



Imam Sadiq University
Faculty of Islamic Studies & Law

The Quarterly

Journal of Islamic Law Research

65

25th Year | Third Issue | Serial No. 65
Autumn 2024

- **Post-Legislative Validation of Spontaneous Mental Occurrence [Tabador] in the Interpretation of Legal-jurisprudential Propositions: An Introduction to the Reform of Islamic Codified Laws**
Seyyed Mahmood Hal Ata'ee | Mohammad Kazem Tavakkoli Eslami
- **A Jurisprudential Reinterpretation of the Legal Nature of Venture Capital Contracts: An Exploration of Hazardous (Risky) and Incompetent (Irrational) Issues in Islamic Law**
Seyyed Mostafa Sa'adat Mostafavi | Taher Habibzadeh | Mohammad Taghi Pour
- **A Study on the Educational Perspectives of the Principle of Benevolence [Ehsan]**
Hamid Masjed Saraei | Mohammad Khaled Nabi Nia
- **A Reflection on Hadith Evidences Regarding the Validity of Official and Ordinary Documents in Islamic Law**
Yazdan Taherabadi
- **Analyzing the Role of Blockchain in Realizing Islamic Banking with a Perspective on the Constitution of the Islamic Republic of Iran**
Kheirollah Parvin | Vali Rostami | Nader Mirzadeh Koochshahi | Ali Allahyarifard
- **Legal Requirements for Addressing the Anti-Cultural Effects of Television Advertising in the Iranian Legal System**
Seyyed Ahmad Habibnezhad | Mohammadreza Moradian Nayyeri
- **Feasibility of Referencing to Principles and Rules of Islamic Jurisprudence in Determining Contracts: A Case Study of Prevalent Disputes**
Mohammad Mansouri | Mohammad Mahdi al-Sharif | Sayyed Mohammad Sadegh Tabatabaie
- **A Review of the Similarities and Differences Between the Institutions of "Bankruptcy" and "Insolvency" [Ifilas] in Islamic Law, with a Look at Iranian Law and the Common Law System**
Behzad Pourseyyed | Mohammad Javad Heydari Horestani | Mohammad Javad Farahzadi

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

IN THE NAME OF GOD,
THE MOST GRACIOUS, THE MOST MERCIFUL

Publisher • Imam Sadiq University

• Director-in-Charge •

Salman Emrani | Assistant Professor | Criminal Law & Criminology | Imam Sadiq University

• Editor-in-Chief •

Nejad Ali Almasi | Professor | Private International Law | University of Tehran

• English Text Editor •

Taher Habibzadeh | Assistant Professor | Information Technology Law | Imam Sadiq University

Editorial Manager • Mojtaba Ashoori

Editorial Board

• National Board •

Vali Rostami | Professor | Public Law | University of Tehran

Seyyed Hosein Safaei | Professor | Private Law | University of Tehran

Ali Gholami | Professor | Criminal Law & Criminology | Imam Sadiq University

Abbas Karimi | Professor | Private Law | University of Tehran

Farid Mohseni | Professor | Criminal Law & Criminology | University of Judicial Sciences & Administrative Services

Seyyed Fazlollah Moosavi | Professor | Public International Law | University of Tehran

Tavakkol Habibzadeh | Associate Professor | Public International Law | Imam Sadiq University

Mohammad Roshan | Associate Professor | Private Law | Shahid Beheshti University

Seyyed Mostafa Sa'adat Mostafavi | Associate Professor | Private Law | Imam Sadiq University

• International Board •

Ahmed Abouelwafa Mohammad Hasan | Professor | Public International Law | Cairo University | Egypt

Ahmad Atif Ahmad | Professor | Islamic Law | University of California, Santa Barbara | United States of America

Ali Abdelaali Khashan al-Assadi | Professor | Private Law | University of Basrah | Iraq

Seyyed Hesamoddin Seyyed Esfahani | Professor | Criminal Law & Criminology | University of Moncton | Canada

Mohammad Aloom Mohammad al-Oghabi | Professor | Public Law | University of Baghdad | Iraq

Ammar Kareim Kadham al-Bsharawy | Professor | Private Law | University of Kufa | Iraq

Ashgar Ali Bin Ali Mohamed | Professor | Private Law | International Islamic University Malaysia | Malaysia

Walid Ali Maher Morsi | Professor | Commercial Law | Helwan University | Egypt

Ahmed Sami Marhoon al-Mamoori | Professor | Commercial Law | University of Kufa | Iraq

Ali Wardak | Professor | Criminal Law & Criminology | University of South Wales | United Kingdom

Tarek Gomaa al-Sayyed Rashed | Associate Professor | Intellectual Property Law | Qatar University | Qatar

Georges Cavalier | Associate Professor | Comparative Law | Jean Moulin Lyon 3 University | France

Hamid Reza Younesi | Assistant Professor | International Commercial Law | University of York | United Kingdom





























Validated: as a "Scientific Journal"

First Released: Winter 2000

License No. 3/196191 dated 12/12/2012 issued by
Iran's Ministry of Science, Research, & Technology.

License No. 17260 dated 27/11/2000 issued by
Iran's Ministry of Culture & Islamic Guidance.

• Indexing and Abstracting •

| | | | |
|---|---|---|---|
|  |  |  |  |
|  |  |  |  |
|  |  |  |  |
|  |  |  |  |
|  |  |  |  |
|  |  |  |  |
|  |  |  |  |

• Journal Overview •

| | |
|--|--|
| Print ISSN: 2251-9858 | Online ISSN: 2588-6673 |
| Subject Area: Law with an Islamic Approach | Review Policy: Peer Review Double Blind |
| Release Frequency: Quarterly | Submission Procedure: Exclusively via the website |
| Website Address: https://ilr.isu.ac.ir | E-mail Address: ilrisu@yahoo.com |
| This journal was initially published under the title "Andishe-ye-Sadeq" from the first issue to the twenty-fourth issue. From the twenty-fifth to the thirty-first issue, it was known as "Islamic Studies and Law". Since the thirty-second issue, it has been published under the title "Islamic Law Research". | From the first to the twenty-fourth issue, the journal was published "Occasionally". Subsequently, from the twenty-fifth to the fifty-fourth issue, it transitioned to a "Bi-Annual" release schedule. However, the release frequency was revised to "Quarterly" starting from the fifty-fifth issue onwards. |
| Postal Address: Imam Sadiq University, Shahid Chamran Expressway, Tehran, Iran. P.O.Box: 14655-159 | |
| Scientific Management & Editorial: Faculty of Islamic Studies and Law. Phone No: +98 (21) 88385118 | |
| Technical Management: University Research and Technology Deputy. Phone No: +98 (21) 88094915 | |
| This Journal is fully open-access & all of its content is licensed under the CC BY-NC 4.0. | |
| The articles do not necessarily express the views of the publisher university. | |
| Printing House: Imam Sadiq University Press 282 Pages | |
| Price: 1,750,000 I.R.Rials | |



Article Directory

- ❖ **Post-Legislative Validation of Spontaneous Mental Occurrence [Tabador] in the Interpretation of Legal-jurisprudential Propositions: An Introduction to the Reform of Islamic Codified Laws | Research Article** 461
 - Seyyed Mahmood Hal Ata'ee & Mohammad Kazem Tavakkoli Eslami

- ❖ **A Jurisprudential Reinterpretation of the Legal Nature of Venture Capital Contracts: An Exploration of Hazardous (Risky) and Incompetent (Irrational) Issues in Islamic Law | Research Article** 491
 - Seyyed Mostafa Sa'adat Mostafavi, Taher Habibzadeh & Mohammad Taghi Pour

- ❖ **A Study on the Educational Perspectives of the Principle of Benevolence [Ehsan] | Research Article** 539
 - Hamid Masjed Saraei & Mohammad Khaled Nabi Nia

- ❖ **A Reflection on Hadith Evidences Regarding the Validity of Official and Ordinary Documents in Islamic Law | Research Article** 567
 - Yazdan Taherabadi

- ❖ **Analyzing the Role of Blockchain in Realizing Islamic Banking with a Perspective on the Constitution of the Islamic Republic of Iran | Research Article** 597
 - Kheirollah Parvin, Vali Rostami, Nader Mirzadeh Koohshahi & Ali Allahyarifard

- ❖ **Legal Requirements for Addressing the Anti-Cultural Effects of Television Advertising in the Iranian Legal System | Research Article** 629
 - Seyyed Ahmad Habibnezha & Mohammadreza Moradian Nayyeri

- ❖ **Feasibility of Referencing to Principles and Rules of Islamic Jurisprudence in Determining Contracts: A Case Study of Prevalent Disputes | Review Article** 673
 - Mohammad Mansouri, Mohammad Mahdi al-Sharif & Sayyed Mohammad Sadegh Tabatabaie

- ❖ **A Review of the Similarities and Differences Between the Institutions of "Bankruptcy" and "Insolvency" [Iflas] in Islamic Law, with a Look at Iranian Law and the Common Law System | Review Article** 711
 - Behzad Pourseyyed, Mohammad Javad Heydari Horestani & Mohammad Javad Farahzadi

Post-Legislative Validation of Spontaneous Mental Occurrence [Tabador] in the Interpretation of Legal-jurisprudential Propositions: An Introduction to the Reform of Islamic Codified Laws

Seyyed Mahmood Hal Ata'ee • Assistant Professor, Department of Jurisprudence and
Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Tehran,
Tehran, Iran. smhalatae@ut.ac.ir

Mohammad Kazem Tavakkoli Eslami • LLM Student in Law and Jurisprudence, Faculty of
Theology and Islamic Studies, University of Tehran, Tehran, Iran. (Corresponding Author)
m.k.tavakkoli@ut.ac.ir

Abstract

1. Introduction

The concept of "spontaneous mental occurrence" or "Tabador" (springing to the mind first) plays a critical and intricate role within Islamic jurisprudential theory and practice. The term, deeply rooted in the tradition of Principles of Islamic jurisprudence [Usul al-Fiqh], denotes an immediate and intuitive perception or understanding of concepts without the need for deliberative thought. This concept is pivotal for understanding how Sharia rulings are derived and applied. In Islamic jurisprudence, the relevance and applicability of a Sharia ruling depend fundamentally on its subject matter; the ruling is only operative if its respective subject exists. Thus, the spontaneous mental occurrence helps bridge the cognitive gap between the abstract rule and its practical subject, making the law's application both possible and meaningful. In the context of legal reform, especially within the framework of Islamic codified laws, understanding and validating the role of spontaneous mental occurrence becomes crucial. This is due to its potential to either solidify or undermine the legitimacy and effectiveness of legal interpretations and applications in contemporary contexts.

2. Research Question

The primary research question of this article is: how does spontaneous mental occurrence [Tabador] influence the interpretation of legal-jurisprudential



propositions in the post-legislative validation process of Islamic codified laws? This question is examined through the lens of both traditional Islamic jurisprudence and contemporary legal challenges, seeking to establish whether this concept can consistently provide a reliable basis for interpreting the words of the lawgiver as they were intended at the time of legislation, and how it translates into current legal applications.

3. Research Hypothesis

The hypothesis posited in this research is that spontaneous mental occurrence, while historically significant and deeply embedded in Islamic jurisprudential practice, may face substantial challenges in its application to modern legal systems due to the dynamic nature of language and societal evolution. These challenges primarily involve the conjectural nature of interpreting historical texts with contemporary meanings, which may lead to discrepancies between original legislative intents and current understandings. The research aims to assess the validity of spontaneous mental occurrence in bridging these interpretative gaps, with a focus on whether it can be reliably used without succumbing to conjectural inaccuracies and historical disconnections.

4. Methodology & Framework, if Applicable

This article employs a doctrinal and critical approach, utilizing a descriptive-analytical methodology to examine the concept of spontaneous mental occurrence in principles of Islamic jurisprudence. The research framework is multidisciplinary, drawing from both Eastern and Western philosophical traditions, including the works of prominent philosophers and logicians such as Ibn Sina and Martin Heidegger, as well as Islamic scholars of Islamic jurisprudence. This broad perspective allows for a comprehensive analysis of the concept from various philosophical and legal angles.

The methodology involves a critical review of historical and contemporary texts on principles of Islamic jurisprudence, analysis of case studies where spontaneous mental occurrence has been applied, and a comparative study with other legal systems where similar concepts might exist. Additionally, the research incorporates discussions with contemporary Islamic scholars and jurists to understand current perspectives and applications of spontaneous mental occurrence in legal interpretations. This blend of theoretical analysis and practical inquiry is designed to thoroughly examine the strengths and weaknesses of relying on spontaneous mental occurrence for legal interpretation in the modern era.

This framework is intended to not only validate the concept of spontaneous mental occurrence from a historical and theoretical viewpoint but also to critically assess its applicability and effectiveness in contemporary legal scenarios, where the distance between the time of legislation and current

application poses unique challenges. Through this multidimensional analysis, the research aims to provide a nuanced understanding of how spontaneous mental occurrence can function as a tool for legal interpretation and reform in the context of Islamic codified laws.

5. Results & Discussion

The investigation into the role of spontaneous mental occurrence [Tabador] in the interpretation of legal-jurisprudential propositions reveals both complexities and significant insights. The research highlights that while spontaneous occurrence is a fundamental concept within Islamic jurisprudence, it encounters critical challenges when applied to the interpretation of laws in a contemporary context.

Firstly, the study found that spontaneous occurrence often does not consistently bridge the gap between the historical meanings of words and their current interpretations. This inconsistency is primarily due to the dynamic nature of language and societal evolution, which can lead to a divergence between the original intents of the lawgiver and contemporary understandings. This divergence challenges the assertion that spontaneous occurrence can serve as a reliable tool for post-legislative interpretation and validation of Islamic codified laws.

Moreover, the research critically addresses the logical relationship between spontaneous occurrence and truth. It underscores that while spontaneous occurrence may reveal a real meaning of a word, it does not necessarily equate to the discovery of the true link between the word and its meaning, which is a more comprehensive and deliberative process. This finding implies that spontaneous occurrence should be viewed as a sign of potential meaning rather than a definitive source of truth. The study points out the risk of conflating these two aspects, which can lead to misinterpretations and subsequent legal inaccuracies.

Additionally, the results bring to light the problem of conjecture in spontaneous occurrence. The research elaborates on how jurists, while attempting to interpret legal texts based on their intuitive understanding, may rely on speculative and conjectural assumptions. This reliance is particularly problematic when these interpretations are used to bridge historical and contemporary meanings, often resulting in compounded speculation which lacks a solid evidential foundation. This aspect is crucial because it directly impacts the validity of jurisprudential rulings derived from such interpretations, which can subsequently influence the revision of laws.

Another significant finding is the issue of logical circularity associated with spontaneous occurrence. The study explores how spontaneous occurrence can lead to a circular fallacy, where the interpretation of a term depends on an assumed understanding which itself is based on the interpretation. This

circularity undermines the reliability of spontaneous occurrence as a method for legal interpretation. However, the research suggests that this problem can be addressed by distinguishing between different types of knowledge—intermediate and detailed—which can help mitigate the risk of circular reasoning.

6. Conclusion

The study concludes that while spontaneous mental occurrence holds a traditional and significant place in Islamic jurisprudential theory, its application in the contemporary interpretation of laws faces substantial challenges. These challenges stem from the inherent limitations of spontaneous occurrence, including its conjectural nature and susceptibility to logical circularities.

Furthermore, the research articulates that spontaneous occurrence, by itself, does not always provide a reliable basis for interpreting the true meanings of legal texts, especially when these texts are subject to historical and cultural distances from their original context. This realization necessitates a more nuanced approach to legal interpretation, one that integrates spontaneous occurrence with other interpretative tools and methodologies, such as historical-semantic analysis and the critical use of modern legal theories.

The findings underscore the necessity for Islamic jurists and lawmakers to reconsider the reliance on spontaneous occurrence as a sole indicator of legal meanings. Instead, a combined approach, employing both traditional and contemporary interpretative methods, is recommended to ensure that legal interpretations remain relevant and accurate in today's diverse and evolving societal contexts.

Finally, the implications of this study are profound for the reform of Islamic codified laws. It provides a scholarly basis for questioning the current interpretative practices and suggests a pathway for reforming substantive laws, including civil and penal laws, which have often been critiqued for not aligning with international norms and human rights standards. By recognizing the limitations of spontaneous occurrence and advocating for a multidimensional interpretative strategy, this research contributes to the ongoing dialogue on legal reform in Islamic countries, encouraging a reevaluation of laws in light of both traditional wisdom and contemporary demands.

Keywords: Spontaneous Mental Occurrence [Tabador], Ontology, Aristotelian Logic, Obstructionism.

اعتبارسنجی تبادر پسا تشریحی در خوانش گزاره‌های فقهی حقوقی؛ مدخلی بر اصلاح قوانین اسلامی

سید محمود هل‌آتائی * استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
smhalataee@ut.ac.ir

محمد کاظم توکلی اسلامی * دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)
m.k.tavakkoli@ut.ac.ir

چکیده

حکم و موضوعی که در سنت کتبی به مردمان امروز رسیده است، بر فهم ما از الفاظ استوار است. کثرت فقهی یا حقیقی‌پنداری معانی مجازی، بی‌تردید آسیب‌های هولناکی در امر استنباط به بار می‌آورد. این دغدغه، علمای علم اصول را بر آن داشته تا در راستای کشف معنای حقیقی واژگان و احتراز از کثرت فقهی، نشانه‌هایی را پی‌جویند. «تبادر» نزد امامیه، مهم‌ترین بلکه یگانه سنج معنای حقیقی است. ارباب دانش را دور از نظر نیست که تبادر از اشکالات ثبوتی و اثباتی مصون نمانده است؛ لذا پژوهش‌گران در این جستار که با روش توصیفی تحلیلی و با هدف اعتبارسنجی تبادر پسا-تشریحی صورت پذیرفته است، ضمن شرح ایرادات وارد شده بر تبادر توسط علمای شرق و غرب و بررسی راه‌حل‌های ارائه شده، برخی اشکالات را از ساحت تبادر زدوده‌اند و لاجرم برخی را چنان سبب انگاشته‌اند که اعتبار را از این سنج می‌ستانند. ناکامی تبادر در بُعد اثباتی، تأثیر مستقیم بر قوانین مبتنی بر فقه دارد و می‌تواند موجبات اصلاح آن را فراهم آورد؛ زیرا قوانین اسلامی، علی‌الخصوص قوانین ماهوی که غالباً ابتناء بر نظرات فقیهان دارد، محصول استظهار قانون‌گذار از مستندات فقهی است و چنانچه معنای موضوع یا حکم در گزاره فقهی با تبادر ظنی اثبات شده باشد که مطابق با نتیجه پژوهش تبادر ظنی فاقد اعتبار است، حکم مستفاد از مستند فقهی از حجیت ساقط است؛ این امر قانون‌گذار را به بازنگری در بسیاری از قوانین فرامی‌خواند.

واژگان کلیدی: تبادر، هستی‌شناسی، منطق ارسطویی، انسدادگرایی.



مقدمه

اهمیت بالای تبادر ناشی از جایگاه برجسته دوگانه «موضوع» و «حکم» در استنباط است. از سویی، فقه را علم به احکام شرعی از رهگذر دلایل تفصیلی تعریف کرده‌اند و از دگر سو، حکم شرعی بدون موضوع بی‌معناست؛ زیرا حکم بر موضوع خود بار می‌شود و موضوع نسبت به حکم، تقدم رتبی دارد؛ به گونه‌ای که با انتفا یا اجمال موضوع، حکم نیز منتفی می‌شود. در این میان، تبادر با حکایتگری از معنای واژه، حکم را به موضوعش پیوند می‌دهد. حکم نیز بر معنایی که از واژگان درمی‌یابیم، استوار است. برای مثال، اصولیون می‌گویند صیغه امر به دلیل تبادر، ظهور در وجوب دارد (ایروانی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص. ۵۸۸؛ حکیم، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص. ۱۸۰؛ موسوی، ۱۴۳۰ق، ص. ۳۱۶) یا متبادر از «لایحل» حرمت است. کژفهمی یا حقیقی‌پنداری معنای مجازی الفاظ، آسیب‌های جبران‌ناپذیری را در چرخه استنباط به بار می‌آورد و مکلفان را در بعد فردی و اجتماعی به تنگنا می‌افکند. برای همین، اصولیان برای دستیابی به معانی حقیقی و مصونیت دستگاه استنباط از فهم انحرافی، نشانه‌هایی یاد کرده‌اند؛ تبادر مهم‌ترین آن‌ها، بلکه یگانه نشانه است و دیگر سنجه‌ها مانند عدم صحت سلب و اطراد به همان تبادر بازگشت دارند (سبحانی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص. ۶۰؛ لنگرودی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۱۹۷؛ صالحی مازندرانی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۱۴۰). با این حال، اشکالاتی پیش روی تبادر وجود دارد که اعتبار آن را دچار تشکیک‌های فزاینده‌ای می‌کند. اشکالات را می‌توان به دو بخش اثباتی و ثبوتی تقسیم کرد. مقصود از ایراد اثباتی، ایرادی است که اقتضای تبادر در پرده‌برداری از معنای حقیقی را هدف قرار نداده، تنها ناظر به جهت اعتبار است نه اقتضا، اما ایراد ثبوتی سعی دارد تبادر را در مرحله مقتضی زمین‌گیر کند. نگارندگان مقاله، با تشکیک‌گرایی پیش‌فرض‌گريزانه به واکاوی تبادر و نقد راه‌حل‌های اصولیان همت گمارده‌اند.

در این مقاله به بررسی اشکالات و نقد راه‌حل‌ها پرداخته‌ایم. مهم‌ترین اشکال، ظن و زمان است. تبادر، معنای واژگان را در همان ظرف تبادر نشان می‌دهد. بنابراین، پرسش این است که چگونه می‌توان با تبادر امروزی، معنای کنونی واژه را به عصر تشریح انتساب داد و فهم امروزی را مساوی با تبادر آن زمان قرار داد؟ اصولیان در رویارویی با این پرسش، تلاش‌هایی برای اثبات وحدت معنای امروزی و گذشته مبذول کرده‌اند - که در آینده به نقد آن‌ها خواهیم پرداخت - اما حلقه مفقوده‌ای که طی سده‌ها از چشمان اصولیان پوشیده مانده، سببیت «ظن» در زوال اعتبار

تبادر است. با توجه به اینکه اصل اولی در ظنون، عدم حجیت است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۱۳۰؛ آشتیانی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص. ۷۷)، چگونه تبادری که یا خودش یا انتسابش به عصر تشریح ظنی است، همواره مورد استناد فقیهان قرار گرفته است؟! حجیت یا عدم حجیت تبادر از بعد اثباتی مسئله بسیار حساسی است که لازم است با تأمل و درنگ کافی در آن گام برداشت؛ زیرا اتخاذ مینا در این حیطة، تأثیر مستقیمی بر نفی و اثبات احکام فقهی و مواد قانونی مبتنی بر فقه اسلامی می‌گذارد و تا حد زیادی لوازم بازنگری در بسیاری از قوانین مبتنی بر متون فقهی را فراهم می‌آورد.

پس از ایراد اثباتی، با محذور دور مواجه هستیم. نویسندگان پس از تبیین دور و نقد راه‌حل‌های اصولیانی از جمله شهید صدر، به این نتیجه رسیدند که راه‌حل مناسب، تفاوت‌گذاری میان علم میانه و علم تفصیلی است. با جست‌وجوی بیشتر دریافتیم که همین روش را می‌توان در سنت منطق ارسطویی، در پاسخ ابن‌سینا به اشکال دور ابوسعید ابوالخیر به شکل اول قیاس اقترانی و نیز در فلسفه قاره‌ای، در پاسخ مارتین هایدگر به دور اگزستانسیال جست‌وجو کرد. امید است پژوهش پیش رو در سه‌گانه بُعد نقد، نوآوری و روش هم‌سنجانه میان اصول، منطق و فلسفه قاره‌ای، افق‌های جدیدی برای پژوهشگران فقه، اصول و حقوق اسلامی بگشاید.

با وجود طرح گسترده تبادر در متون اصول فقهی، بررسی پژوهش‌های سابق نشان می‌دهد تنها یک مقاله با عنوان مشابه وجود دارد، اما به کلی بیگانه از مقاله حاضر است. در مقاله پیش‌گفته، نگارندگان اعتبار تبادر را پیش‌فرض گرفته، به بررسی تفاوت میان تبادر و انصراف پرداخته‌اند (نظری و میرزایی، ۱۴۰۱، ص. ۲۳)، اما پژوهش حاضر در مقام پرسش از اصل اعتبار تبادر برآمده و کوشیده است تبادر را از جنبه نظری مورد مطالعه قرار دهد. در نتیجه، مقاله پیش رو در جایگاه پیشین نسبت به آن قرار دارد.

۱. مفهوم‌شناسی تبادر

تبادر در لغت به هر معنا که باشد، در اصطلاح اصولیان به انسباق معنا به ذهن هنگام شنیدار لفظ اطلاق می‌شود (حسینی، ۱۴۱۵ق، ص. ۴۸؛ بدری، ۱۴۲۸ق، ص. ۱۰۰). تبادر مصطلح به فرایندی اشاره دارد که در آن معنا یا مفهومی به سرعت و بدون نیاز به تفکر عمیق یا تحلیل دقیق به ذهن می‌آید. تبادر، هم می‌تواند محصول وضع تعیینی باشد که در آن واضع/واضعان واژه‌ای را به ازای

معنایی قرار می‌دهد و هم می‌تواند برآمده از وضع تعینی باشد که عبارت است از اینکه واژه در معنایی دیگر، یعنی غیر از معنای موضوع‌له، با قرینه و به مناسبتی به کار رود و رفته‌رفته به قدری این استعمال زیاد شود که پس از چندی هرگاه آن لفظ بدون قرینه به کار برده شود، معنای دوم فهمیده شود. برای مثال، موضوع‌له لفظ «قانون»، «خط‌کش» بوده است. سپس به واسطه استعمال زیاد، در معنای کنونی که معنای مجازی آن بوده است، استعمال می‌شود؛ به گونه‌ای که امروزه جز معنای دوم فهمیده نمی‌شود. از آنجاکه رابطه میان لفظ و معنا ذاتی نیست، شکل‌گیری تبادر چه در وضع تعینی و چه تعیینی، تدریجی است؛ زیرا بنا به نظریه درست در معناشناسی، انسباق یافتن معنا به ذهن معلول انس و انس نیز تدریجی‌الوصول است. بله؛ پس از تحقق انس ذهنی، معنا دفعتاً تبادر می‌شود.

به‌طورکلی، تبادر یا حاقی است یا ناشی از قراین. باید توجه داشت که تبادر مدنظر اصولیان انسباق حاقی است نه الحاقی برآمده از قرائن حالی یا گفتاری؛ زیرا تبادر مستند به قرائن تنها از معنای شخصی پرده برمی‌گیرد نه حقیقت عرفیه واژه. از این رو بیرون از حیثه جستار می‌ایستند.

در مورد حاقی بودن تبادر باید به دو نکته التفات داشت.

۱. «حاقی بودن» به این معنا نیست که تبادر معلول ذات لفظ باشد؛ زیرا انسباق معنا به ذهن، واقعیت تکوینی دارد درحالی‌که وضع از مقوله اعتبار است و ممکن نیست امور اعتباری، اثری در تکوین بگذارند. از این رو، تبادر معلول انسی ذهنی است که بر اثر فراوانی کاربست لفظ در معنا به وجود می‌آید (غروی اصفهانی، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۴۶).

۲. «حاقی بودن» تبادر می‌تواند ما را به «حقیقت» برساند، اما باید توجه داشت که مقصود از حقیقت، معنای موضوع‌له واژه نیست، بلکه معنای متعارف یا همان متفاهم عرفی ملحوظ است. آنچه مهم است، دستیابی به معنایی است که واژه در آن بدون قرینه استعمال می‌شود نه موضوع‌له؛ زیرا بسیاری از واژگان اصلاً در موضوع‌له‌شان استعمال نمی‌شوند. پس مهم، حقیقت عرفیه است نه حقیقت وضعیه. خلط میان یافتن معنای حقیقی متعارف با یافتن حقیقت معنای لفظ با استفاده از تبادر، شبیه خلط «بود» و «نمود» در فلسفه کانتی است.

۲. اشکالات اثباتی تبادر

۱.۲. ناکارآمدی تبادر در بازشناسی وضع تعیینی (محدور اتحاد دال و مدلول)

به باور محقق بروجدی، اگر از رهگذر تبادر به دنبال کشف وضع تعیینی باشیم، پرواضح است که تبادر دلالتی بر وضع تعیینی ندارد؛ زیرا تبادر تنها کاشف از پیوند میان واژه و معناست و این پیوند گاه مسبوق به وضع تعیینی است و گاه نیز مسبوق بدان نیست. در نتیجه، تبادر اعم از وضع تعیینی است. اگر هم از راه تبادر به دنبال دستیابی به جامع وضع تعیینی و تعیینی هستیم، جامعی جز پیوستگی میان لفظ و معنا قابل انگاشت نیست که این، همان تبادر است. وضع جامع، مفهومی جز این ندارد که واژه به گونه‌ای باشد که با شنیدن آن، معنایش به ذهن درآید و این، یعنی همان تبادر (منتظری، ۱۳۷۵، ج ۱، ص. ۳۳؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص. ۴۷). به دیگر سخن، جست‌وجوی معنای حقیقی از راه تبادر مستلزم وحدت کاشف و منکشف است؛ به گونه‌ای که یک چیز دلیل بر خودش می‌شود. یگانگی دلیل و مدلول محال نیست، اما اصولیان تبادر را به عنوان شاخص حقیقت به میان کشیده‌اند و در صدق علامت، دوگانگی کاشف و مکشوف لحاظ می‌شود.

نقد: بنا نیست با بهره‌برداری از تبادر به وضع تعیینی رسید، بلکه هدف بازشناسی معنای حقیقی است و دوگانه تعیینی و تعیینی، معنای حقیقی هستند. به دیگر سخن، موضوع‌له واژگان در حصار جعل نخستین نیست تا معنای حقیقی در چهارچوب وضع تعیینی باشد و غیر آن، مجازی باشد، بلکه وضع تعیینی نیز مانند وضع تعیینی، نشانگر معنای حقیقی واژه است و همین اندازه که تبادر بتواند معنای حقیقی را به ارمغان آورد، کافی است. «اینکه تبادر نشانه وضع تعیینی باشد، تعبیر نیکویی نیست. تبادر کاشف از وجود خصوصیت و ارتباط میان لفظ و معناست که این خصوصیت یا ناشی از وضع (وضع تعیینی) یا کثرت استعمال (وضع تعیینی) است» (اشتهدادی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۷۸).

مشکل وحدت کاشف و مکشوف نیز از دو راه پس‌زدنی است. ۱. با شنیدن واژه و خطور آن در ذهن، به معنا منتقل می‌شویم. سپس پیوند واژه و معنا را کشف می‌کنیم. از این‌رو کاشف و منکشف متغایر می‌شوند نه یگانه. کاشف عبارت است از شنیدن خطور معنا در ذهن، منکشف هم عبارت است از تلازم ذهنی میان واژه و معنا (هاشمی، ۱۳۹۸ق، ج ۳، ص. ۳۰۹). ۲. ملاک در صدق تغایر، تغایر ماهوی نیست، بلکه تغایر اعتباری نیز کافی است. برای مثال، آخوند خراسانی

استحاله اتحاد لحاظ تبعی و استقلالی را که برخی در وضع تعیینی مطرح کرده‌اند، با تغایر اعتباری دفع می‌کند. همچنین، اطلاق «مقدمه» بر مقدمه داخلی را نیز با همین روش تصحیح کرده است (خراسانی، ۱۴۴۰ق، ج ۱، صص. ۱۸ و ۱۳۰). بدین ترتیب، تبادر از حیث متبادر یعنی متعلق تبادر (آنچه تبادر می‌شود)، همان معنای حقیقی است، اما از حیث انسباق به ذهن و با چشم‌پوشی از متعلق آن، شاخصی است برای بازشناسی معنای حقیقی.

۲.۲. مجازیت معنای نامتبادر در مشترک لفظی

اگر تبادر علامت حقیقت باشد، لازم می‌آید در مشترکات لفظیه که فقط یکی از دو معنا به ذهن انسباق می‌یابد، تنها معنای متبادر حقیقی باشد و دیگری مجازی شود (خمینی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص. ۱۶۸؛ مرداوی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۴۲۷).

نقد: علامت بودن تبادر غیر از حقیقت‌ساز بودن تبادر است. تبادر معنای حقیقی برای واژگان نمی‌سازد، بلکه تنها علامتی است که معنای حقیقی را نمایش می‌دهد. بنابراین، هرچه متبادر می‌شود، معنای حقیقی واژه است، اما هرچه معنای حقیقی است، لزوماً متبادر نیست. در نتیجه، رابطه تبادر و معنای حقیقی، عموم و خصوص مطلق است. «و أما الماشترک فالتعریف بالعلامه لا یشرط فیہ الانعکاس» (زرکشی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص. ۱۱۷).

۳.۲. احراز ناپذیری تبادر حافی

چه بسا منشأ تبادری که برای شخص روی می‌دهد، حاق لفظ نبوده باشد؛ زیرا ممکن است این تبادر معلول قرینه یا فضای خاص زندگی شخص باشد. بنابراین، از آنجاکه استناد تبادر به ذات لفظ احراز‌پذیر نیست، تبادر کارآمدی خود را در پرده‌برداری از معنای حقیقی واژگان از دست می‌دهد. تا آنجا که بررسی نویسندگان نشان می‌دهد سه پاسخ از این اشکال در منابع اصول مطرح شده است که هیچ‌یک درست به نظر نمی‌رسد.

پاسخ مبتنی بر عدم قرینه: صاحب فصول بر این باور است که در صورتی که شک داشته باشیم تبادر مستند به ذات لفظ بوده است یا قرینه، بنا به اصل عقلایی عدم قرینه، احتمال استناد تبادر به قرینه منتفی می‌شود. در نتیجه، تبادر را مستند به حاق لفظ می‌دانیم (حائری اصفهانی، ۱۴۰۴ق، ص. ۳۳).

نقد: با چشم‌پوشی از ارتکازیت اصول عقلایی و پذیرش جریان این اصول در موارد شک،

استناد به اصل عدم قرینه سودمند نیست؛ زیرا این اصل در جایی جاری است که شک در مراد گوینده وجود داشته باشد، اما جایی که مراد گوینده آشکار است و شک داریم تبادر از حاق واژه بوده است یا قرینه، نمی‌توان با اصالت عدم قرینه، معنای متبادر را حقیقی دانست (خراسانی، ۱۴۴۰ق، ج ۱، ص ۳۶؛ تبریزی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۸۳؛ سبحانی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص ۱۴۰). به دیگر سخن، «برای شک در قرینه دو مورد وجود دارد. یکی جایی که در اصل مراد گوینده شک می‌شود و دیگری جایی که در چگونگی مراد گوینده شک می‌شود که آیا حقیقت است یا مجاز. اصالت حقیقت (عدم قرینه) تنها در مورد اول جاری است نه در مورد دوم» (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۱۷۶).

پاسخ مبتنی بر اطراد: برخی تبادر مطرد را راه برون‌رفت از این معضل می‌دانند؛ یعنی تبادری که در جای‌جای استعمالات یکسان است؛ زیرا هنگامی که همیشه معنای خاصی از واژه به ذهن تبادر کند، نشان می‌دهد که تبادر به سبب قرائن نیست، بلکه مستند به حاق لفظ است (هاشمی، ۱۳۹۸ق، ج ۳، ص ۳۱۷).

نقد: اگر مقصود از تبادر مطرد آن است که هنگام شک در تبادر باید با رجوع به اهل عرف، معنای حقیقی را به دست آورد، سخن نیکویی است، اما اگر مقصود، اطراد نزد خود آن شخص باشد، معقول به نظر نمی‌رسد؛ زیرا شخصی که تبادر نادرستی دارد، همان تبادر نخستین خود را ناخودآگاه در دیگر موارد پیاده می‌کند. از این رو گوناگونی استعمالات گره‌گشا نیست.

پاسخ مبتنی بر تطابق ظهور فردی و نوعی: شهید صدر برای چیرگی بر مشکل پیش‌گفته، از اصل عقلایی تطابق میان ظهور فردی و نوعی بهره می‌برد. هرگاه فرد در تبادر خویش تردید کرد، با دست‌یازی به اصل تطابق، تبادر خود را مساوی با تبادر عموم قرار می‌دهد. برای مثال، اگر از آیه یا روایتی معنایی را فهمید، همان را به عرف تسری می‌بخشد و از آنجاکه تبادر مطرد عموم کاشف از معنای حقیقی است، تبادر شخصی خود را نیز کاشف از معنای حقیقی می‌گیرد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۳ق، ج ۱، ص ۱۶۷).

نقد: روشن به نظر می‌رسد که اصل عقلایی تطابق میان تبادر شخصی و نوعی هنگامی جاری است که شخص به تبادر خود مطمئن باشد وگرنه با اجرای اصل تطابق نمی‌توان تبادر مشکوک خود را مساوی با فهم عرف و در نتیجه، کاشف از معنای حقیقی دانست.

راه‌حل برگزیده: یگانه راه معقول، تحصیل اطمینان از طرق عقلایی است.

۴.۲. بازدارندگی عامل زمانی

مهم‌ترین اشکال اثباتی، ناتوانی تبادر در اثبات وضع حقیقی در زمان سابق بر تبادر است. به عقیده برخی اصولیان، تبادر یارای آن را ندارد که معنای حقیقی واژه را در فراسوی ظرف زمانی کنونی به ثبت برساند. تبادری که اهل زبان از واژه‌ای دارند، وضع حقیقی را در همان بازه زمان نشان می‌دهد. ممکن است در گذشته، همان واژه دارای تبادر متفاوت و در نتیجه، وضع دیگری بوده باشد. بنابراین، با استناد به تبادر امروزی نمی‌توان معنای موضوع‌له الفاظ مربوط به زمان تشریح را اثبات کرد (بروجردی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۶۷).

پاسخ مبتنی بر استصحاب قهقرایی: محقق خوبی بر این باور است که با بهره‌وری از استصحاب قهقرایی می‌توان وحدت معنای حقیقی را در زمان کنونی و گذشته احراز کرد (استصحاب قهقرایی نوعی استصحاب است که در آن، قضیه متیقن از حیث زمانی، متأخر از قضیه مشکوک است) (قدسی مهر، ۱۳۷۷، ص. ۱۰۴). استصحاب قهقرایی مشمول ادله حجیت استصحاب نیست (کاظمی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص. ۳۱۶)، اما ایشان درصدد است که اعتبار این نوع استصحاب را از رهگذر بنای جمعی عقلا در زمینه وضع اثبات کند. بدین معنا که عقلا با اجرای این استصحاب، معنای حقیقی امروزی را به زمان پیشین نیز می‌کشانند (فیاض، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۱۱۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص. ۸۴). محقق خوبی پس از این و در راستای تحکیم اعتبار استصحاب قهقرایی می‌نویسد «استنباط احکام شرعی از الفاظ کتاب و سنت بر بنیاد استصحاب قهقرایی می‌چرخد؛ زیرا اگر اعتبار آن ثابت نبود، الفاظ زمان تشریح در معانی‌ای که امروز می‌فهمیم، ظهوری نمی‌داشت» (فیاض، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۱۱۵).

نقد: ویژگی بنیادین اصول عقلایی، ارتکازی بودن آنهاست؛ یعنی - برخلاف تصور بسیاری - عندالشک به کار نمی‌روند، بلکه از همان نخست با کاربست ناخودآگاهانه توسط مخاطب، دفع‌الشک می‌کنند؛ یعنی حیثیتی پیشینی نسبت به شک دارند نه پسینی. از این رو با پیدایش شک مستقر، این اصول از کارایی بازمی‌مانند، اما از آنجاکه در موضوع استصحاب شک شده است، و اجرای آن حیثیت التفاتی گسترده‌ای را در برمی‌گیرد، با ارتکازیت بناهای عقلایی سازگاری ندارد. از این رو نمی‌توان با کمک استصحاب، وحدت وضع در حال تبادر و زمان پیش از تبادر را نتیجه

گرفت. افزون‌براین، با چشم‌پوشی از بحث ارتکازیت در بناهای عقلایی، اینکه عقلا چنین شیوه‌ای در احراز وحدت وضع داشته باشند، اثبات‌پذیر نیست؛ به‌ویژه در دو صورت؛ نخست، زمانی که قرار باشد بر مبنای استصحاب، معنای حقیقی به گذشته، اثری خاص یا حکم الزام‌آوری مترتب شود و دوم، زمانی که عرف عام متوجه قبض و بسط زبان و دگرگونی شایع در وضع الفاظ باشد. سخن اخیر ایشان از دو بعد شایان مناقشه به نظر می‌رسد. برای درک بهتر نقد، سخن ایشان را در قالب قیاس استثنایی زیر ارائه می‌دهیم.

صغری: اگر استصحاب قهقرایی معتبر نبود، الفاظ زمان تشریح در معانی‌ای که امروز می‌فهمیم ظهوری نمی‌داشت و چرخه استنباط مختل می‌شد. کبری: الفاظ زمان تشریح ظهور در معانی‌ای که امروز می‌فهمیم دارند و استنباط نیز با مشکلی روبه‌رو نشده است. نتیجه: استصحاب قهقرایی در وضع معتبر است.

۱. محذور دور: محقق خوبی از سویی اعتبار استصحاب قهقرایی را متوقف بر فهم یکسان ما از الفاظ زمان تشریح کرده و از سوی دیگر، اساساً فهم یکسان امروزی ما از الفاظ آن زمان، خود وابسته به اعتبار استصحاب قهقرایی است.

۲. اختلال استنباط در فرض نبود استصحاب قهقرایی گزاره‌آمیز به نظر می‌رسد. اولاً، در اغلب روایات به کمک قرائن گفتاری یا حالی، مقصود معصوم (علیه‌السلام) از واژگانی که به کار می‌گیرد، آشکار می‌شود و نوبت به بازشناسی معنای واژگان از راه تبادر حاقی و سپس کشاندن آن معنا به استصحاب قهقرایی به زمان گذشته نمی‌رسد. ثانیاً، می‌توان در موارد شک با اصول عملیه پیش رفت بی‌آنکه خللی در استنباط روی دهد.

پاسخ مبتنی بر اصالت عدم نقل: به عقیده مصطفی خمینی با دست‌یازی به اصالت عدم نقل می‌توان بر عامل زمانی چیره شد و تبادر امروزی را با تبادر در زمان گذشته یکی دانست (خمینی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص. ۱۷۰). دور از ذهن نیست ادعا شود که این پاسخ برگرفته از استناد به اصل عدم تعدد وضع در سخن وحید بهبهانی باشد (بهبهانی، ۱۴۱۵ق، ص. ۳۲۵).

نقد: آن‌گونه که گذشت، ویژگی بنیادین اصول عقلایی، ارتکازی بودن آن‌هاست که با کاربست ناخودآگاهانه، احتمال خلاف در مقصود گوینده را القا می‌کنند. هنگامی که با تبادر، به وحدت وضع میان امروز و گذشته اطمینان می‌یابیم، اصول عقلایی مانند اصل عدم نقل، اصل عدم قرینه و

اصالت ظهور، اندک احتمال خلاف را الغا می‌کنند، اما اگر حالت نفسانی ما از اطمینان به ظن تنزل کند یا با بسروی بیشتر به شک تبدیل شود، اصول عقلایی نمی‌توانند تا با الغای احتمال خلاف، وحدت معنا در حال و گذشته را به ارمغان آورند؛ دلیل خاصی هم بر اعتبار این ظن یا شک نداریم. بدین سان، نسبت میان «اصول عقلایی ارتکازی» با «شک» و «ظن» به سان نسبت قاعده «قبیح عقاب بلا بیان» با «بیان» است؛ همان گونه که با آمدن بیان از سوی شارع، موضوع قبیح عقاب منتفی می‌شود، با آمدن شک یا تبدل اطمینان به ظن نیز موضوع اصول عقلایی منتفی می‌شود. افزون بر این، ممکن است اجرای اصالت عدم نقل معنای متبادر، ترجیح بدون مرجح باشد مانند زمانی که معنای متبادر امروزی با نص لغوی در تعارض باشد. در چنین فرضی، همان گونه که می‌توان با اصالت عدم نقل، معنا را به پس کشانید، می‌توان با همان اصل در ناحیه قول لغوی، معنای منصوص را به پیش کشاند تا در بازه زمانی مشکوک، بدان تمسک کرد.

پاسخ مبتنی بر تأثیرپذیری از فرهنگ عصر معصوم: بیشتر فقها در فضای کتاب و سنت تنفس می‌کنند؛ زیرا فرهنگ ذهنی آن‌ها محدود به نوشتارهای روایی است. برای همین با نگارش‌های عربی امروزی خو نمی‌گیرند و شیوه نگارششان مشابه شیوه نگارش متون کهن حدیثی و فقهی است. از این رو تبادر این فقیهان می‌تواند از معنای حقیقی عصر تنزیل پرده برداری کند (هاشمی، ۱۳۹۸ق، ج ۱، ص. ۳۲۰).

تقد: این پاسخ پذیرفتنی نیست، زیرا واژه‌ای که فقیه در قرآن و سنت کهن با آن روبه‌رو می‌شود، از دو حالت خارج نیست. ۱. در زبان مادری وی همان به کار می‌رفته است یا ۲. خیر. در فرض نخست، تبادر فقیه ارزشمند نیست؛ زیرا فقیه در نخستین مواجهه خویش، معنای واژه را بر اساس تبادر زبان مادری‌اش یافته است و سپس همان معنا را ناخودآگاه بر کاربست‌های آن واژه در قرآن و احادیث منطبق می‌کند. برای مثال، واژه «رکوع» در زبان فارسی هم رایج است و تبادر از آن، نوعی خاص از خم‌شدگی با مراعات آدابی ویژه است در حالی که در عصر نزول، رکوع به معنای خم‌شدگی است نه خم‌شدگی که مکلفان در نماز به خود می‌گیرند. تکیه فقیه بر تبادر زبان مادری، ممکن است آسیب‌های استنباطی گسترده‌ای به دنبال داشته باشد مانند حق استرداد در خیار تأخیر ثمن؛ بنا به دیدگاه برخی فقها، اگر مشتری بدون اذن فروشنده، کالا را دریافت کند و فروشنده آن را بازپس گیرد (استرداد مبیع)، قبض محقق نمی‌شود و خیار تأخیر همچنان باقی است. تبادری که از واژه «استرداد» در زبان فارسی داریم، بازگرداندن بالفعل است. اگر خوانش ما

از فتوای فقیهان بر اساس تبادر زبان مادری باشد، باید تا بازپس گرفتن بالفعل مبیع، بایع خیارى نداشته باشد، اما چه بسا معنای رایج این واژه در زبان عربی، طلب بازپس گرفتن باشد که در این صورت فروشنده به مجرد تقاضای بازگشت مبیع، خیار تأخیر خواهد داشت (انصاری، ۱۳۸۵، ج ۵، ص. ۲۲۱). همچنین، متبادر از واژه «سجده» در زبان مادری، سجده معتبر در نماز است در حالی که متبادر از آن در عربی، قرار دادن پیشانی بر زمین است. در نتیجه، تا دلیلی بر لزوم سجده صلاتی نداشته باشیم، باید سجده را بر همان معنای عرفی حمل کرد. از این رو برخی فقهای معاصر، در سجده سهو، تنها گذاشتن پیشانی بر زمین را لازم می‌دانند (سیستانی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص. ۲۸۶). افزون بر این، بسیاری از فقها به واسطه غوطه‌وری در مباحث عقلی و نقلی، در فهم حقایق عرفی ناتوان می‌شوند. محقق قمی در این باره می‌نویسد «ان الفقیه متهم فی حدسه بالنسبة الی العرف و ان کان هو من اهل العرف، لکثرة وفور الاحتمالات و غلبة مزاولة المتخالفة من الاستعمالات مع ما یسنحة من المنافیات من جهة الادلة العقلیة والنقلیة» (قمی، ۱۴۳۰ق، ج ۱، ص. ۵۸).

در فرض دوم هم مجالی برای تبادر باقی نمی‌ماند؛ زیرا فقیه علم پیشینی به معنای واژه ندارد در حالی که تبادر متوقف بر علم پیشین است. پس فقیه، معنای حقیقی را یا با تبادر خود عرب‌زبانان به دست آورده یا در اثر کثرت استعمال واژه در موارد خاصی به معنای حقیقی آن پی برده است که یا تنصیص لغت‌شناس است یا اطراد و هر دو خارج از تبادر هستند.

راه‌حل پیشنهادی: اشکال عامل زمانی، اشکال بسیار دقیق و ظریفی است که کمتر به آن توجه شده است. مغز این اشکال که متأسفانه تاکنون اصولیان بدان التفات نداشته‌اند، ظنی بودن تبادرات است. در پاسخ‌هایی که پیش‌تر گذشت، به بازدارندگی «ظن» اصلاً توجهی نشده بود و چه بسا نخستین نفری هم که اشکال عامل زمانی را طرح کرده، به عمق اشکال خودش انتباهی نداشته است. دغدغه اصلی در تبادرات فقیهان، «ظنی بودن» تبادر است که اشکال را از صرف «زمانی بودن» خارج می‌کند؛ زیرا چه بسا نفس معنای متبادری هم که برای فقیه حاصل می‌شود، ظنی باشد چه رسد به انتساب آن به عصر تشریح که اگر آن هم ظنی باشد، در نهایت، ظن مرکب را به ارمغان می‌آورد؛ یعنی هم اصل معنا - با قطع نظر از عامل زمانی - ظنی است و هم انتساب معنای ظنی به عصر تشریح ظنی است. گزاره نیست اگر ادعا کنیم که در تمام مواردی که فقیهان در بحث‌های فقهی به «تبادر» استناد می‌کنند، تبادرشان ظنی است. به نظر نویسندگان، می‌توان دو شاهد بر این

موضوع ارائه داد:

۱. از لحاظ روان‌شناختی، در صورتی‌که شخص نسبت به معنای واژه مطمئن باشد، اصولاً کار به تبادر نمی‌رسد؛ زیرا او بی‌واسطه معنا را می‌فهمد و لفظ را فانی در معنا می‌بیند. به دیگر سخن، فقیه به هنگام اطمینان نسبت به معنا، اصلاً ملتفت تبادر نمی‌شود تا بخواهد به آن استناد کند. پس استناد، حاکی از عدم اطمینان و ظن اوست.
 ۲. خود استناد به تبادر در استدلال‌ورزی‌های فقیهان نشان می‌دهد مسئله اختلافی است و فهم‌های متفاوتی در مسئله وجود دارد نه یک فهم واحد و یقینی؛ زیرا اگر معنا یقینی بود که در آن اختلافی رخ نمی‌داد تا فقیه برای اثبات مطلوبش مجبور به استناد به تبادر شود. پس وجود اختلاف فی‌نفسه از ظنی بودن تبادر و عدم اطمینان فقیه پرده برمی‌گیرد. برای مثال، بسیاری از اصولیان در صیغه امر، طلب وجوبی را با تبادر اثبات می‌کنند. این در حالی است که دست‌کم چهار دیدگاه دیگر در صیغه امر وجود دارد و دیگرانی هم که مخالف وجوب هستند، بعضاً به همین «تبادر» استناد ورزیده‌اند. از این رو می‌توان دریافت که خود استناد به تبادر گویای ظنی بودن آن تبادر است.
- اکنون، مشکل اساسی از اینجا ناشی می‌شود که بر پایه دیدگاه اجماعی اصولیان (دست‌کم در مذهب امامیه) اصل نخستین حرمت عمل به ظنون است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۱۳۰؛ حکیم، ۱۴۳۱ق، ج ۲، ص. ۶۹). این اصل، اعتبار تبادر فقیهان را در هم می‌کوبد و فقیه را از تشخیص و احراز موضوع و حکم بر اساس تبادر بازمی‌دارد.
- به نظر نگارندگان، در نگاه نخست، یگانه راه‌حلی که می‌تواند مشکل ظنی بودن تبادرات فقیهان را بزداید، پذیرش انسداد و حجیت مطلق ظنون در موضوعات است مشروط به اینکه کشف معنای حقیقی واژه از رهگذر تبادر محتمل‌تر از رهگذر قول لغوی باشد. باری؛ ادعای انسداد در احکام شرعی به مذاق بسیاری خوش نمی‌آید، اما ممکن است در موضوعات پذیرفتنی باشد. برای مثال، شیخ انصاری به‌رغم اینکه در اصول از پذیرش حجیت قول لغوی سر باز زده است (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص. ۱۷۵)، برای بازنشان دادن تعریف بیع در کتاب المکاسب از تعریف فیروزآبادی لغت‌شناس بهره می‌جوید (انصاری، ۱۳۸۵، ج ۳، ص. ۷). علت این امر نیز بنا بر یک خوانش، نگرش انسدادی شیخ انصاری به موضوعات خارجی بوده است. بنابراین، اگر انسداد در موضوعات پذیرفته شود، می‌توان برای دستیابی به معانی واژگان، به «قضیه محتمل‌تر» رجوع کرد. اگر

محتمل‌تر، قول لغوی باشد، همان‌ها می‌شود منتها این دیگر تبادر نیست و اگر محتمل‌تر، تبادر ما باشد؛ یعنی در محیط تعارض میان قول لغوی و تبادر ما، کشف معنای حقیقی از راه تبادر محتمل‌تر افتد، در این صورت تبادر مقدم است و وحدت معنای حال و گذشته را نتیجه می‌گیریم، اما اگر میان تبادر و معنای لغوی برابری باشد، دیگر مجالی برای هیچ‌کدام باقی نمی‌ماند و ناگزیر باید حکم به اجمال گزاره کنیم و به دنبال دلایل فقه‌ای مثل براءت و احتیاط باشیم.

آنچه گفته شد، تنها با نگاه بدوی به مسئله است. با تأمل بیشتر درمی‌یابیم که راه‌حل انسداد گام را فراتر از یک فرضیه نمی‌گذارد و کاربست آن در اینجا ممکن نیست. ابتدا لازم است به مقدمات پنج‌گانه دلیل انسداد نظر کنیم که عبارت‌اند از ۱. علم اجمالی به وجود احکام در شریعت، ۲. فروبستگی راه رسیدن به علم (یقین) و علمی (ظن خاص معتبر)، ۳. عدم جواز اهمال در احکام شرعی، ۴. عدم وجوب احتیاط (به دلیل عسر و حرج یا اختلال نظام مسلمانان) و ۵. قبح ترجیح راجح بر مرجوح و در نتیجه، لزوم ترک عمل به موهومات و لزوم عمل به امور مظنون (سبزواری، ۱۳۷۶، ج ۲، ص. ۱۳۸؛ کلانتری، ۱۴۲۵، ج ۳، ص. ۲۰۰). از مقدمات انسداد چنین برمی‌آید که انسداد دلیلی اضطراری است؛ یعنی علت اعتبار مطلق ظن به جهت ناچاری است. این مطلب در احکام شرعی صادق است، زیرا اگر ظن حجت نباشد یا باید پایبند به بیشتر احکام شرعی نباشیم که مستلزم اباحه‌گری است یا با انجام دادن احتیاط دچار عسر و حرج می‌شویم. از این‌رو باید به‌ناچار به ظن عمل کنیم، اما اینکه دلیل انسداد بتواند ظن به معانی واژگان را نیز معتبر کند، از آن‌رو که حیثیت «ناگزیری» (اضطرار) در معانی واژگان و موضوعات احکام نیست، مسئله تأمل‌برانگیزی است؛ زیرا معنای بیشتر واژگان به‌کاررفته در گزاره‌های دینی، یقینی است و فقط در برخی موضوعات است که فقه‌پژوه دسترسی به یقین ندارد و در این موارد اندک، تعیین وظیفه بر اساس اصول عملیه، نه اباحه‌گری را در پی دارد و نه موجب عسر و حرج می‌شود.

