسانده اند،

۳۸. «فی امرأة و زوجها سقط عليهما بيت قال: تورث المرأة من الرجل ثم يورث الرجل من المرأة». ابن بابويه قمی، محمد بن علی (شیخ صدوق)، من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۰۷؛ این روایت را خالی از ضعف نمی دانند، شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، مسالک الافهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۱۳، ص ۲۷۵.

۳۹. «من ذهب إلى الاستحباب إنما كان خوف إلغاء النص وقد ظهر أن لا إلغاء فلا وجوب ولا استحباب علی أن من أوجب التقديم مطالب بالحكمة والفائدة وهي معدومة علی المشهور»: حسینی عاملی، جواد بن محمد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ۸، ص ۲۶۶؛ صاحب جواهر نیز بیان می دارد: «أن الجميع في خصوص الزوج والزوجة، و یحتمل فيه الترتیب الذکری، نحو قوله تعالى «المن تاب وآمن وعمل صالحاً ثم اهتدى» و «إن ربكم الله الذي خلق السماوات والأرض في ستة أيام ثم استوى على العرش» و غیر ذلك مما ورد في الشعر والنثر، و من هنا حملة بعضهم علی التذب و الأمر سهل بعد ما عرفت من عدم تغییر الحكم به عندنا»: نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۳۹، ص ۳۱۶.

اختلاف نظر فقهی وجود دارد. فرض شود که زن از دارایی شوهر، ارث برده و نوبت به احتساب ارث شوهر از دارایی زن است؛ در این وضع، آیا شوهر از مالی که از دارایی او خارج و به عنوان ارث، وارد دارایی زن شده است، ارث می برد یا اینکه باید آنچه را از این طریق به دارایی زن وارد شده، کنار نهاد و دارایی خالص زن را برای ارث شوهر، احتساب کرد؟^{۴۰} اگر گفته شود که دارایی خالص را در نظر می گیرند، بدیهی است که بین تقدم یا تاخر متوارثین، فرقی نخواهد بود، زیرا زن و شوهر یا فرزند و پدر، تنها از دارایی خالص دیگری ارث می برد نه از مجموع دارایی خالص و آنچه از دارایی خود، به طرف مقابل ارث رسانده اند. در این صورت، چه ارث زن مقدم باشد و چه ارث شوهر، هیچ تفاوتی در مسئله ندارد. بیشتر فقها همین نظر را دارند؛ زیرا اگر قرار باشد، زن از مجموع آنچه در دارایی مرد است (از جمله ارث مرد از زن) ارث ببرد، به معنای ارث شخص از خود است که نتیجه ای نامعقول است.^{۴۱}

اما برخی فقها، نظر دیگری دارند. آنها معتقدند که ابتدا باید ارث شخص دارایی سهم کمتر را احتساب و خارج کرد و به دنبال آن، شخص دوم از تمام آنچه در دارایی نفر اول وارد شده است، ارث می برد. بنابراین، در مورد زن و شوهر، ابتدا سهم زن را احتساب می کنند و وقتی نوبت به شوهر رسید، ارث او را از مجموع دارایی خالص زن و نیز مالی که به جهت ارث، از مرد به دست آورده

۴۰. «تالد ماله أو طارفه» یعنی مالی که از قبل بوده یا به تازگی به دست آمده است.

۴۱. البته این ایراد را نیز نپذیرفته و پاسخ داده اند، اما در مجموع، با ارث نبردن از آنچه به طرف مقابل رسیده است موافق هستند. «أنّ التورث ممّا ورث منه يستدعي فرض الحياة بعد فرض الموت، وهو غير ممكن عادة وهذا أيضاً غير وارد عليه، لأنّ فرض الشيء لا يتنافي للامكان بالعادة. نعم يرد عليه: أنّ الإرث لا يكون إلّا في تركة الميّت، وما ورثه غير ما خلّفه، فلا ارث فيه»، فاضل آبی، حسن، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، ج ۲، ص ۴۸۰ و ۴۸۱.

است، احتساب می کنند. ۴۲ جالب است که در این وضع، کسی که ارث کمتری دارد، ارث کمتری نیز می برد؛ زیرا تنها از دارایی خالص ارث خواهد برد، در حالی که شخص دارای ارث بیشتر، در نهایت هم بیشتر ارث می برد؛ زیرا از مجموع دارایی خالص به علاوه آنچه به طرف مقابل رسیده است، ارث می برد. ۴۳

با بیانی که گذشت اگر زن و شوهر، وارث دیگری داشته باشند، سهم به ارث رسیده به زن و نیز سهم به ارث رسیده به شوهر، به وراثت دیگر می رسد و در غیر

۴۲. این نظر را شیخ مفید معرفی می کند. ذکر مثالی از شیخ مناسب است: «لو غرق رجل و امرأته أو انهدم عليهما جدار جعل الزوج الميث أولاً و ورثت منه المرأة وجعلت المرأة الميثة بعد ذلك و الزوج هو الحي و ورث منها ما ورثته منه و ما كان ملكاً لها سواء». (المقنعة، ص ۶۹۹)؛ «علی ما ذهب إليه المفید من عموم إرث الثاني من الأوّل للتألد و الطارف يكون للتقديم و التأخير ثمرة، فيكون سهم المتقدم فيالتوريث مع كونه أقلّ في نفسه، أقلّ مقداراً أيضاً، كما يكون سهم الثاني مع كونه أكثر في نفسه، أكثر مقداراً، لأنّ الأوّل يرث من تالد الثاني، و لا طارف له، و الثاني يرث من تالد الأوّل و طارفه حيث إنّه ورث من الثاني شيئاً طارفاً». (نظام الإرث في الشريعة الإسلامية الغراء، ص ۴۰۶)؛ برخی از فقها، اثر مترتب بر نظر شیخ مفید را نیز مورد ایراد قرار داده و می گویند: «و ما ذكره المصنف و المحقق و أبو العباس و الشهيد الثاني و الصيمري و غيرهم من أن الفائدة تظهر على مذهب المفيد فلم يظهر لي وجهه؛ لأنّه إن كان المراد أن الثمرة هي التوريث مما ورث منه فهلاً قدّم الأقوى و يكون الثمرة التوريث مما ورث منه و إن كان مرادهم بالثمرة التفاوت في الإرث كما هو الظاهر فلا شك في حصوله على مذهب المفيد كما لا شك فيعريانه عن الحكمة أيضاً بحسب الظاهر على أنّه يلزمهم مثله حرفاً بحرف فيما إذا زادت الغرقى عن اثنين كما فيما إذا غرق الأبوان و الابن فإنّه لا شك في حصول التفاوت في تقديم الأضعف و تأخيره على المذهب المشهور». (مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ۸، ص ۲۶۶).

۴۳. «تظهر هنا مشكلة أخرى: ما هو سرّ تقديم الأضعف مع أنّه ينتهي إلى قلة ميراثه و تأخير الأقوى و هو ينتهي إلى كثرة ميراثه و هو خلاف ما يتبادر من تقديم الأضعف من الحكمة. فإنكار أصل التقديم و التأخير أوّلًا هو الأقوى، و لو آيت إلنا و أنّ النص دالّ عليه فيحمل على الأولوية من دون أن نقف على نكته (نظام الإرث في الشريعة الإسلامية الغراء، ص ۴۰۶).

این صورت، به امام (حاکم) تعلق خواهد گرفت. ۴۴

گفتار دوم - بیمه و قواعد ارث در حوادث رانندگی

در این گفتار مسائلی بررسی می شود که با دخالت بیمه گر، خصوصیت یا آثار متفاوتی دارند و سبب اختلاف در رویه قضایی می شوند. اهم این مسائل عبارتند از: «رابطه ارث و پوشش بیمه»، «ماهیت قتل ناشی از حوادث رانندگی» «رویه قضایی در مورد توارث و نقش بیمه گر»، و «کیفیت تقسیم ارث».

۱- رابطه ارث و پوشش بیمه

۱-۱. تحلیل فقهی ارث دیه و نقش بیمه گر

در حوادث رانندگی، بیمه، به منظور پوشش دادن به مسئولیت مدنی دارنده اتومبیل، مقرر شده است. در صورتی که زیان دیده، متحمل صدمه بدنی شود، می تواند دیه و خسارات دیگر را مطالبه کند، اما در صورت فوت شخص، بحث از قایم مقامی متوفی به میان می آید و این پرسش مطرح می شود که آیا دیه قتل، از جهت ارث به قایم مقام (وارث) تعلق می گیرد یا توجیهات دیگری دارد؟ همچنین آیا دیه، به منظور جبران خسارت مادی است یا معنوی و آیا می توان نقش نفقه افراد واجب النفقه را در دیه جستجو کرد و به اطفالی که تحت سرپرستی متوفی بوده اند، اجازه داد بخشی از آن را مطالبه کنند؟ وضعیت طلبکاران چه می شود و آیا نسبت به تمام دیه حق طرح دعوا و مطالبه دارند؟

از نظر فقهی، دیه در حکم مال میت است^{۴۵}؛ زیرا اولاً در این زمینه نصوصی

۴۴. الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ج ۲، ص ۳۵۴.

۴۵. قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام، ج ۳، ص ۳۴۷؛ تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، ج ۲، ص ۶۲.

وجود دارد؛ ثانیاً دیه، عوض نفس مقتول است و مصرف آن برای رعایت مصلحت او، اولی از هر اقدام دیگری است و می دانیم که مهم ترین مصالح، پرداخت دیون است. ^{۴۶} برای این نظر، ادعای اجماع شده است ^{۴۷} و ظاهر کتاب مبسوط نیز همین را نشان می دهد. ^{۴۸} در قتل عمد، با اینکه مجازات اولیه، قصاص است، اگر دیه گرفته شود، حکم میراث را دارد. ^{۴۹} ممکن است گفته شود هدف از قصاص، تشفی اولیای دم است و اگر به دیه رضایت دهند، عوض حق آنهاست که ارتباطی با مقتول ندارد؛ اما این سخن، از نظر بسیاری از فقها پذیرفته نیست. ^{۵۰} از جمله، صاحب جواهر در باره رابطه دیه و استحقاق مقتول و به دنبال آن انتقال به اولیای دم، می گوید که ترتب بین اینها، زمانی نیست تا مانند علت و معلول تلقی شود، بلکه ارتباطی ذاتی است. در باره قتل عمد نیز به محض ازهاق روح، ترتب دیه را می توان درك کرد؛ زیرا تبدیل قصاص به دیه مانند ضمان شیء، به مثل آن است یا به عبارت دیگر، اگر اولیای دم بر قصاص صلح کنند،

۴۶. مسالک الافهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۱۳، ص ۴۲.

۴۷. المهذب البارع في شرح المختصر النافع، ج ۲، ص ۳۵۱.

۴۸. المبسوط في فقه الإمامية، ج ۵، ص ۱۲۵.

۴۹. «إذا قُبِلَتْ دِيَةُ الْعَمْدِ فَصَارَتْ مَالًا فَهِيَ مِيرَاثُ كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ»: تهذيب الاحكام؛ ج ۹، ص ۳۷۷؛ «فِي الرَّجُلِ قَتْلٌ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ وَلَمْ يَتْرِكْ مَالًا فَأَخَذَ أَهْلُهُ الدِّيَةَ مِنْ قَاتِلِهِ عَلَيْهِمْ يَقْضُونَ دَيْنَهُ قَالَ: نَعَمْ قُلْتُ: وَهُوَ لَمْ يَتْرِكْ شَيْئًا، قَالَ: إِنَّمَا أَخَذُوا الدِّيَةَ فَعَلَيْهِمْ أَنْ يَقْضُوا دَيْنَهُ»: الكافي، ج ۷، ص ۲۵؛ «سِوَا كَانَ الْقَتْلُ عَمْدًا وَصَوْلِحُوا عَنِ الْقَصَاصِ بِالْذِيَةِ أَوْ شَبَهَ عَمْدٍ أَوْ خَطَا، وَسِوَا كَانَ فِي مَوْرَدِ الصَّلْحِ مَا يَأْخُذُونَهُ أَزِيدُ مِنَ الذِيَةِ أَوْ أَنْقُصُ أَوْ مَسَاوِيًا وَسِوَا كَانَ الْمَأْخُوذُ مِنْ جِنْسِ الذِيَةِ أَمْ لَا»: تحرير الوسيلة، ج ۲، ص ۳۶۸.

۵۰. «مثل هذه الاعتبارات كما يقال إن القصاص حق الولي لمكان التشفي فكانت الذية عوضاً عن حقه و أنت تعلم أن القصاص عوض عن نفس المقتول و هو مما يجتمع مع التشفي فإذا تراضوا على الذية كانت أيضاً عوضاً عن نفسه و كان أحق بها من غيره». (مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ۸، ص ۵۲).

همانند دفع عوض مال به جای آن است. ۵۱ البته برخی بین قتل عمد و خطا تفاوت نهاده و می گویند که در قتل عمد، قصاص مترتب می شود، برخلاف قتل خطایی که مستوجب دیه است. بنابراین، بعد از توافق اولیای دم با قاتل، مال، متعلق به آنها خواهد بود و مقتول «سبب» چنین مالی نیست، اما در قتل خطایی، مقتول «سبب» تحقق دیه شده است. ۵۲

آیا طلبکاران می توانند اولیای دم را از حق قصاص منع کنند تا به دیه رضایت دهند و طلب آنها از محل دیه پرداخت شود؟ در این مورد، در فقه، دو نظر است که اشهر آنها، اختیار نداشتن طلبکاران در منع از قصاص است. ۵۳ از فقهای مخالف این نظر، شیخ است؛ زیرا معتقد است قصاص در صورتی است که دیون طلبکاران پرداخت یا تضمین شود. ۵۴

۵۱. «الظاهر كون الترتيب بينهما ذاتياً لا زمانياً كالعلة و المعلول، و في العمد يستحق عليه إزهاق روحه، لقوله تعالى «النَّفْسَ بِالنَّفْسِ» فهو شبيه ضمان الشيء بمثله، فإذا صالح الوارث على الدية كان كدفع العوض عن المثل المستحق. و قد عرفت أن استحقاقه إزهاق النفس قد حصل مقارناً لموته، فلا إشكال حيثئذ في عد ذلك من أمواله و تركته، إذ هو أولى بنفسه من غيره، فعوضها من تركته، بل هي أولى من الأطراف أو ديته التي كانت مستحقة له في حياته»: (جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۳۹، ص ۴۶).

۵۲. «و الأولى أن يخص ما ورد من الأخبار بقتل الخطي، لأن قتل الخطأ يوجب المال بغير خلاف، دون القود، و كأنما الميِّت خلف مالاً، أو استحق بسببه مال، فيقضى به دينه. و أمّا قتل العمد المحض، فإنه يوجب القود، دون المال، فكان الميِّت ما خلف مالاً، و لا يستحق بسببه مال، فإن عفت الورثة و اصطلع القاتل و الورثة على مال، فإنهم استحقوه بفعلهم و عفوهم، و في قتل الخطأ ما استحقوه بعفوهم، بل بسبب الميِّت، لأنهم لا يستحقون غيره، و في قتل العمد المحض، استحقوا القود، دون المال»: (السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، ج ۳، ص ۴۹).

۵۳. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۱۳، ص ۴۲.

۵۴. «و إن قتل إنسان و عليه دين، و جب أن يقضى ما عليه من دينه، سواء كان قتله عمداً أو خطأ.

<

بیمه گر، مسئولیت مدنی دارنده را پوشش می دهد و اولین نظری که در مورد تعهدات بیمه گر به ذهن می رسد این است که پرداخت، از جهت دیه است؛ زیرا مسئولیت بیمه گر، تبعی است و در حدود مسئولیت مسئول حادثه باید خسارت را بپردازد. در صورت قتل، دارنده باید دیه مقرر را پرداخت کند، ولی با انعقاد قرارداد بیمه، این مسئولیت، از پیش، بر عهده بیمه گر مستقر شده است. بنابراین، بیمه گر نیز باید «همان مبلغ» را با «همان ماهیت» بپردازد و بحث از نفقه یا جبران خسارت دیگر در این امر، مطرح نمی شود. این استنباط را می توان از ماهیت قرارداد بیمه و بسیاری از مواد قانونی در این زمینه به دست آورد؛ در ماده ۱ قانون بیمه (۱۳۱۶/۲/۷) آمده است:

بیمه عقدی است که به موجب آن یک طرف تعهد می کند در ازای پرداخت وجه یا وجوهی از طرف دیگر در صورت وقوع یا بروز حادثه خسارت وارده بر او را جبران نموده یا وجه معینی بپردازد.

یا در ماده ۴ این قانون می خوانیم:

موضوع بیمه ممکن است مال باشد، اعم از عین یا منفعت یا هر حق مالی یا هر نوع مسئولیت حقوقی

این متون، نشان می دهند که تعهد بیمه گر، پوشش دادن به مسئولیت مدنی بیمه گذار، یعنی پرداخت دیه، در صورت قتل است. این معنا از قانون جدید بیمه

> فَإِنْ كَانَ مَا عَلَيْهِ يَحِيطُ بِدَيْتِهِ، وَكَانَ قَدْ قَتَلَ عَمْدًا، لَمْ يَكُنْ لِأَوْلِيَاءِهِ الْقَوْدَ، إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَضْمَنُوا الدِّينَ عَنْ صَاحِبِهِمْ ... : «النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، ص ۳۰۹؛ روایتی که در این زمینه استناد می شود به این صورت است: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنِ الرَّجُلِ يُقْتَلُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ وَكَيْسٌ لَهُ مَالٌ فَهَلْ لِأَوْلِيَاءِهِ أَنْ يَهْبُوا دَمَهُ لِقَاتِلِهِ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، فَقَالَ: إِنْ أَصْحَابَ الدِّينِ هُمُ الْخُصَمَاءُ لِلْقَاتِلِ فَإِنْ وَهَبُوا أَوْلِيَاؤُهُ دِيَةَ الْقَاتِلِ فَجَائِزٌ وَإِنْ أَرَادُوا الْقَوْدَ فَلَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ حَتَّى يَضْمَنُوا الدِّينَ لِلْغُرْمَاءِ وَإِلَّا فَلَا»: تهذيب الأحكام، ج ۶، ص ۳۱۲.

اجباری نیز به دست می آید؛ زیرا در تبصره ۳ ماده ۵۵۱، ماده ۵۶۴ و تبصره ماده ۵۷۱۶ احکامی در خصوص پرداخت دیه مقرر شده است. براساس این احکام، اگر مسئولیتی در میان نباشد، دیه ای هم پرداخت نخواهد شد و پرداخت دیه، بر وجود مسئولیت دلالت می کند و معلوم است که دیه، به وارث تعلق دارد و اطفال تحت سرپرستی، نمی توانند ادعایی در آن داشته باشند.

چنین نگرشی به مسئولیت مدنی دارنده و بیمه گر، مبنای عملکرد بیمه گرها و رویه قضایی است، اما با برخی نصوص یا قراین قانونی، جمع شدنی نیست. دقت در قانون جدید بیمه اجباری و برخی دیگر از قوانین، نشان می دهد که رابطه مسئولیت مدنی دارنده و پوشش بیمه ای، ذاتی و حتمی نیست و عموم و خصوص من وجه است، زیرا اولاً در برخی موارد، دارنده وسیله نقلیه مسئولیتی ندارد، در حالی که بیمه گر مسئول خواهد بود. حکم تبصره ۲ ماده ۴ قانون جدید بیمه اجباری که مقرر می دارد:

بیمه گر موظف است در ایفای تعهدات مندرج در این قانون خسارت وارده به

زیان دیدگان را بدون لحاظ جنسیت و مذهب تا سقف تعهدات بیمه نامه

۵۵. «منظور از خسارت بدنی، هر نوع دیه یا ارش ناشی از صدمه، شکستگی، نقص عضو، از کارافتادگی (جزئی یا کلی - موقت یا دائم) یا دیه فوت شخص ثالث به سبب حوادث مشمول بیمه موضوع این قانون است. هزینه معالجه نیز چنانچه مشمول قانون دیگری نباشد، جزء تعهدات بیمه موضوع این قانون خواهد بود».

۵۶. «حداقل مبلغ بیمه موضوع این قانون در بخش خسارت بدنی معادل حداقل ریالی دیه یک مرد مسلمان در ماه های حرام و در بخش خسارت مالی معادل حداقل دو و نیم درصد (۲/۵٪) تعهدات بدنی خواهد بود. بیمه گذار می تواند برای جبران خسارت های بدنی و مالی، بیش از حداقل مزبور بیمه اختیاری تحصیل کند».

۵۷. «در حوادث رانندگی منجر به فوت، شرکت های بیمه می توانند در صورت توافق با راننده مسبب حادثه و ورثه متوفی، بدون نیاز به رأی مراجع قضایی، دیه و دیگر خسارت های بدنی وارده را پرداخت کنند».

پرداخت نماید. مبلغ مازاد بر دیه تعیین شده از سوی محاکم قضائی، به

عنوان بیمه حوادث محسوب می‌گردد.

از این موارد است؛ زیرا در مورد دیه زن یا کافر غیر کتابی^{۵۸} که مشمول اطلاق

تبصره هستند، دارنده، مسئولیت کاملی ندارد اما بیمه گر باید دیه مقرر را

پپردازد؛^{۵۹} ثانیاً در مواردی، دارنده مسئول است، اما بیمه گر، در واقع خسارتی

۵۸. وضعیت کافر کتابی، به موجب قانون الحاق یک تبصره به ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی

مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۶ که مقرر می‌دارد: «بر اساس نظر حکومتی ولی امر، دیه اقلیت‌های

دینی شناخته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به اندازه دیه مسلمان تعیین

می‌گردد»، همانند وضعیت مسلمان است.

۵۹. حکم ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی ۱۳۸۹/۱۲/۸ نمونه دیگری از مسئولیت

نداشتن دارنده و وجود پوشش بیمه‌ای است: «در راه‌هایی که برای عبور عابران پیاده

علایم، تجهیزات و مسیرهای ویژه اختصاص داده شده است، عابران مکلفند هنگام عبور از

عرض یا طول سواره رو با توجه به علایم راهنمایی و رانندگی منصوبه در محل، از نقاط

خط کشی شده، گذرگاه‌های غیر همسطح و مسیرهای ویژه استفاده نمایند. هرگاه عابران به

تکلیف مذکور عمل ننمایند، در صورت تصادف با وسیله نقلیه، راننده مشروط به اینکه کلیه

مقررات را رعایت نموده باشد و قادر به کنترل وسیله نقلیه و جلوگیری از تصادف یا ایجاد

خسارت مادی و بدنی نباشد مسئولیتی نخواهد داشت. عدم مسئولیت راننده مانع استفاده

مصدوم یا وراثت متوفی از مزایای بیمه نخواهد شد و شرکت بیمه با ارائه قرار منع تعقیب یا

حکم برائت راننده ملزم به اجرای تعهدات موضوع بیمه نامه به مصدوم یا وراثت متوفی

خواهد بود. چنانچه وسیله نقلیه بیمه نباشد، دیه عابر از صندوق موضوع قانون بیمه اجباری

مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب

پرداخت می‌شود... «این ماده قابل مقایسه با ماده ۴ قانون ایمنی راه‌ها و راه‌آهن مصوب

۱۳۴۹/۴/۷ است: «ورود و عبور عابرین پیاده و انواع وسایل نقلیه غیرمجاز و عبور دادن

دام در آزادراه و همچنین توقف وسایل نقلیه در خطوط عبور، ممنوع است. هرگاه به

جهات مذکور حادثه‌ای واقع شود که منجر به ضرب یا جرح یا قتل یا خسارت مالی شود

راننده مجاز که وسیله نقلیه او مجاز به حرکت در آزادراه باشد، نسبت به مورد فوق

مسئولیتی نخواهد داشت، ولی در هر حال مکلف است در صورت بروز حادثه، وسیله

<

پرداخت نمی‌کند، بلکه آنچه می‌پردازد، نه از جهت مسئولیت مدنی، که نوعی تعهد قانونی است و پوشش بیمه‌ای محسوب نمی‌شود. حادثه عمدی از این موارد است؛ زیرا بیمه خسارت عمدی، باطل است و بیمه‌گر فقط برای تسهیل خسارت، اقدام به پرداخت دیه می‌کند و با رجوع به شخص عامد، وجه را مسترد می‌دارد. در ماده ۶ قانون جدید بیمه اجباری آمده است:

در صورت اثبات عمد راننده در ایجاد حادثه توسط مراجع قضائی و یا رانندگی در حالت مستی یا استعمال مواد مخدر یا روان‌گردان مؤثر در وقوع حادثه، یا در صورتی که راننده مسبب، فاقد گواهینامه رانندگی باشد یا گواهینامه او متناسب با نوع وسیله نقلیه نباشد، شرکت بیمه موظف است بدون اخذ تضمین، خسارت زیان دیده را پرداخت نموده و پس از آن می‌تواند به قایم مقامی زیان دیده از طریق مراجع قانونی برای استرداد تمام یا بخشی از وجوه پرداخت شده به شخصی که موجب خسارت شده است مراجعه نماید.

بر این اساس، تعهد بیمه‌گر، از جهت پوشش بیمه‌ای نیست و به تأمین اجتماعی نزدیک می‌شود.

آیا با توجه به این نکات، می‌توان پوشش بیمه‌ای را به طور دقیق، معادل ارث دیه دانست و طفل تحت سرپرستی را از تمام یا بخشی از دیه محروم کرد؟ در فرضی که زن در نتیجه تصادف رانندگی فوت کند، بیمه‌گر باید دو تعهد را ایفا کند: ۱. تعهد پرداخت نصف دیه مرد مسلمان را که به ارث می‌رسد؛ ۲. تعهد پرداخت مبلغی معادل نصف دیه، که نه از جهت دیه، بلکه براساس ضمان

> نقلیه را در شانه سمت راست متوقف نموده و مصدوم را با وسیله نقلیه خود و یا وسیله دیگر بلافاصله به اولین درمانگاه یا بیمارستان برساند و مراتب را به مأمورین انتظامی اطلاع دهد. عدم مسئولیت راننده مذکور مانع استفاده شخص ثالث از مقررات بیمه نخواهد بود.

قراردادی و دارای ماهیت «بیمه حوادث» است. آیا در این صورت، یا در موارد دیگر که بیمه گر، مبالغی را بدون توجه به مسئولیت مدنی مقصر پرداخت می کند، می توان قواعد ارث را کنار نهاد و افرادی را مستحق آن دانست که تحت تکفل متوفی بوده و از حق خود در دریافت نفقه و مخارج دیگر محروم شده اند؟ پاسخ این سؤال با بررسی ماهیت بیمه های حوادث به دست می آید.

۱-۲. ماهیت بیمه های حوادث

بررسی ماهیت بیمه حوادث، مطالب تفصیلی و مناسب خود را می طلبد که در این نوشتار نمی توان به همه اشاره کرد و ضرورتی هم به این کار نیست. بنابراین به اجمال و به منظور استفاده در بحث، نکاتی را متذکر می شویم.

بیمه های حوادث از زمره بیمه های اشخاص هستند و از اصول متفاوتی پیروی می کنند. در این بیمه ها، اصل غرامت، جز در موارد محدود، مطرح نمی شود؛ به این معنا که مبلغ پرداختی، برای جبران خسارت نیست و با اصل خسارت نیز قابل جمع است. بیمه سرنشین راننده یکی از این موارد است؛ زیرا بیمه گر، هم دپه مربوط به مسئولیت راننده و هم مبلغ بیمه سرنشین را می پردازد. همچنین اصل قایم مقامی در این بیمه ها جایگاهی ندارد؛ زیرا برخلاف بیمه های اموال، مبلغ پرداخت شده، فقط ناشی از قرارداد بیمه است و تابعی از اصل مسئولیت نیست. می دانیم که اگر کسی به اموال دیگری صدمه زند و بیمه گر، خسارت او را جبران کند، می تواند براساس ماده ۳۰ قانون بیمه ۱۳۱۶ که مقرر می دارد: «بیمه گر در حدودی که خسارات وارده را قبول یا پرداخت می کند در مقابل اشخاصی که مسئول وقوع حادثه یا خسارت هستند قائم مقام بیمه گذار خواهد بود و اگر بیمه گذار اقدامی کند که منافی با عقد مزبور باشد در مقابل بیمه گر مسئول شناخته می شود»، به مسئول زیان رجوع کند، و مبلغ پرداختی را باز یافت کند اما در مورد

بیمه‌های اشخاص، چنین امری منطقی نیست؛ زیرا براساس اصل نسبی بودن قرارداد، نمی‌توان آثاری فراتر از تعهدات قانونی را برعهده اشخاص ثالث تحمیل کرد.^{۶۰} در بیمه‌های اشخاص، شخصی که قرار است از مبلغ بیمه استفاده کند، همیشه کسی نیست که در مقام ورثه قرار دارد، بلکه می‌توان شخص بیگانه‌ای را تعیین کرد؛ همچنان که در بیمه عمر به این صورت عمل می‌شود. در ماده ۲۴ قانون یاد شده آمده است:

وجه بیمه عمر که باید بعد از فوت پرداخته شود، به ورثه قانونی متوفی پرداخته می‌شود، مگر اینکه در موقع عقد بیمه یا بعد از آن در سند بیمه قید دیگری شده باشد که در این صورت وجه بیمه متعلق به کسی خواهد بود که در سند بیمه اسم برده شده است.

در مواردی که ورثه ذینفع استفاده از وجه بیمه هستند، قواعد ارث اعمال نمی‌شود و همه اشخاص به صورت مساوی بهره‌مند می‌شوند. به عبارت دیگر، اصل وراثت به منظور تعیین نزدیک‌ترین اشخاصی است که حق استفاده دارند، اما در مورد شیوه تقسیم مبلغ، قواعد ارث اعمال نمی‌شود و مطابق اصل، همه به صورت یکسان سهم می‌برند.

ذکر برخی پرسش و پاسخ‌های فقهی نیز در این مورد مفید است. پرسیده شده است «شرکت بیمه در ضمن قرارداد بیمه عمر که با بیمه‌گذار منعقد نموده، متعهد شده است که بعد از وفات بیمه‌گذار، مبلغی پول به کسانی که او معین می‌کند بپردازد، حال اگر این شخص بدهکار باشد و دارایی او برای پرداخت بدهی اش کافی نباشد، آیا طلبکاران حق دارند طلب خود را از مبلغی که شرکت بیمه پرداخت می‌کند بردارند؟ پاسخ از این قرار است: «این امر تابع توافق آنان در قرارداد بیمه

۶۰. در این باره ر. ک: جانعلی، محمود صالحی، حقوق بیمه، ص ۱۷۸ و ۱۶۹؛ کریمی، آیت، کلیات بیمه، ص ۴۰۲-۴۰۴.

است، اگر قرار آنان بر این باشد که شرکت بیمه مبلغ مقرر را بعد از وفات بیمه گذار به شخص یا اشخاصی که او مشخص کرده بدهد، در این صورت آنچه شرکت می پردازد، حکم ترکه میت را ندارد، بلکه مختص کسانی است که برای دریافت این مبلغ مشخص شده اند^{۶۱} یا گفته شده: «بیمه عمر جزو ترکه میت نیست؛ به هر کس هر مقدار اداره بیمه می دهد، متعلق به اوست». ^{۶۲} به این پرسش که: «آیا سرمایه بیمه عمر و خسارت فوق ناشی از حوادث رانندگی، و دیگر بیمه ها، طبق قانون ارث تقسیم می شود؟ در صورتی که در قرارداد بیمه، شرط خاصی در این زمینه گنجانده شده باشد، آیا نافذ است؟» پاسخ داده اند: «در مورد بیمه عمر باید طبق شرایط و مقررات بیمه مصرف شود، و اما در مورد خسارات رانندگی، خواه مالی باشد یا جانی، حکم سایر اموال میت را دارد». ^{۶۳}

بدین سان، سرمایه موضوع بیمه های اشخاص را باید از قواعد ارث و ارث بران متمایز، و ذینفع آن را با رعایت اهداف بیمه گذار یا قانون، تعیین کرد. تبصره ۲ قانون جدید بیمه اجباری، به منظور برابر ساختن پرداخت دیه زن و مرد با استفاده از مکانیسم ضمان عقدی است؛ می دانیم که مسئول حادثه، مسئولیت قانونی برای پرداخت دیه کامل به زن یا کافر غیر کتابی را ندارد و مطابق قرارداد و با پرداخت حق بیمه بیشتر، حقی را به سود ثالث به وجود می آورد. مطابق اصل آزادی قرارداد، شخص ثالث را می توان انتخاب کرد و او را ذینفع قرارداد دانست. بیمه گذار، به طور معمول، وراث خود را در نظر می گیرد؛ اما این امر، همیشگی نیست و به قصد بیمه گذار و تصریح در سند بیمه نامه بستگی دارد. در فرضی که بیمه گذار، شخصی را تحت سرپرستی خود دارد، همانند طفل حقیقی، نگران تأمین هزینه های اوست. قانون گذار نیز این نگرانی را از طریق بیمه حوادث کاهش

۶۱. امام خمینی، توضیح المسائل، ج ۲، ص ۹۴۳.

۶۲. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، مجمع المسائل، ج ۳، ص ۳۱۶.

۶۳. مکارم شیرازی، ناصر، استفتاءات جدید، ج ۳، ص ۳۴۴.

می‌دهد. در متن تبصره ۲ ماده ۴، به جای استفاده از مفاهیم ارث و دیه و مانند آن، عبارت «خسارت وارده به زیان دیدگان» به کار رفته است و مطابق قواعد مسئولیت مدنی، شخص تحت سرپرستی نیز یکی از زیان دیدگان یا تنها زیان دیده، برحسب مورد است. ماده ۱۱ قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست نیز بر تأمین هزینه‌های طفل تحت سرپرستی تصریح کرده، می‌گوید:

وظایف و تکالیف سرپرست و سرپرستی طفل او، از لحاظ نگاهداری و

تربیت و نفقه و احترام، نظیر حقوق و تکالیف اولاد و پدر و مادر است.

در حقوق مسئولیت مدنی، وضعیت زیان دیدگانی که به دلیل از دست دادن سرپرست خود (مانند پدر)، از نفقه قانونی او محروم می‌شوند، بررسی شده و خسارت آنها را جبران پذیر دانسته‌اند.^{۶۴} در ماده ۶ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹/۲/۷ آمده است:

... در صورتی که در زمان وقوع آسیب، زیان دیده قانوناً مکلف بوده و یا ممکن است بعدها مکلف شود شخص ثالثی را نگاهداری نماید و در اثر مرگ او، شخص ثالث از آن حق محروم گردد، واردکننده زیان باید مبلغی به عنوان مستمری، متناسب با مدتی که ادامه حیات آسیب دیده عادتاً ممکن و مکلف به نگاهداری شخص ثالث بوده، به آن شخص پرداخت کند. در این صورت تشخیص میزان تأمین که باید گرفته شود با دادگاه است. در صورتی که در زمان وقوع آسیب، نطفه شخص ثالث بسته شده و یا هنوز طفل به دنیا نیامده باشد شخص مزبور استحقاق مستمری را خواهد داشت.

بنابراین پرداخت سهم مازاد بر دیه زنی که در حادثه رانندگی کشته می‌شود و سرپرستی طفل را بر عهده دارد، می‌تواند به اعمال درست این قوانین و قواعد کمک کند.

۶۴. این زیان‌ها را با عنوان (Par ricochet) معرفی می‌کنند، کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، ضمان قهری، ج ۱، مسئولیت مدنی، ص ۲۴۹-۲۵۲.

۲. ماهیت قتل ناشی از حوادث رانندگی

همان طور که ملاحظه شد، در فقه در باره حکم قتل خطای محض و شبه عمد، از نظر ارث، اختلاف نظر است؛ هر چند نظر مشهور فقهی، همانندی حکم آنهاست. به عبارت دیگر، در هر دو مورد، قاتل غیر عمد، از دیه ارث نمی برد، اما از سایر ترکه بهره مند است. این امکان وجود دارد که دادگاهی بخواهد بین این دو نوع قتل، تفاوت گذاشته، در مورد شبهه عمد، نظر دیگری را برگزیند.^{۶۵} بنابراین، باید ماهیت قتل ناشی از حوادث رانندگی را روشن کرد؛ به این صورت که آیا حوادث رانندگی ماهیت شبهه عمد دارند یا خطای محض هستند؟

این بحث آثار مهمی دارد که از جمله، به بحث مسئولیت عاقله مربوط می شود. ممکن است ادعا شود که چون راننده، قصد فعل و قصد نتیجه را نداشته، اقدام او خطای محض است و بنابراین در صورت قتل، عاقله باید دیه را پرداخت کند. اما این نظر در وضع فعلی و با این همه حوادث رانندگی، آشفتگی بسیاری به دنبال خواهد داشت و با منطق پیشگیرانه از وقوع جرم نیز هماهنگی ندارد. می توان چنین گفت که راننده در واقع، فعل را انجام می دهد و احتمال برخورد با شخص عابر یا اتومبیل دیگر را نیز در ذهن دارد؛ احتمالی که معقول و متعارف است و به همین دلیل، می تواند مبنایی برای شبهه عمد دانستن قتل باشد. در فقه نیز هر جا که عمل، همراه با تقصیری انجام شده باشد، از حالت خطای محض خارج می شود و حکم شبهه عمد را بر آن مترتب می کنند. برای مثال، در این مورد که «اگر کسی بر عکس سیر ماشین، با سرعت حرکت کند و با ماشین برخورد کند و کشته شود، آیا

۶۵. به نظر می رسد که دادگاه ها با توجه به تبصره ۱ ماده ۱۸ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۵/۱/۲۴ باید حکم قتل خطایی و شبهه عمد را یکسان بدانند؛ زیرا این تبصره، نظر مشهور را مبنای انتخاب دادگاه ها در مسائل اختلافی دانسته است. با این حال، ممکن است دادگاهی، استنباط دیگری داشته باشد و حکم این تبصره را ناظر به موارد دیگر بداند.

تصادم است و راننده باید نصف دیه اش را بپردازد (در فرض شبه عمد) یا آنکه تمام دیه باید پرداخت شود» بیان می‌دارند: «اگر در وقتی راننده متوجه شود که نتواند خود را کنترل کند دیه دادن بر او واجب نیست، ولی اگر در موقعی متوجه شود که قادر بر کنترل هست و به خیال اینکه برخورد نمی‌کند تصادم نماید، بعید نیست در حکم شبه عمد باشد»^{۶۶} یا گفته شده است: «با فرض اینکه کوتاهی از راننده باشد، در حکم شبه عمد است»^{۶۷}. آقایان ناصر مکارم شیرازی و لطف‌الله صافی گلپایگانی نیز در این مورد «که اگر سهل‌انگاری طبیب منجر به فوت بیمار شود، قتل چگونه قتلی خواهد بود»، به شبهه عمد عقیده دارند.^{۶۸} همچنین تفکیک خطا و شبهه عمد را در این پرسش و پاسخ می‌توان دریافت: «راننده در موقع سیرش تصادفی کرده، صدمه جانی و مالی به کسی می‌زند، تکلیف او چیست؟ ثانیاً اگر راننده در موقع رانندگی خیلی با احتیاط بوده یا بی‌احتیاطی کرده است، حکم هر دو صورت را بیان فرمایید». پاسخ: «اگر معلوم باشد که راننده تقصیر نموده، یعنی با احتیاط حرکت نکرده، و مصدوم هم تقصیر نکرده راننده ضامن است و حکم شبهه عمد را دارد که دیه بر خود او است و اگر با احتیاط حرکت نموده و مصدوم تقصیر کرده و خود را در معرض صدمه در آورده، راننده ضامن نیست و اگر هیچ یک تقصیر نکرده‌اند، حکم خطا را دارد و در خطا دیه بر عاقله است و با جهل به این خصوصیات مصالحه نمایند و نسبت به صدمه مالی هم راننده ضامن است، اگر چه خطأ صدمه زده باشد، مگر آنکه تلف مستند به صاحب مال باشد مثل اینکه هنگام حرکت ماشین، مال خود را زیر ماشین بیندازد».^{۶۹}

۶۶. گلپایگانی، سید محمد رضا، مجمع المسائل، ج ۳، ص ۲۳۸.

۶۷. خامنه‌ای، سیدعلی، نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۴۱۳۶.

۶۸. نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۶۲۱۷.

۶۹. گلپایگانی، سید محمد رضا، مجمع المسائل، ج ۳، ص ۲۸۰. این پاسخ برای تعیین قلمرو

ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی نیز مفید است.

بنابراین باید به ظاهر تبصره ۳ ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد: «هر گاه بر اثر بی احتیاطی یا بی مبالاتی یا عدم مهارت و عدم رعایت مقررات مربوط به امری قتل یا ضرب یا جرح واقع شود، به نحوی که اگر آن مقررات رعایت می‌شد حادثه‌ای اتفاق نمی‌افتاد، قتل و یا ضرب و یا جرح در حکم شبه عمد خواهد بود»، پایبند بود و با استفاده از نظر مشهور فقها، قاتل شبه عمد را از ارث دیه محروم دانست.

گفتار سوم رویه قضایی در باره توارث و نقش بیمه گر

۱. قواعد عمومی

پرسش اصلی این است که اگر مقصر حادثه، یکی از ورثه متوفی باشد و محرومیت او را از ارث دیه، مطابق نظر مشهور فقهی بپذیریم یا با استفاده از ظاهر قانون مدنی که تنها از قتل عمدی سخن می‌گوید، ممنوعیت را اعمال نکرده، او را وارث دیه نیز بدانیم، آیا شرکت بیمه باید دیه را به بقیه ورثه دهد یا اساساً بیمه گر نباید چیزی پردازد؟ آیا حکم این مسئله بر حسب ارث بردن یا نبردن فرق دارد؟ به این صورت که در حالت ارث بردن، دین او به متوفی و سایر وراثت از جهت قتل، با طلب او از جهت ارث ادغام شده، سبب مالکیت ما فی الذمه می‌شود که در این حالت، بیمه گر نیز نباید چیزی پرداخت کند، اما در حالت منتفی شدن ارث، بیمه گر باید سهم قاتل را به سایر ورثه پردازد؟

رویه برخی از شرکت‌های بیمه این است که سهم مقصر حادثه را پرداخت نمی‌کنند؛ با این ادعا که مقصر حادثه، از ارث دیه محروم است. البته این شرکت‌ها، سهم مقصر را به دیگر وراثت نیز نمی‌دهند و در واقع، بخشی از خسارت را اساساً جبران نمی‌کنند. در رویه قضایی نیز اختلاف نظر است. برخی ارث بردن قاتل غیر عمدی از دیه را قبول دارند و برخی نیز قبول ندارند؛ اما در

مورد هر یک از این نظرها نیز اختلاف دیگری بروز می‌کند؛ به این صورت که برخی دادگاه‌ها، در حالت ممنوعیت از ارث، بیمه‌گر را ملزم می‌کنند که سهم مقصر را به بقیه وراثت بدهد و برخی، چنین الزامی را رد می‌کنند. همچنین در مورد ارث بردن از دیه، برخی دادگاه‌ها، بیمه‌گر را از هر نوع پرداختی معاف می‌کنند که برای مثال می‌توان به دادنامه شماره ۸۹۰۹۹۷۰۳۰۰۹۰۰۷۶۶ موضوع پرونده شماره ۸۹۰۹۹۸۰۳۰۰۹۰۰۱۵۷ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی شهرستان یزد اشاره داشت. در این رأی آمده است:

در خصوص دعوی آقایان و خانم‌ها ... به طرفیت شرکت بیمه ... اولاً در خصوص خواهان ردیف اول، نظر به اینکه حسب مفاد دادنامه شماره ۸۸/۰۶۸۵ شعبه ۱۰۶ جزایی یزد در وقوع حادثه منجر به فوت مورثین خواهان‌ها مقصر حادثه تشخیص گردیده است و اینکه علی‌القاعده پرداخت خسارات بدنی و مالی از سوی شرکت بیمه به قائم مقامی مقصر حادثه است. از طرفی در مواردی که مقصر حادثه، خود احدی از ورثه متوفی در حادثه باشد، راجع به دیه سهم الارث متعلق به خود مقصر حادثه، به نوعی مالکیت مافی‌الذمه ایجاد می‌شود. فلذا محکومیت اداره بیمه به پرداخت دیه سهمی مقصر حادثه در حق وی و جاهت قانونی ندارد ...

دادگاه، در این رأی، مقصر حادثه را از ارث محروم نمی‌داند و نظر مشهور فقهی را نمی‌پذیرد؛ شاید با این استدلال که ممنوعیت از ارث، خلاف اصل است و در قانون مدنی نیز تنها در مورد قتل عمد آمده است. رأی دادگاه بر سه مقدمه مبتنی است: ۱. مقصر حادثه، مالک سهم خود از دیه است؛ ۲. مقصر حادثه به دلیل قتل، باید دیه را پرداخت کند؛ ۳. مسئولیت بیمه‌گر، تابع مسئولیت مقصر حادثه است؛ زیرا این مسئولیت را پوشش می‌دهد. بنابراین اگر خود مقصر ملزم به پرداخت وجهی نباشد، بیمه‌گر هم نباید بپردازد و می‌دانیم که مقصر حادثه، در این

فرض، دیه را به اندازه سهم خود نمی پردازد. با توجه به این مقدمات و با توجه به اینکه جمع بین طلب و بدهی در یک دارایی، به مالکیت ما فی الذمه منتهی می شود، مقصر حادثه نمی تواند طلبکار خود شود و دیه به اندازه سهم او، ساقط می گردد. سایر ورثه نمی توانند تمام دیه را از بیمه گر مطالبه کنند و خود مقصر هم این حق را ندارد، زیرا او مسئول اصلی است و برای احراز مسئولیت بیمه گر، باید او را ملزم به پرداخت دانست. ضمن اینکه مطالبه دیه از بیمه گر، صحیح نیست؛ زیرا منطقی نیست که قاتل بتواند دیه قتل مورث خود را از بیمه گر دریافت کند! برای روشن شدن موضوع، باید نکات ذیل را در نظر داشت:

۱. در باره ارث نبردن مقصر از دیه، باید به نظر مشهور فقهی پیوست و مقصر را از ارث دیه محروم دانست؛ زیرا با توجه به مجموع آنچه بیان کردیم، پذیرش ارث دیه از سوی مقصر، برخلاف روح حاکم بر قواعد فقهی و حقوقی است.^{۷۰}
۲. با توجه به اینکه سایر وراث استحقاق دریافت دیه را دارند و محروم بودن یکی از آنها، نباید به از بین رفتن دیه مقتول منتهی شود و نیز با توجه به اینکه در فقه، امری مسلم است که در صورت ممنوع بودن یکی از ورثه، وراث دیگر جای او را می گیرند، باید بر این بود که بیمه گر سهم مقصر را به سایر ورثه پردازد. اگر

۷۰. برخی حقوق دانان در قتل غیر عمد، هیچ نوع ممنوعیتی را نمی پذیرند. آقای دکتر شهیدی در این مورد بیان می دارد: «هرگاه شخصی در حال رانندگی به طور ناخواسته با مورث خود تصادف کند و مورث بر اثر این تصادف فوت کند، از مقتول ارث می برد». دکتر مهدی شهیدی، ارث، ص ۵۲. برخی دیگر می گویند: «قتل خطایی و شبه عمد مورث مانع ارث نیست. با وجود این، منع وارث از ارث بردن دیه قوی است؛ زیرا دیه، هم وجه کیفری دارد و هم جبران خسارت است. در فرض ما، دیه به عهده وارث است و رابطه توارث نباید او را از تمام مجازات یا بخشی از آن معاف کند. از جهت مسئولیت مدنی نیز درست نیست که شخص بتواند از ضرری که وارد کرده است، مصون بماند». کاتوزیان، ناصر، ارث، ص ۱۱۰-۱۱۱.

غیر از این باشد، بخشی از دیه، بدون سبب قانونی در دارایی بیمه گر باقی می ماند که با هیچ قاعده و منطقی توجیه پذیر نیست؛ زیرا مقصری که از دیه محروم است، مسئول اصلی است و باید سهم دیگران را پردازد و بیمه گر نیز که مسئولیت او را به موجب قرارداد بیمه پوشش داده است، باید از عهده ایفای تعهد برآید.

۳. آیا با پذیرش این نظر که مقصر حادثه از دیه نیز ارث می برد (خلاف نظر مشهور فقها)، بیمه گر باید از عهده خسارت برآید و سهم مقصر را پردازد یا ارثیه مقصر، به دلیل مالکیت مافی الذمه، با بدهی او، در یک دارایی، جمع و ساقط می شود و بنابراین بیمه گر نیز تعهدی به پرداخت ندارد؟ برای پاسخ به این پرسش، باید فرایند و ماهیت تحقق بیمه مسئولیت مدنی را بررسی کرد. براساس قانون جدید بیمه اجباری، دارندگان وسایل نقلیه باید بیمه مسئولیت مدنی در مقابل «اشخاص ثالث» را تحصیل کنند. تبصره ۶ ماده ۱ این قانون مقرر می دارد:

منظور از شخص ثالث، هر شخصی است که به سبب حوادث وسایل نقلیه موضوع این قانون دچار زیان های بدنی و یا مالی شود، به استثنای راننده مسبب حادثه.

از نظر قواعد مسئولیت مدنی و ضمان فقهی نیز هیچ کس در مقابل ضرر وارد شده به خود مسئولیتی ندارد و تصور مسئولیت مدنی، تنها در صورتی است که زیان به شخص دیگری وارد آید. قانون گذار، این زیان دیده را با عنوان «شخص ثالث» معرفی کرده است. راننده ای که در حادثه، به خود و دیگری آسیب رسانده است، باید از عهده جبران خسارت برآید و به همین ترتیب، بیمه گر نیز باید مسئولیت او را پوشش دهد، اما از آنجا که این راننده در مقابل زیان به خود، تعهدی ندارد، بیمه گر او هم متعهد نیست. در فرضی که شخص، پدر خود را در حادثه رانندگی به قتل برساند، در مقابل او مسئول است و وراثت، قائم مقام مقتول می شوند و حق دارند دیه را مطالبه کنند. در این فرض، اگر خود مقصر هم از دیه

سهمی ببرد، در کنار سایر وراثت قرار می‌گیرد و سهم او مثلاً در فرضی که یک برادر دارد، نصف دیه می‌شود و مقصر این ارث را به قائم مقامی از پدر می‌برد و هم‌زمان نیز معادل نصف دیه را به برادر خود بدهی دارد. به دلیل مسئولیت راننده، بیمه‌گر او نیز مسئول قلمداد می‌شود و باید به جای مقصر، نصف دیه را به برادر بپردازد، اما راننده نمی‌تواند از خود طلبکار شود و با ادعای ارث، نصف دیه را مطالبه کند؛ زیرا این «طلب»، در واقع طلب از خود است و با «بدهی» او از جهت نصف دیه، در یک دارایی جمع و ساقط می‌شود. ایراد نشود که بیمه‌گر باید نصف دیه به ارث رسیده مقصر را پرداخت کند؛ زیرا پاسخ می‌دهیم که مسئول اصلی و نهایی در این حادثه و هر حادثه‌ای، خود راننده مسبب است و بیمه‌گر، تنها برای پوشش دادن به این مسئولیت قرارداد بیمه را منعقد کرده است. بنابراین، در این مثال که راننده، خود نصف دیه را بدهی دارد و نصف را به ارث می‌برد، چیزی باقی نمی‌ماند تا بیمه‌گر جبران کند. برای تصور بهتر موضوع، فرض شود که راننده، بیمه‌نامه‌ای تهیه نکرده باشد. در این فرض، بیشتر از نصف دیه را نخواهد پرداخت و نصف دیگر را به دلیل ارث، در واقع نزد خود دارد و نمی‌تواند از خود مطالبه کند و چنین بدهی و طلبی، از طریق مالکیت ما فی الذمه از بین می‌رود. دخالت بیمه‌گر این وضع را تغییر نمی‌دهد؛ زیرا بیمه‌گر در حدودی که راننده مسئول است، تعهد دارد و در این مورد، تعهدی باقی نمی‌ماند.

ممکن است ایراد شود که یکی از شرایط مالکیت ما فی الذمه، در این فرایند وجود ندارد و آن، وحدت دارایی بدهکار و طلبکار است؛ زیرا به محض تحقق حادثه رانندگی، حق مستقیم^{۷۱} برای شخص زیان دیده ثالث به وجود می‌آید و باعث می‌شود وجه بیمه‌نامه، تنها به سود او قابل وصول باشد و از رقابت با دیگر طلبکاران مصون بماند. با تحقق حادثه رانندگی، بیمه‌گر باید از عهده خسارت

71. Droit Propre.

برآید و چون در مرحله بعدی، وراثت، جانشین متوفی می شوند، بیمه گر باید خسارت را به طور کامل به آنها پردازد هر چند که یکی از آنها، مقصر حادثه باشد! این ایراد صحیح نیست؛ زیرا وحدت دارایی بدهکار و طلبکار، در واقع وجود دارد و نقش بیمه گر به عنوان متعهد مستقلی که مانع از تحقق این وحدت شود، نخواهد بود. همچنان که گفته شد، بیمه گر به جای مقصر پرداخت می کند و اگر مقصر بدهی نداشته باشد یا ساقط شود، بیمه گر نیز مسئول نیست.

۲. موارد خاص

با توجه به آنچه در مورد مالکیت ما فی الذمه بیان شد، باید بر آن بود که اگر بحث از ارث و تملک ما فی الذمه در میان نبوده و طلب مقصر به جهات دیگر باشد، بیمه گر باید حقوق او را نیز پردازد. این موارد را می توان در سه متن قانونی تصور کرد:

۱. در مورد دیه کافر غیر کتابی یا دیه زن که بیمه گر باید مطابق تبصره ۲ ماده ۴ قانون جدید بیمه اجباری پرداخت کند، مسئله تابع قواعد ارث نیست؛ هر چند به طور معمول، وراثت، ذینفع استفاده از آن هستند و ما در این مورد توضیح دادیم. در این موارد، مقصر حادثه از بیمه حوادث بهره مند می شود و بحث از وحدت دارایی و مالکیت ما فی الذمه در میان نیست؛ زیرا طلب او از بیمه گر، مستقل از بدهی او در مورد دیه است.

۲. ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی (۱۳۸۹/۱۲/۸) از تعهدات بیمه گر سخن می گوید و اگر این ماده را به نحوی تفسیر کنیم که به موجب آن، بیمه گر، با وجود مسئولیت نداشتن راننده نیز مکلف به جبران باشد، سهم مقصر از دیه نیز به او تعلق می گیرد؛ زیرا این موضوع، با ارث ارتباطی ندارد. به عبارت دیگر، وراثت از تعهد بیمه گر استفاده می کنند، اما نه از جهت قواعد ارث. در ماده ۲۶ این

قانون آمده است :

در راه هایی که برای عبور عابران پیاده، علائم، تجهیزات و مسیرهای ویژه اختصاص داده شده است، عابران مکلفند هنگام عبور از عرض یا طول سواره رو با توجه به علائم راهنمایی و رانندگی منصوبه در محل، از نقاط خط کشی شده، گذرگاه های غیرهم سطح و مسیرهای ویژه استفاده نمایند. هرگاه عابران به تکلیف مذکور عمل نمایند، در صورت تصادف با وسیله نقلیه، راننده مشروط به اینکه کلیه مقررات را رعایت نموده باشد و قادر به کنترل وسیله نقلیه و جلوگیری از تصادف یا ایجاد خسارت مادی و بدنی نباشد، مسئولیتی نخواهد داشت. عدم مسئولیت راننده مانع استفاده مصدوم یا وراثت متوفی از مزایای بیمه نخواهد شد و شرکت بیمه با ارائه قرار منع تعقیب یا حکم برائت راننده، ملزم به اجرای تعهدات موضوع بیمه نامه به مصدوم یا وراثت متوفی خواهد بود. چنانچه وسیله نقلیه بیمه نباشد، دیه عابر از صندوق موضوع قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب پرداخت می شود... .

بدین سان اگر راننده مسئول نباشد، چه کسی مسئولیت دارد تا به تبع آن و براساس قرارداد بیمه، بیمه گر را مکلف به جبران خسارت بدانیم؟ اگر این ماده را در کنار ماده ۴ قانون ایمنی راه ها و راه آهن، مصوب ۱۳۴۹/۴/۷ قرار دهیم و براساس فرایند رسیدگی به دعاوی جزایی مربوط به حوادث رانندگی به آنها توجه کنیم، به نتایج مهمی می رسیم. چند پرسش مطرح می شود که پاسخ آنها می تواند راهگشا باشد:

۱. آیا بیمه اجباری شخص ثالث، مسئولیت مدنی متصدی وسیله نقلیه و از جمله دیه و ارش (خسارت بدنی) را پوشش می دهد یا فراتر از آن است و برای دارنده وسیله نقلیه - به معنایی که در نظر برخی نویسندگان است و آن را متفاوت با

راننده تصور می کنند - نیز پوشش بیمه ای فراهم می آورد؟

۲. منظور قانون از «تعهدات موضوع بیمه نامه» یا «مزایای بیمه» چیست؟ و در صورتی که راننده یا متصدی وسیله نقلیه مسئول نباشد، بیمه گر چه تعهدی می تواند داشته باشد و زیان دیده مقصر و مسئول، از چه مزایایی بهره مند می شود؟

۳. آیا قلمرو این ماده، تنها در «راههایی که برای عبور عابران پیاده، علائم، تجهیزات و مسیرهای ویژه اختصاص داده شده» و «نقاط خط کشی شده، گذرگاه های غیرمسطح و مسیرهای ویژه» و «محل های تعیین شده» است یا در تمام مواردی که راننده برائت حاصل می کند، این ماده اعمال می شود، اعم از اینکه حادثه در بزرگراه باشد یا در محل های یاد شده یا در هر مکان دیگری و اگر پاسخ منفی است، چه خصوصیتی در این مناطق وجود دارد که متفاوت با دیگر قسمت هاست؟

۴. بعد از اینکه بیمه گر مبالغ دیه یا ارزش یا خسارت مالی را پرداخت، آیا آثار آن متوجه بیمه گذار هم می شود؟ برای مثال، از تعداد کوپن های بیمه نامه او کسر شود^{۷۲} یا تخفیف در حق بیمه در نوبت بعدی رعایت نشود و ... ؟

۵. منظور از عبارت «عدم مسئولیت راننده، مانع استفاده مصدوم یا وراثت متوفی از مزایای بیمه نخواهد شد و شرکت بیمه با ارائه قرار منع تعقیب یا حکم برائت راننده، ملزم به اجرای تعهدات موضوع بیمه نامه به مصدوم یا وراثت متوفی خواهد بود»، چیست و منظور، استفاده مصدوم یا وراثت متوفی از کدام مزایای بیمه است؟

بیمه یا برای مسئولیت مدنی است یا از جهت حوادث سرنشین است و مزایای دیگری در بیمه نامه وجود ندارد که استفاده از آن ممکن باشد. پرواضح است که برخلاف

۷۲. در صورتی که محدود کردن تعهدات بیمه گر به تعداد کوپن های بیمه نامه که ۴ عدد است، قانونی باشد.

قرارداد بیمه و مبانی مسئولیت مدنی نیز نمی توان به کسی مبالغی پرداخت کرد. در این صورت، چرا باید به مصدوم یا وراثت خسارت داد؟ و خسارت از چه جهت؟

۶. صدور «قرار منع تعقیب یا حکم برائت» برای راننده، به یکی از این معانی است: اول - به دلیل تقصیر مصدوم یا متوفی، کسی مسئول نیست. این تقصیر می تواند عمدی، سنگین یا عادی باشد؛ دوم - راننده مسئول نیست؛ زیرا اقدام دیگران مانند اداره راه یا شهرداری در رعایت نکردن نکات ایمنی یا نصب نکردن علائم و مانند آن، یا تولید ناقص وسیله نقلیه یا حفر چاله در مسیر راه، سبب وقوع حادثه شده است. آیا در همه این موارد، باید بیمه گر را به پرداخت خسارت ملزم دانست یا منظور قانون، تنها در مواردی است که مسئولیتی در میان باشد، هر چند قابل انتساب به راننده نباشد؟ و آیا برای تقویت این استنباط، می توان به تبصره ۲ ماده ۱ قانون اصلاح بیمه اجباری ۱۳۸۷ نیز استناد کرد که بیان می دارد:

«مسئولیت دارنده وسیله نقلیه، مانع از مسئولیت شخصی که حادثه منسوب به فعل یا ترك فعل اوست نمی باشد. در هر حال خسارت وارده از محل بیمه نامه وسیله نقلیه مسبب حادثه پرداخت می گردد»؛ به این صورت که بگوییم منظور ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی و تبصره ۲ ماده ۱ قانون اصلاح بیمه اجباری، آن است که اگر در هر حال، مصدوم یا متوفی، مستحق جبران خسارت باشد و براساس مبانی و قواعد مسئولیت مدنی، نتوان آنها را مسئول صدمات بدنی یا مالی یا جان خود دانست، باید خسارت آنها را جبران کرد و بعد از اینکه بیمه گر خسارت را پرداخت، بتواند به مسئول اصلی (برای مثال اداره راه، شهرداری، شخصی که چاله حفر کرده است) رجوع و مبلغ را وصول کند؛ اما اگر مصدوم یا متوفی، به هر صورت، مسئول حادثه باشد پرداخت خسارت به او دلیلی ندارد و تعهد بیمه گر در مقابل او قابل تصور نیست.

۷. نقش تقصیر راننده و تقصیر مصدوم یا متوفی یا زیان دیده (تقصیر مشترك)، در این میان چیست؟ آیا می توان گفت که وقتی در فرض تقصیر منحصر به مصدوم یا متوفی، تمام خسارت او جبران می شود، به طریق اولی در فرضی که بخشی از تقصیر و دخالت در حادثه متوجه راننده است، این جبران باید به عمل آید؟

۸. آیا «صندوق موضوع قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۲۳/۱۳۴۷/۱۰»^{۷۳} یا همان «صندوق تأمین خسارتهای بدنی» دچار تحول شده است و باید در مواردی که مصدوم یا متوفی در حادثه دخالت فعال داشته باشند (مقصر جزئی یا کلی) نیز از

۷۳. بی توجهی قانون گذار باعث شده است که قانون منسوخ را در این ماده مورد اشاره قرار دهند. براساس ماده ۳۰ قانون اصلاح بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث ۱۶/۴/۱۳۸۷: «قانون بیمه مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث (مصوب ۱۳۴۷) و کلیه قوانین و مقررات مغایر با این قانون لغو می گردد ...»؛ بنابراین قانون بیمه اجباری سال ۱۳۴۷ نسخ صریح شده است و اشاره به قانون منسوخ، معنایی جز بی توجهی مقنن ندارد. شاید علت بی توجهی، آن باشد که لایحه مربوط به قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی، زمانی در کمیسیون های مجلس شورای اسلامی مطرح بود که هنوز قانون بیمه اجباری جدید (۱۳۸۷) تصویب نشده بود و ماده ۲۶ یاد شده از همان زمان در لایحه قرار داشت و مقنن، بعد از نسخ قانون بیمه اجباری سال ۱۳۴۷ نیز، متوجه این تحول نشده و متن را اصلاح نکرده است. این نکته ای است قابل توجه برای کسانی که معتقد به حکیم بودن قانون گذار هستند و در تفسیر قوانین، جوهره عدالت و انصاف خود را در مسلخ قانون، قربانی می کنند! و باز هم قابل توجه کسانی که به دنبال تفسیرهای ظاهری و ادبی از قانون هستند؛ به این صورت که می توانند ادعا کنند که تعهدات «صندوق تأمین خسارتهای بدنی»، براساس قانون سال ۱۳۴۷ خواهد بود و از جمله اینکه در پرداخت دیه زن، همان نصف دیه را باید پرداخت کند یا ... و باز هم ممکن است پیش تر رفته، ادعا کنند که قانون مذکور دوباره احیاء شده است!

عاهده پرداخت خسارت برآید؟

برای نتیجه گیری از این بحث و به دست آوردن پاسخ منطقی این پرسش ها، باید به اصول و مبانی توجه داشت و صراط مستقیم را فراموش نکرد. در غیر این صورت راه به جایی نخواهیم برد؛ زیرا اگر تنها به ماده ۲۶ یاد شده استناد کنیم و از جمع منطقی قوانین مختلف غافل شویم، به نتایجی دور از قواعد حقوقی خواهیم رسید. فرض شود که عابر پیاده بی هیچ توجیهی، خود را جلو وسیله نقلیه قرار می دهد و مصدوم می شود و وضعیت حادثه نیز به نحوی است که هیچ راننده ای در برابر اقدام مصدوم، راه فراری ندارد. یا اساساً، مصدوم به عمد خود را جلو اتومبیل می اندازد، آیا در این موارد باید جبران خسارت شود و آیا این موارد با حالتی که مصدوم، تقصیر عادی دارد یکسان است؟ بیمه گر چه تعهدی دارد و آیا می توان برخلاف قصد طرفین قرارداد بیمه، امری را برعهده یکی از آنها قرار داد؟ آیا بیمه گر تعهدی جز پوشش مسئولیت مدنی بیمه گذار یا قائم مقام او (در فرض انتقال اتومبیل به شرح ماده ۳ قانون بیمه اجباری ۱۳۸۷) دارد و آیا بیمه گر، تعادل قرارداد بیمه خود را از نظر میزان حق بیمه، براین اساس، در نظر نمی گیرد و قرار دادن تعهدی فراتر از قرارداد و برهم زدن تعهدات او، برخلاف قانون نیست؟ به باور ما می توان یکی از سه تفسیر ذیل را برای جمع مقررات و رعایت مبانی بحث در نظر داشت و منتظر رویه قضایی شد تا سرانجام این وضع را روشن تر سازد:

۱. در نظام جبران خسارت کارگران، تقصیری به نام تقصیر غیر قابل بخشایش مطرح است و براساس مبانی مسئولیت مدنی، در روابط کارگر و کارفرما منشأ اثر

۷۴. «از تاریخ انتقال وسیله نقلیه کلیه تعهدات ناشی از قرارداد بیمه موضوع این قانون به منتقل الیه وسیله نقلیه منتقل می شود و انتقال گیرنده تا پایان مدت قرارداد بیمه، بیمه گذار محسوب خواهد شد».

می شود،^{۷۵} در اینجا هم می توان گفت که اگر تقصیر و دخالت مصدوم و متوفی به صورت عمدی یا نابخشودنی باشد، نمی توان از تمام یا بخشی از جبران خسارت صرف نظر کرد. اما اگر دخالت او به صورت عادی باشد، قانون به فکر جبران خسارت و تعاون اجتماعی می افتد و همانطور که برخی از نویسندگان معتبر حقوقی، سال ها پیش گفته اند، فکر جبران خسارت، تقصیر عادی زیان دیده را محو و آن را از روابط بیمه ای حذف کرده است.^{۷۶} اگر به قلمرو ماده ۲۶ توجه شود نیز تضمین حق مصدوم و متوفی، بهتر درک می شود؛ زیرا حکم ماده در خصوص «راه هایی که برای عبور عابران پیاده علایم، تجهیزات و مسیرهای ویژه اختصاص داده شده» و «نقاط خط کشی شده، گذرگاه های غیر هم سطح و مسیرهای ویژه» و «محل های تعیین شده» است نه هر مکانی؛ در نقاط یاد شده، عابران بیشترین استفاده را از راه ها می کنند و تضمین حق و بی توجهی به انواع بی احتیاطی های آنها، با نظریه جبران خسارت، خطر وسایل نقلیه و پرهیز از آسیب های اجتماعی بعدی مانند محروم ماندن از سرپرستی خانواده، هماهنگ است. بنا به فرض عابرین سعی داشته اند از محل های عبور حرکت نمایند ولی غفلت و بی توجهی عادی آنها سبب حادثه می شود. در این صورت، قانون گذار آنها را مستحق جبران می داند و در واقع مسئولیت مدنی متصدی و راننده را حذف نمی کند، بلکه مسئولیت جزایی او را کنار می زند و همانطور که در جایی دیگر به تفصیل بیان کردیم^{۷۷} هیچ ملازمه ای بین این دو مسئولیت نیست. ماده ۲۶ نیز یکی از این موارد است که حادثه رانندگی مستلزم تقصیر جزایی نیست، اما تقصیر مدنی در آن وجود دارد.

۷۵. خدابخشی، عبدالله، جبران خسارت کارگران در نظام مسئولیت مدنی، ص ۱۴۶ به بعد.
۷۶. برای مطالعه این نظریه که به ویژه منتسب به «آندره تنک» می باشد، ر. ک: همان، ص ۵۱-۵۷.

۷۷. خدابخشی، عبدالله، تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری، ص ۵۳۰-۵۴۰.

۲. تفسیر دوم، آن است که از جمع ماده ۲۶ قانون موصوف و تبصره ۲ ماده ۱ قانون اصلاح بیمه اجباری (۱۳۸۷) کمک گرفته و گفته شود که اگر راننده و متصدی وسیله نقلیه، خود، دخالتی در حادثه نداشته باشد، اما مصدوم و متوفی، استحقاق دریافت خسارت را داشته باشند، برای جمع «عدم مسئولیت» اولی و «استحقاق» دومی و به جهت تسهیل جبران خسارت زیان دیده، از حکم تبصره ۲ ماده ۱ قانون اصلاحیه بیمه اجباری استفاده شود. این حکم بیان می‌دارد: «در هر حال، خسارت وارده، از محل بیمه نامه وسیله نقلیه مسبب حادثه، پرداخت می‌گردد»، بیمه‌گر خسارت زیان دیده را می‌پردازد بعد از آن، برای دریافت مبالغ پرداخت شده، به مسئول حادثه رجوع می‌کند. بنابراین، اگر به دلیل حفر غیرمجاز یا نداشتن علائم ایمنی در راه یا دخالت دیگران،^{۷۸} اتومبیل منحرف شود و سبب خسارت گردد، از یک سو، راننده مسئول نیست و تبرئه خواهد شد؛ اما از سوی دیگر، اصل استحقاق زیان دیده برای دریافت خسارت وجود دارد و بیمه‌گر با پرداخت خسارت، زیان را جبران می‌کند و برای دریافت آنچه پرداخته است، به شخصی که سبب داشته، رجوع می‌کند. در این نظر، تعهدی که بیمه‌گر دارد، در واقع، «التزام به تأدیه» است نه «دین» و همانند مسئولیت تضامنی، تنها باید خسارت را جبران کند، بدون اینکه مدیون باشد و علت تعهد بیمه‌گر به پرداخت نیز همین ماده ۲۶ و تبصره ۲ ماده ۱ یاد شده است. بدین سان، مفاهیم «تعهدات موضوع بیمه نامه» و «مزایای بیمه» نیز روشن می‌شود؛ زیرا منظور این نیست که با فرض مسئولیت نداشتن راننده، شخصی دیگر - مثلاً «دارنده» - مدیون باشد، بلکه

۷۸. در تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی (۸/۱۲/۸۹) آمده است: «در صورتی که براساس نظر کارشناسان تصادفات، نقص راه یا وسیله نقلیه، مؤثر در علت تصادفات باشد، حسب مورد، متصدیان ذی ربط، مسئول جبران خسارات وارده بوده و با آنان برابر قانون رفتار خواهد شد».