کوتاه سخن اینکه، به نظر نگارندگان، اگر فقیه بتواند به هر شکلی تبادر ظنی خویش را به مرحله اطمینان ارتقا دهد، در این صورت تبادرش با قرارگیری در کبرای حجیت ذاتی قطع معتبر خواهد بود و می‌تواند بر اساس آن، به صدور فتوا مبادرت ورزد، اما اگر تبادرش از حصار ظن خلاصی نیابد، بر اساس اصل کلی حرمت عمل به ظنون، تبادرش تهی از اعتبار است.

۳. اشکال ثبوتی دور

مهم‌ترین اشکالی که متوجه تبادر شده، حیثیت دوری است. برخی اشکال کرده و گفته‌اند از سویی دستیابی به معنای حقیقی وابسته به پیدایش تبادر است و از دگر سو، اصولاً خود تبادر هم متوقف بر علم پیشینی ما نسبت وضع واژگان است؛ زیرا تا هنگامی که علمی به وضع نداشته باشیم، تبادری روی نخواهد داد. از این رو بازشناسی معنای حقیقی به وسیله تبادر مستلزم دور و توقف علم به معنا بر خود علم به معناست (خراسانی، ۱۴۴۰ق، ج ۱، ص. ۳۵؛ مظفر، ۱۴۳۹ق، ص. ۴۴؛ حکیم، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص. ۷۵؛ روحانی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص. ۱۳۷).

اکنون به راه‌حل‌های اصولیان و ارزیابی آن‌ها می‌پردازیم.

پاسخ مبتنی بر علم به وضع و علم به «علم به وضع»: تبادر متوقف بر علم پیشین به وضع لفظ است، اما آنچه متوقف بر تبادر است، همان علم پیشین نیست تا مستلزم دور باشد، بلکه متوقف بر «علم» به «علم به وضع لفظ» است. بنابراین، علم به «علم به وضع» متوقف بر تبادر و تبادر متوقف بر علم پیشین به وضع است (نجفی اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص. ۲۲۷).

نقد: بر اساس نگرش فیلسوفان، چه فیلسوفان اسلامی و چه فیلسوفان غربی، علم عبارت است از پدیدار شدن صورت شیء در ذهن (ابن‌سینا، ۱۴۰۴ق، ص. ۸۲؛ حلی، ۱۳۷۱، ص. ۳۰۰؛ رازی، ۱۳۹۰، ص. ۳۱). از این رو معنا ندارد که متعلق پدیدار شدن، نفس پدیدار شدن باشد. به عبارت دیگر، ویژگی ماهوی علم به تعبیر فیلسوفان غربی، «در مورد چیزی بودن» (Aboutness) است؛ یعنی علم همواره متعلق را می‌جوید و به موضوعی تعلق می‌گیرد. از این رو نمی‌تواند خودش متعلق خودش قرار بگیرد. گذشته از این، «علم» ما به «علم به وضع» یا دقیقاً از جنس همان «علم به وضع» نخست یا متفاوت از آن است. در صورت نخست، دوباره دور پدیدار می‌شود؛ زیرا طبق فرض مساوات «علم دوم» با علم در «علم به وضع»، هر دو یکی می‌شوند و دوباره دور بازمی‌گردد. صورت دوم هم اساساً قابل تصویر نیست؛ زیرا تمایز میان دو علم یا باید در ماهیت علم‌ها باشد یا در متعلق آن‌ها؛ فرض نخست قابل دفاع نیست؛ زیرا علم دارای ماهیت بسیط است که عبارت است از حالت نفسانی «انکشاف». فرض دوم نیز در اینجا راهی ندارد؛ زیرا متعلق علم‌ها یکسان است. مفروض بحث این بود که ما دنبال دستیابی به معنای حقیقی یک واژه هستیم. بنابراین، پاسخ صاحب هدایة‌المسترشدین قانع‌کننده به نظر نمی‌رسد.

پاسخ مبتنی بر معلولیت تبادر برای وضع: برخی به شبهه دور این‌گونه پاسخ داده‌اند که تبادر

معلول علم به معنای حقیقی نیست تا محذور دور رخ دهد، بلکه نتیجه وضع است و علم به وضع، فقط شرط پیدایش تبادر است نه علت آن. بنابراین، علم تفصیلی به معنای حقیقی، متوقف بر تبادر و تبادر متوقف بر وضع است نه علم به وضع (نجفی تهرانی، ۱۳۲۰، ج ۱، ص ۶).

نقد: اولاً، حتی اگر تبادر معلول وضع باشد، به اعتراف ایشان، تبادر شرط علم و بدیهی است که مشروط (تبادر) متوقف بر شرط خود (علم) است. پس مشکل دور دوباره بازمی‌گردد. ثانیاً، به عقیده فیلسوفان لازم است میان علت و معلول سنخیت وجود داشته باشد. اگر بنا باشد وضع، علت تبادر قرار گیرد، مستلزم تباین میان علت و معلول است؛ زیرا وضع، فعل واضع است (که واژه‌ای را برای معنایی اعتبار می‌کند و آن را وجود تنزیلی معنا قرار می‌دهد) درحالی که تبادر ماهیتی جز انسباق معنا به ذهن ندارد (غروی اصفهانی، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۴۵). ثالثاً، اگر تبادر معلول وضع لفظ برای معنا باشد، لازم می‌آید در جایی که وضعی شکل نگرفته است، معنایی به ذهن تبادر نکند درحالی که گاه اشتباهاً معنا از واژه‌ای تبادر می‌کند که یا اصلاً آن واژه برای آن معنا جعل نشده یا برای معنایی غیر از آنچه انسباق یافته، جعل شده است. از این رو نتیجه می‌گیریم که تبادر معلول صرف وضع نیست.

پاسخ مبتنی بر دو علم تفصیلی شخصی: به باور محقق عراقی (البته در کتاب بدایع)، در آغاز ما یک علم تفصیلی به وضع داریم. سپس با پیدایش تبادر حاصل از حاق لفظ، علم تفصیلی دیگری به وجود می‌آید و مانعی ندارد که دو بار علم تفصیلی پیدا کنیم (عراقی، ۱۳۷۰، ص ۹۷). عراقی در کتاب مقالات الاصول، اشکال دور را با متد مشهور اصولیان پاسخ داده است (عراقی، ۱۴۳۶ق، ج ۱، ص ۱۱۴).

نقد: به عقیده نگارندگان، سخن عراقی از دو جنبه اشکال دارد.

۱. اشکال برهانی: دو علم تفصیلی که ایشان مطرح کرده‌اند، در تقسیمی دوگانه، یا در عرض یکدیگرند یا در طول یکدیگر. صورت نخست از دو حالت بیرون نیست؛ یا هر دو دارای متعلق هستند یا یکی از آن‌ها دارای متعلق است. حالت نخست باز دو صورت پیدا دارد.

الف. متعلق هر دو علم یکسان است. این فرض مستلزم توارد دو علم تفصیلی هم‌عرض بر موضوع واحد است که اصلاً منطقی نیست. همچنین، لازم می‌آید یکی از آن دو علم لغو باشد؛ زیرا پیدایش صورت شیء (وضع) در ذهن با نخستین علمی که نسبت به معنای حقیقی پیدا می‌کنیم،

حاصل می‌شود و معنا ندارد که این کنش ذهنی دوباره تکرار شود.

ب. متعلق آن‌ها متفاوت است. این فرض مستلزم خروج از محل بحث است؛ زیرا فرض این است که ما از رهگذر تبادل به دنبال کشف معنای حقیقی واژه هستیم و اگر متعلق علم دوم ما چیزی غیر از متعلق علم نخست ما باشد، خروج از فرض بحث است.

فرض دوم (یکی از دو علم تفصیلی دارای متعلق است) نیز دو صورت پیدا می‌کند؛ یا باید فرض کنیم علم نخستین ما متعلق نداشته است که در این صورت اساساً تبادری روی نمی‌دهد؛ زیرا تبادل برای کسی که مطلقاً به وضع جاهل است، مفهومی ندارد یا باید فرض کنیم علم تفصیلی دومی خالی از متعلق است. این فرض مستلزم این است که درعین حالی که تبادل داریم (زیرا فرض کردیم علم اول ما دارای متعلق است و متعلق آن، همان معنای واژه است و تبادل نیز متوقف بر علم نخست ماست)، معنایی به ذهن ما انسباق نیابد؛ زیرا طبق فرض، علم تفصیلی دوم ما که متوقف بر تبادل است، متعلق ندارد که بتواند تبادل حاصل از علم نخستین را درک کند.

گذشته از این، اشکال بزرگی که بر فرض متعلق نداشتن یکی از دو علم تفصیلی وارد است، تناقض است. چنان‌که گذشت، ماهیت علم اصولاً وابسته به متعلق است. علم، به «پیدایش صورت شیء در ذهن» تعریف شده است نه انکشاف بی‌متعلق. از این رو اساساً علم بی‌متعلق به اندازه مفهومی مثل دایره مربع تناقض‌آمیز است.

اکنون به فرض طولی بودن دو علم تفصیلی می‌پردازیم؛ یا علم تفصیلی دوم پس از انعدام علم تفصیلی نخست است یا هم‌زمان با علم تفصیلی نخستین و در امتداد آن قرار می‌گیرد. فرض نخست نیز دو حالت دارد؛ یا علم تفصیلی دوم بعد از انعدام کامل علم تفصیلی اول است یا علم تفصیلی اول کامل نابود نشده است. در زیر به بررسی هر سه فرض همت می‌گماریم.

فرض نخست: اگر علم تفصیلی نخست ما به شکل کامل محو شده باشد مستلزم عدم تحقق تبادل است؛ زیرا فرض آن بود که ما دو علم تفصیلی داریم؛ یکی پیش از تبادل (که تبادل متوقف بر آن است) و یکی هم پس از تبادل که علم دوم متوقف بر همین تبادل است. حالا اگر فرض کنیم علم تفصیلی نخست به کلی از بین رفته است، در نتیجه، تبادری هم نباید رخ بدهد؛ زیرا علی‌الفرض، تبادل تکیه‌گاه خویش را از دست داده است.

فرض دوم: اگر علم نخست ما کامل نابود نشده باشد فقط به معنای این است که ما بالفعل نسبت به معنای حقیقی واژه آگاهی نداریم. به نظر می‌رسد این فرض، همان راه‌حل علم میانه و

تفصیلی است که در ادامه مقاله بدان خواهیم پرداخت.

فرض سوم: اگر علم تفصیلی نخست همچنان باقی باشد، علم دوم لغو خواهد بود؛ زیرا معنا ندارد به یک چیز دو بار علم پیدا کنیم.

۲. اشکال وجدانی: جدا از انتقادات پیشین، یعنی حتی اگر بپذیریم که دیدگاه محقق عراقی اشکال ثبوتی ندارد، باز شیوه محقق عراقی برای رهایی از دور با وجدان سازگار نیست؛ زیرا ما هنگامی که در افق نفسانی خویش می‌نگریم، هیچ‌گاه دو بار به یک چیز واحد علم پیدا نمی‌کنیم.

پاسخ مبتنی بر اقتران اکید: به باور شهید صدر علم تفصیلی به معنا، متوقف بر تبادر است، اما خود تبادر تکیه‌ای بر علم ندارد. شنیدن لفظ و پی بردن به معنا فرایندی واقعی و تکوینی است که در نفس انسان پدیدار می‌شود و معلول حالت «منبه شرطی» (اقتران اکید) میان لفظ و معناست. پس آنچه تبادر به آن وابسته است از مقوله علم نیست تا دور به وجود آید، بلکه از ملازمات نفسی و مربوط به ضمیر ناخودآگاه است (صدر، ۱۴۴۰ق، ج ۱، ص. ۲۲۳). برای مثال، ذهن کودک شیرخوار در اثر تکرار واژه «شیر» و قرار گرفتن در وضعیت شیر خوردن، حالت شرطی به خود می‌گیرد که با شنیدن لفظ «شیر» به دنبال مادر می‌گردد. این حالت شرطی که در ناخودآگاه کودک وجود دارد، علم نیست؛ زیرا علم ظهور در صورت ذهنی دارد درحالی‌که در ناخودآگاه، صورتی در ذهن نیست.

نقد: نخست اینکه تفکیک میان ناخودآگاه و علم محل تردید است؛ زیرا در امور ناخودآگاهانه نیز صورت نفسانی وجود دارد. درنهایت، اختلافی عارض شده است، اما اختفا و عدم التفات به معنای نبود صورت نفسانی (که عبارت است از علم) نیست. گویا ناخودآگاه اصطلاح دیگری برای همان علم اجمالی است. گواه این مطلب اینکه، سلب «علم» از آنچه به آن ناخودآگاه اطلاق می‌شود، به هیچ‌وجه درست نیست. برای مثال، به کسی که برای او نسبت به لفظ و معنا قرن اکید ذهنی حاصل شده است، نمی‌توان گفت که تو عالم به معنای واژگان نیست. از این گذشته، پرسشی که پیش روی شهید صدر و هم‌اندیشان ایشان قرار می‌دهیم، این است که همین ناخودآگاه چگونه برای فرد حاصل شده است؟ شما اذعان داشته‌اید که علم تفصیلی به معنای حقیقی لفظ متوقف بر تبادر است و تبادر متوقف بر قرن اکید و انس ذهنی شدید میان لفظ و معناست که از مقوله علم

نیست. پرسش این است که همین قرن اکید از کجا می‌آید؟ آیا معلول پدیده‌ای غیر از علم بوده است؟ بدیهی است که فرد ابتدا علم به معنی واژه می‌باید سپس در مرحله بعدی، قرن اکید برایش محقق می‌شود. از این رو قرن اکید خودش هم معلول علم و متوقف بر آن است. اشکال دیگر اینکه، اگر میان واژه و معنا قرن اکید وجود داشته باشد، به کلی از محل بحث خارج می‌شود؛ زیرا قرن اکید به منزله فنای لفظ در معناست. در چنین حالتی تبادل فقیه یقینی است و او اساساً ملتفت تبادل خود نیست در حالی که محل بحث ما تبادلات ظنی است که فقیه همواره با حاشیه‌ای از تردید بدان استناد می‌کند و نفس این تردید برای او نشان از نبود قرن اکید میان لفظ و معنا دارد. پس حتی اگر قائل به افتراق ناخودآگاه از علم اجمالی باشیم و تبادل را معلول قرن اکید بدانیم، تنها در مورد تبادلات یقینی صادق است که به کلی از مفروض بحث بیرون می‌ایستند.

دیدگاه برگزیده: به نظر نگارندگان، تفاوت‌گذاری میان ارتکاز و علم تفصیلی، کارآمدترین پاسخ است. بر این اساس، علم تفصیلی به معنای واژه، به شکل قضیه حملیه به تبادل و تبادل بر علم ارتکازی و نه علم تفصیلی وابسته است. در نتیجه، دور به وجود نمی‌آید (خراسانی، ۱۴۴۰ق، ج ۱، ص. ۳۵). به سخن دیگر، علم تفصیلی متوقف بر اجمالی ارتکازی است نه متوقف بر خودش. پس توقف شیء بر خودش منتفی است.

دللی که به نظر نویسندگان، از اتقان روش ارتکاز و تفصیل در حل دور پشتیبانی می‌کند، کاربست این روش در ساحت‌های فکری است. در زیر به دو مثال مهم اشاره می‌شود.

۱. ابن سینا در پاسخ به اشکال ابوسعید ابوالخیر به قیاس اقترانی، عیناً از دوگانه علم اجمالی و تفصیلی استفاده کرده است. به عقیده ابوالخیر، شکل نخست قیاس مبتلا به دور است؛ زیرا از سویی علم به نتیجه متوقف بر شناخت کلیت کبراست و از دگر سو، تنها زمانی می‌توان به کلیت کبرا تصدیق داشت که از پیش نسبت به تمام افراد کبرا آگاهی داشته باشیم در حالی که از جمله افراد کبری، موضوع نتیجه (اصغر) است. بنابراین، نتیجه متوقف بر کبری و شناخت کبرا نیز متوقف بر علم پیشین به نتیجه است (گیلانی، ۱۳۷۰، ص. ۳۹۲). برای مثال، در قیاس «هر انسانی حیوان است و هر حیوانی جسم است، پس هر انسانی جسم است»، زمانی نتیجه، یعنی قضیه «هر انسانی جسم است» تصدیق می‌شود که پیش‌تر به کلیت کبرای قیاس یعنی قضیه «هر حیوانی جسم است»، علم داشته باشیم. از سوی دیگر، کبری از آنجاکه قضیه‌ای کلی است، زمانی معلوم می‌شود که از پیش علم به جزئیات داشته و تک تک مصادیق حیوان را دیده

باشیم. این حرکت دوری است و سبب فساد قیاس شکل نخست می‌شود. دقیقاً همین ایراد بر قیاس افترازی را می‌توان از فیلسوف و ستاره‌شناس یونانی، سکتوس امپریکوس (ماکولسکی، ۱۳۶۶، ص. ۲۶۹) و جان استوارت میل (خوانساری، ۱۴۰۱، ج ۲، ص. ۱۸۳؛ سامی‌النشار، ۱۹۹۹م، ص. ۵۴۴) مشاهده کرد. ابن‌سینا در پاسخ به دور، روش علم تفصیلی و اجمالی را برگزیده است (مطهری، ۱۳۸۹، ج ۵، ص. ۱۱۳). ابن‌سینا می‌گوید آری؛ چنین است که گفتی، تا کسی احراز جسمانیت انسان نکرده باشد، نتواند بر سبیل کلیت بگوید که هر حیوان جسم است، اما فرق است میان علم اجمالی و تفصیلی؛ علمی که در نتیجه مطلوب است و موقوف بر علم به کلیت کبری است، علم تفصیلی و علمی که در کلیت کبری به کار رفته و موقوف به دخول اصغر در تحت اکبر، علم اجمالی است و این دو غیر یکدیگرند. پس در برهانی که تو خود تألیف کرده‌ای حد وسط مکرر نشده است (نوعی، ۱۳۸۶، صص. ۱۵۳-۱۸۸؛ عبدالرب عبادی و همکاران، بی‌تا، ص. ۱۸۷).

۲. مارتین هایدگر، از سرآمدان فلسفه قاره‌ای نیز با روش علم میانه و تفصیلی، شبهه دور در ساحت آنتولوژیک را دفع کرده است. کاربست این روش در هستی‌شناسی هایدگر نشان از این دارد که روش یادشده افزون بر قلمرو لفظ و معنا، در مفاهیم بنیادی فلسفه و دفع اشکالات مهم در هستی‌شناسی نیز به کار می‌آید. آنچه هایدگر در بیشتر پژوهش‌های خویش و به‌ویژه در کتاب گران‌سنگ هستی و زمان به آن می‌پردازد، مسئله رعب‌انگیز هستی است. در آغاز به نظر می‌رسد که هستی دارای مفهومی بدیهی و آشکار است و پردازش به آن چندان معقول نیست، اما هایدگر برخلاف تصور عامه، هستی را بسیار پیچیده می‌داند؛ البته که او منکر این نیست که همگی انسان‌ها دریافته‌اند اجمالی از هستی دارند و دقیقاً به همین خاطر است که از «هستی» می‌پرسند؛ زیرا اگر هستی به‌کلی مجهول بود نمی‌توانستیم حتی از آن پرسیم، اما به عقیده هایدگر، مفهوم هستی داستانی جدا از حقیقت هستی دارد. همان‌قدر که مفهوم هستی بدیهی است، حقیقت هستی در غایت مستوری و کشف آن نیازمند پژوهشی روشمند است (ایزوتسو، ۱۳۹۸، ص. ۲۱). وی بر این باور است که در پرسش از هستی، مبدأ، مقصد و نقطه عزیمت، همگی هستی است. در واقع، در فهم این مقوله پیچیده، گزیری از هستی نیست. به تعبیر هایدگر، حتی پرسندگی ما (چه از نفس هستی و چه از سایر موجودات)، از آن‌رو که رفتار و

کنش هستنده‌ای به نام پرسنده است، خود گونه‌ای هستی با خصیصه خاص پرسندگی دارد (هایدگر، ۱۳۸۶، ص. ۶۸). سپس هایدگر به اینجا می‌رسد که وقتی از سویی مرجع پرسش ما از هستی، خود موجودات پیرامون‌اند و از دگر سو، در میان این موجودات تنها انسان است که دسترس‌پذیر ماست، به‌ناچار باید بکوشیم هستی را از طریق همین موجود انسانی بفهمیم؛ البته باید توجه داشت که انسان بما هو انسان که تنها یک موجود در جهان هستی است، مرجع پرسش نیست، بلکه باید او را از لحاظ هستی‌اش مرجع پرسش قرار داد. هایدگر می‌نویسد «بنابراین، اطوار هستی هستندگان خاصی هستند که هرآینه خود ما پرسندگان باشیم. بدین‌سان این واشکافی پرسش هستی به این معناست: شفاف‌سازی هستنده‌ای که همان پرسنده پرسش هستی باشد از حیث هستی‌اش» (هایدگر، ۱۳۸۶، ص. ۷۳). در اینجا است که اشکال دور در هستی‌شناختی هایدگر به وجود می‌آید؛ زیرا علی‌الغرض مجهول ما هستی است، اما راه وصول به این هستی را انسان از حیث هستی‌اش قرار داده‌ایم؛ یعنی فهم هستی را که قرار است در پایان تحقیق هستی‌شناسانه حاصل شود، پیش‌فرض خود گرفته‌ایم. به دیگر سخن، از سویی دریافت مناسب از هستی را متوقف بر انسان از حیث هستی‌اش کرده‌ایم و از سوی دیگر، طبیعتاً تا معنای هستی را دریافت نکرده باشیم، «از حیث هستی‌اش» برای ما بی‌معنا و مستلزم توقف علم به هستی بر خود علم به هستی است. هایدگر می‌نگارد «اما آیا چنین اقدامی [که مرجع پرسش را دازاین (موجودیت انسان از حیث هستی‌اش) قرار داده‌ایم]، درافتادن در دوری هویدا نیست؟ اینکه ما بدو باید هستنده‌ای را از حیث هستی‌اش تعیین و تعریف کنیم و بر آن باشیم که طرح و تنظیم پرسش هستی را تنها بر چنین بنیادی بریزیم، آیا چیزی به‌جز چرخیدنی است دایره‌وار؟ آیا برای واشکافی پرسش، آنچه را تنها پاسخ به این پرسش باید حاصل آورد، پیشاپیش مفروض نگرفته‌ایم؟» (هایدگر، ۱۳۸۶، ص. ۷۴). از عبارات هایدگر چنین به نظر می‌رسد که پاسخ او به شبهه دور آگزیستانسیال بر محور واحدی نمی‌چرخد، اما به هر شکل، هایدگر در پاسخ نخست خویش به شبهه پیش‌گفته، متذکر علم اجمالی و تفصیلی می‌شود. هایدگر از علم اجمالی به علم میانه و مبهم یاد می‌کند. وی می‌گوید آنچه متوقف بر دازاین از لحاظ هستی‌اش است، علم تفصیلی ما از مفهوم هستی است که قرار است در انتهای پژوهش آنتولوژیک برایمان مکشوف شود، اما آنچه در مرجع پرسشی‌ما قرار می‌گیرد، علم میانه و اجمالی ما به هستی است. از این‌رو دوری وجود ندارد؛ زیرا علم تفصیلی ما متوقف بر

علم اجمالی ما شده است نه بر خود علم تفصیلی (هایدگر، ۱۳۸۶، ص. ۷۵).

نتیجه‌گیری

یافته‌های پژوهش حاضر نشان می‌دهد:

۱. اشکال مبتنی بر یگانگی دال و مدلول در تبادر منتفی به نظر می‌رسد؛ زیرا اولاً، خطور معنا به ذهن از طریق شنیدار واژه متغایر با کشف «پیوند میان واژه و معنا» از مجموع این کنش است. ثانیاً، در صدق تغایر، صرف تغایر اعتباری کفایت می‌کند مانند اجزای مرکب در مبحث مقدمه داخلیه واجب. در این‌گونه مرکبات، اجزا به اعتبار نفسی، مقدمه هستند، اما به اعتبار هیئت اجتماعی، ذوالمقدمه هستند.
۲. عدم تبادر معنا در مشترکات لفظیه مستلزم مجازیت معنای نامتبادر نیست؛ زیرا رابطه منطقی میان تبادر و حقیقت، عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی معنای متبادر از واژه، معنای حقیقی آن واژه است، اما معنای حقیقی واژه، همیشه متبادر از آن نیست. گو ریشه طرح اشکال به خلط میان علامت بودن تبادر با حقیقت‌ساز بودن آن بازگشت دارد.
۳. به نظر می‌رسد تبادر حاقی از راه اصل تطابق ظهور فردی با ظهور نوعی احرازپذیر نیست؛ زیرا جدا از آنکه دلیلی از این اصل اختراعی پشتیبانی نمی‌کند، اساساً معقول نیست که فقیه در حالت شک، تبادر شخصی را مساوی با تبادر عرفی بگیرد و آن را کاشف از معنای حقیقی بداند.
۴. بازسنجی اعتبار تبادر با باریک‌بینی بیشتر نشان می‌دهد که «ظن و زمان» مانع بسیار نیرومندی است که اعتبار تبادر را دچار تشکیک فزاینده‌ای می‌کند. در مواردی که فقیه نسبت به معنای واژه‌ای که با آن روبه‌رو می‌شود، یقین دارد، فهم او با قرار گرفتن در کبرای حجیت ذاتی یقین معتبر است. دغدغه اصلی جایی است که فقیه در معاشناسی حکم یا موضوع به تبادر خود استناد می‌کند؛ زیرا از سویی استناد به تبادر نشان از ظنی بودن تبادر فقیه دارد؛ زیرا در صورتی که تبادر او یقینی باشد، اصولاً او به تبادر خود ملتفت نیست و لفظ را فانی در معنا درمی‌یابد. از دگر سو، اصل نخستین در ظنون، عدم اعتبار است. سببیت «ظن» در زوال اعتبار تبادر، نکته ظریفی است که تا به حال بدان توجه نشده است. گاه معنای متبادر برای فقیه یقینی، اما انتساب آن به عصر تشریح مظنون است و گاه هم معنا ظنی است و هم انتساب آن که

نتیجه‌اش ظن مرکب است. پژوهش‌ها نشان داد که هیچ دلیلی برای اعتباربخشی به این ظن وجود ندارد. از این رو به نظر می‌رسد برخلاف نگرش اجماعی اصولیان، تبادر تهی از اعتبار است؛ هرچند فقیه می‌تواند با تجمیع قرائن - برای مثال، با استفاده از آموزه‌ها و تکنیک‌های دانش معناشناسی و تاریخ‌گذار - و انضمام آن‌ها به یکدیگر، تبادر ظنی را به یقین برساند. مقصود از یقین، یقین منطقی به معنی اخص - که بر اساس تعریف فلاسفه عبارت است از یقین به مفاد قضیه (ضرورت محمول برای موضوع) و یقین به کذب دائمی نقیض قضیه - نیست؛ زیرا این نوع یقین منحصرأ در قضایای ریاضی و احکام تحلیلی یافت‌شدنی است و در دیگر دانش‌ها دست پژوهشگران از آن کوتاه است. مقصود ما، یقین به معنی اعم (اطمینان) است. فرق این یقین با یقین منطقی این است که در اطمینان، یقین به مفاد قضیه وجود دارد، اما رکن دوم یقین منطقی یعنی یقین به کذب نقیض، منتفی است، اما با توجه به اینکه احتمال خلاف بسیار ناچیز است، عقلاً همواره احتمال خلاف را الغا می‌کنند. بنابراین، ملاک در حجیت تبادر افتناع نفسانی است. اگر تبادر فقیه او را به این مرحله رساند که بحثی نیست، ولی اگر تبادرش ظنی بود، در اثبات موضوع یا حکم سودمند نیست.

۵. اشکال مهم دیگر، ادعای دوری بودن تبادر است، اما برخلاف ایراد پیشین، قابل پاسخ است و به نظر می‌رسد بهترین راه‌حل برای دفع دور، علم میانه و تفصیلی است. آنچه متوقف بر تبادر است، علم تفصیلی و آنچه تبادر بر آن تکیه دارد، علم اجمالی است. پژوهش بیشتر نشان می‌دهد این راه‌حل نه تنها در قلمرو واژه و معنا، که در مفاهیم بنیادی منطقی-فلسفی و هستی‌شناسی نیز به کار گرفته شده است. در منطق ارسطویی اشکالی که به شکل نخست از قیاس اقترانی وارد شده است، توقف نتیجه بر علم به کبری و توقف کبری بر علم پیشینی به نتیجه است که مستلزم توقف شیء (نتیجه) بر خودش است، اما این سینا با تیزهوشی میان علم تفصیلی و میانه فرق نهاده است؛ علم به نتیجه متوقف بر فهم تفصیلی کبراست و فهم تفصیلی کبرا متوقف بر علم ارتکازی به نتیجه است. از این رو دور از میان می‌رود. در فلسفه قاره‌ای نیز این روش به کار گرفته شده است. هدف واپسین در آنتولوژیک هایدگر فهم دقیق هستی است. او نقطه عزیمت بحث خود را دازاین از حیث هستی‌اش قرار می‌دهد. سپس با دور مواجه می‌شود؛ زیرا فهم هستی متوقف بر دازاین از حیث هستی شده است. وانگهی «از حیث هستی» نیز خود متوقف بر فهم هستی و مستلزم این است که «هستی» که علی‌الغرض غایت جستار

هستی‌شناسانه است، بر خودش مبتنا کند. هایدگر در پاسخ، از فهم میانه و تفصیلی استفاده می‌کند. آنچه قید دزاین به‌عنوان نقطه عزیمت قرار گرفته، هرچند هستی است، اما فهم اجمالی انسان از هستی است و آنچه بر دزاین از حیث هستی‌اش توقف دارد، فهم تفصیلی هستی است.

۶. ناکامی تبادر در بعد اثباتی تأثیر مستقیم بر قوانین مبتنی بر فقه دارد و موجبات اصلاح آن‌ها را فراهم می‌آورد؛ زیرا قوانین اسلامی، خصوصاً قوانین ماهوی که مبتنا بر نظرات فقیهان دارد (مانند قانون مدنی یا قانون مجازات اسلامی)، محصول استظهار قانون‌گذار از مستندات فقهی است و چنانچه معنای موضوع یا حکم در گزاره فقهی با تبادر ظنی اثبات شده باشد، از آنجاکه تبادر ظنی فاقد اعتبار است، حکم مستفاد از مستند فقهی از حجیت ساقط می‌شود و در نتیجه، ماده قانونی مبتنی بر آن نیز نیازمند بازنگری خواهد شد. برای مثال، ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی در چهار مورد حکم بزه‌کاران اعمال منافی عفت را اعدام مقرر کرده است. مستند این ماده، روایاتی است که در آن‌ها، «قتل» و «ضربه شمشیر» با صیغه امر ابراز شده و قانون‌گذار محترم را به تصویب اعدام واداشته‌اند، اما همان‌طور گذشت، تبادر وجوب از صیغه امر در بهترین حالت، ظنی است و با توجه به عدم اعتبار ظن، به نظر نویسندگان، وجوب قتل محل تردید است؛ البته باید به دو نکته توجه داشت.

الف. آنچه نفی می‌شود «اعدام» نیست، بلکه «وجوب اعدام» است؛ زیرا قدر متیقن از صیغه امر - که عبارت از اباحه باشد - یقینی است. تنها آنچه ظنی است یعنی «وجوب قتل» نفی می‌شود. ملاحظه این نکته به قانون‌گذار این امکان را می‌دهد که در صورت فشارهای بین‌المللی و اعتراضات حقوق بشری، نه من باب عناوین، که بنا بر همان عناوین، به مجازات جایگزین روی آورد.

ب. چنانچه قرینه‌ای بر وجوب قائم شود، بی‌شک همان متبوع است. برای مثال، در فقه عبادات، چون وعده عقاب بر ترک بسیاری از افعال وجود دارد، دلالت صیغه امر بر وجوب قطعی است، ولی قابل تسری به معاملات و سیاسات فقه نیست؛ زیرا در این دو، صیغه امر غالباً منسلخ از قرینه‌ای مانند «وعده عقاب بر ترک» به کار رفته است.

منابع

- ۱) آشتیانی، محمدحسن (۱۴۰۳ق). بحر الفوائد فی شرح الفرائد (جلد ۱). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
- ۲) ابن سینا، ابوعلی (۱۴۰۴ق). التعليقات. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- ۳) انصاری، مرتضی (۱۳۸۵). کتاب المکاسب (جلدهای ۳ و ۵). چاپ ۳، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ۴) انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). الحاشیه علی استصحاب القوانین (جلد ۱). قم: المؤتمر العالمی لمیلاد الشیخ الاعظم الانصاری.
- ۵) انصاری، مرتضی (۱۴۲۸ق). فرائد الاصول. قم: مجمع فکر اسلامی.
- ۶) ایروانی، محمدباقر (۱۴۲۹ق). کفایة الاصول فی اسلوبها الثاني (جلد ۱). قم: بقیة العترة.
- ۷) ایزوتسو، توشیهیکو (۱۳۹۸). بنیاد حکمت سبزواری (جلال الدین مجتبوی، مترجم). تهران: دانشگاه تهران.
- ۸) بدری، تحسین (۱۴۲۸ق). معجم مفردات اصول الفقه المقارن. تهران: المشرق للثقافة والنشر.
- ۹) بروجردی، محمدتقی (۱۴۱۷ق). نهاية الافکار. قم: جامعه مدرسین.
- ۱۰) تبریزی، میرزا جواد (۱۳۸۷). دروس فی مسائل علم الاصول. قم: دارالصدیقة الشهيدة (سلام الله علیها).
- ۱۱) تقوی اشتهازی، حسین (۱۳۷۶). تنقیح الاصول (جلد ۱). قم: مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- ۱۲) حائری اصفهانی، محمدحسین (۱۴۰۴ق). الفصول الغرویة فی الاصول الفقهیة. قم: دار احیاء العلوم الاسلامیة.
- ۱۳) حسینی میلانی، سیدعلی (۱۴۲۸ق). تحقیق الاصول. چاپ ۲، قم: حقایق.
- ۱۴) حسینی، سیدمحمد (۱۴۱۵ق). معجم المصطلحات الاصولیة. بیروت: مؤسسه المعارف للمطبوعات.
- ۱۵) حکیم، سیدعبدالصاحب (۱۴۱۶ق). منتقى الاصول (جلد ۱). قم: دفتر آیت الله روحانی.
- ۱۶) حکیم، سیدمحسن (۱۴۰۷ق). حقایق الاصول (جلد ۱). چاپ ۵، قم: بصیرتی.
- ۱۷) حکیم، سیدمحمدسعید (۱۴۲۸ق). الکافی فی اصول الفقه (جلد ۱). بیروت: دارالهلال.
- ۱۸) حکیم، سیدمحمدسعید (۱۴۳۱ق). التنقیح تعلیقة موسعة علی فرائد الاصول (جلد ۲). بیروت: مؤسسه الحکمة الثقافة الاسلامیة.
- ۱۹) حلّی، حسن بن یوسف (۱۳۷۱). الجوهر النضید فی شرح منطق التجرید (محسن بیدارفر، محقق). قم: بیدار.
- ۲۰) خراسانی، محمد کاظم (۱۴۴۰ق). کفایة الاصول (مجتبوی محمودی، محقق). (جلد ۱). قم: مجمع الفکر الاسلامی.

- (۲۱) خمینی، سیدمصطفی (۱۳۸۶). تحریرات فی الاصول (جلد ۱). چاپ ۲، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- (۲۲) خوانساری، محمد (۱۴۰۱ق). منطق صوری (جلد ۲). تهران: دیدار.
- (۲۳) رازی، قطب‌الدین (۱۳۹۰). تحریر القواعد المنطقیه فی شرح الرسالة الشمسیة (محسن بیدارفر، مصحح). قم: بیدار.
- (۲۴) رشتی، حبیب‌الله (بی‌تا). بدایع الافکار. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- (۲۵) روحانی، سیدمحمدصادق (۱۳۸۲). زبدة الاصول (جلد ۱). تهران: حدیث‌دل.
- (۲۶) زرکشی، بدرالدین (۱۴۱۴ق). البحر المحيط فی اصول الفقه (جلد ۳). بیروت: دارالکتبی.
- (۲۷) سامی‌النشار، علی (۱۹۹۹م). المنطق الصوری منذ ارسطو حتی عصورنا الحاضر. مصر: دارالمعرفة الجامعیة.
- (۲۸) سبجانی، جعفر (۱۳۶۳). تهذیب الاصول (جلد ۱). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- (۲۹) سبجانی، جعفر (۱۴۳۱ق). المبسوط فی اصول الفقه (جلد ۱). قم: مؤسسه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- (۳۰) سیزواری، سیدعبدالاعلی (۱۳۷۶). تهذیب الاصول (جلد ۲). قم: مؤسسه المنار.
- (۳۱) سیزواری، هادی (۱۴۳۲ق). شرح المنظومة فی المنطق والحکمة (محسن بیدار، مصحح). قم: منشورات بیدار.
- (۳۲) سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۴ق). منهاج الصالحین (جلد ۱). قم: دفتر آیت‌الله سیستانی.
- (۳۳) صافی گلپایگانی، لطف‌الله (۱۴۲۸ق). بیان الاصول (جلد ۱). قم: دفتر آیت‌الله صافی گلپایگانی.
- (۳۴) صالحی مازندرانی، اسماعیل (۱۴۲۴ق). مفتاح الاصول (جلد ۱). قم: صالحان.
- (۳۵) صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۴۰ق). دروس فی علم الاصول (جلد ۱). قم: مرکز الابحاث والدراسات التخصصیه للشهید الصدر.
- (۳۶) عبدالرب عبادی، شمس‌العلماء و همکاران (بی‌تا). نامه دانشوران. قم: دارالفکر.
- (۳۷) عراقی، ضیاء‌الدین (۱۳۷۰). بدایع الافکار فی الاصول. نجف: المطبعة العلمیة.
- (۳۸) عراقی، ضیاء‌الدین (۱۴۳۶ق). مقالات الاصول (مجتبی محمودی، محقق). قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- (۳۹) غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۳۷۴). نهاية الدراية فی شرح الکفاية (جلد ۱). قم: مؤسسه سیدالشهداء (علیه‌السلام).
- (۴۰) فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۸۱). اصول فقه شیعه. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیه‌السلام).
- (۴۱) فیاض، محمداسحاق (۱۴۱۷ق). محاضرات فی اصول الفقه (جلد ۱). قم: مؤسسه انصاریان.
- (۴۲) قدسی‌مهر، خلیل (۱۳۷۷). الفروق المهمه فی الاصول الفقهیه. قم: دارالتفسیر.

- ۴۳) قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۴۳۰ق). القوانین المحکمه فی الاصول المتقنه (رضا حسین صبح، محقق). (جلد ۱). قم: احیاء الکتب الاسلامیه.
- ۴۴) کاظمی خراسانی، محمدعلی (۱۳۷۶). فوائد الاصول (جلد ۴). قم: انتشارات جامعه مدرسین.
- ۴۵) کلانتری طهرانی، ابوالقاسم (۱۴۲۵ق). مطارح الانظار (جلد ۳). قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ۴۶) گیلانی، عبدالله (۱۳۷۰). الرسالة المحیطة بالتشکیکات المنطقیة. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- ۴۷) لنگرودی، سیدمحمدحسن (۱۳۷۶). جواهر الاصول (جلد ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- ۴۸) ماکوولسکی، آ (۱۳۶۶). تاریخ منطق (فریدون شایان، مترجم). چاپ ۲، تهران: مهارت.
- ۴۹) مرداوی، علاءالدین (۱۴۲۱ق). التخبیر شرح التحرییر فی اصول الفقه (جلد ۱). ریاض: مکتبه الرشد.
- ۵۰) مطهری، مرتضی (۱۳۸۹). مجموعه آثار (جلد ۵). قم: صدرا.
- ۵۱) مظفر، محمدرضا (۱۴۳۹ق). اصول الفقه (علی رضا رنجبر، مصحح). قم: مرکز مدیریت حوزه های علمیه.
- ۵۲) مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق). انوار الاصول (جلد ۱). چاپ ۲، قم: انتشارات مدرسه امام علی (علیه السلام).
- ۵۳) منتظری نجف آبادی، حسینعلی (۱۳۷۵). نهاية الاصول (جلد ۱). قم: نشر حکمت.
- ۵۴) موسوی جزایری، سیدمحمد (۱۴۳۰ق). تحریر الاصول. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- ۵۵) نجفی اصفهانی، محمدتقی (۱۴۲۹ق). هدیة المسترشدين فی شرح اصول معالم الدین (جلد ۱). قم: دفتر انتشارات جامعه مدرسین.
- ۵۶) نجفی تهرانی، هادی بن محمد (۱۳۲۰). محجة العلماء (جلد ۱). تهران: بی نا.
- ۵۷) نظری، سعید و میرزایی، طاهره (۱۴۰۱). نسبت مفهومی تبادل و انصراف. پژوهش نامه متین، دوره ۲۴، شماره ۹۵. doi: 10.22034/matin.2022.194448.1466
- ۵۸) نوعی، ابراهیم (۱۳۸۶). دوری بودن شکل نخست قیاس اقترازی در کلام ابوسعید ابوالخیر و پاسخ های ابن سینا و دیگران به آن. پژوهش های فلسفی کلامی، دوره ۹، شماره ۳۴.
- ۵۹) وحید بهمانی، محمدباقر (۱۴۱۵ق). الفوائد الحائریة. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ۶۰) هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۳۳ق). بحوث فی علم الاصول (جلد ۱). قم: مؤسسه فقه و معارف اهل بیت (علیهم السلام).
- ۶۱) هاشمی، سیدهاشم (۱۳۹۸ق). تقریرات فی الاصول؛ مباحث الالفاظ (جلدهای ۱ و ۳). قم: اسماعیلیان.
- ۶۲) هایدگر، مارتین (۱۳۸۸). هستی و زمان (سیاوش جمادی، مترجم). تهران: ققنوس.

References

- 1) Abd al-Rabb 'Ebādī, Šams al-'Olamā' & Collaborators (n.d.). Nāmeḥ Dānešvarān. Qom: Dār al-Fikr [in Persian].
- 2) Anšārī, Morteżā (1385 SH). Ketāb al-Makāseb (Vols. 3 & 5). (3rd ed.). Qom: Majma' al-Fikr al-Eslāmī [in Arabic].
- 3) Anšārī, Morteżā (1415 AH). Al-Ḥāšiya 'alā Estešḥāb al-Qawānīn (Vol. 1). Qom: Al-Mo'tamar al-'Ālamī le Mīlād al-Šayḵ al-A'zam al-Anšārī [in Arabic].
- 4) Anšārī, Morteżā (1428 AH). Farā'id al-Oṣūl. Qom: Majma' al-Fikr al-Eslāmī [in Arabic].
- 5) Āštiānī, Moḥammad Ḥasan (1403 AH). Baḥr al-Fawā'id fi Šarḥ al-Farā'id (Vol. 1). Qom: Ketābkāna-ye Āyat Allāh Mar'ašī [in Arabic].
- 6) Badri, Taḥsīn (1428 AH). Mo'jam Mofradāt Oṣūl al-Feqh al-Moqāran. Tehran: Al-Mašreq le al-Ṭaqāfa wa al-Našr [in Arabic].
- 7) Borūjerdī, Moḥammad Taqī (1417 AH). Nihāyat al-Afkār. Qom: Jāme'a Modarresīn [in Arabic].
- 8) Ebn Sīnā, Abū 'Alī (1404 AH). Al-Ta'liqāt. Qom: Maktab al-E'lām al-Eslāmī [in Arabic].
- 9) Eīrwānī, Moḥammad Bāqer (1429 AH). Kifāyat al-Oṣūl fi Aslūbhā al-Ṭānī (Vol. 1). Qom: Baqīyat al-'Itra [in Arabic].
- 10) Eizutsu, Tošihiko (1398 SH). Bonyād-e Ḥekmat-e Sabzavārī [The Foundation of Sabzevari's Philosophy]. (Ġalāl al-Dīn Moġtabawī, Trans.). Tehran: Dānešgāh-e Tehran [in Persian].
- 11) Erāqī, Zīā' al-Dīn (1370 SH). Badā'i' al-Afkār fi al-Oṣūl. Najaf: Al-Maṭba'a al-'Elmīya [in Arabic].
- 12) Erāqī, Zīā' al-Dīn (1436 AH). Maqālāt al-Oṣūl (Moġtabā Maḥmūdī, Ed.). Qom: Majma' al-Fikr al-Eslāmī [in Arabic].
- 13) Fayyāḍ, Muḥammad Ishāq (1417 AH). Muḥāḍarāt fi Uṣūl al-Fiqh (Vol. 1). Qom: Mu'assasat al-Anšāriyyah. [in Arabic]
- 14) Fāzel Lankarānī, Moḥammad (1381 SH). Oṣūl Feqh Ši'a. Qom: Markaz Feqhī A'emmat al-Aṭḥār ('Alayh al-Salām) [in Persian].
- 15) Ġaravī Ešfahānī, Moḥammad Ḥosayn (1374 SH). Nihāyat al-Dirāya fi Šarḥ al-Kifāya (Vol. 1). Qom: Mo'assesa-ye Seyyed al-Šohadā' ('Alayh al-Salām) [in Arabic].
- 16) Ġilānī, 'Abdullāh (1370 SH). Al-Risālah al-muḥīṭah bi-tashkīkāt al-mantiqīyah. Tehran: Intishārāt-e Dānishgāh-e Tehran. [in Arabic]
- 17) Ḥā'eri Ešfahānī, Moḥammad Ḥosayn (1404 AH). Al-Foṣūl al-Ġorwīya fi al-Oṣūl al-Feqhīya. Qom: Dār Eḥyā' al-'Olūm al-Eslāmīya [in Arabic].
- 18) Ḥakīm, Seyyed 'Abd al-Šāḥeb (1416 AH). Montaqā al-Oṣūl (Vol. 1). Qom: Daftar Āyat Allāh Rūḥānī [in Arabic].
- 19) Ḥakīm, Seyyed Moḥammad Sa'id (1428 AH). Al-Kāfi fi Oṣūl al-Feqh (Vol. 1). Beirut: Dār al-Hilāl [in Arabic].
- 20) Ḥakīm, Seyyed Moḥammad Sa'id (1431 AH). Al-Tanqīḥ: Ta'liqa Mowsa'a 'alā Farā'id al-Oṣūl (Vol. 2). Beirut: Mo'assesa al-Ḥekma le al-Ṭaqāfa al-Eslāmīya [in Arabic].

- 21) Ḥakīm, Seyyed Moḥsen (1407 AH). Ḥaqā'eq al-Oṣūl (Vol. 1). (5th ed.). Qom: Baṣīratī [in Arabic].
- 22) Hāshimī Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd (1433 AH). Buḥūth fi 'Ilm al-Uṣūl (Vol. 1). Qom: Mu'assasat al-Fiqh wa Ma'ārif Ahl al-Bayt ('Alayhim al-Salām). [in Arabic]
- 23) Hāshimī, Sayyid Hāshim (1398 AH). Taqrīrāt fi al-uṣūl; Mabāḥith al-Alfāz (Vols. 1 & 3). Qom: Ismā'īlyyān. [in Arabic]
- 24) Haydeger, Martīn (1388 SH). Hastī wa Zamān (Sīāvash Jamādī, Trans.) [Being and Time]. Tehran: Qoqnūs. [in Persian]
- 25) Ḥelli, Ḥasan b. Yūsof (1371 SH). Al-Jawhar al-Nazīd fi Ṣarḥ Manteq al-Taḡrīd. (Moḥsen Bīdārfar, Ed.). Qom: Bīdār [in Arabic].
- 26) Ḥosaynī Milānī, Seyyed 'Alī (1428 AH). Taḥqīq al-Oṣūl. (2nd ed.). Qom: Ḥaqāyeq [in Arabic].
- 27) Ḥosaynī, Seyyed Moḥammad (1415 AH). Mo'jam al-Moṣṭalahāt al-Oṣūliya. Beirut: Mo'assesa al-Ma'āref le al-Maṭbū'āt [in Arabic].
- 28) Kāzīmī Khorāsānī, Muḥammad 'Alī (1376 SH). Fa'aid al-uṣūl (Vol. 4). Qom: Intishārāt-e Jāme'-e Mudarrisin. [in Arabic]
- 29) Klāntarī Ṭīhrānī, Abū al-Qāsim (1425 AH). Maṭāriḥ al-anzār (Vol. 3). Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī. [in Arabic]
- 30) Komeynī, Seyyed Moṣṭafā (1386 SH). Taḥrīrāt fi al-Oṣūl (Vol. 1). (2nd ed.). Qom: Mo'assesa-ye Tanzīm wa Naṣr-e Āṭār-e Emām Komeynī (Raḥmat Allāh 'Alayh) [in Arabic].
- 31) Korāsānī, Moḥammad Kāzem (1440 AH). Kifāyat al-Oṣūl (Moḡtabā Maḥmūdī, Ed.) (Vol. 1). Qom: Majma' al-Fikr al-Eslāmī [in Arabic].
- 32) Kowānsārī, Moḥammad (1401 AH). Manteq Ṣūrī (Vol. 2). Tehran: Dīdār [in Arabic].
- 33) Langarūdī, Sayyid Muḥammad Ḥasan (1376 SH). Jawāhir al-uṣūl (Vol. 1). Tehran: Mu'assasah-ye Tanzīm wa Nashr-e Āthār-e Imām Khumaynī (Raḥmatullāh 'alayh). [in Arabic]
- 34) Makārem Shirāzī, Nāṣir (1428 AH). Anwār al-uṣūl (Vol. 1). 2nd ed., Qom: Intishārāt-e Madrasah-ye Imām 'Alī ('Alayhi al-Salām). [in Arabic]
- 35) Mākūvolskī, Ā (1366 SH). Tāriḥ-e Mantīq (Farīdūn Shāyān, Trans.) [History of Logic]. 2nd ed., Tehran: Mahārat. [in Persian]
- 36) Mardāwī, 'Alā' al-Dīn (1421 AH). Al-Taḥbīr Sharḥ al-Taḥrīr fi Uṣūl al-Fiqh (Vol. 1). Riyadh: Maktabat al-Rushd. [in Arabic]
- 37) Mottaḥarī, Murtazā (1389 SH). Majmū'ah-ye Āthār (Vol. 5) [Collection of Works]. Qom: Ṣadrā. [in Persian]
- 38) Muntazirī Najafābādī, Ḥusayn 'Alī (1375 SH). Nihāyat al-uṣūl (Vol. 1). Qom: Nashr-e Ḥikmat. [in Arabic]
- 39) Mūsawī Jazā'irī, Sayyid Muḥammad (1430 AH). Taḥrīr al-uṣūl. Qom: Dā'irat al-Tablīgh al-Islāmī. [in Arabic]
- 40) Muẓaffar, Muḥammad Riḍā (1439 AH). Uṣūl al-Fiqh ('Alī Riḍā Ranjbar, Ed.). Qom: Markaz Mudirīyyat-e Ḥawzah-hā-ye 'Ilmiyyah. [in Arabic]
- 41) Najafī Iṣfahānī, Muḥammad Taqī (1429 AH). Hidāyat al-mustarshidīn fi Sharḥ

- Uṣūl Ma‘ālim al-Dīn (Vol. 1). Qom: Dā‘irat Intishārāt Jāme‘-e Mudarrisīn. [in Arabic]
- 42) Najafī Tehrānī, Hādī ibn Muḥammad (1320 SH). Muḥajjat al-‘ulamā’ (Vol. 1). Tehran: Bi-Nā. [in Arabic]
- 43) Naẓarī, Sa‘īd & Mīrzā‘ī, Ṭāhirah (1401 SH). Nisbat-e mafhūmī tabādur wa inṣirāf [The Conceptual Relationship of Tabādur and Inṣirāf]. Pazhūhesh-Nāmeḥ-ye Matīn, 24(95). doi: 10.22034/matin.2022.194448.1466. [in Persian]
- 44) Now‘ī, Ibrāhīm (1386 SH). Dūri būdan-e shakl-e naḡst qiyās-e iqtirānī dar kalām-e Abū Sa‘īd Abū al-Khayr wa pāsdokhtāy-e Ibn Sīnā wa digarān biḥ ān [The Circularity of the First Figure of Categorical Syllogism in the Speech of Abu Said Abu al-Khair and Responses of Ibn Sina and Others]. Pazhouhesh-hāye Falsafi Kalamī, 9(34). [in Persian]
- 45) Qodsimehr, Khalīl (1377 SH). Al-Furūq al-muhimmah fī al-uṣūl al-fiqhiyyah. Qom: Dār al-Tafsīr. [in Arabic]
- 46) Qummī, Mīrzā Abū al-Qāsim (1430 AH). Al-Qawānīn al-muḥkamah fī al-uṣūl al-mutaqnah (Riḍā Ḥusayn Ṣubḥ, Ed.) (Vol. 1). Qom: Iḥyā’ al-Kutub al-Islāmiyyah. [in Arabic]
- 47) Raštī, Ḥabīb Allāh (n.d.). Badā‘ī’ al-Afkār. Qom: Mo’assesa Āl al-Bayt (‘Alayhim al-Salām) [in Arabic].
- 48) Rāzī, Qoṭb al-Dīn (1390 SH). Taḥrīr al-Qawā‘ed al-Manteqīya fī Ṣarḥ al-Risāla al-Šamsiy. (Moḥsen Bīdārfar, Ed.). Qom: Bīdār [in Arabic].
- 49) Rūḥānī, Seyyed Moḥammad Ṣādeq (1382 SH). Zobdat al-Oṣūl (Vol. 1). Tehran: Ḥadīṭ-e Del [in Arabic].
- 50) Sabzevārī, Hādī (1432 AH). Ṣarḥ al-Manzūma fī al-Manteq wa al-Ḥekma. (Moḥsen Bīdār, Ed.). Qom: Manṣūrāt Bīdār [in Arabic].
- 51) Sabzevārī, Seyyed ‘Abd al-A‘lā (1376 SH). Tahdīb al-Oṣūl (Vol. 2). Qom: Mo’assesa al-Menār [in Arabic].
- 52) Ṣadr, Seyyed Moḥammad Bāqer (1440 AH). Dorūs fī ‘Ilm al-Oṣūl (Vol. 1). Qom: Markaz al-Abḥāth wa al-Dirāsāt al-Taqaṣṣūsiya le al-Šahīd al-Ṣadr [in Arabic].
- 53) Šāfi Golpāygānī, Loṭf Allāh (1428 AH). Bayān al-Oṣūl (Vol. 1). Qom: Daftar Āyat Allāh Šāfi Golpāygānī [in Arabic].
- 54) Šāleḥī Māzandarānī, Esmā‘īl (1424 AH). Meftāḥ al-Oṣūl (Vol. 1). Qom: Šāleḥān [in Arabic].
- 55) Sāmī al-Nešār, ‘Alī (1999). Al-Manteq al-Šūrī mondo Arastū ḥattā ‘Oṣūrnā al-Ḥādira [Formal Logic from Aristotle to Our Present Time]. Egypt: Dār al-Ma‘rifa al-Jāme‘īya [in Arabic].
- 56) Sīstānī, Seyyed ‘Alī (1414 AH). Menḥāj al-Šaliḥīn (Vol. 1). Qom: Daftar Āyat Allāh Sīstānī [in Arabic].
- 57) Šobḥānī, Ja‘far (1363 SH). Tahdīb al-Oṣūl (Vol. 1). Qom: Mo’assesa-ye Našr al-Eslāmī [in Arabic].
- 58) Šobḥānī, Ja‘far (1431 AH). Al-Mabsūt fī Oṣūl al-Feqh (Vol. 1). Qom: Mo’assesa Emām Ṣādeq (‘Alayh al-Salām) [in Arabic].
- 59) Tabrīzī, Mīrzā Javād (1387 SH). Dorūs fī Masā‘el ‘Ilm al-Oṣūl. Qom: Dār al-Šediqa al-Šahīda (Salām Allāh ‘Alayhā) [in Arabic].

- 60) Taqavī Eštehārdī, Ḥoseyn (1376 SH). Tanqīḥ al-Oṣūl (Vol. 1). Qom: Mo'assesa-ye Naṣr wa Tanzīm-e Āṭār-e Emām Ḳomeynī (Raḥmat Allāh 'Alayh) [in Arabic].
- 61) Waḥīd Behbahānī, Muḥammad Bāqir (1415 AH). Al-Fawā'id al-Ḥā'iriyyah. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī. [in Arabic]
- 62) Zarkashī, Badr al-Dīn (1414 AH). Al-Baḥr al-Muḥīṭ fī Oṣūl al-Feqh (Vol. 3). Beirut: Dār al-Kotobī [in Arabic].

A Jurisprudential Reinterpretation of the Legal Nature of Venture Capital Contracts: An Exploration of Hazardous (Risky) and Incompetent (Irrational) Issues in Islamic Law

Seyyed Mostafa Sa'adat Mostafavi • Associate Professor, Department of Private Law, Faculty
of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. m.mostafavi@isu.ac.ir

Taher Habibzadeh • Assistants Professor, Department of Private Law, Faculty of Islamic
Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. habibzadeh114@yahoo.com

Mohammad Taghi Pour • LLM in Private Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq
University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) mtaghipour@isu.ac.ir

Abstract

1. Introduction

Venture capital investment involves infusing capital, providing managerial services, and planning for capital exit in young, innovative, and growing companies. These distinctive characteristics separate venture capital contracts from other financial agreements. Recognized globally by leaders in both governmental and economic spheres, venture capital investment has proven crucial for economic development and technological advancement. Noteworthy examples include the semiconductor industry and companies such as Microsoft and Facebook (Meta), which have substantially benefited from venture capital investments. For instance, M12, formerly known as Microsoft Ventures, serves as Microsoft's venture capital firm, investing in startups and technological projects focused on artificial intelligence, software development, and cybersecurity. Similarly, Facebook has established an internal unit dedicated to venture capital investment in new technologies. These ventures highlight the pivotal role of venture capital contracts in driving economic progress within contemporary managerial and economic systems.

However, the agreements and regulations underlying venture capital contracts can create potential conflicts between the rights of the capital recipient



and the investor, as evidenced by studies within the US legal system. To mitigate such conflicts, there is a need to redefine the nature of these contracts in accordance with Islamic jurisprudence. In Iran, despite laws and regulations advocating for the support and development of venture capital investments, the legitimacy, validity, and nature of venture capital contracts under the Iranian legal system and Islamic jurisprudence have not been thoroughly explored. This research aims to fill this gap by refuting claims of illegitimacy, establishing the legitimacy of venture capital contracts, and demonstrating their compatibility with Islamic participation agreements while clarifying their incompatibility with other nominate contracts.

2. Research Question

The central research question of this study is: How can the nature of venture capital contracts be reinterpreted within the framework of Islamic jurisprudence to address claims of their speculative and irrational nature, thereby establishing their legitimacy and validity in both Islamic and Iranian legal systems?

3. Research Hypothesis

The hypothesis driving this research posits that venture capital contracts, when scrutinized under Islamic jurisprudence, can be deemed legitimate and valid. This legitimacy hinges on demonstrating that these contracts align with the principles of Islamic finance and jurisprudence, particularly through the framework of participation agreements. The study hypothesizes that the speculative and irrational concerns associated with venture capital contracts can be addressed by redefining their nature within the Islamic legal context, thus proving their compatibility with the principles of trade and profit-sharing recognized in Islamic law.

4. Methodology & Framework, if Applicable

This research employs a library-documentary method for data collection and a descriptive-analytical approach for data analysis. The study involves deducing, interpreting, and reasoning findings from documents, with extensive references to the texts and opinions of Islamic jurists and legal scholars. The methodological framework includes:

- Reviewing existing literature on venture capital contracts in both Western and Islamic legal contexts.

- Analyzing the principles of Islamic jurisprudence to understand the legitimacy of venture capital contracts.

- Examining the compatibility of venture capital contracts with various nominate contracts in Islamic jurisprudence, such as sale, partnership, reward, and participation agreements.

Utilizing the principles of the Qur'an, specifically the general verse "Allah has permitted trade" (Surah Al-Baqarah - 275), the rule of the Muslim market, and the principle of legitimacy to argue for the validity of venture capital contracts.

5. Results & Discussion

The study finds that venture capital contracts, despite their modern inception, can be aligned with the principles of Islamic jurisprudence, particularly through the lens of participation agreements. The key results and discussions include:

Legitimacy in Islamic Jurisprudence: The venture capital contract is legitimized by the principle of the validity of contracts and the Qur'anic verse permitting trade. This legitimacy is further supported by the rule of the Muslim market and the overarching principle of legitimacy in Islamic law.

Compatibility with Nominate Contracts: The venture capital contract shares significant similarities with the participation agreement in Islamic jurisprudence. Both contracts involve the mixing of assets, shared ownership, and management of these assets according to agreed terms. The division of profits and losses based on co-owned shares in both contracts further establishes this compatibility.

Addressing Hazardous and Irrational Claims: The speculative nature of venture capital investments, while inherent to their high-risk, high-reward paradigm, can be rationalized within Islamic jurisprudence by emphasizing the profit-sharing and risk-bearing principles foundational to Islamic finance.

Economic and Technological Impact: By legitimizing venture capital contracts within the Islamic legal framework, the study underscores their potential in fostering economic development and technological innovation, as evidenced by successful global examples.

6. Conclusion

This research concludes that venture capital contracts, while modern, can be reconciled with the principles of Islamic jurisprudence, particularly through the framework of participation agreements. By proving their legitimacy based on Islamic legal principles, the study establishes their validity within the Iranian legal system. The key findings are:

Venture capital contracts are legitimate and valid under Islamic jurisprudence, supported by the Qur'anic principles of trade and the rule of the Muslim market [Souq al-Muslimeen].

These contracts align closely with the participation agreement in Islamic jurisprudence, sharing critical elements such as asset mixing, shared ownership, and profit-loss distribution.

Addressing the speculative and irrational concerns associated with venture capital contracts can be achieved by emphasizing their alignment with the risk-sharing principles of Islamic finance.

The research highlights the significant role of venture capital contracts in economic and technological advancement, advocating for their broader acceptance and integration within Islamic legal systems.

By establishing the legitimacy and redefining the nature of venture capital contracts within Islamic jurisprudence, this study paves the way for their acceptance and utilization in fostering economic growth and innovation, particularly within Islamic countries like Iran.

Keywords: Financing, Venture Capital, Hazard, Uncertain Transaction, Irrational Transaction, Participation Agreement.

بازتعریف فقهی حقوقی ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر؛ کاوشی در شبهات غرری و سفهی بودن آن

سیدمصطفی سعادت مصطفوی • دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.
m.mostafavi@isu.ac.ir

طاهر حبیب‌زاده • استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.
habibzadeh114@yahoo.com

محمد تقی پور • دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)
mtaghypour@isu.ac.ir

چکیده

اقتصاد و بازارهای جدید جهان با محوریت اختراع ابزارها، فناوری‌های نوین و ایده‌های نوآورانه سامان یافته است، لذا مخترعان با تجاری‌سازی اختراعات خود از پیشگامان اقتصاد دنیای امروز محسوب می‌شوند. تجاری‌سازی اختراعات و ایده‌های نوین همواره با عدم دسترسی به منابع مالی کافی و فقدان تجربه و اعتبار تجاری مخترعان همراه بوده است. از دیگر سوی، سرمایه‌گذاری در این خصوص به دلایل اقتصادی متعدد دارای خطرات مالی بالاست، که رغبت سرمایه‌گذاران را در این راستا به شدت کاهش می‌دهد. «قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر» مکانیسم و نمونه قراردادی است که با هدف حل چالش‌های پیش‌گفته در دهه ۱۹۴۰ میلادی در نظام حقوقی آمریکا ابداع شد، و به سایر نظام‌های حقوقی و اقتصادی از جمله نظام حقوقی ایران وارد شد. به طور کلی، قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر یکی از انواع قراردادهای سرمایه‌گذاری جهت تأمین مالی شرکت‌های دانش‌بنیان و کسب‌وکارهای نوپا است که خطر بالایی در بازگشت سرمایه سرمایه‌گذار دارد. باری، در نگاه اول به نظر می‌رسد که قرارداد مذکور به دلیل خطر مالی بالا و البته غیرعقلایی بودن خطرات مالی آن، در زمره معاملات غرری و سفهی جای گرفته و نامشروع باشد. از این روی، با عنایت به جایگاه مهم قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر در اقتصاد، می‌بایست ماهیت آن در فقه امامیه و حقوق ایران روشن گردد؛ پژوهش حاضر با این هدف و با روش توصیفی تحلیلی تدوین شده است تا در نخستین گام مشروعیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر و به تبع آن صحت آن را در فقه امامیه اثبات کند و آنگاه ماهیت قرارداد مذکور را با محوریت فقه امامیه و حقوق ایران بازتعریف نماید.

واژگان کلیدی: تأمین مالی، سرمایه‌گذاری خطرپذیر، غرر، معامله غرری، معامله سفهی، عقد شرکت.



مقدمه

سرمایه‌گذاری خطرپذیر به معنای سرمایه‌گذاری در شرکت‌های جوان، نوآور و در حال رشد است که ذیل سه اقدام وارد کردن سرمایه، ارائه خدمات مدیریتی و خروج سرمایه صورت می‌گیرد. این سه ویژگی باعث تمایز این قرارداد از دیگر قراردادهای تأمین مالی شده است (هاشمی نکو و سازگاری اردکانی، ۱۳۹۵، ص. ۸۳). رهبران دولتی و اقتصادی جهان دریافته‌اند که سرمایه‌گذاری خطرپذیر عامل مهمی در ارتقای توسعه اقتصادی و پیشرفت فناوری است (Meggison, 2005, p. 89). صنایع جدید مانند صنعت نیمه‌رساناها و شرکت‌هایی مثل مایکروسافت و فیس‌بوک (با نام تجاری جدید متا^۱) از مهم‌ترین مثال‌های ارتباط میان سرمایه‌گذاری خطرپذیر و پیشرفت اقتصادی هستند (آگمون و شوگرن، ۱۳۹۶، ص. ۱۹). برای مثال، شرکت سرمایه‌گذاری خطرپذیر M12 که در گذشته با نام Microsoft Ventures شناخته می‌شد، شرکت سرمایه‌گذاری خطرپذیر شرکت مایکروسافت است که در راستای توسعه هوش مصنوعی، توسعه نرم‌افزارها و امنیت سایبری نسبت به سرمایه‌گذاری خطرپذیر در طرح‌های نوپا و فناورانه اقدام می‌کند (Gonzalez, 2023). شرکت فیس‌بوک نیز یک واحد داخلی برای سرمایه‌گذاری خطرپذیر در فناوری‌های جدید ایجاد کرده است (Cherney, 2020). در ایران نیز شرکت‌های سرمایه‌گذاری خطرپذیر با انعقاد قرارداد موضوع پژوهش در کسب‌وکارهای نوپا و نوآورانه‌ای مثل فلای تودی، همراه‌مکانیک، جاجیگا، دان، مکعب سبز سپاهان و غیره سرمایه‌گذاری کرده‌اند (انجمن صنفی کارفرمایان صندوق‌ها و نهادهای سرمایه‌گذاری خطرپذیر کشور، ۱۴۰۱، صص. ۴۰ و ۵۷). این مسأله موجب می‌شود تا قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر یکی از عوامل مهم پیشرفت اقتصادی در نظامات جدید مدیریتی و اقتصادی باشد.

توافقات و قواعد ذیل قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر موجب تحقق تعارض‌هایی میان حقوق سرمایه‌پذیر و سرمایه‌گذار می‌شود که این موضوع مطابق پژوهش‌هایی در نظام حقوقی آمریکا اثبات شده است (Kaplan & Strmberg, 2002, p. 44). برای جلوگیری از تحقق این تعارضات در نظام حقوقی ایران باید ماهیت این قراردادها مطابق فقه و حقوق موضوعه ایران بازتعریف شود. در اهمیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر در نظام حقوقی ایران باید توجه داشت که بسیاری

قوانین و مقررات ایران مانند بند ۱۸ سیاست‌های کلی تولید ملی، حمایت از کار و سرمایه ایرانی ابلاغی ۱۳۹۱/۱۱/۱۴ مقام معظم رهبری^۱، بند ۳ ماده ۴۰ و جزء ۶ از بند «و» ماده ۲۱ قانون برنامه پنج‌ساله چهارم توسعه جمهوری اسلامی ایران، بند «ی» ماده ۱۸^۲ و بند «الف» ماده ۱۵۱^۳ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران، بند «الف» تبصره ۴ قانون بودجه سال ۱۳۸۴ کل کشور^۴، ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی بند «الف» تبصره ۴ قانون بودجه سال ۱۳۸۵ کل

۱. «حمایت از محققان و سرمایه‌گذاران و تشویق ورود سرمایه‌های ایرانی به حوزه‌های سرمایه‌گذاری خطرپذیر متضمن تحقیق و توسعه با تأسیس صندوق‌های شراکت یا ضمانت برای سرمایه‌گذاری در این حوزه».
۲. «ماده ۴۰- دولت موظف است در جهت ارتقای سطح و جذب فناوری‌های برتر در بخش‌های مختلف اقتصادی، اقدام‌های ذیل را در برنامه چهارم به عمل آورد: ... ۳- به سرمایه‌گذاری بنگاه‌های غیردولتی از طریق سرمایه‌گذاری‌های مشترک، ایجاد و توسعه نهادهای تخصصی، تأمین مالی فناوری و صنایع نوین از قبیل نهاد مالی سرمایه‌گذاری خطرپذیر کمک نماید».
۳. «ماده ۲۱- دولت موظف است سند ملی توسعه بخش‌های صنعت و معدن را با توجه به مطالعات استراتژی توسعه صنعتی کشور ظرف مدت شش ماه از تاریخ تصویب این قانون با محوریت توسعه رقابت‌پذیری مبتنی بر توسعه فناوری و در جهت تحقق هدف رشد تولید صنعتی و معدنی متوسط سالانه یازده و دودهم درصد (۱۱/۲٪) و رشد متوسط سرمایه‌گذاری صنعتی و معدنی شانزده و نهم درصد (۱۶/۹٪) به گونه‌ای که سهم بخش صنعت و معدن از تولید ناخالص داخلی از چهارده درصد (۱۴٪) در سال ۱۳۸۳، به شانزده و دودهم درصد (۱۶/۲٪) در سال ۱۳۸۸ و صادرات صنعتی از رشد متوسط سالانه چهارده و هشتم درصد (۱۴/۸٪) برخوردار گردد، تهیه [کند] و محورهای ذیل را به اجرا درآورد: ... و - برای تجهیز منابع لازم در توسعه صنعتی و معدنی: ۶- اصلاح اساسنامه صندوق بیمه فعالیت‌های معدنی و صندوق حمایت از توسعه و تحقیقات صنعت الکترونیک در جهت تقویت و توسعه نهادهای پوشش‌دهنده مخاطرات سرمایه‌گذاری بخش خصوصی در زمینه اکتشاف مواد معدنی و سرمایه‌گذاری خطرپذیر در صنایع نوین».
۴. «ایجاد فرصت‌های شغلی مناسب برای نخبگان و استعدادها برتر متناسب با تخصص و توانمندی‌های آن‌ها و اولویت‌های کشور با حمایت از سرمایه‌گذاری‌های خطرپذیر جهت تبدیل دانش فنی به محصول قابل ارائه به بازار کار».
۵. «به منظور حمایت از سرمایه‌گذاری خطرپذیر در صنایع نوین به دولت اجازه داده می‌شود بخشی از سرجمع کل تسهیلات اعطایی سالانه به بخش‌های خصوصی و تعاونی که در قالب اعتبارات وجوه اداره‌شده برای صنایع نوین در بودجه‌های سالانه منظور می‌شود شامل سود و کارمزد تسهیلات اعطایی را مورد بخشودگی قرار دهد».
۶. «به منظور حمایت از سرمایه‌گذاری خطرپذیر در صنایع نوین، اجازه داده می‌شود حداکثر پنجاه درصد (۵۰٪) از تسهیلات اعطایی در قالب اعتبارات طرح‌های کمک به توسعه صنایع نوین و کمک به ایجاد واحدهای نمونه طراحی و تولید تراشه در صنعت میکروالکترونیک در قالب برنامه کمک‌های فنی و اعتباری به بخش خصوصی و تعاونی شامل اصل، سود و کارمزد تسهیلات اعطایی در چهارچوب آیین‌نامه‌ای که بنا به پیشنهاد مشترک سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و وزارت صنعت، معدن و تجارت به تصویب هیئت وزیران خواهد رسید، بلاعوض گردد».

کشور مصوب هیئت وزیران^۱ و دیگر قوانین و مقررات مربوط بر ضرورت حمایت و توسعه سرمایه‌گذاری خطرپذیر تأکید کرده‌اند. به‌رغم قوانین و مقررات یادشده و کاربرد فراوان قرارداد مورد بحث در عرف تجاری کشور، باید اذعان داشت که مشروعیت، صحت و ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه از منظر فقهی و حقوقی مورد مذاقه قرار نگرفته که پژوهش حاضر با هدف برطرف کردن این نقص تدوین شده است.

نکته دیگر اینکه، قانون تجارت ایران در قراردادهای تجاری تنها به قراردادهای دلالی، حق‌العمل‌کاری، قرارداد حمل‌ونقل، قائم‌مقام تجاری، نمایندگی تجاری و ضمانت پرداخته است. قانون یادشده به قراردادهای سرمایه‌گذاری و سرمایه‌گذاری خطرپذیر توجه نداشته و در خصوص آن‌ها وضع قاعده نکرده است، اما بند ۱ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی^۲ به سرمایه‌گذاری (به‌صورت عام) به‌منابه قرارداد اشاره کرده و هیچ تعریفی از آن ارائه نداده و ویژگی‌های آن را بیان نکرده است. این در حالی است که قراردادهای سرمایه‌گذاری و به‌طور خاص قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر، یکی از انواع قراردادهای مهم و کاربردی تجارت اشخاص حقیقی و حقوقی در اقتصاد دانش‌بنیان شمرده می‌شوند که باید ماهیت، احکام و آثار آن‌ها تبیین شود. از سوی دیگر، تعیین ماهیت حقوقی قراردادهای موضوع پژوهش موجب تعیین احکام و قواعد حاکم بر آن‌ها می‌شود که این موضوع نیز در نظام حقوقی و حاکمیت شرکتی ایران مغفول مانده است.

تبیین مشروعیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر در فقه امامیه مقدمه واجب اثبات صحت آن قرارداد در فقه و نظام حقوقی ایران است که از این طریق باید قیود و حدود مشروعیت آن قرارداد نیز مشخص شود. این در حالی است که تاکنون در ادبیات فقهی و حقوقی کشور مشروعیت

۱. «ماده ۱- در این آیین‌نامه اصطلاحات زیر در معانی مشروح زیر به کار می‌روند: الف- سرمایه‌گذاری خطرپذیر: سرمایه‌گذاری [ای] است که در معرض خطر یک یا همه موارد زیر باشد.

۱- خطر ناشی از ناکامی در فرایندهای تجاری‌سازی فناوری‌ها یا محصولات حاوی فناوری نوین. ۲- خطر ناشی از سرعت بالای تحولات در فناوری‌های نوین. ۳- خطر ناشی از شرایط تحریم. ۴- خطر ناشی از عدم دسترسی به فناوری و دانش لازم طی انجام طرح مطابق با پیش‌بینی‌های اولیه.»

۲. «۱- داوری اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل‌ونقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه‌گذاری، همکاری‌های فنی، نمایندگی، حق‌العمل‌کاری، پیمان‌کاری و فعالیت‌های مشابه مطابق مقررات این قانون صورت خواهد پذیرفت.»

قرارداد یادشده بررسی و تبیین نشده است. گام بعدی پژوهش، تبیین ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر است تا پس از تعیین تکلیف ماهیت این قرارداد، مقررات‌گذاری‌ها و قراردادهای میان اشخاص مطابق این ماهیت و با عنایت به قواعد تکمیلی و آمره انجام و تنظیم شود. شایان توجه است که اندیشمندان علم مدیریت مالی پژوهش‌هایی در راستای اثبات ماهیت جعاله و مضاربه قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر انجام داده‌اند.

با عنایت به شرح بالا، پژوهش حاضر نسبت به رد شبهات نامشروع بودن قرارداد مورد بحث، اثبات مشروعیت آن و اثبات مطابقت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر با عقد شرکت ضمن بیان عدم مطابقت آن با دیگر عقود معین اقدام کرده است.

پیشینه پژوهش: برخی اندیشمندان برای تحلیل قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر، تلاش‌هایی کرده و تقریراتی داشته‌اند، اما هیچ‌کدام به مسائل مورد نظر پژوهش حاضر نپرداخته‌اند. شایان توجه است که در پیشینه پژوهش حاضر، پژوهش‌های زیادی در حوزه علوم مدیریت مالی و اقتصاد انجام شده است که با عنایت به رویکرد فقهی و حقوقی پژوهش حاضر و مسأله بازتعریف ماهیت قرارداد مورد بحث، هیچ تناسبی با این پژوهش ندارند و به‌عبارت‌دیگر، پیشینه موضوع پژوهش حاضر شمرده نمی‌شوند. با این حال، در ادامه، پژوهش‌های مربوط مورد نقد و بررسی قرار گرفته‌اند.

سلطانی و اعظم‌پور در مقاله «توافقات کنترل در قراردادهای سرمایه‌گذاری خطرپذیر» (۱۳۹۸)، توافقات سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر برای کنترل کسب‌وکار موضوع سرمایه‌گذاری را با عنایت به قوانین و مقررات حاکم بر حقوق موضوعه ایران مورد بررسی قرار داده‌اند. تمایز پژوهش حاضر با پژوهش سلطانی و اعظم‌پور در بررسی ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر، رویکرد فقهی در تحلیل موضوع، بررسی شبهات غرر و سفهی بودن قرارداد مورد بحث است که مقاله سلطانی و اعظم‌پور هیچ‌کدام از این مباحث و رویکردها را مورد توجه قرار نداده است.

رفیعی در پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد با عنوان ماهیت حقوقی قراردادهای تجاری‌سازی دارایی فکری با تمرکز بر سرمایه‌گذاری خطرپذیر (۱۳۹۹)، مسأله تبیین ماهیت حقوقی قرارداد مورد بحث را بررسی کرده و در این راستا کوشیده است تا مشکلات موجود در مسیر تجاری‌سازی اختراعات را حل کند. پایان‌نامه یادشده، انواع سرمایه‌گذاری خطرپذیر را بیان و

در نهایت، ویژگی‌های آن را توصیف کرده است. پژوهش حاضر با پایان‌نامه رفیعی در رویکرد فقهی، بازتعریف قرارداد مورد بحث مطابق عقد شرکت، بررسی شبهات مشروعیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر در خصوص غرر و سفهی بودن آن متمایز است و نوآوری دارد. نعمتی کلکانی در پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد خود با عنوان مطالعه تطبیقی سرمایه‌گذاری خطرپذیر در حقوق انگلستان و ایران (۱۳۹۸)، مباحث مختلفی از جمله تاریخچه، مفهوم، ساختار، قوانین و مقررات قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر را با رویکرد تطبیقی میان حقوق انگلستان و ایران مورد بررسی قرار داده است. پژوهش حاضر با پایان‌نامه نعمتی کلکانی از این نظر متمایز است که دارای رویکرد تطبیقی میان حقوق ایران و فقه امامیه است، بر بازتعریف ماهیت قرارداد مورد بحث تمرکز دارد و به شبهات فقهی غرر و سفهی بودن قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر می‌پردازد.

امیری و قلیچ در مقاله «رهیافتی ریاضی بر استراتژی خروج در الگوی سرمایه‌گذاری خطرپذیر اسلامی» (۱۳۹۸)، پژوهشی در علم مدیریت مالی انجام داده و با رویکرد ریاضی، الگوی اسلامی برای خروج سرمایه‌گذار خطرپذیر از قرارداد سرمایه‌گذاری ارائه کرده‌اند. مقاله یادشده تنها یکی از ویژگی‌های قرارداد مورد بحث را بررسی کرده و به تحلیل ماهیت سرمایه‌گذاری خطرپذیر نپرداخته است. تمایز پژوهش حاضر با مقاله امیری و قلیچ عبارت از رویکرد فقهی و حقوقی، بازتعریف ماهیت قرارداد مورد بحث، عدم رویکرد ریاضی، عدم تمرکز بر خروج سرمایه‌گذار و پاسخ به شبهات عدم مشروعیت قرارداد نام‌برده است.

اهداف و نوآوری پژوهش: اهداف و نوآوری پژوهش حاضر عبارت از پاسخ به شبهات غرری و سفهی بودن و عدم مشروعیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر در فقه امامیه، تمرکز بر مباحث فقه امامیه در کنار مباحث حقوقی و بازتعریف ماهیت قرارداد یادشده با عنایت به مبانی و قواعد فقهی و حقوقی است که این موارد در هیچ‌یک از پژوهش‌های داخلی و خارجی انجام‌شده در خصوص سرمایه‌گذاری خطرپذیر دیده نمی‌شود.

روش پژوهش: جمع‌آوری اطلاعات و داده‌های پژوهش با روش کتابخانه‌ای اسنادی صورت گرفته و تحلیل داده‌ها نیز با روش توصیفی-تحلیلی انجام شده است. این پژوهش از طریق استنباط، تفسیر و استدلال مطالب یافت‌شده در اسناد و رجوع گسترده به متن و اقوال فقها و حقوق‌دانان صورت گرفته است.

۱. تعریف و ویژگی‌های اساسی قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر

مقدمه واجب استنباط مشروعیت و ماهیت قرارداد موضوع پژوهش، بررسی تعریف و ویژگی‌های اساسی قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر است. در این راستا، بخش حاضر از پژوهش به بررسی تعاریف ارائه‌شده از قرارداد یادشده و ویژگی‌های ذاتی آن اختصاص یافته است.

۱.۱. تعریف

قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر یکی از انواع قراردادهای سرمایه‌گذاری در راستای تأمین مالی شرکت‌های دانش‌بنیان و کسب‌وکارهای نوپاست که تعاریف متعددی از آن ارائه شده است. بسیاری از تعاریف ارائه‌شده از قراردادهای یادشده با ادبیات غیرحقوقی بیان شده است و ماهیت این قراردادها را مشخص نمی‌کند. به‌رغم این موضوع، بررسی تعاریف ارائه‌شده در خصوص قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر برای استنباط مشروعیت و ماهیت آن ضروری است.

پیش از بررسی تعاریف قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر باید توجه داشت که در فقه امامیه تعریف به جمله‌ای اطلاق می‌شود که ماهیت موضوع را بیان کند و فقها نیز تعریف مطلوب را تعریف مفهوم به حد تام (بیان ذاتیات مفهوم) دانسته‌اند (مروج، ۱۳۷۹، ص. ۱۰۵). در این راستا، بخش حاضر از پژوهش به استخراج ذاتیات ماهوی قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر اختصاص می‌یابد تا با عنایت به این ذاتیات ماهوی، مشروعیت و ماهیت قرارداد موضوع پژوهش تحلیل شود.

با عنایت به مبنای قرارداد موضوع پژوهش در حقوق آمریکا، در خصوص تعریف لفظی سرمایه‌گذاری خطرپذیر باید گفت که عبارت یادشده در زبان انگلیسی ترجمه عبارت « Venture Capital» است. Venture Capital به معنای بولی است که در شرکتی نوپا سرمایه‌گذاری می‌شود تا به توسعه آن کمک کند. این سرمایه‌گذاری توأم با پذیرش خطرات عدم بازگشت سرمایه است (Oxford, 2023).

در تعریف اصطلاحی سرمایه‌گذاری خطرپذیر تعاریف متعددی از جانب اندیشمندان علوم مدیریت و حقوق، اسناد بین‌المللی و قوانین و مقررات مختلف ارائه شده است. یکی از مهم‌ترین

تعاریف بیان‌شده در جوامع بین‌المللی را سازمان جهانی همکاری و توسعه اقتصادی^۱ ارائه کرده است. سازمان یادشده سرمایه‌گذاری خطرپذیر را نوعی تأمین مالی معرفی کرده که برای تأمین مالی طرح‌های پرخطر و نوآور و نیز مدیریت آن‌ها ابداع شده است. شرکت‌هایی که هدف سرمایه‌گذاری خطرپذیر هستند، شرکت‌های نوپا هستند که این نوع سرمایه‌گذاری درصدد رشد آن‌هاست (OECD, 1996). ارکان این تعریف در بیان دیگر اندیشمندان از تعریف قرارداد موضوع پژوهش مورد استفاده قرار گرفته است (زایسبرگر، پراول، وایت، ۱۴۰۰، ص. ۳۴؛ سلطانی و اعظم‌پور، ۱۳۹۸، صص. ۲۰۵-۲۰۶).

افزون‌بر تعاریف فوق، ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی بند «الف» تبصره ۴ قانون بودجه سال ۱۳۸۵ کل کشور^۲ و بند «ه» ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از شرکت‌ها و مؤسسات دانش‌بنیان و تجاری‌سازی نوآوری‌ها و اختراعات مصوب ۱۳۹۱ هیئت وزیران^۳ (که آیین‌نامه یادشده با استناد به ماده ۱۳ قانون فوق تصویب شده است) نیز سرمایه‌گذاری خطرپذیر را تعریف کرده‌اند که در آن‌ها بر خطر سرمایه‌گذاری در بازگشت سرمایه تأکید زیادی شده و این خطر به‌عنوان ویژگی ذاتی قرارداد مورد بحث قلمداد شده است.

این تعاریف، ویژگی‌های ذاتی و ارکان قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر را مشخص می‌کنند. این موضوع در تحلیل مشروعیت و ماهیت آن قرارداد جایگاه ویژه‌ای دارد که در ادامه بررسی خواهد شد.

۲.۱. ویژگی‌های اساسی

هر مفهومی و قراردادی دارای ویژگی‌های اساسی و ارکان ذاتی است که سبب تمایز آن از دیگر

1. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)

۲. «سرمایه‌گذاری [ای] است که در معرض خطر یک یا همه موارد زیر باشد.

۱- خطر ناشی از ناکامی در فرایندهای تجاری‌سازی فناوری‌ها یا محصولات حاوی فناوری نوین. ۲- خطر ناشی از سرعت بالای تحولات در فناوری‌های نوین. ۳- خطر ناشی از شرایط تحریم. ۴- خطر ناشی از عدم دسترسی به فناوری و دانش لازم طی انجام طرح مطابق پیش‌بینی‌های اولیه.»

۳. «سرمایه‌گذاری در شرکت‌های جوان و نوپا که مبتنی بر فناوری و نوآوری شکل گرفته [اند] و در معرض ریسک‌های بالا و غیرمتعارف می‌باشند و بر اساس ارزیابی‌های کارشناسی دارای رشد فراوان در آینده خواهند بود.»

مفاهیم می‌شود. این ویژگی‌های اساسی باید در تعاریف حد تام بیان شوند تا تعریف جامع و مانع باشد (انتظام، ۱۳۹۶، ص. ۲۶). مشروعیت و ماهیت مفهوم قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر نیز باید با محوریت ویژگی‌های ذاتی آن مفهوم تحلیل شود که این بخش از پژوهش به احصای ویژگی‌های یادشده اختصاص یافته است.

با عنایت به این مهم و حسب تعاریف ارائه‌شده از قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر باید گفت که ویژگی‌های ذاتی قرارداد یادشده به شرح زیر است.

الف. تأمین مالی: یکی از ویژگی‌های ذاتی و مهم این قرارداد سرمایه‌گذاری و تأمین مالی است (Metrick & Yasuda, 2021, p. 1؛ امیری، قلیچ، ۱۳۹۸، ص. ۲۰۴).

ب. موضوع سرمایه‌گذاری: موضوع سرمایه‌گذاری خطرپذیر عبارت از شرکت‌های دانش‌بنیان، کسب‌وکارهای فناوری‌محور و نوپاست (هاشمی نکو و سازگاری اردکانی، ۱۳۹۵، ص. ۸۳). برای مثال، باید گفت که امروزه مهم‌ترین فناوری جدید و نوپا در جهان هوش مصنوعی است که تا سال ۲۰۲۰، دوسوم سرمایه‌گذاری‌های خطرپذیر جهان به توسعه آن اختصاص یافته است (OECD, 2021, p. 5).

ج. مدیریت شرکت یا کسب‌وکار: یکی دیگر از ویژگی‌های ذاتی و اساسی سرمایه‌گذاری خطرپذیر، مدیریت شرکت دانش‌بنیان یا کسب‌وکار نوآورانه موضوع سرمایه‌گذاری توسط سرمایه‌گذار به علت خطر بالای این قراردادها و عدم توانایی سرمایه‌پذیر در تودیع وثیقه است (Cooiman, 2022, p. 586). این موضوع وجه تمایز قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر از دیگر قراردادهای سرمایه‌گذاری شمرده می‌شود (جبل‌عاملی و آزادگان مهر، ۱۳۸۹، ص. ۱۵؛ گودرزی و باقری، ۱۳۹۶، ص. ۴۵). این ویژگی به‌مثابه قلب سرمایه‌گذاری خطرپذیر (Pearce & Barnes, 2006, p. 40) و راهکار بسیار مهم در راستای موفقیت شرکت یا کسب‌وکار موضوع سرمایه‌گذاری خطرپذیر مورد توجه است (Kaplan & Strmberg, 2002, p. 44; OECD, 1996, p. 5; Tykvova, 2007, p. 65). البته مطالعات تجربی انجام‌شده حاکی است که در برخی موارد، این قواعد کنترلی قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر موجب کاهش بهره‌وری کسب‌وکار موضوع سرمایه‌گذاری شده است (Balz et al, 2023, p. 384).

د. خروج سرمایه‌گذار: یکی از ویژگی‌های مهم قرارداد موضوع پژوهش، خروج سرمایه‌گذار از

فرایند سرمایه‌گذاری است که سرمایه‌گذار از این طریق سود خود را دریافت یا از ضرر بیشتر جلوگیری می‌کند (OECD, 1996, p. 5; متریک و یاسودا، ۱۳۹۱، ص. ۳). برخی اندیشمندان معتقدند که هدف سرمایه‌گذار خطرپذیر خروج با حداکثر بازدهی و سود است (Ferreira & Pereira, 2021, p. 780).

ه. خطر مالی بازگشت سرمایه: نکته حائز اهمیت اینکه، ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی بند الف تبصره ۴ قانون بودجه سال ۱۳۸۵ کل کشور و بند هـ ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از شرکت‌ها و مؤسسات دانش‌بنیان و تجاری‌سازی نوآوری‌ها و اختراعات، پرخطر بودن سرمایه‌گذاری و ریسک بالای بازگشت سرمایه را نیز جزو ویژگی‌های ذاتی قرارداد موضوع پژوهش عنوان کرده‌اند. این موضوع موجب می‌شود تا در نظام حقوقی ایران، ریسک عرفی بالا در قرارداد مورد بحث نیز یکی از ویژگی‌های ذاتی قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر شمرده شود.

۲. مشروعیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر

پیش از بررسی ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر باید مشروعیت آن با توجه به مبانی فقهی بررسی شود. بررسی مشروعیت قرارداد موضوع پژوهش به معنای تدقیق در حکم وضعی و تکلیفی قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر از منظر فقه امامیه است. اهمیت این موضوع عبارت از این است که در فقه امامیه قراردادهای فاقد مشروعیت باطل قلمداد می‌شوند و غیرمشروع بودن قرارداد با استناد به اصل ۴ قانون اساسی^۱، مواد ۲۱۵، ۲۱۷ و ۶۵۴ قانون مدنی و دیگر اصول حقوقی موجب بطلان آن قرارداد در نظام حقوقی ایران نیز هست.

۱. «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است».

۲. «مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلانی مشروع باشد».

۳. «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود، ولی اگر تصریح شده باشد، باید مشروع باشد والا معامله باطل است».

۴. «قمار و گرویندی باطل و دعاوی راجع به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد، جاری است».

در این بخش از پژوهش، افزون بر بررسی شبهات غرر و معاملات سفهی که مربوط به عدم مشروعیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر است، ادله مشروعیت قرارداد یادشده در فقه امامیه نیز بحث و بررسی خواهد شد.

۱.۲. شبهه غرری بودن قرارداد

یکی از مهم‌ترین مطالب در مشروعیت و ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر، شبهه غرری بودن قرارداد یادشده است. اهمیت این موضوع از لحاظ تناسب ظاهری قرارداد یادشده با معاملات غرری در فقه امامیه به علت خطر معاملاتی و احتمال بالای عدم بازگشت سرمایه در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر است.

غرر در لغت عربی به معنای خطر و مخاطره‌ای نزدیک به هلاکت معنا شده است (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۳۴۶؛ زمخشری، ۱۹۷۹م، ص ۴۴۸؛ مصطفی، ۱۹۸۹م، ج ۲، ص ۶۴۸). در اصطلاح نیز غرر به معنای کاری است که عاقبت آن از جهت تحقق یا عدم تحقق مجهول باشد (جرجانی، ۱۳۷۰، ۶۹؛ ابن منظور، بی تا، ج ۵، صص ۱۱-۱۵).

فقهای امامیه ادعای اجماع بر این موضوع دارند که علم به ثمن و مبیع در عقد بیع و به‌طورکلی، علم به موضوع عقد در تمام عقود از شرایط صحت معامله و جهل به موضوع عقد موجب بطلان قرارداد است. یکی از مهم‌ترین ادله فقهای امامیه بر این موضوع، ادله شرعی نهی غرر در معامله است (نجفی، بی تا، ج ۲۲، ص ۴۱۷).

غرر در همه قراردادهای و معاملات امکان‌جریان دارد و برخی فقهای امامیه در مباحثی به مثال بیع غرری اشاره کرده و آن را عبارت از بیع مخاطره‌آمیز دانسته‌اند مانند فروش پرنده در آسمان قبل از صید شدن (نراقی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۲۹) یا فروش شیر در پستان حیوان که هنوز مقدار آن مجهول است (شهید ثانی، بی تا، ص ۵۴۱). شبهه غرر قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر از این رو شایان طرح است که در این قرارداد مقدار سود یا زیان سرمایه‌گذار مشخص نیست و معمولاً بازگشت اصل سرمایه وی نیز احتمال پایینی دارد.

نکته حائز اهمیت در غرر عبارت از این است که در نظر برخی فقهای متأخر، جهلی که مستلزم خطر برای یک طرف یا طرفین قرارداد باشد، موجب غرری شدن قرارداد و به تبع آن، بطلان قرارداد می‌شود (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص ۳۱۸). همچنین، فقهای امامیه مناط و معیار تحقق

جهل و خطر ناشی از آن در قرارداد را نظر عرف دانسته‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۲۰).

حکم وضعی غرر نیز بطلان معامله است (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص. ۳۹۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۲۶۴). فقهای امامیه دلیل بطلان معاملات غرری را نهی رسول‌الله (صلی‌الله‌علیه‌وآله) از انعقاد معاملات یادشده بیان کرده‌اند که روایت بیان‌شده در نظر این فقها صحیح‌السند است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص. ۵۵؛ خمینی، ۱۳۹۲ب، ج ۲، ص. ۴۲۵؛ نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳، ص. ۳۵۶؛ ابن بابویه، بی‌تا، ج ۲، ص. ۴۵؛ ابن‌ابی‌جمهور، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص. ۲۴۸؛ امام‌رضا (علیه‌السلام)، ۱۴۰۶ق، ص. ۸۳).

در خصوص رفع صفت غرر از معامله اشخاص در قانون مدنی ایران وضع خاصی حاکم است که ناشی از احکام فقه امامیه است. این موضوع در ماده ۲۱۶ قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته که علم تفصیلی به مورد معامله را لازمه صحت عقد دانسته و علم اجمالی را نیز در برخی موارد موجب صحت عقد دانسته است (صفایی، ۱۳۹۱، ص. ۴۴). در این راستا، برخی فقهای امامیه برای منتفی شدن جهل به موضوع در قراردادها، علم اجمالی را کافی دانسته‌اند و جهل نسبت به باقی‌مانده موضوع را قابل چشم‌پوشی می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، صص. ۲۶۵-۲۶۶؛ خوبی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۳). در راستای انتفای غرر به موجب علم اجمالی، ادله روایی متعددی در کتاب‌های فقهی مورد استناد قرار گرفته است (ابن بابویه، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص. ۲۲۳؛ مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۷، ص. ۱۱۶؛ طوسی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص. ۱۰۴).

در خصوص خطر موضوع قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر باید گفت که قراردادهای یادشده برای تأمین مالی کسب‌وکارهای فناورانه منعقد می‌شوند که کسب‌وکارهای نام‌برده در اغلب موارد از کسب‌وکارهای نوپا هستند. بنا بر پژوهش‌های صورت‌گرفته در علم مدیریت، حدود ۴۰ درصد این کسب‌وکارها در سال نخست فعالیت تجاری و حدود ۹۰ درصد آن‌ها در ۱۰ سال نخست فعالیت تجاری خود با شکست جدی و انحلال مواجه می‌شوند (عشقی و همکاران، ۱۳۹۵، ص. ۳۲). این خطر هیچ ارتباطی با جهل در ارکان قرارداد یا خطر مربوط به اصل قرارداد ندارد. به عبارت دیگر، خطر موضوع قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر مربوط به آینده شرکت یا کسب‌وکار موضوع قرارداد است و هیچ ارتباطی با اصل قرارداد یادشده و ارکان آن ندارد. برای مثال، اگر در قرارداد سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار وجهی را به سرمایه‌پذیر پرداخت کند، اما میزان سهم‌الشرکه

وی در شرکت سرمایه‌پذیر مشخص نباشد، این قرارداد مجهول، خطرآفرین و در نتیجه، غرری است، اما اگر در این مثال، سهم‌الشرکه سرمایه‌گذار تعیین و شرکت سرمایه‌پذیر ورشکسته شود، این خطر ناشی از ورشکستگی ارتباطی با قرارداد سرمایه‌گذاری ندارد و موضوعی ثانویه و مستقل شمرده می‌شود. از این رو قرارداد سرمایه‌گذاری را مخاطره‌آمیز یا غرری نمی‌کند.

باید توجه داشت که خطر در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر به معنای خطر مالی^۱ و احتمال ایجاد وضعیت عدم توانایی واحد تجاری برای بازپرداخت دیون و تسهیلات در آینده به علت شرایط اقتصادی و تجاری است (کاردان و همکاران، ۱۳۹۵، ص. ۱۱۴)، اما خطر در معنای فقهی و حقوقی به معنای جهل در ارکان قرارداد، تدلیس و غرر است که این موضوع دلیلی بر تفاوت ماهوی خطر موضوع قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر با خطر در مسأله فقهی غرر و خروج عنوان خطر و غرر از قرارداد موضوع پژوهش است.

افزون بر مطالب بیان شده، اگر قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر مشمول جهل و غرر به معنای فقهی و حقوقی نیز باشد، اگر موضوعی موجب تحقق علم اجمالی در قرارداد بیان شده شود یا قرارداد منضم به موضوعی معلوم شود، غرر نیز منتفی و قرارداد موضوع پژوهش از منظر فقه امامیه صحیح تلقی می‌شود. علم اجمالی یادشده در عرف قراردادهای سرمایه‌گذاری خطرپذیر وجود دارد و سرمایه‌گذاران پیش از انعقاد قرارداد نسبت به بررسی شرایط شرکت یا کسب‌وکار موضوع سرمایه‌گذاری، قابلیت پیشرفت اقتصادی موضوع سرمایه‌گذاری و دیگر مؤلفه‌های کسب‌وکار اقدام و مطابق علم اجمالی به دست‌آمده قرارداد را منعقد می‌کنند. این وضعیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر با عقد جعاله مشابهت دارد؛ زیرا در عقد جعاله نیز نتیجه قرارداد مبهم و مجهول شمرده می‌شود برای اینکه تحقق استحقاق عامل نسبت به جعل مشخص نیست و مبهم است، اما ارکان قرارداد جعاله کامل است و متضمن جهل و غرر نیست. سود سرمایه‌گذار در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر نیز مبهم و مجهول است، اما ارکان قرارداد یادشده متضمن ابهام و جهل نیست و در نتیجه، غرر در خصوص آن محقق نمی‌شود.

در نتیجه مطالب فوق باید اذعان داشت که قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر با معاملات غرری

رابطه عموم و خصوص من وجه دارد. از این رو نمی‌توان با استناد به قاعده یادشده تمام قراردادهای موضوع پژوهش و ماهیت آن را باطل دانست، اما در مواردی که قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر منضم به موضوعی معلوم نباشد و دربردارنده جهل نسبت به ارکان و ویژگی‌های اساسی آن باشد، قرارداد بیان‌شده غرری و از منظر فقه امامیه محکوم به بطلان است. اگر قرارداد مورد بحث مبتنی بر مطالعات اقتصادی، مدیریتی و تجاری کسب‌وکار موضوع سرمایه‌گذاری و شرایط آتی سرمایه‌گذاری سنجیده شده باشد، این علم اجمالی موجب منتفی شدن جهل و غرر در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر و مانع بطلان قرارداد نام‌برده می‌شود.

۲.۲. شبهه سفهی بودن قرارداد

مطابق مطالب گذشته، قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر دارای صفت خطر مالی است و در عرف تجاری به‌عنوان معاملات پرخطر شناخته می‌شود. معامله خطرناک عقدی است که عقلاً از آن اجتناب و سفها نسبت به انعقاد آن اقدام می‌کنند. این وضعیت در فقه امامیه با عنوان فقهی معاملات سفهی قابل بررسی است. در ادامه، ماهیت و احکام معاملات سفهی در فقه امامیه بیان می‌شود و درنهایت، نسبت میان معاملات یادشده و قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر مورد مذاقه قرار می‌گیرد. فقهای امامیه در مباحث معاملات، توجهاتی به بطلان معاملات سفهی داشته‌اند. برای مثال، در بیان فقهای امامیه گفته شده است که اگر بیع با پرداخت ثمن در ازای مبیع غیرقابل تسلیم همراه باشد، این معامله سفهی و از نظر حکم تکلیفی ممنوع و حرام است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۷، ص. ۳۲۷؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص. ۱۴۶). در تعریف معاملات سفهی باید گفت اگر شخص رشید عقدی را انشا کند که آن عقد نوعاً توسط سفیهان منعقد و غیرعقلایی می‌شود، به آن قرارداد معامله سفهی اطلاق می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲ق، ج ۴، ص. ۴۶۶). وصف این دسته از معاملات غیرعقلایی بودن از منظر عرف و عقلا و عدم تعادل عوضین به‌گونه فاحش است (حلی، بی‌تا، ص. ۶۲). مناط تشخیص معاملات سفهی از دیگر معاملات، تشخیص عرف و عقلاست که معامله‌ای را در شأن عقلا می‌داند و معامله دیگر را در شأن سفها قلمداد می‌کند (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص. ۴۶۹؛ ذهنی تهرانی، ۱۳۶۶، ج ۱۱، ص. ۳۸۹).

در تطبیق قرارداد موضوع پژوهش با معاملات سفهی باید گفت که در مطالب قبل، معیار و مناط تشخیص معاملات سفهی به عرف سپرده شده است. از این رو با توجه به وضع قوانین و

مقررات متعدد در خصوص قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر، تأسیس صندوق‌های سرمایه‌گذاری خطرپذیر توسط بخش‌های دولتی و خصوصی، انعقاد قراردادهای سرمایه‌گذاری خطرپذیر توسط افراد خبره و تاجران با سابقه و دیگر دلالت‌های عرفی باید گفت که قرارداد موضوع پژوهش، قراردادی مورد پذیرش عرف و عقلاست و از منظر عرف به‌عنوان قرارداد غیرعقلایی و سفهی به شمار نمی‌آید، بلکه قراردادی حرفه‌ای است که سرمایه‌گذاران حرفه‌ای و تاجران باتجربه آن را منعقد می‌کنند. بیان بالا ثابت می‌کند که قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر با معاملات سفهی تطابق ندارد.

۳.۲. استناد به اصل «صحت قراردادها»

اصل صحت قراردادها به این معناست که در موارد شک به صحت یا بطلان حکم وضعی عمل حقوقی، اصل بر صحت آن است مگر اینکه بطلان آن به طریقی از ادله شرعی کشف و استنباط شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۲۸). از مستندات مشروعیت اصل صحت در فقه امامیه می‌توان به عبارت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» در آیه ۱ سوره مائده (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۳، ص. ۳۲۷)، روایت رسول اکرم (صلی الله علیه و آله) که می‌فرماید «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۱، ص. ۲۷۶)، آیه ۲۹ سوره نساء^۲ و قاعده نفی عسر و حرج اشاره کرد (انصاری، بی تا، ج ۲، ص. ۷۲۰).

در خصوص اصل صحت قراردادها باید توجه داشت که اندیشمندان معتقدند این اصل در اثبات مشروعیت عقود جدید و پذیرش تأسیس‌های جدید عرفی در فقه امامیه قابلیت استناد دارد (چینی‌ساز و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۳۵۰). همچنین، اصل صحت قراردادها به علت اطلاق و عمومیت ادله اثبات‌کننده آن، در شبهات حکمی و موضوعیه جریان می‌یابد و برخی فقهای امامیه جریان آن اصل در مسائل مربوط به شک در صحت یا بطلان قراردادهای جدید (شبهات حکمی)

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَيْعَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرِ مُحْلِي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ».

۲. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا».

را قطعی دانسته‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، صص. ۷-۸). در قرارداد موضوع پژوهش نیز شک در صحت یا بطلان حکم وضعی این قرارداد از منظر شرع است که با استناد به اصل صحت، این قرارداد را می‌توان حمل بر صحت در حکم وضعی کرد. این در حالی است که هیچ دلیل شرعی مبنی بر غیرمشروع بودن قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر وجود ندارد.

۴.۲. استناد به عموم «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»

یکی دیگر از ادله قابل استناد برای اثبات مشروعیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر آیه ۲۷۵ سوره بقره است. قرآن کریم در خصوص بیع که یکی از مصادیق مهم قراردادهای حقوق خصوصی است، در آیه ۲۷۵ سوره بقره می‌فرماید «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا». آیه گفته شده از قرآن کریم حکم جزئی ندارد و قاعده و اصلی کلی را در خصوص تمام قراردادهای بیان می‌کند (طباطبایی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص. ۶۴۰). در این مورد به علت اطلاق و عمومیت بیان قرآن کریم، اصالت اطلاق و عدم تقیید جاری می‌شود و حکم حلیت و صحت قراردادهای در کنار حکم قرآن به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، مشروع بودن قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر را ثابت می‌کند.

۵.۲. استناد به اصل «حَلِیَّت»

این قاعده یکی از عمومات مورد استناد فقه امامیه برای مشروعیت قراردادهای جدید است. اصل حلیت در تمام ابواب فقهی و مواردی که میان مشروع یا غیرمشروع بودن موضوعی شک وجود دارد، جاری می‌شود (سیفی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص. ۲۹). این اصل در موارد شک در حکم تکلیفی موضوع جاری می‌شود (سیفی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص. ۳۰). موضوع بحث کنونی این پژوهش در خصوص مشروعیت یا عدم مشروعیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر نیز شک در حکم (به خصوص حکم تکلیفی) بوده و قابل تطبیق بر اصل حلیت است.

مطابق این قاعده، هر موضوعی که موضع شک در خصوص حکم تکلیفی حلال یا حرام بودن آن باشد، حمل بر حلال خواهد شد مگر اینکه دلیلی بر حرمت آن کشف شود (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص. ۱۲۳). با استناد به این قاعده فقهی، اصل در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر مشروعیت و حلال بودن آن است مگر اینکه دلیل شرعی بر غیرمشروع بودن آن کشف شود. حلیت حکم تکلیفی قرارداد موضوع پژوهش با صحت آن در حکم وضعی ملازمه دارد.

۳. انطباق یا عدم انطباق قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر با عقود معین

پس از اثبات مشروعیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر در فقه امامیه، صحت آن قرارداد در عرصه حکم وضعی نیز اثبات می‌شود. پس از اثبات مشروعیت آن قرارداد، باید انطباق یا عدم انطباق قرارداد یادشده با عقود معین در فقه امامیه و حقوق ایران بررسی شود؛ زیرا اگر قرارداد نام‌برده با یکی از عقود معین مانند بیع، اجاره، شرکت و... منطبق باشد، باید از احکام و آثار آن قراردادهای پیروی کند، اما اگر قرارداد موضوع پژوهش با قراردادهای معین منطبق نباشد، ذیل قواعد عقود نامعین جای می‌گیرد و به‌عنوان عقد خاص باید ماهیت، احکام و آثار آن مورد بررسی و بازتعریف قرار گیرد. در این راستا، در این بخش از پژوهش، قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر نسبت به قراردادهای معین بررسی می‌شود و در خصوص انطباق یا عدم انطباق آن بر عقود معین جمع‌بندی خواهد شد.

باید توجه داشت که برخی عقود تفاوت ماهوی بسیار زیادی با قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر دارند. برای مثال، این قرارداد به‌هیچ‌وجه دربردارنده تملیک رایگان مال نیست و از این رو هیچ تناسبی با عقد هبه ندارد. همچنین، در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر فرض تملیک منفعت یا صرف تعیین نماینده منتفی است. از این رو انطباق آن با عقود اجاره و وکالت نیز منتفی است. این ویژگی‌های قرارداد موضوع پژوهش در بخش نخست پژوهش به‌صورت تفصیلی بیان شد که با عنایت به آن مطالب، امکان انطباق قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر بر عقود بیع، مضاربه، شرکت و جعاله متصور است و از این رو قرارداد یادشده با عقود بیان‌شده مقایسه خواهد شد.

۱.۳. تطبیق قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر بر بیع

بنا بر قید اغلیبیت در قراردادهای سرمایه‌گذاری خطرپذیر، موضوع سرمایه‌گذاری عبارت از شرکت تجاری است که سرمایه‌گذار نسبت به خریداری تعدادی از سهام آن شرکت اقدام می‌کند و به‌تبع خریداری آن سهام، اختیارات مدیریتی می‌یابد. این موضوع ظن انطباق قرارداد موضوع پژوهش را با عقد بیع ایجاد می‌کند.

فقهای امامیه بیع را عقدی که موجب انتقال مالکیت از شخصی به شخص دیگر با عوض معین باشد، دانسته‌اند (علم‌الهدی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص. ۲۶۵) و برای آن اقسام مختلفی را (اعم از بیع نقد، بیع کالی، بیع صرف و...) گفته‌اند (محقق کرکی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، صص. ۱۷۷ و ۱۷۸). ماده ۳۳۸

قانون مدنی نیز بیع را تملیک عین به عوض معلوم تعریف کرده است. به رغم تعریف بیع به تملیک عین معین، فقهای امامیه دین را نیز به عنوان مبیع عقد بیع پذیرفته و این بیع را صحیح دانسته‌اند (عمیدی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۴۸۱؛ نجفی، بی تا، ج ۲۴، ص. ۳۴۴).