بیمه‌گری که مسئولیت راننده را پوشش داده است، نقش فعالی ایفا می‌کند و با واسطه شدن در مسیر جبران خسارت زیان دیده، آن را سریع‌تر و بهتر جبران می‌نماید و بدیهی است که می‌تواند خسارت را از «مدیون اصلی» بگیرد.

۳. عبارت قانون مبنی بر «عدم مسئولیت راننده، مانع استفاده مصدوم یا وراثت متوفی از مزایای بیمه نخواهد شد و شرکت بیمه با ارائه قرار منع تعقیب یا حکم پرائت راننده ملزم به اجرای تعهدات موضوع بیمه‌نامه به مصدوم یا وراثت متوفی خواهد بود» به این معناست که بعد از منتهی شدن مسئولیت قهری (خارج از قرارداد)، می‌توان به مسئولیت قراردادی متمسک شد و از نهادهایی مانند تعهد به نفع ثالث، یا بیمه‌های حوادث بهره برد؛ به این معنی که اگر در بیمه‌نامه حقی به سود ثالث پیش بینی شده باشد، تبعاً معادل تعهد بیمه‌گر در مقابل زیان دیده خواهد بود و اگر بیمه سرنشین حوادث در میان باشد، تعهد بیمه‌گر در مقابل خود مصدوم یا وراثت متوفی است. در حادثه رانندگی همیشه زیان دیده، شخص ثالث نیست، بلکه در بسیاری از موارد، خود راننده نیز مصدوم یا مقتول می‌شود و بحث از بیمه سرنشین به میان می‌آید تا از این طریق جبران خسارت صورت گیرد. به همین ترتیب، ممکن است در بیمه‌نامه شرط شده باشد که بیمه‌گر، مسئولیت نوعی دارد و به محض حادثه و فراتر از تقصیر زیان دیده نیز، خسارت را جبران می‌کند یا مقررات آمره‌ای از سوی بیمه مرکزی (شورای عالی بیمه) یا دولت یا مقنن پیش بینی شود و بیمه‌گران را به توسعه پوشش بیمه‌ای حتی در صورت مسئولیت نداشتن رانندگان، هدایت و الزام کند. در این وضعیت‌ها، بدیهی است که بیمه‌گران در مقابل زیان دیده (ثالث یا خود راننده). مسئولیت دارند، اما نه مسئولیت قهری، بلکه مسئولیتی قراردادی و در حدود تعهدات بیمه‌نامه. بنابراین، ماده ۲۶ قانون یاد شده، مسئولیت مدنی دیگری با عنوان «دارنده» را ایجاد نکرده است، بلکه تنها این نکته را بیان می‌دارد که اگر بیمه‌گر براساس قرارداد بیمه، مسئول

باشد، باید از عهده پرداخت برآید و بدیهی است برای احراز مسئولیت باید به مبانی و قواعد آن رجوع کرد، نه اینکه خود ماده ۲۶ را مبنای مسئولیت بدانیم؛ زیرا در این صورت، مصادره به مطلوب شده است. در حال حاضر، بیمه گران می توانند دفاع کنند که آنها در بیمه نامه تعهدی جز پوشش مسئولیت بیمه گذار و قایم مقام او ندارند و اگر راننده براثت حاصل کرد یا دادسرا قرار منع تعقیب صادر کرد، تعهدی در پرداخت خسارت به زیان دیده باقی نمی ماند؛ مگر اینکه بیمه حوادث سرنشین در میان باشد یا در بیمه نامه شرط خاصی به سود ثالث تصریح شده باشد.

داوری در این مورد بسیار دشوار است، ولی ما معتقدیم که هیچ کس نباید از آثار افعال یا ترك افعال خود که باعث حادثه یا تشدید خسارت شده است، مصون بماند و در تقصیرهای سنگین و عمدی زیان دیده با مشارکت او در تحقق حادثه، باید تمام یا بخشی از خسارتش کسر شود. در مورد تقصیر عادی نیز - صرف نظر از اینکه احراز آن برای بیمه گران دشوار است - باید به گونه ای عمل کرد که قدر متیقن بیمه نامه و تعهدات آن، مورد حکم قرار گیرد و بی جهت تعهدی بر عهده بیمه تحمیل نشود. به هر حال، زمینه برای اینکه مقصر حادثه نیز از دیه متوفی، طرفی بیند، وجود دارد و باید منتظر تفسیر حقوقی از این متن بود.

۳. بند ب ماده ۱۱۵ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۴-۱۳۹۰) مصوب ۱۵/۱۰/۱۳۸۹، مقرر می دارد: «وزارت امور اقتصادی و دارایی مکلف است نسبت به بیمه شخص ثالث در مورد راننده، همچون سرنشین، بیمه شخص ثالث را اعمال نماید». ۷۹ اگر این پوشش بیمه ای به راننده مقصر نیز توسعه داده شود، بیمه گر باید سهم دیه مقصر را هم پردازد؛ فرض این مورد در جایی است که دو شخص متوارث، در نتیجه حادثه رانندگی فوت می کنند. در این مورد، دیه راننده مقصری که در حادثه کشته شده است، به ارث می رسد و بیمه گر نمی تواند

۷۹. انشای متن قانون از نظر ادبی ایراد دارد.

ادعا کند که چون متوفی نسبت به خود مسئولیتی ندارد، او نیز متعهد به جبران خسارت نیست. علت آن است که در این فرض، دیه نه از جهت مسئولیت مدنی، بلکه از جهت بیمه حوادث (مانند بیمه سرنشین) مقرر شده است و بنابراین، هر چند وراثت از تعهد بیمه‌گر بهره‌مندند، اما این استفاده، از جهت ارث نخواهد بود.

۳. تعارض قوانین در بحث ارث

مطابق ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی «کافر از مسلم ارث نمی‌برد و اگر در بین ورثه متوفای کافری، مسلم باشد، وراثت کافر ارث نمی‌برند، اگرچه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر مسلم باشند». مانعیت کفر از نظر فقهی، اجماعی است؛^{۸۰} به این صورت که اگر کافری فوت کند و یک وارث مسلمان در درجات دورتر نیز داشته باشد، او تمام ارث را می‌برد و دیگر وارثان کافر، سهمی نخواهند برد یا در صورت فوت مسلمان، وارث او نمی‌تواند شخص کافر باشد. کافران نیز تفاوتی با هم ندارند و از هر نحل یا مللی که باشند، از ارث محروم خواهند بود. البته در میان کفار، ارث وجود دارد و آنها از یکدیگر ارث می‌برند و فرقی هم ندارد که یهودی از مسیحی ارث ببرد یا فرقه دیگری باشند.^{۸۱} در این مورد پرسش‌هایی مطرح می‌شود: آیا مانعیت قتل، در مورد کفار نیز اعمال می‌شود؟ به عبارت دیگر، آیا قتل عمدی کافر توسط کافر، مانع از ارث او می‌شود و آیا قتل غیر عمدی نیز همان

۸۰. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۹، ص ۱۵.
 ۸۱. «و المسلمون يتوارثون وإن اختلفوا في المذاهب، و الکفار يتوارثون وإن اختلفوا في الملل، فالیهودی یترث النصرانی و الحرابی و بالعکس»: علامه حلی، الحسن بن یوسف اسدی، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۳، ص ۳۴۵؛ همو، إرشاد الأذهان إلی احکام الإیمان، ج ۲، ص ۱۲۷. البته برخی گفته‌اند که کافر حربی از اهل ذمه ارث نمی‌برد و در صورت فقدان وارث دیگر، میراث او به امام می‌رسد: المراسم العلویة فی الاحکام النبویة، ص ۲۱۸؛ اما این نظر شاذ است و نزد دیگران پذیرفته نیست: حسینی عاملی، جواد بن محمد، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، ج ۸، ص ۳۵.

آثار بیان شده در مورد ممنوعیت از ارث دیه را دارد، یا اینکه در این مورد باید به قواعد مربوط به آیین کفار رجوع داشت؟ اگر حادثه رانندگی در خارج از ایران واقع شود؛ برحسب اینکه مقتول، ایرانی، غیر ایرانی، مسلمان یا غیر مسلمان باشد، آیا از حیث مسائل ارث او تفاوتی خواهد داشت؟

می دانیم که پاره ای از مواد قانون مدنی، نظیر ۸۲۶، ۸۳۷ و ۸۴۹۶۷ اتباع خارجی را از حیث قواعد مربوط به احوال شخصیه، تابع قانون دولت متبوع آنها و اتباع ایرانی را تابع قانون ایران می داند. همچنین مطابق قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم مصوب ۳۱ تیر ۱۳۱۲ کمیسیون قوانین عدلیه،^{۸۵} ایرانیان غیر شیعه (اعم از مسلمان و غیر مسلمان)، تابع قواعد حقوقی خود هستند. در اصول دوازدهم و سیزدهم قانون اساسی نیز قلمرو غیر شیعه، تعیین شده است و نمی توان از

۸۲. «قوانین مربوط به احوال شخصیه از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت اشخاص و ارث در مورد کلیه اتباع ایران، ولو اینکه مقیم در خارجه باشند، مجری خواهد بود».

۸۳. «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوطه به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات، مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود».

۸۴. «ترکه منقول یا غیر منقول اتباع خارجه که در ایران واقع است فقط از حیث قوانین اصلیه از قبیل قوانین مربوطه به تعیین وارث و مقدار سهم الارث آنها و تشخیص قسمتی که متوفی می توانسته است به موجب وصیت تملیک نماید، تابع قانون دولت متبوع متوفی خواهد بود».

۸۵. «نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده، محاکم باید قواعد و عادات مسلّمه متداوله در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد، به طریق ذیل رعایت نمایند:

۱. در مسائل مربوط به نکاح و طلاق عادات و قواعد مسلّمه متداوله در مذهبی که شوهر پیرو آن است.

۲. در مسائل مربوط به ارث و وصیت عادات و قواعد مسلّمه متداوله در مذهب متوفی؛

۳. در مسائل مربوط به فرزندخواندگی عادات و قواعد مسلّمه متداوله در مذهبی که پدرخوانده یا مادرخوانده پیرو آن است».

آن فراتر رفت.^{۸۶} بنابراین، باید براساس این قوانین و قواعد مقرر در حقوق بین الملل خصوصاً، پاسخ پرسش ها را به دست آورد و تأثیر حکم تبصره ۲ ماده ۴ قانون جدید بیمه اجباری را نیز در این موضوع بررسی کرد.

در مورد حوادث رانندگی خارج از ایران، قانون یاد شده، پاره ای از ابهامات را برطرف کرده است (مواد ۸۷۹ و ۸۸۲). حوادث رانندگی ممکن است در کشور خارجی جرم باشد که در این صورت، قواعد حل تعارض مانع از اعمال قانون کشور خارجی نخواهد شد. همچنین ممکن است پوشش هایی برای جبران خسارت بدنی، در قانون خارجی، مقرر شده باشد یا اتومبیل مشمول قواعد سیستم کارت سبز باشد^{۸۹}

۸۶. کاتوزیان، ناصر، ارث، ص ۲۶.

۸۷. «پوشش های بیمه موضوع این قانون، محدود به قلمرو جمهوری اسلامی ایران می باشد، مگر آنکه در بیمه نامه به نحو دیگری توافق شده باشد».

۸۸. «دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی که از خارج وارد ایران می شوند، در صورتی که خارج از کشور مسئولیت خود را نسبت به حوادث ناشی از وسایل نقلیه موضوع این قانون به موجب بیمه نامه ای که از طرف بیمه مرکزی ایران معتبر شناخته می شود، بیمه نکرده باشند، مکلفند هنگام ورود به مرز ایران مسئولیت خود را بیمه نمایند. همچنین دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی ایرانی که از کشور خارج می شوند موظفند هنگام خروج، مسئولیت خود را در مقابل خساراتی که بر اثر حوادث وسیله نقلیه مذکور به سرنشینان آن وارد شود، تا حد دیه یک مرد مسلمان در ماه های حرام بیمه نمایند؛ در غیر این صورت، از تردد وسایل مزبور توسط مراجع ذی ربط، جلوگیری به عمل خواهد آمد».

۸۹. یکی از رویکردهای مناسب که بعد از جنگ دوم جهانی، به ویژه در کشورهای اروپایی، برای ترمیم صدمات زیان دیدگان، تسهیل حمل و نقل و عبور وسایل نقلیه از مرزهای بین المللی صورت گرفت اقدامی است که از سوی کارگروه کمیته حمل و نقل کمیسیون اقتصادی اروپا شکل گرفت. این برنامه به «سیستم کارت سبز» (Green card system) معروف است و سبب شده تا سیستم های مشابه مانند «کارت سفید» (طرحی که قرار است بین کشورهای عضو اکو به وجود آید و مانند طرح کارت سبز عمل می کند) نیز در دیگر زمینه ها آغاز شود، در صدد

که در این صورت به همان ترتیب عمل می‌شود؛ اما قواعد حل تعارض قانون مدنی، راجع به ارث، در مورد این دسته از افراد نیز اعمال خواهد شد. با تذکر این نکته که مواد ۷ و ۹۶۷ قانون مدنی، از «اتباع خارجی مقیم ایران» یا «ترکه واقع شده در ایران» سخن می‌گوید و ممکن است ایراد شود که خسارت بدنی، به دلیل تحقق حادثه رانندگی در کشور خارجی، ممکن است در همان کشور جبران شود یا مبلغی که قرار است پرداخت شود، در حساب مؤسسات مالی یا بیمه‌ای واقع در آن کشور موجود باشد که در این صورت، نوبت به اعمال مواد ۷ و ۹۶۷ نمی‌رسد و اگر هم تبعه خارجی به ایران برگردد، باز هم شرط مقرر در ماده ۹۶۷ یعنی «وجود ترکه در ایران»، محقق نشده و بنابراین قانون ایران، از جمله قواعد حل تعارض آن، حاکم نخواهد بود. بنابراین اگر اتباع خارجی وارد ایران شوند و خسارت ناشی از حادثه رانندگی را درخواست نمایند و مبلغی از این جهت، در ایران موجود نباشد، بین مواد ۷ و ۹۶۷ تعارض خواهد بود. ماده ۷ به دادگاه ایرانی اجازه می‌دهد بر اساس قواعد ارث کشور متبوع متقاضی، حکم دهد، ولی ماده ۹۶۷ به دلیل فقدان ترکه در ایران، چنین اجازه‌ای را نمی‌دهد! البته اگر قرار باشد بر اساس سیستم کارت سبز عمل شود، می‌توان ترکه را در ایران فرض کرد؛

> است تا با صدور اسناد بیمه‌ای مشترک، پوشش بیمه اجباری را به طور عمومی در سطح کشورهای عضو اعمال نماید به نحوی که نگرانی از نداشتن پوشش بیمه‌ای، مانع از ورود یا خروج وسایل نقلیه نشود و احساس خطر را به دنبال نداشته باشد. این طرح از سال ۱۹۵۲ اجرا شد و در حال حاضر ۴۵ کشور از جمله کشورهای اروپایی، روسیه و بخشی از مدیترانه عضو آن هستند. برای عضویت کشورها چند شرط لازم است: ۱. قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی برای حوادث رانندگی را تصویب کرده باشند و بیمه اجباری حاکم باشد؛ ۲. دفتری در کشور خود و تحت نظارت کشور مقرر سازمان تأسیس کنند؛ ۳. اعتبار گواهی بیمه‌ای (کارت سبز) صادره از دیگر کشورهای عضو را تأیید کنند؛ ۴. تضمین دهند که هیچ مانعی برای عبور وسایل نقلیه از کشور خود ندارند. ایران در تاریخ ۱۳۵۶/۳/۵ و به موجب «قانون الحاق دولت ایران به سیستم بین‌المللی بیمه مسئولیت مدنی وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث (کارت سبز)» به این سیستم پیوست.

زیرا کشورهای عضو این سیستم، به دلیل پیوند حقوقی، در حکم یک مجموعه هستند و چنین فرض می‌شود که مبالغ تخصیص یافته برای جبران خسارت، در همه کشورهای عضو، موجود است. در مورد ایرانیان نیز، به دلیل عموم ماده ۶ قانون مدنی، در صورت طرح دعوا در دادگاه ایران، باید قواعد ارث را مطابق این قانون اعمال کرد؛ مگر اینکه ایرانی غیر شیعه باشند که در این صورت، مشمول قواعد قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم خواهند بود.^{۹۰} در فرض وقوع حوادث رانندگی در ایران نیز، به دلیل جرم بودن آنها، تمام قواعد جزایی اعمال خواهد شد اما در مورد تبعات مدنی آن مانند ارث دیه، موضوع، تابع قانون مدنی است و باید براساس این قانون و نیز قانون مصوب ۱۳۱۲ عمل کرد.

این مباحث در صورتی است که ارث در میان باشد؛ می‌دانیم که تبصره ۲ ماده ۴ قانون جدید بیمه اجباری، پرداخت خسارت را بدون در نظر گرفتن «مذهب»، تجویز کرده است. مذهب در این تبصره، به معنای «دین» است نه شیعه یا غیر شیعه بودن؛ زیرا مسلمانان از نظر دیه تفاوتی ندارند. با این بیان، آیا مبلغی که بیمه‌گر به دلیل این تبصره می‌پردازد، مشمول قواعد حل تعارض در زمینه ارث است و برای مثال، بحث از ممنوعیت کفر و قانون خارجی در مورد آن اعمال می‌شود یا خیر؟ به باور ما، حکم این تبصره، از قواعد ارث تبعیت نمی‌کند و هرچند اگر استفاده

۹۰. ممکن است ایراد شود که دیه، ماهیت جزایی دارد، بنابراین از شمول قواعد مدنی حل تعارض خارج است و همانطور که جرم، مشمول قوانین محل وقوع آن است، در مورد حوادث رانندگی نیز باید براساس قانون محل وقوع حادثه رانندگی عمل کرد. این ایراد درست نیست؛ زیرا با فرض جرم بودن عمل در هر دو کشور نیز، نمی‌توان از عموم ماده ۷ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد: «علاوه بر موارد مذکور در مواد ۵ و ۶ هر ایرانی که در خارج ایران مرتکب جرمی شود و در ایران یافت شود، طبق قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران مجازات خواهد شد»، دست کشید.

کننده‌ای در بیمه‌نامه قید نشده باشد، وراثت او بهره‌مند خواهند شد، اما نه از جهت ارث، بلکه به دلیل اینکه نزدیک‌ترین اشخاص به اراده بیمه‌گذارند سهم می‌برند. بنابراین، بحث ممنوعیت از ارث در این مورد اعمال نخواهد شد و مسئله، تابع قواعد بیمه حوادث است، به این صورت که اگر در این بیمه‌ها، قتل بیمه‌گذار مانع از استفاده باشد، قاتل را از ارث ممنوع می‌کند.

در مورد ممنوعیت از ارث که در باره دیه مطرح می‌شود، از آنجا که دیه از جهت ارث تعلق می‌گیرد، موانع آن باعث محرومیت قاتل خواهد شد و به نظر می‌رسد که در مورد اتباع خارجی یا ایرانیان غیر شیعه، باید انواع قتل را متمایز کرد:

۱. در مورد قتل عمدی ممنوعیت از ارث اعمال می‌شود، زیرا قاعده مقرر در ماده ۸۸۰ مبتنی بر نظم عمومی است و قانون ایران در همه موارد باید اعمال شود. بنابراین اگر غیر شیعه (سنی یا غیرمسلمان، خارجی یا ایرانی)، به عمد حادثه رانندگی را به وجود آورد و باعث قتل مورث شود، ممنوع از ارث خواهد بود.
۲. در مورد قتل غیر عمد، نمی‌توان نظم عمومی را احراز کرد؛ زیرا گذشته از اختلاف فقهی و حقوقی در مورد اصل ممنوعیت، شناخت و در خور سرزنش بودن این عمل، به گونه‌ای نیست که نتوان قانون دیگری را در حق ایرانیان غیر شیعه یا خارجیان، اعمال کرد. به این ترتیب ممکن است در قانون آنها، قتل غیر عمد باعث محرومیت نباشد که دادگاه و بیمه‌گر باید بر این اساس عمل کنند.

نتیجه

اجتهاد در مقابل نصوص، از جهت عقلی نادرست است و نمی‌توان با قیاس و استحسان و مانند آن، حکم شرعی را تغییر داد؛ اما استفاده از نهادهای حقوقی و به ویژه قرارداد، راهی است که می‌تواند برخی مصالح اجتماعی را تحقق بخشد. اگر

تصور عاقله، به دلایل اجتماعی و دشواری‌هایی که در پی تحول زندگی پدید آمده است، دشوار است، به جای حذف آن، می‌توان از نهاد بیمه استفاده کرد و به نتایجی شبیه به حکمت عاقله دست یافت. اگر دیه زن یا غیر مسلمان، کمتر از دیه مرد مسلمان است، می‌توان با بیمه مسئولیت مدنی یا بیمه‌های عمر و حوادث، سهمی معادل دیه مرد، در قالبی دیگر به زن یا غیر مسلمان داد یا وراثت او را تحت پوشش قرار داد. اگر ارث برخی اشخاص مانند طفل تحت سرپرستی، با مبانی فقهی سازگار نیست، می‌توان از طریق وصیت‌های مفروض یا ضمان قراردادی، هزینه‌های اطفال را بعد از مرگ سرپرست، تأمین کرد.

پیوند فقه و حقوق از این نظر اهمیت بسیار دارد و فقه اهل بیت (ع) که در عالی‌ترین مراتب و درجات در بین نظام‌های حقوقی قرار دارد، می‌تواند از این ابزارها، بهترین و بیشترین استفاده را برده، زمینه‌ساز تحولی شگرف شود. یکی از مظاهر توسعه فقه اهل بیت (ع)، گسترش آن در دعاوی و رویه‌های قضایی است. این هدف، پیش از اینکه به ابزارهایی مانند اصل ۱۶۷ قانون اساسی متکی باشد، باید از طریق اعتمادسازی و اطمینان دادن به جامعیت آن، دادگاه‌ها را به استفاده از ظرفیت خود قانع کند.

منابع و مأخذ

۱. ابن براج قاضی، عبدالعزیز بن نحریر، المهدّب، ج ۲، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۶ هـ. ق.
۲. ابن حمزه، محمد بن علی بن حمزه، الوسيلة إلى نیل الفضيلة، مكتبة آية الله المرعشي النجفی، چاپ اول، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۳. اسدی حلّی، جمال‌الدین احمد بن محمد، المقتصر من شرح المختصر، مجمع البحوث الإسلامية، مشهد، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۴. اسدی حلّی، جمال‌الدین احمد بن محمد، المهدّب البارع في شرح المختصر

- النافع، ج ٤، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤٠٧ هـ. ق.
٥. اسدی حلّی، (علامه حلّی) الحسن بن یوسف بن مطهر، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، ج ٢، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤١٠ هـ. ق.
٦. _____، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، ج ٢ و ٥، نرم افزار جامع فقه اهل بیت (ع).
٧. _____، قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام، ج ٣، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤١٣ هـ. ق.
٨. _____، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج ٩، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ١٤١٣ هـ. ق.
٩. اسدی حلّی، محمد بن الحسن بن یوسف (فخر المحققین)، إیضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، ج ٤، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ اول، ١٣٨٧ هـ. ق.
١٠. حسینی عاملی، جواد بن محمد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ٨، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤١٩ هـ. ق.
١١. حرّ عاملی، محمد، تفصیل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ج ٢٦، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، چاپ اول، ١٤٠٩ هـ. ق.
١٢. حلبی، حمزة بن علی حسینی (ابن زهره)، غنية النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، چاپ اول، ١٤١٧ هـ. ق.
١٣. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال

- و الحرام، ج ۴، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۱۴. حلی، محمد (ابن ادریس)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۱۵. خدابخشی، عبدالله، تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۱۶. _____، جبران خسارت کارگران در نظام مسئولیت مدنی، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۱۷. _____، مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تاثیر آن در رویه قضایی، ج ۲، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۱۸. خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۴۰۵ هـ. ق.
۱۹. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، محاضرات فی الموارث، نرم افزار جامع فقه اهل بیت (ع).
۲۰. راشد صیمری، مفلح، تلخیص الخلاف و خلاصة الاختلاف - منتخب الخلاف، نرم افزار جامع فقه اهل بیت (ع).
۲۱. _____، مفلح، غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴، دار الهادی، بیروت، چاپ اول، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۲۲. سلار، حمزة بن عبد العزیز ديلمی، المراسم فی الفقه الإمامی، منشورات الحرمین، قم، چاپ اول، ۱۴۰۴ هـ. ق.
۲۳. سبحانی تبریزی، جعفر، نظام الإرث فی الشریعة الإسلامية الغراء، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۲۴. سیستانی، سید علی، منهاج الصالحین، نرم افزار جامع فقه اهل بیت (ع).

۲۵. شهیدی، مهدی، ارث، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، چاپ دوم، ۱۳۷۶.
۲۶. صافی گلپایگانی، لطف‌الله، جامع الاحکام، ج ۲، مؤسسه انتشارات حضرت معصومه (س)، قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۲۷. طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، ج ۵، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۲۸. طریحی، فخرالدین، مجمع البحرين، ج ۱ و ۳، کتاب فروشی مرتضوی، تهران، چاپ سوم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۲۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۴، دار الکتب الإسلامية، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۰ هـ. ق.
۳۰. _____، الرسائل العشر، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۳۱. _____، المبسوط فی فقه الإمامیة، ج ۴، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۷ هـ. ق.
۳۲. _____، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، دار الکتب العربی، بیروت، چاپ دوم، ۱۴۰۰ هـ. ق.
۳۳. _____، تهذیب الاحکام، ج ۶ و ۹، دار الکتب الإسلامية، تهران، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۳۴. عاملی، زین‌الدین بن علی بن احمد (شهید ثانی)، مسالک الافهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۱۳، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۳۵. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، ج ۲، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۷ هـ. ق.

۳۶. _____، اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، دار التراث - الدار الإسلامية، بيروت، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۳۷. فاضل هندی، محمد بن حسن بن محمد اصفهانی، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۹، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۳۸. فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، منشورات دار الرضی، قم، چاپ اول، بی تا.
۳۹. قمی، شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه، المقنع، مؤسسه امام هادی علیه السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۴۰. _____، من لا یحضره الفقیه، ج ۴، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۴۱. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ارث، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶.
۴۲. _____، الزام های خارج از قرارداد، ضمان قهری، ج ۱، مسئولیت مدنی، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۸.
۴۳. کیدری، قطب الدین محمد بن الحسین، إصباح الشیعة بمصباح الشریعة، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۴۴. کریمی، آیت، کلیات بیمه، نشر بیمه مرکزی ایران، چاپ هفتم، ۱۳۸۲.
۴۵. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، ج ۷، دار الکتب الإسلامية، تهران، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۴۶. گلپایگانی، سید محمد رضا، مجمع المسائل، ج ۳، دار القرآن الکریم، قم، چاپ اول، ۱۳۷۲.
۴۷. محمود صالحی، جانعلی، حقوق بیمه، نشر بیمه مرکزی ایران، چاپ اول، ۱۳۸۱.

۴۸. مفید، محمد بن محمد، المقنعة، كنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، چاپ اول، ۱۴۱۳هـ.ق.
۴۹. مغنیه، محمدجواد، فقه الإمام الصادق (ع)، ج ۶، مؤسسه انصاریان، قم، چاپ دوم، ۱۴۲۱، هـ.ق.
۵۰. مكارم شیرازی، ناصر، استفتاءات جدید، ج ۳، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب، قم، چاپ دوم، ۱۴۲۷هـ.ق.
۵۱. موحدی لنکرانی، محمد فاضل، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة، الطلاق، المواریث، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۴هـ.ق.
۵۲. موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیلة، ج ۲، مؤسسه دارالعلم، قم، چاپ اول، بی تا.
۵۳. _____، توضیح المسائل، ج ۲، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ هشتم، ۱۴۲۴هـ.ق.
۵۴. نجفی، محمدحسن بن باقر (صاحب الجواهر)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۹، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم.
۵۵. _____، نجات العباد، چاپ اول، ۱۳۱۸هـ.ق.
۵۵. نراقی، احمد، مستند الشیعة فی احکام الشریعة، ج ۱۹، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، چاپ اول، ۱۴۱۵هـ.ق.
۵۷. نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، معاونت آموزش قوه قضائیه.
۵۸. یوسفی آبی، حسن، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، ج ۲، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ سوم، ۱۴۱۷هـ.ق.

پردازشی به

مرگ مغزی از نگاه فقه و حقوق

○ حمید ستوده*

چکیده

از آنجا که در فقه اسلامی، واقعیت مرگ و حیات، موضوع حکم شرعی قلمداد شده است، احراز مرگ مغزی به مثابه مرز مرگ، بسیار اهمیت دارد. ساختار این مقاله جستجو در زمینه موضوع شناسی مرگ مغزی از منظر پزشکی و سپس کاوشی در ساحت فقهی - حقوقی آن است. دیدگاه برگزیده، پذیرش تلقی تساوق مرگ مغزی با زهوق روح است، دیدگاهی که در پروتکل الحاقی «قانون پیوند اعضا و مرگ مغزی» سنجه حدوث مرگ قطعی انسان بر شمرده شده است. مبنای این نگرش نیز از نظر پذیرش مرجعیت عرف خاص در این مسئله و جزم فقیه به باور متخصصان در تساوق مرگ مغزی با مرگ طبیعی نشئت می گیرد. گرچه در این فرض، نمی توان تازمان سرد شدن بدن، احکام شرعی میت را بروی مترتب دانست، اما ادامه معالجات، دیگر ضرورتی نخواهد داشت و با فرض حالت اضطرار، برداشت اعضای پیوندی جایز است. **کلید واژگان:** مرگ و زندگی، مرگ مغزی، عرف خاص، حکم و قانون.

* کارشناس ارشد مدرسی معارف اسلامی و پژوهشگر مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.

مقدمه

از آنجا که موضوع مقاله، بررسی فقهی و حقوقی مرگ مغزی است، این پژوهش باید در سه گستره «ماهیت، حکم و قانون» نقش خود را ایفا کند. از این رو، پرسش اصلی این اثر این است که: آیا ماهیت مرگ مغزی بسان مرگ حقیقی تلقی می‌شود یا خیر؟

پاسخ گویی به این سؤال، نیازمند طرح پرسش‌های فرعی دیگری است که نشست گرفته و تحلیل یافته از پرسش اصلی و یا مرتبط با آن است. از این روی، بررسی آن اجتناب‌ناپذیر و ضروری خواهد بود:

۱. مفهوم «مرگ مغزی» در لغت و اصطلاح چیست و معیارهای آن کدام است؟ آیا اصولاً شناخت «مرگ»، از موضوعات عرفی است یا واقعی و کارشناسی؟

۲. دیدگاه مدعیان و مخالفان حدوث مرگ با تحقق مرگ مغزی چیست و دلایل آن کدام است؟

۳. قانون تصویب شده در این باره چیست و چه نارسایی‌هایی دارد؟

مبحث نخست: اطلاعات کلی و مفاهیم اولیه

گفتار اول: واژه‌شناسی

الف) «مرگ» و «زندگی»

واژه «مرگ» در لغت‌نامه‌های فارسی به معنای جان سپردن، فنای حیات، از دست دادن نیروی حیوانی و حرارت غریزی، صفت وجودی خلقت (ضد حیات) و ... آمده است.^۱

در فرهنگ لغت عربی، معادل واژه مرگ، «موت» ذکر شده است و با معنایی

۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی، ج ۳، ص ۴۰۴۳.

مشابه لغت نامه های فارسی، «موت» را مفهومی ضد یا نقیض زندگانی برشمرده اند. از دیگر معانی آن، مفارقت روح از جسد، نابودی قوه نامیه در انسان و... آمده است.^۲

در هر صورت، مفهوم مرگ و زندگی در عرف، بدیهی و روشن است و در کتاب های لغت نیز، این دو واژه از نظر خاصیت متقابل با یکدیگر، تبیین شده اند. «موت» از نظر فقهی به «زهوق روح یا خروج نفس از بدن»^۳ تعبیر شده است و با همین معنا در لسان دلیل اخذ گشته و موضوع پاره ای از احکام اموات قرار گرفته است.

با توجه به اینکه نفس، گوهری مجرد بوده و قابل ادراک حسی نیست، این گونه تعاریف، در تشخیص موت مشتبه و به ویژه در تعیین لحظه جدایی روح از بدن کارایی ندارد و تشخیص مصداق مرگ، جز در حالت آشکار شدن علائم نعشی، با ابهام روبه رو است. از این رو، مرگ یا زندگی فرد، به آسانی قابل تشخیص نیست. چنین به نظر می رسد که باید معیار قدیمی مرگ مورد بازبینی واقع شود و این بار با شاخصه های عینی که نشانه زهوق روح است، تعریف شود: «مرگ، توقف قطعی و غیرقابل برگشت اعمال قلبی - عروقی، تنفسی و حسی - حرکتی است که از بین رفتن سلول های مغزی بر وجود آن صحه می گذارد»^۴؛ بنابراین، با آثار و نشانه های مادی، قابل شناسایی و ادراک می شود.

ب) «روح»

این واژه، واقعیتی مستقل است که با مفهوم عام خود، در ساحت فقه و حقوق

۲. ابن منظور مصری، لسان العرب، ج ۱۴، ص ۱۴۳.

۳. مشکینی، علی، مصطلحات الفقه، ص ۵۲۰.

۴. گودرزی، فرامرز؛ کیانی، مهرزاد، پزشکی قانونی، ص ۸۰.

راه یافته و به کار آمده است، ولی معنای مصطلحی در این عرصه ندارد. در ادامه، به تعریف آن و بیان پاره‌ای از نکات می‌پردازیم.

«روح» در عرف، مقابل جسم و به معنای نفس، جان و روان است. در فرهنگ نامه‌ها به «موجودی که مبدأ حیات و قوه آثار گوناگون است یا آنچه مایه زندگی نفس است»^۵، اطلاق می‌گردد. در اسلام، از چپستی آن چندان سخنی به میان نیامده و به ذکر کلیاتی از جمله امر الهی، مخلوقی از مخلوقات خداوند و آنچه از ملکوت قدرت می‌باشد، بسنده شده است.^۶

فیلسوفان اسلامی روح را گوهری مجرد و بسیط برشمرده و از آن رو که ارتباط و تعلقی به بدن داشته و مدبر آن است، آن را نفسانی یا نفس ناطقه می‌نامند. بنابراین، روح، گوهری است که ملاک شخصیت واقعی انسان بوده و حیات بدن، اراده و افعال انسانی بسته به ارتباط با آن است.^۷

ج) «مغز»

«مغز» مهم‌ترین عضو بدن انسان، مرکز دستگاه عصبی و ابزار تعقل انسانی است که از دو نوع باخته‌های عصبی خاکستری و سفید ترکیب شده و فضای داخلی مجموعه را پر کرده است. ذیلاً توضیحی کوتاه درباره‌ی مهم‌ترین بخش‌های مغز، ارائه می‌شود:

۱. «مخ»: حجیم‌ترین بخش ساختمان مغز و شامل دو نیم‌کره برابر مغزی و روابط بین آنهاست که بخش عمده فضای داخل کاسه سر را اشغال کرده است و از قابلیت‌هایی مانند اعمال ارادی و فعالیت‌های عقلی برخوردار است.

۵. ابن درید، *جمهرة اللغة*، ج ۲، ص ۹۷.