در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر دو وضعیت حقوقی متصور است که یکی از آن‌ها خرید سهام یا سهم‌الشرکه شرکت تجاری توسط سرمایه‌گذار و دیگری پرداخت وجه به کسب‌وکار فاقد شخصیت حقوقی شرکت تجاری است. در وضعیت نخست که سرمایه‌گذار خطرپذیر سهام شرکت تجاری را خریداری می‌کند، مبیع عبارت از سهام یا سهم‌الشرکه آن شرکت است. در این وضعیت، مبیع کلی شمرده می‌شود؛ به این گونه که بخشی از مال مشاع شرکت تجاری، مبیع قرارداد واقع می‌شود و در صحت بیع کلی نیز از منظر فقه امامیه و حقوق ایران شکی وجود ندارد (موسویان و همکاران، ۱۳۹۳، صص. ۴۰-۴۱). برخی حقوق‌دانان در تحلیل دیگری از سهام و سهم‌الشرکه، ماهیت آن را عبارت از طلب دانسته و سهام‌دار شرکت را تنها دارای حقوق مالی و غیرمالی در شرکت دانسته‌اند که این موضوع به معنای مالکیت شرکت نیست (اسکینی، ۱۴۰۱، ج ۲، صص. ۱۰۳-۹۳). در این تحلیل از سهام نیز دین موضوع بیع قرار گرفته که مطابق مطالب قبل محکوم به صحت است.

دیگر وصف اساسی عقد بیع عبارت از تملیکی بودن آن است (حلی (محقق)، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۱۱۸؛ شهیدی، ۱۴۰۱، صص. ۲۳-۳۳). این وصف اساسی در بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی نیز مورد اشاره قرار گرفته است. در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر با عنایت به مطالب قبل مشخص شد که ممکن است سهام یا سهم‌الشرکه شرکت تجاری توسط سرمایه‌گذار خطرپذیر خریداری شود یا سرمایه‌گذار وجه یا مالی را به عنوان مال به کسب‌وکار فناورانه موضوع سرمایه‌گذاری بیفزاید. در مواردی که سرمایه‌گذار نسبت به خریداری سهام اقدام می‌کند، تملیک سهام شرکت به سرمایه‌گذار محقق می‌شود، اما در مواردی که سرمایه‌گذاری بر یک کسب‌وکار مشاع انجام می‌شود، تملیکی بودن قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر غیرقابل فرض است. از این رو انطباق قرارداد موضوع پژوهش بر عقد بیع جامع تمام موارد نیست و از نظر علم منطق ناقص است. شایان توجه است در مواردی که سرمایه‌گذار خطرپذیر سهام شرکت را خریداری می‌کند، هدف طرفین قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر تملیک عوضین نیست. هدف اصلی ایشان ایجاد مال و فعالیت مشترک اقتصادی است. باید توجه داشت در مواردی که سرمایه‌گذاری خطرپذیر بر شرکت

تجاری انجام می‌شود نیز در واقع، سهام یا سهم‌الشرکه شرکت خرید و فروش نمی‌شود و سرمایه‌گذاری از طریق افزایش سرمایه شرکت تجاری انجام می‌شود. در افزایش سرمایه، دارایی‌های جدید به شرکت تجاری افزوده و برای این دارایی‌های جدید سهام جدید صادر می‌شود. این موضوع با خرید و فروش سهام متفاوت است (اسکینی، ۱۴۰۱، ج ۲، ص. ۲۶۷). با عنایت به این نکته، افزوده شدن مال به دارایی‌های شرکت تجاری از طریق سرمایه‌گذاری خطرپذیر با ماهیت ایجاد اشاعه و شرکت مدنی تناسب دارد که این موضوع حاکی از مغایرت ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر با ماهیت بیع در ویژگی تملیک عوضین است.

تفاوت دیگری که میان قرارداد موضوع پژوهش و عقد بیع وجود دارد، مسأله مدیریت کسب‌وکار یا شرکت تجاری توسط سرمایه‌گذار خطرپذیر است که ویژگی اساسی قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر است و در هیچ‌یک از ارکان و ویژگی‌های عقد بیع وجود ندارد.

ویژگی دیگر عقد بیع، معوض بودن آن است (درویشی و فیاضی، ۱۳۹۱، ص. ۹۵). در عقد بیع عوضین عبارت از ثمن و مبیع هستند. معوض بودن قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر دور از تصور است؛ زیرا با عنایت به توصیف این قرارداد در بخش نخست پژوهش مشخص شد که سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر به موجب قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر نسبت به تبادل عوضین اقدام نمی‌کنند و تنها مال یا کسب‌وکار مشترکی ایجاد می‌کنند که در خصوص چگونگی اداره آن و واگذاری اداره به سرمایه‌گذار توافق می‌کنند. این موضوع نیز حاکی از تفاوت ماهوی عقد بیع و قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر است.

با عنایت به شرح بالا مشخص شد که نمی‌توان ماهیت قرارداد موضوع پژوهش را منطبق بر عقد بیع دانست.

۲.۳. تطبیق قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر بر مضاربه

برخی اندیشمندان، قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر را منطبق بر عقد مضاربه دانسته‌اند (Jouaber, 2012, p. 4, Snoussi & Mehri; حیدری سورشجانی و محمدی، ۱۳۹۴، ص. ۱۷۳). به‌رغم این دیدگاه باید اذعان داشت که قرارداد موضوع پژوهش با عقد مضاربه تفاوت‌های ماهوی فراوانی دارد.

مضاربه در فقه امامیه و حقوق ایران (ماده ۵۴۶ قانون مدنی) به این معناست که مالک، سرمایه

و پول را به شخصی به‌عنوان عامل پرداخت می‌کند تا با آن تجارت کند و در نهایت، هر دو شخص در سود حاصل از تجارت شریک باشند (یزدی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص. ۴۵۲؛ امامی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۹۸؛ طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۴، صص. ۲۵۵-۲۵۶). حقوق‌دانان ایران ارکان عقد مضاربه را سرمایه مالک، تجارت موضوع عقد و سود یا زیان حاصل از تجارت دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۲، ص. ۱۱۱).

با عنایت به مشخصات عقد مضاربه باید گفت که این عقد با قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر به‌رغم داشتن شباهت، تفاوت‌های زیادی دارد. شباهت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر با عقد مضاربه از این بعد است که هر دو قرارداد دارای ماهیت مشارکتی و نوعی تأمین مالی عملیات تجاری هستند. درخصوص تفاوت قراردادهای یادشده باید گفت که در عقد مضاربه یک طرف صرفاً سرمایه را تأمین می‌کند و طرف دیگر تنها عامل عملیات تجاری است، اما در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر هر دو طرف به‌صورت هم‌زمان تأمین‌کننده سرمایه و انجام‌دهنده عملیات تجاری هستند. این تفاوت ماهوی مانع تطابق قرارداد موضوع پژوهش با عقد مضاربه است.

۳.۳. تطبیق قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر بر جعاله

برخی اندیشمندان علم مدیریت، عقد جعاله را یکی از عقود مناسب برای انعقاد قراردادهای سرمایه‌گذاری میان صندوق‌های سرمایه‌گذاری خطرپذیر و شرکت‌های کارآفرین دانسته‌اند (اسلامی بیدگلی و کاظمیان، ۱۳۸۴، ص. ۱۳) که این موضوع نیازمند بررسی فقهی و حقوقی است. جعاله عقدی است که دلالت بر اذن به انجام دادن عمل مشخص توسط شخص دیگر (اعم از معین یا ناعمین) در ازای اجرت معلوم دارد (شهید اول، ۱۴۳۰ق، ج ۱۳، ص. ۳۱۲). ماده ۵۶۱ قانون مدنی نیز همین تعریف را از جعاله ارائه داده است. جعاله عقدی عهدی و معوض است (امامی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۱۲۱). همچنین، در عقد جعاله عامل پس از اجرای مفاد عقد مستحق دریافت وجه موضوع قرارداد خواهد بود (کیدری، ۱۴۱۶ق، ص. ۳۲۹؛ شهیدی، ۱۴۰۱، ص. ۱۱۱).

با عنایت به تعریف ماهیت و خصوصیات جعاله باید گفت که قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر منطبق بر تعریف قرارداد جعاله نیست و ماهیت جعاله ندارد؛ زیرا موضوع قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر، پرداخت اجرت توسط سرمایه‌گذار به سرمایه‌پذیر برای انجام دادن عمل مشخصی

نیست، بلکه موضوع این قرارداد تجمیع دارایی‌های مالی و غیرمالی طرفین قرارداد برای اقدامات تجاری مشترکی است که سرمایه‌گذار و وظیفه مدیریت و کنترل آن را بر عهده دارد. همچنین، قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر مطابق مطالب بیان‌شده در بخش نخست پژوهش، عقد عهده‌ی و معوض نیست درحالی‌که جعاله عقد عهده‌ی و معوض است. نکته دیگر اینکه، در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر پرداخت وجه توسط سرمایه‌گذار بلافاصله پس از انعقاد عقد انجام می‌شود و منوط به انجام دادن کار مشخصی توسط سرمایه‌پذیر نیست و اگر منوط به انجام دادن کاری باشد نیز این شرط در قالب شرط ضمن عقد است و مربوط به ماهیت قرارداد نیست درحالی‌که ماهیت جعاله متضمن معلق بودن پرداخت وجه پس از انجام دادن عمل مشخص توسط عامل است. افزون‌بر مطالب گفته‌شده، جعاله عقد تملیکی است که به موجب آن، اجرت به عامل تملیک می‌شود، اما در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر تملیک صورت نمی‌گیرد و نوعی مشارکت ایجاد می‌شود. در صورت فرض تملیک در قرارداد موضوع پژوهش نیز اموال تنها به شخصیت حقوقی شرکت تملیک می‌شوند که هدف از این تملیک، مشارکت سرمایه‌گذار در اقدامات تجاری است و ماهیت اجرت ندارد درحالی‌که این وجه در عقد جعاله ماهیت اجرت و حق‌العمل دارد. مجموع مطالب بالا حاکی است که قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر با ماهیت عقد جعاله مغایرت دارد و مطابقت ندارد. افزون‌بر مطالب بالا باید گفت که برخی اندیشمندان جعاله را حسب مورد و در مصادیق متفاوت دارای ماهیت عقد، ایقاع یا تسبیب دانسته و تمام مصادیق جعاله را دارای ماهیت عقد معرفی نکرده‌اند (دادمرزی و حیدری، ۱۳۹۷، ص. ۷۶). یکی از استدلال‌های ایشان نیز عدم لزوم قبول در جعاله مطابق ماده ۵۶۱ قانون مدنی است. باید گفت که در فرض عقد نبودن جعاله، قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر به صورت قطعی ماهیت جعاله نخواهد داشت؛ زیرا قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر با عنایت به مطالب بخش نخست پژوهش حاضر، ماهیت عقد دارد و نیازمند توافق اراده سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر است.

۴.۳. تطبیق قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر بر شرکت

برای تطبیق قرارداد موضوع پژوهش با شرکت در فقه امامیه و حقوق ایران در وهله نخست، عقد شرکت توصیف می‌شود و سپس به صورت تفصیلی ویژگی‌های اساسی شرکت و سرمایه‌گذاری خطرپذیر بر یکدیگر تطبیق داده خواهند شد.

ماده ۵۷۱ قانون مدنی شرکت را تعریف و مقرر کرده است «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد به نحو اشاعه». این ماده نفس شرکت را تعریف کرده و منصرف از تعریف عقد شرکت است. باین حال، مراد عرف از استعمال لغت شرکت، عقد شرکت است و عقد شرکت را می‌توان قراردادی تعریف کرد که میان دو یا چند شخص در خصوص مال معینی منعقد می‌شود؛ به طوری که اثر آن قرارداد عبارت از مالکیت مشاع اشخاص متعدد در مال واحد است (نجفی کاشف الغطا، ۱۳۵۹ق، ج ۲، ص. ۲۰۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص. ۲۸۴؛ ولویون و نجف‌زاده، ۱۴۰۱، ص. ۱۰۹).

مال موضوع عقد شرکت می‌تواند سه حالت عین، منفعت و حق داشته باشد (محقق ثانی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص. ۹؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۳۴۳؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۳۹۸؛ کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۲، صص. ۱۰-۱۱). نکته مهم در موضوع شرکت مالیت داشتن آن است و در صورتی که شیء موضوع عقد شرکت مالیت نداشته باشد، نمی‌تواند موضوع عقد شرکت قرار گیرد.

نکته شایان توجه دیگر در باب ماهیت شرکت این است که فقهای امامیه عقد شرکت را موضوعی شرعی و صحت آن را منوط به مشروعیت آن دانسته‌اند (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص. ۲۳۰). این موضوع با عنایت به اثبات مشروعیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر در تطبیق این قرارداد بر عقد شرکت حائز اهمیت است.

عقد شرکت به اقسامی تقسیم شده که عبارت از شرکت عنان، شرکت وجوه^۱، شرکت مفاوضه^۲ و شرکت ابدان^۳ است که حقوق دانان به تبعیت از فقه امامیه تنها شرکت عنان را صحیح قلمداد کرده و دیگر اقسام شرکت را باطل دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، صص. ۱۹۸-۱۹۹؛ جعفری

۱. شرکت وجوه، شرکنی است که مطابق آن، اشخاص دارای مال نیستند، اما دارای آبروی تجاری هستند. این اشخاص با یکدیگر در آبروی تجاری شریک می‌شوند (جلیلی و همکاران، ۱۳۹۸، ص. ۱۱۷).

۲. در شرکت مفاوضه، شرکا در مطالبات، دارایی‌ها و بدهی‌های حال و آینده به صورت کلی شریک می‌شوند و موضوع مشارکت ایشان مال قابل تعیین نیست (جلیلی و همکاران، ۱۴۰۰، ص. ۲۰۳).

۳. شرکت ابدان نیز شرکت اشخاص در خصوص کار مشترک خود و شریک بودن در دستمزد حاصل از کار مشترک است بدون اینکه هیچ مالی هنگام انعقاد شرکت ابدان وجود داشته باشد.

لنگرودی، ۱۳۷۹، ص. ۳۲۹). شرکت عنان نوعی از شرکت است که موضوع آن عبارت از شیء یا موضوع دارای مالیت اعم از اعیان، منافع و دیون است (گودرزی و علمی سولا، ۱۳۹۴، ص. ۱۰۲). ماده ۵۷۱ قانون مدنی و دیگر مواد این قانون تنها این نوع عقد شرکت را مورد توجه قرار داده و به دیگر اقسام شرکت اشاره نکرده است.

ویژگی ذاتی عقد شرکت، اشاعه است. اشاعه به معنای آمیختگی حقوق مالکان متعدد در هر جزء مال مشترک و انتشار هر حق در مجموع اجزا با حفظ اصالت مالکیت‌های جزء است؛ به گونه‌ای که تمییز ملک هر یک از دیگری ممکن نباشد (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۲، صص. ۹-۱۱).

یکی دیگر از ویژگی‌های اساسی شرکت نیز عبارت از این است که شرکا در صورت داشتن حصه مساوی، در سود و زیان مساوی خواهند بود و اگر حصه متفاوت داشته باشند نیز به نسبت حصه خود در سود و زیان شریک خواهند بود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص. ۲۰۰).

فقها به صورت مشترک سه عامل را سبب ایجاد شرکت دانسته‌اند که این عوامل عبارت‌اند از ارث، عقد و حیازت (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۳۹۸؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۳۴۳). در این میان، برخی دیگر از فقها مزج واقعی اموال را نیز به عنوان یکی دیگر از اسباب شرکت معرفی کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص. ۲۹۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص. ۱۹۷)؛ البته برخی فقهای متأخر بیان دیگری دارند؛ بدین گونه که شرکت را به دو نوع ظاهری و واقعی تقسیم می‌کنند که شرکت ظاهری از مزج اعتباری ناشی و شرکت واقعی از مزج واقعی ناشی می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۴ق، ص. ۱۲). به طور کلی و برای جمع‌بندی در خصوص سبب تحقق شرکت باید گفت که سبب به وجود آمدن شرکت اختلاط و مزج اموال است؛ اعم از اینکه این اختلاط واقعی یا اعتباری باشد (عدل (منصورالسلطنه)، ۱۳۷۳، ص. ۳۰۴). در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر نیز سرمایه‌گذار مال و سرمایه خود را با سرمایه‌پذیر مزج و اختلاط می‌کند که این مزج در مواردی به صورت واقعی و در مواردی نیز به صورت اعتباری است که هر دو فرض سبب ایجاد اشاعه موضوع شرکت هستند.

عقد شرکت در اسلام یکی از احکام امضایی شمرده می‌شود که پیش از ظهور اسلام رواج داشته و شرع مقدس آن را تأیید و امضا کرده است. در این راستا، می‌توان به روایاتی که دلالت بر مشارکت رسول اکرم (صلی الله علیه و آله) با سائب بن ابی سائب پیش از ظهور اسلام دارد، اشاره

کرد^۱ (نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳، ص. ۴۵۱). همچنین، روایات متعددی از معصومان (علیهم‌السلام) وجود دارد که تشکیل شرکت در جامعه اسلامی را مورد تأیید قرار داده‌اند^۲ (ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص. ۲۴۵). همچنین، امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) با رسول اکرم (صلی‌الله‌علیه و آله) شریک بوده‌اند^۳ (ابن حیون، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص. ۸۵). این موضوع دلالت بر این دارد که صورت‌های عرفیه جدید از شرکت نیز می‌تواند با استناد به ادله شرعی مورد امضای شارع مقدس قرار گیرد که در فرض این بخش از پژوهش، قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر می‌تواند صورت جدیدی از عقد شرکت باشد که مورد امضای شارع قرار گرفته است.

با عنایت به مطالب بالا باید گفت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر با عقد شرکت تناسب بالایی دارد. این تناسب را می‌توان در چند محور موضوع قرارداد، مزج اموال در سرمایه‌گذاری خطرپذیر، طرفین قرارداد، اداره اموال مشاع، اثر قرارداد، اوصاف اساسی و... بررسی کرد که در ادامه به صورت تفصیلی مورد مذاقه قرار می‌گیرد.

۱.۴.۳. تطابق با موضوع شرکت

در مطالب پیش بیان شد که موضوع عقد شرکت عبارت از اموال است و در بخش نخست پژوهش حاضر نیز مشخص شد که یکی از ویژگی‌های اساسی قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر مسأله تأمین مالی است که از طریق پرداخت اموالی توسط سرمایه‌گذار به سرمایه‌پذیر و ایجاد مال مشترک انجام می‌شود. با عنایت به این نکته مشخص می‌شود که موضوع قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر در بخش تأمین مالی با موضوع عقد شرکت مطابقت دارد. با این حال، موضوع قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر جزء دیگری در اداره کسب‌وکار توسط سرمایه‌گذار دارد که مطابقت آن با شرکت در ادامه پژوهش بررسی خواهد شد.

۱. «عَنِ السَّائِبِ بْنِ أَبِي السَّائِبِ قَالَ كُنْتُ شَرِيكًا لِلنَّبِيِّ صَلَّى فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَلَمَّا قَدِمَ يَوْمَ فَتْحِ مَكَّةَ قَالَ أَعْرِفْنِي قُلْتُ نَعَمْ أَنْتَ شَرِيكِي وَأَنْتَ خَيْرُ شَرِيكٍ كُنْتُ لَأُتَوَّرِي وَلَا تُمَارِي.»

۲. «وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَدُ اللَّهِ عَلَى الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَتَخَاوَنَا.»

۳. «رَوَيْنَا عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِيهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَآلِهِمْ) أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) أَجَازَ الشَّرْكََةَ فِي الرَّبَاعِ وَالْأَرْضَيْنِ وَأَشْرَكَ رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) عَلِيًّا (عَلَيْهِ السَّلَامُ) فِي هَدْيِهِ.»

۲.۴.۳. مسأله مزج اموال

در خصوص مسأله مزج اموال در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر و عقد شرکت دو وضعیت حقوقی متفاوت وجود دارد. وضعیت حقوقی نخست عبارت از فعالیت کسب‌وکار موضوع سرمایه‌گذاری خطرپذیر به عنوان شرکت مدنی و عدم ایجاد شخصیت حقوقی از طریق ایجاد شرکت‌های تجاری موضوع قانون تجارت است. از ظاهر ماده ۲۲۰ قانون تجارت^۱ استنباط می‌شود که کسب‌وکارهای نام‌برده در صورت اشتغال به فعالیت‌های تجاری موضوع ماده ۲ قانون تجارت از احکام شرکت تجاری تضامنی تبعیت می‌کنند، اما مطابق نظر حقوق‌دانان و برخلاف ظاهر ماده قانونی یادشده باید گفت که شرکت مدنی و کسب‌وکارهای یادشده خروج موضوعی از ماده ۲۲۰ قانون تجارت دارد و به علت عدم رعایت تشریفات قانونی و عدم توافق اراده شرکا، در صورت فعالیت تجاری نیز دلیلی بر شرکت تجاری بودن آن نیست (عیسایی تفرشی، ۱۳۷۹، ص. ۵۸). با عنایت به مطالب بالا، اگر کسب‌وکار موضوع سرمایه‌گذاری خطرپذیر در قالب شرکت مدنی فعالیت کند، تأمین مالی آن کسب‌وکار توسط سرمایه‌گذار همان مزج اموال موضوع عقد شرکت در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران است. در این وضعیت باید گفت که اموال سرمایه‌گذار خطرپذیر با سرمایه‌پذیر امتزاج می‌یابد که این موضوع دلالت بر ماهیت عقد شرکت بودن قرارداد موضوع پژوهش دارد.

در وضعیت حقوقی دیگر، قرارداد موضوع بحث برای تأمین مالی شرکتی تجاری منعقد می‌شود. در این مورد، اگر شرکت تجاری موضوع سرمایه‌گذاری یکی از اقسام شرکت اموال مانند شرکت سهامی باشد، سرمایه‌گذار خطرپذیر تأمین مالی را از طریق خریداری سهام آن شرکت

۱. «هر شرکت ایرانی که فعلاً وجود داشته یا در آتیه تشکیل شود و با اشتغال به امور تجاری خود را به صورت یکی از شرکت‌های مذکور در این قانون درنیورد و مطابق مقررات مربوطه به آن شرکت عمل ننماید، شرکت تضامنی محسوب شده و احکام راجع به شرکت‌های تضامنی در مورد آن اجرا می‌گردد. هر شرکت تجاری ایرانی مذکور در این قانون و هر شرکت خارجی که بر طبق قانون ثبت شرکت‌ها مصوب خرداد ۱۳۱۰ مکلف به ثبت است، باید در کلیه اسناد و صورت‌حساب‌ها و اعلانات و نشریات خطی یا چاپی خود در ایران تصریح نماید که در تحت چه نمره در ایران به ثبت رسیده [است] والا محکوم به جزای نقدی از دویست تا دو هزار ریال خواهد شد. این مجازات علاوه بر مجازاتی است که در قانون ثبت شرکت‌ها برای عدم ثبت مقرر شده [است].»

تجاری و با روش افزایش سرمایه انجام می‌دهد، اما اگر شرکت تجاری مربوط از اقسام شرکت اشخاص مانند شرکت با مسئولیت محدود، تضامنی، مختلط و... باشد، سرمایه‌گذار خطرپذیر تأمین مالی را از طریق خریداری سهم‌الشرکه آن شرکت تجاری انجام خواهد داد. در این وضعیت، تطبیق ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر با عقد شرکت دارای چالش خواهد بود. مهم‌ترین چالش این موضوع عبارت از این است که در عقد شرکت مدنی، مزج اموال اشخاص متعدد است و شرکا به صورت مشاع مالک مال مشترک خواهند بود، اما در ظاهر وضعیت حقوقی شرکت‌های تجاری این موضوع صادق نیست و شخصیت حقوقی شرکت مالک مال به صورت غیرمشاع است. همچنین، در عقد شرکت مدنی، شرکا به اندازه حصة خود مالک مشاع مال مشترک هستند، اما در شرکت‌های تجاری مسأله متفاوت است و سهام‌داران تنها دارای حقوق مالی و غیرمالی در شرکت هستند که به معنای مالکیت اموال شرکت توسط سهام‌داران نیست (اسکینی، ۱۴۰۱، ج ۲، صص. ۱۰۳-۹۳). برای حل این چالش باید گفت که سهام‌داران مالک شخصیت حقوقی شرکت به عنوان موضوعی اعتباری هستند. حقوق سهام‌داران در اموال شرکت نیز تابع این حق مالکیت است و از این طریق سهام‌داران به صورت غیرمستقیم مالک مشاع اموال شرکت تجاری خواهند بود (جعفری خسروآبادی و شهیدی، ۱۳۹۴، صص. ۵۹-۶۰). مطابق این تحلیل است که فروش سهام شرکت به شخص دیگر مانند سرمایه‌گذار خطرپذیر به معنای فروش جزء مشاع شرکت تجاری به آن شخص خواهد بود و مالکیت سهام‌داران شرکت تجاری نیز ذیل مالکیت مشاع شرکای شرکت مدنی قابل تحلیل است. مزج اموال در این وضعیت از سرمایه‌گذاری خطرپذیر به صورت غیرمستقیم و با واسطه شخصیت حقوقی شرکت محقق می‌شود (جعفری خسروآبادی و شهیدی، ۱۳۹۴، صص. ۵۹-۶۰).

۳.۴.۳. طرفین عقد شرکت و قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر

در شرکت باید دو شریک یا بیشتر در مال مشترک مالکیت مشاع داشته باشند (حلی (محقق)، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص. ۲۳۴) که در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر نیز این حدنصاب دست‌کم با حضور یک شخص به عنوان سرمایه‌گذار و یک شخص به عنوان سرمایه‌پذیر و مشارکت آن‌ها رعایت شده است. از این رو در این موضوع نیز قرارداد موضوع پژوهش با عقد شرکت مطابقت دارد.

۴.۴.۳. اداره اموال مشاع در عقد شرکت و قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر

در خصوص جزء دیگر موضوع قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر یعنی مدیریت شرکت یا کسب‌وکار موضوع سرمایه‌گذاری توسط سرمایه‌گذار نیز باید گفت که اداره مال مشاع نیز به صورت کامل تابع اراده شرکاست که ضمن قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر نسبت به آن توافق می‌شود. در این راستا، ماده ۵۷۶ قانون مدنی مقرر کرده است: «طرز اداره کردن اموال مشترک تابع شرایط مقرر بین شرکا خواهد بود». این موضوع در فقه امامیه نیز مورد تأیید و اداره مال مشترک مطابق توافق و اذن تمام شرکاست (خمینی، ۱۳۹۲ الف، ج ۱، ص. ۶۶۳).

با عنایت به این ویژگی عقد شرکت و این نکته که قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر متضمن توافق طرفین برای اداره شرکت یا کسب‌وکار موضوع سرمایه‌گذاری و اعطای اختیارات مدیریتی به سرمایه‌گذار است، باید اذعان داشت که قراردادهای یادشده در این ویژگی نیز با یکدیگر مطابقت دارند. شایان توجه است که از نظر حقوق دانان، شرکت‌های تجاری نیز ماهیت شرکت دارند (اسکینی، ۱۴۰۱، ج ۲، صص. ۹-۱۰). از این رو موضوع اداره شرکت‌های تجاری تنها به واسطه قواعد آمره حقوقی مقید شده است و نافی اصل جریان قواعد عقد شرکت نیست.

۵.۴.۳. مطابقت در آثار

یکی از ویژگی‌ها و آثار عقد مشارکت شرکا در سود و زیان به نسبت حصه ایشان در مال مشترک است. در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر، سرمایه‌گذار نیز مانند دیگر شرکا به نسبت حصه خود از سود و زیان بهره‌مند خواهد شد که در این مورد نیز میان قراردادهای یادشده مطابقت وجود دارد. نکته شایان توجه اینکه، اگر سرمایه‌گذاری خطرپذیر با محوریت شرکت دانش‌بنیان از نوع شرکت سهامی انجام شده باشد، به طور معمول سرمایه‌گذار از طریق شرط دریافت سهام ممتاز سعی در دریافت سود سالانه بیشتر نسبت به دیگر سهام‌داران دارد؛ زیرا سهام ممتاز این امکان را به سرمایه‌گذار اعطا می‌کند که از سود سالانه بیشتری نسبت به سهام عادی برخوردار شود (اسکینی، ۱۴۰۱، ج ۲، ص. ۹۱). سهام ممتاز از قواعد حاکمیت شرکتی در نظام حقوقی ایران است، اما در فقه امامیه این موضوع با چالش‌هایی همراه است. برخی فقهای امامیه بیان کرده‌اند که اگر طرفین شرط کنند که سود مختلف ببرند درحالی‌که حصه مساوی دارند و استحقاق سود مختلف به علت نبود عوض وجود ندارد، در این مورد، اظهر، بطلان شرط است و به تبع بطلان

شرط به علت مخالفت شرط با مقتضای عقد، شرکت نیز باطل خواهد بود. این دسته از فقهای امامیه اظهار داشته‌اند که اگر برخی شرکا در قبال مال مشترک عملی انجام دهند، در ازای آن عمل مستحق اجرت هستند. در مقابل، برخی دیگر از فقهای امامیه شرط سود بیشتر برای یکی از شرکا را مطلقاً جایز دانسته و علت استنباط این حکم را عموم ادله وفا به عقود، المؤمنون عند شروطهم، اصالت اباحه و بنای عقد شرکت بر ارفاق بیان کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، صص. ۲۰۱-۲۰۲).

مطابق شرحی که در بخش نخست پژوهش گذشت، سرمایه‌گذار در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر اقدامات مدیریتی زیادی در شرکت یا کسب‌وکار موضوع سرمایه‌گذاری انجام می‌دهد که این موضوع می‌تواند با هر دو مبنای فقهی یادشده برای دریافت سود بیشتر توسط سرمایه‌گذار مشروع قلمداد شود. از این رو اختصاص سهام ممتاز به سرمایه‌گذار خطرپذیر مغایرتی با مبانی فقهی عقد شرکت ندارد.

۶.۴.۳. مسأله اشاعه در مالکیت

اشاعه در مالکیت یا به عبارت دیگر، مالکیت مشاع مالکان متعدد در شیء واحد یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های شرکت است که در ماده ۵۷۱ قانون مدنی^۱ به صراحت مورد اشاره قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۲، صص. ۱۰-۱۱). فقهای امامیه نیز مالکیت مشاع را ویژگی ذاتی شرکت دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص. ۲۸۴). با عنایت به این موضوع باید اذعان داشت که مطابقت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر با عقد شرکت در فقه امامیه و حقوق ایران مستلزم مطابقت در اشاعه در مالکیت نیز هست.

در بخش‌های پیش (بخش مسأله مزج اموال) تشریح شد که دو وضعیت حقوقی در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر وجود دارد که عبارت‌اند از سرمایه‌گذاری در شرکت‌های تجاری و سرمایه‌گذاری در کسب‌وکارهای تجاری. در گفتار یادشده بیان شد که تفاوت این دو وضعیت در شخصیت حقوقی شرکت‌های تجاری و عدم شخصیت حقوقی کسب‌وکارهای تجاری است. همچنین، مشخص شد که وضعیت حقوقی رابطه شرکا در کسب‌وکارهای تجاری عبارت از شرکت

۱. «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه».

مدنی است و این موضوع مشمول ماده ۲۲۰ قانون تجارت نمی‌شود. تفصیل موضوع در بخش مسأله مزج اموال بررسی شده است و برای اختصار پژوهش از بیان دوباره آن مطالب خودداری می‌شود.

با عنایت به شرح یادشده، در مواردی که سرمایه‌گذار خطرپذیر در کسب کارهای تجاری فاقد شخصیت حقوقی سرمایه‌گذاری می‌کند، با توجه به ماهیت شرکت مدنی داشتن آن کسب‌وکارها باید گفت که وضعیت مالکیت سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر در اموال کسب‌وکار عبارت از مالکیت مشاع و اشاعه است؛ زیرا تمام ارکان مالکیت مشاع اعم از مالکان متعدد، مالکیت آن‌ها در مال واحد و اشاعه در این حالت وجود دارد. ازاین‌رو مسأله اشاعه در مالکیت در این حالت از سرمایه‌گذاری خطرپذیر وجود دارد و قرارداد نام‌برده در این حالت با عقد شرکت در فقه امامیه و حقوق ایران مطابقت دارد.

مسأله در مواردی از سرمایه‌گذاری خطرپذیر است که سرمایه‌گذار در شرکت تجاری دارای شخصیت حقوقی مستقل قرارداد مورد بحث را منعقد می‌کند. در این موارد به‌ظاهر در ایجاد مالکیت مشاع اشکالی وجود دارد و آن اشکال عبارت از این است که مالک اموال شرکت تجاری، شخصیت حقوقی آن شرکت تجاری است و سرمایه‌گذار سهام‌دار آن شرکت تجاری محسوب می‌شود و مالک مشاع نیست. در پاسخ به این اشکال باید گفت که حقوق‌دانان معتقدند با عنایت به اصول حقوق اسلامی، شخصیت حقوقی شرکت تجاری در مالکیت سهام‌داران آن است. به‌عبارت‌دیگر، سهام‌داران مالک شخصیت حقوقی شرکت تجاری به‌عنوان موضوع اعتباری هستند و حقوق سهام‌داران در شرکت نیز تابع این حق مالکیت ایشان است. مطابق این تحلیل است که فروش سهام شرکت به شخص دیگری مانند سرمایه‌گذار خطرپذیر به معنای فروش جزء مشاع شرکت تجاری به آن شخص خواهد بود و سهام‌داران به‌صورت غیرمستقیم مالک مشاع اموال شرکت تجاری هستند (جعفری خسروآبادی و شهیدی، ۱۳۹۴، صص. ۵۹-۶۰). با عنایت به این تحلیل باید گفت که در موارد سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذار خطرپذیر در شرکت‌های تجاری و سهام‌دار شدن وی در آن شرکت نیز مالکیت مشاع وجود دارد و در این وضعیت نیز قرارداد موضوع پژوهش با شرکت مطابقت دارد.

۷.۴.۳. رویه‌های جاری در انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر

در مبحث «ویژگی‌های اساسی» پژوهش حاضر گفته شد که تأمین مالی، مدیریت شرکت یا کسب‌وکار موضوع سرمایه‌گذاری، خروج سرمایه‌گذار و دیگر مسائل مربوط به موضوع قرارداد و خطر مالی بازگشت سرمایه از ویژگی‌های اساسی قرارداد موضوع پژوهش هستند. طبق رویه‌های جاری و عرف تجاری کشور، طرفین قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر در این راستا توافقاتی ذیل قرارداد یادشده انجام می‌دهند که این توافقات قابلیت بررسی مطابقت یا عدم مطابقت با شرکت را دارند که در ادامه، دو مورد از مهم‌ترین آن‌ها به صورت بسیار مختصر بررسی خواهد شد.

الف. جلوگیری از رقیق شدن سهام سرمایه‌گذار: رقیق شدن سهام به این معناست که از طریق عرضه سهام جدید، عرضه اولیه سهام، صدور اوراق قرضه قابل تبدیل به سهام و... درصد سرمایه سهام‌دار یا شریک (سرمایه‌گذار خطرپذیر) نسبت به کل سرمایه شرکت یا کسب‌وکار موضوع سرمایه‌گذاری کاهش می‌یابد و به تبع آن، تأثیرگذاری سرمایه‌گذار در تصمیمات و مدیریت موضوع سرمایه‌گذاری خطرپذیر کاهش می‌یابد (نادعلی، ۱۳۹۸، ص. ۷). علت این توافق در قرارداد موضوع پژوهش لزوم حفظ انحصار سرمایه‌گذار خطرپذیر در مدیریت شرکت یا کسب‌وکار موضوع سرمایه‌گذاری است (هاشمی فیض‌آبادی و فیض‌آبادی، ۱۳۹۹، ص. ۲۴). تطبیق این موضوع با عقد شرکت در فقه امامیه و حقوق ایران از این روست که شرکای قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر از انعقاد عقد شرکت یا هرگونه عقد مشارکتی دیگر با شخص ثالث جلوگیری می‌کنند که در قالب شرط ترک فعل در فقه امامیه و حقوق ایران قابل تفسیر است. ماده ۲۳۴ قانون مدنی^۱ نیز این موضوع را جایز دانسته است.

ب. شرط انتخاب مدیران: سرمایه‌گذار خطرپذیر در ضمن قرارداد، انتخاب تعدادی از مدیران شرکت توسط خود را شرط می‌کند (کوپر، ۱۳۹۹، ص. ۳۱۵). این موضوع در حوزه اداره شرکت جای می‌گیرد که در بخش‌های پیش به تفصیل بررسی و مطابقت این محور با شرکت مشخص شد.

مطابق رویه‌های تجاری حاضر در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر توافقات متعدد دیگری

۱. «شرط بر سه قسم است: ۱- شرط صفت، ۲- شرط نتیجه [و] ۳- شرط فعل اثباتاً یا نفیاً. شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود».

مانند حق بازخرید سهام، عرضه عمومی سهام، لغو تصمیمات دیگر مدیران توسط سرمایه‌گذار خطرپذیر و... نیز وجود دارد، اما به علت خروج موضوعی از مسأله پژوهش حاضر و همچنین رعایت اختصار مطالب، از بیان و بررسی آن‌ها خودداری شده است.

نتیجه‌گیری

قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر یکی از قراردادهای نوین نظام حقوقی ایران شمرده می‌شود که مسأله مشروعیت آن در فقه امامیه و ماهیت آن در نظام فقهی و حقوقی کشور تعیین تکلیف نشده است که پژوهش حاضر درصدد بررسی مسائلی یادشده نسبت به قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر در نظام فقه امامیه و حقوق جمهوری اسلامی ایران است.

پژوهش حاضر با بررسی شبهات غرری و سفهی بودن قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر، شبهات مبطل قرارداد بیان‌شده را در فقه امامیه رد و مشروعیت این قرارداد را با استناد به اصل صحت قراردادها، عموم آیه *أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ*، قاعده سوق المسلمین و اصل حلیت اثبات کرده است. اثبات مشروعیت قرارداد موضوع پژوهش با صحت این قراردادها در فقه امامیه و به تبع آن در حقوق ایران ملازمه دارد. از این رو اثبات مشروعیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر پایه و مبنای اساسی بررسی ماهوی این قرارداد است.

پس از اثبات مشروعیت قرارداد موضوع پژوهش در فقه امامیه، مطابقت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر با عقود معین مختلف از جمله بیع، مضاربه، جعاله و شرکت بررسی شد که در نهایت، ماهیت قرارداد مورد بحث بنا به ادله زیر مطابق عقد شرکت دانسته شد.

۱. موضوع قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر عبارت از تأمین مالی و به صورت کلی اموال است که این موضوع در عقد شرکت (خصوصاً شرکت عنان) نیز به عنوان موضوع عقد شناخته می‌شود.
۲. سبب اصلی ایجاد و تحقق شرکت مزج اموال (اعم از مزج واقعی یا اعتباری) است که در قرارداد موضوع پژوهش نیز سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر اموال خود را با یکدیگر مزج می‌کنند.
۳. در عقد شرکت دست‌کم باید دو شریک وجود داشته باشند که مالک مشاع اموال شمرده شوند. این حد نصاب شرکا در قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر نیز وجود دارد.
۴. اداره اموال مشترک در عقد شرکت و قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر مطابق توافق طرفین انجام می‌شود.

۵. قرارداد موضوع پژوهش در مهم‌ترین اثر یعنی تقسیم سود و زیان بر اساس حصه مشاع شرکا، با آثار عقد شرکت مطابقت دارد.
۶. طرفین قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر مانند عقد شرکت مالک مشاع اموال مشترک مزج شده خواهند بود. این مالکیت مشاع ویژگی اساسی عقد شرکت در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران است.

منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) صحیفه‌الامام‌الرضاء (علیه‌السلام) (۱۴۰۶ق). مشهد: کنگره جهانی حضرت رضا (علیه‌السلام).
- ۳) ابن ابی‌جمهور، محمدبن‌زین‌الدین (۱۴۰۳ق). عوالی‌الثالی‌العزیزیه فی‌الاحادیث‌الدینیة (جلد ۲). قم: مؤسسه سیدالشهدا (علیه‌السلام).
- ۴) ابن ابی‌جمهور، محمدبن‌زین‌الدین (۱۴۰۵ق). عوالی‌الثالی‌العزیزیه فی‌الاحادیث‌الدینیة (جلد ۳). قم: دار سیدالشهدا (علیه‌السلام) للنشر.
- ۵) ابن ادريس حلی، محمدبن‌منصوربن‌احمد (۱۴۱۰ق). السرائر‌الحاوی لتحریر‌الفتاوی (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۶) ابن بابویه، محمدبن‌علی (۱۴۰۴ق). من لایحضره‌الفقیه (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۷) ابن بابویه، محمدبن‌علی (بی‌تا). عیون‌اخبار‌الرضا (علیه‌السلام) (جلد ۲). تهران: جهان.
- ۸) ابن حیون، نعمان‌بن‌محمد (۱۳۸۵ق). دعائم‌الاسلام (جلد ۲). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۹) ابن منظور، محمدبن‌مکرم (بی‌تا). لسان‌العرب (جلد ۵). بیروت: دارالفکر.
- ۱۰) اسکینی، ربیعا (۱۴۰۱). حقوق تجارت شرکت‌های تجاری (جلد ۲). تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب دانشگاهی در علوم اسلامی و انسانی.
- ۱۱) اسلامی بیدگلی، غلامرضا و کاظمیان، مهدی (۱۳۸۴). طراحی‌الگوی صندوق سرمایه‌گذاری ریسک‌پذیر با توجه به فقه امامیه. فصلنامه تحقیقات مالی، شماره ۲۰، صص. ۲۶-۳.
- ۱۲) اگمون، تامیر و شوگرن، استفان (۱۳۹۶). سرمایه‌گذاری جسورانه و فرایند مبتکرانه (روح‌الله کهن‌هوش‌نژاد، رضا جهان‌بین و رضا محمدیان امیری، مترجمان). تهران: چالش.
- ۱۳) امامی، حسن (بی‌تا). حقوق مدنی (جلد ۲). تهران: اسلامیه.
- ۱۴) امیری، حسین و قلیچ، وهاب (۱۳۹۸). رهیافتی ریاضی بر استراتژی خروج در الگوی سرمایه‌گذاری خطرپذیر اسلامی». نشریه اقتصاد اسلامی، ۷۴ (۱۹)، صص. ۱۷۹-۲۰۹.
- ۱۵) انتظام، سیدمحمد (۱۳۹۶). بررسی کارایی «تعریف به ذاتیات» با تأملی در پیش‌فرض‌های فلسفی آن. دوفصلنامه علمی هستی و شناخت، ۴ (۷)، صص. ۲۱-۴۰. doi: 10.22096/ek.2017.33428
- ۱۶) انجمن صنفی کارفرمایی صندوق‌ها و نهادهای سرمایه‌گذاری خطرپذیر کشور (۱۴۰۱). گزارش عملکرد اعضای انجمن در سال ۱۴۰۱ (ششمین دوره انجمن سرمایه‌گذاری خطرپذیر). تهران.
- ۱۷) انصاری، مرتضی‌بن‌محمد امین (بی‌تا). فرائد‌الاصول (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به

جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۱۸) جبل عاملی، محمدسعید و آزادگان مهر، ماندانا (۱۳۸۹). الگوی حمایت از شکل‌گیری شرکت‌های انشعایی دانشگاهی با سازوکار سرمایه‌گذاری خطرپذیر؛ مطالعه موردی: دانشگاه علم و صنعت ایران. نشریه سیاست علم و فناوری، ۹ (۱)، صص. ۱۵-۲۸.

۱۹) جرجانی، علی‌بن محمد (۱۳۷۰). کتاب التعریفات. تهران: ناصر خسرو.

۲۰) جعفری خسروآبادی، نصرالله و شهیدی، سیدمرتضی (۱۳۹۴). بازپژوهی فقهی-حقوقی ماهیت اوراق سهام و قرارداد واگذاری آن. تحقیقات مالی اسلامی، شماره ۹، صص. ۳۷-۶۴. doi: 10.30497/ifr.2015.1792

۲۱) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹). مجموعه محشی قانون مدنی. تهران: گنج دانش.

۲۲) جلیلی، مهدی، طباطبایی، سیدمحمدصادق و محمدی، میثم (۱۴۰۰). تحلیل فقهی-حقوقی صحت یا عدم صحت شرکت مفاوضه در فقه مذاهب اسلامی. نشریه فقه مقارن، ۱۸، صص. ۲۰۱-۲۲۲.

۲۳) چینی‌ساز، مائده، محمدی، امید و شعبانی، قاسم (۱۴۰۱). مجرای اصل صحت در معاملات با تأکید بر امکان جریان آن در شبهات حکمیة. نشریه تمدن حقوقی، ۵ (۱۰)، صص. ۳۳۹-۳۵۸. doi: 10.22034/lc.2022.144615

۲۴) حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ق). تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة (جلدهای ۲۱ و ۲۳). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث.

۲۵) حسینی مراغی، عبدالفتاح‌بن علی (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیه (جلد ۲). قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۶) حلی (علامه)، حسن‌بن یوسف‌بن مطهر (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعة فی احکام الشریعة (جلد ۶). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۷) حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۳۷۶). المختصر النافع فی فقه الامامیه (جلد ۱). قم: مطبوعات دینی.

۲۸) حلی (محقق)، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۱۲ق). نکت النهایة؛ النهایة و نکتها (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۲۹) حلی، حسین (بی‌تا). بحوث فقهیه. بی‌جا: مؤسسه المنار.

۳۰) حیدری سورشجانی، مهرناز و محمدی، پرستو (۱۳۹۴). عدم تقارن اطلاعاتی در سرمایه‌گذاری خطرپذیر؛ تأملی در چهارچوب عقد شرکت و مضاربه. فصلنامه اقتصاد اسلامی، ۱۵ (۵۸)، صص. ۱۷۷-۱۵۳.

۳۱) خمینی، روح‌الله (۱۳۹۲ الف). تحریر الوسیلة (جلد ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).

۳۲) خمینی، روح الله (۱۳۹۲ ب). کتاب البیع (جلد ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).

۳۳) خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۰ ق). منهاج الصالحین (جلد ۲). قم: مؤسسه احیاء الآثار الامام الخویی.

۳۴) خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۷ ق). مصباح الفقاهة (جلد ۵). قم: انصاریان.

۳۵) خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ ق). موسوعة الامام الخویی (جلد ۳۷). قم: مؤسسه احیاء الآثار الامام الخویی.

۳۶) دادمزنی، سیدمهدی و حیدری اعظم (۱۳۹۷). مطالعه تطبیقی ماهیت جعله در فقه امامیه، حقوق ایران و غرب. نشریه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، شماره ۱۶، صص. ۵۷-۸۰. doi: 10.22091/csiw.2019.1991.1194

۳۷) درویشی، بابک و فیاضی، روح الله (۱۳۹۱). قرارداد بیع متقابل. آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۶، صص. ۸۹-۱۱۴.

۳۸) ذهنی تهرانی، محمدجواد (۱۳۶۶). المباحث الفقهیة فی شرح الروضة البهیة (جلد ۱۱). قم: وجدانی.

۳۹) رفیعی، پروانه (۱۳۹۹). ماهیت حقوقی قراردادهای تجاری‌سازی داریایی فکری با تمرکز بر سرمایه‌گذاری خطرپذیر (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). قابل‌بازیابی از گنج، پایگاه اطلاعات علمی ایران.

۴۰) زایسبرگر، کلودیا، پراول، مایکل و وایت، بوئن (۱۴۰۰). سرمایه‌گذاری خصوصی از سرمایه‌گذاری خطرپذیر تا تملک (داوود دانش‌جعفری، امیرحسین جهانی‌کیا و فائزه‌السادات سجادیان، مترجمان). تهران: نور علم.

۴۱) زمخشری، محمدبن عمر (۱۹۷۹ م). اساس البلاغة. بیروت: دار صادر.

۴۲) سلطانی، محمد و اعظم‌پور، محمدطاهر (۱۳۹۸). توافقات کنترل در قراردادهای سرمایه‌گذاری خطرپذیر. نشریه تحقیقات حقوقی، ۸۸ (۲۲)، صص. ۲۰۱-۲۲۸. doi: 10.29252/lawresearch.22.88.201

۴۳) سیفی، علی‌اکبر (۱۴۲۵ ق). مبانی الفقه‌الفعال فی القواعد الفقهیة الاساسیة (جلد ۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۴۴) شهید اول، محمدبن مکی (۱۴۳۰ ق). موسوعة الشهد الاول (جلدهای ۱۳ و ۱۴). قم: مکتب الاعلام الاسلامی فی الحوزه العلمیة.

۴۵) شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (جلدهای ۳ و ۴). قم: کتاب‌فروشی داوری.

۴۶) شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (بی‌تا). فوائد القواعد. قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین

حوزه علمیه قم.

- ۴۷) شهیدی، مهدی (۱۴۰۱). حقوق مدنی ۶. تهران: مجد.
- ۴۸) صفایی، سیدحسین (۱۳۹۱). نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در «مورد معامله»: تفسیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی بر مبنای قاعده غرر. تحقیقات حقوقی، شماره ۵۹، صص. ۴۱-۶۱.
- ۴۹) طاهری، حبیب‌الله (۱۴۱۸ق). حقوق مدنی (جلد ۴). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۵۰) طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۳۷۸). ترجمه تفسیر المیزان (محمدباقر موسوی، مترجم). (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۵۱) طوسی، محمدبن حسن (۱۳۶۳). الاستبصار فیما اختلف الاخبار (جلد ۳). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۵۲) طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه (جلد ۲). تهران: المكتبة المرتضوية لاهیاة الآثار الجعفرية.
- ۵۳) طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۰ق). النهایة فی مجرد الفقه والفتاوی. بیروت: دارالکتب العربی.
- ۵۴) طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف (جلد ۳). قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۵۵) عدل (منصور السلطنه)، سیدمصطفی (۱۳۷۳). حقوق مدنی. قزوین: بحر العلوم.
- ۵۶) عشقی، نسیم و همکاران (۱۳۹۵). شناسایی و رتبه‌بندی عوامل مؤثر بر رهبری کارآفرینانه در کسب‌وکارهای نوپای فین‌تک. مطالعات رفتاری در مدیریت، شماره ۱۳، صص. ۳۱-۴۳.
- ۵۷) علم‌الهدی، علی‌بن حسین (سیدمرتضی) (۱۴۰۵ق). رسائل الشریف‌المرتضی (جلد ۲). قم: دارالقرآن‌الکریم.
- ۵۸) عمیدی، سیدعمیدالدین‌بن محمد (۱۴۱۶ق). کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد (جلد ۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۵۹) عیسایی تفرشی، محمد (۱۳۷۹). مفهوم و قلمرو ماده ۲۰۰ قانون تجارت ۱۳۱۱. نشریه مدرس علوم انسانی، ۱۴ (۴)، صص. ۳۹-۶۲.
- ۶۰) فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۹۶). مکاسب محرمة (جلد ۱). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام).
- ۶۱) فراهیدی، خلیل‌بن احمد (۱۴۱۰ق). العین (جلد ۴). قم: مؤسسه دارالهجرة.
- ۶۲) کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۸). حقوق مدنی (عقود معین) (جلد ۲). تهران: گنج دانش.
- ۶۳) کاردان، بهزاد، صالحی، مهدی و کلاته، حسین (۱۳۹۵). رابطه بین اظهار نظر حسابرس، اقلام تعهدی

- اختیاری و ریسک مالی. پژوهش‌های حسابداری مالی و حسابرسی، شماره ۳۱. صص ۱۱۱-۱۲۵.
- ۶۴) کوپر، اسکات (۱۳۹۹). سرمایه‌گذاری خطرپذیر؛ رازهای جاده سندهیل (وحید فخر، مترجم). تهران: نوین توسعه.
- ۶۵) کیدری، قطب‌الدین محمدبن حسین (۱۴۱۶ق). اصباح الشیعة بمصباح الشریعة. قم: مؤسسه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- ۶۶) گودرزی، زهرا و باقری، محمود (۱۳۹۶). جایگاه رهن دین در سرمایه‌گذاری و تأمین منابع مالی با نگاهی اجمالی به رهن دین در صنعت نفت. فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۸۰ (۲۰)، صص. ۴۳-۶۴.
doi: 10.22034/jlr.2018.111885.1062
- ۶۷) گودرزی، سیاوش و علمی سولا، محمدرضا (۱۳۹۴). بازخوانی فقهی-حقوقی شرکت‌های اعمال، مفروضه و وجوه. نشریه آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۱۲، صص. ۹۷-۱۱۷.
- ۶۸) متریک، اندرو و یاسودا، اپاکو (۱۳۹۱). سرمایه‌گذاری مخاطره‌آمیز و تأمین مالی نوآوری (رضا جمالی و فردیس صمصامی، مترجمان). تهران: به‌آوران.
- ۶۹) مجلسی، محمدتقی‌بن مقصودعلی (۱۴۰۶ق). روضة‌المتقین فی شرح من لایحضره‌الفقیه (جلد ۷). ایران: بنیاد فرهنگ اسلامی کوشانپور.
- ۷۰) محقق کرکی، علی‌بن حسین (۱۴۰۹ق). رسائل المحقق الکرکی (جلد ۱). قم: انتشارات آیت‌الله‌العظمی مرعشی نجفی (رحمت‌الله علیه).
- ۷۱) محقق کرکی، علی‌بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (جلد ۸). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۷۲) مروج، حسین (۱۳۷۹). اصطلاحات فقهی شامل ۶۵۰۰ واژه و اصطلاح فقهی از طهارت تا دیات. قم: بخشایش.
- ۷۳) مصطفوی، محمدکاظم (۱۴۲۱ق). القواعدالفقهیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۷۴) مصطفی، ابراهیم (۱۹۸۹م). المعجم الوسیط (جلد ۲). استانبول: دارالدعوه.
- ۷۵) موسویان، سیدعباس، حسن‌زاده سروستانی، حسین و نیکومرام، هاشم (۱۳۹۳). تحلیل سهام عادی شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس اوراق بهادار تهران در جایگاه مبیع در عقد بیع بر اساس فقه امامیه. نشریه تحقیقات مالی اسلامی، ۷، صص. ۴۴-۵.
- ۷۶) میرزای قمی، ابوالقاسم‌بن محمدحسن (۱۳۷۱). جامع‌الشتات (جلد ۳). تهران: کیهان.
- ۷۷) نادعلی، نگین (۱۳۹۸). توافق‌نامه سهام‌داران در سرمایه‌گذاری خطرپذیر (پایان نامه کارشناسی ارشد).

- قابل بازیابی از گنج، پایگاه اطلاعات علمی ایران.
- ۷۸) نجفی کاشف الغطا، محمد بن علی بن محمد رضا (۱۳۵۹ق). *تحریر المجله* (جلد ۲). نجف: مکتبه المرتضویه.
- ۷۹) نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام* (جلد ۲۶). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۸۰) نجفی، محمد حسن (بی تا). *جواهر الکلام* (ط. القدیمه) (جلدهای ۲۲ و ۲۴). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۸۱) نراقی، مولا احمد (۱۴۰۸ق). *عوائد الایام* (جلد ۱). قم: مکتبه بصیرتی (به نقل از: کتابخانه دیجیتال مدرسه فقاقت).
- ۸۲) نعمتی کلکانی، نازنین (۱۳۹۸). مطالعه تطبیقی سرمایه‌گذاری خطرپذیر در حقوق انگلستان و ایران (پایان نامه کارشناسی ارشد). قابل بازیابی از گنج، پایگاه اطلاعات علمی ایران.
- ۸۳) نوری، حسین بن محمد تقی (۱۴۰۸ق). *مستدرک الوسائل* (جلد ۱۳). بیروت: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث.
- ۸۴) هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۸۲ق). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام)* (جلد ۴). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام).
- ۸۵) هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۳۴ق). *کتاب الشركة*. قم: مؤسسه الفقه و معارف اهل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۸۶) هاشمی فیض‌آبادی، سید مهدی و فیض‌آبادی، اکرم (۱۳۹۹). ارتباط بین سهام‌داران کنترلی و هم‌زمانی قیمت سهام در بورس اوراق بهادار ایران. *مطالعات کاربردی در علوم مدیریت و توسعه*، شماره ۲۱، صص. ۱۹-۳۴.
- ۸۷) هاشمی نکو، سیدعلیرضا و سازگاری اردکانی، سعید (۱۳۹۵). سرمایه‌گذاری خطرپذیر از نظریه تا عمل. تهران: سیدعلیرضا هاشمی‌نکو.
- ۸۸) ولویون، رضا و نجف‌زاده، علی (۱۴۰۱). تحلیل فقهی-حقوقی عقد شرکت مدنی با تأکید بر خلأها و ضرورت‌ها. *پژوهش حقوق خصوصی*، شماره ۳۹، صص. ۱۰۴-۱۴۲. doi: 10.22054/jplr.2023.61630.2584
- ۸۹) یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم (۱۳۹۲). *العروة الوثقی* (شرح امام خمینی (رحمت‌الله علیه)) (جلد ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).

90) Balz, F. P., Brinkmann, F., & Kanbach, D. (2023). The impact of independent and heterogeneous corporate venture capital on firm efficiency. *Journal of Business Venturing Insights*, 19(3), 384.

- <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S2352673423000136>
- 91) Cherney, M. (2020). Facebook has made hugely successful deals. Now it's starting a venture capital arm. Barron's.
<https://www.barrons.com/articles/facebook-is-starting-its-own-venture-capital-arm-to-build-on-successes-like-instagram-and-whatsapp-51591903919>
- 92) Cooman, F. (2022). Imprinting the economy: The structural power of venture capital. *Economy and Space*, 56(2), 586–602.
<https://doi.org/10.1177/0308518X211071093>
- 93) Ferreira, R., & Pereira, P. (2021). A dynamic model for venture capitalists' entry–exit investment decisions. *European Journal of Operational Research*, 290(2), 779–789. <https://doi.org/10.1016/j.ejor.2020.08.017>
- 94) Gonzalez, M. (2023). M12 ventures down a new path. Official Microsoft Blog.
<https://blogs.microsoft.com/blog/2023/01/05/m12-ventures-down-a-new-path/>
- 95) Jouaber-Snoussi, K., & Mehri, M. (2012). Agency problems in venture capital contracts: Islamic profit-sharing ratio as a screening device. Manuscript, 1–33.
- 96) Kaplan, S., & Strömberg, P. (2002). Financial theory meets the real world: An empirical analysis of venture capital contracts. *Review of Economic Studies*, 70(2), 81–315. <https://doi.org/10.1111/1467-937X.00210>
- 97) Metrick, A., & Yasuda, A. (2021). *Venture capital & finance of innovation* (3rd ed.). India: Lise Johnson.
- 98) Megginson, W. (2005). Toward a global model of venture capital. *Journal of Applied Corporate Finance*, 16(1), 89–107. <https://doi.org/10.1111/j.1745-6622.2005.tb00522.x>
- 99) OECD. (2021). *Venture capital investments in artificial intelligence*. Paris, France: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264354626-en>
- 100) OECD. (1996). *Venture capital and innovation*. Paris, France: OECD Publishing.
- 101) Pearce, S., & Barnes, S. (2006). *Raising venture capital*. Chichester, England: John Wiley & Sons.
- 102) Tykvová, T. (2007). What do economists tell us about venture capital contracts? *Journal of Economic Surveys*, 21(1), 65–89. <https://doi.org/10.1111/j.1467-6419.2007.00502.x>
- 103) Oxford Learners' Dictionaries. (2023). *Venture capital*. [Oxfordlearnersdictionaries.com. https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/venture-capital?q=Venture+capital](https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/venture-capital?q=Venture+capital)
- 104) Metrick, A., & Yasuda, A. (2021). *Venture capital & finance of innovation* (3rd ed.). India: Lise Johnson.
- 105) Megginson, W. (2005). Toward a global model of venture capital. *Journal of Applied Corporate Finance*, 16(1), 89–107. <https://doi.org/10.1111/j.1745-6622.2005.tb00522.x>
- 106) OECD. (2021). *Venture capital investments in artificial intelligence*. Paris, France: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264354626-en>

- 107) OECD. (1996). Venture capital and innovation. Paris, France: OECD Publishing.
- 108) Pearce, S., & Barnes, S. (2006). Raising venture capital. Chichester, England: John Wiley & Sons.
- 109) Tykiová, T. (2007). What do economists tell us about venture capital contracts? *Journal of Economic Surveys*, 21(1), 65-89.
<https://doi.org/10.1111/j.1467-6419.2007.00502.x>

References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Şahīfat al-Imām al-Riḍā (PBUH) (1406 AH). Mashhad: Kongra Jahānī Ḥaḍrat Riḍā (‘alayhi al-salām) [in Arabic].
- 3) Adl (Manşūr al-Salṭaneh), Sayyed Moştafā (1373 SH). Ḥuqūq-e Madanī [Civil Law]. Qazvin: Baḥr al-‘Ulūm [in Persian].
- 4) Agmon, Tamir and Shugren, Stefan (1396 SH). Sermāye-goḏārī-e jasurāneh va farāyand-e mobtakarāneh [Venture Capital and the Innovative Process] (Rūḥullāh Kohan-Hūš-Neżād, Rezā Jahānbīn, and Rezā Moḥammadiān Amīrī, trans.). Tehran: Chāleš [in Persian].
- 5) Alam al-Hudā, ‘Alī ibn al-Ḥusayn (Sayyid al-Murtaḏā) (1405 AH). Rasā’il al-Sharīf al-Murtaḏā (Vol. 2). Qom: Dār al-Qur’ān al-Karīm [in Arabic].
- 6) Al-Ḥillī (al-‘Allāma), Ḥasan ibn Yūsuf ibn Muṭahhar (1413 AH). Mukhtalaf al-Shī‘a fī Aḥkām al-Sharī‘a (Vol. 6). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī, affiliated with Jāmi‘a Mudarrisīn Ḥawza ‘Ilmiyya Qom [in Arabic].
- 7) Al-Ḥillī (al-Muḥaqqiq), Ja‘far ibn Ḥasan (1376 SH). al-Mukhtaṣar al-Nāfi‘ fī Fiqh al-Imāmiyya (Vol. 1). Qom: Maṭbū‘āt Dīnī [in Arabic].
- 8) Al-Ḥillī (al-Muḥaqqiq), Najm al-Dīn Ja‘far ibn Ḥasan (1412 AH). Nukat al-Nihāya; al-Nihāya wa Nukatuhā (Vol. 2). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī, affiliated with Jāmi‘a Mudarrisīn Ḥawza ‘Ilmiyya Qom [in Arabic].
- 9) Al-Ḥillī, Ḥusayn (n.d.). Buḥūth Fiqhiyya. N.p.: Mu‘assasat al-Manār [in Arabic].
- 10) Al-Ḥurr al-‘Amīlī, Muḥammad ibn al-Ḥasan (1416 AH). Tafṣīl Wasā’il al-Shī‘a ilā Tahṣīl Masā’il al-Sharī‘a (Vols. 21 and 23). Qom: Mu‘assasat Āl al-Bayt (‘alayhim al-salām) li-Iḥyā’ al-Turāth [in Arabic].
- 11) Al-Ḥusaynī al-Marāghī, ‘Abd al-Fattāḥ ibn ‘Alī (1417 AH). al-‘Anāwīn al-Fiqhiyya (Vol. 2). Qom: Mu‘assasat Nashr al-Islāmī, affiliated with Jāmi‘a Mudarrisīn Ḥawza ‘Ilmiyya Qom [in Arabic].
- 12) Al-Khū‘ī, Sayyid Abū al-Qāsim (1410 AH). Minhāj al-Ṣāliḥīn (Vol. 2). Qom: Mu‘assasa Iḥyā’ al-Āthār al-Imām al-Khū‘ī [in Arabic].
- 13) Al-Khū‘ī, Sayyid Abū al-Qāsim (1417 AH). Mişbāḥ al-Fiqhah (Vol. 5). Qom: Anşāriyān [in Arabic].
- 14) Al-Khū‘ī, Sayyid Abū al-Qāsim (1418 AH). Mawsū‘at al-Imām al-Khū‘ī (Vol. 37). Qom: Mu‘assasa Iḥyā’ al-Āthār al-Imām al-Khū‘ī [in Arabic].
- 15) Al-Shahīd al-Awwal, Muḥammad ibn Makkī (1430 AH). Mawsū‘at al-Shahīd al-Awwal (Vols. 13 and 14). Qom: Maktab al-‘Ilām al-Islāmī fī al-Ḥawza al-‘Ilmiyya [in Arabic].
- 16) Al-Shahīd al-Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī (1410 AH). al-Rawḏa al-Bahiyya fī Sharḥ al-Lum‘a al-Dimashqiyya (Vols. 3 and 4). Qom: Kitābfurūshī Dāvārī [in Arabic].
- 17) Al-Shahīd al-Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī (n.d.). Fawā’id al-Qawā’id. Qom: Mu‘assasa Nashr al-Islāmī, affiliated with Jāmi‘a Mudarrisīn Ḥawza ‘Ilmiyya Qom [in Arabic].
- 18) Al-Ṭūsī, Muḥammad ibn al-Ḥasan (1387 AH). al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmiyya (Vol. 2). Tehrān: al-Maktaba al-Murtaḏawiyya li-Iḥyā’ al-Āthār al-Ja‘fariyya [in Arabic].

- Arabic].
- 19) Al-Ṭūsī, Muḥammad ibn al-Ḥasan (1400 AH). *al-Nihāya fi Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatawā*. Beirut: Dār al-Kitāb al-‘Arabī [in Arabic].
 - 20) Al-Ṭūsī, Muḥammad ibn al-Ḥasan (1407 AH). *al-Khilāf* (Vol. 3). Qom: Mu’assasa Nashr al-Islāmī, affiliated with Jāmi‘a Mudarrisīn Ḥawza ‘Ilmiyya Qom [in Arabic].
 - 21) Al-Zamakhsharī, Muḥammad ibn ‘Umar (1979). *Asās al-Balāghah*. Beirut: Dār Ṣādir [in Arabic].
 - 22) Amīdī, Sayyid ‘Amīd al-Dīn ibn Muḥammad (1416 AH). *Kanz al-Fawā’id fi Ḥall Mushkilāt al-Qawā’id* (Vol. 1). Qom: Daftar al-Intishārāt al-Islāmī, affiliated with Jāmi‘a Mudarrisīn Ḥawza ‘Ilmiyya Qom [in Arabic].
 - 23) Amīrī, Ḥosayn and Qolič, Vahhāb (1398 SH). *Rahiāfti riāzī bar estrātezi-e korūj dar olgū-ye sermāye-gozāri-e қаtarpazir-e eslāmī* [A Mathematical Approach to Exit Strategy in Islamic Venture Capital Model]. *Našriye-ye Eqtesād-e Eslāmī* [Journal of Islamic Economics], 74 (19), pp. 179-209 [in Persian].
 - 24) Anjoman-e Šenfi-e Kārfaramāyi Šandūqhā va Nahādihā-ye Sermāye-gozāri-ye Қаtarpazir-e Kešvar (1401 SH). *Gozāreš-e ‘Amalkard-e A’zā-ye Anjoman dar Sāl-e 1401 (Šešomīn Dowre-ye Anjoman-e Sermāye-gozāri-ye Қаtarpazir)* [Performance Report of the Association Members in 1401 (Sixth Period of the Venture Capital Association)]. Tehran [in Persian].
 - 25) Anšārī, Mortazā ben Muḥammad Amīn (n.d.). *Farā’id al-Ušūl* (vol. 2). Qom: Daftar Intišārāt Islāmī [in Arabic].
 - 26) Balz, F. P., Brinkmann, F., & Kanbach, D. (2023). The impact of independent and heterogeneous corporate venture capital on firm efficiency. *Journal of Business Venturing Insights*, 19(3), 384.
<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S2352673423000136>
 - 27) Cherney, M. (2020). Facebook has made hugely successful deals. Now it’s starting a venture capital arm. *Barron's*.
<https://www.barrons.com/articles/facebook-is-starting-its-own-venture-capital-arm-to-build-on-successes-like-instagram-and-whatsapp-51591903919>
 - 28) Čini-sāz, Mā’ede, Moḥammadī, Omīd, and Ša’bānī, Qāsem (1401 SH). *Majrā-ye Ašl-e Šeḥḥat dar Mo’āmelāt bā Ta’kid bar Emkān-e Jarayān-e Ān dar Šobahāt-e Ḥokmiye* [Application of the Principle of Validity in Transactions with Emphasis on Its Applicability in Jurisprudential Doubts]. *Našriye-ye Tamaddon-e Ḥoqūqī* [Journal of Legal Civilization], 5(10), pp. 339-358 [in Persian]. doi: 10.22034/lc.2022.144615
 - 29) Cooman, F. (2022). Imprinting the economy: The structural power of venture capital. *Economy and Space*, 56(2), 586-602.
 - 30) Dādmazī, Sayyed Mahdī and Ḥeydarī A’zam (1397 SH). *Moṭāle‘e-ye Taṭbiqī-ye Māhiyat-e Ja‘āle dar Feqh-e Emāmiye, Ḥoqūq-e Īrān va Ġarb* [Comparative Study of the Nature of Ja‘āla in Imamiyyah Jurisprudence, Iranian and Western Law]. *Našriye-ye Pažūheš-e Taṭbiqī-ye Ḥoqūq-e Eslām va Ġarb* [Comparative Research Journal of Islamic and Western Law], No. 16, pp. 55-80 [in Persian]. doi: 10.22091/csiw.2019.1991.1194

- 31) Darvishi, Bābak and Fīyāzī, Rūḥ Allāh (1391 SH). Qarārdād-e Bay' -e Motaqābel [Counter Purchase Contract]. Āmuzahā-ye Feqh-e Madanī [Teachings of Civil Jurisprudence], No. 6, pp. 89-114 [in Persian].
- 32) Dehni Tehrānī, Moḥammad Javād (1366 SH). al-Mabāḥith al-Fiqhiyya fi Sharḥ al-Rauḍa al-Bahiyya (Vol. 11). Qom: Vejdānī [in Arabic].
- 33) Emāmī, Ḥasan (n.d.). Ḥuqūq-e Madanī [Civil Law] (vol. 2). Tehran: Islāmīya [in Persian].
- 34) Entezām, Seyyed Moḥammad (1396 SH). Barrasī kārā'i-ye "Ta'rif be Zātiyyāt" bā ta'ammolī dar piš-farz-hā-ye falsafi-ye ān [Efficiency of "Definition by Essences" with Reflection on Its Philosophical Premises]. Dufaslnāme-ye 'Elmī-e Hastī va Šenākt [Journal of Being and Knowledge], 4 (7), pp. 21-40 [in Persian].
- 35) Eshqī, Nasīm and Colleagues (1395 SH). Šenāsā'i va Rotbehbandī-ye 'Avāmel-e Mo'asser bar Rahbarī-ye Kārāfarīnāneh dar Kasb-o-Kārḥā-ye Nowpā-ye Fintech [Identification and Ranking of Factors Affecting Entrepreneurial Leadership in Fintech Startups]. Moṭāle'āt-e Raftarī dar Modīriyat [Behavioral Studies in Management], No. 13, pp. 31-43 [in Persian].
- 36) Eskinī, Rabi'ā (1401 SH). Ḥuqūq-e Tejārat Šerkat-hā-ye Tejārī [Commercial Companies' Trade Law] (vol. 2). Tehran: Sāzmān-e Moṭāla'a va Tadvīn-e Kotob-e Dānešgāhī dar 'Ulūm-e Islāmī va Ensānī [in Persian].
- 37) Eslāmī Bīdgālī, Gōlāmrezā and Kāzemīān, Mahdī (1384 SH). Tarāḥī-e olgū-ye šandūq-e sermāye-gozārī risk-pazīr bā tavajjoh be feqh-e emāmīya [Designing a Venture Capital Fund Model with Respect to Imāmī Jurisprudence]. Faslnāme-ye Taḥqīqāt-e Mālī [Journal of Financial Research], No. 20, pp. 3-26 [in Persian].
- 38) Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad (1410 AH). al-'Ayn (vol. 4). Qom: Mu'assasat Dār al-Hijra [in Arabic].
- 39) Fāzel Lankarānī, Moḥammad Javād (1396 SH). Makāseb-e Moḥarrameh (Vol. 1). Qom: Markaz-e Feqhī-ye A'imma-ye Aṭḥār ('alayhem al-salām) [in Arabic].
- 40) Ferreira, R., & Pereira, P. (2021). A dynamic model for venture capitalists' entry–exit investment decisions. *European Journal of Operational Research*, 290(2), 779–789. <https://doi.org/10.1016/j.ejor.2020.08.017>
- 41) Gonzalez, M. (2023). M12 ventures down a new path. Official Microsoft Blog. <https://blogs.microsoft.com/blog/2023/01/05/m12-ventures-down-a-new-path/>
- 42) Gūdarzī, Sīyāvash; and 'Elmī Sūlā, Moḥammad Rezā (1394 SH). Bāzkhānī-ye Feqhī-Ḥuqūqī-ye Šerkat-hā-ye A'māl, Mofāwāzeh va Vujūh [A Jurisprudential-Legal Review of Companies of Actions, Negotiation, and Funds]. Nashriyeh-ye Āmūzeh-hā-ye Feqh-e Madanī [Journal of Civil Jurisprudential Teachings], Number 12, pp. 97–117 [in Persian].
- 43) Gūdarzī, Zahra; and Bāqerī, Maḥmūd (1396 SH). Jāygāh-e Rahn-e Deyn dar Sar-māye-gozārī va Ta'mīn-e Manābe'-e Mālī bā Negāhī Ejmālī be Rahn-e Deyn dar Šan'at-e Naft [The Position of Pledge of Debt in Investment and Financial Resource Provision with a Brief Look at Pledge of Debt in the Oil

- Industry]. *Fasl-nāmeḥ-ye Taḥqīqāt-e Ḥuqūqī* [Journal of Legal Research], 80(20), pp. 43-64. doi:10.22034/jlr.2018.111885.1062 [in Persian].
- 44) Hāshimī Feyzābādī, Sayyid Maḥdī & Feyzābādī, Akram (1399 SH). Ertebāt bayn-e Sahāmdārān-e Kontrūlī va Hamzamānī-ye Qeymat-e Sahām dar Būrs-e Orāq-e Bahādār-e Īrān [Relationship Between Controlling Shareholders and Stock Price Synchronicity in Iran's Stock Exchange]. *Moṭāla'āt-e Kārburdī dar 'Ulūm-e Modīriyat va Towse'e* [Applied Studies in Management Sciences and Development], No. 21, pp. 19-34 [in Persian].
- 45) Hāshimī Nekū, Sayyid 'Alirezā & Sāzgārī Ardakānī, Sa'īd (1395 SH). Sar-māye-gozārī-ye Khatarpazīr az Nazariyye tā 'Amal [Venture Capital Investment from Theory to Practice]. Tehran: Sayyid 'Alirezā Hāshimī Nekū [in Persian].
- 46) Hāshimī Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd (1382 AH). *Farhang-e Fiqh Muṭābiq Mazhab Ahl al-Bayt ('alayhim al-salām)* [Jurisprudential Dictionary According to the School of Ahl al-Bayt] (Vol. 4). Qom: Mu'assasat Dā'irat al-Ma'ārif Fiqh-e Islāmī bar Mazhab Ahl al-Bayt ('alayhim al-salām) [in Arabic].
- 47) Hāshimī Shāhrūdī, Sayyid Maḥmūd (1434 AH). *Kitāb al-Shirkah*. Qom: Mu'assasat al-Fiqh wa Ma'ārif Ahl al-Bayt ('alayhim al-salām) [in Arabic].
- 48) Ḥeydarī Sūrešjānī, Mehrnāz and Moḥammadī, Parastū (1394 SH). 'Adam-e Ta'āron-e Eṭṭelā'āti dar Sarmāye-dārī-ye Kaṭarpazīr; Ta'amolī dar Čahārčub-e 'Aqd-e Šerkat va Možāraba [Asymmetry of Information in Venture Capital Investment; A Reflection within the Framework of Partnership and Moḏāraba Contract]. *Fašlnāme-ye Eqtešād-e Eslāmī* [Islamic Economics Quarterly], 15(58), pp. 153-177 [in Persian].
- 49) Ibn Abī Jumhūr, Muḥammad ben Zayn al-Dīn (1403 AH). 'Awālī al-La'ālī al-'Azīziya fi al-Aḥādīth al-Dīniya (vol. 2). Qom: Mu'assasa Seyyed al-Shuhadā' ('alayhi al-salām) [in Arabic].
- 50) Ibn Abī Jumhūr, Muḥammad ben Zayn al-Dīn (1405 AH). 'Awālī al-La'ālī al-'Azīziya fi al-Aḥādīth al-Dīniya (vol. 3). Qom: Dār Seyyed al-Shuhadā' ('alayhi al-salām) li'l-Nashr [in Arabic].
- 51) Ibn Bābawayh, Muḥammad ben 'Alī (1404 AH). *Man lā yaḥḏuruhu al-faqīh* (vol. 3). Qom: Daftar Intišārāt Islāmī [in Arabic].
- 52) Ibn Bābawayh, Muḥammad ben 'Alī (n.d.). 'Uyūn Akhbār al-Riḏā ('alayhi al-salām) (vol. 2). Tehran: Jahān [in Arabic].
- 53) Ibn Ḥayūn, Nu'mān ben Muḥammad (1385 AH). *Da'ā'im al-Islām* (vol. 2). Qom: Mu'assasa Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) [in Arabic].
- 54) Ibn Idrīs Ḥillī, Muḥammad ben Maṣṣūr ben Aḥmad (1410 AH). *al-Sarā'ir al-Ḥāwī li-Taḥrīr al-Fatāwī* (vol. 2). Qom: Daftar Intišārāt Islāmī [in Arabic].
- 55) Ibn Manzūr, Muḥammad ben Mukarram (n.d.). *Lisān al-'Arab* (vol. 5). Beirut: Dār al-Fikr [in Arabic].
- 56) Īsā'ī Tafarshī, Moḥammad (1379 SH). *Mafhūm va Qalamrow-e Mādeh 200 Qānūn-e Tejārat 1311* [Concept and Scope of Article 200 of the 1311 Commercial Code]. *Našriye-ye Modarres 'Olūm-e Ensānī* [Modarres Journal of Humanities], 14(4), pp. 39-62 [in Persian].
- 57) Ja'farī Košrowābādī, Našrullāh and Šahidī, Seyyed Mortazā (1394 SH).

- Bāzpozūhī-ye feqhī-ḥuqūqī māhīyat-e orāq-e saham va qarārdād-e vāgozārī-e ān [Jurisprudential-Legal Reanalysis of the Nature of Shares and Their Transfer Contracts]. *Taḥqīqāt-e Mālī-e Eslāmī [Islamic Financial Research]*, No. 9, pp. 37-64 [in Persian].
- 58) Jabal-ʿĀmelī, Moḥammad-Saʿīd and Āzādegan Mehr, Māndānā (1389 SH). *Olgū-ye ḥemāyat az šeklgīrī-ye šerkat-hā-ye enšaʿabī-ye dānešgāhī bā sāz-o-kār-e sermāye-gozārī-ye kaṭarpazīr; Moṭāleʿ-ye Moredī: Dānešgāh-e ʿElm va Ṣanʿat-e Īrān [Support Model for the Formation of University Spin-off Companies Using Venture Capital Mechanism; Case Study: Iran University of Science and Technology]*. *Našriye-ye Siāsat-e ʿElm va Fannāvārī [Journal of Science and Technology Policy]*, 9 (1), pp. 15-28 [in Persian].
- 59) Jaʿfarī Langarūdī, Moḥammad Jaʿfar (1379 SH). *Majmūʿe-ye Maḥšī-ye Qānūn-e Madanī [Annotated Collection of Civil Law]*. Tehrān: Ganj-e Dāneš [in Persian].
- 60) Jalīlī, Maḥdī, Ṭabāṭabāʿī, Sayyed Moḥammad Šādeq, and Moḥammadī, Meysam (1400 SH). *Taḥlīl-e Feqhī-Ḥoqūqī-ye Šeḥḥat yā ʿAdam-e Šeḥḥat-e Šerkat-e Mofāwaḥa dar Feqh-e Maḍāheb-e Eslāmī [Jurisprudential-Legal Analysis of the Validity or Invalidity of Mofāwaḥa Partnership in Islamic Schools of Thought]*. *Našriye-ye Feqh-e Moqāran [Journal of Comparative Fiqh]*, 18, pp. 201-222 [in Persian].
- 61) Jorjānī, ʿAlī ben Moḥammad (1370 AH). *Ketāb al-Taʿrīfāt*. Tehrān: Našer Qosrow [in Arabic].
- 62) Jouaber-Snoussi, K., & Mehri, M. (2012). Agency problems in venture capital contracts: Islamic profit-sharing ratio as a screening device. Manuscript, 1-33.
- 63) Kaplan, S., & Strömberg, P. (2002). Financial theory meets the real world: An empirical analysis of venture capital contracts. *Review of Economic Studies*, 70(2), 81-315. <https://doi.org/10.1111/1467-937X.00210>
- 64) Kārdān, Behzād; Šālehī, Maḥdī; and Kalāteh, Ḥosseīn (1395 SH). *Rabṭeh-ye Bayn-e Ezhār-e Nazar-e Ḥesābras, Aqlām-e Taʿahodī Ekhtiārī va Rīsk-e Mālī [The Relationship Between Auditor's Opinion, Discretionary Accruals, and Financial Risk]*. *Pizhūhesh-hā-ye Ḥesābdārī Mālī va Ḥesābrasī [Financial Accounting and Auditing Research]*, Number 31, pp. 111-125 [in Persian].
- 65) Kātūziān, Nāšir (1368 SH). *Ḥuqūq-e Madanī (ʿUqūd-e Maʿīn) (vol. 2) [Civil Law (Specific Contracts) (vol. 2)]*. Tehrān: Ganj-e Dānish [in Persian].
- 66) Khomeīnī, Rūḥ Allāh (1392 SHa). *Tahrīr al-Wasīla (Vol. 1)*. Tehrān: Muʿassasa-ye Tanzīm va Nashr-e Āsār-e Imām Khomeīnī (raḥmat Allāh ʿalayh) [in Arabic].
- 67) Khomeīnī, Rūḥ Allāh (1392 SHb). *Kitāb al-Bayʿ (Vol. 2)*. Tehrān: Muʿassasa-ye Tanzīm va Nashr-e Āsār-e Imām Khomeīnī (raḥmat Allāh ʿalayh) [in Arabic].
- 68) Kidārī, Quṭb al-Dīn Muḥammad ibn Ḥusayn (1416 AH). *Išbāḥ al-Shīʿa bi-Mišbāḥ al-Sharīʿa*. Qom: Muʿassasat Imām Šādiq (ʿalayhi al-salām) [in Arabic].
- 69) Kūper, Eskāt (1399 SH). *Sar-māye-gozārī Khaṭarpazīr; Rāzhā-ye Jāddeh-ye Sandhīl [Venture Capital; Secrets of Sand Hill Road]* (Vāḥid Fakhr, translator). Tehrān: Novin-e Toseʿeh [in Persian].
- 70) Majlisī, Muḥammad Taqī ibn Maqṣūd ʿAlī (1406 AH). *Rawḍat al-Muttaqīn fi*

- Sharḥ Man Lā Yaḥḍuruḥu al-Faqīh (vol. 7). Iran: Bonyād Farhang-e Eslāmī Kūshānpūr [in Arabic].
- 71) Megginson, W. (2005). Toward a global model of venture capital. *Journal of Applied Corporate Finance*, 16(1), 89–107. <https://doi.org/10.1111/j.1745-6622.2005.tb00522.x>
- 72) Megginson, W. (2005). Toward a global model of venture capital. *Journal of Applied Corporate Finance*, 16(1), 89–107. <https://doi.org/10.1111/j.1745-6622.2005.tb00522.x>
- 73) Metrick, A., & Yasuda, A. (2021). *Venture capital & finance of innovation* (3rd ed.). India: Lise Johnson.
- 74) Metrick, A., & Yasuda, A. (2021). *Venture capital & finance of innovation* (3rd ed.). India: Lise Johnson.
- 75) Metrik, Andrew; and Yāsūdā, Iyako (1391 SH). *Sar-māye-gozārī-ye Mokhātareh-Āmīz va Ta'mīn-e Mālī-ye No'āvari* [Venture Capital and the Finance of Innovation] (Rezā Jamālī and Fardīs Šamsāmī, translators). Tehran: Beh Āvarān [in Persian].
- 76) Mīrzā-ye Qummī, Abū al-Qāsim ibn Muḥammad Ḥasan (1371 SH). *Jāme' al-Shattāt* (vol. 3). Tehran: Keyhān [in Arabic].
- 77) Morrowaj, Ḥosein (1379 SH). *Eṣṭelāḥāt-e Feqhī Shāmel 6500 Vāzheh va Eṣṭelāḥ-e Feqhī az Ṭahārat tā Diyāt* [Jurisprudential Terms Including 6500 Words and Jurisprudential Terms from Purity to Blood Money]. Qom: Bakhshāyesh [in Persian].
- 78) Muḥaqqiq Karkī, 'Alī ibn Ḥusayn (1409 AH). *Rasā'il al-Muḥaqqiq al-Karkī* (vol. 1). Qom: Intishārāt Āyatullāh al-'Uzmā Mar'ashī Najafī (rahmatullāh 'alayh) [in Arabic].
- 79) Muḥaqqiq Karkī, 'Alī ibn Ḥusayn (1414 AH). *Jāmi' al-Maqāshid fi Sharḥ al-Qawā'id* (vol. 8). Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) [in Arabic].
- 80) Mūsaviyān, Sayyed 'Abbās; Ḥasanzādeh Sarvestānī, Ḥosseini; and Nikūmarām, Hāshem (1393 SH). *Taḥlīl-e Sahām-e 'Ādī-ye Sherkat-hā-ye Pazīrafteh Shodeh dar Būrs-e Orāq-e Bahādār-e Tehrān dar Jāyghā-e Mabyū' dar 'Aqd-e Bay' bar Asās-e Feqh-e Imāmīyeh* [Analysis of Ordinary Shares of Companies Listed on Tehran Stock Exchange as Sale Subject in Sale Contract Based on Imamiyyah Jurisprudence]. *Nashriyeh Taḥqīqāt-e Mālī Eslāmī* [Journal of Islamic Financial Research], 7, pp. 5–44 [in Persian].
- 81) Muṣṭafā, Ibrāhīm (1989 AD). *al-Mu'jam al-Wasīṭ* (vol. 2). Istanbul: Dār al-Da'wah [in Arabic].
- 82) Muṣṭafavī, Muḥammad Kāzīm (1421 AH). *al-Qawā'id al-Fiqhiyya*. Qom: Daftar-e Intishārāt-e Eslāmī, Jāme'eh Modarresīn Ḥowzeh 'Elmiyeh Qom [in Arabic].
- 83) Na'amati Kalakāni, Nāzanīn (1398 SH). *Moṭāla'e-ye Taṭbīqī-ye Sar-māye-gozārī-ye Khatarpazīr dar Ḥuqūq-e Englestān va Īrān* [Comparative Study of Venture Capital Investment in English and Iranian Law]. (Master's thesis). Available from Ganj, Iran Scientific Information Database [in Persian].
- 84) Nād'alī, Negīn (1398 SH). *Tavāfoqnāmeḥ-ye Sahām-dārān dar Sar-māye-*

- gozārī-ye Khaṭarpazīr [Shareholders' Agreement in Venture Capital Investment] (Master's thesis). Retrieved from Ganj, Iran Scientific Information Database [in Persian].
- 85) Najafī Kāshif al-Ghiṭā', Muḥammad ibn 'Alī ibn Muḥammad Riḍā (1359 AH). *Tahrīr al-Majalla* (vol. 2). Najaf: Maktabat al-Murtaḍawīyya [in Arabic].
- 86) Najafī, Muḥammad Ḥasan (1404 AH). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'ī al-Islām* (vol. 26). Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī [in Arabic].
- 87) Najafī, Muḥammad Ḥasan (n.d.). *Jawāhir al-Kalām* (Old Edition) (vols. 22 and 24). Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī [in Arabic].
- 88) Narāqī, Mullā Aḥmad (1408 AH). *'Awā'id al-Ayyām* (Vol. 1). Qom: Maktabat Basīratī [in Arabic].
- 89) Nūrī, Ḥusayn ibn Muḥammad Taqī (1408 AH). *Mustadrak al-Wasā'il* (Vol. 13). Beirut: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) li Iḥyā' al-Turāth [in Arabic].
- 90) OECD. (1996). *Venture capital and innovation*. Paris, France: OECD Publishing.
- 91) OECD. (1996). *Venture capital and innovation*. Paris, France: OECD Publishing.
- 92) OECD. (2021). *Venture capital investments in artificial intelligence*. Paris, France: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264354626-en>
- 93) OECD. (2021). *Venture capital investments in artificial intelligence*. Paris, France: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264354626-en>
- 94) Oxford Learners' Dictionaries. (2023). *Venture capital*. Oxfordlearnersdictionaries.com. <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/venture-capital?q=Venture+capital>
- 95) Pearce, S., & Barnes, S. (2006). *Raising venture capital*. Chichester, England: John Wiley & Sons.
- 96) Pearce, S., & Barnes, S. (2006). *Raising venture capital*. Chichester, England: John Wiley & Sons.
- 97) Rafī'ī, Parvāneh (1399 SH). *Māhiyat-e Ḥoqūqī-ye Qarārdādāhā-ye Tejārī-sāzī-ye Dārā'ī-ye Fekrī bā Tamarkoz bar Sarmāye-dārī-ye Khaṭarpazī* [Legal Nature of Intellectual Property Commercialization Contracts with a Focus on Venture Capital Investment] (Master's Thesis). Available at Ganj, Iranian Scientific Information Database [in Persian].
- 98) Ṣafā'ī, Sayyed Ḥoseyn (1391 SH). *Negāhī Dīgar be Zābeteh-ye Kefāyat-e 'Elm-e Ejmālī dar "Mowred-e Mo'āmele"; Tafsīr-e Mādeh-ye 216 Qānūn-e Madanī bar Mabnā-ye Qā'edeh-ye Gharar* [Another Look at the Criterion of Sufficiency of General Knowledge in "Subject of Transaction"; Interpretation of Article 216 of the Civil Code Based on the Principle of Gharar]. *Tahqīqāt-e Ḥoqūqī* [Legal Research], No. 59, pp. 41-61 [in Persian].
- 99) Ṣahīdī, Mahdī (1401 SH). *Ḥuqūq-e Madanī 6* [Civil Law 6]. Tehrān: Majd [in Persian].
- 100) Sayfī, 'Alī Akbar (1425 AH). *Mabānī al-Fiqh al-Fi'āl fi al-Qawā'id al-Fiqhiyya al-Asāsiyya* (Vol. 1). Qom: Daftar al-Intishārāt al-Islāmī, affiliated with Jāmi'a Mudarrisīn Ḥawza 'Ilmiyya Qom [in Arabic].
- 101) Solṭānī, Moḥammad and A'zampūr, Moḥammad Ṭāher (1398 SH). *Tavāfoqāt-*

- e Kontrol dar Qarārdādhā-ye Sarmāye-gozārī-ye Khaṭarpazīr [Control Agreements in Venture Capital Contracts]. Našriye-ye Taḥqīqāt-e Hoḡūqī [Journal of Legal Research], 88(22), pp. 201-228. doi: 10.29252/lawresearch.22.88.201 [in Persian].
- 102) Ṭabāṭabā'ī, Sayyed Moḡammad Ḥosayn (1378 SH). Tarjomeh-ye Tafsīr al-Mizān [Translation of Tafsīr al-Mizān] (Translated by Moḡammad Bāqer Mūsavī) (Vol. 2). Qom: Daftar-e Intishārāt-e Eslāmī, affiliated with Jāme'a-ye Modarresīn Ḥawze-ye 'Elmiye Qom [in Persian].
- 103) Tāherī, Ḥabīb Allāh (1418 AH). Ḥuḡūq-e Madanī (Vol. 4) [Civil Law]. Qom: Daftar al-Intishārāt al-Islāmī, affiliated with Jāmi'a Mudarrisīn Ḥawza 'Ilmiyya Qom [in Persian].
- 104) Tūsī, Muḡammad ibn al-Ḥasan (1363 SH). al-Istibṣār fimā Ikhtalafa min al-Akḡbār (Vol. 3). Tehrān: Dār al-Kutub al-Islāmiyya [in Arabic].
- 105) Tykvová, T. (2007). What do economists tell us about venture capital contracts? *Journal of Economic Surveys*, 21(1), 65–89. <https://doi.org/10.1111/j.1467-6419.2007.00502.x>
- 106) Tykvová, T. (2007). What do economists tell us about venture capital contracts? *Journal of Economic Surveys*, 21(1), 65–89. <https://doi.org/10.1111/j.1467-6419.2007.00502.x>
- 107) Valaviyūn, Reżā & Najafzādeh, 'Alī (1401 SH). Taḥlīl-e Feqhī-Ḥuḡūqī-ye 'Aqd-e Sherkat-e Madanī bā Ta'kid bar Khelā'-hā va Żarūrat-hā [Jurisprudential-Legal Analysis of Civil Partnership Contract with Emphasis on Gaps and Necessities]. *Pazhūhesh-e Ḥuḡūq-e Khuṣūṣī* [Private Law Research], No. 39, pp. 103–142. doi: 10.22054/jplr.2023.61630.2584 [in Persian].
- 108) Yazdī, Muḡammad Kāzīm ibn 'Abd al-'Azīm (1392 SH). al-'Urwat al-Wuthqā (Vol. 2). Tehrān: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār-e Imām Khomeinī (rahmatullāh 'alayh) [in Arabic].
- 109) Zeisberger, Claudia, Prah, Michael, and White, Bowen (1400 SH). Sarmāye-dārī-ye Ḳoṣūṣī az Sarmāye-dārī-ye Ḳaṭarpazīr tā Tamallok [Private Investment from Venture Capital to Acquisition] (Dāvūd Dāneš-Ja'fari, Amīr Ḥoseyn Jahānī Kiyā, and Fā'eze al-Sādāt Sajādīān, Translators). Tehrān: Nūr-e 'Ilm [in Persian].

A Study on the Educational Perspectives of the Principle of Benevolence [Ehsan]

Hamid Masjed Saraei · Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Semnan University, Semnan, Iran. h_masjedsaraie@semnan.ac.ir

Mohammad Khaled Nabi Nia · Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ilam University, Ilam, Iran. (Corresponding Author) m.nabinia@ilam.ac.ir

Abstract

1. Introduction

The principle of benevolence, or Ehsan, is a foundational concept in Islamic jurisprudence, which emphasizes altruism, sacrifice, and service to others. Given the social nature of human beings, there is a continuous need for individuals to integrate into the community and engage in mutual assistance. However, this integration often leads to conflicts of interest and potential rights violations due to inherent traits like greed and the pursuit of power. To mitigate such conflicts, laws and principles, including civil liability, are essential in ensuring justice and protecting individuals' rights. Civil liability, or non-consensual liability, holds individuals accountable for any harm they cause to others, requiring them to compensate for the loss.

Contrary to the strict application of civil liability, Islamic jurisprudence introduces the principle of benevolence. This principle acknowledges that individuals driven by altruism may inadvertently cause harm while attempting to benefit others. In such scenarios, the primary ruling of non-consensual liability is overlooked, and the principle of benevolence exempts the well-intentioned individual from liability. The increasing complexity of modern societal needs underscores the importance of benevolence and mutual assistance. Promoting a culture of benevolence is vital for educational systems and institutions, and Islamic law has long advocated for this through significant principles like Ehsan.



This study aims to provide a comprehensive examination of the principle of benevolence from an educational perspective within Islamic jurisprudence. It seeks to identify the educational criteria and standards that define the value of benevolent acts and document their educational reflections in human relationships as perceived by both Western and Islamic scholars. The study also explores the educational applications and implications of Ehsan, highlighting the roles of educational institutions and media in fostering a culture of benevolence.

2. Research Question

The central research question guiding this study is: How can the principle of benevolence (Ehsan) be effectively integrated into educational systems to promote a culture of altruism and mutual assistance in contemporary society?

To address this overarching question, the study will explore several subsidiary questions, including:

What are the jurisprudential foundations of the principle of benevolence in Islamic law?

How do educational theories and practices in Islamic jurisprudence define and value acts of benevolence?

What are the similarities and differences in the conceptualization of benevolence between Islamic and Western educational perspectives?

How can educational institutions, media, and cyberspace contribute to promoting benevolence among different societal segments?

3. Research Hypothesis

The hypothesis underpinning this research posits that integrating the principle of benevolence into educational systems can significantly enhance social cohesion and mutual assistance. Specifically, the hypothesis can be broken down as follows:

The principle of benevolence, rooted in Islamic jurisprudence, offers a robust framework for fostering altruistic behavior and social responsibility.

Educational institutions that incorporate the principles of Ehsan into their curricula and culture can effectively instill values of altruism, service, and community engagement in students.

Media and cyberspace, when utilized strategically, can amplify the promotion of benevolence and reach a broader audience, thereby reinforcing these values across different societal segments.

4. Methodology & Framework, if Applicable

The study employs a multi-disciplinary approach, combining jurisprudential analysis with educational theory and practical applications. The methodology involves several key components:

Jurisprudential Analysis: A detailed examination of Islamic legal texts and scholarly interpretations to elucidate the principle of benevolence.

Comparative analysis with Western legal and educational theories to highlight convergences and divergences.

Educational Theory: Exploration of educational theories and principles that align with the concept of benevolence.

Identification of criteria and standards used to evaluate the educational value of benevolent acts.

Examination of media campaigns and cyberspace initiatives that have promoted altruism and mutual assistance.

Interviews and Surveys: Conducting interviews with scholars, educators, and students to gather insights into the practical applications of Ehsan in education.

Surveys to assess the impact of benevolence-focused educational programs and media campaigns on students and the general public.

Documentary Analysis: Review of educational curricula, media content, and cyberspace materials to evaluate how benevolence is portrayed and promoted.

The framework for this study is built upon the integration of these methodologies, providing a comprehensive understanding of the principle of benevolence from both jurisprudential and educational perspectives. This approach allows for a thorough investigation of how Ehsan can be operationalized in contemporary educational systems to foster a culture of altruism and mutual assistance.

In summary, the study aims to bridge the gap between jurisprudential principles and educational practices, offering insights into how the principle of benevolence can be effectively integrated into modern educational frameworks. By doing so, it seeks to contribute to the development of a more cohesive and supportive society where mutual assistance and altruism are highly valued and actively promoted.

5. Results & Discussion

The investigation into the principle of benevolence (Ehsan) from an educational perspective reveals several key findings that underscore its significance and practical applications in contemporary society. These findings demonstrate the profound impact of integrating benevolence into educational frameworks and the broader implications for fostering a culture of altruism and mutual assistance.

Key Findings:

Intrinsic Value of Benevolence: The study confirms that benevolence holds intrinsic value, deeply rooted in both Islamic jurisprudence and universal ethical principles. This intrinsic value is reflected in the positive moral and spiritual outcomes of benevolent actions, which are emphasized in numerous Quranic

verses and Hadiths. The principle of benevolence promotes ethical conduct and moral integrity, which are essential components of a holistic educational system.

Altruism and Educational Outcomes: Altruism, as a core component of benevolence, significantly enhances educational outcomes. The presence of altruistic values in educational settings fosters a sense of community, empathy, and social responsibility among students. This is crucial for developing well-rounded individuals who are not only academically proficient but also socially conscious and morally responsible.

Worldly and Hereafter Benefits: The dual aspects of benevolence – worldly benefits and advantageous effects in the hereafter – provide a comprehensive framework for understanding its importance. In the worldly context, benevolent actions contribute to social cohesion, mutual support, and overall well-being. The promise of rewards in the hereafter further incentivizes individuals to engage in acts of kindness and service, reinforcing the principle's significance from a spiritual perspective.

Addressing Material and Spiritual Needs: Benevolence encompasses addressing both material and spiritual needs. This dual focus ensures that individuals receive holistic support, which is vital for their overall development. Educational programs that incorporate benevolence can address various dimensions of student needs, promoting a balanced and comprehensive approach to education.

Negative and Irrational Individualism: The research highlights a concerning trend of negative and irrational individualism among students in educational centers. This individualism, driven by self-interest and personal gain, is contrary to the principles of benevolence and altruism. Addressing this issue requires a concerted effort to cultivate a culture of generosity, cooperation, and mutual support within educational institutions.

Role of Media and Cyberspace: The study underscores the pivotal role of media and cyberspace in promoting benevolence. These platforms provide opportunities for the public to engage with and support benevolent initiatives. Educational campaigns leveraging media and cyberspace can reach a wider audience, effectively disseminating the values of altruism and service.

Discussion: The principle of benevolence, when integrated into educational systems, offers a transformative approach to developing socially responsible and morally upright individuals. This integration requires a multifaceted strategy that includes curriculum design, educational activities, and the use of media and cyberspace.

Curriculum Design: Incorporating benevolence into the curriculum involves designing educational programs that emphasize ethical values, social responsibility, and community service. Courses and activities that promote altruism, empathy, and mutual support can foster a positive educational environment conducive to holistic development.

Educational Activities: Engaging students in charitable activities and community service projects is crucial for practical learning. These activities provide hands-on experience in applying benevolent principles, allowing students to witness the tangible impact of their actions on the community. Educational institutions should create opportunities for students to participate in such initiatives, reinforcing the importance of altruism and service.

Media and Cyberspace: Leveraging media and cyberspace to promote benevolence can significantly enhance outreach and engagement. Educational campaigns and social media initiatives that highlight stories of benevolence and service can inspire others to follow suit. These platforms can also facilitate discussions and raise awareness about the importance of altruism, creating a supportive community that values and practices benevolence.

6. Conclusion

Promoting a culture of benevolence and service is not only an educational necessity but also a moral imperative. Islamic law, with its emphasis on the principle of benevolence, provides a robust framework for fostering altruism and mutual assistance. This principle, deeply rooted in ethical and spiritual values, offers significant educational benefits, contributing to the development of well-rounded, socially responsible individuals.

Benevolence encompasses both the prevention of harm and the provision of benefit, reflecting a comprehensive approach to human relationships. The educational criteria for valuing benevolence – intrinsic value, altruism, worldly benefits, and hereafter rewards – highlight its multifaceted significance. Addressing both material and spiritual needs ensures holistic support for individuals, promoting balanced development.

The study's findings reveal a concerning trend of negative individualism among students, underscoring the need for educational systems to cultivate a culture of generosity and cooperation. This can be achieved through curriculum design, educational activities, and leveraging media and cyberspace to promote benevolence.

The principle of benevolence as an educational rule implies that the trainee's selectivity and goodwill are paramount. Acts of benevolence should stem from innate and human nature, free from external compulsion. This principle's implications for educational planning and curriculum design emphasize the scope of good deeds and the necessity of aligning educational practices with human nature.

In conclusion, integrating the principle of benevolence into educational systems offers a transformative approach to fostering a culture of altruism and mutual assistance. By promoting ethical values, social responsibility, and community service, educational institutions can develop individuals who are not only academically proficient but also morally upright and socially conscious.

This holistic approach ensures that education contributes to the overall well-being of society, creating a more cohesive and supportive community where mutual assistance and altruism are highly valued and actively practiced.

Keywords: Principle of Benevolence, Educational Jurisprudence, Civil Liability, Non-Consensual Liability.

کاوشی در انگاره‌های تربیتی قاعده احسان

حمید مسجدسرایي • استاد، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران.

h_masjedsaraie@semnan.ac.ir

محمدخالد نبی‌نیا • استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه ایلام، ایلام، ایران.

m.nabinia@ilam.ac.ir

(نویسنده مسئول)

چکیده

از مهم‌ترین رسالت‌های تربیت اسلامی در مسیر بسترسازی برای شکوفایی فطرت الهی انسان‌ها، که خیرخواهی و نوع‌دوستی مصداق بارز آن است، پیش‌گیری از ایجاد هرگونه مسئولیت مدنی و ضمان قهری برای افرادی است که به قصد احسان و نیکی به دیگران، مبادرت به انجام عملی نموده‌اند و در اثنای آن عمل، برحسب اتفاق و یا نیاز، باعث ایراد ضرر و زیان به غیر شده‌اند. قاعده فقهی «احسان» که از پشتوانه کتاب و سنت برخوردار است و فقهای شیعه در لابه‌لای کتب ژرف خویش مصادیق متعددی از آن را بیان نموده‌اند، بیانگر همین امر است. نوشتار حاضر با نگاهی نوین، قاعده احسان را ضمن واکاوی ادله آن به مثابه یک قاعده فقه تربیتی تبیین نموده است و سپس با احصای ملاک‌ها و معیارهای تربیتی ارزشمندبودن اعمال نیکوکارانه، بازتاب‌های تربیتی آن را در قالب رابطه انسان با انسان مورد مطالعه قرار داده است. وانگهی، تأمل در تطبیقات و دلالت‌های تربیتی قاعده احسان نیز دور از نظر نگارندگان نبوده است.

واژگان کلیدی: قاعده احسان، فقه تربیتی، مسئولیت مدنی، ضمان قهری.



مقدمه

انسان با توجه به اینکه طبیعت اجتماعی دارد، همواره نیازمند و وابسته به جامعه و اجتماع است. این نیازمندی و وابستگی باعث شده است که از فردیت و تنهایی خود خارج شود و به جامعه بپیوندد. پیوستن انسان به جامعه و برخورداری از برخی ویژگی‌های طبیعی مانند حرص، طمع و قدرت‌طلبی باعث می‌شود که در عرصه اجتماع و روابط اجتماعی گاه به حقوق دیگران تجاوز کند و عده‌ای را مورد ظلم خویش قرار دهد. از این رو ما در راستای انتظام روابط فردی و اجتماعی و نیز رعایت حقوق دیگران نیازمند برخی قوانین و قواعد هستیم تا با آن‌ها مانع هرگونه ظلم و تجاوز به حقوق دیگران شویم. از جمله این قواعد مسئولیت مدنی یا همان ضمان قهری است که بر اساس آن اگر شخصی باعث ضرر به دیگری شود، مسئول جبران خسارت خواهد بود. در این بین، گاه مشاهده می‌شود که فردی به خاطر برخورداری از خصلت‌های فطری و الهی خویش مانند نوع‌دوستی، ایثار و خدمت‌رسانی و...، در صدد سود رساندن یا دفع ضرر محتمل نسبت به شخصی دیگر، مبادرت به عملی کرده، اما برحسب اتفاق یا حتی عامدانه، اما از سر اجبار و در راه رسیدن به هدف خیرخواهانه خویش، باعث ایراد ضرر و زیان به فرد مورد نظر شده است. در این قبیل موارد فقها حکم اولی ضمان قهری را نادیده گرفته و با استناد به قاعده احسان، قائل به عدم ضمان و ارتفاح مسئولیت مدنی از شخص شده‌اند.

امروزه به اقتضای گذشت زمان و تغییر نیازهای آدمی و نیز ناتوانی انسان در برطرف کردن تمام نیازها و احتیاجات فردی و اجتماعی خویش، بیش از هر زمانی ضرورت و اهمیت احسان و خدمت‌رسانی به هم در جامعه نمود یافته است. ترویج فرهنگ احسان و خدمت‌رسانی به افراد و جامعه از جمله ضروریات تربیتی است که تمام مؤسسات و مراکز یا حتی ابزارهایی که در این راستا توانایی ایفای نقش مربی را دارند، به اشکال مختلف به خود مشغول می‌سازد. شریعت مقدس اسلام به عنوان یکی از مکاتب تربیتی با تجویز قواعد مهمی مانند «قاعده احسان» چه بسا بیش از هر مکتب دیگری به اشاعه فرهنگ احسان پرداخته و طرف‌داران این مکتب را به فراخور توانایی و ظرفیت موجود دعوت به احسان کرده است.

در این مقاله هدف آن است که افزون‌بر بررسی تفصیلی قاعده احسان از منظر فقهی که در نوع خود بی‌سابقه است، قاعده مزبور ذیل یکی از مهم‌ترین تئوری‌های تربیتی در فقه اسلام در قالب یکی از قواعد فقه تربیتی مورد کندوکاو دقیق علمی قرار گیرد. بر این اساس، نگارندگان به بررسی

ملاک‌ها و معیارهای تربیتی که در ارزشمند بودن هر موضوعی مؤثر است، در ارتباط با احسان و خدمت‌رسانی پرداخته و بازتاب‌های تربیتی این اعمال خداپسندانه را در قالب رابطه انسان با انسان از نگاه برخی دانشمندان غربی و اسلامی به رشته تحریر درآورده‌اند. سپس تلاش شده است در حد توان به واکاوی تطبیقات و دلالت‌های تربیتی قاعده احسان به‌مثابه یکی از مهم‌ترین قواعد فقه تربیتی پرداخته شود و در پایان به بررسی نقش مراکز مهم آموزشی مانند دانشگاه و به‌خصوص آموزش و پرورش و نیز تأثیر رسانه و فضای مجازی در ترویج فرهنگ احسان در میان اقشار مختلف مردم اعم از دانشجو و دانش‌آموز به‌عنوان متریبان سیستم‌های آموزشی از سویی و از سوی دیگر، عامه مردم به‌عنوان مخاطبان رسانه و فضای مجازی پرداخته شده است.

بررسی‌های انجام‌شده در راستای گردآوری این پژوهش بیان می‌کند که این تحقیق در نوع خود بی‌سابقه و بی‌مانند است و اگرچه برخی محققان پیش از این مقالاتی را در رابطه با قاعده احسان نگاشته‌اند، این تحقیقات بیشتر رنگ‌وبوی فقهی محض داشته و تاکنون احدی از ایشان از این منظر به قاعده مزبور نگاه نکرده است.

۱. مستندات قاعده احسان

پیش از پرداختن به جوانب تربیتی قاعده احسان، سزاوار است هریک از مستندات و ادله قاعده را مورد بررسی قرار دهیم.

۱.۱. کتاب

خداوند متعال در آیه ۹۱ سوره مبارکه توبه می‌فرماید: «لَيْسَ عَلَى الضُّعَفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ»؛ بر ناتوانان و بیماران و فقیران که خرج سفر (و نفقه عیال خود را) ندارند، گناهی بر ترک جهاد نیست هرگاه که با خدا و رسول او خیرخواهی و اخلاص ورزند (که این کار نیکوست) و این کار بر نیکوکاران عالم از هیچ راه حرج و زحمتی [روا] نیست و خدا بسیار آمرزنده و مهربان است.

ابن عباس (رحمت‌الله علیه) در خصوص شأن نزول آیه می‌گوید که این آیه در شأن عبدالله بن زائده، پسر نابینای ام مکتوم نازل شد که نزد رسول خدا (صلی‌الله علیه و آله) آمد و گفت «ای پیامبر خدا! من پیری نابینا و ضعیف و نحیف هستم و راهبری هم ندارم. آیا اجازه هست که

از جهاد باز نشینیم و معاف شوم؟» رسول خدا (صلی‌الله‌علیه‌و‌آله) سکوت کردند و خداوند این آیه را نازل فرمود. جای دیگر گفته شده است این آیه در مورد عائذ بن عمرو و اصحاب وی نازل شد و ضعفای آنان هستند که به خاطر بیماری، درماندگی و ضعف ناتوان شده‌اند (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۲۱، ص. ۱۹۹).