۶. حسینی بحرانی، *سیدهاشم، البرهان فی تفسیر القرآن*، ج ۲، ص ۴۴۴.

۷. ابن سینا، *النجاة*، ص ۱۵۷-۱۶۵.

۲. «مخچه»: قسمت حجیمی از مغز است که در عقب جمجمه و در زیر نیم کره های مغزی قرار گرفته که وزن آن نسبت به نیم کره های مغز در بزرگسالان ۱ به ۸ می باشد. وظیفه عمده آن، تنظیم فعالیت های عضلانی، کنترل حرکات و تعادل بدن است.

۳. «ساقه مغز»: بخش بسیار مهمی از مغز است که در پایه آن واقع شده، به طوری که از بالا به نیم کره های مخ و از پایین به نخاع محدود شده است. ساقه مغز، کانون کنترل و فرماندهی همه فعالیت های غیرارادی از قبیل تنفس، گوارش و به کار انداختن قلب و گردش خون بوده و به منزله ایستگاهی برای پیام های دستوری مراکز قشری مغز است.

د) «مرگ مغزی»

بهترین راه تبیین موضوع شناسی این بحث، پرداختن به دیدگاه متخصصان در این زمینه است. از این رو، در ابتدا مفهوم مرگ مغزی در اصطلاح پزشکی بیان می شود و سپس نظریکی از پزشکان متخصص مطرح خواهد شد.

تعاریف ابتدایی دقت علمی چندانی نداشته و از ویژگی جامعیت و مانعیت یک تعریف علمی نیز برخوردار نبودند تا اینکه سرانجام، در سال ۱۹۶۹م با تبیین تفکیک مرگ مغزی از حیات نباتی، برخی ابهامات زوده شد. پس از آن در سال ۱۹۷۰م معیار نسبتاً دقیقی از مرگ مغزی در کشور امریکا ارائه شد که تا کنون به قوت خود باقی مانده است.

به هر حال، یکی از بهترین تعاریفی که امروزه بازگو شده، به این قرار است: «مرگ مغزی عبارت است از آسیب و تخریب غیرقابل جبران نیم کره ها و ساقه مغز؛ به عبارت دیگر، مرگ مغزی به حالتی اطلاق می شود که کلیه فعالیت های ساقه و قشر مغز توأم، به صورت دائمی از بین رفته باشد و این امر توسط معاینات

دقیق تخصصی و در چندین نوبت متوالی، به اثبات رسیده باشد.^۸

برخی از متخصصان این مسئله را دقیق تر تبیین کرده اند که گزیده آن، چنین است: «مرگ مغزی در عمل مانند این است که سر کسی را از گردن به بالا قطع کرده باشند. دلیل این تشبیه آن است که وقتی فرد مبتلا به مرگ مغزی، آنژیوگرافی می شود، مایعی که در داخل رگ زده می شود، از گردن به بالا نفوذ نمی کند. نکته دیگر آنکه، پس از گذشت چند روز از اعلام مرگ مغزی، مغز فرد مبتلا، دیگر مانند سایر مغزها دارای شکل و فرم طبیعی نخواهد بود و اگر سرش، در سالن تشریح پزشکی قانونی، باز گردد، محتویات جمجمه او مانند ظرفی پر از مایع بوده، خالی از نسوج مغز است؛ زیرا مغز این فرد، از همان زمان مرگ مغزی، شروع به از بین رفتن و حل شدن کرده، به صورت مایعی زردرنگ تبدیل می شود»^۹.

بنابراین، از دیدگاه پزشکی فرد مبتلا به مرگ مغزی، مرده تلقی می شود، تپش قلب و حرکت برخی از ارگان های بدن ناشی از حیات فرد نیست. از این رو، پزشکان به طور موقت به وسیله دستگاه تنفس مصنوعی، برای بدن فرد مصدوم، تنفس ایجاد می کنند تا حیات عضوی و سلولی را برای مدتی تداوم بخشند. در نهایت، با جدایی فرد از دستگاه های حمایت مصنوعی، تنفس قطع شده و قلب نیز از کار باز می ماند.

گفتار دوم: سنجش تشخیص مرگ

با توجه به اینکه شارع مقدس در مفهوم «موت» به مثابه یکی از موضوعات احکام، اصطلاح خاصی ندارد، نهاد مرجع در تشخیص آن کیست؟ عرف عام یا

۸. محمدی همدانی، اصغر، پیوند اعضا و استفتائات مربوطه، ده رساله فقهی، حقوقی در موضوعات نوپیدا، ص ۳۵۶.

۹. حبیبی، حسین، مرگ مغزی و پیوند اعضا از دیدگاه فقه و حقوق، ص ۶۷.

عرف خاص (کارشناس)؟

پیش از پرداختن به پاسخ این پرسش، ذکر مقدمه ای ضروری است:

موضوعات احکام شرعی به دو بخش تقسیم می شود:

۱. موضوعاتی که شارع آنها را مصطلح ساخته و قبل از آن، در عرف به این عنوان رواج نداشته است؛ از قبیل نماز، روزه، حج و

۲. موضوعاتی که پیش از این میان مردم رواج داشته و شارع آنها را از عرف با همان حد و مرز برداشت کرده و در این باره اصطلاحی برنساخته است؛ مانند استطاعت، خوف، ضرر، معروف، منکر و ... این موضوعات، خود به سه دسته دیگر، تقسیم می شود:

یک - موضوعاتی که تشخیص آن برای عرف عام، کار پیچیده ای نیست و برای عامه افراد امکان پذیر است؛ مانند صعید، ضرر، استطاعت و

دو - موضوعات عرفی که نیاز به تخصص علمی خاصی ندارد، ولی باید نظر و ارتکاز عرف به صورت دقیق، شناخته شود.

سه - موضوعاتی که مبهم بوده و تطبیق و تشخیص مصادیق و جزئیات آنها، به موازین و دقت های علمی و یا نوعی تخصص نیاز دارد که برای فهم و درک آن و حل مشکل باید به اهل خبره رجوع کرد. در برخی از کتاب های فقیهان آمده است:

«و دین الفقهاء، الرجوع في الموضوعات الى اهل خبرتها».^{۱۰}

چرایی این امر از آن رو است که پاره ای از موضوعات، به هیچ وجه تشکیک بردار نیست و امر آنها بین وجود و عدم دور می زند و حتی در مراتب وجودی خود، قبول زیادت و نقصان نمی کند؛ مانند «دلوك شمس» و «فجر» که اموری واقعی است و نماز پیش از آن زمان، حتی به یک لحظه، صحیح نخواهد بود. از این رو، مراجعه به فهم عرفی برای تعریف و تشخیص این گونه موضوعات

۱۰. نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعة في احکام الشریعة، ج ۲، ص ۱۲۱.

صحیح نیست و فقیه در تشخیص آنها نیازمند پاره‌ای از موازین علمی خواهد بود. موضوع «مرگ» نیز همین گونه است؛ چه اینکه مصداق مرگ، امری ثبوتی و واقعی است و اگر «مرگ» موضوع حکم شرعی قرار گیرد، مفهوم عرفی آن ملاک نیست، واقع آن، عنوان معیار است و باید همان احراز شود. از این رو، به اطمینان عرف عام در تشخیص آن نیازی نخواهد بود؛ چه اینکه اگر عرف عام، به مرگ شخصی یقین کند، در حالی که متخصصان، جملگی و بدون اختلاف، به زنده بودن وی حکم کنند، جایز نیست که احکام اموات در باره آنان جاری شود، بلکه چه بسا عمل به عقیده عرف (مرده دانستن) و دفن آنان، مصداق قتل قرار گیرد.

گواه مطالب پیش گفته، روایت‌هایی است که در پاره‌ای از موارد، مانند شخص بی هوش، غرق شده و صاعقه زده و سایر موارد مشابه، تأخیر دفن را لازم می‌داند^{۱۱}. افزون بر این، در برخی روایات، امام علیه السلام یقین توده مردم را نسبت به تحقق مرگ در باره عده‌ای صاعقه زده تخطئه کرده، فرموده‌اند: «قد دفن ناس کثیر احياء ما ماتوا إلا فی قبورهم»^{۱۲}. از این رو، با صرف نبود حرکت در شخص و ایست قلبی - تنفسی، روا نیست تا حکم به حدوث موت گردد و تا زمانی که مرگ شخص مصدوم، مشکوک است، درنگ و انتظار تا آشکار شدن علائم نعشی و قطعی شدن فوت واجب می‌باشد.^{۱۳}

در مقابل نگرش ذکر شده رویکرد برخی از فقیهان معاصر آن است که احکام شرع به عرف عام القا شده، مدار احکام بر همین پایه استوار است، نه بر مصطلحات علمی. از این رو، سخن خبرگان و متخصصان تا زمانی که برای عرف

۱۱. کلینی، محمد بن یعقوب، الفروع من الکافی، ج ۳، ص ۲۰۹-۲۱۰، باب الغریق و المصعوق.

۱۲. همان، ج ۶.

۱۳. خرازی، سید محسن، البحوث الهامة في المكاسب المحرمة، ج ۲، ص ۳۳۲.

عام یقین آور نباشد، حجت نیست. ۱۴.

از مطالب پیش گفته، چنین به نظر می‌رسد که این دیدگاه در تطبیق همهٔ مصادیق، اندیشه‌ای صائب نباشد؛ به ویژه با توجه به اینکه اگر معیار مرگ و حیات، عرف عام باشد، بایستی در پی عارضهٔ قلبی و توقف آن یا به هنگام انجام پیوند قلب و تعویض آن، شخص مرده قلمداد شود، حال آنکه به طور قطع چنین نخواهد بود. افزون بر این، چه بسا منشأ قضاوت عرف، تجربه‌ای است که از ملازمهٔ آثار حیاتی افراد با قلبشان پدید آمده است و آن را به مثابهٔ معیار حیات و مرگ قلمداد می‌کنند. بنابراین، اگر متخصصان ثابت کنند که نبود عملکرد قلبی - تنفسی، در برخی حالات‌ها، دال بر وقوع مرگ نیست، چه بسا عرف عام نیز در قضاوت خود تجدید نظر کند. به هر حال، مرجعیت عرف برای تشخیص موضوعات، در مواردی خواهد بود که توانایی احراز آن را داشته باشد.

نتیجه آنکه، هر چند احکام دائر مدار مفاهیم عرفی است، ولی این موضوع، زمانی صحیح خواهد بود که عرف، صلاحیت احراز آن را داشته و قرینه‌ای معتبر، خلاف آن نباشد. وانگهی، هیچ‌گاه مرجعیت عرف در تشخیص مصداق، تا زمانی که به تحدید در ناحیهٔ مفهوم برنگردد، صحیح نخواهد بود.

مبحث دوم: مرگ مغزی در ترازوی نقد فقهی

«مرگ مغزی» از جمله موضوعات مستحدثه‌ای است که از علم پزشکی به حوزهٔ فقه شیعی راه یافته است. از آنجا که هیچ‌گونه پیشینه‌ای از این موضوع، در متون دینی به چشم نمی‌آید و این خواهان حکم شرعی است، فقیهان ناگزیرند تا از سویی با نگاه به دیدگاه علمی این مسئله، موضوع شناسی کرده و از سوی دیگر، با رویکرد اجتهادی خویش، به این مسئله نظر کنند و حکم آن را تبیین کنند. در این مقطع از نوشتار، حکم شرعی این مسئله در تلقی فقهی آن تحلیل و ارزیابی می‌شود.

۱۴. مؤمن قمی، محمد، کلمات سدید، ص ۱۹۵-۱۹۶.

گفتار اول: مرگ مغزی از منظر فقیهان

اندیشمندان و فقیهان شیعه، این موضوع را به طور جدی بررسی کرده و هر یک به فراخور نگاه خویش به اظهار نظر پرداخته و حکم آن را بیان کرده اند. این نظرات، می تواند از منابع ارزشمند در این زمینه به شمار آید.

به طور کلی، فقها به هنگام رویارویی با این موضوع و حکم به جواز یا عدم جواز حذف تجهیزات حمایتی مصنوعی در برابر این پرسش قرار می گیرند:

آیا مرگ مغزی از نظر اسلام، به معنای پایان حیات تلقی می شود یا خیر، به عبارت دقیق تر، دیدگاه فقه نسبت به مرگ مغزی چیست؟ آیا فردی که دچار مرگ مغزی شده زنده ای است که حتماً خواهد مرد (هنوز عنوان میت بر او صادق نیست) یا مرده ای است که هرگز زنده نخواهد شد؟ (می توان عنوان میت را بر او نهاد؟) از آنجا که در منابع دینی، اصطلاحی به نام مرگ و حیات اسلامی وجود ندارد، فقیهان، معیار قضاوت در مفارقت روح از بدن را بر عهده دو گروه واگذار کرده اند.

گروه اول که بیشتر فقیهان را شامل می شود، معیار تشخیص موت با مرگ مغزی را توده مردم و یا عرف عام می دانند. به سخن دیگر مرگ فرد زمانی قطعی است که عموم مردم بدان اعتماد کنند و آن را مرگ واقعی بدانند.

گروه دوم نیز معتقدند با توجه به تخصص اطبا در این زمینه، بهتر آن است که اظهار نظر قطعی در باره مرگ، به عهده اهل خبره گذارده شود.

از این رو، دو نوع جهت گیری در پاسخ به این مسئله دیده می شود:

۱. فرد مبتلا به مرگ مغزی تا زمانی که قلب وی ضربان و تپش دارد، در حکم زنده خواهد بود.

۲. فردی که دچار مرگ مغزی شده است، در برخی موارد در حکم میت قلمداد می شود.

گفتار دوم: فرض زنده بودن فرد مبتلا به مرگ مغزی

همان گونه که گفته شد، از مهم ترین دلایل بلکه مبانی کسانی که طرفدار زنده بودن این گونه افراد هستند، این است که موضوع تأیید و نفی در این بحث، مرگ و حیاتی است که در عرف مورد نظر است. از این رو، افرادی که مرگ مغزی آنان مسلم شده و حیات حیوانی (نباتی) دارند، عرفاً مصداق مرده تلقی نمی شوند. بنابراین، هرگونه اقدامی که منجر به پایان یافتن زندگی آنان شود، جایز نیست و چه بسا در این گونه موارد، قتل نفس نیز صادق باشد.^{۱۵}

بر پایه این دیدگاه، معیاری که عرف برای مرگ در نظر می گیرد، توقف عملکرد خود به خودی قلب و تنفس است. از این رو، مادامی که ایست قلبی و ریوی رخ نداده، انسان زنده خواهد بود.

دومین دلیل این نگرش، نبود یقین به حدوث مرگ است، از این رو، «درنگ کردن تا زمان احراز یقین به موت لازم می باشد. این مسئله موافق با مقتضای اصل عملی استصحاب است؛ چه اینکه در این حالت، اماره ای که باعث یقین به مرگ فرد گردد، حاصل نشده و اصل بر بقا و حیات فرد مزبور خواهد بود».^{۱۶}

گفتار سوم: تلقی مرده بودن فرد دچار شده به مرگ مغزی

در میان فقهای معاصر و آنان که نظریه مرگ مغزی را پذیرفته اند، تلقی یکسانی نسبت به این مسئله به چشم نمی آید. برخی از آنان، در احکام این گونه افراد، به تفصیل قائل هستند؛ یعنی افراد مبتلا به مرگ مغزی، در عین حال که یک انسان زنده محسوب نمی شوند، یک انسان کاملاً مرده هم نیستند.

۱۵. موسوی اردبیلی، عبدالکریم، رساله استفتائات، ج ۱، ص ۴۱۵؛ حسینی سیستانی، سیدعلی، المسائل المتتخبه، ص ۵۷۶.

۱۶. جواهری، علی پور، پیوند اعضا و مرگ مغزی در آینه فقه، ص ۱۶۳.

به هر صورت، دلیل عمده این باور، بر این پایه استوار است که این موضوع، شکلی کاملاً علمی و تخصصی دارد و از حالت تعریف و تشخیص عرفی خارج است. البته، به سخن متخصصان و اهل خبره، زمانی اعتماد می‌شود که حدوث مرگ با مرگ مغزی به طور کامل و قطعی ثابت شود و بدون اختلاف نظری در آرای آنان، به صورت جزمی، تصریح به قبول آن شود.^{۱۷}

گفتار چهارم: داوری و بیان دیدگاه برگزیده

به این نکته اشاره شد که همواره برخی از مسایل وجود دارد که عرف، نسبت به آن، حالتی از شک و سرگردانی داشته و نمی‌تواند داوری و حکم قطعی کند. از این رو، روا نیست که تشخیص این گونه مسایل را به عرف عام وا گذاشت؛ بلکه فقیه نیازمند دلیل و حجت دیگری است و آن حکم قطعی اهل خبره است که به مثابه یک اماره، مانع رجوع به استصحاب می‌شود.

به نظر می‌رسد که «مسئله مرگ مغزی» از این سنخ به شمار آید؛ از این رو، اگر اهل فن، اتفاق نظر داشته باشند که با مرگ مغزی، مفارقت بین روح و بدن حاصل شده است، فرد یاد شده مرده تلقی می‌شود و حتی اگر عرف، در این فرض، وی را زنده بدانند، خطای عرفی قلمداد می‌شود.

در هر صورت، چنین می‌نماید که اگر اصرار بر احراز ملاک عرفی این مسئله باشد، باید گفت که امروزه، چه بسا دیدگاه و داوری عرف، در پی راهنمایی متخصصان امر تغییر کرده، در نتیجه، حکم آن نیز با دگرگونی روبه‌رو می‌شود. از نظر عرف، حرکت و تپش خود به خودی قلب، معیار حیات خواهد بود، نه حرکت

۱۷. مکارم شیرازی، ناصر، احکام پزشکی، ص ۱۱۳؛ نوری همدانی، حسین، هزار و یک مسئله فقهی (مجموعه استفتائات)، ج ۱، ص ۲۸۳-۲۸۴ و ۲۳۰-۲۹۷؛ آصفی، محمد مهدی، پیوند اعضای مردگان مغزی، فقه اهل بیت، شماره ۳۱، پاییز ۱۳۸۱، ص ۲۴ به بعد.

مصنوعی آن که به وسیله اتصال به دستگاه انجام می شود.

نتیجه آنکه، مرگ از نظر فقهی، قطع ارتباط روح از بدن است که باید احراز شود. از دیدگاه اهل خبره، مرگ مغزی، یکی از علائم حصول قطع و یقین به حدوث فوت شخص است. عرف عام نیز با محول کردن موضوع به عرف خاص، از نظر دقیق و علمی عرف خاص پیروی می کنند. از این رو، قطع دستگاه های حمایتی جایز بوده و مصداق قتل نخواهد بود اگر نگوییم ادامهٔ معالجه و صرف مال، چه بسا با شبههٔ تبذیر روبه رو شود.

ولی به هر حال، برای تصمیم گیری نهایی در این موضوع، بیان یک دغدغه و چالش علمی، شایسته است:

اگر بپذیریم تشخیص جزئیات با متخصصان است، این پرسش به وجود می آید که:

آیا تمامی پزشکان این رشته، می توانند به صورت قطعی و جزمی، اذعان داشته باشند که دانش پزشکی هیچ گاه - و لو در صدها سال آینده - نخواهد توانست، مغز را به حالت طبیعی برگرداند و یا پیوند ساقهٔ مغز را از بدنی به بدن دیگر انجام دهد؟ (لعل الله یحدث بعد ذلک امرأ).

با احتمال این امر که با پیشرفت علم، روزی خواهد رسید که بازگشت مغز و بازیافت سلامتی آن ممکن شود یا دست کم، این احتمال داده شود که در آینده، دستگاه های مصنوعی یا سیستم های خاصی پدید آید که بتواند تمام یا بخشی از اعمال مغز را انجام دهد، دیگر نمی توان به برگشت ناپذیر بودن کلیهٔ فعالیت های آن یقین کرد. به عبارت دقیق تر، با فرض این احتمال، دیگر بین مرگ مغزی و مرگ کامل انسانی نمی توان تلازمی برقرار کرد و یا با تحقق مرگ مغزی، مرگ قطعی فرد را نیز ثابت کرد؛ چون اطبا از درمان قطعی مصدوم مغزی نا امیدند و وی را مرده تلقی کرده اند.

به باور این قلم، بعید به نظر می رسد که همهٔ متخصصان به اتفاق آرا و از روی

جزم و قطع، بتوانند این احتمال را نفی کنند. از این رو، نمی توان سخن آنان را حتی برای عرف عام نیز اطمینان آور دانست به ویژه آنکه اساساً، زهوق روح امری نیست که با پیشرفته ترین دستگاه ها قابل کشف و رؤیت باشد؛ بنابراین، همان گونه که اثبات زهوق روح در فرد مصدوم به مرگ مغزی مشکل است، نفی آن نیز به سادگی امکان پذیر نیست؛ در نتیجه، استصحاب بقای حیات در باره افراد مصدوم جاری خواهد بود و دست کم، بهره ای از حیات (حیات نباتی) که موضوع قتل نفس خواهد بود، برای آنها ثابت می شود. پس به آسانی این گونه افراد را نمی توان مرده تلقی کرد به ویژه، در صورتی که مغز افراد مذکور، هنوز تغییر نکرده و شکل طبیعی خود را از دست نداده است.

به هر حال، برای آنکه نتیجه ای قطعی، از این مسئله به دست آید و این موضوع، پایان یافته تلقی شود، باید مرگ مغزی (تخریب جبران ناپذیر نیم کره ها و ساقه مغز)، به صورت جزمی و با اتفاق نظر پزشکان، مساوی با مرگ بالفعل شخص و انقطاع روح از بدن وی دانسته شود، نه آنکه صرف فقدان هشیاری و احساس تلقی شود. وانگهی، باید از نظر متخصصان، ضربان قلب و حرکت برخی ارگان ها در این حالت، به حدّ حرکات حیوان ذبح شده، برسد.

در این صورت است که با فرض حالت اضطرار، قطع اعضای رئیسی یا غیر رئیسی مصدوم مغزی، برای پیوند جایز خواهد بود گرچه تا زمان سرد شدن بدن، تمام احکام شرعی میت را بر وی نمی توان درست و اجرایی دانست.

گواه این مدعا (زهوق روح با مرگ مغزی)، آن است که روح، در پی فساد و اختلال شدید دستگاه های حیاتی بدن و خرابی مستمر جسم، شایستگی تعلق خود را به پیکره مادی اش از دست می دهد و مرگ فرا می رسد؛ چه اینکه بدن، ابزار و ادواتی برای نفس است و با بروز فساد در آن، به ویژه در اعضای اصلی و رئیسی، دیگر موضعی برای تعلق روح باقی نخواهد ماند و هر اندازه که علم پزشکی

پیشرفت کند، هرگز قادر نخواهد بود که انسان مرده را زنده کند و روح وی را بار دیگر بازگرداند، هر چند در این وضعیت، هنوز جسد انسان، دچار مرگ و نابودی کامل نشده است؛ بنابراین، باید بین زهوق روح و جان دادن شخص از یک سو، و مردن جسد فرد از سوی دیگر، تفکیک قائل شد؛ یعنی زهوق روح منافاتی با حیات فیزیولوژیک بدن ندارد.

مبحث سوم: بررسی حقوقی مرگ مغزی

گفتار اول: وضعیت قانونی مرگ مغزی در ایران

موضوع مرگ مغزی و پیوند اعضا در سطح جمهوری اسلامی، مربوط به نظام پزشکی است و مسئله ای حکومتی تلقی می شود؛ بنابراین نیاز به قوانین فراگیر در این موضوع دیده می شد. از این رو، در پی گسترش روز افزون عمل پیوند اعضا و بروز مشکلات فراوان، پزشکان و جراحان این رشته، خواستار تصویب قانونی در این زمینه شدند تا اینکه سرانجام، این مسئله در عرصه قانون گذاری و به صورت یک لایحه اعلام شد.

اینک، آنچه از نظر خواهد گذشت، مروری بر اصل این ماده واحده و پروتکل الحاقی آن است که قرین برخی ملاحظات نیز گشته است.

گفتار دوم: مروری بر قانون و نقد و بررسی آن

پس از آنکه کلیات قانون «پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است»، در مجلس شورای اسلامی تصویب شد، در اجرای تبصره ۳ قانون یاد شده، آیین نامه اجرایی آن، که مشتمل بر ماده واحده و پروتکل الحاقی در تشخیص و احراز مرگ مغزی است، توسط وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، تدوین و سرانجام در اردیبهشت ۱۳۸۱ به تصویب هیئت وزیران رسید. در ادامه، به پاره ای از بخش های آن اشاره می شود:

۲۱۴۶. یملرستان‌های مجهز برای پیوند اعضا، پس از کسب اجازه کتبی از وزارت بهداشت درمان و آموزش پزشکی، می‌توانند از اعضای سالم بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنها از نظر کارشناسان خبره مسلم است، به شرط وصیت بیمار یا موافقت ولی میت، برای پیوند به بیمارانی که ادامه حیاتشان به پیوند عضو یا اعضای ذکر شده بستگی دارد، استفاده کنند.

۳. پزشکان تعیین‌کننده مرگ مغزی که تکمیل‌کننده برگه مخصوص «تأیید مرگ مغزی» هستند، شامل دو پزشک متخصص نورولوژی و یک متخصص جراحی مغز و اعصاب است که هر کدام جداگانه بیمار را معاینه و بررسی کرده و برگه مخصوص را تکمیل می‌کنند.^{۱۸}

نقد و بررسی:

به هر حال، قانون «پیوند اعضا و مرگ مغزی» پیشرفت قابل توجهی را در امر سامان‌دهی مردگان مغزی و پیوند اعضا در پی داشته و برخی از مشکلات و مسایل موجود در این زمینه را بر طرف کرده است. با این حال، این قانون، جامع و مانع نبوده و از برخی دغدغه‌ها، نارسایی‌ها و خلاءهای قانونی مبرا نیست. در ادامه به پاره‌ای از آنها اشاره می‌گردد:

۱. چرا قانون یاد شده که مرتبط با جان انسان‌ها و از مهم‌ترین قوانین کشور است، تأمین‌کننده نظر شورای محترم نگهبان نبوده تا اینکه سرانجام با سکوت نهاد مذکور و بر اساس اصل ۹۴ قانون اساسی لازم‌الاجرا گردید.

۲. در حالی که دغدغه و مسئله اصلی این ماده واحده، موضوع مرگ مغزی است، چرا در انتخاب عبارات آن سنجیده عمل نشده و به گونه‌ای وانمود شده که گویا محور عمده آن بحث پیوند اعضاست، در حالی که بحث پیوند اعضا با

۱۸. لاریجانی، محمدباقر، پیوند اعضا (مباحث علمی، اخلاقی، حقوقی و فقهی)،

چالشی به اندازه موضوع مرگ مغزی روبه رو نیست.

۳. اگر ادعا می شود که پشتوانه اصلی این قانون، فتوای امام راحل و مقام معظم رهبری است، چرا جواز برداشت عضو از فرد مبتلا به مرگ مغزی، مقید به حکم ثانوی و حالت اضطرار نگشته است. وانگهی، فرض تعیین ولی میت، به عنوان وراثت کبیر قانونی، بر پایه چه منشا و خاستگاه فقهی و قانونی استوار است؟

۴. با توجه به دیدگاه برگزیده مرگ مغزی، صرف توقف تمام وظایف مغز، پایان حیات فرد و حدوث مرگ و زهوق روح نخواهد بود؛ چون متخصصان، از درمان و پیوند مغز عاجزند، فرد مصدوم را مرده تلقی کرده اند. از این رو، چنین به نظر می رسد تا زمانی که مغز فرد مبتلا، شروع به از بین رفتن و تغییر شکل نکرده باشد، نمی توان نشانه دقیقی برای حکم قطعی به مرگ حتمی شخص پیدا کرد. بنابراین، قید یاد شده در تعریف قانونی مرگ مغزی حائز اهمیت است.

۵. با مقایسه ماده واحده مصوب با قوانین دیگر کشورها، کمبودهای قانونی بسیاری به چشم می آید؛ مانند بررسی نحوه شکایت از پزشکان یا تیم جراح (پیش بینی ضمانت اجرا و مجازات در صورت سوء استفاده از قانون)، سوداگری و قاچاق اعضای بدن، بررسی فرض ضرر و اضطرار در اهدای عضوی از افراد زنده، صحت یا بطلان معامله اعضا قبل از وقوع مرگ مغزی یا پس از آن (مالیت یا عدم مالیت اعضا و بافت ها)، جواز یا عدم جواز تشریح مردگان مغزی برای مطالعه و آموزش، فرض اذن حاکم شرع در جواز برداشت عضو از مردگان مغزی مجهول الهویه، تعریف پیوند اعضا و دامنه اعضای پیوندی، شرایط پذیرش و اعطای عضو، تعیین میزان ما به ازای شرایط پیوندی، اشاره به دیگر منابع پیوند اعضا غیر از مردگان مغزی، نحوه نظارت مستمر بر اجرای این قانون، حقوق دهنده عضو، احکام و حقوق گیرنده عضو، مسایل و حقوق افرادی که مرتبط با فرد مصدوم هستند؛ مانند حال گشتن دیون، ارث، عده زوجه و

اینک، که قریب یک دهه از اجرایی شدن آیین نامه یاد شده گذشته، کاستی‌ها و نقص‌های آن در ابعاد مختلف آشکار شده است. از این رو، امید آن است تا بار دیگر، این قانون بازنگری شود و با در نظر گرفتن تمام جوانب مسئله، بررسی و ارزیابی به عمل آید تا جمهوری اسلامی ایران بتواند قانونی جامع و شایسته، آن هم بر پایه مبانی فقه امامیه تنظیم و ارائه کند.

نتیجه

برآیند مطالعه در این پژوهش، نشان می‌دهد که دو دیدگاه تقریباً مخالف، در تشخیص مرگ مغزی از نظر فقهی رخ داده است؛ یعنی از یک سو، شماری از فقیهان از نظر عدم صدق عرفی «میت» بر مصدوم مغزی و عدم یقین به حدوث مرگ و نیز استصحاب حیات، وی را زنده تلقی کرده‌اند؛ از سوی دیگر، برخی بر این باورند که احراز فوت در مرگ مشتبه، به ویژه مرگ مغزی، درک شدنی و تشخیص عرفی نبوده، امری کارشناسی و تخصصی است. از این رو، اگر فقیه از نظر حکم قطعی و اتفاق نظر متخصصان به تحقق مرگ حقیقی فرد مصدوم از یک طرف و مذبوحانه دانستن حرکت جوارح وی از طرف دیگر اطمینان یافت، می‌تواند حکم به حدوث مرگ کند؛ چه اینکه حکم قطعی اهل خبره به مشابه یک دلیل و اماره، مانع رجوع به استصحاب می‌شود. بنابراین، نتیجه گیری نهایی آن است که گرچه با اتفاق آرا و جزم متخصصان به تساوق مرگ قطعی با مرگ مغزی، احتمال حصول موت را در مصدوم مغزی می‌توان تقویت کرد، اما در احکام مرتبط با او، تا زمان سرد شدن بدن وی باید قائل به تفصیل شد؛ یعنی در حالی که هنوز، احکام تجهیز میت بر او جاری نیست، ادامه درمان و معالجه وی ضرورتی ندارد و البته این نظر به معنای اجرا و اعمال اوتانازی یا مرگ آسان هم نخواهد بود؛ زیرا موضوع قتل، دست کم، «حیات حیوانی» و یا به تعبیر علمی «زندگی نباتی» است

و اگر زنده بودن انسان منتفی است، موضوع قتل نیز منتفی خواهد بود. به بیان دیگر، در باره مرده مغزی، لفظ «تسریع در مرگ» یا «قتل» معنا نمی دهد. قانون جمهوری اسلامی با وجود سامان دهی وضعیت مردگان مغزی و مقوله پیوند اعضا، از برخی خطاها و خلاهای قانونی مبرا نیست. بازبینی مجدد در تعریف مرگ مغزی و بیان نکردن احکام و حقوق مردگان مغزی، به ویژه مسئله برداشت عضو پیوندی مانند ثبوت دیه، صحت معاملات و... از مهم ترین ایرادها در این زمینه است.

منابع و مأخذ

۱. ابن سینا، ابو علی الحسین بن عبدالله، النجاة، تهران، مرتضوی، دوم، ۱۳۶۲.
۲. ابن منظور مصری، جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، ج ۱۴، بیروت، دارو مكتبة الهلال، دوم، بی تا.
۳. ابن درید الازدی، ابی بکر محمد بن الحسین، جمهرة اللغة، مشهد، مؤسسة النشر التابعة للآستانة الرضویة المقدسة، اول، ۱۴۲۶ هـ. ق.
۴. جواهری، علی پور، پیوند اعضا و مرگ مغزی در آینه فقه، تهران، دانشگاه امام صادق(ع)، اول، ۱۳۸۳.
۵. حبیبی، حسین، مرگ مغزی و پیوند اعضا از دیدگاه فقه و حقوق، قم، بوستان کتاب، اول، ۱۳۸۰.
۶. حسینی بحرانی، سید هاشم، البرهان فی تفسیر القرآن، قم المطبعة العلمیه، سوم، ۱۳۹۳ هـ. ق.
۷. خرازی، سید محسن، البحوث الهامة فی المكاسب المحرمة، بی جا، اول، ۱۴۲۳ هـ. ق.

۸. کلینی، محمد بن یعقوب، الفروع من الکافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، دوم، ۱۳۶۲.
۹. گودرزی، فرامرز؛ کیانی، مهرزاد، پزشکی قانونی، تهران، سمت، اول، ۱۳۸۴.
۱۰. لاریجانی، محمد باقر، پیوند اعضا (مباحث علمی، اخلاقی، حقوقی و فقهی) تهران، برای فردا، اول، ۱۳۸۲.
۱۱. مشکینی، علی، مصطلحات الفقه، قم، نشر الهادی، اول، ۱۳۷۷.
۱۲. معین، محمد، فرهنگ فارسی، ج ۳، تهران، سپهر، چهارم، ۱۳۶۰.
۱۳. مؤمن قمی، محمد، کلمات سدیده، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، اول، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۱۴. محمدی همدانی، اصغر، پیوند اعضا و استفتائات مربوطه، ده رساله فقهی، حقوقی در موضوعات نوپیدا، تهران، انتشارات جنگل، اول، ۱۳۸۷.
۱۵. مکارم شیرازی، ناصر، احکام پزشکی، قم، مدرسه امیرالمؤمنین علی بن ابیطالب (ع)، اول، ۱۴۲۹ هـ. ق؛ نوری همدانی، حسین، هزارویک مسئله فقهی (مجموعه استفتائات)، قم، مهدی موعود، چهارم، ۱۳۸۴؛ آصفی، محمد مهدی، پیوند اعضای مردگان مغزی، فقه اهل بیت (ع)، سال هشتم، شماره ۳۱، پاییز ۱۳۸۱.
۱۶. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، رساله استفتائات، قم، انتشارات نجات، اول، ۱۳۷۷ هـ. ق؛ حسینی سیستانی، سید علی، المسائل المتخبة، قم، دفتر معظم له، نهم، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۱۷. نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعة فی احکام الشریعة، قم، مؤسسه آل البیت (ع)، اول، ۱۴۱۵ هـ. ق.

بررسی های فقهی قابل طرح در تجارت الکترونیک

○ حسین حلیان*

چکیده

شبکه جهانی اینترنت فرصت ها و نگرانی هایی را پیش روی جامعه بشری و جوامع اسلامی قرار داده است. یکی از دستاوردهای این شبکه فراگیر، «تجارت الکترونیک» است که باعث به وجود آمدن مسائل فقهی - حقوقی جدیدی شده است که پاسخ های در خور فقها و حقوقدانان را می طلبد. فقهای شیعه در ساختار سنتی فقه معاملات و عقود معین، خیارات و قواعد فقهی مربوط به معاملات را مطرح کرده اند. در این مقاله اولاً سعی شده مفهوم و معنای تجارت الکترونیک تبیین شود و سپس تطبیق برخی مباحث فقه معاملات بر مقوله تجارت الکترونیک در گستره فضای مجازی اینترنت مورد بررسی اجمالی قرار گیرد.