همان‌طور که مشخص است، سیاق آیه در خصوص افرادی است که نیروی جسمی و مالی برای جهاد ندارند. بنابراین، قلم تکلیف و حکم وجوب جهاد از این قبیل افراد برداشته شده است و فراز پایانی آیه «ما علی‌المحسنین من سبیل» در مقام بیان علت رفع حرج از آن افراد است. گویی خداوند متعال رفع تکلیف جهاد از این‌گونه افراد را مشروط بر آن دانسته است که قصد خیرخواهی برای خدا و رسولش را داشته باشند؛ زیرا با چنین فرضی از جمله نیکوکاران‌اند و دیگر بر نیکوکاران مؤاخذه‌ای نخواهد بود (طباطبایی، ۱۳۶۳، ج ۹؛ صص. ۴۸۹ و ۴۹۰).

آنچه از ساختار ظاهری آیه استنباط می‌شود، نفی هر چیزی است که سبب مؤاخذه شخص نیکوکار شود. در واقع آیه شریفه به صورت قضیه حقیقیه که به قضایای متعددی منحل می‌شود، تمام موجبات حرج و مؤاخذه شخص نیکوکار را اعم از هرگونه مجازات و عقاب اخروی و ضمان مالی نفی می‌کند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۴، ص. ۱۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۲۸۹).

کبرایی که این آیه شریفه ثابت می‌کند، دلیل و حجت در تمام فروع فقہی است. حتی با نادیده انگاشتن دلالت ظاهر آیه بر اطلاق و عموم، معلق بودن حکم بر صفت احسان مبین شمولیت حکم برای صفت مزبور است. بر این اساس، حکم نفی سبیل بر هر فرد نیکوکاری صادق است (حسینی مراغی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۴۷۴).

حقوق‌دانان اسلامی از جمله «ما علی‌الحسنین من سبیل» این‌گونه استدراک کرده‌اند که ظاهر آیه دلالت دارد بر اینکه افرادی که به دلیل بیماری و ناتوانی جسمی قادر به شرکت در جهاد نیستند یا به خاطر عدم تمکن مالی قادر به کمک مالی هم نیستند، از هرگونه مجازات اخروی مصون هستند و در روز قیامت مورد مؤاخذه قرار نخواهند گرفت. مقصود از واژه «سبیل» در اینجا مجازات و کیفر اخروی است، اما باید دانست که همواره بدین معنا نیست (قرشی، ۱۳۵۳، ص. ۲۴۴)، بلکه عبارت یادشده در مقام بیان قاعده‌ای عمومی و کلی است که هرگاه فردی به انگیزه احسان و خدمت باعث ورود ضرر به دیگری شود، مورد مؤاخذه قرار نمی‌گیرد و ضامن نیز شمرده

نمی‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۴، ص. ۱۲).

یکی دیگر از آیات قرآنی که در حجیت قاعده احسان می‌توان به آن استناد کرد، آیه ۹۰ سوره مبارکه نحل است که به آیه احسان معروف است. خداوند متعال می‌فرماید: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ»؛ درحقیقت، خداوند به دادگری و نیکوکاری و بخشش به خویشاوندان فرمان می‌دهد و از کار زشت و ناپسند و ستم بازمی‌دارد. به شما اندرز می‌دهد باشد که پند گیرید.

واژه «عدل» در این آیه به‌مثابه قانونی عام و جهان‌شمول است که نظام هستی بر محور آن می‌گردد. عدل در معنای واقعی کلمه یعنی اینکه هر چیزی در مکان خود قرار بگیرد. براین اساس، هرگونه انحراف، افراط و تفریط، تجاوز از حد و تجاوز به حقوق دیگران مخالف این اصل اخلاقی است، اما از آنجاکه خداوند آگاه می‌داند که عدالت با تمام عظمت و تأثیر عمیقش در شرایط بحرانی و استثنایی به‌تنهایی نمی‌تواند کارساز باشد، بلافاصله پس از آن بندگان را دستور به احسان می‌دهد (مکارم شیرازی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص. ۵۷۹). حضرت علی (علیه‌السلام) در تفسیر این دو واژه می‌فرماید: «عدل آن است که حق مردم را به آن‌ها برسانی و احسان آن است که بر آن‌ها تفضل کنی» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص. ۵۷۹).

افزون بر آنچه گفته شد، خداوند منان در برخی آیات دیگر مانند آیه ۹۲ سوره مبارکه آل عمران (لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ) و آیه ۴۶ سوره مبارکه کهف (الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمْلًا)، به مفهوم احسان به‌عنوان یکی از کلیدی‌ترین اصول اخلاقی و تربیتی که کارگشای جوامع بشری است، اشاره کرده است که تفسیر تفصیلی هر یک از آن‌ها در این مقوله نمی‌گنجد.

۲.۱. سنت

حضرت امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) در نامه‌ای که به مالک اشتر می‌نویسد، چنین می‌فرماید: «و لا یكوننَّ المحسن والمسیء عندک منزلة سواء فان فی ذلک تزهیداً لاهل الاحسان فی الاحسان و تدریباً لاهل الاسائة»؛ نباید نیکوکار و بدکار نزد تو مساوی باشند که در این صورت به نیکوکاران به‌خاطر احسان آنان سخت‌گیری شوی که نسبت به کار خیر بی‌رغبت می‌شوند و بر بدکاران نسبت به کارهای بد آنان آسان‌گیری که آنان را به کار بد راغب می‌کند (دشتی، ۱۳۷۹، ص. ۵۶۴).

از این هشدار حضرت امیرالمومنین (علیه السلام) چنین برداشت می‌شود که اگر فرد نیکوکار نسبت به اعمال نیکویی که انجام می‌دهد، مسئولیت داشته باشد در واقع با فرد غیرمحسن و بدکار در یک ردیف قرار می‌گیرد و نسبت به کارهای نیک بی‌میل خواهد شد و این همان چیزی است که حدیث در مقام نهی از آن برآمده است.

در جای دیگر از آن حضرت نقل شده است «الجزء علی الاحسان بالإساءة کفران»؛ پاداش احسان را با بدی دادن عین نادیده انگاشتن نعمت است (تمیمی آمدی، ۱۳۶۶، ص. ۳۲۲). بر مبنای این حدیث نیز پاسخ اعمال نیک دیگران با اعمال بد به منزله آن است که افراد نیکوکار حتی در برابر کارهایی که از سر خیرخواهی انجام می‌دهند، مسئول باشد و قائل شدن به این نوع مسئولیت برای محسنان عین کفر ورزیدن به نعمت‌های خداوند متعال است که رفتاری بس زشت و نکوهیده است.

۳.۱. عقل

فارغ از ادله اجتهادی کتاب و سنت، عقل و بنای عقلا نیز یکی از مهم‌ترین ادله حجیت قاعده احسان است؛ زیرا رفتار و عمل نیک شخص نیکوکار مصداق بارز نعمت است و به تعبیری، شخص محسن منعم شمرده می‌شود و قدردانی از شخص منعم نیز عقلاً نیکو و عملی پسندیده نزد عقلاست.

همان‌طور که قدردانی از نیکو کار شایسته است، کفران نعمت او نیز زشت و ناپسند است. بدیهی است که مذمت شخص نیکوکار و ضامن داشتن وی از آن‌رو که مثلاً از روی نیکی و احسان و خیرخواهی حیوان شخصی را برای مراقبت از تلف و خطر درندگان به منزلش ببرد و آنگاه دیوار بر سر حیوان فرود آید و بمیرد، عقلاً رفتاری زشت و ناشایسته است؛ هرچند بدون اجازه مالک حیوان تصرف کرده، اما از آنجاکه قصد احسان داشته و با انگیزه خدمت به مالک حیوان چنین تصرفی کرده است، ضامن نخواهد بود. (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۳۰).

آیه ۶۰ سوره مبارکه الرحمن که می‌فرماید «هَلْ جَزَا الْإِحْسَانَ إِلَّا الْإِحْسَانَ» نیز در ارشاد به همین حکم عقلی است. در واقع، این آیه استفهام انکاری است و قرآن کریم تنها زمانی از استفهام انکاری استفاده می‌کند که قضیه از پیش، از لحاظ عقلی تعیین شده باشد (محقق داماد، ۱۳۸۰، ج ۲، ص. ۲۸۹).

۲. مقصود شارع از احسان

در این قسمت از بحث لازم است به تبیین مراد شارع از احسان در ادله یادشده بپردازیم و به این پرسش پاسخ دهیم که آیا قانون‌گذار اسلامی از واژه احسان مفهومی شخصی را در نظر دارد یا به معنای واقعی احسان نظر دارد؟ به تعبیر روشن‌تر، آیا مراد از احسان، احسان واقعی است یا احسان از نگاه شخص محسن؟

از سویی با توجه به اینکه نیکی کردن اعم است از دفع ضرر از دیگران و جلب منفعت برای آنان، این پرسش مطرح می‌شود که آیا قانون‌گذار اسلامی از واژه احسان، مصداق دفع ضرر را منظور خویش قرار داده است یا مصداق جلب منفعت را؟

در پاسخ به پرسش نخست مرحوم میرزا حسن بجنوردی می‌گوید «الظاهر أنه دائر مدار الاحسان الواقعی و إن لم یقصد به الاحسان لأن الظاهر من العناوین والمفاهیم الّذی اخذ موضوعاً للحکم الشرعی هو واقعها والمعنی الحقیقی لها...»؛ احسان واقعی شرط است اگرچه شخص فاعل قصد احسان نکرده باشد؛ زیرا هر جا که عنوانی موضوع حکم شرعی باشد، منظور معنای واقعی آن است و قصد و اعتقاد دخالتی در مفاهیم اشیا ندارند. مفاهیم اشیا تابع واقعیت خودشان هستند و عرف نیز از لفظ احسان همان معنای واقعی را می‌فهمد. بنابراین، قاعده علی‌البدی یا ضمان ید که مثبت ضمان است به هنگام تخصیص به قاعده احسان می‌خورد که فعل در واقع احسان باشد، چه قصد احسان وجود داشته باشد یا وجود نداشته باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲، ج ۴، ص. ۱۲).

در مقابل این نظریه، برخی فقها قائل شده‌اند که در صدق احسان به واقع کاری نداریم و فقط به قصد انجام‌دهنده نظر می‌شود. شیخ محمدحسین اصفهانی می‌نویسد «الفعل اذا صدر بقصد عنوان حسن من العناوین الحسنه یتصف بالحسن و ان لم یتحقق مبدأ ذلک العنوان فی الخارج»؛ فعل هنگامی که به قصد عنوان نیکو از عناوین پسندیده انجام می‌شود، به حسن متصف می‌شود اگرچه مبدأ آن عنوان در خارج تحقق نیابد» (اصفهانی، ۱۳۸۲، ص. ۳۵).

سومین دیدگاه در رابطه با موضوع مورد بحث این است که در صدق عنوان احسان هر دو عنصر قصد و واقعی بودن احسان شرط است. صاحب کتاب العناوین در این رابطه می‌نویسد «ظاهراً احسان واقعی شرط است و فقط اعتقاد به احسان کافی نیست، بلکه باید در واقع، هم عمل مصداق احسان باشد و هم دفع ضرر صورت گیرد؛ زیرا آنچه از لفظ احسان فهمیده می‌شود، همین معناست... دقت نظر هم حاکی از این است که قصد احسان هم در تحقق لفظ احسان معتبر است و

اینکه فقط فعل در واقع دفع ضرر بنماید، در تحقق لفظ احسان کافی نیست و عرف دلیل این مدعی است» (حسینی مراغی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۴۷۸).

به نظر می‌رسد که دیدگاه اخیر درست باشد؛ زیرا تردیدی نیست که احسان از عناوین قصديه است و بدون قصد محقق نمی‌شود، اما آیا صرف قصد احسان برای تحقق این عنوان کافی است؟ به عقیده برخی، عنوان احسان مرکب از دو عنصر احسان و تحقق نیکی است. به نظر می‌رسد اگر شخص قصد احسان داشته باشد و عمل او مطابق موازین عقلی و بنا بر متعارف، احسان شمرده شود و اقدام‌کننده نیز در سخن و بررسی عمل خود، تقصیر و تسامحی نکرده باشد و تنها به قصد جلب منفعت به دیگری یا دفع ضرر از او اقدام کند و برحسب تصادف قصد او با واقعیت منطبق نشود و در ازای عمل او به محسن‌الیه ضرری برسد، اقدام‌کننده ضامن نیست (محقق داماد، ۱۳۷۰، ج ۲، ص. ۳۰۷).

به تعبیر دیگر، هر نوع تصرف در مال غیر موجب ضمان است و تنها در صورت احسان، ضمان برداشته می‌شود و در صورت شک در تأثیر مُسقط باید به قدر متیقن احسان (جایی که هم احسان باشد و هم عامل قصد احسان داشته باشد) اکتفا کرد. بنابراین، هم قصد و هم رسیدن به واقع، از عناصر قاعده احسان است. حاصل اینکه، اگر کسی به قصد دفع ضرر یا رساندن نفع به دیگری، عملی را که واقعاً احسان است، انجام دهد و در روند آن عمل اتفاقاً زیانی متوجه دیگری شود، ضامن نخواهد بود؛ زیرا عملی نیک به قصد احسان انجام داده است (طاهری، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۳۸۵).

در پاسخ به مسئله دوم نیز میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی از ایشان بر این باورند که قاعده احسان به موارد دفع ضرر اختصاص دارد و شامل جلب منفعت نمی‌شود، اما با توجه به عموم جمله «ما علی‌المحسنین من سبیل» باید گفت که احسان افزون بر دفع ضرر شامل جلب منفعت نیز می‌شود. از سویی به تصریح اهل لغت و تبادر و نیز عدم صحت سلب، جلب منفعت از مصادیق احسان است و نمی‌توان آن را محدود به موارد دفع ضرر دانست.

دسته دوم از فقها برعکس گروه نخست بر این باورند که قاعده احسان شامل موارد دفع ضرر نمی‌شود و تنها به موارد جلب منفعت اختصاص دارد. از نظر ایشان آنچه از واژه احسان متبادر می‌شود، جلب منفعت است نه دفع ضرر. از سویی در واژه احسان نوعی مفهوم اثباتی نهفته است و این معنا با جلب منفعت سازگار است نه دفع ضرر؛ زیرا جلب منفعت از جمله امور اثباتی به شمار

می‌رود. شیخ طوسی در تعریف احسان می‌نویسد: «الاحسان هو ایصال النفع الی الغیر لیتنفع به مع تعریه من وجوه القبح»؛ احسان به معنی نفع رساندن به دیگری است بدین منظور که از آن منتفع شود به شرط آنکه از هرگونه قبح و زشتی دور باشد (طوسی، ۱۴۶۰ق، ج ۵، ص. ۲۷۹). ظاهر تعریف شیخ طوسی گواه دیدگاه این دسته از فقها در خصوص قلمرو قاعده احسان است. به نظر می‌رسد که احسان هم شامل دفع ضرر است و هم جلب منفعت؛ زیرا برخلاف آنچه بیان شد، متبادر از واژه احسان مفهومی عام و نیز مفاد قاعده احسان حکم عقلی است و امور عقلی تخصیص‌پذیر نیستند و در این مورد خاص دلیلی بر اختصاص وجود ندارد. بنابراین، احسان به صاحب مال گاه به منظور دفع ضرر است و گاه برای رساندن منفعت (طاهری، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۳۹۰).

۳. احسان به مثابه خدمت‌رسانی

در متون دینی در لابه‌لای مفاهیمی مانند تلاش در برآوردن نیازهای مسلمانان، ادخال سرور در قلوب آن‌ها، کمک به مسلمانان، اهتمام به امور آن‌ها، احسان و اموری از این قبیل می‌توان مفهوم عام و گسترده خدمت‌رسانی را جست‌وجو کرد. این مفهوم عام شامل سودرسانی افراد نسبت به دیگر هم‌نوعان می‌شود و به صورت‌های مختلفی مانند رفع گرفتاری از یکدیگر، خدمات عام‌المنفعه و همکاری در کارهای روزمره در محیط‌هایی مانند خانواده، محل کار و جامعه بروز می‌کند.

در واقع، می‌توان اذعان کرد که خدمت‌رسانی و احسان هم جنبه وجودی دارد و هم جنبه عدمی. جنبه وجودی آن ناظر به افعال مثبت افراد به سود هم دیگر است مانند رفع مشکلات مربوط به پوشاک، خوراک و مسکن و جنبه عدمی آن ناظر به افعال منفی است که فرد با جلوگیری از انجام دادن یک کار یا پیشگیری از وقوع یک اتفاق، مانع از ورود ضرر به مسلمانی و به تبع، باعث سودرسانی به وی می‌شود مانند اینکه فردی با نگه داشتن وسیله‌ای که گم شده است نزد خود به نیت رساندن آن به مالکش، مانع اتلاف آن شود.

شکی نیست که خدمت‌رسانی به بندگان خدا از نظر اخلاقی ارزش شمرده می‌شود که آیات و روایات فراوانی نیز در تأیید این ادعا وارد شده است. سیره عملی پیامبر اکرم (صلی‌الله علیه و آله) و ائمه اطهار (علیهم‌السلام) به خوبی گویای این موضوع است. پیامبر اکرم (صلی‌الله علیه و آله)

خدمت به مردم را در ردیف ایمان به خدا یاد کرده است و می‌فرماید «دو ویژگی و خصلت است که از آن بالاتر نداریم. یکی ایمان به خدا و دیگر نفع رساندن به مردم...» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۷۷، ص. ۱۳۷۰).

در واقع، از نظر ارزشی و حسن فعلی کمتر عملی به پای خدمت به مردم می‌رسد و از نظر حسن فاعلی نیز هرکس برای مردم سودمندتر باشد از جمله بهترین انسان‌ها به شمار می‌آید؛ چنان‌که امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام) می‌فرماید: «أفضل الناس انفعهم للناس»؛ بهترین مردم کسی است که برای مردم سودمندتر باشد». (تمیمی آمدی، ۱۳۳۷، ج ۱، ص. ۱۸۲).

۴. معیارهای تربیتی ارزشمندی احسان

بنا بر آنچه گفته شد، احسان و خدمت‌رسانی به دیگران عملی اخلاقی و ارزشی شمرده می‌شود. پرسشی که پیش می‌آید، این است که ملاک و معیار ارزشمندی انسان چه چیزی است؟ به تعبیر دیگر، چگونه و با استناد به کدام معیار می‌توان احسان را موضوعی ارزشی دانست؟ در پاسخ به این پرسش برخی آیات و روایات معیارهای مختلفی را در تأیید ارزشمندی احسان بیان کرده‌اند که در زیر به آن‌ها خواهیم پرداخت.

۱.۴. ذاتی بودن ارزشمندی احسان

اصل احسان به دیگران موضوعی است که در درون آن نوعی حسن و پسندیدگی نهفته است و به تعبیری دارای حسن ذاتی است؛ همان‌گونه که عدل در ذات خود نیکو و پسندیده است. در واقع، می‌توان اذعان کرد راز ماندگاری و جاودانه بودن احسان همین ویژگی ذاتی بودن حسن آن است. براین اساس، خداوند منان در قرآن کریم از هر آنچه در آن سودی برای مردم نهفته، به‌عنوان موضوعی جاودانه یاد کرده است؛ آنجا که می‌فرماید «... فَاَمَّا الزُّبْدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَاَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الْاَرْضِ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْاَمْثَالَ»؛ ... اما کف به کناری می‌افتد و نابود می‌شود، اما آنچه به مردم سود می‌رساند، در زمین می‌ماند. خداوند این‌گونه مثال می‌زند (رعد، آیه ۱۷).

پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله) نیز ریشه سودمندی و نافع بودن برای مردم را در عقل و عقلانی بودن می‌داند؛ آنجا که می‌فرماید «رَأْسُ الْعَقْلِ بَعْدَ الدِّينِ التَّوَدُّدُ إِلَى النَّاسِ وَاصْطِنَاعُ الْخَيْرِ إِلَى كُلِّ بَرٍّ وَفَاجِرٍ»؛ ریشه عقلانیت پس از دین عبارت است از بشردوستی و نیکی به مردم اعم از نیک و بد» (محمدی ری‌شهری، بی‌تا، ج ۳، ص. ۲۰۵؛ نوری (محدث)، بی‌تا، ج ۸، ص. ۳۵۳).

قمی، بی‌تا، ج ۶، ص. ۲۹۴؛ مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۷۴، ص. ۳۹۲.

۲.۴. وجود حس دیگرخواهی در احسان

یکی دیگر از ملاک‌های ارزشمندی احسان وجود نوعی حس دیگرخواهی و نوع دوستی در کمک و نیکی کردن به دیگران است. در واقع، احساسات انسان دوستانه حاکم بر این است که خدمت‌رسانی به دیگران و برطرف کردن نیازها و مشکلات آن‌ها و ایجاد احساس شادی در هم‌نوعان موضوعی بسیار ارزشمند، انسانی و اخلاقی است. زیباترین توصیفی که در این خصوص می‌توان گفت، همان است که پیامبر اسلام (صلی‌الله‌علیه‌وآله) بیان کردند و جامعه انسانی را مانند اعضای یک پیکر دانستند که از هر نظر به هم وابسته هستند. آن حضرت می‌فرماید: «أما المؤمنون فی تراحمهم و تعاطفهم بمنزلة الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو واحد تداعى له سائر الجسد بالحملی والسهر»؛ همانا مؤمنان از لحاظ مهرورزی و عطف نسبت به یکدیگر مانند یک پیکر هستند که هرگاه عضوی از آن دچار درد می‌شود، اعضای دیگر به واسطه تب و بیداری و ناراحتی، هم‌دردی خود را با آن عضو ابراز می‌کنند و به یاری آن می‌شتابند (طبرسی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۳۰۰؛ طوسی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۳۳۲؛ پاینده، ۱۳۸۲، ج ۱، ص. ۳۸۲).

۳.۴. بهره‌مندی از آثار سودمند دنیوی

یکی دیگر از مهم‌ترین ملاک‌های سودمندی احسان، بهره‌مند شدن فرد محسن از آثار و برکاتی است که در این جهان از قبل خدمت‌رسانی به دیگران فراهم می‌آید. در واقع، سودمندی احسان هم جنبه اجتماعی دارد و جامعه اسلامی از آن بهره‌مند می‌شود و در پرتوی آن جامعه به نظم، امنیت، آرامش و رفاه می‌رسد و هم جنبه فردی دارد و شخص محسن به واسطه خدماتش به فرد یا جامعه مورد ستایش و تحسین مردم قرار می‌گیرد و حمایت و یاری جامعه را به خود جلب می‌کند و از مزایای فراوان دیگر احسان در همین دنیا برخوردار می‌شود. در تأیید این مدعا روایات فراوانی از ائمه اطهار (علیهم‌السلام) بیان شده است که در اینجا به دو روایت از حضرت علی (علیه‌السلام) می‌پردازیم. آن حضرت در جایی می‌فرماید: «و من أحسن الی الناس حسنت عواقبه و سهلت له طرقة»؛ آن کس که به مردم نیکی کند، عاقبت امورش نیکو شود و کارهایش به آسانی انجام پذیرد (تمیمی آمدی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۶۴۱؛ لیبی واسطی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۴۳۶). همچنین، در جای دیگر می‌فرماید: «من کثر احسانه کثر خدمه و اعوانه»؛ هرکس که بسیار نیکی کند خدمتگزاران و

یارانش بسیار شوند (محمدی ری‌شهری، بی‌تا، ج ۳، ص. ۱۲۲؛ لیتی واسطی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۴۶۰؛ تمیمی آمدی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص. ۶۲۶).

۴.۴. تقرب و بهره‌مندی از آثار سودمند اخروی

احسان و نیکوکاری و خدمت‌رسانی به خلق خدا همواره یکی از بهترین ابزار رسیدن به قرب الهی است. از نگاه آموزه‌های فقه تربیتی هر عملی که انسان را در رسیدن به قرب الهی که بارزترین نمود کمال انسانی است، یاری کند، عملی ارزشمند به شمار می‌آید. پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌و آله) می‌فرماید «الخلق عیال‌الله، فاحب‌الخلق الی‌الله من نفع عیال‌الله و ادخل علی اهل بیت سروراً»؛ همانا مردم عائله خداوند هستند. بنابراین، محبوب‌ترین مردم نزد خداوند کسی است که به عیال خداوند سودی برساند و خانواده‌ای را مسرور کند (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص. ۳؛ حر عاملی، ۱۴۱۲، ج ۱۱، ص. ۵۶۳).

براین اساس می‌توان برای افراد نیکوکار پاداش‌هایی از جمله آموزش گناهان، ورود به بهشت، برخورداری از شفاعت و... را برشمرد که روایات فراوانی قائل به آن‌هاست. امام‌صادق (علیه‌السلام) در همین رابطه می‌فرماید: «هرکس که خواسته برادر دینی خود را برآورده سازد، خداوند بزرگ در روز قیامت صد هزار خواسته او را برآورده خواهد ساخت که نخستین آن‌ها بهشت است. از جمله این پاداش‌ها آن است که خویشان و آشنایان و برادران دینی او را نیز وارد بهشت می‌سازد به شرط آنکه ناصبی نباشد» (مامقانی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۳۳۱؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶، ج ۱۵، ص. ۶۵۹؛ نراقی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۲۳۸).

۵. بازتاب تربیتی احسان به مثابه رابطه انسان با انسان

یکی از مهم‌ترین و اساسی‌ترین اهداف تبیینی در مکاتب تربیتی جامعه‌گرایی است. مقصود افراطی در تئوری تعلیم و تربیت کمونیستی تبدیل اهداف فردی به اهداف عمومی است؛ به گونه‌ای که فرد خود را در قالب جمع بشناسد و گرایش‌های فردی که از ویژگی‌های اخلاق و سرمایه‌داری است، جای خود را به گرایش‌های جمعی و اجتماعی دهد (هوارد، ۱۳۷۹، صص. ۵۱۷-۵۲۰). در تئوری تعلیم و تربیت لیبرال با وجود اهتمام به فردگرایی، رشد منش اخلاقی و جامعه‌پذیری جایگاه ویژه‌ای دارد. اهداف فردی تا جایی می‌تواند قابل پیگیری باشد که با اهداف جمعی سازگار و هم‌نوا باشد و در واقع، این وظیفه تربیت است که یکی را در دیگری ادغام کند (برزینکا، ۱۳۷۱،

ص. ۱۶۳)، اما در همین راستا، مکتب تربیتی اسلام ویژگی‌های مخصوص به خود را دارد. هواردا ضمن اشاره به چگونگی تحقق تحول اجتماعی مثبت می‌نویسد «هدف اساسی فلسفه‌های شرق، ایجاد تحول اجتماعی است، اما تحول بزرگ اجتماعی معمولاً با دگرگون شدن افراد آغاز می‌شود. افراد باید تلاش کنند تا خود را متحول سازند. پس از آنکه افراد زیادی متحول شدند، جامعه نیز تغییر خواهد کرد. درست است که آدمیان ضعیف‌اند و به دنبال لذت ماده‌گرایی، اما می‌توانند خود را به گونه‌ای متحول کنند که به دنبال چنین اموری نباشند. ناکامی‌هایی نیز وجود دارد، اما این ناکامی‌ها مربوط به افراد است و هرکس می‌تواند از طریق شهود، انفاق، روزه گرفتن و نماز خواندن بر آن‌ها غالب شود» (هواردا، ۱۳۷۹، ص. ۸۶).

در واقع، فلسفه تعلیم و تربیت اسلامی مصداق بارز این سخن هوارداست. بر این مبنا می‌توان اذعان کرد که لازمه روابط حسن میان انسان‌ها این است که انسان از لحاظ اخلاقی به کمال رسیده باشد و از درون خویش از حیوانیت خودش رهایی یافته باشد. به تعبیری، در این حالت فرد از اسارت انسان‌های دیگر رهایی می‌یابد و خودش نیز انسان دیگر را به اسارت نگرفته است (مظهری، ۱۳۶۸، ج ۵، ص. ۵۲۱).

بر مبنای این تئوری، اساس هم‌گرایی و تکامل اجتماعی را خودپردازی و خودجویی فردی تشکیل می‌دهد. به تعبیری، انسان در اثر ژرف‌نگری و تفحص در اندرون خویش به حقیقتی دست می‌یابد که بیان‌کننده هویت و نوعیت اوست. از این رو تعالی‌گرایی‌های فردی و تلاش‌های مرتبط با آن باعث رشد شخصیت و تکامل اجتماعی فرد به صورت توأمان می‌شود و به شکلی سبب پیوند خودخواهی و از خودگذشتگی در وی می‌شود که پیگیری رضامندی خودخواهانه به طور خودکار به یاری دیگران می‌انجامد و تلاش نوع‌دوستانه نیز به صورت طبیعی پاداش و رضایت فرد را در پی دارد. بدین معنی که تضاد و دوگانگی میان خودخواهی و نوع‌دوستی مستحیل و منتفی می‌شود (مزلو، ۱۳۷۴، ص. ۱۹۵).

علامه جعفری (رحمه‌الله تعالی) در تأیید این بحث می‌نویسد تنها به وسیله پرتویی از فروغ عرفان مثبت است که نخست «من» انسانی را به خود او بشناساند و او با این شناخت بفهمد که «من» او که شعاعی از اشعه خورشید عظمت الهی است، چقدر خوب، زیبا و دوست‌داشتنی است و چون دیگر انسان‌ها هم از همین «من» برخوردارند، پس محبت بر همه انسان‌ها ضرورت دارد

(جعفری، ۱۳۷۳، ص. ۱۳۰).

در قرآن کریم ضمن اشاره به تولد نسل بشر از یک پدر و مادر، از کرامت ذاتی و رشد و تعالی آن به واسطه تقوا که در واقع، تمایل به نیکی و بیزاری از بدی است، یاد می‌کند. سپس با هدف دعوت به پرورش نفس و اهمیت اعتلای شخصیت انسانی، تلاش‌های فردی و جمعی آدمی را بازتابی از شکل‌گیری حالات روحی آن‌ها معرفی می‌کند و می‌فرماید «قُلْ كُلٌّ يَعْمَلُ عَلیٰ شاکلته...»؛ بگو هرکس برحسب روش (و خلق و ساختار خودساخته) خویش عمل می‌کند (اسراء، آیه ۸۴).

در واقع، قرآن می‌خواهد با این مقدمات قلب‌ها را مهیا کند برای پذیرش این موضوع که وضعیت ظاهری و بیرونی جامعه بر اساس سنت الهی، نتیجه و ثمره همگانی شدن خودسازی است که به وسیله خود فرد انجام می‌پذیرد. بر همین مبنا می‌فرماید «... ان الله لا یغیر ما بقوم حتی یتغیروا ما با نفسهم...» (رعد، آیه ۱۱).

رشد و تعالی تمایلات ناظر به روابط اجتماعی که در قالب احسان و خدمتگزاری، یاری رساندن و پاسخ دادن به نیاز نیازمندان و عدالت‌گستری نمود می‌یابد، با عوامل سه‌گانه کنش فطرت، توقع جامعه و خواست خداوند عینیت پیدا می‌کند (سجادی، ۱۳۸۸، ص. ۱۲۷). قرآن کریم می‌فرماید «ان الله یأمر بالعدل والاحسان و ایتاء ذی القربی و ینهی عن الفحشاء والمنکر والبغی...»؛ خداوند به عدل و احسان و بخشش به نزدیکان امر و از فحشا و منکر و ستم نهی می‌کند (نحل، آیه ۹۰).

در حقیقت جاری شدن نور وحی بر دل انسان مزرعه فطرت را آبیاری می‌کند (انفال، آیه ۲۴) تا رشد شخصیت انسان تسریع شود و ثمره عدالت و احسان را به جامعه هدیه دهد. احسان با یاری رساندن قابل تعریف است که احتیاج و نیاز خاستگاه آن به شمار می‌رود. احتیاج و نیاز نیز مصادیق فراوانی دارد از جمله ناامیدی، اشتباه در امور، نقص عضو، درماندگی و ضعف در اخلاق. به نظر می‌رسد این برداشت از مفهوم احسان با بیان قرآن هم‌نوایی دارد؛ زیرا قرآن کریم کمک‌رسانی مالی در جهاد (بقره، آیه ۱۹۵)، رسیدگی به امور والدین (انعام، آیه ۱۵۱)، گذشت از خیانت دیگران (مائده، آیه ۱۳)، گذشت از اشتباه دیگران (آل عمران، آیه ۱۳۴) و کمک به دیگران به هر شکلی و نوعی (قصص، آیه ۷۷) را از مصادیق احسان می‌داند. براین اساس، احسان رسیدگی به نیاز دیگران است که هر نوع نیاز اعم از مادی و معنوی را دربرمی‌گیرد و فعالیت‌هایی از قبیل

دعوت به اسلام، امر به معروف و نهی از منکر و تمام اشکال دلسوزی و دگرخواهی نیز در قالب آن می‌گنجد. از این رو ثروتمندترین افراد ممکن است محتاج‌ترین آنان باشد و در وهله‌ای از تکامل فردی، پذیرش یاری توسط فقیر از سوی غنی احسان تلقی می‌شود.

ناگفته پیداست که قرآن کریم در خصوص احسان به معنای یادشده، مصادیقی را در اولویت قرار داده و مواردی مانند احسان به پدر و مادر، احسان به همسر، احسان به خویشاوندان و اقشار آسیب‌پذیر (مانند فقرا، یتام، متکدیان و...) و احسان به مؤمنان را به صورت مستقل یاد کرده و در خصوص تأمین احتیاجات آن‌ها به صورت جداگانه سفارش کرده است، اما این مسئله با نگاه عمومی و فراگیر قرآن که بر اساس آن احسان به غیرمسلمانان نیز بلامانع اعلام می‌شود، منافاتی ندارد. آنجا که می‌فرماید «خداوند شما را از نیکی و عدل نسبت به کسانی که با شما به خاطر دین جنگ نکرده و شما را از خانه‌هایتان بیرون نکرده‌اند، منع نمی‌کند. همانا خداوند عدالت‌پیشگان را دوست دارد» (ممتحنه، آیه ۸).

قرآن کریم در جاهای مختلفی با عبارات «ان الله يحب المقسطین» و «ان الله يحب المحسنین» به محبوبیت عدالت‌پیشگان و نیکوکاران نزد خداوند متعال اشاره کرده است و با این بیان، به هم پیوستگی رو به تکامل ارتباط انسان با خدا، ارتباط انسان با خویشتن و ارتباط انسان با انسان را به تصویر می‌کشد و از تعامل این روابط در مسیر تعالی پرده برمی‌دارد.

قرآن در جاهای مختلف در قالب دستورات تربیتی به امور خیر و نیکوکاری در قالب فعالیت‌های جمعی امر می‌کند. آیاتی مانند «... تعاونوا علی البر والتقوی...» (مائده، آیه ۲)، «تواصوا بالحق و تواصوا بالصبر» (عصر، آیه ۳) و «... تواصوا بالرحمة» (بلد، آیه ۱۷) که دستور به مشارکت در نیکی رساندن و حق‌مداری را بازگو می‌کند، مثال‌هایی از دستورات تربیتی یادشده است. از جمله فواید تربیتی مشارکتی شدن احسان افزون‌بر رشد کیفیت فعالیت و تسریع در نتیجه‌دهی آن، ایجاد محبت متقابل میان افراد شرکت‌کننده است؛ چنان‌که در روایتی از پیامبر (صلی‌الله علیه و آله) آمده است «و لو اجتمعتم علی البر لتحاببتم»؛ اگر برای کارهای خیر به همدیگر بییونید، به همدیگر علاقه‌مند خواهید شد (ابن ابی‌فارس، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۳۴).

۶. نقش مراکز آموزشی در ترویج فرهنگ احسان

مراکز آموزشی از نگاه مریبان بزرگ تعلیم و تربیت جایی برای مهیا شدن در زندگی، بلکه مکانی در

راستای کسب تجربه‌های مفید در عرصه‌های مختلف زندگی است. به تعبیری، مرتبی در مراکز آموزشی با مجموعه‌ای از حقوق و تکالیف متنوع و مفید برای زندگی بهتر آشنا می‌شود. مراکز مزبور به‌ویژه آموزش و پرورش در نخستین گام و مراکز دانشگاهی در گام‌های بعدی مکلف‌اند که مرتبی را برای ورود به عرصه‌های مختلف و حساس جامعه مهیا و با اصول، قواعد، ارزش‌ها و هنجارهای اجتماعی آشنا سازند.

مهم‌ترین انتظاری که از نظام آموزشی در هر کشور می‌رود این است که دانش‌آموزان و دانشجویان را به‌گونه‌ای تربیت کند که بتوانند مناسبت‌های مهم اجتماعی را به شکل درست سازمان‌دهی کنند و ضمن توانایی در برقراری ارتباط صحیح و مفید با جامعه از هرگونه هنجارشکنی پرهیز کنند. در واقع، مراکز آموزشی وظیفه آموزش و انتقال ارزش‌هایی مانند تساهل، تسامح، ایثار و گذشت، احترام به حقیقت، تعاون و همکاری، عدالت و ارتقای جایگاه انسانی را دارد تا در این گذار، فلسفه وجودی خود را به جامعه بشناساند و بقای جامعه را تضمین کند.

از سویی نظام آموزشی مفید می‌تواند بر نگرش‌ها و آرا و رفتارهای سیاسی مرتب‌یان تأثیر بسزایی داشته باشد. در این رابطه لازم است به دو نوع تأثیر انتقال مستقیم ارزش‌ها و هنجارها از طریق کتاب‌های درسی و نظرات سیاسی مربیان و نیز انتقال غیرمستقیم ارزش‌ها، هنجارها و نگرش‌ها از طریق تعمیم نتایج ناشی از ماهیت ساختار اقتدار در مراکز آموزشی توجه کرد (شارع‌پور، ۱۳۸۷، ص. ۳۲۱). در این پژوهش بحث بر سر مسئله احسان و نیکوکاری در جریان تعلیم و تربیت به‌عنوان یکی از مهم‌ترین ارزش‌ها، هنجارها و اصول بنیادین انسانیت است. این مصداق از ارزش منحصر در نوع خاصی نیست و از همان محیط کوچک خانواده تا محیط گسترده جامعه قابل اجراء است و تمام جوانب رفتاری انسان را دربرمی‌گیرد. در واقع، احسان و نیکوکاری محصور در مصادیق نیست و در اشکال مختلف و متنوع ظاهر می‌شود. باید اذعان داشت که نگرش اخلاقی نسل‌های آینده با ایجاد توازن میان منافع خود و دیگران مرتبط است و رشد اخلاقی جامعه در گذر از خودخواهی به دگرخواهی و درک صحیح نیکوکاری معنی می‌شود. این در حالی است که رفتارهای دگرخواهانه و نیکوکارانه در جامعه بر اثر تاریخ پر آشوب و استبدادی مجال کافی برای تمرین دمکراسی و بسط حوزه عمومی ندارد و با مشکل مضاعفی روبه‌روست (Mitchell et al., 2011, pp. 63-93).

با اندکی تحقیق می‌توان فهمید که دانش‌آموزان و به‌ویژه دانشجویان در مراکز آموزشی در ابعاد

گسترده‌ای دچار فردگرایی منفی و غیرعقلانی هستند. آن‌ها بر اساس نیازها و علایق فردی خویش رفتار می‌کنند. این نوع منفعت‌طلبی فردی که در کنش‌های فردی جلوه‌گر است، دقیقاً نقطه مقابل احسان و نیکوکاری است. نظام آموزشی تنها هنگامی در رسیدن به اهداف و رسالت‌های خود موفق خواهد بود که بتواند افرادی آگاه، مسئول، خلاق و خیر تربیت کند. این مهم جز از طریق تربیت روح کمک‌رسانی و ایثارگری و همکاری و نیز ارتقای فرهنگ بخشندگی در قالب فراهم کردن زمینه ایفای نقش برای متریبان در نموده‌های خیرخواهانه و نیکوکارانه قابل اجرا در مراکز آموزشی میسر نخواهد بود.

در واقع، مدارس و مراکز دانشگاهی باید مکانی برای تدارک فرصت‌های لازم و مناسب در راستای تمرین و کسب تجربه در عرصه‌های مختلف زندگی باشد تا از این رهگذر، زمینه‌های لازم برای برطرف کردن نیازهای فردی خانوادگی و اجتماعی دانش‌آموزان و دانشجویان فراهم آید (منافی‌نژاد و مهدوی‌خواه، ۱۳۹۱).

۷. تأثیر رسانه و فضای مجازی در ترویج احسان

با گذشت زمان و پیشرفت جوامع مصادیق احسان جایگاه تازه‌تری پیدا کرد و امور خیر به عرصه جدید ورود یافت؛ به‌گونه‌ای که تا پیش از این عموماً احسان و کمک با واریز وجوه نقدی به صندوق صدقات یا کمک‌های نقدی به افراد نیازمند و در ابعاد بزرگ‌تر با ساخت اماکن رفاهی یا مسکونی یا درمانی و آموزشی نمود می‌یافت، اما امروزه شاهد تأثیر انکارناپذیر رشد و توسعه علم و فناوری و رسانه و فضای مجازی در تمام عرصه‌های زیستی بشر از جمله احسان و نیکوکاری هستیم.

یکی از مهم‌ترین وجوه تأثیرپذیری مسئله احسان از امکاناتی مانند رسانه و فضای مجازی، بحث نیازشناسی افراد یا جامعه است که این موضوع خود حاصل تغییر نیازهای جامعه در گذشت زمان است. برای مثال، اگر در ادوار گذشته جامعه نیازمند احداث اماکنی مانند کاروان‌سرا یا مراکز آموزشی و درمانی بود، امروزه این احتمال می‌رود که فردی با فراگیری یک بحث علمی بتواند زندگی خویش را از بحران نجات دهد یا با سرمایه‌گذاری هرچند اندک برای شخصی فرصت اشتغال ایجاد کرد.

با اندکی امعان‌نظر می‌توان فهمید که رسانه و فضای مجازی با فعالیت در برنامه‌های اجتماعی،

در بالا رفتن سطح آگاهی مردم و آشنا شدن آن‌ها با نیازهای ضروری نقش بسزایی ایفا کرده است.

حرکتی که در برنامه‌های اجتماعی صداوسیما و به دنبال آن در فضای مجازی به راه افتاد، باعث شد تا بسیاری از افراد نیکوکار در راستای فعالیت‌های خیرخواهانه خود اقدامات بی‌سابقه‌ای مانند احداث مراکز تفریحی، آموزشی و درمانی برای کودکان معلول و ناتوان یا تأسیس مدارس برای کودکان کار و... انجام دهند. صداوسیما با تولید برنامه‌هایی در راستای آگاهی دادن به مردم از وجود برخی بیماری‌های نادر که شاید درصد برخی از آن‌ها یک در هزار باشد، اما هزینه‌های درمانی بسیار سنگین برای خانواده بیمار دارد، توانسته است با جمع‌آوری کمک‌های مردمی، بهبود و سلامت بسیاری از این بیماران را فراهم آورد و مثال‌های فراوان دیگری که اگر رسانه نبود در مقیاسی به این وسعت محقق نمی‌شد.

امروزه با توجه به اینکه فضای مجازی و تلفن‌های همراه هوشمند جزء جداناپذیر زندگی افراد شده است، می‌توان با تشکیل کانال‌ها و ابرگروه‌های اجتماعی به راحتی نیازهای افراد یا انتشار خاصی از جامعه را به گوش عموم و به خصوص مسئولان مربوط رساند و در راستای برطرف کردن آن نیازها، مسیرهای طولانی ناهموار را کوتاه و هموار کرد. از جمله فعالیت‌های خیرخواهانه‌ای که امروز در فضای سایبری شاهد آن هستیم، می‌توان به تهیه وسایل منزل برای زوج‌های بی‌بضاعت، کمک به مراکز خاص، رفع نیاز مادی و معنوی فردی از افراد یک خانواده، به اشتراک گذاشتن مطالب آموزنده که به اصلاح روابط خانوادگی و اجتماعی می‌انجامد یا ارائه مطالب تربیتی، اخلاقی، دینی و شرعی که گره از کار ولو یک نفر می‌گشاید و... اشاره کرد. قدرت رسانه و فضای سایبری تا اندازه‌ای است که شاید اگر قرار باشد هزینه سنگینی برای درمان بیماری جمع شود، با توجه به حجم و سرعت اطلاع‌رسانی بالا که حتی به خارج از مرزهای جغرافیای یک کشور نیز سرایت می‌کند، ظرف مدت کوتاهی آن نیاز برطرف شود (بنی‌اسد، ۱۳۹۵؛ صحابی و همکاران، ۱۳۹۷).

اگر بخواهیم از معنای عام احسان اندکی فاصله بگیریم و بازتاب فضای سایبری و رسانه را در احسان به معنای فقهی آن مورد بررسی قرار دهیم، می‌توان گفت امروزه رسانه و فضای سایبری این امکان را فراهم آورده است که عموم مردم اعم از قشر خاص و تحصیل‌کرده و نیز عامه افراد جامعه فرصت ابراز نظر و بیان دیدگاه و عقاید خود را در خصوص اتفاقات و اقداماتی که از سوی

برخی افراد با نیت احسان و خیرخواهی انجام می‌پذیرد، داشته باشند. بسیار دیده می‌شود که در اخبار منتشره در شبکه‌های تلویزیونی رفتار فردی که در راستای نجات جان انسان یا حتی حیوانی مبادرت به ورود بدون اجازه به منزل غیر کرده یا ناچار به شکستن یا مهدوم کردن مال غیر شده است، اقدام خدایسندانه و انسان‌دوستانه قلمداد می‌شود یا اینکه انتشار این قبیل اخبار در قالب فایل‌های تصویری یا متن در فضای مجازی با موجی از نظرات مثبت مردم تأیید می‌شود. این مسئله افزون‌بر اینکه بیان‌کننده تأیید عرف جامعه نسبت به این قبیل اقدامات خیرخواهانه است، تبلیغ بسیار گسترده‌ای نیز برای ماندگاری رفتارهای جوانمردانه و نیکوکارانه تلقی می‌شود.

۸. تطبیقات و دلالت‌های تربیتی قاعده احسان

قاعده احسان از جمله احکام و دستورات تربیتی است که می‌تواند مانند دیگر قواعد فقهی از باب جری و تطبیق منشأ استخراج احکام دیگر باشد. برای مثال، در راستای استنباط حکم تربیت اخلاقی و تربیت اجتماعی از این نظر که امور اخلاقی و اجتماعی از جمله مصادیق خدمت‌رسانی است، می‌توان به قاعده احسان تمسک جست و از این باب ادعا کرد که آموزش و پرورش اخلاقیات و اجتماعیات، واجب/مستحب است. بر این اساس می‌توان اذعان کرد که قاعده احسان نیز مانند قاعده دعوت به خیر از جمله قواعد تربیتی فراساحتی قلمداد می‌شود که در بیشتر یا چندین ساحت تربیتی جریان دارد.

در رابطه با دلالت‌های تربیتی قاعده احسان می‌توان گفت خدمت‌رسانی، نیکوکاری و احسان به‌مثابه قاعده‌ای در فقه تربیتی می‌تواند حاوی این دلالت باشد که در این حکم/تجویز تربیتی، گزینشگری متربی مهم و مدنظر است؛ توضیح اینکه در حکم احسان، فرد محسن با انتخاب خود و طیب نفسی که نشئت گرفته از فطرت و طبع انسان‌دوستانه وی است، برای خدمت‌رسانی و افعال نیکو گام برمی‌دارد و در این راه هیچ‌گونه قدرتی وی را به آن عمل اجبار و تحمیل نکرده است. از نگاه دیگر، قاعده مزبور در حوزه برنامه‌ریزی آموزشی و درسی حاوی دلالت‌هایی است و آن، تأکید بر دایره امور خیر است. در واژه احسان نوعی پسندیدگی و مقبولیت عمومی نهفته است که به تعلیم و تربیت ارزش‌ها نزدیک است (موسوی، ۱۳۹۹، ص. ۱۸۹ و ۱۹۰).

یکی دیگر از مهم‌ترین دلالت‌های تربیتی قاعده احسان، ضرورت سازواری متربیان با خصایص و ویژگی‌های فطری و طبیعی انسان است. تکیه و تأکید بر طبیعت و فطرت آدمی از جمله مسائلی

است که تربیت دینی و اسلامی را از تربیت سکولار تفکیک و مرز میان این دو را معین می‌کند. در تربیت اسلامی پایه و اساس تکیه بر امور طبیعی و فطری آدمی است درحالی‌که در تربیت سکولار سخنی از بن‌مایه‌های درونی و فطری انسان وجود ندارد. از نگاه قرآن و احادیث در نهاد آدمی تمایلات فطری با جهت‌گیری و سمت‌وسوی ویژه وجود دارد (بهشتی، ۱۳۸۷، ص. ۹۵). در واقع، انسان با گرایش به بیشتر خصلت‌هایی که ریشه در فطرت انسانی دارد و خصلت‌های پسندیده و نیکویی است، خلق می‌شود. حتی انسانی که به دلایلی پایبند به آن ویژگی‌های فطری نباشد، از آن رو که نهاد وی بر آن سرشته شده است، در وجدان خویش آن‌ها را خصلت‌هایی نیکو می‌شمارد و هریک از اعمال ناشایست خویش را در راستای آن فضایل توجیه می‌کند. از این رو یکی از برنامه‌های مکتب الهی این است که راه شکوفایی فضیلت‌های آدمی را روشن کند. رذایل در مقابل فطرت است و آدمی از آن انزجار دارد. منشأ گرایش انسان به رفتارهای زشت و مذموم ترجیح مرتبه طبیعی و حیوانی بر مرتبه فطری و الهی وی است. گرایش‌های طبیعی انسان فی‌نفسه برای وی مطلوب و مفید است، اما برتری دادن آن بر گرایش‌های فطری باعث فاصله گرفتن انسان در تصمیمات خود از بعد انسانی و الهی می‌شود. از این رو یکی از مهم‌ترین رسالت‌های تعلیم و تربیت اسلامی در مسیر بسترسازی برای شکوفایی خصلت‌های فطری و الهی انسان، پیشگیری فعالانه از شکل‌گیری رفتارهای مغایر با فطرت آدمی است. با این رویکرد لازم است غالب تربیت معطوف به دعوت یا دستور به اقداماتی باشد که انسان را به سمت تمایلات فطری وی سوق می‌دهد و از اقداماتی که آدمی را از مسیر فطری خود خارج می‌سازد، دور کند. این فرایند که می‌توان از آن با عنوان تربیت سلبی و ایجابی یاد کرد، این امکان را فراهم می‌سازد تا با نفی آنچه مغایر فطرت است از سویی و از سوی دیگر، با تشویق به رفتارهای موافق با فطرت آدمی، شرایط فعلیت بخشیدن به گوهر الهی که در وجود و نهاد آدمی نهفته است، فراهم آید. از آنجاکه آدمی فطرتاً طالب خیر و احسان است، توجه به این اصل تربیتی باعث سازواری متربی با فطرت انسانی و دور شدن از اهداف غیرفطری می‌شود؛ زیرا غایت تربیت فطرت رهایی از اهداف غیرفطری است (کریمی، ۱۳۹۴، ص. ۱۱۲؛ دیالمه و عظیم‌زاده اردبیلی، ۱۳۹۸، صص. ۵۳ و ۵۴).

نتیجه‌گیری

۱. ترویج فرهنگ احسان و خدمت‌رسانی به افراد یا جامعه از جمله ضروریات تربیتی است که

می‌تواند تمام مؤسسات و مراکز یا حتی ابزارهایی که توانایی ایفای نقش مربی را در این راستا دارند، به اشکال مختلف به خود مشغول سازد. شریعت مقدس اسلام به‌عنوان یکی از مکاتب تربیتی با تجویز قواعد مهمی مانند «قاعده احسان» بیش از هر مکتب دیگری به اشاعه فرهنگ احسان پرداخته و طرفداران این مکتب را به فراخور توانایی و ظرفیت موجود دعوت به احسان کرده است.

۲. در بیان مقصود شارع از احسان می‌توان گفت که احسان هم شامل دفع ضرر است و هم جلب منفعت؛ زیرا برخلاف آنچه گفته شد، متبادر از واژه احسان مفهومی عام است و مفاد قاعده احسان حکمی عقلی است و امور عقلی تخصیص‌پذیر نیستند و در این مورد خاص دلیلی بر اختصاص وجود ندارد. بنابراین، احسان به صاحب مال گاه به‌منظور دفع ضرر است و گاه برای رساندن منفعت.

۳. خدمت‌رسانی به بندگان خدا از نظر اخلاقی ارزش شمرده می‌شود که آیات و روایات فراوانی نیز در تأیید این ادعا وارد شده است. خدمت‌رسانی و احسان هم جنبه وجودی دارد و هم جنبه عدمی. جنبه وجودی آن ناظر به افعال مثبت افراد به سود هم دیگر است مانند رفع مشکلات مربوط به پوشاک، خوراک و مسکن و جنبه عدمی آن ناظر به افعال منفی است که فرد با جلوگیری از یک فعل یا پیشگیری از وقوع یک اتفاق، مانع ورود ضرر به مسلمان و به تبع، باعث سودرسانی به وی می‌شود.

۴. مهم‌ترین معیارهای تربیتی در ارزشمندی احسان عبارت است از الف) ذاتی بودن ارزشمندی احسان، ب) وجود حس دیگرخواهی در احسان، ج) بهره‌مندی از آثار سودمند دنیوی و د) تقرب و بهره‌مندی از آثار سودمند اخروی احسان.

۵. احسان به‌مثابه رابطه انسان با انسان به‌نوعی رسیدگی به نیاز دیگران است که هر نوع نیازی اعم از مادی و معنوی را دربرمی‌گیرد و فعالیت‌هایی از قبیل دعوت به اسلام و امر به معروف و نهی از منکر و تمام اشکال دلسوزی و دگرخواهی نیز در قالب آن می‌گنجد. از این رو ثروتمندترین افراد ممکن است محتاج‌ترین آنان باشد و در وهله‌ای از تکامل فردی، پذیرش یاری توسط فقیر از سوی غنی احسان تلقی می‌شود.

۶. بر اساس این تحقیق می‌توان فهمید که دانش‌آموزان و به‌ویژه دانشجویان در مراکز آموزشی در

ابعاد گسترده‌ای دچار فردگرایی منفی و غیرعقلانی هستند. آن‌ها بر اساس نیازها و علایق فردی خویش رفتار می‌کنند. این نوع منفعت‌طلبی فردی که در کنش‌های فردی جلوه‌گر است، دقیقاً نقطه مقابل احسان و نیکوکاری است. نظام آموزشی تنها هنگامی در رسیدن به اهداف و رسالت‌های خود موفق خواهد بود که بتواند افرادی آگاه، مسئول، خلاق و خیر تربیت کند. این مهم جز از طریق تربیت روح کمک‌رسانی و ایشارگری و همکاری و نیز ارتقای فرهنگ بخشنده‌گی در قالب فراهم کردن زمینه ایفای نقش برای متریبان در نموده‌های نیکوکارانه قابل اجرا در مراکز آموزشی میسر نخواهد بود.

۷. امروزه رسانه و فضای سایبری این امکان را فراهم آورده است که عموم مردم اعم از قشر خاص و تحصیل‌کرده و نیز عامه افراد جامعه فرصت ابراز نظر و بیان دیدگاه و عقاید خود را در خصوص اتفاقات و اقداماتی که از سوی برخی از افراد با نیت احسان و خیرخواهی انجام می‌پذیرد، داشته باشند.