کلید واژگان: اینترنت، فقه تجارت الکترونیک، بیع الکترونیک، بازار جهانی

* سطح چهار حوزه علمیه قم.

مقدمه

استفاده از وسایل الکترونیکی که دسترسی به دور دست ها را ممکن می سازند از قبیل تلفن و تلگراف در امر تجارت و مذاکرات و توافقات تجاری از مدت ها قبل رایج بوده ولی اصطلاح تجارت الکترونیک از زمان ورود سامانه های رایانه ای به عرصه مبادلات پیام ها و شکل گیری مبادله الکترونیکی داده ها پدید آمده است. استفاده فراگیر از اینترنت در رشد این پدیده تأثیر بسزایی داشته است.

در مقاله الفبای تجارت الکترونیکی چنین آمده است: «قدمت تجارت الکترونیکی یا (ecommerce) به قبل از پیدایش شکل کنونی اینترنت بر می گردد، اما به علت هزینه های سنگین این شیوه از تجارت، امکان استفاده از آن تا چند سال گذشته فقط در اختیار شرکت های بزرگ تجاری و مؤسسات اقتصادی مانند بانکها و دولت ها بوده است. با همه گیر شدن اینترنت و امکان استفاده همه اقشار جامعه در کشورهای مختلف جهان، این فرصت پیدا شد که ساختار تجارت الکترونیکی تغییر کند، از حالت اختصاصی بودن برای طبقه ی خاصی خارج شود و به پدیده ای برای همه تبدیل شود.»^۱

برخی نویسندگان، ظهور تجارت الکترونیک را در پایان سده بیستم دانسته اند.^۲ «ظرف سال های ۱۹۹۴ تا ۱۹۹۹، موبایل ها هم به اینترنت متصل شدند و تمیر و پول الکترونیک پدید آمد.»^۳

در کشور ما نیز «قانون تجارت الکترونیکی» شامل بر هشتاد و یک ماده و هفت تبصره در جلسه علنی روز چهارشنبه مورخ هفدهم دی ماه یک هزار و سیصد و

۱. نوعی پور، بهروز؛ شمس زاده، امیر حسین، الفبای تجارت الکترونیکی (قسمت اول)، نشریه شبکه، ص ۱۶۶، اسفند ۱۳۸۳.

۲. نوری، محمد علی؛ نخجوانی، رضا، حقوق تجارت الکترونیک، ص ۱۸.

۳. از گلی، معصومه، بررسی حقوق تجارت الکترونیک، روزنامه اعتماد ۳۰/۴/۱۳۸۴.

هشتاد و دو در مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۲/۱۰/۲۴ به تأیید شورای نگهبان رسید.

در این نوشتار سعی شده که مباحث فقهی و حقوقی قابل طرح در تجارت الکترونیکی بازیابی و مطرح شود و بررسی مستقصی برای هر مورد مقصود نویسنده نیست.

با توجه به نیازها و روحیات ثابت انسان و فطرت الهی و معنویت خواه وی در همه دوره‌ها و غرایز تغییرناپذیر بشری در کنار عقل و همچنین رویه رشد جامعه جهانی و تکنیک و صنعت و فن آوری‌های فوق سریع فقه و حقوق باید احکام مناسب و قوانین لازم را استنباط نموده و به تصویب برساند.

این مقاله می‌تواند آغاز راه تدوین «فقه تجارت الکترونیک» باشد و مبادی تصویری شایسته‌ای جهت ورود به مباحث فقهی تجارت الکترونیکی به خواننده ارائه دهد. در فصل اول کلیاتی جهت انس ذهن و برخی مبادی تصویری بیان شده. در فصل دوم بر ضرورت ورود فقها و حقوقدان‌ها در این بحث تأکید شده. با توجه به اینکه بیع کلید ورود به قواعد عمومی قراردادهاست، فصل سوم به بیع اختصاص، و در فصل چهارم از برخی اختیارات قابل بررسی در تجارت سایبری بحث شده است. در فصل پنجم نیز با طرح قاعده سوق، جایگاه قواعد فقهی را در این گونه مباحث متذکر شده ایم.

فصل اول: کلیات

۱. تعریف تجارت الکترونیک

«تجارت الکترونیک» انقلاب صنعتی سده بیست و یکم نامیده می‌شود که با پیدایش

اینترنت به سرعت رو به پیشرفت و گسترش است.^۴

۴. نشریه دانشمند، شماره ۵۰۴، سال چهل و سوم، مهر ۱۳۸۴.

گرچه استفاده از وسایل الکترونیکی در تجارت امر تازه ای نیست و زمانی طولانی است که از تلفن و تلگرام در مذاکرات و توافق های تجاری استفاده می شود؛ مدتی نیز از کاربرد دورنگار و نمابر در این زمینه می گذرد، ولی اصطلاح «تجارت الکترونیک» از زمانی معمول شده است که سامانه های رایانه ای در مبادلات پیام ها وارد شدند و مبادله الکترونیکی داده ها رایج گردید.^۵

فعالیت الکترونیکی (کسب و کار الکترونیکی)

مطابق تعریف کمیسیون اروپایی، تجارت الکترونیکی مبتنی بر پردازش و انتقال الکترونیکی داده ها - شامل متن، صدا و تصویر - است. این تجارت فعالیت های گوناگونی را در بر می گیرد از قبیل مبادله الکترونیکی کالاها و خدمات، تحویل فوری مطالب دیجیتالی، انتقال الکترونیکی وجوه مبادله الکترونیکی سهام، بارنامه الکترونیکی، طرح های تجاری، طراحی و مهندسی مشترک، منبع مالی، خریدهای دولتی، بازاریابی مستقیم و خدمات پس از فروش.^۶

هر نوع معامله ای که در اینترنت یا به کمک اینترنت صورت گیرد، تجارت الکترونیکی محسوب می شود.^۷

۲. مزایای تجارت الکترونیکی

الف) بستر مناسب اطلاعاتی و ارتباطی

یکی از امکاناتی که اینترنت در اختیار تجارت و بازرگانی قرار می دهد اطلاعاتی نسبتاً کامل و گسترده در مورد هر کالا چه از نظر فنی و چه به لحاظ

۵. صادقی نشاط، امیر، مقاله حقوق تجارت الکترونیک.

۶. نوری، محمد علی؛ نخجوانی، رضا، حقوق تجارت الکترونیک، ص ۹۱.

۷. همان، ص ۹۲.

تجاری است، امکانی که در دنیای واقعی، ارزش تجاری بسیار زیادی دارد اما بدون صرف هزینه و زمان زیاد به دست نمی آید. ارزش دیگر تجارت الکترونیکی آن است که امکان برقراری ارتباط با همه افرادی که برای تکمیل یک فرآیند بازرگانی لازم است با آنها تماس گرفته شود، در کوتاه ترین زمان از طریق email، chat و روش های دیگر امکان پذیر است.^۸

ب) حذف نسبی واسطه ها

حذف واسطه ها یکی دیگر از دستاوردهای ارزشمند تجارت الکترونیکی است که باعث کاهش بی سابقه قیمت کالاها و خدمات در جهان شده است. براساس برآوردهای انجام شده، حذف واسطه ها و ایجاد ارتباط مستقیم بین خریداران و فروشندگان بین ۱۵ تا ۵۰ درصد موجب کاهش قیمت تمام شده کالاها و خدمات برای مشتریان شده است.^۹

ج) افزایش قدرت خریداران و پیدایش بازارهای جدید برای تولید کنندگان ارتباط اینترنتی فرصتی در اختیار خریداران قرار می دهد که بتوانند با طیف گسترده ای از تولید کنندگان در سرتاسر جهان ارتباط برقرار کنند و از این طریق به تقاضای مورد نظر خود از بین پیشنهادهای مختلف برسند؛ همچنین در مقابل فروشندگان قدرت چانه زنی بیشتری برای کسب امتیاز و مزایای بیشتر داشته باشند. در صورتی که در دنیای حقیقی به علت محدودیتهای ناشی از فاصله جغرافیایی، مشتریان چنین قدرت انتخابی ندارند.

۸. نوعی پور، بهروز؛ شمس زاده، امیر حسین، الفبای تجارت الکترونیکی، نشریه شبکه، اسفند ۱۳۸۳.

۹. همان.

البته این ساختار برای تولید کنندگان هم مزایا و امتیازات فراوانی دارد؛ از جمله می توان به امکان عرضه و فروش محصولات به مردم در سرتاسر جهان اشاره کرد.^{۱۰}

د) سفارشی کردن محصولات و خدمات پشتیبانی قوی
 مزیت دیگر تجارت الکترونیک آن است که خریدار می تواند محصولات درخواستی خود را به صورت سفارشی و مطلوب خود بخرد. به عنوان مثال با مراجعه به سایت شرکت Dell کامپیوتر درخواستی خود را با همان خصوصیتی که مایلیم، سفارش دهیم و بخریم. در این فرایند روش کار شرکت «دل» برای قبول سفارش درخواستی به این صورت است که ابتداء موارد پیشنهادی و امکان انتخاب در اختیار مشتری قرار می گیرد، سپس پیشنهاد مشتری با توجه به امکانات شرکت بررسی و در نهایت پذیرفته یا رد می شود.

شرکت هایی که از این طریق محصولات و خدمات خود را می فروشند با روش های مختلف، سریع و کم هزینه با مشتریان دائم خود در ارتباط اند و پشتیبانی قوی باعث ترغیب مردم به خرید اینترنتی می شود.^{۱۱}

ه) پیدایش مؤسسات اقتصادی نوپا و رقابت سراسری
 یکی از پیامدهای تجارت الکترونیک، ایجاد مؤسسات جدید اقتصادی است که توانایی رقابت و حتی در مواردی سبقت گرفتن از شرکت های کهنه کار را دارند. در حال حاضر دو نوع بازار سنتی و حقیقی و بازار مجازی و مبتنی بر شبکه

۱۰. همان.

۱۱. همان.

به موازات یکدیگر عمل می‌کنند و هر کدام قواعد تجارتي خاص خود را دارند که گاه دارای خصوصياتی مشترک و گاه با یکدیگر متفاوت هستند. در برخی موارد کسب و کارهای نوپا توانسته‌اند با ایجاد سياست‌های کاربردی در بازار جدید مجازی، گوی رقابت را از رقبای سنتی بگیرند و بازار محصولات مختلف را تصاحب کنند.

از دیگر مزایای تجارت الکترونیکی، صرفه جویی در زمان و انرژی و تهیه کالا و خدمات در سریعترین زمان ممکن است.

۳. خدمات الکترونیکی در تجارت الکترونیک

- خدمات بانکی الکترونیک

- بیمه الکترونیکی

- خدمات انتقال وجوه الکترونیکی

- گردشگری الکترونیکی

- بازاریابی الکترونیکی

- وام الکترونیکی^{۱۲}

۴. آثار تجارت الکترونیک

- جهانی شدن

- رفع موانع تجارت

- به کارگیری کارت‌های هوشمند

- پیدایش مسائل حقوقی و فقهی جدید

۱۲. تجارت الکترونیک در دنیای سایبری، راه مردم، شماره ۱۶.

فصل دوم: لزوم تدوین فقه و حقوق تجارت الکترونیکی

فقهها در این عرصه با مسائل جدی و جدیدی روبه رو شده اند؛ از جمله سرمایه گذاری در شبکه های هرمی و خرید و فروشهای اینترنتی و ازدواج های اینترنتی. این مسائل لزوم ورود فقها به این عرصه را نشان می دهد. با توجه به رابطه استوار فقه و حقوق و ناگزیری پیشآمد دعاوی حقوقی در این مقوله، اهمیت آشنایی فقهای بزرگوار با این مسائل و بررسی آنها به خوبی روشن می شود.

گسترش روزافزون تجارت الکترونیکی مسائلی نو در جهان حقوق پدید آورده است، به ویژه در مورد قراردادهای اصول حقوقی کهن به گونه ای شکل می گیرند تا در خور وضعیت هایی شوند که حتی چند دهه پیش قابل تصور نبوده اند.

در این مورد، اختلاف نظر وجود دارد که آیا قواعد سنتی قراردادهای کافی است یا قواعد جدیدی باید وضع شود و تکامل یابد تا مسایل جدید را حل و فصل کنند.

این عرصه، عرصه ای از حقوق است که همواره تحول می یابد، با این حال باید گامهایی برداشته شود تا اطمینان ایجاد کند که شبهه ها و ابهام ها به کمترین میزان رسیده اند.^{۱۳}

توسعه سریع اینترنت و تجارت الکترونیک چالش بی سابقه ای در حقوق پدید آورده است، محققان و قانونگذاران بی درنگ به فکر افتاده اند که چگونه مقررات با این محیط الکترونیکی جدید منطبق می شوند. راهی که مؤسسات اروپایی انتخاب کردند، مقررات تطبیقی است. آنها برای هر مورد به روش خاص همان مورد پرداخته اند اما قوانین ملی، نیز بر چالش تجارت الکترونیکی می افزایند.^{۱۴}

۱۳. نوری، محمد علی، نخجوانی، رضا، حقوق تجارت الکترونیکی، ص ۱۶۳.

۱۴. کلرفویل، حقوق و تجارت الکترونیکی، ترجمه بهاره جواهری.

از منظر تئوری، یک مبادله تجاری الکترونیکی می‌تواند به گونه‌ای باشد که در آن سفارش دهنده کالا از یک نقطه کره زمین و فروشنده در کشور و شهری دیگر باشد و فروشنده از طریق سایت خود روی یک Server که در نقطه جغرافیایی دیگری است، کالایی را بفروشد که مرکز آن مکان جغرافیایی چهارمی است. به این ترتیب، هیچ یک از عناصر اصلی تشکیل دهنده این بازرگانی، در نقطه جغرافیایی واحدی قرار ندارند. در این صورت، این سؤال مطرح می‌شود که اگر در یک معامله مفروض، میان طرفین اختلاف نظری پیش آید، این اختلاف باید در چارچوب قوانین کدام کشور حل و فصل شود.^{۱۵}

چشم‌انداز آینده، مراجعی نظیر کمیسیون ملل متحد در تجارت بین‌الملل آنسیترال (Uncitral) و اتاق تجارت بین‌الملل آی سی سی (ICC) را بر آن داشته تا مقررات نمونه‌ای را در تجارت الکترونیک، تدوین و عرضه کنند.

آینده نه چندان دور و بلکه نمونه‌ها و موارد تحقق یافته تجارت الکترونیک، حقوق‌دانان را وادار می‌دارد که با این پدیده آشنا شوند و نه تنها مشاوران خوبی در قراردادهای تجاری باشند، بردانش حقوقی کشور نیز در این عرصه بیفزاید و مراکز آموزشی و دستگاه قضایی را به این آگاهی‌ها مجهز سازند. علاوه بر این، در موارد ضروری نیز پیش‌نویس قوانین و مقرراتی نو را هماهنگ با جهان و متناسب با مبانی حقوقی کشور، تدوین و پیشنهاد کنند.^{۱۶}

فصل سوم: بیع الکترونیک

تعریف بیع الکترونیک

بیع (خرید و فروش) نوعی تجارت الکترونیکی است. بیع به لحاظ شرعی حقیقت

۱۵. نوعی پور، بهروز، الفبای تجارت الکترونیک، نشریه شبکه ۵۷.

۱۶. صادقی نشاط، امیر، حقوق تجارت الکترونیک.

شرعیه یا متشرعیه ندارد و تعاریفی که در کتاب های فقهی و شرعی برای آن بیان شده، برای تبیین همان حقیقت عرفی بیع است.

شیخ انصاری(ره) نیز می فرماید:

ثم الظاهر أنّ لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية ولا متشرعية، بل هو باقٍ علی

معناه العرفی، كما سنوضحه إن شاء الله تعالى. ۱۷

وی در این عبارت بیان می دارد که واژه «بیع» در شرع همچنان بر معنای عرفی

باقی است و به معنایی غیر از آنچه در بین مردم شناخته شده، در نیامده است.

سپس در تعریف آن می فرماید:

فالاولی تعریفه بانه انشاء تمليك عين بمال.

بیع عبارت است از «ایجاد اعتباری مالکیت بخشی کالایی در مقابل مالی».

قانون مدنی نیز بیع را «تملیک عین به عوض معلوم» می داند. ۱۸

با توجه به تعاریف سنتی بیع و تعریفی که از تجارت الکترونیک بیان شد،

می توان بیع الکترونیک را این گونه تعریف کرد: «مبادله عین به مال به کمک

سامانه های رایانه ای»، البته باید توجه داشت که امروزه در دنیای دیجیتال و فضای

اینترنتی، بسیاری از خدمات دیجیتالی و برنامه های نرم افزاری که عینیت خارجی

ندارند، فروخته می شوند، مثل اطلاعات، نرم افزارها و آفریده های هنری.

۲. مراحل بیع سنتی و الکترونیک

مراحل بیع سنتی:

۱. مساومه (گفتگوهای پیش از قرارداد)؛

۲. ایجاب؛

۱۷. کتاب المکاسب، کتاب البیع، ج ۳، ص ۱۰.

۱۸. قانون مدنی، ش ۳۳۸.

۳. قبول؛

۴. قبض و اقباض.

مراحل بیع الکترونیکی

۱. مرحله پیش از قرارداد: خریدار و فروشنده می‌کوشند اطلاعات بازار را گردآوری کنند (تبلیغات، بازاریابی)؛

۲. مرحله قرارداد: (The pre-contractual phase) این مرحله شامل سه بخش کلی است:

- مرحله سفارش (The Ordering phase)

- مرحله تدارک و اجرا (The logistics phase)

- مرحله تسویه حساب (The Settlement phase)

۳. مرحله پس از قرارداد: پس از انجام دادن معامله اساسی، ممکن است یک رشته فعالیت‌های جداگانه مقرر شده باشد. در برخی موارد، تعهد جمع‌آوری و گزارش آمار به انجمن صنعتی یا مرجع ملی آمار، سپرده می‌شود.

افزون بر این، ممکن است بیع حاصل، رابطه‌ای بین خریدار و فروشنده در مورد خدمات، حفظ و نگهداری، ارتقا و جایگزینی کالا یا مال یا تأمین مایحتاج آن مال، ایجاد و مقرر کند.^{۱۹}

البته ممکن است سپری کردن بعضی مراحل، به صورت الکترونیک و اینترنتی و بعضی مراحل به صورت فیزیکی باشد.

ایجاب الکترونیکی

ایجاب: موجود اعتباری ناقصی که ایقاع هم نیست و اثربخشی آن مشروط به قبول است.

۱۹. نوری، محمد علی، نخجوانی، رضا، حقوق تجارت الکترونیکی، ص ۷۷-۷۹.

اراده جدی اول برای انعقاد قرارداد، ایجاب است و فرقی نمی کند که از ناحیه کدام یک از طرفین صادر شود. البته ممکن است هر کدام از ایجاب و قبول را شان یکی از طرفین بدانیم؛ مثلاً قبول همواره شان زوج باشد و ایجاب شان زوجه؛ ایجاب، شان بایع باشد و قبول، شان مشتری.

قانون مدنی در باب نکاح، شرط می داند که ایجاب و قبول لفظی باشد، ولی در این باره که کدام بر دیگری مقدم باشد، ساکت است. آنچه مهم است، تراضی و توافق دو قصد است.^{۲۰}

علامه در تعریف ایجاب می فرماید:

انَّ الْإِجَابَ هُوَ اللَّفْظُ الدَّالُّ عَلَى النُّقْلِ، مِثْلُ: بَعْتُكَ، أَوْ مَلَكَتُكَ، أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُمَا.^{۲۱}

در این تعریف، ایجاب از مقوله لفظ شمرده شده است که به نظر می رسد تعریف اشکال دارد. همانطور که فقها برای عقود، معنای مسببی قائل هستند و حقیقت عقد را غیر از الفاظ می دانند، در هر کدام از ایجاب و قبول هم معنای مسببی صحیح به نظر می رسد و الفاظ سبب ایجاد آن معنا هستند.

ماده ۲-۲ کنوانسیون بیع بین المللی و نیز قراردادهای بازرگانی بین المللی که مؤسسه بین المللی وحدت حقوق خصوصی تدوین کرده است، ایجاب را چنین تعریف می کنند: «پیشنهاد ایجاب چنانچه به اندازه کافی مشخص و دال بر قصد التزام ایجاب کننده در صورت قبول طرف مقابل باشد، ایجاب محسوب است».

ایجاب از طریق پایگاه اینترنتی

عقد، به ایجاب و قبول محقق می شود. همانگونه که ممکن است قصد

۲۰. حلبیان، حسین، تقریرات درس حقوق مدنی ۱ میر حسین عابدیان.

۲۱. المکاسب، کتاب البیع، ج ۲، ص ۱۲۱، به نقل از: تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۲۷۵.

طرفین کتبی یا شفاهی، لفظی یا عملی اعلام شود، ممکن است به طریق الکترونیک نیز باشد؛ مثلاً ایجاب و قبول از راه رایانه و به نشانی «پست الکترونیک» طرف مقابل، ارسال گردد. ۲۲

ایجاب شکل ویژه‌ای ندارد؛ ممکن است حضوری، یا از طریق فاکس پست، تلفن، شبکه جهانی، و یا پست الکترونیکی بیان شود. در باره امکان ارائه الکترونیکی ایجاب، در برخی قوانین تبادلات الکترونیکی، تصریح شده است؛ مثلاً بند ۱ ماده ۸ «آنسیترا» ۲۰۰۳، مقرر می‌دارد که ایجاب و قبول می‌تواند توسط داده پیام باشد. ۲۳

در شریعت نیز در «ایجاب لفظی»، لفظ خاصی منصوص و معتبر نیست. ۲۴

تمییز ایجاب

آنچه در زمینه ایجاب مشکل‌آفرین است، تمییز ایجاب - یعنی پیشنهادی که با قبول آن مجال انصراف برای گوینده باقی نمی‌ماند - از دیگر اموری است که شبیه ایجاب هستند، اما عرف حقوقی از آنها ایجاب و پایبندی را استنباط نمی‌کند. این موضوع در قراردادهای الکترونیکی اهمیت اساسی دارد؛ به ویژه که بررسی اوضاع و احوال در این سنخ قراردادها کمتر از قراردادهای سنتی، راه‌گشاست. به طور خاص این مسئله مطرح می‌شود که آیا اعلام‌های یک سایت که کالا یا خدمات

۲۲. صادقی نشاط، امیر، حقوق تجارت الکترونیک.

۲۳. آهنی، بتول، انعقاد قراردادهای الکترونیکی، ص ۷.

۲۴. شیخ انصاری (ره) می‌فرماید: «والذی يظهر من النصوص المتفرقة فی ابواب العقود اللازمة و الفتاوی المتعرضة لصیغتها فی البیع بقول مطلق، و فی بعض انواعه، و فی غیر البیع من العقود اللازمة: هو الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفی معتد به فی المعنی المقصود، فلا فرق بین قوله: بعث و ملکت، و بین قوله: نقلت الی ملکک، او جعلته ملکاً لک بكذا». (المکاسب، کتاب البیع، ج ۲، ص ۱۲۰).

معینی را عرضه می دارد، «ایجاب» است یا «دعوت به ایجاب»؟

مطالعه تطبیقی حقوق کشورها در این زمینه نشان می دهد که نمایش کالا به طور کلی، و عرضه کالا و خدمات در سایت به طور خاص، هر چند کامل باشد، اصولاً ایجاب محسوب نمی شود. در حقوق آلمان، انگلستان، سوئیس و فرانسه نیز وضع به این منوال است.

البته موارد استثنایی نیز وجود دارد؛ برای مثال هر گاه مدیر سایت اعلام کند که نمایش کالا ایجاب تلقی می شود، یا اگر کالا و خدمات معرفی شده قابلیت حصول مستقیم از سایت را داشته باشند، مانند برنامه، تصویر، مقاله و... آگهی در سایت همان ایجاب است.

در برخی کشورها چنانچه عرضه کالا و خدمات، همه عناصر قرارداد از جمله قیمت، نحوه خرید و... را در بر داشته باشد ایجاب به شمار می رود، مگر آنکه نمایش کالا یا خدمات توأم با شرط خلاف باشد.

گاه نیز تلقی یک شخص متعارف از محتویات سایت، با لحاظ عبارت پردازی سایت و پیش بینی مکانیزم خرید و سطح معرفی جزئیات معامله، به عنوان ملاک مطرح می شوند.^{۲۵}

در پرونده ها و موارد دشوار، وقتی پایگاهی کالای مورد معامله را توصیف می کند، هر چند مخاطب معینی را در نظر نگیرد، در برخی کشورها چون اسپانیا، ایجاب معتبر است، اما در آمریکا دعوت به معامله محسوب می شود.^{۲۶}

در آمریکا مقرر است که ایجاب باید به مخاطب مشخص اعلام شود. قانون مدنی اسپانیا مخاطب مشخص را مقرر نکرده و مطابق نظریه علمای حقوق در آن

۲۵. آهنی، بتول، انعقاد قراردادهای الکترونیکی، ص ۸ و ۹.

۲۶. نوری، محمد علی، نخجوانی، رضا، حقوق تجارت الکترونیکی، ص ۱۳۹.

کشور، ایجاب خطاب به عموم، معتبر است. ۲۷.

اما در شریعت ما آیا ایجاب لازم است که مخاطب مشخص داشته باشد؟ راه تشخیص ایجاب، از دعوت به بیع چیست؟ اینها مباحثی است که می‌طلبد با ورود فقهای عظام و قضات شرع، تنقیح و روشن شود. ما در این مرحله، تنها به طرح مسئله می‌پردازیم و بررسی‌های عمیق‌تر را وا می‌نهمیم.

قبول الکترونیکی

«اراده جدی دوم که با پیوستن به ایجاب، موجب انعقاد عقد می‌شود، قبول

نام دارد». ۲۸.

در اینکه این تعریف تا چه حد مورد قبول فقهاست و کسی که به لحاظ ذهنیت سنتی فقه، شأنش ایجاب است، آیا می‌تواند قبول را انشاء کند، بحث زیاد است. در اینجا یک روایت تأمل برانگیز را ذکر می‌کنیم:

محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن ائیه، عن عمرو بن عثمان، عن ابراهیم بن الفضل، عن ابان بن تغلب، و عن علی بن محمد، عن سهل بن زیاد، عن اسماعیل بن مهرا ن و محمد بن اسلم، عن ابراهیم بن الفضل، عن ابان بن تغلب، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول: أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه لا وارثة و لامورثة كذا و كذا يوماً، وإن شئت كذا و كذا سنة، بكذا و كذا درهماً، و تُسمى (من الأجر) ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً، فإذا قالت: نعم، فقد رضيت و هي امرأتك و انت أولى الناس بها ... ۲۹.

۲۷. همان، ص ۱۳۶.

۲۸. حلبیان، حسین، تقریرات درس حقوق مدنی ۱، میر حسین عابدیان، .

۲۹. وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۴۳، کتاب النکاح، باب ۱۸ از ابواب المتعة، ح ۱.

از این روایت استظهار می شود که مرد ایجاب را انشاء کرده و زن قبول کرده است؛ حال آنکه مطابق رساله های عملیه فقها (حفظهم الله)، چه در نکاح دائم و چه در نکاح موقت، این زن است که ایجاب را می خواند و مرد است که قبول می کند. همین موضوع، ما را تشویق می کند که در بحث تشکیل قرارداد و ایجاب و قبول و شخص ایجاد کننده هر کدام، تحقیق عمیق تری کنیم.

«وقتی آگهی پایگاه کاملاً معین و مشخص باشد، از نظر اکثر نظام های حقوقی، ایجاب معتبر است؛ مثلاً صفحه ای که پیام زیر را ارائه می کند: «سه عدد کالای مدل ۱۲۳ به آقای زید به قیمت سه یورو فروخته می شود» تمکین زید نسبت به این ایجاب، قبول محسوب است. در ضمن، تأیید پست الکترونیکی یا تأیید صفحه، صرفاً دلیل مضاعفی است بر اینکه قرارداد با توجه به قبول، پیشتر واقع شده است».^{۳۰}

باز این پرسش های فقهی مطرح است که قبول آیا باید ابراز شود یا خیر؟ و آیا باید به اطلاع طرف مقابل برسد یا نه؟ ابراز در محیط کامپیوتری چگونه اتفاق می افتد؟

معاطات الکترونیکی

شیخ انصاری (رحمة الله علیه) می فرماید:

اعلم أنَّ المعاطاة - علی ما فسره جماعة - : أن يعطي كلُّ من اثنتين عوضاً عمّاً
ياخذه من الآخر.^{۳۱}

معاطات بنا بر تفسیر جماعتی، این است که هر کدام از دو شخص، عوضی در مقابل آنچه از دیگری می گیرد عطا کند.

سپس می فرماید:

۳۰. نوری، محمد علی، نخجوانی، رضا، حقوق تجارت الکترونیکی، ص ۱۳۹.

۳۱. المکاسب، کتاب البیع، ج ۳، ص ۲۳.

ثم انّ المعروف بين علمائنا في حكمها: أنّها مفيدة لإباحة التصرف، و يحصل الملك بتلف احدى العينين. و عن المفيد و بعض العامة: القول بكونها لازمة كالبيع.^{۳۲}

معروف بين علمای ما درباره حکم معاطات، این است که معاطات مفید اباحه تصرف است، و ملک پس از تلف یکی از دو عین حاصل می شود.

اما بعضی از فقها فرموده اند:

و لا يعتبر اللفظ في تحقق البيع و تكفي المعاطاة. و الملك الحاصل بها لازم.^{۳۳}

در به وجود آمدن بیع، لفظ خاصی معتبر نیست و معاطات هم از اسباب بیع است و مفید ملک است.

نظر قطعی مراجع عظام بهجت^{۳۴}، سیستانی^{۳۵}، صانعی^{۳۶}، و فاضل لنکرانی^{۳۷} نیز همین است.

۳۲. همان، ص ۲۴.

۳۳. ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی، ج ۲ ص ۱۳: و المختار لدى المتأخرين، افادتها الملك كالعقد اللفظي لعدة وجوه: منها التمسك باطلاق قوله تعالى: «حلّ الله البيع» بتقريب ان المراد من حلية البيع أمّا الحلیة الوضعیة، و بذلك یتبث المطلوب، لأنّها عبارة عن النفوذ و الامضاء، او الحلیة التکلیفیة، و بذلك یتبث المطلوب ایضاً، لأنّ الحلّ التکلیفی لیس منسوباً الی البیع نفسه، لعدم احتمال حرمة تکلیفاً لیدفع باثبات جوازه، بل هو منسوب الی التصرفات المترتبة علیه، و لازم اباحه جمیع التصرفات المترتبة علیه صحته و افادته للملك. و اذا ثبت بالآیة الکریمة افادة البیع للملكیة فیتمسک باطلاقها لتعمیم ذلك للمعاطاة بعد ما كانت مصداقاً من مصادیق البیع. (همان، ص ۱۹).

۳۴. بهجت، محمد تقی، توضیح المسائل، ص ۳۲۶، مسئله ۱۶۶۹.

۳۵. حسینی سیستانی، سید علی، المسائل المنتخبة، ص ۲۶۷، م ۶۶۳.

۳۶. صانعی، یوسف، توضیح المسائل، ص ۳۳۵، م ۲۱۰۱.

۳۷. لنکرانی، محمد فاضل، توضیح المسائل، ص ۳۵۴، م ۲۱۷۴.

آیت الله فاضل لنکرانی می افزاید:

امضای اسناد معامله، خواه در دفاتر رسمی باشد یا غیر آن، به طوری که در

زمان ما متعارف است، جانشین صیغه لفظی می شود.^{۳۸}

معاملات در محیط دیجیتال، گاهی با پست الکترونیکی و همراه الفاظ صریح است که به نظر می رسد این نوع معاملات را نتوان از نوع معاملات الکترونیکی دانست. همچنین ممکن است الفاظ صریحی دال بر ایجاب و قبول، بین طرفین رد و بدل نشود، ولی طرفین به قصد تملیک، عوض و معوض را به هم منتقل کنند و پرداخت قیمت و تحویل کالا به قصد بیع، از نوع الکترونیک باشد. در این صورت، ما به صحت و نفوذ چنین بیعی حکم می کنیم.

تحویل کالا و خدمات

تحویل کالا بر دو نوع است: ۱. سنتی؛ ۲. الکترونیکی.

برخی کالاها که از طریق معاملات آنلاین یا اینترنتی خریداری شده، به شیوه های سنتی یا با پست های سریع برای خریدار ارسال می شوند. حمل این گونه کالاها، کاملاً تابع قراردادهای سنتی یا تابع توافق طرفین است.

برخی داده ها یا خدمات، قابلیت ارسال الکترونیکی را دارند. از این رو، در برخی معاملات، سفارش کالا یا خدمات به صورت آنلاین، و تحویل آن نیز به شیوه الکترونیکی است. تفاوت تحویل کالا به شیوه الکترونیکی با شیوه سنتی، این است که در برخی موارد، کالاهای موضوع معامله پیش از تحویل، وجود خارجی مستقل ندارند؛ زیرا این کالاها پیش از معامله وجود نداشته اند و به اعتباری «کالای آینده» نامیده می شوند. بحث «کالای مجازی» نیز مطرح است که

۳۸. همان، م ۲۱۷۵.

تعاریف و مصادیقی از آن بیان شده است .

هنگامی که نرم افزاری خرید می شود، ضبط و استخراج آن به صورت آنلاین و الکترونیکی میسر می گردد. برای نمونه، معامله خرید CD به صورت آنلاین یا کارت اعتباری، به این شرح است:

- مشتری، سایت موسیقی را مرور می کند؛

- فرم سفارش را پر می کند؛

- شماره کارت اعتباری و نوع کارت را درج می کند؛

- سفارش خود را عرضه می کند؛

- منتظر تحویل گرفتن CD می شود.

اگر بخشی از فرایند تجارت الکترونیک در مدل B 2 C مستلزم تحویل نوعی کالای فیزیکی به خریدار باشد، باید در مدل طراحی شده برای این فرایند، حتماً به ساز و کار مناسب رساندن اقلام خریداری شده به مشتری نیز فکر اساسی کرد. در کشورهای صنعتی دنیا شرکت های بزرگی وجود دارند که در این زمینه تخصص دارند. کسانی که یک تجارت الکترونیک به راه می اندازند برای تحویل دادن سریع و به موقع کالای خود در محل مشتری، با این شرکت ها قرارداد می بندند. خوشبختانه در ایران نیز شرکت پست جمهوری اسلامی، به کسانی که قصد فروش کالا از طریق اینترنت را دارند، خدمات ویژه ای با همان کارکرد را عرضه می کند. توجه کنید که در این زمینه، یک پیک ساده، کافی نیست. چنین مقولاتی به پشتوانه های دیگری مانند بیمه شدن کالا در طول مسیر و نیز تحویل سریع کالا نیازمند است تا خرید اینترنتی، در مجموع از حالتی که خود کاربر به سطح شهر برود و حضوری آن کالا را خریداری کند، کندتر نباشد. ۳۹

۳۹. نوعی پور، بهروز، الفبای تجارت الکترونیک، نشریه شبکه ۵۷، شهریور ۱۳۸۴.

پرداخت الکترونیکی

سیستم های مختلفی برای پرداخت مرسوم است . برخی از آنها به این شرح اند:

۱ . پرداخت مستقیم مانند پول^{۴۰}

در این مدل ، بین پرداخت کننده و دریافت کننده ارتباط مستقیم برقرار می شود . پرداخت کننده ابتدا از یک بانک با دادن پول ، نشانه^{۴۱} دریافت می کند و سپس این نشانه را به دریافت کننده می دهد .

۲ . پرداخت مستقیم بر مبنای حساب^{۴۲}

در این مدل بین پرداخت کننده و دریافت کننده ارتباط مستقیم وجود دارد . پرداخت کننده ، سند پرداخت به دریافت کننده می دهد . دریافت کننده ، این سند را در بانک کارگزار خود به حساب خود می گذارد . سپس بانک کارگزار دریافت کننده و بانک کارگزار پرداخت کننده با هم تسویه حساب می کنند .

۳ . کارت اعتباری^{۴۳}

امروزه معمول ترین روش پرداخت در اینترنت ، کارت اعتباری است ؛ زیرا مردم با این کارت ها آشنایی دارند و در خریدهای روزمره از آن استفاده کرده اند .

۴ . چک الکترونیکی^{۴۴}

چکهای الکترونیکی در عمل شبیه چکهای متعارفند ، اما با هزینه های کمتر . تفاوت آنها در این است که برای نوشتن شان از کاغذ استفاده نمی شود و متضمن

40. Direct cash like.

41. Token.

42. Direct Account Based.

43. Creditanddebit cards.

44. electronic checks.

امضای دستی هم نیستند، بلکه در صدور آنها از امضای دیجیتالی استفاده می‌شود.

۵. پول الکترونیک^{۴۵}

پول دیجیتالی، باید این ویژگی‌ها را داشته باشد:

- همه جا رایج باشد؛

- قابل استفاده همه باشد؛

- اعتبار سراسری داشته باشد؛

- قابل جعل نباشد؛

- هزینه تهیه و نگهداری آن ناچیز باشد.^{۴۶}

موضوع پرداخت در معاملات، اهمیت ویژه‌ای دارد. روال‌ها و پروتکل‌های مختلفی برای مبادلات مالی و معاملات تجاری مطمئن و امن در اینترنت طراحی شده است که با مخفی‌سازی و رمزگذاری، می‌توان احتمال ربوده شدن شماره کارت‌های طرفین معامله را به حداقل رساند.^{۴۷}

بنیان‌گذاری چارچوب قانونی مکمل برای پرداخت‌های الکترونیکی، یکی از چالش‌های ویژه برای قانون‌گذاری اینترنت است؛ نخست به جهت اینکه راه‌های مختلفی برای پرداخت وجود دارد و دوم اینکه برای این پرداخت‌ها به تکنولوژی پیچیده‌ای نیاز است. اصلی‌ترین راه‌های پرداخت در اروپا عبارتند از: ابزار پول الکترونیکی و کارت بانکی. اختلاف قائل بودن بین این دو نوع ابزار، از اهمیت خاصی برخوردار است؛ چرا که آنها به یک روش تحت قاعده در نمی‌آیند و هدف‌های متفاوتی را دنبال می‌کنند.

45. digital cash.

۴۶. نوری، محمد علی، نخجوانی، رضا، حقوق تجارت الکترونیک، ص ۱۴۹ و ۱۵۰.

۴۷. ازگلی، معصومه، بررسی حقوقی تجارت الکترونیک، روزنامه اعتماد ۳۰/۳/۴/۸۴.

کارت بانکی این مزیت را دارد که به طور جهانی استفاده می شود و به طور معمول، معروفیت فرستنده اش، آن را به عنوان ابزار پرداخت در اینترنت ضمانت می کند. افزون بر آن، کارت بانکی پرداخت مبالغ بالا را نیز امکان پذیر می سازد. برعکس، ابزار پول الکترونیکی برای پرداخت مبالغ پایین و حتی جزئی در نظر گرفته شده است. این پرداخت که به کمک فناوری، ذخیره کردن واحد پول را برای یک کارت انگشتی و یک حافظه کامپیوتر، امکان پذیر می سازد، خارج از خط^{۴۸} انجام می شود.^{۴۹}

پرداخت وجوه الکترونیکی، از دو جنبه حقوق خصوصی و عمومی قابل بررسی است. روش های انتقال وجوه در بانک از نظر امنیت و اعتماد باید دست کم معادل وضعیتی باشد که پول به صورت اسکناس مبادله می شود. بنابراین اولاً: از لحاظ قانونی باید دست کم همان مجازات جعل اسکناس برای موجودی های جعلی الکترونیکی پیش بینی شود و با اختلاس ها و سوء استفاده های مالی با این روش، به لحاظ سهولت و سرعتی که دارد، شدیدتر برخورد گردد. ثانیاً: بانک مرکزی، سیستم نظارتی دقیق الکترونیک برقرار کند و عملیات بانکی را به نحو مؤثری، در کنترل خود گیرد.^{۵۰}

عملیات پرداخت

پس از گشت و گذار در سایت فروشنده و پر کردن سبد خرید مجازی از کالاهای مورد نیاز، کاربر با فشردن یک دکمه یا لینک ویژه، وارد مرحله «check out=نهایی کردن عمل خرید» می شود.

48. line off.

۴۹. کلرفویل، حقوق تجارت الکترونیک، ترجمه بهاره جواهری.

۵۰. صادقی نشاط، امیر، حقوق تجارت الکترونیک.

پس از ورود کاربر به این قسمت از سایت، فروشنده، اطلاعات مربوط به کارت اعتباری مشتری را از او درخواست می‌کند. فروشنده برای صدور صورت حساب و برداشت پول از حساب مشتری، به این اطلاعات که در اصطلاح به آنها «Billing Information» گفته می‌شود نیاز دارد. از جمله اطلاعات یاد شده، آدرس دقیق خریدار «Billing Address» است. همچنین از مشتری اطلاعات مربوط به آدرس و محل دریافت کالاهای سفارش داده شده (در صورتی که کالاها فیزیکی باشند) تقاضا می‌شود. این اطلاعات، در اصطلاح «shipping information» شامل آدرس دریافت کالا «shipping Address» است که ممکن است با آدرس خریدار متفاوت باشد، مثلاً شاید شما مایل باشید کالا را به آدرس دوست خود بفرستید.

در پایان این مرحله، با زدن یک دکمه، سایت فروشنده عملیات پردازش پرداخت آنلاین را آغاز می‌کند.

در این مرحله، هزینه کالا (شامل قیمت اولیه منهای تخفیف، به علاوه مالیات و هزینه در سال) از حساب مشتری نزد بانک خریدار^{۵۱} - یعنی همان بانکی که کارت اعتباری مشتری را صادر کرده است - کسر و به حسابی موسوم به Merchant Account منظور شود که نزد بانک فروشنده^{۵۲} است.

۳. متبایعین (طرفین قرارداد) در تجارت سنتی و بیع الکترونیک

در تجارت سنتی طرف های تجارت عبارتند از:

۱. افراد یا اشخاص حقیقی، نظیر معامله یا عملیات تجاری بین دو شخص

حقیقی تاجر؛

51. Issuing Bank.

52. Acquiring Bank.

۲. افراد یا اشخاص حقوقی، نظیر تجارت بین دو شرکت؛
 ۳. اشخاص حقوقی و حقیقی، نظیر تجارت بین یک شرکت و یک شخص حقیقی.

طرف های تجارت الکترونیکی

تجارت الکترونیکی بدون حضور فیزیکی اشخاص یا کارگزاران نیز میسر است:

۱. تجارت بین یک شخص حقیقی و یک سیستم کامپیوتری: در این صورت، وقتی پایگاهی محل تعامل انسانی است، شخص حقیقی اصالتاً یا از سوی شخص حقوقی، وارد رابطه قراردادی با سیستم کامپیوتری شخص حقیقی یا حقوقی دیگر می شود.

۲. تجارت بین دو سیستم کامپیوتری: در این صورت، دو سیستم کامپیوتری، طرف قراردادند و تجارت به وسیله آنها که در مقام اشخاص حقیقی یا حقوقی هستند، صورت می گیرد.^{۵۳}

جای تعجب نیست که انعقاد قرارداد، به وسیله دو سیستم کامپیوتری، به عنوان عوامل طرف های معامله، صورت گیرد.

در حقیقت، کامپیوتر و پایانه های شبکه ای، نقش واسطه ای وسیعی دارند و می توان از آن ها به عنوان ابزارهایی استفاده کرد که قصد یک طرف را فراتر از یک مورد معامله در نظر گرفته و در موارد دیگر برای انجام معامله و با رعایت ملاک و معیارهای از پیش تعیین شده به کار برد.

ماده ۱۱ قانون نمونه تجارت الکترونیکی کمیسیون تجارت بین الملل سازمان

ملل، چنین مقرر کرده است:

۵۳. نوری، محمد علی، نخجوانی، رضا، حقوق تجارت الکترونیکی، ص ۹۲ و ۹۳.

«قرارداد می تواند با تعامل عامل های الکترونیکی طرفین منعقد شود، حتی اگر شخص، بی اطلاع از وجود و عمل عامل الکترونیکی یا شرایط و توافق حاصل باشد».

این ماده، ایراد فقدان قصد انسانی را در زمان انعقاد قرارداد، رد می کند. وقتی ماشین دخالت دارد، قصد لازم از برنامه داده شده به ماشین، جاری می شود. ۵۴.

اینک کاربر کامپیوتر، می تواند به آن دستور دهد معاملات را به طور خودکار انجام دهد. برای نمونه، شخص می تواند از عامل های الکترونیکی استفاده کند و: - پیام ها را از طرف آنها بررسی و پاسخ دهد، بدون اینکه شخص اصلی آنها را ببیند.

- به عنوان عامل خرید آنلاین در اینترنت کاوش کند و خرید مورد نظر را انجام دهد.

- به عنوان سیستم کنترل موجودی کالا، سفارش ها را وقتی که موجودی در حد نصاب لازم است بپذیرد.

هرچند وضعیت حقوقی عامل الکترونیکی کاملاً قطعی نیست، می تواند قصد شخص را دایر بر قبول ایجاب های اعلام شده (از طرف شخص) اعلام کند. ۵۵.

مدل های گوناگون تجارت الکترونیکی (به لحاظ طرفین قرارداد) استفاده از اینترنت به عنوان مهم ترین بستر ارتباطی در تجارت الکترونیکی، همزمان با رشد روزافزون شبکه جهانی ارتباطات، مدل های گوناگونی را در این تجارت پدید آورده است. این مدل ها حاصل تعامل سه گروه اصلی جامعه از

۵۴. همان، ص ۱۴۱.

۵۵. همان، ص ۱۳۵.

دیدگاه اقتصادی هستند، دولت یا سازمان های وابسته^{۵۶}، سازمان های تجاری و اقتصادی، تولید کنندگان کالا و عرضه کنندگان خدمات^{۵۷} و در نهایت، مردم عادی که خریداران نهایی کالا یا خدمات هستند.^{۵۸}

مدل های مختلف تجارت الکترونیک از تعادل دو به دوی این سه گروه اصلی حاصل می شوند:

	Business	Consumer	Government
Business (نهادهای تجاری)	B2b	B2c	B2g
Consumer (مصرف کننده)	C2B	C2C	C2G
Government (حکومت)	G2B	G2C	G2G

نابالغان (صبيان)

وابتلوا الیتامی حتی إذا بلغوا النکاح فإن ءانستم منهم رشداً فادفعوا إلیهم
أموالهم.^{۵۹}

یکی از شروط متعاقدين، بلوغ است.

شهادت ثانی در شرح کلام شهادت اول می فرماید:

«در طرفین قرارداد شرط است که بالغ و عاقل و رشید (غیر سفیه) باشند».^{۶۰}

آیت الله مشکینی در الفقه المأثور آورده است:

پسر نوجوان تا پیش از رسیدن به پانزده سالگی با احتلام و یا رویدن مو، خرید

و فروشش نافذ نیست، و دختر بچه تا قبل از رسیدن به نه سال چنین است.^{۶۱}

56. government.

57. buiness.

58. consumer.

۵۹. نساء، آیه ۶.

۶۰. الروضة البهية، ج ۲، ص ۱۱.

۶۱. مشکینی، علی، الفقه المأثور، ص ۲۴۲، مسئله ۱۳۵۱ و ۱۳۵۲.

در فضای اینترنتی، شرکت‌ها معمولاً با این مشکل مواجه هستند که مشتری بالغ است یا نابالغ؛ از این رو دو مسئله مطرح است:

۱. فروش برخی فرآورده‌ها به نابالغان ممنوع است. از این رو پایگاه‌ها در صورت تخلف، مسئولیت کیفری یا حقوقی خواهند داشت؛
۲. قرارداد با نابالغان به موجب قانون بسیاری از کشورها باطل است، مگر در مورد صغار ممیز آن هم در مورد مایحتاج مانند غذا، لباس و نظیر آن.

ماده ۲۱۲ قانون مدنی ایران مقرر می‌کند:

معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند، به واسطه عدم اهلیت باطل است. ۶۲

۴. اقسام مبیع

اقلام مورد تجارت^{۶۳} مجموعه‌ای از موردهای معامله‌اند که خریده یا فروخته می‌شوند. ویژگی این اقلام، تعیین‌کننده شکل ساز و کار تجارت است. آنها را در سه مقوله می‌توان دسته‌بندی کرد:

۱. کالاها؛
۲. خدمات؛
۳. اقلام مورد معامله دیجیتالی^{۶۴}؛

کالاها و خدمات

کالاها و خدمات، دو مقوله متمایزند. کالا، وجود مادی دارد و تحویل یا

۶۲. نوری، محمد علی، نخجوانی، رضا، حقوق تجارت الکترونیکی، ص ۱۳۲.

63. Traded Items.

۶۴. نوری، محمد علی، نخجوانی، رضا، حقوق تجارت الکترونیکی، ص ۸۰.

قبض و اقباض می شود، در حالی که خدمات، عملی است که انجام می شود. ۶۵

اقلام مورد معامله دیجیتال

تمییز شکل مادی اقلام مورد معامله، از شکل دیجیتالی آن، اهمیت دارد. اقلام یا متاع دیجیتال، نوعی مورد معامله است که کاملاً قابل تحویل یا انجام دادن از طریق شبکه ارتباطات راه دور است.

هم کالا و هم خدمات، می توانند مادی یا دیجیتالی باشند. برای نمونه، سی دی صوتی کالای مادی است، در حالی که فایل صوتی که از اینترنت گرفته می شود، کالای دیجیتالی است. اصلاح موی سر، خدمات مادی است، حال آنکه نمایش گرافیک پویا، نمایی شده^{۶۶} روی پرده نمایش خریدار، خدمات دیجیتالی است. ۶۷

کالاها

کالا مقوله خاصی از فراورده است که به شکل معین، در مقادیر فراوان، و در شکل واحد و قابل تهیه از منابع مختلف، موجود است. نمونه های مشهور عبارتند از: سهام، سهم شرکت، ارز خارجی، قهوه و نفت خام. باید بین این معنا و معنایی که اقتصاددانان برای کالا در نظر گرفته اند تمایز قائل شویم. از نظر آنها هر چیز قابل تجارت یا مبادله، کالا است؛ یعنی «اطلاعات» از نظر آنان مشمول تعریف کالا شده است. ۶۸

۶۵. همان.

66. animated.

۶۷. نوری، محمد علی، نخجوانی، رضا، حقوق تجارت الکترونیکی، ص ۸۰.

۶۸. همان، ص ۸۱ و ۸۲.

مطابق تعاریف مقرر در قوانین غربی، از جمله قانون انگلیس، کالا عبارت است از «کلیه اموال منقول شخصی غیر از پول یا مال در گردش».

بنا به این تعریف، کالا شامل فراورده‌های مصرفی از قبیل اتومبیل، اسباب بازی، پوشاک و کتاب است. بیع الکترونیکی، معمولاً متضمن سفارش خرید از طریق اینترنت (اعم از پست الکترونیکی یا پایگاه اینترنتی) است. ارسال کالا نیز از طریق پست معمولی یا پستتاز به خریدار صورت می‌گیرد. از نظر سنتی، انتقال مال ملموس (یا عین) بیع کالا است، اما اطلاعات دیجیتالی شده نیز قابلیت انتقال را دارند. از این رو در موارد اخیر (اطلاعات دیجیتالی شده) مقتضی است از مقررات ناظر بر بیع استفاده شود.^{۶۹}

خدمات

مدت مدیدی است که دادگاه‌ها می‌کوشند تمایز کالا و خدمات را روشن کنند. گاهی این تمایز به آسانی آشکار نمی‌شود. نظر غالب، آن است که خدمات وقتی مصداق می‌یابد که ماهیت قرارداد اجرای نوعی مهارت و کار را مقرر کند. برای مثال، خرید نسخه‌ای از یک نرم‌افزار استاندارد از فروشگاه، قرارداد با یک شرکت برای نوشتن برنامه نرم‌افزار، فروش خدمات محسوب می‌شود.

برخی قوانین، خدماتی را که شامل بانکداری آنلاین، خدمات مالی و بیمه است، مقرر کرده‌اند و معمولاً قوانین به توان ایفا کننده نظر دارند و نه لزوماً به نتیجه اعمال او.^{۷۰}

کالاها و خدمات دیجیتال

کالاها یا خدمات دیجیتال، آنهایی هستند که با استفاده از زیرساخت

۶۹. همان، ص ۱۲۴ و ۱۲۵.

۷۰. همان، ص ۱۲۵.

اطلاعات، قابل تحویل هستند. در نتیجه، فضای بازار، محیط مقتضی برای کل روند تأمین و تحصیل کالاها و خدمات دیجیتال را فراهم می کند.

کالاها یا خدمات دیجیتال، این موارد را در بر می گیرند:

- اسناد و مدارك، شامل مقالات و كتاب ها؛

- داده ها، شامل آمار؛

- اخبار؛

- پیش بینی وضع هوا؛

- صدا، شامل سخنرانی و موسیقی؛

- فرآورده های صوتی یا تصویری، شامل تلویزیون، ویدئو، ویدئو کلیپ؛

- تصاویر، شامل گرافیک، طرح و عکس؛

- سرگرمی، سرگرمی با اطلاعات، سرگرمی با آموزش، آموزش از طریق

رسانه ها؛

- فروش بلیت و رزرو جا؛

- خدمات بیمه؛

- خدمات ارز، شامل ارز خارجی، تجارت مربوط؛

- تجارت اوراق قرضه؛

- تجارت کالا. ۷۱

خدمات دیجیتالی شده

اینترنت فرصت دیجیتالی شدن برخی امور را فراهم کرده است. کالاهایی از

قبیل نرم افزار، ویدئو، کتاب، موسیقی، روزنامه، مجله و فیلم، دیگر به شکل

کپی های مادی قبلی به خریدار تحویل داده نمی شوند، بلکه این فرآورده ها به شکل

دیجیتالی شده و از طریق اینترنت عرضه می شوند که در نتیجه موجب صرفه جویی در وقت و هزینه ها می شود.

در اینجا پرسشی نو در باره خدمات دیجیتالی شده، مطرح می شود:
آنها کالا هستند یا خدمات؟

چنان که پیش تر گفته شد، از نظر تجارت الکترونیکی، این تمایز اهمیت دارد؛ زیرا این امر شرایط ضمن قرارداد و نیز کیفیت استاندارد را که فرآورده باید داشته باشد، تعیین می کند.

برای مثال، برخی دادگاه های انگلیس، برنامه کامپیوتری روی دیسکت را مشمول تعریف کالا دانسته اند، ولی خود برنامه کامپیوتری را «کالا» نشناخته اند.

۵. شروط

نخستین کسی که شروط را به صورت نظریه درآورد، شیخ انصاری بود. ایشان بعد از خیار شرط این بحث را مطرح می کند. شیخ در ابتدای بحث، معانی شرط را بیان، و سپس معانی را جمع بندی می کند.

در مواد ۲۳۲ تا ۲۴۶ قانون مدنی ایران نیز مباحث شروط مطرح است و مانند بسیاری از مباحث دیگر، تحت تأثیر عمیق فقه قرار دارد. بحث شروط در قانون مدنی، به شروط ضمن عقد اختصاص یافته است (في الشروط التي يقع عليها العقد)، این پیروی نه تنها در عنوان، بلکه در احکام و اقسام شرط هم ملاحظه می شود. مبحث شروط، همان مبحث تعهدات در حقوق جدید است و شروط، یعنی تعهدات و قراردادها که یک بخش آن، تعهد ضمن عقد و تعهد تبعی است.

معنای لغوی شرط

شرط دارای دو معناست: ۱. معنای حدی (مصدری)؛ ۲. معنای جامدی.

معنای مصدری بر فعل شرط کردن دلالت دارد و به همین دلیل می توانیم از آن مشتقاتی به دست آوریم؛ مثل: شارط و مشروط؛ اما معنای جامدی، مثل عبارت: «در بیع صرف قبض شرط است و در نماز، طهارت شرط است»، که به معنای نفس شرط است.

جمع شرط به معنای حدی، شروط است و جمع شرط به معنای جامدی، شرایط است.^{۷۲}

شرایط شکلی مورد تراضی

طرفین می توانند در باره شکل مشخص قرارداد توافق کنند. ماده ۲-۱۳ اصول قراردادها (بازرگانی) مؤسسه بین المللی وحدت حقوق خصوصی) در باره توافق بر موضوع خاص یا شکل خاص، چنین مقرر کرده است:

هرگاه در جریان مذاکرات، یکی از طرفین اصرار ورزد که انعقاد قرارداد منوط به توافق نسبت به موضوعات خاص یا شکل خاص باشد، پیش از حصول توافق نسبت به موضوعات یا شکل مورد نظر، قرارداد منعقد شده، محسوب نمی شود.^{۷۳}

شرایط صریح

از نظر تاریخی، مسئله مهمی که دادگاه ها در این زمینه با آن روبه رو هستند، این است که آیا اظهار شفاهی پیش از تشکیل قرارداد، در صورتی که به نحو صریح در قرارداد کتبی نیامده باشد، شرط صریح محسوب می شود یا خیر. در وهله نخست، این احتمال رد می شود؛ زیرا بنا بر قاعده دلیل شفاهی:

۷۲. تقریرات درس قواعد فقهیه، مصطفی محقق داماد، نوشته حسین حلیان.

۷۳. نوری، محمد علی، نخجوانی، رضا، حقوق تجارت الکترونیک، ص ۱۲۳.

اگر قراردادی از حالت شفاهی به وضعیت کتبی بدل شود، دلیل شفاهی را نباید به گونه ای پذیرفت که چیزی به قرارداد کتبی اضافه یا از آن کم کند یا قرارداد کتبی را تغییر دهد یا ماهیت آن را عوض کند.

این قاعده، محدود به دلیل شفاهی نیست و پیش نویس های قرارداد، توافق های اولیه و سایر اظهارات را نیز شامل می شود. در نتیجه، وزن و قطعیت قرارداد کتبی، استثنائاً بسیار بالاست. اگر کسی فرض را بر این گذارد که مدارک کامپیوتری در حکم کتبی است، از لحاظ نظری باید قراردادهای آنلاین^{۷۴} را فقط تابع شرایط صریح دانست.

با این حال، حوزه قاعده دلیل شفاهی کاملاً محدود است و فقط در مواردی اعمال می شود که دادگاه ها احراز کنند قرارداد، تنها به مدرک محدود شده است. از این رو ممکن است در مواردی دادگاه احراز کند که بخشی از قرارداد، شفاهی یا در مدارک قبلی است یا در مورد قراردادهای آنلاین بخشی از قرارداد در پست الکترونیکی یا صفحه اینترنتی دیگری است.

در پرونده ای دیگر^{۷۵} دادگاه اعلام کرده است که لازم می داند به منظور احراز واقع، دلایلی را از آغاز تا پایان بررسی ارزیابی کند. در نتیجه اظهارات و عملکرد طرفین از طریق پست الکترونیکی یا صفحات اینترنتی در مراحل پیش از تشکیل قرارداد را، با وجود مندرج نبودن در قرارداد، می توان جزو شرایط قرارداد دانست.

افزون بر این، دادگاه با رعایت انصاف و عدالت و با توجه به قوانین ناظر بر قضیه و مفهوم قرارداد جانبی، می تواند بازرگان را با توجه به اظهارات و اعمال پیش از قرارداد، مسئول بشناسد.

74. On line.

75. J. Evansv. Andrea Mezarior :197.

نکته ای که باید مورد توجه جدی قرار گیرد، این است که مشتری از طریق کسب و کار اینترنتی قرارداد می بندد و از این رو، دادگاه راه های زیادی را برای مسئول دانستن طرف ها خواهد آزمود.^{۷۶}

اما مسئله ای که در این بخش می توان طرح کرد، این است که آیا به لحاظ فقهی، شروطی که پیش از عقد در باره آنها توافق شده، به عقد ملحق می شوند یا نه؟ آیا لازم الوفاء هستند یا خیر؟ آیا شروط ابتدائی هستند یا شروط ضمن العقد؟ آیا «قاعده دلیل شفاهی»، در مقام ثبوت مبین حکم واقعی است یا در مقام اثبات؟

آیا شریعت، «قاعده دلیل شفاهی» را قبول می کند؟ تا چه حد قبول می کند؟

شرط صلاحیت دادگاه خاص

چنانچه شرط صلاحیت دادگاه خاص، در شرایط قرارداد فروش، مقرر شده باشد، این امر در حصول نتیجه مورد نظر، مؤثر خواهد بود. با این حال، در شرایط خاص، دادگاه می تواند شرط صلاحیت دادگاه مورد نظر را نافذ نداند.^{۷۷}

در اینجا این بحث فقهی مطرح است که دادگاه خاصی که صلاحیت آن شرط شده، چه دادگاهی است؟ چه قانونی بر آن دادگاه حاکم است؟ آیا قوانین شرع انور اسلام و شریعت امامیه بر آن حاکم است یا غیر آن؟ منظور طرفین از ارجاع دعاوی به این دادگاه چه بوده است؟ آیا منظور، فقط سهولت امر برای یکی از طرفین و یا هر دو بوده، یا فرار از احکام الهی؟ آیا می توان دعاوی را به دادگاه های دولت های غیر اسلامی و غیر شیعی ارجاع داد؟

۷۶. همان، ص ۱۲۹ و ۱۳۰.

۷۷. همان، ص ۱۴۳.

شرایط قرارداد

شرایط قرارداد، در زمان عقد قرارداد، تعیین می‌شوند. این شرایط، فقط وقتی جزء جدایی‌ناپذیر قرارداد است، که طرف مقابل، به طور معقول پیش از انعقاد قرارداد، از آنها آگاه شده باشد. آگاهی معقول از مفاد و شروط تحمیلی و غیر معمول، مستلزم آگاهی از شروط عادی و معمول است. برای نیل به این مقصود، در حالت آنلاین، مشتری باید پیش از دادن سفارش، به شرایط قرارداد دسترسی داشته باشد، مثلاً مقرر شود مشتری با مرور و بررسی شرایط، دکمه قبول را کلیک کند.^{۷۸} مطلبی که در اینجا باید به آن توجه شود، این است که آیا واقعاً آگاهی معقول از مفاد و شروط تحمیلی و غیر معمول، مستلزم آگاهی از شروط عادی و معمول است؟

به نظر نمی‌رسد چنین باشد.

سؤال دیگری که فقها و حقوق‌دانان باید پاسخ‌گو باشند، این است که اگر مقرر شده بود شروط را بررسی و سپس قبول کند، ولی آنها را بدون بررسی پذیرفت، آیا شروط بر او لازم‌الاتباع است؟ آیا چنین عقدی صحیح است؟

شروط قهری

قانون به طور قهری، برخی شرایط را وارد قرارداد می‌کند، مثلاً در انگلیس این شرط که کالا باید از کیفیت مطلوب برخوردار باشد، تابع قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹ است. افزون بر این، حتی اگر شرایط به طور مناسب و درست وارد قرارداد شده باشند، شرایط معینی (از قبیل محدودیت نامعقول مسئولیت) علیه مصرف‌کننده اعتبار ندارند.^{۷۹}

۷۸. همان، ص ۱۴۵.

۷۹. همان، ص ۱۴۶.

شرط عرفی

شرط ضمنی تبانی غیر از شرط عرفی است. در فقه نیز مبانی این دو با یکدیگر تفاوت دارد و انکار یکی مستلزم انکار دیگری نیست. میرزای نایینی شرط عرفی را لازم الوفاء می داند ولی شرط بنایی را در صورتی لازم الوفاء می داند که به شرط عرفی برگردد؛ در غیر این صورت لازم الوفاء نیست.

در قانون مدنی، مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ به صراحت شرط بنایی را صحیح و قانونی می داند، اما منظور از شرط ضمنی عرفی، شرطی است که عرف التزام به آن را بر طرفین عقد یا یکی از آنان تحمیل می کند، مگر اینکه خلافش تصریح شود. بنابراین، چه بسا طرفین در هنگام انعقاد عقد، به مفاد شرط مزبور توجه تفصیلی نداشته باشند.

اگر چنین گفته شود، فقه امامیه مشکل است که تحمیل اراده عرف را بر اراده طرفین قرار داد، بپذیرد.

در قانون مدنی آمده است که توابع جزء مبیع است، اگر چه متعاقدين به آن توجه نداشته باشند؛ و این به معنای تحمیل شرط بر اراده طرفین است (مواد ۳۴۴ و ۳۵۶ و ۲۲۵).^{۸۰} لذا باید به عرف بازار جهانی و عرف پایگاه های متعامل توجه شود.

۶. اشتباه در مبیع و طرفین قرارداد

مسئله اشتباه در قراردادهای آنلاین نیز مطرح است و در محیط کامپیوتری بیشتر بروز می کند. این اشتباه یا از جانب فروشنده است یا از جانب خریدار فرآورده یا خدمات. برای مثال، خریداری می خواهد کالایی را از شرکت سونی ژاپن بخرد. او وارد پایگاه این شرکت می شود؛ پایگاهی که کاملاً برابر با سونی

۸۰. حلبیان، حسین، تقریرات قواعد فقهیه، قاعده شروط، مصطفی محقق داماد.

ژاپن فرآورده را عرضه می‌کند، اما پس از انعقاد قرارداد و ارسال کالا، مشخص می‌گردد کالا از سنگاپور ارسال شده است. از این رو بحث اشتباه مطرح است. مطابق حقوق بسیاری از کشورها معامله به دلیل اشتباه، باطل است. ماده ۱۹۹ قانون مدنی مقرر می‌کند: رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه، موجب نفوذ معامله نیست.

ماده ۲۰۰ نیز مقرر می‌کند: اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد.^{۸۱}

فصل چهارم: خدعه و حيله در تجارت الکترونیک

قوانین و مقررات تجارت، رفتار اغواکننده یا گمراه کننده را رد، و ضمانت کالاها یا خدمات را در تجارت مقرر می‌کنند.

در محیط اینترنت، رفتار اغواکننده یا گمراه کننده، از جمله شامل این موارد است:

- مطالب اغواکننده عرضه شده در پایگاه؛

- در مورد اتصال (لینک) معرفی شده، مشخص نکردن پایگاه آن اتصال یا مدیریت پایگاه اینترنتی آن؛

- عدم وصف آنلاین فرآورده یا خدمات، به نحو مقتضی و صادقانه.^{۸۲}

یکی از تدابیر فقه اسلامی برای جلوگیری از خسارت‌های ناشی از خدعه و جبران آنها، سامانه و نهاد خیار(اختیار فسخ) است. ما در این مجال نظری به آن می‌افکنیم.

۸۱. نوری، محمد علی، نخجوانی، رضا، حقوق تجارت الکترونیکی، ص ۱۳۲.

۸۲. نوری، محمد علی؛ نخجوانی، رضا، حقوق تجارت الکترونیکی، ص ۱۵۲.

خيارات الكترونيكي

۱. خيار مجلس الكترونيكي^{۸۳}

مجلس و جلوس در اين نوع از خيار، خصوصيتي ندارد و ملاك و ميزان، افتراق بايع و مشتري از يكديگر است.

با اين وصف، خيار مجلس در بيع الكترونيك نيز ثابت است، هر چند يك نفر از متبايعين در چين و نفر ديگر در اروپا باشد و به محض پايان اتصال شبكه اي، خيار نيز پايان مي يابد.

ولي شايد كسي بگويد: چون اين دو از ابتدا مفترقتند، از ابتدا خيار مجلس تصور ندارد.

۲. خيار رؤيت الكترونيكي (تخلف از وصف)

خريد آني و ديداري^{۸۴}

بسياري از خريدهاي اشخاص حقيقي يا حقوقي، اقلام كوچك است. از اين رو، آثار پرداخت هاي سنگين و خريد نامناسب در مورد آنها منتفي است. اين خريدها به طي مراحل و مذاكره نياز ندارند و در عموم موارد، خريد به طور طبيعي و آني انجام مي شود؛ مشتري کالا را مي بيند، قيمت آن را مي پردازد و کالا را تحويل مي گيرد.

۸۳. «خيار المجلس» إضافة الى موضع الجلوس - مع كونه غير معتبر في ثبوته و إنما المعتبر عدم التفرق - أما تجوزاً في اطلاق بعض افراد الحقيقة، او حقيقة عرفية. (وهو مختص بالبيع بأنواعه، ولا يثبت في غيره من عقود المعاوضات و إن قام مقامه كالصلح. ويثبت للمتبايعين ما لم يفترقا، (ولا يزول بالحوائل) بينهما، غليظاً كان أم رقيقاً، مانعاً من الاجتماع ام غير مانع، لصدق عدم التفرق معه (ولا بمفارقة) كل واحد منهما (المجلس مصطحين). (الروضة البهية، ج ۳، ص ۴۴۷).

84. Spontaneous Purchasing.

این مدل، در موقعیت‌های مختلف مثل سوپر مارکت‌ها و بورس‌های سهام «آنلاین» مصداق دارد و قدر متیقنی از تصمیم‌گیری منطقی در آن نهفته است. برخی مصادیق چنین خریدی در حقوق ما همان بیع معاطات است.^{۸۵} چنان‌که از عبارت فقها استفاده می‌شود، در این نوع از خرید، اختیار رؤیت جایگاهی ندارد.

اعتماد به کالاهایی که رؤیت نشده‌اند

در فروشگاه واقعی، خریدار می‌داند چه کالایی را می‌خرد، اما در خرید الکترونیکی کالا او فقط با توصیف‌هایی از کالا یا خدمات عرضه شده، رو به روست.^{۸۶} پس در بیشتر معاملات الکترونیکی چنین خیاری وجود دارد. در الروضة البهية آمده است:

خيار الرؤية و هو ثابت لمن لم ير إذا باع أو اشترى بالوصف. ولو اشترى بروية قديمة فكذاك يتخير لو ظهر بخلاف مارآه؛^{۸۷} اختیار رؤیت و هو ثابت لمن لم ير إذا باع أو اشترى بالوصف. و لو اشترى بروية قديمة فكذاك يتخير لو ظهر بخلاف مارآه؛^{۸۷} اختیار رؤیت برای کسی که می‌بهد را ندیده و با توصیف، آن را خریده، ثابت است، همچنین اگر با دیداری که از قبل داشته بخرد و خلاف رؤیت قبلی باشد، اختیار دارد.

در الفقه المأثور نیز آمده است:

و من اشترى شيئاً أو باعه بالتوصيف أو بامارة أخرى ثم ظهر على خلاف ذلك فله في ذلك خيار الرؤية؛^{۸۸} و من اشترى شيئاً أو باعه بالتوصيف أو بامارة أخرى ثم ظهر على خلاف ذلك فله في ذلك خيار الرؤية؛^{۸۸} شخص اگر با توصیف یا نشانه چیزی را بخرد و خلاف آن ظاهر شود، اختیار رؤیت دارد.