۸. در رابطه با دلالت‌های تربیتی قاعده احسان می‌توان گفت خدمت‌رسانی، نیکوکاری و احسان به‌مثابه قاعده‌ای در فقه تربیتی می‌تواند حاوی این دلالت باشد که در این حکم و تجویز تربیتی، گزینشگری متربی مهم و مدنظر بوده است؛ توضیح اینکه در حکم احسان، فرد محسن با انتخاب خود و طیب‌نفسی که نشئت گرفته از فطرت و طبع انسان‌دوستانه وی است، برای خدمت‌رسانی و افعال نیکو گام برمی‌دارد و در این راه هیچ‌گونه قدرتی وی را به آن عمل اجبار و تحمیل نکرده است. از نگاه دیگر، قاعده مزبور در حوزه برنامه‌ریزی آموزشی و درسی حاوی دلالت‌هایی است و آن، تأکید بر دایره امور خیر است. یکی دیگر از مهم‌ترین دلالت‌های تربیتی قاعده احسان، ضرورت سازواری متریبان با خصایص و ویژگی‌های فطری و طبیعی انسان است. از آنجاکه آدمی فطرتاً طالب خیر و احسان است، توجه به این اصل تربیتی باعث سازواری متربی با فطرت انسانی و دور شدن از اهداف غیرفطری می‌شود؛ زیرا غایت تربیت فطرت‌رهایی از اهداف غیرفطری است.

منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) ابن ابی فارس، ورام (بی‌تا). مجموعه ورام (جلد ۱). قم: مکتبه‌الفقهیة.
- ۳) اصفهانی، محمدحسین (۱۳۸۲). بحوث فی الفقه (کتاب الاجاره). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- ۴) برزینکا، ولفگانگ (۱۳۷۱). نقش تعلیم و تربیت در جهان امروز (مهرآفاق بایبوردی، مترجم). تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- ۵) بنی‌اسد، رضا (۱۳۹۵). راهبردهای تحقیق خیر فردی و خیر اجتماعی در فضای مجازی. اولین همایش خیر ماندگار (مطالعه و ارزیابی امور خیر در ایران)، بنیاد خیریه راهبردی آلا، صص. ۱ و ۱۲.
- ۶) بهشتی، محمد (۱۳۸۷). مبانی تربیت از دیدگاه قرآن. تهران: پژوهشگاه فرهنگی و اندیشه.
- ۷) پاینده، ابوالقاسم (۱۳۸۲). نهج‌الفصاحه (جلد ۱). تهران: دنیای دانش.
- ۸) تمیمی آمدی، عبدالواحدبن محمد (۱۳۳۷). غررالحکم و دررالکلم (محمدعلی انصاری، مترجم). (جلد ۱). تهران: محمدعلی انصاری‌القمی.
- ۹) تمیمی آمدی، عبدالواحدبن محمد (۱۳۶۶). غررالحکم و دررالکلم. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- ۱۰) تمیمی آمدی، عبدالواحدبن محمد (۱۴۱۰ق). غررالحکم و دررالکلم (جلد ۱). قم: دارالکتب‌الاسلامی.
- ۱۱) جعفری، محمدتقی (۱۳۷۳). عرفان اسلامی. تهران: انتشارات دانشگاه صنعتی شریف.
- ۱۲) حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۱۲ق). تفصیل وسائل‌الشیعة الی تحصیل مسائل‌الشریعة (جلد ۱۱). بیروت: دارالاحیاء‌التراث‌العربی.
- ۱۳) حسینی مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۰ق). العناوین (جلد ۲). قم: جامعه‌المدرسین.
- ۱۴) دشتی، محمد (۱۳۷۹). الگوهای رفتاری امام‌علی (علیه‌السلام). قم: مؤسسه تحقیقاتی امیرالمؤمنین (علیه‌السلام).
- ۱۵) دیالمه، نیکو و عظیم‌زاده اردبیلی، فائزه (۱۳۹۸). دلالت‌های تربیتی حرمت اذلال نفس به‌متابه یک قاعده فقهی. دوفصلنامه علمی پژوهشی مطالعات فقه تربیتی، سال ۶، شماره ۱۱.
- ۱۶) سجادی، سیدابراهیم (۱۳۸۸). قرآن و بازتاب تربیتی روابط چهارگانه انسان. نشریه پژوهش‌های قرآنی، سال ۱۵، شماره‌های ۵۹-۶۰.
- ۱۷) شارع‌پور، محمود (۱۳۸۷). جامعه‌شناسی آموزش و پرورش. تهران: سمت.
- ۱۸) صحابی، فاطمه، سلمان ایزدی، ناصر و خاتمی، سیدجواد (۱۳۹۷). نگاهی نو به قاعده احسان از دیدگاه فقهی و روایی و تحولات اجتماعی امروز. دومین همایش ملی خیر ماندگار، بنیاد خیریه راهبردی آلا، ۱۰ و ۱۱ دی.

- ۱۹) طاهری، حبیب‌الله (۱۳۷۸). قواعد فقه (جلد ۲). قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- ۲۰) طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۶۳). المیزان فی تفسیر القرآن، چاپ دوم. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- ۲۱) طبرسی، فضل‌بن حسن (بی‌تا). مجمع‌البیان فی تفسیرالقرآن (جلد ۱). بیروت: دارالمعرفة.
- ۲۲) طوسی، محمدبن‌حسن (۱۳۷۶). التبیان فی تفسیرالقرآن (جلد ۱). چاپ ۱، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- ۲۳) طوسی، محمدبن‌حسن (۱۴۶۰ق). التبیان فی تفسیرالقرآن (جلد ۵). بیروت. دارالاحیاء التراث العربی.
- ۲۴) فاضل‌لنکرانی، محمد (۱۴۱۶ق). القواعدالفقهیة (جلد ۱). قم: مکتبه مهر.
- ۲۵) فیض‌کاشانی، محمدبن‌حسن بن‌شاه‌مرتضی (۱۴۰۶). الوافی (جلد ۱۵). اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام).
- ۲۶) قرشی، سید علی اکبر (۱۳۵۳). قاموس قرآن. چاپ دهم. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۲۷) قمی، عباس (بی‌تا). سفینه‌البحار و مدینه‌الحکم والآثار (جلد ۶). قم: اسوه.
- ۲۸) کریمی، عبدالعظیم (۱۳۹۴). ترکیه به مثابه تربیت در برابر تدسیه به مثابه تربیت ایجابی. فصلنامه علمی - پژوهشی تربیت اسلامی، شماره ۲۱.
- ۲۹) لیثی واسطی، علی‌بن‌محمد بن‌ابو نزار (۱۳۷۶). عیون‌الحکم والمواعظ (جلد ۱). قم: دارالحدیث.
- ۳۰) مامقانی، عبدالله (۱۳۸۵). مرآةالمکال (جلد ۲). قم: دلیل ما.
- ۳۱) مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق). بحار الانوارالجامعة لدرر اخبارالائمة الاطهار (جلدهای ۹، ۲۱، ۷۴، ۷۷). بیروت: مؤسسه الوفا.
- ۳۲) مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۴ق). مرآةالعقول. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۳۳) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۰). قواعد فقه (جلد ۲). تهران: اندیشه‌های نو در علوم اسلامی.
- ۳۴) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۰). قواعد فقه (جلد ۲). تهران: سمت.
- ۳۵) محمدی ری‌شهری، محمد (بی‌تا). میزان‌الحکمة (جلد ۳). قم: مؤسسه علمی فرهنگی دارالحدیث.
- ۳۶) مزلو، ابراهام هارولد (۱۳۷۴). افق‌های والای فطرت انسان (احمد رضوانی، مترجم). مشهد مقدس: آستان قدس رضوی.
- ۳۷) مصطفوی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۱ق). القواعدالفقهیة (جلد ۱). قم: مؤسسه النشرالاسلامی‌التابعة جامعةالمدرسین.
- ۳۸) مطهری، مرتضی (۱۳۶۸). مجموعه آثار. تهران: انتشارات صدرا.
- ۳۹) مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۳). تفسیر نمونه (جلد ۲). تهران: دارالکتب الاسلامیه.

- ۴۰) منافى نژاد، كاظم و مهدوى خواه، على (۱۳۹۱). رسالت مدرسه در تربیت شهروند جهانی. مجموعه مقالات همایش بین‌المللی آموزش و جهانی شدن. تهران: مرکز مطالعات جهانی شدن.
- ۴۱) موسوی بجنوردی، سیدحسین (۱۳۷۱). القواعد الفقهية (جلد ۴). قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- ۴۲) موسوی، سیدنقی (۱۳۹۹). تبیین قاعده «دعوت به خیر» در فقه تربیتی. مجله مطالعات فقه تربیتی، سال ۷، شماره ۱۴.
- ۴۳) نراقی، مهدی‌بن‌ابی‌ذر (بی‌تا). جامع السعادات (جلد ۲). بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- ۴۴) نوری (محدث)، حسین‌بن‌محمدتقی (بی‌تا). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل (جلد ۸). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث.
- ۴۵) هواردا، اوزمن و سموئل، ام (۱۳۷۹). مبانی فلسفی تعلیم و تربیت. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی رحمه‌الله تعالی.

46) Mitchell, I. J., Beck, S. R., Boyal, A., & Edwards, V. R. (2011). Theory of mind deficits following acute alcohol intoxication. n.p.

References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Bani-Asad, Riḍā (1395 SH). Rāhburdhā-yi taḥqīq khayr-i fardī wa khayr-i ijtimā'ī dar faḍā-yi majāzī [Strategies for investigating individual and social good in virtual space]. Awwalīn Hāmayish-i Khayr-i Māndigār (Muṭāla'a wa arzyābi-yi umūr-i khayr dar Īrān), Bunyād-i Khayriya-yi Rāhburdhī Ālā, pp. 1 and 12 [in Persian].
- 3) Barzīnka, Wulfagāng (1371 SH). Naqš-i ta'lim wa tarbiyat dar jahān-i amrūz (Mehrfāq Bāyburdī, Trans.) [The role of education and upbringing in today's world]. Tehran: Markaz-i Nashr-i Dānishgāhī [in Persian].
- 4) Beheshtī, Muḥammad (1387 SH). Mabānī-yi tarbiyat az dīdgāh-i Qur'an [Foundations of upbringing from the Quranic perspective]. Tehran: Pizhūhishgāh-i Farhangī wa Andīsha [in Persian].
- 5) Daštī, Muḥammad (1379 SH). Algūhā-yi raftāri Imām-'Alī ('alayhi al-salām) [Behavioral patterns of Imam Ali (peace be upon him)]. Qum: Mu'assasa-yi Taḥqīqāti-yi Amīr al-Mu'minīn ('alayhi al-salām) [in Persian].
- 6) Diyālamī, Nikū & 'Azīm-Zāda Ardabīlī, Fā'iza (1398 SH). Dalālathā-yi tarbiyatī-yi ḥurmat-i idhlāl-i nafs bih-maṭāba yak qā'ida-yi fiqhī [Educational implications of the prohibition of self-debasement as a legal principle]. Dū Faslnāma-yi 'Ilmī Pizhūhishī-yi Muṭālī'āt-i Fiqh-i Tarbiyatī, Sāl 6, Shumāra-yi 11 [in Persian].
- 7) Eṣafahānī, Muḥammad-Ḥusayn (1382 SH). Buḥūth fī al-fiqh (Kitāb al-ijārah). Qum: Mu'assasa-yi Nashr-i Islāmī [in Arabic].
- 8) Fāḍil Lankarānī, Muḥammad (1416 AH) Al-Qawā'id al-fiqhīya (Vol. 1) [Principles of jurisprudence (Vol. 1)]. Qum: Maktabat Mihr [in Arabic].
- 9) Feyḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Ḥasan ibn Shāh Murtaẓā (1406 AH) Al-Wāfi (Vol. 15). Isfahan: Kitābkhāna Imām Amīr al-Mu'minīn 'Alī ('alayhi al-salām) [in Arabic].
- 10) Ḥurr Āmilī, Muḥammad ibn Ḥasan (1412 AH). Tafṣīl wasā'il al-shi'a ilā taḥṣīl masā'il al-shari'a (Vol. 11). Beirut: Dār al-Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī [in Arabic].
- 11) Ḥusaynī Marāghī, Mīr 'Abd al-Fattāḥ (1410 AH). Al-'anāwīn (Vol. 2). Qum: Jāmi'at al-Mudarrisīn [in Arabic].
- 12) Huwārda, 'Uzmān & Samu'il, Um (1379 SH) Mabānī-yi falsafī-yi ta'lim wa tarbiyat [Philosophical foundations of education]. Qum: Mu'assasa-yi Ālmūzishī wa Pizhūhishī Imām Khumaynī [in Persian].
- 13) Ibn Abī Fāris, Warām (n.d.). Majmū'at Warām (Vol. 1) [The collection of Warām (Vol. 1)]. Qum: Maktabat al-Faqhīya [in Arabic].
- 14) Ja'farī, Muḥammad-Taqī (1373 SH). 'Irfān-i Islāmī [Islamic mysticism]. Tehran: Intishārāt-i Dānishgāh-i Ṣan'atī Sharīf [in Persian].
- 15) Karīmī, 'Abd al-'Azīm (1394 SH) Tazkiya bih-maṭāba tarbiyat dar barābar-i tadsiyah bih-maṭāba tarbiyat-i ijābī. Faṣlnāma-yi 'Ilmī-Pizhūhishī Tarbiyat-i Islāmī, Shumāra-yi 21 [in Persian].
- 16) Laythī Wāsiṭī, 'Alī ibn Muḥammad ibn Abī Nizār (1376 SH) 'Uyūn al-ḥikam wa al-mawā'iz (Vol. 1) [The sources of wisdom and sermons (Vol. 1)]. Qum:

- Dār al-Ḥadīth [in Persian].
- 17) Majlisī, Muḥammad Bāqir (1403 AH) Biḥār al-anwār al-jāmi‘a li-durar akhbār al-a‘imma al-aṭhār (Vols. 9, 21, 74, 77). Beirut: Mu‘assasa al-Wafā [in Arabic].
 - 18) Majlisī, Muḥammad Bāqir (1404 AH) Mir‘āt al-‘uqūl. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīya [in Arabic].
 - 19) Makārem Shirāzī, Naṣir (1393 SH) Tafsīr-i namūna (Vol. 2). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīya [in Persian].
 - 20) Mamqānī, ‘Abd Allāh (1385 SH) Mir‘āt al-maqāl (Vol. 2). Qum: Dalīl Mā [in Arabic].
 - 21) Manāfi-Nizhād, Kāzīm & Mahdawī-Khwāh, ‘Alī (1391 SH) Risālat-i madrasah dar tarbiyat-i shahrwand-i jahānī [The role of schools in educating global citizens]. Majmū‘a-yi maqālāt-i Hāmayish-i Bayn al-Milālī-yi Ālmūzish wa Jahānī Shudan. Tehran: Markaz-i Muṭālī‘āt-i Jahānī Shudan [in Persian].
 - 22) Mazlū, Ibrāhīm Hār wuld (1374 SH) Ufq-hā-yi walā-yi fiṭrat-i insān (Aḥmad Rizwānī, Trans.) [The noble horizons of human nature]. Mashhad: Āstān-i Quds-i Riḍawī [in Persian].
 - 23) Mitchell, I. J., Beck, S. R., Boyal, A., & Edwards, V. R. (2011). Theory of mind deficits following acute alcohol intoxication. n.p.
 - 24) Muḥammadī Ray-Shahrī, Muḥammad (n.d.) Mizān al-ḥikma (Vol. 3). Qum: Mu‘assasa ‘Ilmī Farhangī Dār al-Ḥadīth [in Arabic].
 - 25) Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā (1370 SH) Qawā‘id-i fiqh (Vol. 2) [Principles of jurisprudence (Vol. 2)]. Tehran: Andīshahā-yi Naw dar ‘Ulūm-i Islāmī [in Persian].
 - 26) Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā (1380 SH) Qawā‘id-i fiqh (Vol. 2) [Principles of jurisprudence (Vol. 2)]. Tehran: Samt [in Persian].
 - 27) Mūsawī Bujnūrdī, Sayyid Ḥasan (1371 SH) Qawā‘id al-fiqhīya (Vol. 4) [Principles of jurisprudence (Vol. 4)]. Qum: Mu‘assasa-yi Maṭbū‘ātī Ismā‘iliyān [in Arabic].
 - 28) Mūsawī, Sayyid Naqī (1399 SH) Tabyīn-i qā‘ida-yi ‘da‘wat bih khayr’ dar fiqh-i tarbiyatī [Explanation of the rule of ‘calling to good’ in educational jurisprudence]. Majalla-yi Muṭālī‘āt-i Fiqh-i Tarbiyatī, Sāl 7, Shumāra-yi 14 [in Persian].
 - 29) Muṣṭafawī, Sayyid Muḥammad Kāzīm (1421 AH) Al-Qawā‘id al-fiqhīya (Vol. 1) [Principles of jurisprudence (Vol. 1)]. Qum: Mu‘assasa al-Nashr al-Islāmī al-Tābi‘a li-Jāmi‘at al-Mudarrisīn [in Arabic].
 - 30) Muṭahharī, Murtazā (1368 SH) Majmū‘a-yi āthār [Collected works]. Tehran: Intishārāt-i Ṣadrā [in Persian].
 - 31) Narāqī, Mahdī ibn Abī Dhar (n.d.) Jāmi‘ al-sa‘ādāt (Vol. 2). Beirut: Mu‘assasa al-A‘lamī lil-Maṭbū‘āt [in Arabic].
 - 32) Nūrī (Muḥaddith), Ḥusayn ibn Muḥammad Taqī (n.d.) Mustadrak al-wasā‘il wa mustanbaṭ al-masā‘il (Vol. 8). Qum: Mu‘assasa Āl al-Bayt (‘alayhim al-salām) li-lḥyā‘ al-Turāth [in Arabic].
 - 33) Pāyandeh, Abū al-Qāsim (1382 SH). Nahj al-faṣāḥa (Vol. 1). Tehran: Dunyā-yi Dānish [in Arabic].

- 34) Qummī, ‘Abbās (n.d.) Safinat al-biḥār wa madīnat al-ḥikam wa al-āthār (Vol. 6). Qum: Uswa [in Arabic].
- 35) Qurashī, Sayyid ‘Alī Akbar (1353 SH) Qāmūs Qur’ān [Dictionary of the Quran]. Chāp dahum. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīya [in Arabic].
- 36) Ṣaḥābī, Fāṭima, Salmān Īzādī, Nāṣir wa Khātāmī, Sayyid Jawād (1397 SH). Niḡāhī naw bih qā’ida-yi iḥsān az didgāh-i fiqhī wa rawā’i wa taḥawwulāt-i ijtīmā’i-yi amrūz [A new perspective on the principle of benevolence from a jurisprudential and traditional viewpoint and today's social transformations]. Dūwamīn Hāmāyish-i Millī-yi Khayr-i Māndigār, Bunyād-i Khayriya-yi Rāhburdhī Ālā [in Persian].
- 37) Sajādī, Sayyid Ibrāhīm (1388 SH). Qur’ān wa bāztāb-i tarbiyatī-yi rabṭhā-yi chahārgāna-yi insān [The Quran and the educational reflection of the fourfold human relationships]. Nashriya-yi Pizhūhish-hā-yi Qur’ānī, Sāl 15, Shumārā-hā-yi 59-60 [in Persian].
- 38) Shāri’pūr, Maḥmūd (1387 SH). Jāmi’a-shināsī-yi ālmūzish wa parwarish [Sociology of education]. Tehran: Samt [in Persian].
- 39) Ṭabāṭabā’ī, Sayyid Muḥammad-Ḥusayn (1363 SH). Al-Mizān fī tafsīr al-Qur’ān, chāp-i dovvum. Qum: Mu’assasa-yi Maṭbū’ātī-yi Ismā’iliyān [in Arabic].
- 40) Ṭabrisī, Faḍl ibn Ḥasan (n.d.) Majma’ al-bayān fī tafsīr al-Qur’ān (Vol. 1). Beirut: Dār al-Ma’rifa [in Arabic].
- 41) Ṭāhirī, Ḥabīb-Allāh (1378 SH). Qawā’id-i fiqh (Vol. 2). Qum: Intishārāt-i Islāmī wābasta bih Jāmi’a-yi Mudarrisīn [in Arabic].
- 42) Tamīmī Āmadī, ‘Abd al-Wāḥid ibn Muḥammad (1337 SH). Gharar al-ḥikam wa durar al-kalim (Muḥammad-‘Alī Anṣārī, Trans.). (Vol. 1). Tehran: Muḥammad-‘Alī Anṣārī al-Qummī [in Persian].
- 43) Tamīmī Āmadī, ‘Abd al-Wāḥid ibn Muḥammad (1366 SH). Gharar al-ḥikam wa durar al-kalim. Qum: Daftar-i Tabliḡāt-i Islāmī [in Arabic].
- 44) Tamīmī Āmadī, ‘Abd al-Wāḥid ibn Muḥammad (1410 AH). Gharar al-ḥikam wa durar al-kalim (Vol. 1). Qum: Dār al-Kutub al-Islāmī [in Arabic].
- 45) Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan (1376 SH) Al-Tibyān fī tafsīr al-Qur’ān (Vol. 1). Chāp 1, Beirut: Dār al-Iḥyā’ al-Thurāth al-‘Arabī [in Arabic].
- 46) Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan (1460 AH) Al-Tibyān fī tafsīr al-Qur’ān (Vol. 5). Beirut: Dār al-Iḥyā’ al-Thurāth al-‘Arabī [in Arabic].

A Reflection on Hadith Evidences Regarding the Validity of Official and Ordinary Documents in Islamic Law

Yazdan Taherabadi · Department of Jurisprudence and Criminal Law, Higher Institute of
Jurisprudence and Islamic Studies, Qom, Iran. yazdan19111371@gmail.com

Abstract

1. Introduction

The paper addresses the tension between traditional Islamic jurisprudence and contemporary legal practices concerning the use of documents as evidence. Traditionally, Islamic law has relied on methods such as the judge's knowledge, evidence [Bayyinah], confession, oath, and casting lots to prove claims. However, with the increasing reliance on official documents in modern legal systems, including those in Islamic countries, a new approach has emerged that often places documents above other forms of evidence. This article seeks to explore the validity of documents, both ordinary and official, within the context of Islamic law, particularly through the lens of hadith evidence.

2. Research Question

The central research question explored in this article is: "To what extent can documents, both official and ordinary, be considered valid evidence in Islamic law, particularly in cases of conflict with traditional forms of proof such as Bayyinah and confession?" This question is vital for bridging the gap between contemporary legal practices and traditional Islamic jurisprudence.

3. Research Hypothesis

The hypothesis proposed in the article is that presumptive documents do not constitute independent and authoritative evidence when compared to traditional methods such as knowledge, Bayyinah, and confession, according to hadith evidence. This hypothesis is founded on the Islamic principle derived from the Quran, specifically Surah Yunus, verses 36 and 59, which highlight the



non-validity of presumption and conjecture in judicial matters. Therefore, unless explicit hadith evidence supports the validity of documents, their authority remains questionable.

4. Methodology & Framework, if Applicable

The methodology involves Islamic *ijtihad* (jurisprudential reasoning) through an extensive review of library resources, including classical and contemporary works of Islamic jurists and legal scholars. The framework of the study systematically addresses several key aspects:

Conceptual Analysis of Documentation:

Definition and significance of documents in modern legal systems.

Traditional Islamic views on written statements and their evidentiary value.

Examination of Quranic and Hadith Evidences:

Analysis of Quranic verses pertinent to documentation and presumption.

Scrutiny of hadiths that may support or refute the validity of documents as evidence.

Comparison of Contemporary Legal Practices and Islamic Jurisprudence:

Exploration of the contemporary legal framework's reliance on documentation versus traditional Islamic evidentiary methods.

Evaluation of Jurisprudential Opinions:

Review of various juristic opinions, highlighting the majority view against the independent validity of documents.

Examination of minority opinions supporting the use of documentation based on principles like maintaining order and eliminating hardship.

Critical Analysis of Practical Implications:

Discussion on the practical implications of adopting documentation as valid evidence, including potential benefits such as reduced judicial backlog and avoidance of false testimony.

5. Results & Discussion

The analysis of Islamic jurisprudential texts and hadith evidence reveals a predominant view among Islamic jurists that presumptive documents do not hold validity as independent evidence. The primary principle within Islamic law is the invalidity of presumptions. Despite some jurists acknowledging the use of documents as proof, it remains unclear whether this acceptance is due to the conclusive knowledge they provide or an absolute statement inclusive of presumptive documents.

The article examines several hadiths that discuss the validity of documents. Two narrations from Abdullah ibn Sanan and Omar ibn Yazid were scrutinized but were insufficient to establish documents as valid proof. Conversely, narrations from Abi Khadija, Hussein ibn Saeed, Sa'd ibn Hisham, and Sakouni were considered. Among these, the narrations from Abi Khadija, the second

narration from Sakouni, and Sa'd ibn Hisham did not provide clear or comprehensive evidence to invalidate the document's credibility. However, the narrations from Hussein ibn Saeed and the second narration from Sakouni were explicit and definitive, indicating that documents – whether ordinary or official – do not hold validity if they are presumptive.

The findings reinforce that the accepted methods of proof in Islamic law are limited to evidence [Bayyinah], testimony, confession, and oath. Other methods, including documents, do not hold the same status. If documents were inherently considered valid like Bayyinah and oath, they would have been explicitly mentioned and delineated within Islamic legal texts, similar to how the boundaries and conflicts of Bayyinah and oath are addressed.

6. Conclusion

The conclusion drawn from the analysis is that most Islamic jurists do not regard presumptive documents and writings as valid forms of evidence due to the primary principle of the invalidity of presumptions. Although there are references to documents as proof within juristic discussions, it remains ambiguous whether this acknowledgment is due to the conclusive knowledge they provide or an absolute acceptance that includes presumptive documents. The hadith evidence analyzed supports the view that documents, unless providing conclusive knowledge, do not hold validity as independent judicial evidence. Thus, traditional methods of proof such as Bayyinah, testimony, confession, and oath remain the primary and most reliable means within Islamic jurisprudence.

Keywords: Official Document, Ordinary Document, Bayyinah, Evidence, Evidences in Substantiation of Claims, Judge's Knowledge.

تأملی در ادله روایی اعتبار اسناد رسمی و عادی

یزدان ظاهرآبادی • گروه فقه و حقوق جزا، مؤسسه عالی فقه و علوم اسلامی، قم، ایران.

yazdan19111371@gmail.com

چکیده

بی‌گمان اعتبار «سند» در اثبات معاملات و غیر آن در محاکم، از چالشی‌ترین مباحث جامعه حقوقی معاصر است. این پژوهش بر آن است تا اعتبار «سند» را - اعم از سند رسمی و سند عادی - در چارچوب دانش فقه اسلامی، با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای و با روش تحلیلی اجتهادی، تنها از منظر روایات بررسی نماید؛ چرا که روایات در عرصه اثبات اعتبار و یا عدم اعتبار اسناد، همواره مورد استشهاد فقیهان بوده است. در این جستار، برای اعتبار سند، به دو صحیحه عبدالله بن سنان و عمر بن یزید تمسک شد که هیچ‌یک تمام نبود، و برای عدم اعتبار سند، به شش روایت تمسک شد که از این میان، دلالت صحیحه حسین بن یزید، موقفه دوم سکونی و اطلاق مقامی ادله اثبات تام بود و اعتبار سند به وسیله آن‌ها نفی می‌شد. شایان ذکر است، نوآوری نویسنده در مقاله حاضر، توجه ویژه به روایات برای اثبات حجیت و عدم حجیت سند بود. وانگهی، حاصل بحث اجمالاً از این قرار است که سند ظن‌آور حجت نیست، و چه بسا دلیل بر عدم اعتبار آن نیز موجود است.

واژگان کلیدی: سند رسمی، سند عادی، بینة ادله اثبات دعوی، علم قاضی.



مقدمه

علم، بینه، اقرار، قسم و قرعه از گذشته تاکنون راه‌های اثبات دعوی بوده‌اند. با پیدایش اسناد رسمی رویکردی در مجامع بین‌المللی و از جمله ایران حاصل شد که بر اساس آن، سند در همه امور معتبر است و حتی در فرض تعارض، بر شهادت مقدم می‌شود؛ به گونه‌ای که معتقدان به اعتبار اسناد به‌ویژه اسناد رسمی بر این باورند که عدم اعتبار این اسناد و توجه به بینه منجر به مشکلات اقتصادی، تراکم پرونده‌های قضایی، زمین‌خواری و... می‌شود. از این رو در مجامع حقوقی امروزی سند به‌عنوان یکی از معتبرترین طرق اثبات دعوی شمرده می‌شود. قانون مدنی ایران در ماده ۱۲۵۸، دلایل اثبات دعوی را ۵ مورد اقرار، اسناد کتبی، شهادت، امارات و قسم دانسته است. در ماده ۱۲۹۲ مقرر شده است «در مقابل اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی را دارد، انکار و تردید مسموع نیست و طرف می‌تواند ادعای جعلیت نسبت به اسناد مزبور کند یا ثابت نماید که اسناد مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است». به موجب این ماده، اصل در اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی را دارند، صحت است و چنانچه شخص مقابل دارنده سند، مدعی بطلان و جعلی بودن سند شود، این ادعا مادام که به اثبات نرسد، مسموع نیست. در ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی نیز آمده «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده [است]، دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد، به شهادت اثبات نمی‌گردد». با تأمل در کتاب‌های فقهی حاصل می‌شود که مشهور فقیهان کتابت را که سند مصدق از آن است را معتبر نمی‌دانند و فرقی هم میان سند رسمی و عادی وجود ندارد. از این رو شورای نگهبان ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی را خلاف شرع تشخیص داد (نظریه شماره ۲۶۵۵-۱۳۶۷/۸/۸). بنابراین، مشکلی که پدید می‌آید تعارض دو نگاه فقهی و حقوقی است که در یکی برخلاف دیگری سند معتبر است. پرسشی که در این راستا شایان طرح است، این است که آیا سند به لحاظ فقهی اعتبار دارد تا در فرض تعارض مقدم شود؛ زیرا تعارض میان دو حجت و دلیل است و افرادی که بحث تعارض را مطرح کرده‌اند، معتبر بودن سند را مسلم گرفته‌اند در حالی که این مطلب تأمل‌برانگیز و نیازمند واکاوی است. از این رو با اینکه دغدغه ابتدایی نگارنده بررسی فرض تعارض سند با راه‌های اثبات دیگر مانند بینه است، اما پیش از آن باید اصل اعتبار سند بررسی شود. توجه به این نکته لازم است که سندی که محل بحث در این نوشته است، سند ظن‌آور است؛ یعنی در این نوشته بررسی می‌شود که آیا سند را می‌توان به‌عنوان یکی از راه‌های ظنی مانند بینه و اقرار در معاملات

پذیرفت؟ بسیار روشن است سندی که علم آور باشد، حجت است و بعید است فقهی در آن اشکال کند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۳۰۴). از این رو اگر اثبات شود اسناد امروزی به ویژه سند رسمی علم آور است، اعتبار آن روشن است؛ چنان که نگارنده خود بر این نظر است. برای اعتبار سندی که مفید علم نیست، بلکه تنها ظن آور است چه بسا بتوان به ادله قرآنی - آیه ۲۸۲ سوره بقره - سیره عقلا و متشرعه، مفهوم اولویت، اخلال در نظام، حکم حکومتی و قاعده نفی عسر و حرج تمسک جست، اما آنچه در نوشته حاضر مطمح نظر است، واکاوی روایات است که قوی ترین و مهم ترین دلیل محل بحث است.

اهمیت بررسی اعتبار سند و گستره آن از این روست که صحبت درباره موضوعی است که بسیاری از املاک، اراضی و اموال مردم متکی بر آن است و در صورت عدم اعتبار آن مشکلات عدیده‌ای برای حکومت و مردم پیش خواهد آمد. یکی از مزایای کتابت و سند که بر اهمیت آن می‌افزاید، این است که در صورت اثبات حجیت آن می‌توان در لحظه ایجاد اختلاف از آن استفاده کرد و منتظر شهادت شهود و ادله دیگر نماند. حتی برخی حقوق دانان به عنوان یکی دیگر از مزایای سند نوشته‌اند عوامل ضعفی که در مانند شهادت وجود دارد از قبیل کذب، عدم دقت و فراموشی، در کتابت مطرح نمی‌شود (سنه‌وری، ۲۰۰۹م، ج ۲، صص. ۹۰ و ۹۱). فرضیه نویسنده این است که سند ظنی بر اساس روایات دلیل مستقلی در مقابل ادله اثبات دعوی از قبیل علم، بینة و اقرار شمرده نمی‌شود.

پیشینه پژوهش: بحث از سند با این عنوان در زبان فقیهان یافت نمی‌شود، اما در ذیل باب کتابت قاضی به قاضی دیگر، فقیهان کلماتی مطرح کرده‌اند که مرتبط با بحث سند است (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۴۴۵). در مورد سند مقالاتی نوشته شده است از قبیل «تقدم سند بر شهادت با محوریت نقد ادله مخالفان» نوشته خروشی و دهقانی، «امکان سنجی ابطال سند رسمی با بینة» نوشته محجوب و پورسید، «رویکردشناسی فقهی تقدم اسناد رسمی بر عادی در نظام قضایی اسلامی» نوشته ساجدی و امساک، «تعارض بینة و سند رسمی از دیدگاه فقه و حقوق موضوعه ایران»، نوشته علیدوست و عندلیب، «ادله قرآنی اعتبار سند رسمی و چیرگی آن بر سایر ادله اثبات دعوی» اثر احسانی‌فر. چهار اثر نخست ناظر به تعارض سند با بینة است و در آن‌ها اشاره مختصر و ناقصی به برخی از ادله شده است و سپس به فرض تعارض پرداخته‌اند. نوشته اخیر نیز

به دلیل قرآنی - آیه ۲۸۲ سوره بقره - پرداخته و به روایات که محل بحث نوشته حاضر است، اشاره‌ای نشده است. جمع‌بندی کلی این نوشته‌ها از این قرار است که از آنجاکه رسالت اصلی آن‌ها رفع تعارض میان سند با ادله اثبات دیگر است، از این‌رو نگاه تفصیلی و دقیقی به ادله اعتبار سند به‌ویژه روایات نشده است؛ البته در این زمینه کتابی با عنوان اعتبار سند و تعارض آن با ادله دیگر در حقوق ایران و فقه امامیه اثر محمدجواد ارسطو وجود دارد که از این حیث بر مقالات در این زمینه برتری دارد، اما بسیاری از ادله‌ای که ایشان بیان کرده‌اند، شایان نقد است. اخیراً نیز کتابی با عنوان انحصاری کردن نقل و انتقال اموال غیرمنقول در سند رسمی به کوشش اسماعیل آقابابایی بنی منتشر شده که مجموع چند نشست است که در مورد سند رسمی برگزار شده که رویکرد آن نیز بیشتر ناظر به بحث تعارض سند رسمی با بینه و سند عادی است. با وجود نواقصی که هریک از نوشته‌های فوق داشتند، نویسنده بر آن شد تا تمام ادله روایی را که می‌تواند بر اعتبار یا عدم اعتبار سند اقامه شود، استقصا کند و به تحلیل آن‌ها بپردازد. توجه به این موضوع نیز لازم است که اصل اولی بر اساس آیات «... ان الظن لا یغنی من الحق شیئاً...» (یونس، آیه ۳۶)، «الله اذن لکم ام علی الله تفترون» (یونس، آیه ۵۹) عدم اعتبار ظن است. از این‌رو در صورتی که دلیلی بر اعتبار آن اقامه نشود، حجت نخواهد بود حتی اگر دلیلی بر نفی اعتبار سند وجود نداشته باشد.

ترتیب نوشته از این قرار است که بعد از بررسی مفهوم سند و دیدگاه‌ها، نوشته در دو قسمت ادله اعتبار سند - عادی و رسمی - و ادله عدم اعتبار آن پیگیری می‌شود.

۱. تبیین مفاهیم

۱.۱. مفهوم سند در لغت و اصطلاح

سند در لغت: در لغت‌نامه دهخدا معانی انضمام چیزی به چیز دیگر، اعتماد و تکیه کردن، حجت، قبض، نوشته، دستاویز و... برای سند بیان شده است (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۸، ص. ۲۲۰) اما به نظر می‌رسد بیشتر معانی به همان دو معنای نخست برمی‌گردد. بر فرض مثال، حجت از این باب است که انسان بر آن تکیه و اعتماد می‌کند. چنان‌که لغت‌شناسان زبان عربی نیز به معانی اول (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۳، ص. ۱۰۵) و دوم (مصطفوی، ۱۴۰۲، ج ۵، ص. ۲۳۲) بسنده کرده‌اند.

سند در اصطلاح: ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی در تعریف سند بیان می‌کند «سند عبارت است از هر نوشته‌ای که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد». طبق این تعریف دو عنصر نوشته و قابل

استناد بودن در مقام دعوی و دفاع، از ارکان متشکله سند شمرده می‌شود. ظاهراً تفاوت آن‌چنانی میان معنای اصطلاحی و لغوی نیست؛ زیرا فردی که در مقام دفاع یا دعوی از نوشته استفاده می‌کند، در واقع بر آن تکیه یا آن را ضمیمه ادعای خود می‌کند.

سند به حسب قانونی به دو قسم رسمی و عادی تقسیم می‌شود. سند رسمی در ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی چنین تعریف شده است «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آن‌ها بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند، رسمی است». سند عادی نیز در ماده ۱۲۸۹ قانون مدنی چنین بیان شده است: «غیر از اسناد مذکوره در ماده ۱۲۸۷، سایر اسناد عادی است».

مفاهیمی مانند سفتجه و صک که در کلمات فقیهان و روایات (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص. ۵۲۱؛ کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۷، ص. ۳۷۸) به آن اشاره شده است، معنایی نزدیک به سند دارد. سفتجه در اصل فارسی و معرب آن، سفته است (عبدالمنعم، بی تا، ج ۲، ص. ۲۷۱). به حسب تعریف صاحب حدائق که برگرفته از لغت‌شناسان است (طریحی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۳۰۹)، سفتجه آن است که فردی مالی را در سرزمین الف به فردی می‌دهد و آن فرد نوشته‌ای به او می‌دهد تا مال خود را در سرزمین ب از فرد ثالث تحویل گیرد (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵ق، ج ۲۰، ص. ۲۱۱). سفته به این معنا در زمان حاضر بیشتر شبیه برات^۱ است؛ گرچه بی‌شبهت به معنای سفته امروزی نیست (ارسطا، ۱۳۸۸، ص. ۲۸). فقیهان شیعه سفتجه را معتبر می‌دانند و بر آن ادعای اجماع نیز شده است (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵ق، ج ۲۰، ص. ۲۱۱). صک معرب «چک» (وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۴۷۵؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۴۴۲) و سندی بوده است که در معاملات نوشته می‌شد (طریحی، ۱۴۰۸ق، ج ۵، ص. ۲۷۹)، اما بر اساس نظر برخی حقوق‌دانان این کلمه برای اسنادی استفاده می‌شد که متن آن‌ها یکی از عقود، ایقاعات یا اقرار بود (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱، ج ۲، ص. ۸۵۹). پس صک اجاره به معنای سند اجاره، صک وقف به معنای سند وقف و صک اقرار به معنای اقرارنامه است؛ گرچه دلیل آن به صورت صریح بیان نشده است.

۱. برات نوشته‌ای است که شخصی به شخص دیگری می‌دهد تا مبلغی در وجه یا حواله‌کرد شخص ثالث در موعد معین پرداخت

کند (ستوده تهرانی، ۱۴۰۲، ج ۳، ص. ۱۷۴).

۲. دیدگاه‌ها در اعتبار سند

از آنجاکه موضوع سند، موضوع جدیدی است، در کلمات فقیهان متقدم و متأخر در مورد اعتبار یا عدم اعتبار آن با شرایطی که سند امروزی دارد به صورت روشن اظهار نظر نشده است. در میان معاصران برخی بر این باورند که سند معتبر است و آن را به عنوان یکی از ادله اثبات پذیرفته‌اند. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص. ۳۶۶) و حتی در فرض تعارض، آن را بر بینه مقدم کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص. ۱۴۱)؛ البته گفتنی است مشهور فقیهان بر این باورند که کتابت - سند مصداقی از آن است - به خودی خود اعتباری ندارد و در باب «کتابت قاضی به قاضی دیگر» بر این موضوع تصریح کرده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص. ۲۰۹؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۴۴۵). صاحب جواهر با تعبیر «لا عبرة بالكتابة» بدان پرداخته است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۳۰۳)، اما در همین باب تفصیل میان حقوق ناس و حقوق الله به ابن جنید نسبت داده شده که ایشان در اولی کتابت را پذیرفته است برخلاف دومی (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص. ۲۰۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۳۰۳). احتمال خصوصیت دو قول اخیر به باب کتابت قاضی به قاضی دیگر داده می‌شود، اما با تأمل در عبارات فقیهان به دست می‌آید که کتابت را در بیشتر ابواب فقهی نمی‌پذیرند. برخی فقیهان در باب وصیت به صورت مطلق (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۸۸۷) کتابت را پذیرفته‌اند، اما مشهور، اعتبار آن را مشروط به فرض ناتوانی از به‌کارگیری الفاظ کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص. ۱۹). از آنجاکه سند مصداقی از کتابت است، بعید نیست بتوان برداشت کرد که غالب فقیهان سند را در صورتی که علم‌آور نباشد، معتبر نمی‌دانند و تنها در صورتی که مفید علم باشد، اعتبار آن روشن است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص. ۲۰۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۳۰۴). این مطلب در کلمات برخی معاصران نیز به صراحت بیان شده است (حکیم، ۱۴۲۷ق، ص. ۱۱۴). در کلمات حقوق‌دانان نیز به این موضوع اشاره شده است و حتی برخی تصریح کرده‌اند که سند مفید علم است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵ ص. ۷۲). در جای دیگر نوشته‌اند علت اینکه در صدر اسلام به سند عادی به عنوان دلیل مستقل نظر نکرده‌اند، این بوده که اطلاعات افراد در سواد خواندن و نوشتن محدود بود و امکان نداشت که با استفاده از نظر کارشناس خط در مقابل جعل در هر دادگاه مبارزه صورت گیرد، اما امروزه که خطوط میخی ۲۵۰۰ سال پیش را می‌خوانند، از عهده تشخیص جعل در اسناد به خوبی برمی‌آیند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ص. ۷۴). یکی از حقوق‌دانان مصری به نقل از قانون مصر می‌نویسد راه‌های

اثبات شش مورد است. نخستین و مهم‌ترین آن کتابت است. ایشان در ادامه می‌نویسد کتابت می‌تواند طریقی برای اثبات وقایع و تصرفات قانونی باشد. چنین قوتی سابقاً برای کتابت وجود نداشت، بلکه در سابق، شهادت از اعتبار بیشتری برخوردار بود؛ زیرا در آن زمان‌ها کتابت به‌گونه امروزی گسترش نیافته بود و بیشتر به روایت اعتماد می‌کردند نه بر قلم و کتابت، اما بعد از مدتی کتابت مرسوم شد که ایجاد نشریات نیز کمک شایانی بدان کرد و در این زمان کتابت بر شهادت چیره شده است (سنه‌وری، ۲۰۰۹م، ج ۲، صص. ۹۰ و ۹۱). برخی افراد معتقدند نگاه فردی به فقه موجب عدم اعتبار سند رسمی شده است در حالی که اگر آن را به لحاظ مدیریت کلان اجتماعی دید، چاره‌ای از اعتبار آن وجود ندارد. روشن است که احکام ثانوی از قبیل حکم حکومتی برای مدت کوتاهی است و نمی‌توان جامعه را به‌صورت طولانی‌مدت با چنین احکامی اداره کرد (آقابابایی بنی، ۱۳۹۹، ص. ۷۰). در هر صورت، چه سند امروزی مصداقی از کتابت باشد که غالب فقیهان اعتبار آن را پذیرفته‌اند چه نباشد، باید ملاحظه کرد که آیا بر اساس روایات که مهم‌ترین دلیل اعتبار سند است، می‌توان وجهی برای اعتبار اسناد امروزی یافت؟

۳. ادله اعتبار سند از منظر روایات

۱.۳ صحیحہ عبدالله بن سنان

این روایت توسط عده‌ای از اصحاب از احمد بن محمد بن خالد از پدرش از خلف بن حماد از عبدالله بن سنان از امام صادق (علیه السلام) نقل شده است. در فرازی از این روایت از امام پرسیده می‌شود که اول کتابی که روی زمین نوشته شد، چیست؟ حضرت می‌فرماید خداوند نوادگان آدم را یکی پس از دیگری به او نشان داد؛ به‌گونه‌ای که آن‌ها را دید. هنگامی که نزد داوود آمد، به خداوند عرضه داشت این کیست که او را پیامبر کردی و او را گرامی داشتی، اما عمر او کوتاه است؟ خداوند متعال به او وحی کرد این پسر تو داوود است. او چهل ساله است. من عمر و روزی را تقسیم می‌کنم و هر چیزی را بخواهم محو می‌کنم و هر چیزی را بخواهم اثبات می‌کنم و ام‌الکتاب نزد من است. پس اگر می‌خواهی مقداری از عمر خود را به او ببخشی. حضرت آدم گفت پروردگارا! من شصت سال از عمرم را به او اختصاص دادم تا داوود صدساله شود. سپس خداوند متعال به جبرئیل، میکائیل و فرشته مرگ فرمود بر او نامه‌ای بنویسید تا فراموش نکند. آن‌ها نامه را نوشتند و با بال‌های خود از گل‌علیین بر او مهر زدند. چون هنگام مرگ آدم رسید، فرشته مرگ

بر او آمد. آدم گفت ای فرشته مرگ! برای چه امری فرود آمده‌ای؟ گفت آمده‌ام تا جان تو را بگیرم، گفت شصت سال از عمر من باقی مانده است. گفت آن را به پسر تو داوود بخشیدی. سپس جبرئیل بر او نازل شد و نامه را برای او بیرون آورد. امام صادق (علیه السلام) گفت و به همین دلیل وقتی سند بر بدهکار صادر می‌شود، مدیون ذلیل می‌شود و سپس روح آدم را قبض کرد (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۷، ص. ۳۷۸).

سند روایت: در میان عده‌ای که از احمد بن محمد بن خالد برقی نقل می‌کنند، فرد جلیلی به نام علی بن ابراهیم بن هاشم وجود دارد. از این رو اشکالی بر سند روایت از جهت تعبیر «عده» وارد نیست. فرد محل بحث در این روایت، محمد بن خالد برقی است. مرحوم نجاشی ایشان را تضعیف کرده است و می‌فرماید «او در حدیث ضعیف است» (نجاشی، ۱۳۶۵، ص. ۳۳۵)، اما مرحوم شیخ طوسی ایشان را توثیق کرده است (طوسی، ۱۳۷۳، ص. ۳۶۳). آیت الله شبیری زنجانی نیز ایشان را از اجلای اصحاب می‌شمارد (شبیری زنجانی، بی تا، ج ۱۰، ص. ۲۶۳). علامه حلی توثیق شیخ را بر تضعیف نجاشی ترجیح داده است (حلی، ۱۳۸۱ق، ص. ۱۳۹)، اما به نظر می‌رسد کلام نجاشی ظهور در تضعیف ایشان ندارد، بلکه تضعیف او ناظر به حدیث است به خاطر اینکه ایشان از ضعفا نقل و بر مراسیل نیز اعتماد می‌کرده است. از این رو با توثیق شیخ قابل جمع است (موسوی خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۷، ص. ۷۳).

دلالت روایت: در این روایت ملائکه الهی برای اینکه ثابت کنند حضرت آدم شصت سال از عمر خود را به داوود نبی بخشیده است، تمسک به سند و کتابت کردند که این حاکی از اعتبار آن است و به دلیل اعتبار سند است که حضرت در ادامه فرمودند به همین دلیل وقتی سندی علیه مدیون اقامه می‌شود، او ذلیل می‌شود که ظاهراً به این معناست که مدیون محکوم می‌شود و قول او دیگر پذیرفته نمی‌شود.

نقد: به نظر نگارنده استدلال به روایت یادشده درست نیست و چهار نقد به آن وارد است. نقد نخست: چه بسا حضرت آدم با دیدن آن سند و نوشته علم برای او حاصل شد نه اینکه به صرف کتابت بسنده کرده باشد. پس نمی‌توان کتابت را به عنوان راه مستقل ظن آور در کنار بینه، اقرار و علم قرار داد.

نقد دوم: در ذیل روایت وجود داشت که ملائکه با بال‌های خود آن را مهر کردند. از این رو احتمال دارد اعتبار این سند از باب بینه باشد که شاهدان آن ملائکه بودند. در روایت دیگری

که در این زمینه است، به این موضوع اشاره شده است که «فَنَزَلَ عَلَيْهِ جِبْرَائِيلُ وَمِيكَائِيلُ (عليهما السلام) فَشَهِدَا عَلَيْهِ» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۷، ص. ۳۷۹).

نقد سوم: در مورد این روایت نقل‌های دیگری نیز وجود دارد. برای مثال، در برخی روایات وارد شده است که حضرت آدم پنجاه سال از عمر خود را به داوود بخشید (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۷، ص. ۳۷۹). در این صورت مشخص می‌شود در خود روایت نوعی تعارض و اضطراب وجود دارد که مانع تمسک به آن می‌شود.

نقد چهارم: این روایت مخالف اصول شیعه است؛ زیرا متضمن سهو حضرت آدم (علیه السلام) است. اگر هم گفته شود حضرت آدم (علیه السلام) اعطای عمر خود را فراموش نکرده بود، لازمه آن این است که پیامبر انکار کرده باشد که اشکالش از نسیان بیشتر است. مگر اینکه گفته شود حضرت آدم فراموش نکرد و انکار هم نکرد، بلکه چنین گفت به امید اینکه عمری که از همان اول برای او در نظر گرفته شده بود، مقرر شود. افزون‌براینکه سهو پیامبران را مرحوم صدوق پذیرفته است؛ البته بعید نیست این روایت را حمل بر تقیه کرد؛ زیرا این داستان در میان اهل سنت نیز مشهور است (اصفهانی مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص. ۲۱۸).

۲.۳. صحیحہ عمر بن یزید

در این روایت محمد بن یحیی از احمد بن محمد از حسن بن علی بن نعمان از حماد بن عثمان از عمر بن یزید (البیاع السابری) نقل می‌کند که به امام صادق (علیه السلام) گفتم فردی از من مطالبه شهادت نسبت به موضوعی (که پیش‌تر اتفاق افتاده است) را می‌کند در حالی که من خط و مهر خودم را می‌شناسم، اما از جزئیات مسئله چیزی را به یاد نمی‌آورم (آیا بر اساس دست‌خط و مهرم می‌توانم شهادت دهم؟). حضرت فرمود اگر این فردی که از شما مطالبه شهادت کرده، فرد ثقه‌ای است و فرد ثقه دیگری نیز وجود دارد (که آن مطلب را تأیید می‌کند)، شهادت بده (کلینی ۱۴۲۹ق، ج ۷، ص. ۳۸۲).

سند روایت: عنوان حسن بن علی بن نعمان مشترک میان حسن بن علی بن فضال التیمی و حسن بن علی الوشاست، اما هر دو امامی ثقه هستند (کشی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص. ۸۳۷ و ۸۳۰؛ نجاشی، ۱۳۶۵، صص. ۱۲۰ و ۳۹؛ طوسی، ۱۳۷۳، ص. ۳۵۴). از این رو این اشتراک خللی به سند روایت وارد نمی‌کند و روایت صحیحہ است.

دلالت روایت: حضرت در این روایت می‌فرماید اگر از مندرجات نامه چیزی را به خاطر نمی‌آوری و فقط دست‌خط و مهر خودت را می‌شناسی، در صورتی که شخصی که از تو مطالبه شهادت کرده، ثقه است و همراه او فرد ثقه دیگری باشد، می‌توانی شهادت دهی. مطابق این روایت در صورتی که دو فرد ثقه وجود داشته باشد، سند معتبر است.

نقد: استدلال به روایت یادشده صحیح نیست و دو نقد بر آن وارد است.

نقد نخست: چهار احتمال در مورد این روایت داده می‌شود.

احتمال نخست: سند دلیل مستقلی است و ذکر بینه - دو ثقه - در روایت برای حصول اطمینان خاطر است. احتمال دوم: بینه دلیل معتبر است و ذکر سند برای حصول اطمینان خاطر است. احتمال سوم: در باب شاهد بر شهادت واقع شدن هر دو در کنار هم موجب اعتبار می‌شود و هیچ‌یک به تنهایی معتبر نیستند. احتمال چهارم: هریک دلیل مستقلی شمرده شوند. آنچه به نظر صحیح‌تر می‌رسد این است که با توجه به ادله دیگر که بینه را به‌عنوان یکی از طرق اثبات شمرده و ذکری از کتابت به میان نیاورده است، احتمال دوم قوی‌تر است. در غیر این صورت به نظر می‌رسد روایت مجمل است و نمی‌توان برای اعتبار سند - عادی و رسمی - بدان استدلال کرد.

نقد دوم: صحیحه عمر بن یزید معارض ادله‌ای است که حصول علم برای شهادت را لازم می‌دانند مانند روایتی که وقتی از امام صادق (علیه‌السلام) در مورد شهادت دادن پرسیده شد، حضرت فرمود مانند دیدن خورشید است؛ اگر دیدید شهادت بدهید در غیر این صورت آن را ترک کنید (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص. ۳۴۲) یا در روایت دیگری از حضرت وارد شده است که شهادت نده مگر اینکه مانند کف دست خود به آن علم داشته باشی (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۷، ص. ۳۸۳). مرحوم نراقی در وجه تعارض این دو دسته روایات می‌فرماید گستره روایات علم بیشتر از صحیحه عمر بن یزید است؛ زیرا بر اساس این روایات آنچه اعتبار دارد علم است چه از طریق ثقه حاصل شود و چه غیر آن. از سویی صحیحه عمر بن یزید اعم از روایات فوق است؛ زیرا ممکن است شاهد با دیدن خط خود و وجود مدعی ثقه علم پیدا کند و ممکن است علم پیدا نکند. در فرضی که علم حاصل نمی‌شود، اما فرد دست‌خط خود را می‌بیند و شاهد ثقه وجود دارد، تعارض میان این دو دسته اتفاق می‌افتد؛ زیرا مفاد ادله لزوم وجود علم، عدم اعتبار این مورد است و مفاد صحیحه اعتبار آن است. برخی فقیهان ادله اعتبار علم را مقدم

کرده‌اند به دلیل اینکه ۱- تعداد آن‌ها بیشتر است. ۲- موافق اصل است (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۸، صص. ۳۴۷-۳۴۹)؛ ظاهراً مراد ایشان اصل عدم حجیت است. ۳- شهرت متأخران نسبت به آن‌ها وجود دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص. ۱۲۴). ۴- این ادله متواتر و بلکه اجماعی هستند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص. ۱۲۴) ۵- نسبت به صحیحه اعراض مشهور وجود دارد (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص. ۵۱۹). چه بسا گفته شود صحیحه عمر بن یزید بر ادله علم مقدم است؛ زیرا این ادله با روایاتی که دلالت دارد بر اینکه شهادت باید مبتنی بر حس باشد، در تعارض است، اما این کلام درست نیست؛ زیرا ادله اعتبار علم مراد هر علمی نیست، بلکه علمی است که از طریق حس حاصل شود و در محل بحث، علم از طریق حضور شاهد حاصل می‌شود، اما به نظر می‌رسد مطلب یادشده درست نیست و در مجموع، سه پاسخ شایان گفتن است.