۸۵. نوری، محمد علی، نجوانی، رضا، حقوق تجارت الکترونیکی، ص ۷۹.

۸۶. همان، ص ۴۱.

۸۷. شهید ثانی، الروضة البهية، ج ۳، ص ۴۶۱.

۸۸. مشکینی، علی، الفقه المأثور، ص ۲۴۷، مسئله ۱۳۹۲.

در ماده ۴۱۴ قانون مدنی مقرر شده است: «در بیع کلی خیار رؤیت نیست و بایع باید جنسی بدهد که مطابق با اوصاف مقرره بین طرفین باشد». این مطلب را قانون مدنی از فقه گرفته است.^{۸۹}

۳. خیار عیب الکترونیکی^{۹۰}

در ماده ۴۲۲ قانون مدنی آمده است:

اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع، معیوب بوده، مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب یا اخذ ازش یا فسخ معامله.

در ماده ۴۲۳ آمده است: «خیار عیب وقتی برای مشتری ثابت می شود که عیب، مخفی و موجود در حین عقد باشد».

ماده ۴۳۶ صراحت دارد: «اگر بایع از عیوب مبیع تبری کرده باشد به اینکه عهده عیوب را از خود سلب کرده یا با تمام عیوب بفروشد، مشتری در صورت ظهور عیب، حق رجوع به بایع نخواهد داشت و اگر بایع از عیب خاصی تبری کرده باشد، فقط نسبت به همان عیب، حق مراجعه ندارد».

در حقوق انگلستان، چنانچه فروشنده آنلاین، محدودیت یا سلب مسئولیتی در مورد کالا قائل شود، این امر بنا به حقوق انگلیس مردود است.^{۹۱}

۸۹. شهید ثانی، الروضة البهية، ج ۲، ص ۸۰.

۹۰. «و من اشتری شیئاً فوجد فيه عیباً لم يعلمه و لم يتبرء عنه البایع فإن كان قائماً بعينه جاز رده علی صاحبه و اخذ الثمن، و ان لم یکن قائماً كما في قطع الثوب و خياطته و صبغه رجوع بنقصان العیب علی البایع، و فی حکم ذلك ظهور العیب في الثمن، و كلما كان في أصل الخلقة فزاد او نقص فهو عیب بمعنى أن ما يقتضيه طبع الشيء سلامة و ما عد من زیاده او نقصانه عنه نقصاً عند العرف فهو عیب» الفقه المأثور، ص ۲۴۷، مسئله ۱۳۹۳.

۹۱. نوری، محمد علی؛ نخجوانی، رضا، حقوق تجارت الکترونیکی، ص ۲۳۹.

عیب‌ها و خطاها و ویروس‌ها مانع تحقق کیفیت مطلوبند و کار پایه نرم افزار را مختل، و خدمات - اعم از صوتی، تصویری و متن - را نامطلوب می‌کنند.^{۹۲}

فصل پنجم: «قاعده سوق» در تجارت الکترونیکی

بازار، ساز و کاری است که امکان معامله را برای افراد فراهم می‌آورد و معمولاً نظریه عرضه و تقاضا بر آن حاکم است.^{۹۳}

بازار بر دو نوع است:

سستی: مکان و میدانی در شهر؛

مجازی: بافت مجازی که خریدار و فروشنده در آنجا یکدیگر را می‌یابند و معامله می‌کنند، مثل بازار بین‌المللی ارز.

فضای بازار^{۹۴}

فضای بازار، به بافتی مجازی اطلاق می‌شود که خریدار و فروشنده در آنجا یکدیگر را می‌یابند و معامله می‌کنند. فضای بازار، محیط کاری است که حاصل مجموعه‌ای از ابزارها و خدمات مبتنی بر ارتباطات راه دور و پیشرفته است.^{۹۵}

امروزه پس از پیدایش رایانه، بازارها همواره دارای مکان معینی نیستند.^{۹۶}

۹۲. همان.

۹۳. از تجارت الکترونیک بیشتر بدانیم، نشریه دانشمند، شماره ۵۰۴، مهر ۱۳۸۴ ه. ش.

94. Market space.

۹۵. از تجارت الکترونیک بیشتر بدانیم، نشریه دانشمند، شماره ۵۰۴، مهر ۱۳۸۴ ه. ش.

۹۶. نوری، محمد علی؛ نخجوانی، رضا، حقوق تجارت الکترونیک، ص ۸۳ و ۸۴.

قاعده سوق

بازار به لحاظ فقه اسلامی نیز اهمیت فراوانی دارد. در فقه اسلامی قاعده‌ای مطرح است به نام «قاعدة السوق».^{۹۷}

مواد غذایی به ویژه «گوشت»، یکی از اقلام مهم تجاری در سطح خرده‌فروشی و عمده‌فروشی است. کشورهای اسلامی و مسلمانان از خرید گوشت‌هایی که به طریق شرعی ذبح نشده و به اصطلاح فقهی «تذکیه» نشده‌اند، می‌پرهیزند. سوق مسلمین و ید مسلم و صنع در ارض اسلامی را اماره تذکیه و حلّیت و طهارت شمرده‌اند.^{۹۸}

بازار جهانی

به استناد قاعده سوق می‌توان گفت: اگر در بازار جهانی از یک سایت مسلمان یا سایت مستقر در کشورهای اسلامی یا سایتی که صاحبان آن مسلمانند، گوشت تهیه شود، محکوم به تذکیه و حلّیت است. در پایان باید گفت، این نوشتار می‌تواند گام‌های آغازین یک راه باشد و در این مجال، در پی مطرح کردن بحث‌های عمیق و مستدل نبوده‌ایم.

۹۷. «قاعدة سوق المسلمین من القواعد المهمة التي يتنفع بها كثيراً في مجال التعايش المسلمین بعضهم مع البعض الآخر. فمن دون حجیة القاعدة المذكور لا يمكن شراء اللحم من الاسواق و الاكل منها لاحتمال عدم تذکیتها» (ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیة، ج ۲، ص ۷۶).

۹۸. همان، ص ۸۰-۹۰.

منابع و مأخذ

١. قرآن كريم.
٢. ايروانى، باقر، دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي، قم، المركز العالمي للعلوم الاسلامية، الطبعة الاولى، ١٤١٦هـ. ق.
٣. _____، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، قم، مؤسسة الفقه للطباعة والنشر، الطبعة الاولى، ١٤١٧هـ. ق.
٤. ازگلي، معصومه، بررسى حقوق تجارات الكترونيك، روزنامه اعتماد ١٣٨٤/٤/٣٠.
٥. انصاري، مرتضى، كتاب المكاسب، كتاب البيع، منشورات دار الحكمة.
٦. آهني، بتول، انعقاد قراردادهاى الكترونيكى.
٧. بهجت، محمدتقى، توضيح المسائل، قم، انتشارات شفق، چاپ سيزدهم، ١٣٧٧هـ. ش.
٨. حر عاملي، محمد بن الحسن، وسائل الشيعة، بيروت، مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لاحياء التراث، الطبعة الثانية، ١٤٢٤هـ. ق. / ٢٠٠٣ م.
٩. حليان، حسين، تقريرات درس قواعد فقيه استاد سيد مصطفى محقق داماد.
١٠. _____، تقريرات درس حقوق مدنى ١ استاد مير حسين عابديان.
١١. حسيني سيستاني، سيد على، المسائل المنتخبة، مؤسسة المنار، الطبعة الاولى، ١٤١٣هـ. ق، ١٩٩٢ م.
١٢. شهيد ثانى، الروضة البهية، قم، مؤسسه مطبوعاتى اسماعيليان، الطبعة الاولى، ١٤١٥هـ. ق.
١٣. صادقى نشاط، امير، حقوق تجارات الكترونيك.
١٤. كلينى، محمد بن يعقوب بن اسحاق، كافي، تهران، دارالكتب الاسلامية، الطبعة الخامسة، ١٣٨٤هـ. ش.

۱۵. صانعی، یوسف، توضیح المسائل، قم، انتشارات میثم تمار، چاپ سی و یکم، ۱۳۸۰ هـ. ش.
۱۶. کلر فویل، حقوق و تجارت الکترونیکی، ترجمه: بهاره جواهری، نشریه ماشینهای اداری و رایانه، شماره ۳۹.
۱۷. مشکینی، علی، الفقه المأثور، قم، نشر الهادی، الطبعة الاولى، صفر المظفر ۱۴۱۰ هـ. ق.
۱۸. لنکرانی، محمد فاضل، توضیح المسائل، قم، مطبوعاتی امیر، چاپ هشتاد و چهارم، ۱۳۸۱ هـ. ش.
- نرم افزار
۱۹. نوعی پور، بهروز، الفبای تجارت الکترونیک، نشریه شبکه ۵۷، شهریور ۱۳۸۴.
۲۰. نوعی پور، بهروز، الفبای تجارت الکترونیکی (قسمت اول)، امیرحسین شمس زاده، نشریه شبکه، اسفند ۱۳۸۳.
۲۱. نوری، محمد علی، نخجوانی، رضا، حقوق تجارت الکترونیکی، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲ هـ. ش.
۲۲. «از تجارت الکترونیک بیشتر بدانیم»، نشریه دانشمند، شماره ۵۰۴، سال چهل و سوم، مهر ۱۳۸۴.
۲۳. «تجارت الکترونیک در دنیای سایبری»، راه مردم، شماره ۱۶.
۲۴. نمایه.
۲۵. جامع فقه اهل البيت (ع).

نگاهی دوباره به «تحریر المجلة»

○ سید محمد مهدی رفیع پور*

یکی از آثار ارزشمند و ستودنی علامه فقید مرحوم آیت الله شیخ محمدحسین کاشف الغطاء (۱۳۷۳ - ۱۲۹۴ هـ. ق) کتاب شریف «تحریر المجلة» است؛ اثری که با وجود گذشت ده ها سال از تألیفش، هنوز هم در نوع خود همتایی ندارد و اهتمام به آن، چه به صورت ترجمه و چه به صورت تلخیص و یا صورت های دیگر، یکی از مصادیق عملی تقریب مذاهب اسلامی است.

با این حال و با وجود تعریف و تمجید عده ای از بزرگان نسبت به کتاب مذکور باید اذعان کنیم که متأسفانه هنوز بسیاری از فضلا و پژوهشگران ما نسبت به آن شناختی ندارند. علت اصلی این مسئله، عدم معرفی و تبلیغ شایسته این کتاب در مجامع علمی است. اکنون که خوشبختانه و به همت مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی، این اثر ارزنده به صورت مناسب به زیور طبع آراسته شده است و با عنایت

* سطح سه حوزه علمیه قم.

مستولان بلندپایه نظام اسلامی موضوع تقریب مذاهب، مرکز توجه مصلحان و دل سوزان امت اسلامی قرار گرفته، شایسته است فضلا و پژوهشگران محترم نسبت به این کتاب ارزنده بیشتر توجه کنند. آنچه می آید گامی کوتاه در معرفی این اثر است.

پیشینه «مجله الأحكام العدلیة»

حکومت عثمانی یکی از بزرگ ترین و قوی ترین حکومت های اسلامی بود که در حدود سال ۱۳۰۰ م تاسیس و در سال ۱۹۲۳ م منقرض شد. در طول این ششصد سال، مدار و مرجع عملکرد حکومت بر اساس قوانین و احکام اسلامی و عمدتاً بر اساس مذهب حنفی استوار بود. حکومت عثمانی در سال ۱۸۳۹ م به اقتباس از برخی از قوانین اروپایی - به ویژه فرانسه - روی آورد و آنها را جایگزین برخی از احکام شرعی کرد و از سوی دیگر، احکام مربوط به معاملات را در قالب قوانین ریخته و تدریجاً و در مدت چند سال در «مجله الاحکام العدلیة» منتشر کرد و بدین سان در تمام سرزمین های پهناوری که در قلمرو عثمانی بود - جز الجزائر و مصر - مجله رسمیت یافت و مورد اجرا قرار گرفت. نویسندگان و اعضای مجله را هفت نفر از علما به ریاست «احمد جودت پاشا» - وزیر عثمانی - تشکیل می دادند و هدف اصلی آنها تألیف کتابی در مسائل معاملات فقه به صورت مضبوط و روان بود.

گفتنی است تجربه تبدیل متون فقهی به صورت قوانین امروزی اولین بار در جهان اسلام و توسط نویسندگان مجله صورت گرفته است و از این جهت هم جای توجه و مطالعه بیشتری دارد. در هر حال با ظهور مجله در مجامع علمی، توجه بسیاری از علما و دانشمندان به سوی آن جلب شد و از همین رو شرح و حواشی متعددی بر آن نگاشته شد.

از جمله شروح ترکی آن شرح های «عاطف بک» و «رشید پاشا» و «جودت

پاشا» می باشد. «مرآة مجلة الأحكام العدلیة» نیز نام شرحی قدیمی به زبان عربی است که توسط «مسعود افندی» نگاشته شده و در سال ۱۸۸۱ م منتشر شده است. «درر الأحكام شرح مجلة الأحكام» مفصل ترین شرح مجله است که توسط «علی حیدر» رئیس دادگاه عثمانی و در شانزده جلد نوشته شده است.

معرفی شروع و حواشی مجله بحث مستقلی را می طلبد که به سبب رعایت اختصار به همین اندازه بسنده می کنیم و به معرفی تحریر المجلة می پردازیم:^۱

تحریر المجلة

کاشف الغطاء به عنوان اولین دانشمند امامی مذهب، به مجله توجه کرده و آن را مورد بازنگری، توضیح، تکمیل و نقد قرار داده است. از آنجا که مقدمه آن مرحوم بر این اثر ارزنده دارای نکته های مفیدی است، قسمتی از آن را نقل می کنیم:

برخی از دانشجویان مهذب، از دانشجویان رشته حقوق، مکرر از من درخواست کرده اند که مختصری را بر اساس فقه امامی در مورد احوال شخصیه و معاملات مالی بنگارم و چون مجله عدلیه یا مجله احکام، کتابی است که مقرر شده است از زمان ترکها [عثمانیه] تا امروز در دانشکده های حقوق تدریس شود، در مورد آن مطالعه کردم اما آن را - با وجود ترتیب مناسب و پر محتوا بودن - نیازمند تنقیح و بازنویسی و اشاره به مطالب اضافی و تکراری و بیان مستندات برخی از قواعد و فروع یافتم و همچنین بیان اصول و فروع و مبانی آنها بر اساس ادله شرعی لازم بود و به هر حال این یادداشت ها را به عنوان تحریر آن کتاب به انجام رساندم ... و هدف اصلی از نگارش این اثر دو مطلب است:

اول: شرح و بررسی مطالب کتاب و برطرف کردن برخی از مسائل پیچیده و

۱. ر. ک: مقدمه جلد اول تحریر المجله، ص ۲۵-۱۷.

مشکل آن و دوم: بیان مطالبی که موافق یا مخالف مذهب امامیه است. امید است که در طول مباحث مذکور ارزش فقه مذهب جعفری در میان فقه دیگر مذاهب اسلامی مشخص گردد و روشن است که فقه جعفری دارای چه محتوای عمیق و وسعت منبع و کثرت فروع و قوت مدرک و استواری مبانی و بلندی معانی و مطابقت با عقل و عرف در بیشتر مسائل و دوراندیشی می باشد. البته ما زحمات دیگران را نادیده نمی گیریم و معتقدیم «وککل وجهه هو مولیها: بقره، آیه ۱۴۸» «وکلاً وعد الله الحسنى: نساء، آیه ۹۵» و همه فقهای برجسته اسلامی تلاش خود را مبذول داشته و تمام تلاشهای آنها مشکور است ...

همانطور که از این مقدمه آشکار می شود، هدف از نگارش این اثر علاوه بر تبیین و نقد مباحث مجله، مقایسه آن با احکام فقه امامی هم بوده است و مرحوم کاشف الغطا به دنبال نگارش فقه مقارن بوده اند. اعتقاد راسخ ایشان به امتیازات و برجستگی های فقه امامی سبب شده است که با توان بالای فقهی و اجتهادی خود گام در این عرصه سترگ نهاده و فقه امامیه را بدون هیچ هراسی عرضه و از آن دفاع کنند. خوشبختانه امروزه جایگاه والای مباحث «فقه مقارن» و اهمیت آن در رشد و بالندگی و حیات فقه امامیه کاملاً تثبیت شده و مورد توجه است و از این رو نیازی به بررسی آن نداریم.

مرحوم کاشف الغطا پس از بیان مقدمه کتاب که در آن به کلیات پرداخته شده است وارد مباحث اصلی می شوند. براساس چاپ جدید کتاب که توسط مجمع جهانی تقریب مذاهب صورت گرفته است، مباحث در پنج جلد تنظیم شده است:

۱- جلد اول کتاب به مباحث بیع می پردازد.

۲- جلد دوم دارای پنج کتاب است: کتاب اجاره، کتاب کفالت، حواله،

رهن، امانات (عاریه، لقطه و ودیعه)

۳- از آنجا که مباحث امانات در جلد دوم کامل نشده، بخشی از جلد سوم هم به آن اختصاص یافته است و موضوع عاریه محور بحث قرار گرفته است. پس از آن، کتاب هبه، کتاب غصب و کتاب حجر و اکراه و شفعه و در آخر، کتاب شرکت قرار دارد.

۴- جلد چهارم با تمه کتاب شرکت آغاز می شود و پس از آن کتاب وکالت، کتاب صلح و ابراء، کتاب اقرار، کتاب دعوی (قضاوت)، کتاب بینات و سوگند و در پایان، کتاب قضا قرار دارد.

۵- جلد پنجم مباحثی است که خود مرحوم کاشف الغطا به مجله اضافه کرده اند و در اصل مجله، چیزی درباره آن وجود نداشته است. این جلد در بردارنده پنج کتاب نکاح، طلاق، دین، وصیت و وقف است.

آنگونه که در فهرس آخر این جلد آمده است در مجموع این پنج جلد بیش از ۱۱۰ بار به آیات قرآن کریم و بیش از ۲۱۰ بار به روایات استناد شده است.^۲

همانگونه که در فهرست اجمالی ملاحظه شد، در چهار جلد تحریر المجله، شانزده کتاب فقهی به تبعیت از عناوین موجود در مجله مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. در جلد پنجم هم، پنج کتاب فقهی به ابتکار نویسنده محترم اضافه شده است و در نتیجه باید بیست و یک کتاب را مورد بررسی قرار دهیم. باید توجه داشت که در ذیل عنوان برخی از کتاب ها، موضوعاتی ذکر شده است که معمولاً دارای کتاب مستقلی در فقه ما هستند؛ مثلاً در ذیل عنوان کتاب شرکت، بحث مضاربه مطرح شده که دارای کتاب مستقلی در فقه متأخرین است. اما مرحوم کاشف الغطا به سبب رعایت اسلوب مجله، از آن در کتاب مستقلی بحث نکرده، بلکه آن را به عنوان فصلی از فصول بحث شرکت مطرح نموده اند. این نکته در چند موضوع دیگر هم وجود دارد. به هر حال ما بر اساس کتاب های مذکور در تحریر

۲. تحریرالمجله، ج ۵، ص ۲۴۱-۲۳۱.

المجلة، گزارش می دهیم:

۱. کتاب البيوع: طولانی ترین بحث تحریر المجله به مباحث خرید و فروش اختصاص دارد. قبل از اشاره به این مباحث باید به این مطلب توجه داشت که نویسندگان مجله قبل از مباحث خرید و فروش، تعدادی از قواعد کلی و مهم مربوط به معاملات را متعرض شده اند، اما از آنجا که کار آنها ناقص بوده است مرحوم کاشف الغطا به تکمیل آن، اقدام کرده اند. تعداد قواعدی که در مجله آمده، ۱۰۰ عدد است اما مرحوم کاشف الغطا با اشاره به تداخل این قواعد، آنها را در ۴ قاعده مرتب و به ذکر حدود ۸۰ قاعده فقهیه اقدام کرده است؛ قواعدی از جمله اصالة اللزوم و اصالة الصحة در عقود، کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، لا بیع الا فی ملک، کل ما صحت اجارته صحت عاریته، الشرط جائز بین المسلمین الا ما احل حراماً أو حرّم حلالاً، التصرف مسقط للخيار، الكفيل غارم، قاعده ید، قاعده غرور، قاعده جبّ، قاعده نفی سیل، قاعده عموم تکلیف و قاعده اقرار از جمله قواعدی است که به قواعد مجله اضافه شده است.

در خود مجله هم قواعدی چون لا ضرر و لا ضرار، اصالة البرائة، الخراج بالضمان، الغنم بالغرم و من ملک و المشقة تجلب التيسير، مورد توجه قرار گرفته است.

اهمیت و جایگاه والای قواعد کلی در مقام استنباط، به ویژه در ابواب معاملات - که دارای نصوص کمتری می باشد - کاملاً روشن است و از همین رو مطالعه این قسمت کتاب (به ویژه به پژوهشگران فقه و حقوق) توصیه می شود.

آغاز کتاب بیوع دارای یک مقدمه و شش باب است و همانگونه که ذکر شد طولانی ترین بخش اثر می باشد. در حدود ۳۴۰ صفحه، مقدمه مربوط به اصطلاحات و کلیات مباحث بیع است و در آن از مباحثی همچون تعریف بیع، بیع

صحیح و فاسد، بیع فضولی، تعریف ملک و مال، مثلی و قیمی، معنای دین و ... بحث شده است.

باب اول: مسائل مربوط به عقد بیع، در پنج فصل مورد بررسی قرار گرفته است.

باب دوم: مسائل مربوط به بیع - و عوضین - در چهار فصل مورد تحقیق واقع شده است.

باب سوم: مسائل مربوط به ثمن در دو فصل ارزیابی شده است.

باب چهارم: مسائل مربوط به عوضین پس از انعقاد عقد بحث شده است.

باب پنجم: در مورد تسلیم و تسلّم است و دارای شش فصل می باشد.

باب ششم: درباره خیار است و دارای هفت فصل و یک خاتمه درباره احکام خیار است.

می دانیم که فقها در مورد تعداد خیار است و دسته بندی مباحث مربوط به آن اختلاف دارند؛ در مجله هفت خیار با این عناوین ذکر شده است: «خیار شرط، خیار وصف، خیار نقد، خیار تعیین، خیار رؤیت، خیار عیب و خیار غبن». اما در تحریر المجله با ارجاع خیار نقد به خیار شرط و رد وجود خیار با عنوان خیار تعیین، سه خیار: مجلس، حیوان و تأخیر را مستقلاً طرح کرده است. مباحث مذکور در احکام خیار هم تماماً به قلم کاشف الغطا تنظیم شده است و در آن مسائلی همچون به ارث رسیدن خیار و تلف در زمان خیار و سقوط خیار با تصرف، مطرح شده است.

سه نکته:

اول: همانگونه که اکثر فقهای متأخر، در مباحث مکاسب از کتاب مکاسب شیخ انصاری بهره فراوانی برده اند در تحریر المجله هم از کتاب شیخ استفاده

فراوانی شده و یکی از منابع اصلی بوده است. لکن دسته‌بندی‌های جدیدی در تحریرالمجله نسبت به مکاسب شیخ وجود دارد که می‌تواند مورد استفاده باشد.

دوم: در پایان باب دوم، تاریخ نگارش مطالب - البته تا آن قسمت - ۲۷ ذی‌القعده ۱۳۵۹ ذکر شده است و این یعنی نویسنده در آن تاریخ در سن ۵۵ سالگی به سر می‌برده و از تجربیات و پختگی فقهی زیادی برخوردار بوده است.

سوم: مرحوم کاشف‌الغطا در صفحه ۴۲۵، از کتاب‌الاشباه و النظائر شیخ زین بن نجیم از فقهای حنفی مصر متوفی ۹۷۰ هـ یاد کرده و ضمن تمجید، از آن به عنوان مرجع اصلی قواعد مذکور در مجله نام می‌برد، اما وجود فصلی درباره «احکام جن» اعتراض شدید ایشان را بر می‌انگیزد و ضمن مقایسه آن با کتاب قواعد شهید اول، اثر شهید را از جهت دربر نداشتن اینگونه مسائل و فروعی که شاید در تمام دهر یک بار هم واقع نشود برتر می‌داند.

۲. کتاب الاجارات: ابتدای جلد دوم با مباحث مربوط به اجاره آغاز می‌شود. کتاب اجاره دارای یک مقدمه در بیان اصطلاحات مربوط به اجاره است و پس از آن، هشت باب قرار دارد:

باب اول، درباره ضوابط کلی و اقسام اجاره است.

باب دوم، درباره مسائل مربوط به عقد اجاره - در چهار فصل - است.

باب سوم، درباره مسائل مربوط به اجرت و در سه فصل تنظیم شده است.

باب چهارم، درباره مسائل مربوط به مدت اجاره است.

باب پنجم، درباره خیارات است و دارای سه فصل می‌باشد. مؤلف در مقدمه آن خیار مجلس و حیوان و تأخیر را مخصوص بیع می‌داند؛ چرا که ادله آنها عمومی نسبت به غیر بیع ندارد؛ اما خیاراتی را که دارای ادله کلی می‌باشد عام دانسته و در بحث اجاره هم جاری می‌داند؛ ایشان دوازده مورد را ذکر می‌کند که عبارتند از: «خیار شرط، خیار عیب، خیار غبن، خیار اشتراط، خیار تبعض

صفقه، خیار تعدّر تسلیم، خیار تفلیس، خیار تدلیس، خیار شرکت، خیار ما یفسد لیومه، خیار وصف و خیار ورثه در مقدار اضافه بر ثلث».

باب هشتم، درباره انواع مأجور و دارای چهار فصل است. مؤلف بحث اخذ اجرت در برابر واجبات را که از مسائل معروف فقه ماست و مورد توجه مجله نبوده، در فصل آخر این باب آورده است.

باب هفتم، درباره وظیفه موجر و مستاجر پس از عقد است و دارای سه فصل است.

باب هشتم، در باره مباحث ضمانات و دارای سه فصل است. مؤلف در پایان این کتاب، پنج فرع مهم را که مورد توجه مجله نیست متعرض شده است.

۳. کتاب الکفالة: این کتاب دارای یک مقدمه در تعریف کفالت و سه باب اصلی است:

باب اول درباره عقد کفالت است و دو فصل دارد.
باب دوم درباره احکام کفالت است و مشتمل بر سه فصل می باشد.
باب سوم درباره براءت از کفالت است و همانند باب قبل دارای سه بخش است.

۴. کتاب الحوالة: این کتاب کوچک دارای یک مقدمه در مورد تعریف و برخی از اصطلاحات مربوط به حوالة است و پس از آن دو باب وجود دارد: باب اول درباره عقد حوالة - و مشتمل بر دو فصل - و باب دوم درباره احکام حوالة است.

۵. کتاب الرهن: این کتاب دارای یک مقدمه و چهار باب است:
مقدمه درباره اصطلاحات رهن و تعریف آن می باشد.
باب اول با سه فصل به مسائل مربوط به عقد رهن می پردازد.

باب دوم درباره مسائل مربوط به رهن و مرتهن است .
 باب سوم - با دو فصل - در مورد مسائل مرهون بحث می کند .
 باب آخر ، احکام رهن را در ضمن چهار فصل بررسی می نماید .
 ۶ . کتاب الامانات : این کتاب دارای یک مقدمه درباره اصطلاحات مربوط به
 امانات است و مؤلف در ابتدای آن در مورد مالی که در دست انسان قرار می گیرد
 دسته بندی مفیدی ارائه می کند : (جلد ۲ ، صفحه ۷-۴) پس از آن سه باب وجود
 دارد :

باب اول مربوط به احکام کلی امانات است و عمده‌تاً درباره عدم ضمان در
 امانات بحث می کند .

باب دوم درباره ودیعه است و دو فصل دارد . مباحث جلد دوم تحریر المجله
 با کتاب ودیعه پایان می یابد .

سه نکته :

اول : برخلاف مباحث مربوط به بیع ، بنای مؤلف از ابتدای کتاب اجاره تغییر
 می کند و نوعاً مباحث را با رعایت اختصار مطرح می کند . خود ایشان هم به این
 تغییر رویه در صفحه ۴۱۲ اشاره نموده اند . این ناهمگونی می تواند به عنوان یکی
 از نقدهای وارد بر نگارش تحریر المجله مطرح شود .

دوم : مرحوم کاشف الغطا در مسائل این جلد و مجلدات بعد به آرای استاد
 بزرگوارشان مرحوم آیت الله سید محمدکاظم طباطبائی یزدی (متوفی ۱۳۳۷ هـ) و
 عروة الوثقی توجه خاصی دارند . «صفحات : ۷۵ و ۷۸ و ۲۹۷ و ...» .

سوم : همانگونه که از آخر کتاب رهن معلوم می شود ، تقسیم بندی مؤلف با
 چاپ موجود تفاوت می کند ؛ چرا که ایشان در آنجا - صفحه ۳۹۹ چاپ فعلی -
 می فرمایند : «پایان جلد دوم و ابتدای جلد سوم را کتاب امانات قرار داده ام» . البته

اینکه ترتیب انتشار یک اثر با تقسیم بندی های مؤلف متفاوت باشد مطلب تازه ای نیست و گاهی ضرورت های نشر امروزی آن را الزامی می نماید، اما بهتر است تا حد ممکن اثر را بر اساس نگارش و نظر مؤلف منتشر کرد، چرا که احیاناً ممکن است برخی نکات در به هم خوردن ترتیبات، فوت شود. به هر حال، ایشان در مقدمه کتاب امانات به برخی از انتقادات مربوط به تحریرالمجله پاسخ داده اند.

باب سوم کتاب امانات که در ابتدای جلد سوم چاپ جدید است، مربوط به عاریه و دو فصل دارد.

نکته قابل توجه در مورد کتاب امانات این است که اگر چه معروف در میان فقهای ما این است که ودیعه و عاریه را در کتاب مخصوص به خود ذکر می کنند اما برخی از فقها همانند مرحوم علامه در قواعد، عنوان بحث را کتاب الامانات قرار داده و در ذیل آن علاوه بر ودیعه و عاریه، بحث لقطه و جعاله را هم قرار داده اند.^۳

۷. کتاب الهبة: در این کتاب مقدمه ای مربوط به اصطلاحات هبه مطرح شده و پس از آن دو باب وجود دارد:

باب اول مسائل مربوط به عقد هبه را ارزیابی می کند و دو فصل دارد. باب دوم نیز درباره احکام هبه است و از دو فصل تشکیل شده است.

۸. کتاب الغصب و الائلاف: این کتاب نیز دارای یک مقدمه درباره اصطلاحات غصب و ائلاف است و پس از آن دو باب وجود دارد:

باب اول در مورد احکام کلی غصب است و سه فصل دارد. باب دوم نیز در باره مباحث ائلاف است و از چهار فصل تشکیل شده است.

۹. کتاب الحجر و الاکراه و الشفعة: از آنجا که این سه موضوع در مجله با هم در یک کتاب آمده، مؤلف هم به همان صورت بحث را دنبال کرده، اما همانطور که در فقه مرسوم است، این سه موضوع از یکدیگر مستقل هستند. در هر حال، این

۳. علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۱۸۱.

کتاب پس از ذکر یک مقدمه در مورد تعریف هر یک از این سه موضوع، سه باب را ذکر می‌کند و در هر باب یکی از این موضوعات را رسیدگی می‌کند.

۱۰ - کتاب الشركة: در این کتاب پس از یک مقدمه کوتاه درباره برخی از

مباحث مقدماتی شراکت، هشت باب وجود دارد:

باب اول، درباره شرکت در ملک است و سه فصل دارد.

باب دوم، نیز بحث قسمت را در نه فصل دنبال می‌کند.

باب سوم، درباره مسائل مربوط به دیوارها و همسایه در ضمن چهار فصل

بحث می‌کند.

باب چهارم، درباره شرکت در مباحثات بحث می‌کند و دارای هفت فصل

است. فصل آخر این باب درباره برخی از مسائل صید - به گونه ای فشرده - است.

باب پنجم، درباره خرج ها - نفقات - مشترك در دو فصل بحث می‌کند.

باب ششم، درباره شرکت در عقد که مقصود اصلی فقها، از شرکت است

بحث می‌کند و شش فصل دارد.

با اتمام این باب، جلد سوم کتاب بر اساس چاپ اخیر به پایان می‌رسد.

دو نکته:

اول: غالباً این جلد هم همانند جلد دوم مباحث را به صورت فشرده پیگیری

می‌کند و جز در برخی از موارد - مانند بحث احکام غصب - خالی از مباحث

تفصیلی اجتهادی است.

دوم: معمولاً فقهای متأخر ما در ذیل بحث شرکت، تنها از احکام مربوط به

شرکت بحث می‌کنند و مباحثی همچون مضاربه و مزارعه را که در تحریر المجله -

و البته در جلد بعد - ذیل عنوان شرکت و به عنوان فصلی از آن مطرح کرده، مستقلاً

بحث می‌کنند لکن همانگونه که در مورد کتاب امانات بیان شد، مؤلف از

دسته بندی مجله پیروی کرده است، مرحوم علامه هم در قواعد، مباحث مزارعه و مضاربه و شرکت و وکالت و سبق و رمایه را به عنوان توابع کتاب الاجاره مطرح کرده است.^۴

به هر حال، باب هفتم که در آغاز جلد چهارم قرار گرفته است، موضوع مضاربه را در سه فصل مورد بررسی قرار می دهد. باب هشتم، دارای دو فصل است که یکی به مزارعه و دیگری به مساقات می پردازد.

۱۱. کتاب الوکالة: مقدمه این کتاب به تعریف وکالت می پردازد و پس از آن سه باب قرار دارد که به ترتیب از ارکان وکالت، شرایط وکالت و احکام آن بحث می کند.

۱۲. کتاب الصلح و الایراء: مقدمه این کتاب همانند دیگر موارد، به تعریف موضوع و تقسیم صلح می پردازد و پس از آن چهار باب قرار می گیرد: باب اول، درباره مصالحه کننده و ابراء کننده است. باب دوم، درباره مصالح علیه و مصالح عنه و برخی از شروط آنها بحث می کند.

باب سوم، در ضمن دو فصل درباره مصالح عنه بحث می کند.

باب چهارم، احکام صلح و ابراء را در دو فصل بررسی می کند.

۱۳. کتاب الاقرار: این کتاب دارای چهار باب است:

باب اول، درباره تعریف اقرار و برخی از مباحث مقدماتی است.

باب دوم، درباره موارد اقرار صحیح است.

باب سوم، ضمن سه فصل درباره احکام اقرار بحث می کند.

باب چهارم، درباره اقرار کتبی است. سپس مؤلف دو بحث اقرار به مبهم و

۴. همان، ص ۲۷۹.

رد و تجدید نظر در اقرار را مستقلاً مطرح می‌کند و کتاب اقرار با این دو فرع پایان می‌یابد.

۱۴. کتاب الدعوی: این کتاب در واقع همان کتاب القضا است و دارای دو باب می‌باشد.

باب اول، درباره شروط دعوا و احکام آن است و چهار فصل دارد.
باب دوم، درباره حق مرور زمان است. مؤلف در این بخش با قاطعیت، مرور زمان را مثبت حق نمی‌داند و آن را رد می‌کند.

۱۵. کتاب البینات و التحلیف: این کتاب، ادله مباحث قضا است، اما چون در مجله به عنوان کتاب مستقل مطرح شده به این صورت آمده است. پس از مقدمه بسیار کوتاهی درباره تعریف بینه و ید، چهار باب قرار دارد:

باب اول، درباره شهادت در ضمن هشت فصل بحث می‌کند.
باب دوم، درباره حجت و مدرک خطی و قطعی است و دو بخش دارد.
باب سوم، درباره تحلیف و مراسم آن است.

باب چهارم دارای چهار فصل است و از اختلاف بینات و ترجیح میان آنها و مواردی که مدعی و منکر هر دو باید سوگند یاد کنند بحث می‌کند.

۱۶. کتاب القضا: پس از مقدمه کوتاهی در تعریف قضاوت و حکم، چهار باب قرار می‌گیرد.

باب اول، درباره قاضی و اوصاف آن است و چهار فصل دارد. مؤلف در این باب با اشاره به لزوم اجتهاد و عدالت در قاضی از عدم اشاره به آنها گلایه و به اوضاع قضاوت رایج در میان مسلمین اعتراض می‌کند.

باب دوم، در ضمن دو فصل درباره حکم بحث می‌کند.
باب سوم پیرامون بازنگری در حکم است.

باب چهارم، درباره مسائل مربوط به قاضی تحکیم است. با اتمام این باب،

جلد چهارم هم تمام می شود. مؤلف در پایان این بخش موانع متعددی همچون جنگ را عامل مختصر شدن مباحث کتاب عنوان می کند و در بخش دیگر تکمیل مباحث احوال شخصیه را وعده می دهد. متأسفانه تاریخ این بخش، مشخص نیست تا بتوانیم مدت نگارش را به دست آوریم.

۱۷. کتاب النکاح: جلد پنجم و آخر کتاب، با کتاب نکاح آغاز می شود. مباحث مفصلی در این کتاب وجود دارد و به لحاظ حجم مسائل آن، چیزی از کتاب مکاسب کم ندارد، اما متأسفانه اکثر فقهای ما - به سبب عوامل مختلف - نتوانسته اند مسائل آن را به تفصیل بحث کنند. در تحریر المجله هم بحث به همین منوال است و کتاب النکاح به صورت فشرده و در حدود شصت صفحه نگارش یافته است. این کتاب سه مرحله و هر مرحله دارای چند بخش است.

۱۸. کتاب الطلاق و توابع آن: در این بخش، مسائل طلاق و توابع آن که شامل مباحث خلع و مبارات و ظهار و ایلاء و لعان است مورد بررسی فشرده ای قرار گرفته است. بحث طلاق در دو مرحله ارزیابی شده است: مرحله اول، طلاق رجعی و مرحله دوم، طلاق بائن است و هر مرحله نیز دارای چند فصل می باشد.

۱۹. کتاب الدین: مؤلف به صورت بسیار فشرده این کتاب را در پنج صفحه نگاهشته است.

۲۰. کتاب الوصیه: در این کتاب پس از یک مقدمه در تعریف وصیت، دو مرحله ذکر شده است:

مرحله اول درباره وصیت تملیکیه و مرحله دوم درباره وصیت عهدیه می باشد. مؤلف، وصیت را برزخی میان عقد و ایقاع می داند و بیان خاصی در این زمینه دارد که ملاحظه آن مفید است.

۲۱. کتاب الوقف: آخرین کتاب تحریر المجله به موضوع وقف می پردازد و پس از ذکر مباحث مقدماتی درباره تعریف وقف و تفاوت آن با حبس و اقسام

وقف، هفت فصل ذکر می کند که آخرین آنها به بحث حبس و انواع آن اختصاص دارد.

متأسفانه تاریخ اتمام کتاب در پایان آن ذکر نشده است و شاید علت آن را بتوان تصمیم مؤلف در مورد تکمیل و بازنگری مطالب دانست.

چاپ های تحریر المجلة

چاپ قبلی کتاب توسط مطبعة الحیدریة در نجف اشرف و در سال ۱۳۵۹م انجام گرفته است و همین چاپ در ایران افسست شده است. خوشبختانه، به همت مرکز جهانی تقریب مذاهب اسلامی کتاب به صورت مناسبی تحقیق شده و در سال ۱۴۲۲هـ. ق جلد اول آن به طبع رسیده است.

نقدهای کاشف الغطاء بر مجله

اصولاً برخورد مرحوم کاشف الغطاء با مجله، برخوردی محققانه است. اگر چه ایشان بر بسیاری از مطالب مجله مهر صحت می زند و به شرح و توضیح آن می پردازد، اما در موارد متعددی هم آن را نقد می کند. نقدهای کاشف الغطاء را می توانیم به سه بخش تقسیم کنیم:

۱. مواردی که ایشان مطالب کتاب را تکمیل می کند؛ چرا که ناقص انگاشتن یک مطلب، به نوعی نقد آن محسوب می شود. اضافه کردن قواعد فقهی مورد غفلت، بر متن کتاب یکی از نمونه های روشن این بخش است.^۵

۲. مواردی که ایشان در صحت مطالب متن مناقشه می کند و براساس مبانی، مدعای خود را به اثبات می رساند. این موارد متعدد است و ما در اینجا به پنج نمونه اشاره می کنیم:

۵. ر. ک: تحریر المجلة، ج ۱، ص ۵۴۲ و ۶۱۵ و ۶۱۸ و ج ۲، ص ۱۵۶ و ۲۰۶ و ۲۱۲.

الف) ایشان در بحث از قاعده «درء الفاسد أولى من جلب المنافع»،

می نویسد:

اطلاق این قاعده ممنوع است؛ چرا که گاهی امر، دایرمدار مفسده کم و منفعت بسیار می شود که احراز آن مصلحت، مهم تر از وقوع در آن ضرر اندک است. دروغ برای آشتی دادن دو نفر یا خلاص کردن مال از دست ظالم از این قبیل است؛ بنابراین باید در هر مسئله مورد را ملاحظه کرد و نمی توان حکم کلی داد.^۶

ب) ایشان در بحث از قاعده «التابع تابع»، با اشاره به مخالفت اکثر علمای

امامیه با قاعده مذکور می نویسد:

دلیل علمای ما روشن و قوی است؛ چرا که حامل، تنها ظرف حمل است و مانند صندوق نسبت به جواهر می باشد، حال اگر مالک، صندوق را بفروشد احتمال فروش جواهر موجود در آن هم می رود؟

کاشف الغطاء با ذکر برخی مثال های دیگر، عرف را - به طور کلی - مخالف

قاعده مذکور می داند.^۷

ج) در مورد تعیین ضابطه برای تحقیق غبن فاحش در بحث خیار غبن مجله،

چنین آمده است:

غبن فاحش در دراهم $\frac{۰}{۴}$ و در کالا $\frac{۰}{۵}$ و در حیوانات $\frac{۰}{۱}$ و در زمین $\frac{۱}{۵}$ یا بیشتر است.

کاشف الغطاء بر این ضابطه اعتراض کرده و آن را حکماتی بی دلیل می داند و

معتقد است مرجع در این بحث عرف می باشد.^۸

۶. تحریرالمجله، ج ۱، ص ۱۴۸.

۷. همان، ص ۱۶۰.

۸. همان، ص ۵۹۹.

د) یکی از مواردی که پس از تحقق هبه امکان رجوع ندارد، هبه به خویشاوندان است. مجله در این باره می نویسد: «ماده ۸۶۶: من وهب لأصوله و فروعه او لأخیه و أخته اولاً ولادهما اولعمه و عمته شيئاً فلیس له الرجوع».

مرحوم کاشف الغطا با اعتراض به این تعبیر می فرماید:

این ضابطه در عین طولانی بودن، صحیح نیست و مناسب این است که عنوان هبه به خویشان (هبه ذی الرحم) که در حدیث مشهور هم آمده است انتخاب شود؛ چرا که این تعبیر (بر خلاف تعبیر متن) شامل دایی و خاله و اولاد آنها هم می شود.^۹

ه) به نظر نویسندگان مجله در صورتی که غاصب، منافع منفصل را اتلاف کرده باشد ضامن است اما در صورتی که به صورت طبیعی تلف شوند، ضمان وجود ندارد.

مرحوم کاشف الغطاء با انتقاد از این تفصیل، آن را بی دلیل دانسته و آن را با دو قاعده مسلم فقهی ید و تبعیت نماء از اصل مخالف می داند و لذا به صورت مطلق، قائل به ضمان می شود.

۳. قسمت سوم از انتقادات ایشان مربوط به تنظیم و دسته بندی های موجود در مجله است؛ مثلاً ایشان ضمن اشاره به روش علمای امامیه در تنظیم مباحث مربوط به مباحث کتاب البیع به ترتیب ابواب و فصول مجله اعتراض می کند و آن را موافق ترتیب طبیعی بحث و موافق طبع و ذوق نمی داند و نسبت به قراردادن بحث اقاله در میان مباحث مربوط به شروط، ایراد می گیرد.^{۱۰} نمونه دیگر اعتراض ایشان، به قرار دادن بحث عاریه و ودیعه در یک بخش است. به نظر ایشان بحث ودیعه، کاملاً برخلاف عاریه است؛ چرا که ودیعه امانتی بر اساس نفع مالک است

۹. همان، ج ۳، ص ۸۳.

۱۰. همان، ج ۱، ص ۳۹۸.

در حالی که عاریه، امانتی به نفع گیرنده می باشد و به همین دلیل هم احکام آن دو با هم تفاوت می کند.

به نظر کاشف الغطاء بهتر است، همچون فقهای شیعه کتاب مستقلی را به موضوع عاریه اختصاص داد.^{۱۱}

موارد دیگری هم در اصلاحات این دسته می گنجد که نیازی به ذکر آن نیست.

برخی از نظرات مرحوم کاشف الغطاء

۱. معروف است که فقها مسائل فقهی را به چهار دسته عبادات، معاملات، ایقاعات و احکام تقسیم کرده اند. خلاصه نظر مرحوم کاشف الغطاء در این بحث چنین است:

ملاك عبادت - که همه انواع آن را شامل شود - این است که عمل دارای مصلحتی باشد که سبب محبوبیت آن نزد شارع شود. عبادات سه دسته است:

الف) اگر صحت و تقرّب آن عمل، متوقف بر قصد قربت باشد عبادت بالمعنی الأخص است و سه قسم می باشد: بدنی محض، مانند نماز و روزه و طهارت و اعتکاف؛ مالی محض، مانند زکات و خمس و کفارات و جامع هر دو، مانند حج و عمره.

ب) اگر صحت عمل متوقف بر قصد قربت نباشد و خود عمل ذاتاً مقرب و راجح باشد عبادت بالمعنی الخاص است؛ مانند جهاد و امر به معروف و نهی از منکر و قضا و شهادت. همچنین می توان اکثر و بلکه تمام واجبات کفایی را از این دسته دانست.

ج) تمام اعمالی که دارای رجحان دینی و دنیوی هستند، در صورتی که با

۱۱. همان، ج ۳، ص ۷.

قصد قربت و برای خدا انجام شوند، عبادت محسوب می‌شوند.

مفهوم جامع معاملات انشاء می‌باشد و بر دو قسم است:

اگر قائم به دو طرف باشد از عقود و اگر قائم به یک طرف باشد، ایقاع

است. عقود نیز بر دو قسم است:

۱. عقود اذنی مجانی مانند وکالت، عاریه، ودیعه، هبه و مانند آن.

۲. عقود تعهدی التزامی که دو دسته است:

الف) عقود تعهدی تقدیری، یعنی عقدهایی که اثر آنها در فرض خاصی

است؛ مانند مزارعه، مساقاة، مضاربه، سبق و رمایه و جعاله عقدی که اگر

چه منشأ در همه آنها منجز است اما به هر حال در صورت حصول سود در

مضاربه و محصول در مزارعه و هکذا محقق می‌باشد.

ب) عقود تعهدی تحقیقی که در آنها منشأ کاملاً منجز و فعلی است؛ مانند

بیع و اجاره و ... ۱۲.

۲. عده ای از فقها در بحث بسیار مهم «لاضرر»، قائل به حرمت ضرر

رساندن به دیگران و عده ای دیگر قائل به نفی حکم ضرری هستند اما ایشان

معتقدند: «لاضرر علاوه بر دلالت کردن بر حرمت ضرر رساندن به دیگران، نفی

حکم ضرری در شریعت را هم می‌رساند».^{۱۳}

۳. در مورد معنای ضمان در قاعده «الخراج بالضمن» پس از نقل تحقیقی از

برخی از متأخرین می‌فرمایند:

ممکن است مقصود از روایت این باشد که خراج عین به سبب ضمان آن

است؛ یعنی هر کسی که تلف شدن عین از مال اوست، خراج و منافع آن

عین هم برای او خواهد بود. بنابراین حاصل معنای روایت این است که

۱۲. تحریر المجله، ج ۱، ص ۲۹۳-۲۹۶.

۱۳. همان، ص ۱۴۱.

خراج عین برای مالک آن است؛ مالکی که اگر عین تلف شود از مال او

خواهد بود و مفاد این قاعده مانند الغنم بالغرم می شود... ۱۴

۴. در مورد خیار عیب و خیار غبن بحث مفصلی وجود دارد که آیا این دو خیار،

فوری هستند یا به صورت تراخی می باشند، بر خلاف نظر مرحوم شیخ انصاری که

آنها را فوری می داند، اما کاشف الغطا اعتقاد به صحّت قول تراخی دارند. ۱۵

۵. برخی از علما معتقدند که تنها در موارد خاصی می توانیم به قرعه عمل

کنیم اما ایشان پس از ذکر روایتی نبوی به تعمیم قرعه متمایل می شوند. ۱۶

۶. بحث مفصلی در فقه پیرامون تعریف مثلی و قیمی وجود دارد و چند

دیدگاه در میان فقها مطرح است. به نظر مرحوم کاشف الغطاء شایسته است که این

بحث از اساس حذف شود؛ چرا که در هیچ تعبیری در قرآن و سنت تعبیر مثلی و

قیمی وجود ندارد تا ما مجبور به موشکافی در آنها باشیم و ادله ضمان - همانند

قاعده ید - هم متعرض متعلّق ضمان نیستند و تنها بر این مطلب دلالت می کنند که

مال در عهده صاحب ید یا متلف و ... است و اساساً معنای ضمان، عقلاً و شرعاً و

لغتاً و عرفاً چیزی جز تعهد نیست.

نتیجه اینکه بر اساس مبنای مذکور، در صورت وجود عین، ضامن باید خود

عین را برگرداند و در غیر این صورت باید نزدیک ترین چیز را به عین که همان مثل

است پرداخت کند - خواه بر اساس تعریف فقها، مثلی باشد یا قیمی - آنچه مهم

است صدق عرفی مثل است و در صورت تعدّر یا تعسرّ تحصیل مثل، نوبت به

قیمی می رسد. اما اگر بر اساس نظر مشهور عمل کنیم باید بگوئیم ضامن در

مثلیات تنها ضامن مثل است و پرداخت قیمت کفایت نمی کند، همچنانکه در

۱۴. همان، ص ۱۹۸.

۱۵. همان، ص ۲۴۲.

۱۶. همان، ص ۲۷۷.

قیمیات، تنها ضامن قیمت است و پرداخت مثل کفایت نمی کند.^{۱۷}

۷. یکی از معضلات فقهی، تعریف ضابطه برای تحقق عیب در بحث خیار عیب است؛ در حالی که عده زیادی از فقهای فریقین معتقدند عیب، نقیصه‌ای است که از قیمت کالا بکاهد، برخی دیگر از جمله مرحوم کاشف الغطا برآنند که تلازمی میان عیب و نقصان قیمت وجود ندارد.^{۱۸}

۸. بحث مفصلی در تعارض مقومین وجود دارد که آیا اقل ملاک است یا اکثر؟ و آیا محل رجوع به قرعه هست یا خیر؟ و دیگر احتمالات و مباحثی که در فقه مطرح است. ایشان همانند برخی دیگر از فقها معتقدند تا حد امکان باید به هر دو نظر عمل کرد و به دو دلیل تمسک می کنند:

قاعده عدالت و قاعده دیگری که می گوید جمع میان دو دلیل متعارض - ولو فی الجملة - نسبت به اینکه یکی را کاملاً طرح و به دیگری عمل کنیم اولویت دارد.^{۱۹}

۹. بر خلاف مرحوم سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی - صاحب عروة - که حواله را از ایقاعات می داند^{۲۰}، کاشف الغطاء با تأیید نظر مشهور از عقد بودن آن دفاع می کند و می فرماید با توجه به ضابطه‌ای که پیشتر برای فرق میان عقد و ایقاع ذکر کرده ایم، حواله حتماً جزء عقود است؛ چرا که در ترتب اثر آن - انتقال مال از ذمه‌ای به ذمه دیگر - حتماً رضایت طرفین لازم است و انشاء یک طرف اثری ندارد.^{۲۱}

۱۰. مشهور فقها در صحت هبه شرط کرده اند که قبض باید با اذن واهب باشد و در صورت عدم اذن او اثری بر قبض مترتب نیست؛ چرا که این قبض، تصرف در

۱۷. همان، ص ۳۲۷.

۱۸. همان، ص ۵۵۱.

۱۹. همان، ص ۵۷۵.

۲۰. عروة الوثقی، ج ۲، ص ۵۶.

۲۱. تحریر المجله، ج ۲، ص ۳۰۳.

مال غیر بدون اجازه او و شرعاً حرام است و لذا اثری بر آن مترتب نیست ولی مرحوم سیدمحمدکاظم یزدی در ملحقات عروء، اذن را شرط تأثیر عقد نمی دانند.^{۲۲}
 مرحوم کاشف الغطا در این بحث از دیدگاه مشهور دفاع کرده و در عین اشاره به وجود مناقشه در استدلال مشهور، آن را قابل پذیرش می داند.^{۲۳}

۱۱. ایشان معتقدند که (عاریه) از ایقاعات است، هر چند صورت ظاهری آن مانند عقد باشد؛ چرا که احراز رضایت فعلی مالک در مورد استفاده از مالش برای جواز تصرف و انتفاع کافی است و تمام احکام عاریه در اینجا مترتب می شود.^{۲۴}
 ۱۲. ضمان غاصب نسبت به منافع غیر مستوفات و همچنین منافع حر، یکی از مسائل اختلافی و بحث برانگیز است. به نظر ایشان باید تفصیل داد و در هر مورد که تفویض محقق شود، غاصب ضامن است و در غیر این صورت ضمان منتفی می شود.^{۲۵}
 ۱۳. در متن مجله، در تعریف صید چنین آمده است: «حیوانی که از انسان وحشت دارد». ایشان این تعریف را با دقت نقد کرده اند و می فرمایند: «ملاك، استیحا ش حیوان نیست بلکه ملاك این است که حیوان ذاتاً ممتنع باشد و بتواند با پرواز یا دویدن از خود حمایت کند. بنابراین کبوترهایی که در خانه ها لانه می کنند با اینکه مستوحش نیستند قابل صید می باشند».^{۲۶}

۱۴. یکی از شرایط سماع دعوی - در باب قضا - جزمی بودن دعوی است. بر اساس دیدگاه مشهور، دعاوی ظنی و احتمالی مسموع نیست. کاشف الغطا می فرماید:
 به نظر من در امثال اینگونه موارد باید قضیه را به نظر قاضی موکول کرد. اگر از قرائن حالیه و مقالیه به نظر می رسد که رد این دعوی سبب تضییع حق

۲۲. ملحقات عروء، ج ۲، ص ۱۶۵.

۲۳. تحریر المجله، ج ۳، ص ۴۷.

۲۴. همان، ص ۱۰.

۲۵. همان، ص ۱۶۱.

۲۶. تحریر المجله، ج ۳، ص ۴۵۳.

می شود، سماع آن لازم است اما اگر قاضی می بیند که این مورد ذاتاً

بی ارزش است و هدف خاصی را دنبال نمی کند آن را رها کند.^{۲۷}

۱۵. عده ای از فقها یکی از شرایط شاهد را متهم نبودن وی در مورد دعوی

ذکر کرده اند، اما ایشان با اشاره به برخی از روایات معتقدند که این شرط مستقل نیست و به لزوم عدالت شاهد اشاره دارد.^{۲۸}

۱۶. صورت های مختلفی در تعارض دو بینه وجود دارد. یکی از این

صورت ها که معرکه آرای فقها شده، موردی است که عین در ید فرد است و شخص دیگر مدعی آن شود و سپس هر دو بر مطلب خود بینه اقامه کنند. مرحوم علامه نراقی در «مستند» نه قول در این بحث نقل کرده است.^{۲۹}

امام کاشف الغطا معتقد است در این مورد ابتدا باید به مرجحات مراجعه کنیم و در صورت تساوی، بینه صاحب ید - که اصطلاحاً به آن بینه داخل گفته می شود - مقدم می شود.^{۳۰}

۱۷. مشهور فقها در مسئله اختیار قاضی - در باب قضا - می فرمایند در

صورت اختلاف میان مدعی و منکر، حق تعیین قاضی با مدعی است ولی مرحوم کاشف الغطا می فرماید: مسئله دو فرض دارد:

اول: اگر مدعی، دعوی را از ابتدا نزد حاکم برده باشد و مدعی علیه با آن فرد

مخالف باشد، دو حالت وجود دارد: یا قاضی مورد نظر مدعی، اعلم و یا حداقل

مساوی با قاضی مورد نظر مدعی علیه است که در این حالت قاضی مورد نظر

مدعی، ترجیح دارد. حالت دوم این است که قاضی مورد نظر مدعی علیه اعلم

است، در این حالت بعید نیست که ما مختار مدعی علیه را ترجیح دهیم.

۲۷. همان، ج ۴، ص ۲۲۶.

۲۸. همان، ص ۳۲۴.

۲۹. مستند الشیعه، ج ۱۷، ص ۳۸۳.

۳۰. تحریر المجله، ج ۴، ص ۴۰۵.

دوم: اگر قبل از اینکه مدعی، دعوی را نزد قاضی مورد نظر خود ببرد بر سر تعیین قاضی با هم اختلاف داشته باشند و همچنین در صورت تداعی - هر دو مدعی باشند - اگر یکی از دو قاضی مورد اختلاف، اعلم و معروف تر باشند به او رجوع می شود و در صورت تساوی حتماً باید به قرعه رجوع کرد.^{۳۱}

۱۸. در مورد ازدواج دختر باکره رشیده با اشاره به اختلاف فراوان فقها در این مسئله، معتقدند: اصح این است که صحت عقد متوقف بر رضایت خود دختر و ولی او است و تنها در صورت رضایت هر دو نافذ است و در صورت اختلاف میان دختر و ولی، حاکم شرع نظر می دهد.^{۳۲}

۱۹. در مورد ازدواج مسلمان با زن اهل کتاب احوال مختلفی وجود دارد؛ برخی، این ازدواج را مطلقاً ممنوع می دانند، برخی دیگر آن را تنها در صورت موقت بودن می پذیرند و گروه سوم به صورت مطلق قائل به جواز هستند. ایشان با اشاره به آیه پنجم سوره مبارکه مائده، نظر اخیر را مورد تأیید قرار می دهد.^{۳۳}

۲۰. در باب وقف، مرحوم سیدمحمدکاظم یزدی در ملحقات عروة قائل هستند که قصد قربت شرط صحت وقف نیست اما مرحوم کاشف الغطاء قصد قربت را به تبع مشهور، شرط صحت وقف می داند؛ چرا که وقف اساساً یکی از اقسام صدقه است و فرق اصلی صدقه با هبه در همین است که در هبه قصد قربت شرط نیست اما در صدقه معتبر است.

ایشان با نقد این استدلال که وقف کافر هم صحیح است در حالی که قصد قربت در کافر محقق نمی شود، می فرماید: «قصد قربت کاملاً در مورد کافر امکان دارد و لذا این استدلال، نمی تواند ناقض معتبر بودن قصد قربت در وقف باشد».^{۳۴}

۳۱. همان، ص ۴۸۰.

۳۲. همان، ج ۵، ص ۲۷.

۳۳. همان، ص ۵۲.

۳۴. همان، ص ۱۴۴.

۲۱. بحثی در فقه اسلام مطرح است که آیا شهادت غیر مسلمانان در مورد خود آنها معتبر است یا خیر؟ مشهور علما قائل به عدم قبول هستند و برخی مانند شیخ طوسی آن را می‌پذیرند.^{۳۵} در این میان مرحوم کاشف الغطاء دیدگاه خاصی دارد و چنانکه خود ایشان تصریح می‌کند قائلی هم بر آن پیدا نکرده است. ایشان می‌فرماید: این مسئله موکول به نظر حاکم است و اینکه آیا در هر موردی برای او از شهادت غیر مسلمان اطمینان حاصل می‌شود یا خیر.^{۳۶}

منابع و مأخذ

۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، تکملة العروة الوثقى، قم، منشورات مكتبة الداوری، چاپخانه حیدری، بی تا.
۲. علامه حلّی، ابی منصور الحسن بن یوسف بن المطهر الاسدی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، جمادی الاول ۱۴۱۸ هـ. ق.
۳. فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله، کتاب القضاء و الشهادت، (طبع قدیم)، قم، چاپخانه علمیه، ۱۴۰۶ هـ. ق (طبع جدید با تحقیق و نشر مرکز فقه ائمة الاطهار، اول، ۱۴۲۰ هـ. ق).
۴. کاشف الغطاء، شیخ محمد حسین، تحریر المجله، ج ۱ و ۲ و ۳ و ۴ و ۵، تهران، المجمع العالمی للتقریب بین المذاهب الاسلامیه، مدیریت النشر و المطبوعات، چاپ اول، با اشراف: آصفی، محمد مهدی و با تحقیق: ساعدی، شیخ محمد، ۱۴۲۲، ۱۴۲۴، ۱۴۲۵ و ۱۴۲۶ هـ. ق.
۵. نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعه فی احکام الشریعة، مشهد، تحقیق و نشر: مؤسسه آل البيت(ع) لاحیاء التراث، اول، ۱۴۱۹ هـ. ق.

۳۵. ر. ک: تفصیل الشریعة کتاب القضاء و الشهادت، ص ۴۵۹ مرحوم آیت الله فاضل لنکرانی.

۳۶. تحریر المجله، ج ۱، ص ۲۸۱.

الموجز

تعريب: صفاء الدين بيراسته

الاحتكار

السيد كاظم الحسيني الحائري

الخلاصة

تعرض المقال - بعد تعريف الاحتكار - إلى ما يتعلق به من بحوث، كحكم الاحتكار تكليفاً وما يقع فيه الاحتكار من البضائع، ومدته، وأحكامه الثانوية، وإجبار المحتكر على بيع ما احتكر، وجواز التسعير عليه من قبل الحاكم. كما توفّر المقال على دراسة الجوانب السنديّة والدلالية لروايات الاحتكار. المصطلحات الأساسية: الاحتكار، التسعير، عهد مالك الأشر. .

فهرس

٢٢٢

السنة ١٧، العدد ٦٨

وليّ الأمر وملكية الأموال العامّة (٣)

محمد المؤمن القميّ

الخلاصة

طرح الكاتب في هذا المقال - وهو يتابع بحثه في الموارد المالية للحكومة الاسلامية - ثلاثة موارد أخرى ممّا ذكره الفقهاء في هذا المجال، وهي: الخمس، الزكاة، والأوقاف العامّة. أمّا الخمس فتلاثة أسهم منه للحاكم، وثلاثة للأيتام والمساكين وابن السبيل من بني هاشم، يتولّى الامام توزيعها بينهم. وأمّا الزكاة فهي وإن كان يجوز للمكلّف دفعها إلى المستحقّ مباشرة، ولكن إذا طالبه بها الحاكم وجب عليه دفعها إليه. وأمّا الأوقاف العامّة فإنّ حفظها وصرف عائداتها ونتاجها هو للحاكم أيضاً. المصطلحات الاساسية: الخمس، الزكاة، الأوقاف العامّة، وليّ الامر.

دراسة فقهية وحقوقية حول بعض أحكام الأثر في حوادث السير ودور شركات التأمين ومسئولياتها

عبدالله خدابخشي

الخلاصة

بقطع النظر عن عمّا يترتب على حوادث السير من آثار اجتماعية، فإنّ مثل هذه الحوادث تُعدّ منشأً لجملة من الأحكام والعلاقات الخاصة بين الأفراد. وتلعب قواعد المسؤولية المدنية دوراً هاماً في تحديد أحكام هذه الحوادث، كما أنها - قواعد المسؤولية المدنية - تساعد وبشكل كبير في تحديد الحقوق الجزائية فيما يتعلق بموضوع الديات.

ومن القواعد المؤثرة في هذا المجال أيضاً قواعد عقود التأمين وما تتحمّله شركات التأمين تجاه حوادث السير، وكذلك قواعد باب الأثر وأحكامه بالنسبة لحوادث السير التي قد تحدث في آن واحد دفعة لأسرة بينها توارث، كالزوجين، أو أحد الأبوين مع ابنيهما. فالمقال يناقش أحكام التوارث في مثل هذه الحالة.

المصطلحات الأساسية: حوادث السير، الأثر، عقود التأمين، المسؤولية المدنية.

دراسة حول الموت الدماغي من الناحية الفقهية والحقوقية

حميد ستوده



٢٢٥



الخلاصة

تعتبر ظاهرة الموت والحياة من وجهة نظر فقهية موضوعاً للحكم الشرعي، وعليه فإنّ إحرار الموت الدماغي - الذي هو بمثابة بوابة الموت - يُعدّ أمراً بالغ الأهمية. وهذا المقال دراسة لتفتيح الموضوع في مسألة الموت الدماغي من الناحية الطبية، ومعالجة له من الناحية الفقهية والحقوقية.

وقد انتهت الدراسة إلى اعتبار الموت الدماغي مساوفاً لزهوق الروح. كما اعتبر البرتكول الملحق بـ (قانون زراعة الأعضاء والموت الدماغي) هذا النوع من الموت معياراً في الموت القطعي. وينشأ هذا الرأي من العرف الخاص وجزم الفقيه المستند إلى رأي الاخصائيين بتحقيق الموت القطعي بالموت الدماغي. وإن كان لا يمكن في هذا الفرض ترتيب أحكام الميّت عليه إلى أن يبرد البدن، لكن لا يجب استمرار معالجته ويجوز نقل أعضائه في حال الاضطرار.

المصطلحات الأساسية: الموت والحياة، الموت الدماغي، العرف الخاص، الحكم والقانون.

معالجات فقهية في مجال التجارة الالكترونية

حسين حليان

الخلاصة

وضعت الشبكة العالمية للانترنت المجتمع البشري والمجتمعات الاسلامية بشكل عام امام مجموعة من الفرص والهواجس ، ومن إفرازات ظاهرة الشبكة العالمية بروز ظاهرة (التجارة الالكترونية) التي أفرزت بدورها جملة من المسائل الفقهية والحقوقية المستحدثة التي تنتظر إجابة من الفقهاء والحقوقيين وقد طرح فقهاء الإمامية ضمن - الاطار المدرسي للفقهاء - مجموعة من المعاملات والعقود والخيارات والقواعد الفقهية في هذا المجال . وقد تمّ التعرّض في هذا المقال أولاً لتعريف معنى التجارة الالكترونية ، تم تطبيق بعض بحوث فقه المعاملات عليها بشكل إجمالي .
المصطلحات الأساسية : انترنت ، تجارة الالكترونية ، بيع الالكترونية .

فقه
الدين

٢٢٦

السنة ١٧ ، العدد ٦٨

Fiqh - e - Ahl - e - Bait

Proprietor and Director:

Ayatollah Sayed Mahmood Hashemi Shahroodi

Editorial Director:

Abd Al - Reza Izad Panah

Editorial Board:

Abd-Al-Reza Izad Panah, Sayed Mortaza Taghavi,

Mohammad Rahmani, Sayed Abbas Salehi,

Ahmad Moballeghi, Reza Mokhtari,

Mohammad Hasan Najafi

Address:

P.O. Box 37183 - 559

Qom - Iran

Tel: + 98 251 773 99 99

Fax: + 98 251 774 49 63

Abstracts of the Articles

Translated by Sayed Ahmad Hosseini



2

Abstracts of the Articles

Hoarding

SayedKazem HosseiniHaeri

The essay considers definition of hoarding and then reviews related subjects as its positive law, the meaning of hoarded goods, duration of hoarding, secondary rules of hoarding, forcing the hoarder to sell his goods, and possibility of pricing the goods by the government. Furthermore, the author examines validity of the Hadiths concerning hoarding and focuses mainly on the decrees of Sheik Ansari and Ayatollah Khomeini.

Key words: Hoarding; Pricing; MalekAshtar Letter of Pledge.

The Legal Guardian and Possessing Public Properties:

Khoms

Mohammad Mo'menGhomi

In Continuation of the series in resources of the Islamic government, the author examines Khoms, Alms (or Zakat), and public religious endowments in the view of Jurists. Half of the six-fold shares of Khoms goes to Imam, i.e. the legal guardian, and the rest belongs to the orphans and the poor ones of BaniHashem; however, the legal guardian divides and distributes the latter. Alms, or Zakat, is defined to certain uses and the one who pays that can give it to the poor directly; however, if the legal guardian asks for the alms, he should be given. Public religious endowments are properties which should be in the hand of legal guardian to be kept and to be distributed accordingly.

Key words: Khoms; Alms; Public Religious Endowments; Legal Guardian.



**A Legal and Judicial Review of Inheritance Law
in Car Accidents Regarding Responsibility
and Accident Insurances**

Abdollah Khodabakhshi



4

Abstracts of the Articles

Besides harmful social consequences, car accidents cause many problems in private relations of individuals. The law of civil responsibilities clarifies most of the rules of accidents and for blood money absolutely helps the penal law. Conventional rules, concerning responsibility and accident insurances, play an important rule for they bring subtle discussions on the effects of insurance contract on the insured person, the insurer and the third party being injured. The law of civil adjudication elaborates certain ways of legal procedures and manages legal claims with its variety of means. Furthermore, the rules of inheritance should not be forgotten because of the difficulty of setting an essential rule for the cases in which all parties inherit from each other. Such cases, although not too much in number, should be precisely evaluated and discussed. Since the families travel together and with one vehicle, it can be supposed that some members, who inherit from each other like wife and husband or parents and children, die simultaneously.

Key words: Car Accidents; Inherit; Insurance; Civil Responsibility.

A Discussion on Brain Death in Fiqh and Law

Hamid Sotoudeh

Since in Islamic Fiqh life and death are of religious nature, being brain dead as passing the boundaries of being alive is of great importance. This essay tries to examine the subject of brain death, firstly, from a medical point of view, and then, from a legal and jurisprudential one. The view which is defended by the author is that brain death and vanishing of the soul are equal; a view which suggests the absolute death of a certain human being in the supplementary protocol to "Brain Death and Organ Transplantation Act". This attitude is based on the authority of certain custom on the matter, and the jurist's decision due to the specialists' view on equality of brain death and absolute, clinical death. Although religious orders concerning the dead body do not apply to the brain dead person unless the blood circulation ceases and the body turns cold, continuation of medication is not necessary anymore and presuming the emergency of the case, transplanting the organs is permitted.

Key words: Life; Death; Brain Death; Certain Custom; Legal Sentence; Law; Fiqh.



Discussable Jurisprudential Reviews on Electronic Commerce

Hossein Halabian



6

Abstracts of the Articles

The Internet has brought many opportunities and challenges to all humanity, in general, and the Muslim societies, in specific. One of the achievements of this worldwide net is the trading via online or internet-based systems known as "e-commerce" which has resulted in new legal and jurisprudential issues, all of which require suitable answers by the jurists. In traditional Jurisprudential system of trading and certain contracts, Shiite jurists have elaborated jurisprudential rules and choices of trading. This essay first examines the concept of e-commerce, and then tries to concisely match up some subjects in jurisprudence of trading with e-commerce.

Key words: Internet; Electronic Commerce; E-commerce Jurisprudence; Electronic Trading; Global Market.