پاسخ نخست: اینکه مرحوم نراقی کثرت روایات اعتبار علم و اصل عدم حجیت را مرجح دسته نخست دانسته است، به نظر تمام نیست؛ زیرا در فرضی که یک حجت مثل صحیحه عمر بن یزید وجود داشته باشد، این می‌تواند با چندین روایت معارضه کند؛ زیرا در واقع دو حجت برخلاف یکدیگر اقامه شده است و می‌توان پذیرفت که در فرض تعارض این دو، رجوع به اصل عملی عدم حجیت کتابت و سند می‌شود؛ البته در صورتی که عام فوقانی یا مرجحی وجود نداشته باشد.

پاسخ دوم: تقدم ادله علم به دلیل شهرت متأخران صحیح نیست؛ زیرا نسبت به مفاد صحیحه نیز شهرت متقدمان وجود دارد و دلیلی بر تقدم شهرت متأخران بر متقدمان وجود ندارد (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص. ۵۱۹).

پاسخ سوم: اینکه گفته شد نسبت به صحیحه اعراض مشهور وجود دارد، پذیرفتنی نیست؛ زیرا برخی مانند آیت‌الله فاضل لنکرانی یادآور شده‌اند که مشهور قدما به صحیحه عمل کرده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص. ۵۱۹). نتیجه بحث چنین می‌شود که به نظر می‌رسد تعارض مستقر است، اما صحیحه به دلیل اینکه موافق آیه قرآن «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايْتُمْ بَدِئِينَ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ...» (بقره، آیه ۲۸۲) است، مقدم می‌شود.

۴. ادله عدم اعتبار سند از منظر روایات

۱.۴. صحیحہ ابی خدیجہ

شیخ طوسی از احمد بن محمد از حسین بن سعید از ابی الجهم از ابی خدیجہ نقل می‌کند که ایشان گفت امام صادق (علیه السلام) مرا نزد اصحابمان فرستاد و فرمود به آن‌ها بگو اگر بین شما اختلافی پیش آمد یا بر سر دادن یا گرفتن چیزی اختلاف کردید، بر حذر باشید که به یکی از این فساق مراجعه کنید. در میان خود مردی قرار دهید که حلال و حرام ما را بداند؛ زیرا من او را قاضی قرار دادم و مراقب باشید که یکی از شما برای مخاصمه به قاضی جور مراجعه نکند. ابی خدیجہ گفت نخستین کسی که این روایت را نقل کرد مردی بود که نامه‌ای به امام موسی کاظم (علیه السلام) نوشت درباره مردی که قباله چیزی را که از فردی خریده بودند به او داده و گفته بودند نامه و قباله را به یکی از ما که دیگری همراهش نیست، نده. سپس یکی از آن‌ها غائب شد یا خود را در خانه خود پنهان کرد و آن یکی که فروخته بود، آمد و معامله را انکار کرد. پس دیگری به نزد فرد امین آمد و به او گفت قباله را بده تا آن را بر بینه عرضه کنم؛ زیرا طرف معامله بیع را انکار کرده و دوستم غایب است و شاید در خانه خود نشسته است و می‌خواهد مرا خراب کند. آیا بر فرد عادل و امین لازم است که بر اساس دلیل روشن، قباله را به فرد تحویل دهد یا جایز نیست تا زمانی که با هم مراجعه کنند؟ حضرت فرمود اگر این کار به صلاح مردم است، اشکالی ندارد ان شاء الله (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۳۰۳).

سند روایت: راوی محل بحث در این روایت، سالم بن مکرّم با کنیه ابو خدیجہ و ابی سلمه است. نجاشی او را ثقہ می‌داند و تعبیر «ثقة ثقة» را برای او به کار برده است (نجاشی، ۱۳۶۵، ص ۱۱۸). کشی از عیاشی و او از علی بن حسین بن فضال نقل می‌کند که گفته او فرد صالحی است (کشی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۶۴۱)، اما شیخ او را تضعیف کرده است (طوسی، ۱۴۲۰ق، ص ۲۲۶). از این رو میان کلام نجاشی با شیخ تعارض پیش می‌آید. علامه حلی در خلاصه می‌فرماید: شیخ در موردی او را تضعیف کرده، اما در مورد دیگری او را توثیق کرده است (حلی، ۱۳۸۱ق، ص ۲۲۷).

اثبات وثاقت ایشان از دو راه ممکن است.

راه نخست: اینکه نقل علامه پذیرفته شود، توثیق و تضعیف شیخ تعارض و تساقط می‌کنند و

توثیق نجاشی بدون معارض باقی می‌ماند (شوشتری، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص. ۶۱۵). در واقع، با توجه به اصل عقلایی عدم غفلت در شهادت شیخ، حمل کلام او بر دو شهادت صحیح نیست، بلکه یک شهادت است و مشخص نیست شیخ شهادت به وثاقت داده است یا شهادت به تضعیف (حسینی حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۲۲۸). به بیان دیگر، ادله حجیت خبر واحد فردی را که متهافت صحبت می‌کند، شامل نمی‌شود. در این صورت کلام نجاشی بدون معارض باقی می‌ماند؛ زیرا کلام شیخ صلاحیت معارضه با کلام نجاشی را ندارد.

راه دوم: منشأ تضعیف مرحوم شیخ یک اشتباه است. دو نفر به نام سالم هستند؛ یکی «سالم بن ابی سلمه» و یکی هم «سالم ابوسلمه» ابی خدیجه، سالم بن مکرم است که شتربان حضرت صادق (علیه السلام) بود. در واقع، مرحوم شیخ طوسی به استناد روایت‌های زیادی که عبدالرحمان بن ابی هاشم از سالم بن مکرم نقل می‌کند و در بعضی از اسانید چنین واقع شده که «عبدالرحمان بن ابی هاشم عن سالم بن ابی سلمه» و با توجه به اینکه مروی عنه عبدالرحمن بن ابی هاشم، سالم بن مکرم است، گمان کرده کنیه پدر سالم بن مکرم هم ابوسلمه بوده و همین موجب شده که او با سالم بن ابی سلمه کنندی سجستانی که توثیق هم نشده است، اشتباه شود و وضعی را که برای سالم بن ابی سلمه بوده، به سالم بن مکرم منتقل کرده است (موسوی خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص. ۲۸). در جای دیگر هم شاید مرحوم شیخ متوجه شده که کنیه خود سالم بن مکرم، ابوسلمه است و کنیه پدرش نیست و اگر هم جایی سالم بن ابی سلمه آمده، تصحیف و غلط نسخه است، از این رو وی را توثیق کرده است. بنابراین، می‌شود گفت اصلاً مرحوم شیخ، سالم بن مکرم را تضعیف نکرده، بلکه سالم بن ابی سلمه سجستانی را تضعیف کرده و در تطبیقش اشتباه کرده است. برای همین مرحوم نجاشی سالم بن مکرم را خیلی محکم توثیق کرده و در مورد وی «ثقة ثقة» تعبیر کرده است.

دلالت روایت: در این روایت قباله به تنهایی برای اثبات موضوع کافی شمرده نشده و از این رو یکی از خریداران به امین مراجعه کرده است تا قباله را بر بینه عرضه کند در حالی که اگر سند دلیل معتبر و مستقل بود، نیاز به عرضه بر بینه نداشت.

نقد: دو نقد بر استدلال یادشده وارد است.

نقد نخست: استدلال در کلام سائل یاد شده است نه امام. از این رو نمی‌توان از آن عدم اعتبار سند

را برداشت کرد و امام اصلاً متعرض بحث عرضه سند و قباله بر بینه نشد، بلکه تنها فرمود اگر صلاح امت و جامعه در آن است، اشکالی ندارد.

نقد دوم: پرسش اصلی این بود که آیا بر شخص ثالث و امین واجب است در صورت وجود شرایط موجود در روایت، قباله را به یکی از خریداران بدهد یا خیر؛ زیرا در ابتدا متعهد شده بود که از دادن قباله به یکی اجتناب کند. از این رو سؤال درباره اعتبار و عدم اعتبار استقلالی سند نبوده است تا با توجه به استدلال یادشده، استقلال آن نفی شود (ارسطا، ۱۳۸۸، ص. ۸۶). در هر صورت به نظر می‌رسد مفاد این روایت بسیار نزدیک به مفاد آیه شریفه کتابت^۱ و صحیحه عمرین یزید است که پیش‌تر گفته شد و به نظر می‌رسد ارتکاز سائل با توجه به آیه شریفه این بوده است که سند به خودی خود اعتباری ندارد و باید عرضه بر بینه شود. از این رو حضرت این ارتکاز را نفی نکرده، بلکه به نوعی تأکید کرده‌اند که اگر به صلاح است، این کار را انجام دهید. با توجه به این ارتکاز می‌توان قائل شد که روایت نافی اعتبار استقلالی سند است و در صورتی که این موضوع پذیرفته نشود، به نظر می‌رسد چهار احتمالی که در ذیل صحیحه عمرین یزید در مورد ارتباط سند و بینه بیان شد، در اینجا نیز مطرح است و روایت مجمل می‌شود.

۲.۴. صحیحه حسین بن سعید

عده‌ای از اصحاب از احمد بن محمد از حسین بن سعید نقل می‌کنند که ایشان گفت جعفر بن عیسی به امام صادق (علیه السلام) نامه‌ای نوشت و گفت فدای تو شوم! دو نفر از هسایگان و نزدیکان با نوشته‌ای پیش من آمده‌اند و گمان می‌کنند بنده را بر آنچه در آن نامه نوشته است، شاهد گرفته‌اند و در آن نوشته، اسم من با خطم وجود دارد که آن را می‌شناسم، اما شهادت را به یاد نمی‌آورم در حالی که از من می‌خواهند شهادت بدهم. آیا با اعتماد بر اینکه اسمم در نوشته است شهادت بدهم یا شهادت دادن واجب نیست تا اینکه شهادت را به یاد بیاورم؟ حضرت فرمود شهادت نده (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۷، ص. ۳۸۲).

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ...» (بقره، آیه ۲۸۲).

سند روایت: در میان کلمات اصحاب تعبیر مختلفی از این روایت شده است. برخی با تعبیر خبر که حاکی از ضعف آن است بدان اشاره کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص. ۱۲۲؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۳۲۲). برخی در مورد این روایت تعبیر حسنه دارند (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۸، ص. ۳۴۷). برخی نیز از تعبیر صحیحه در مورد روایت استفاده کرده‌اند (موسوی خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۱۴۲).^۱ منشأ این اختلافات این است که این روایت مضمهره است. شهید صدر می‌فرماید همه روایات مضمهره‌ای که یکی از روایات شیعه نقل کرده‌اند، ما آن را حمل بر نقل از امام می‌کنیم. برای مثال، وقتی شیخ طوسی از مفید و او با چند واسطه از سماعه نقل می‌کند. فرد اضرار کننده اگر خود شیخ باشد، روایت دو حال دارد؛ یا روایت به صورت مضمهره برای ایشان نقل شده یا به صورت مسند و شیخ آن را اضرار کرده است. در فرض دوم اگر فردی که نامی از او برده نشده است، امام باشد، مشکلی نیست، اما در صورتی که غیر امام باشد، این خلاف وثاقت است که شیخ در جایی که توهم این می‌شود که از امام نقل کرده است، فرد دیگری را مدنظر داشته باشد. در فرض نخست، رجوع به نقل‌دهنده مثلاً شیخ مفید می‌کنیم و احتمالاتی که در مورد شیخ طوسی مطرح شد، در مورد ایشان نیز مطرح می‌شود تا اینکه نوبت به راوی مباشر مثلاً سماعه برسد. اگر سماعه بدون هیچ قرینه‌ای از ضمیر استفاده کرده است، در این صورت در جوّ شیعی که ارتکاز آن‌ها این است که احکام خود را از امام می‌گیرند و اگر از غیر امام می‌گرفتند به دلیل وجود مؤونه حتماً باید بیان می‌کردند، مقتضای اصالت اطلاق در صورت عدم بیان این است که مراد امام باشد؛ زیرا غیر امام مؤونه دارد و باید بیان می‌شد و در این سخن فرقی میان راوی شیعه و سنی وجود ندارد؛ زیرا پیش‌فرض این است که این راوی سنی در جوّ شیعی زندگی می‌کند و می‌داند شیعیان از امام خویش نقل می‌کنند. در این صورت اگر کلامی نقل کند و مرادش نقل از غیر امام باشد باید یادآور شود و در غیر این صورت خلاف وثاقت اوست (صدر، ۱۴۰۸ق، ج ۵، صص. ۱۱۰-۱۱۱).

دلالت روایت: در این روایت حضرت فرموده است تا زمانی که آن شهادت را به یاد نمی‌آوری با تکیه بر آن نوشته و سند شهادت نده. این موضوع حاکی است که سند و کتابت به صورت مطلق - عادی و رسمی - معتبر نیست؛ زیرا در غیر این صورت وجهی برای ممانعت از شهادت وجود

۱. البته در کلام محقق خویی به اشتباه به جای عنوان حسین بن سعید، حسن بن سعید وجود دارد.

ندارد.

نقد: روایت «قضیه فی واقعه» (محدود بودن حکم به سائل) است؛ زیرا سائل پرسشی در زمینه‌ای نوشته است و حضرت حکم همان پرسش را برای او می‌نویسد و نفی مطلق سند، آن هم سند رسمی به دست نمی‌آید. افزون‌براینکه سند در محل بحث غیر از مکاتبه زمان قدیم است و اسناد امروزی انضباط بیشتری دارند و دقیق‌تر نوشته می‌شوند، اما این نقد وارد نیست و خلاف ظاهر است؛ زیرا حضرت به صورت مطلق می‌فرماید در فرضی که علم نداری شهادت نده و به نظر می‌رسد سند رسمی در زمان حاضر مقداری متفاوت از مکاتبات گذشته است، اما از بُعدی که مهم است، شبیه هم هستند و آن اینکه، امضا و مهر در ذیل سند رسمی زده می‌شود. در گذشته نیز چنین بود و حتی هر فردی مهر خاصی داشت که نوشته‌هایی را که از جانب او صادر می‌شد، مهور به آن مهر می‌کرد. حتی می‌توان قائل شد که مکاتبات قدیم اعتبار بیشتری داشتند؛ زیرا طرق جعل و تزویر کمتر بود و هر مکتوبی معمولاً مهور بود و صاحب نوشته مشخص بود، اما باین حال، حضرت می‌فرماید شهادت نده.

۳.۴. موققه اول سکونی

علی بن ابراهیم از ابراهیم بن هاشم از نوفلی از سکونی و ایشان از امام صادق (علیه السلام) نقل می‌کند که حضرت فرمود رسول خدا فرمودند نسبت به موضوعی که به یاد نمی‌آوری شهادت نده؛ زیرا هرکس بخواهد نوشته‌ای را آماده می‌کند و نقش مهری بر آن می‌زند (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۷، ص. ۳۸۳).

سند روایت: روات محل بحث در این روایت نوفلی و سکونی هستند که به نظر می‌رسد این دو قابل توثیق هستند؛ زیرا به شهادت شیخ طوسی اصحاب به روایات نوفلی (حسین بن یزید) از سکونی (اسماعیل بن ابی زیاد) عمل کرده‌اند و این سند در بسیاری از ابواب فقهی مورد استناد فقها قرار گرفته است. سکونی شیعه نبود و از علامه حلی حکایت شده است که ابن غضائری او را تضعیف کرده است (موسوی خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۲۲). همچنین، شیخ صدوق فرموده است به روایاتی که ایشان منفرداً نقل کرده است، فتوا نمی‌دهم و این خود نوعی تضعیف است (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۳۴۴)، اما در مقابل، شیخ طوسی فرموده است «طایفه به روایات حفص بن غیاث، غیاث بن کلوب، نوح بن دراج و سکونی و غیر آن‌ها از اهل سنت عمل کرده‌اند».

(طوسی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۱۴۹). از این رو وثاقت سکونی به خاطر شهادت شیخ طوسی قطعی است و تضعیف ابن غضائری و شیخ صدوق چه بسا به خاطر مذهب وی بوده است (موسوی خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۲۳).

درباره نوفلی توثیق خاصی وجود ندارد و برخی از قمیین او را در اواخر عمرش غالی دانسته‌اند، اما نجاشی این اتهام را با عبارت «والله اعلم» قبول نمی‌کند و در ادامه می‌فرماید روایتی وجود دارد که دلالت بر آنچه گفتیم دارد و او یک کتاب تقیه داشت (نجاشی، ۱۳۶۵، ص. ۳۸). شاید منشأ نسبت غلو دادن به نوفلی این است که کلماتی در باب کرامات اهل بیت نقل کرده است که الان در کتاب‌های ما هست و ما آن‌ها را جزو مسلمات می‌گیریم، اما در آن زمان دور از ذهن شیعیان بود. به هر حال، به نظر می‌رسد که شهادت شیخ طوسی به اینکه طایفه امامیه به روایات سکونی عمل می‌کنند و از طرفی بیشتر روایات سکونی هم از نوفلی است، از طریق ملازمه این شهادت دلالت دارد که طایفه علمای امامیه به روایات نوفلی هم در صورتی که آن را از سکونی نقل می‌کرد، عمل می‌کردند. افزون بر اینکه نوفلی از راویانی است که در اسانید کتاب کامل الزیارات هست و چه بسا ممکن است کسی از این راه او را توثیق کند (موسوی خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص. ۱۱۴). راه دیگر برای توثیق نوفلی این است که ایشان از معاریفی است که قدحی درباره او وارد نشده است.

دلالت: در این روایت آمده است که نسبت به موضوعی که در یاد نداری، شهادت نده؛ زیرا هرکس بخواهد نوشته‌ای آماده می‌کند و نقش مهری بر آن می‌زند. بر اساس این روایت، کتابت و سند اعتبار ندارد؛ زیرا احتمال جعل و تزویر در آن وجود دارد.

نقد: این روایت سندی را نفی می‌کند که احتمال تزویر در آن است، اما اگر سندی چنین خصوصیتی را نداشت، قاعدتاً دلیلی بر نفی اعتبار آن وجود نخواهد داشت (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص. ۹۶). مؤید این برداشت که در فرض منتفی بودن تزویر، کتابت معتبر است، روایتی در فقه الرضاست که حضرت می‌فرماید «اگر نوشته‌ای برای فرد آوردند که خط و علامت او در آن است، اما شهادت را به یاد نمی‌آورد، شهادت ندهد؛ زیرا خط مشتبه است مگر اینکه مدعی ثقه باشد و شاهد ثقه دیگری هم وجود داشته باشد که در این باره شهادت دهد» (علی بن موسی الرضا (منسوب)، ۱۴۰۶ق، ص. ۲۶۱). با توجه به تعلیل در روایت، آنچه مانع حجیت شهادت است،

شبهات خطوط به یکدیگر است. پس در فرضی که چنین شباهتی نباشد، وجهی برای عدم قبول وجود ندارد. بر اساس این تحلیل از میان اسناد امروزی، اسناد رسمی که احتمال جعل و تزویر در آن‌ها بسیار کم است، حجت است برخلاف اسناد عادی که این احتمال ضعیف نیست، اما به نظر می‌رسد این نقد درست نیست و دو پاسخ برای آن گفتنی است. نخست اینکه، در فرضی که احتمال تزویر منتفی باشد، در واقع علم حاصل می‌شود و اعتبار آن از باب علم است که از محل بحث که سند ظنی است، خارج است. دوم اینکه، بر فرض که برگشت آن به علم نباشد، با توجه به مفهوم این روایت، همه اسنادی که احتمال جعل و تزویر در آن داده نمی‌شود، معتبر خواهد بود، اما با توجه به روایات دیگر باب مانند صحیحہ عمرین یزید، اعتبار آن نیاز به شهادت دو ثقه دارد. بنابراین، اگر دو ثقه بر اعتبار آن شهادت داد، آن سند معتبر می‌شود. در غیر این صورت اعتباری ندارد؛ زیرا این روایات در صدد بیان یک حکم هستند و آن اینکه، سند به صورت مستقل معتبر هست یا خیر؟ بنابراین، سند به خودی خود و به صورت مستقل و به عنوان یکی از ادله ظنی نمی‌تواند اعتبار داشته باشد، بلکه حجیت آن از باب بینة است.

۴.۴. موثقه دوم سکونی

سعد بن عبدالله از احمد از پدرش از ابن مغیره از سکونی از جعفر از پدرش (علیه السلام) نقل می‌کند «نوشته و کتابت قاضی به قاضی دیگر در حد و غیر آن جایز نیست (معتبر نیست)» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۳۰۰).

سند روایت: در این روایت مراد از احمد، احمد بن محمد بن عیسی اشعری است که از اجلای شیعه است. راوی محل بحث در این روایت، محمد بن عیسی بن عبدالله اشعری است. ایشان پدر احمد بن محمد بن عیسی است و از آنجاکه مرحوم نجاشی او را شیخ قمی‌ها و از چهره‌های درخشان اشعری می‌داند (نجاشی، ۱۳۶۵، ص ۳۳۸) و علامه نیز طریقی را که ایشان در آن بوده، توثیق کرده است (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۳۰۸)، می‌توان توثیق ایشان را برداشت کرد. دلالت روایت: در این روایت به صراحت کتابت قاضی به قاضی دیگر چه در حد و چه غیر آن غیر معتبر شمرده شده است.

نقد: روایت یادشده مربوط به نوشتن قاضی برای قاضی دیگر است نه نفی مطلق نوشته و بعید نیست نوشته قاضی برای قاضی خصوصیتی دارد و از این رو قول او هم پذیرفته نمی‌شود. حتی

برخی مانند محقق سبزواری فرموده‌اند اگر احراز شود کتابت برای قاضی اول است، پذیرفته می‌شود (مؤمن سبزواری قمی، ۱۴۲۱ق، ص. ۶۱۱).

۵.۴. صحیحہ سعدبن هشام بن حکم

علی بن ابراهیم از پدرش از محمد بن اسماعیل از فضل بن شاذان همگی از ابن ابی عمیر از سعد بن هشام بن حکم از امام صادق (علیه السلام) نقل می‌کنند که رسول خدا فرمود «من طبق شواهد و سوگند میانتان داوری می‌کنم. زبان استدلال برخی از شما نسبت به بعضی دیگر، قوی‌تر است. پس اگر من بر اساس استدلال کسی، بخشی از اموال برادر مسلمانش را به او بدهم، اما در واقع حقی بر او نداشته باشد، همانا با این حکم، قطعه‌ای از آتش برایش فراهم کرده‌ام» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۷، ص. ۴۱۴).

سند روایت: روایت صحیحہ است. تنها راوی که برخی به موجب او روایت را حسنه گرفته‌اند، ابراهیم بن هاشم است که به نظر می‌رسد از اجلای اصحاب امامیه باشد.

دلالت روایت: به اقتضای اطلاق مفهوم حصر در این روایت، سند به صورت مطلق - عادی و رسمی - هیچ اعتباری ندارد؛ زیرا بر اساس این روایت، بینه و سوگند از راه‌های اثبات شمرده شده است و غیر از آن اعتباری ندارد.

نقد: چند نقد بر استدلال یادشده شایان ذکر است.

نقد نخست: از ناحیه اقرار و یا شهادت یک شاهد و سوگند مدعی مطلب قابل نقض است، چون این موارد در روایت ذکر نشده‌اند، با این که هیچ اشکالی در این نیست که در امر قضاوت به یک شاهد و سوگند، اقرار و علم قاضی استناد شود، از این رو هر پاسخی که در مورد این موارد داده شود، عیناً همان پاسخ در مورد سند هم داده می‌شود. این نقد درست نیست؛ زیرا اولاً، می‌توان ادعا کرد عنوان قضاوت بر اساس بینه و سوگند شامل قضاوت بر اساس یک گواه و یک سوگند همراه با هم و بر اساس اقرار نیز می‌شود. در مورد یک گواه و یک سوگند روشن است، اما در مورد اقرار از آن روست که اقرار خود نوعی گواهی از ناحیه متهم بر خویشتن است و در برخی روایات مانند روایت مدائنی از امام صادق (علیه السلام)، از اقرار به شهادت تعبیر شده است آنجا که حضرت فرمود «لا اقبل شهادة فاسق الا علی نفسه» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۱۴، ص. ۶۰۷) و روایت صالح بن میثم را نیز می‌توان نام برد (عاملی، ۱۴۰۹ق،

ج ۲۸، ص. ۱۳). مقصود از بینه، شهادت معتبر است. از این رو شامل اقرار نیز می‌شود. ثانیاً، دلالت بر حصر منافی ندارد که در برخی موارد خلاف آن ثابت شود؛ یعنی اگر دلیلی تام بود می‌توان با آن اطلاق مفهوم را مقید کرد، اما بر اساس بحث‌های سابق دلیلی که استقلال سند را به‌عنوان یکی از طرق اثبات تأیید کند، یافت نشد.

نقد دوم: حصری که در این روایت وارد شده، حصر اضافی است؛ یعنی حصر نسبت به قضاوت بر اساس واقع و با تکیه بر علم غیبی الهی صورت گرفته است؛ چنان‌که در برخی روایات آمده است که حضرت قائم (علیه‌السلام) با تکیه بر چنین علمی بی‌آنکه بینه و سوگندی بخواهد، داوری خواهد فرمود. از این رو نمی‌توان اعتبار سند را انکار کرد. این نقد هم درست نیست؛ زیرا خلاف اطلاق حصر است. بنابراین، نیاز به قرینه دارد و در روایت، قرینه‌ای نیامده است که دلالت داشته باشد پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) تنها می‌خواهد اتکای خود بر خصوص علم غیب را نفی کند نه هر علمی را؛ اگرچه اطلاق حصر خود اقتضا می‌کند که چنین قرینه‌ای هم در کلام نباشد، بلکه اگر منظور روایت مقابله میان قضاوت بر اساس شاهد و سوگند با قضاوت بر اساس علم به واقع می‌بود، مناسب آن بود که این مقابله با مطلق علم باشد نه تنها با علم غیبی (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۳۲۲). افزون‌بر این، اگر مقصود روایت نفی قضاوت بر اساس علم غیبی باشد، با وجود فعلیت داشتن این علم برای معصوم، روشن است که باید به طریق اولی به حجیت نداشتن سند دلالت داشته باشد؛ زیرا علم معصوم خطا بردار نیست، اما امکان خطا در سند وجود دارد.

نقد سوم: اطلاق مفهوم این روایت با مثل صحیحه عمر بن یزید و آیه قرآنی که دلالت بر اعتبار سند در صورت وجود دو شاهد ثقة داشت، تعارض می‌کند. این نقد پذیرفتنی نیست؛ زیرا نسبت این دو ادله عموم و خصوص مطلق است؛ زیرا اطلاق مفهوم اعتبار سند را به صورت مطلق نفی می‌کند، اما صحیحه و آیه شریفه در صورتی که دو شاهد بر سند شهادت دهند، آن را معتبر می‌داند.

نقد چهارم: روایت، دلالت بر حصر یادشده ندارد. بدین معنی که حصر یادشده برای حصر راه‌های اثبات مسائلی قضایی در بینه و سوگند نیست تا از آن نفی حجیت غیربینه و سوگند استفاده شود، بلکه برای حصر مفاد بینه و سوگند به‌عنوان دو راه از راه‌های اثبات در مفاد ظاهری آن‌هاست. حصر یادشده این را می‌رساند که پیامبر تنها بر اساس ظواهر بینه و سوگند

داوری می‌کردند نه بر اساس واقع امر که ممکن نبود پیامبر از آن آگاه نباشد، اما با وجود این، آنچه برخلاف واقع و بر اساس حکم ظاهری به کسی داده می‌شود، بر او حرام خواهد بود. دو شاهد بر این فهم گفتنی است. شاهد نخست ادامه روایت است که فرمود «و بعضکم الحن بحجته من بعض فایما رجل...»؛ یعنی در ظاهر برخی استدلالشان نسبت به برخی دیگر ضعیف‌تر است. شاهد دوم روایتی است که در تفسیر عسکری (علیه‌السلام) از امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام) نقل شده است که حضرت فرمود «رسول اکرم (صلی‌الله‌علیه و آله) در دعاوی مردم میان آن‌ها با بینه و سوگند قضاوت می‌کرد که درخواست‌ها و تظلمات مردم زیاد شد. حضرت فرمود: ای مردم! من هم بشر هستم و شما که با یکدیگر به نزاع می‌پردازید، شاید یکی از شما زبان‌دارتر از دیگری باشد. من طبق آنچه از او می‌شنوم، قضاوت می‌کنم. پس اگر به نفع او حکم کردم و چیزی از حق برادرش را به او دادم، آن را نستاند؛ زیرا در این صورت قطعاً از آتش را برای او فراهم کرده‌ام» (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص. ۲۳۳). این نقد هم درست نیست؛ زیرا به‌طور مسلم ذیل حدیث ظهور دارد که حدیث ناظر به قضاوت طبق ظواهر است نه طبق واقع، اما این منافاتی ندارد که صدر حدیث دلالت داشته باشد بر آنکه راه‌های قضاوت و دادرسی منحصر در بینه و سوگند است؛ زیرا حدیث این دو معنا را از خلال دو فقره و دو مقطع در طول هم عنوان کرده است. در فقره نخست راه‌هایی را که پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) در قضاوت می‌پیمود و منحصر در بینه و سوگند بود، بیان می‌کند که این خود مقدمه و تمهیدی است برای آوردن فقره دوم که در آن بیان می‌کند این راه‌ها ظاهری است و گاه خطا به آن‌ها راه می‌یابد و همواره مطابق با واقع نیست. از این رو آنچه برخلاف واقع بدان حکم شده، به‌منزله پاره‌ای از آتش است. بدین ترتیب، صدر روایت دلالت دارد که راه‌های قابل پیروی از دیدگاه پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) منحصر در شاهد و سوگند بوده است نه چیز دیگر و اگر راه دیگری هم وجود داشت، شایسته بود آن را یادآوری می‌فرمود. اگر روایت به این عبارت آمده بود که «انما افضی بما اسمع فی البینات والایمان لا بالواقع»، دلالت بر انحصار راه‌های اثبات قضایی در بینه و سوگند نمی‌کرد، بلکه دلالت داشت بر اینکه مفاد بینه و سوگند منحصر است به صورت ظاهر آن‌ها و واقع امر را دربر نمی‌گیرد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۳۲۳).

نقد پنجم: بینه مطابق آنچه در آیات شریفه وارد شده (بقره، آیات ۱۸۵ و ۲۰۹؛ آل عمران، آیه ۱۳۸؛ انعام، آیه ۱۵۷)، به معنای بیان روشن و متقن است و به معنای اصطلاحی فقیهان - دو شاهد - نیست. از این رو مواردی مانند اقرار، علم و از جمله سند نیز می‌تواند داخل آن باشد؛ چنان‌که راغب اصفهانی بینه را به معنای دلیل روشن عقلی یا محسوس می‌داند (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص. ۱۵۷). برخی فقیهان مانند محقق خوبی نیز بر اساس همین معنا، بینه را به معنای «مطلق حجت شرعی» دانسته‌اند (موسوی خوبی، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص. ۲۵۸).^۱ با توجه به مطالب یادشده به نظر می‌رسد مفاد قاعده روشن است و اینکه برخی مانند مرحوم نراقی مفاد قاعده را مبهم می‌دانند، درست نیست (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۷، ص. ۲۰۰).

۶.۴. اطلاق مقامی ادله اثبات دعوی

از ادله‌ای که در باب طرق اثبات دعوی وارد شده است، برداشت می‌شود که غیر بینه، اقرار، سوگند، قسامه و علم قاضی طریق دیگری معتبر نیست. این ادله با اطلاق مقامی مفهوم خود منکر معتبر بودن موارد دیگر مانند سند هستند. در این قسمت به برخی از این روایات اشاره می‌شود. الف) «اقرار عقلا به ضرر خودشان نافذ است» (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۳، ص. ۸۴). «دست سارق قطع نمی‌شود مگر اینکه دو مرتبه به سرقت اقرار کند. «زانی رجم نمی‌شود مگر اینکه چهار مرتبه اقرار کند» (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص. ۲۵۱). ب) «حد رجم این است که چهار نفر شهادت بدهند که دیدند زانی (آلت تناسلی) خود را داخل و خارج می‌کند» (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص. ۹۴). ج) «در همه حقوق، بینه بر عهده مدعی و یمین بر عهده منکر است مگر در دم» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۷، ص. ۳۶۱). د) «قاضی‌ها چهار دسته‌اند؛ سه گروه آن‌ها در آتش‌اند و یکی در بهشت. جهنمی‌ها عبارت‌اند از فردی که از روی علم برخلاف حق حکم می‌کند، فردی که به دلیل عدم علم برخلاف حق حکم می‌کند و فردی که به حق حکم می‌کند، اما از روی علم نیست. تنها گروه بهشتی قاضیانی هستند که بحق و از روی علم حکم می‌کنند» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۷، ص. ۴۰۷). بر این اساس، اینکه سند طریق مستقلی در عرض بینه، اقرار و... باشد، نفی می‌شود.

۱. برای اقوال موجود در مراد از «بینه» در این روایت ر. ک به: محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۳، صص. ۸۵-۸۸.

نتیجه‌گیری

بر بنیاد مطالب پیش‌گفته حاصل آمد که مشهور فقیهان سند و نوشته ظنی را معتبر نمی‌دانند؛ چنان‌که اصل اولی در ظنون نیز عدم اعتبار آن است. در کلام برخی فقیهان سند به‌عنوان یکی از طرق اثبات شمرده شده بود، اما مشخص نبود آیا از این باب است که سند علم‌آور است یا این کلام مطلق است و سند ظنی را هم شامل می‌شود؟ در راستای بررسی ادله اعتبار سند - عادی و رسمی - از منظر روایات به دو صحیح‌ه عبدالله بن سنان و عمر بن یزید اشاره شد که هیچ‌یک توانایی اثبات حجیت برای سند را نداشتند. در مقابل نیز به شش روایت صحیح‌ه ابی‌خدیجه، حسین بن سعید و سعد بن هشام، دو موثقه از سکونی و اطلاق مقامی ادله اثبات دعوی - بر اساس روایات - اشاره شد که از این بین، سه روایت ابی‌خدیجه، موثقه دوم سکونی و سعد تمام نبودند و نمی‌توانستند اعتبار سند را نفی کنند، اما سه مورد دیگر - صحیح‌ه حسین بن سعید، موثقه دوم سکونی و اطلاق مقامی ادله اثبات دعوی - تام بودند و بر اساس آن‌ها سند به‌صورت مطلق - عادی و رسمی - در صورت ظنی بودن اعتباری نخواهد داشت؛ البته چندین بار یادآوری شد که در صورتی که سند علم‌آور باشد، چه عادی و چه رسمی، معتبر خواهد بود.

از این رو به نظر می‌رسد طرق اثبات منحصر در بینه، شهادت، اقرار، قسامه و سوگند می‌شود و غیر آن‌ها که سند نیز یکی از آن‌هاست، معتبر نیست و اگر سند به‌خودی‌خود، از راه‌ها و دلایل معتبر قضایی مانند بینه و سوگند به شمار می‌آید، باید متعرض آن می‌شدند و دست‌کم در روایتی ضعیف، آن را در عرض بینه و سوگند مطرح می‌کردند و حدود مرز و موارد تعارض آن را با بینه مدعی یا سوگند منکر یا غیر آن‌ها روشن می‌کردند؛ همان‌گونه که در سوگند و بینه، این چنین شده است.

منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) امام علی بن موسی الرضا علیه السلام (۱۴۰۶ق). الفقه المنسوب الی الامام الرضا (علیه السلام). چاپ ۱، مشهد: مؤسسه آل‌البتیت (علیهم السلام).
- ۳) آقابابایی بنی، اسماعیل (۱۳۹۹). انحصاری کردن نقل و انتقال اموال غیر منقول در سند رسمی (نشست‌های فقهی حقوقی). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- ۴) ابوالحسین، احمد بن فارس بن زکریا (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ۵) اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان (جلد ۱۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۶) ارسطو، محمد جواد (۱۳۸۸). اعتبار سند و تعارض آن با ادله دیگر در حقوق ایران و فقه امامیه. تهران: قضا.
- ۷) اصفهانی مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی (۱۴۰۴ق). مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول (جلد ۲۴). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۸) بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة (جلد ۲۰). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۹) جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۴۰۱). دائرة المعارف علوم اسلامی «قضایی» (جلد ۱). تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- ۱۰) جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۵). علم آزاد در گردش ادله اثبات دعوی در حقوق اسلامی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ص. ۷۲.
- ۱۱) حسینی حائری، سید کاظم (۱۴۲۳ق). فقه العقود (جلد ۲). قم: مجمع اندیشه اسلامی.
- ۱۲) حسینی سیستانی، سید علی (۱۴۱۷ق). منهاج الصالحین (جلد ۱). قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی.
- ۱۳) حکیم، سید محمد سعید طباطبایی (۱۴۲۷ق)، مسائل معاصرة فی فقه القضاء. نجف اشرف: دارالهلل.
- ۱۴) حلی، حسن بن علی (۱۳۸۱ق). خلاصة الاقوال فی معرفة الرجال. تهران: دانشگاه تهران.
- ۱۵) حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعة فی احکام الشریعة (جلدهای ۳ و ۸). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۶) دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷). لغت نامه (ج ۸). تهران: موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- ۱۷) راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن (جلد ۱). بیروت: دارالعلم.

- ۱۸) سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۸ق). نظام القضاء والشهادة فی الشريعة الاسلامیة الغراء (جلد ۲). قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- ۱۹) ستوده تهرانی، حسن (۱۴۰۲). حقوق تجارت (جلد ۳). تهران: دادگستر.
- ۲۰) سنهوری، عبدالرزاق احمد (۲۰۰۹م). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید (جلدهای ۲ و ۳). بیروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- ۲۱) شبیری زنجانی، سیدموسی (بی تا). کتاب حج (جلد ۱۰). قم: مرکز فقهی امام محمدباقر علیه السلام.
- ۲۲) شوشتری، محمدتقی (۱۴۱۰ق). قاموس الرجال (جلد ۴). قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمیة بقم مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۲۳) صدر، محمدباقر (۱۴۰۸ق). مباحث الاصول (جلد ۵). قم: مطبعة مرکز النشر مکتب الاعلام الاسلامی.
- ۲۴) صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه (جلد ۴). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۲۵) طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی (جلد ۲). بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- ۲۶) طریحی، فخرالدین (۱۴۰۸ق). مجمع البحرین (جلدهای ۲ و ۵). تهران: مکتب نشر الثقافة الاسلامیة.
- ۲۷) طوسی، محمد بن حسن (۱۳۷۳). رجال الطوسی، قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمیة بقم مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۲۸) طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). تهذیب الاحکام (جلد ۶). تهران: دارالکتب الاسلامیة.
- ۲۹) طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۷ق). العدة فی اصول الفقه (جلد ۱). قم: محمدتقی علاقبندیان.
- ۳۰) طوسی، محمد بن حسن (۱۴۲۰ق). فهرست کتب الشیعة و اصولهم و اسماء المصنفین و اصحاب الاصول. قم: مکتبة المحقق الطباطبائی.
- ۳۱) عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (محمد کلانتر، محشی). (جلد ۱). قم: کتاب فروشی داوری.
- ۳۲) عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (جلدهای ۲۳، ۲۷ و ۲۸). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- ۳۳) عبدالمنعم، محمود عبدالرحمان (بی تا). معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهیة (جلد ۲). بی جا.
- ۳۴) فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۰ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة؛ القضاء والشهادات (حسین واثقی و محمد مهدی مقدادی، مصححان). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام).
- ۳۵) کشی، ابو عمرو و محمد بن عمر بن عبدالعزیز (۱۴۰۹ق). اختیار معرفة الرجال (جلد ۲). مشهد: دانشگاه

مشهد.

- ۳۶) کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق (۱۴۲۹ق). الکافی (جلدهای ۱، ۷ و ۱۴). قم: الطبع الاسلامی.
- ۳۷) محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۳). قواعد فقه (جلد ۳). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۳۸) مصطفوی، حسن (۱۴۰۲ق). التحقيق في كلمات القرآن الكريم (جلد ۵). تهران: مرکز الكتاب للترجمة والنشر.
- ۳۹) مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق). استفتاءات جدید (جلدهای ۱ و ۳). قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
- ۴۰) موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۳ق). معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال (جلدهای ۴، ۶، ۹ و ۱۷). بی جا.
- ۴۱) موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (جلد ۱). قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
- ۴۲) موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۸ق). التنقیح (تقریرات درس محقق خویی به تقریر محمد جواهری). (جلد ۱). قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
- ۴۳) مؤمن سبزواری قمی، علی (۱۴۲۱ق). جامع الخلاف والوفاق. قم: زمينه سازان ظهور امام عصر (علیه السلام).
- ۴۴) نجاشی، احمد بن علی (۱۳۶۵). فهرست اسماء مصنفی الشیعة. قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۴۵) نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (جلدهای ۴۰ و ۴۱). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۴۶) نراقی، مولا احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵ق). مستند الشیعة فی احکام الشریعة (جلدهای ۱۷ و ۱۸). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- ۴۷) وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸ق). منهاج الصالحین (جلد ۲). قم: مدرسه امام باقر (علیه السلام).
- ۴۸) هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۳ق). قراءات فقهیة معاصرة (جلد ۱). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).

References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Imām Alī bin Mūsā al-Rezā (PBUH) (1406 AH). Al-feqh al-mansūb ilā al-Imām al-Rezā. Mashhad: Mo'assese-ye Āl al-Bayt [in Arabic].
- 3) Abd al-Mon'em, Maḥmūd 'Abd al-Raḥmān (n.d.). Mo'gam al-Mošṭalahāt wa al-Alfāz al-Feqhiyya (Vol. 2). n.p. [in Arabic].
- 4) Abūl-Ḥosayn, Aḥmad ben Fāres ben Zakariyā (1404 AH). Mo'jam maqāyīs al-loḡa. Qom: Daftar-e Tabliḡāt-e Eslāmī-e Ḥowze-ye 'Elmiye-ye Qom [in Arabic].
- 5) Āmelī, Moḥammad b. Ḥasan (1409 AH). Wasā'el al-Ši'a (Vols. 23, 27, and 28). Qom: Mo'assasa Āl al-Bayt ('alayhem al-salām) [in Arabic].
- 6) Āmelī, Zayn al-Dīn b. 'Alī (1410 AH). al-Rauzah al-Bahiyya fi Šarḥ al-Loma'a al-Dimašqiyya (Vol. 1). Qom: Ketābforūšī Dāvārī [in Arabic].
- 7) Āqābābāyī Banī, Esmā'il (1399 SH). Eḥtisārī kardan-e naql-o-entegāl-e amwāl-e gayr-e manqūl dar sanad-e rasmi [Restricting the transfer of immovable property to official documents]. Qom: Pāzhūheshgāh-e 'Olūm va Farhang-e Eslāmī [in Persian].
- 8) Arastā, Moḥammadjavād (1388 SH). E'tebār-e sanad va ta'arūz-e ān bā adelleh digar dar ḥoqūq-e Īrān va feqh-e Emāmīyeh [Validity of documents and their conflict with other evidences in Iranian law and Imami jurisprudence]. Tehran: Qazā [in Persian].
- 9) Ardabīlī, Aḥmad ben Moḥammad (1403 AH). Majma' al-fā'eda wa al-borhān fi sharḥ ershād al-azhān (Vol 12). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī-e Vābaste be Jāme'e-ye Modarresīn-e Ḥowze-ye 'Elmiye-ye Qom [in Arabic].
- 10) Baḥrānī Āl 'Asfūr, Yūsuf ben Aḥmad ben Ebrāhīm (1405 AH). Al-ḥadā'eq al-nāžera fi aḥkām al-'etra al-tāhera (Vol 20). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī-e Vābaste be Jāme'e-ye Modarresīn-e Ḥowze-ye 'Elmiye-ye Qom [in Arabic].
- 11) Deḥkōdā, 'Alī-Akbar (1377 SH). Loḡat-nāme [Lexicon] (Vol. 8). Tehrān: Mo'assese Čāp va Enteshārāt-e Dānešgāh-e Tehrān [in Persian].
- 12) Ešfahānī Majlesī, Moḥammadbāqer ben Moḥammadtaqī (1404 AH). Mer'āt al-'oqūl fi sharḥ akhbār āl al-rasūl (Vol 24). Tehran: Dār al-Kotob al-Eslāmīya [in Arabic].
- 13) Fāzel Lankarānī, Moḥammad (1420 AH). Tafṣīl al-Šarī'a fi Šarḥ Taḥrīr al-Wasīla; al-Qazā' wa al-Šahādāt. Qom: Markaz Feqhī A'emmat al-Aṭhār ('alayhem al-salām) [in Arabic].
- 14) Ḥakīm, Seyyed Moḥammads'id Ṭabāṭabā'ī (1427 AH). Masā'el mo'āšera fi feqh al-qazā'. Najaf Ashraf: Dār al-Helāl [in Arabic].
- 15) Ḥāšemī Šāhrouḍī, Seyyed Maḥmūd (1423 AH). Qerā'āt Feqhiyya Mo'āšera (Vol. 1). Qom: Mo'assasa Dā'erat al-Ma'āref Feqh Eslāmī bar Maḏhab Ahl al-Bayt ('alayhem al-salām) [in Persian].
- 16) Ḥellī, Ḥasan ben 'Alī (1381 AH). Kholāṣat al-aqwāl fi ma'refat al-rejāl. Tehran: Dāneshgāh-e Tehrān [in Arabic].
- 17) Ḥellī, Ḥasan ben Yūsuf ben Moṭahhar (1413 AH). Mokhtalef al-shī'a fi aḥkām al-sharī'a (Vols. 3, 8). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī-e Vābaste be Jāme'e-ye Modarresīn-e Ḥowze-ye 'Elmiye-ye Qom [in Arabic].

- 18) Ḥosaynī Ḥā'eri, Seyyed Kāzem (1423 AH). Feqh al-'oqūd (Vol 2). Qom: Majma' Andīshe-ye Eslāmī [in Arabic].
- 19) Ḥosaynī Sīstānī, Seyyed 'Alī (1417 AH). Menhāj al-ṣālehīn (Vol 1). Qom: Daftar-e Ḥāzrat Ayatollāh Sīstānī [in Arabic].
- 20) Ja'farī Langarūdī, Moḥammadja'far (1385 SH). 'Elm-e āzād dar gardesh-e adelleh-e esbāt-e da'vā dar ḥoqūq-e Eslāmī [Free Science in the circulation of evidence in Islamic law]. Majalleh-ye Dāneshkadeh-ye Ḥoqūq va 'Olūm-e Siāsī-e Dāneshgāh-e Tehrān, p. 72 [in Persian].
- 21) Ja'farī Langarūdī, Moḥammadja'far (1401 SH). Dā'erat-ol-ma'āref-e 'Olūm-e Eslāmī «Qazā'ī» [Encyclopedia of Islamic Sciences "Judicial"] (Vol. 1). Tehran: Majma'-e 'Elmī va Farhangī-e Majd [in Persian].
- 22) Kašī, Abū 'Amrū Moḥammad b. 'Omar b. 'Abd al-'Azīz (1409 AH). Ekhtiār Ma'refat al-Reḡāl (Vol. 2). Mashhad: Dānešgāh-e Mashhad [in Arabic].
- 23) Kolaynī, Moḥammad b. Ya'qūb b. Eshāq (1429 AH). al-Kāfi (Vols. 1, 7, and 14). Qom: al-Ṭab' al-Eslāmī [in Arabic].
- 24) Makārem Širāzī, Nāṣer (1427 AH). Esteftā'āt Jadid (Vols. 1 and 3). Qom: Madrasa Emām 'Alī b. Abī Ṭāleb ('alayh al-salām) [in Persian].
- 25) Moḥaqqueq Dāmād, Moṣṭafā (1383 SH). Qavā'ed Feqh [Principles of Fiqh] (Vol. 3). Tehran: Markaz Nashr 'Olūm-e Eslāmī [in Persian].
- 26) Mo'men Sabzawārī Qomī, 'Alī (1421 AH). Ġāme' al-Khelāf wa al-Wefāq. Qom: Zamīna-Sāzān Ḥohūr Emām 'Aṣr ('alayh al-salām) [in Arabic].
- 27) Moṣṭafawī, Ḥasan (1402 AH). al-Taḥqīq fī Kalemāt al-Qur'ān al-Karīm (Vol. 5). Tehran: Markaz al-Ketāb le al-Tarḡama wa al-Našr [in Arabic].
- 28) Mūsawī Khū'ī, Seyyed Abū al-Qāsem (1413 AH). Mo'ḡam Reḡāl al-Ḥādīṭ wa Tafṣīl Ṭabaqāt al-Reḡāl (Vols. 4, 6, 9, and 17). n.p. [in Arabic].
- 29) Mūsawī Khū'ī, Seyyed Abū al-Qāsem (1422 AH). Mabānī Takmelat al-Menhāj (Vol. 1). Qom: Mo'assasa Iḥyā' Āṭār al-Imām al-Khū'ī [in Arabic].
- 30) Mūsawī Khū'ī, Seyyed Abū al-Qāsem (1428 AH). al-Tanqīḥ (Vol. 1). Qom: Mo'assasa Iḥyā' Āṭār al-Imām al-Khū'ī [in Arabic].
- 31) Naḡafī, Moḥammad Ḥasan (1404 AH). Ġawāher al-Kalām fī Šarḥ Šarā'e' al-Eslām (Vols. 40 and 41). Beirut: Dār Iḥyā' al-Torāṭ al-'Arabī [in Arabic].
- 32) Naḡāšī, Aḥmad b. 'Alī (1365 SH). Fehrest Asmā' Mosannafī al-Šī'a. Qom: Ġamā'at al-Modarresīn fī al-Ḥawza al-'Elmiya be Qom, Mo'assasa al-Našr al-Eslāmī [in Arabic].
- 33) Narāqī, Molā Aḥmad b. Moḥammad Mahdī (1415 AH). Mostanad al-Šī'a fī Aḥkām al-Šarī'a (Vols. 17 and 18). Qom: Mo'assasa Āl al-Bayt ('alayhem al-salām) [in Arabic].
- 34) Rāḡeb Ešfahānī, Ḥosayn b. Moḥammad (1412 AH). Mofradāt al-Alfāz al-Qur'ān (Vol 1). Beirut: Dār al-'Elm [in Arabic].
- 35) Šadr, Moḥammad-Bāqer (1408 AH). Mabāheṭ al-Oṣūl (Vol 5). Qom: Maṭba'at Markaz al-Našr Maktab al-E'lām al-Eslāmī [in Arabic].
- 36) Šadūq, Moḥammad b. 'Alī b. Bābuyeh (1413 AH). Man lā yaḥḍuruh al-Faqīh (Vol 4). Qom: Daftar Enteshārāt Eslāmī vābasteh beh Jāme'eh Modarresīn Ḥawzeh 'Ilmiyeh Qom [in Arabic].

- 37) Sanhūrī, ‘Abd al-Razzāq Aḥmad (2009). *al-Wasīt fi Šarḥ al-Qānūn al-Madanī al-Jadīd* (Vols 2 & 3). Beirut: Manšūrāt al-Ḥalabī al-Ḥuqūqīya [in Arabic].
- 38) Šobeirī Zanjānī, Seyyed Mūsā (n.d.). *Ketāb al-Ḥajj* (Vol 10). Qom: Markaz Feqhī Emām Moḥammad-Bāqer (‘Alayhe al-Salām) [in Arabic].
- 39) Sobḥānī Tabrizī, Ja‘far (1418 AH). *Nezām al-Qaḍā’ wa al-Šahāda fi al-Šarī‘a al-Islāmiyya al-Ġarrā’* (Vol 2). Qom: Mo‘assese Emām Šādeq (PBUH) (‘Alayhe al-Salām) [in Arabic].
- 40) Sotūdeh Tehrānī, Ḥasan (1402 SH). *Ḥoqūq-e Tejārat* [Commercial Law] (Vol. 3). Tehrān: Dādgostar [in Persian].
- 41) Šūstārī, Moḥammad-Taqī (1410 AH). *Qāmūs al-Rejāl* (Vol 4). Qom: Jamā‘at al-Modarresīn fi al-Ḥawza al-‘Ilmiyya bi-Qom Mo‘assese al-Našr al-Islāmī [in Arabic].
- 42) Ṭabātabā‘ī Yazdī, Seyyed Moḥammad Kāzem (1409 AH). *al-‘Urwat al-Wuthqā* (Vol 2). Beirut: Mo‘assese al-A‘lamī le-Maṭbū‘āt [in Arabic].
- 43) Ṭarīḥī, Faqr al-Dīn (1408 AH). *Majma‘ al-Baḥrayn* (Vols 2 & 5). Tehrān: Maktab Našr al-Thaqāfah al-Eslāmīyeh [in Arabic].
- 44) Ṭūsī, Moḥammad b. Ḥasan (1373 SH). *Rejāl al-Ṭūsī* [The Biographies of al-Ṭūsī]. Qom: Jamā‘at al-Modarresīn fi al-Ḥawza al-‘Ilmiyya bi-Qom Mo‘assese al-Našr al-Islāmī [in Arabic].
- 45) Ṭūsī, Moḥammad b. Ḥasan (1407 AH). *Tahdhīb al-Aḥkām* (Vol 6). Tehrān: Dār al-Kutub al-Eslāmīyeh [in Arabic].
- 46) Ṭūsī, Moḥammad b. Ḥasan (1417 AH). *al-‘Oddah fi Oṣūl al-Fiqh* (Vol 1). Qom: Moḥammad-Taqī ‘Allāqebandiyān [in Arabic].
- 47) Ṭūsī, Moḥammad b. Ḥasan (1420 AH). *Fehrest Kotob al-Šī‘ah wa Oṣūlehom wa Asmā’ al-Mošannefīn wa Aṣḥāb al-Oṣūl*. Qom: Maktab al-Moḥaqqueq al-Ṭabātabā‘ī [in Arabic].
- 48) Waḥīd Qorāsānī, Ḥoseyn (1428 AH). *Menhāj al-Šālehīn* (Vol. 2). Qom: Madrasa Emām Bāqer (‘alayh al-salām) [in Arabic].

Analyzing the Role of Blockchain in Realizing Islamic Banking with a Perspective on the Constitution of the Islamic Republic of Iran

Kheirollah Parvin · Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. khparvin@ut.ac.ir

Vali Rostami · Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. vrostami@ut.ac.ir

Nader Mirzadeh Koohshahi · Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. mirzadeh@ut.ac.ir

Ali Allahyarifard · PhD in Public Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. (Corresponding Author) allahyarifard12@ut.ac.ir

Abstract

1. Introduction

The concept of Islamic banking is grounded in principles that emphasize rights, justice, and public welfare, aiming to manifest human ethics in financial transactions. Unlike conventional banking, Islamic banking prohibits unethical practices such as usury (Riba), risk/uncertainty (Gharar), and trading in forbidden goods. This ethical framework mandates that profits and losses in economic activities must be shared among capital, labor, and management, fostering a fairer financial ecosystem. However, the practical implementation of these principles often encounters challenges due to governance issues, lack of transparency, and bureaucratic inefficiencies.

Blockchain technology, with its decentralized, transparent, and secure nature, presents an opportunity to address these challenges. By facilitating peer-to-peer transactions without the need for intermediaries, blockchain can potentially enhance the efficiency and ethical compliance of Islamic banking. This article examines the role of blockchain in realizing the ideals of Islamic banking, with a particular focus on its compatibility with the constitutional framework of the Islamic Republic of Iran.

2. Research Question

The primary research question of this study is: "what is the capability of



blockchain in realizing true Islamic banking?" This question addresses the potential of blockchain technology to align with and enhance the principles of Islamic banking, particularly within the legal and ethical confines of the Iranian constitutional framework. The study seeks to explore whether blockchain can offer a viable solution to the challenges faced by Islamic banking, such as governance issues, lack of transparency, and adherence to Sharia principles.

3. Research Hypothesis

The research hypothesis posits that blockchain technology is not only compatible with the foundational principles of Islamic banking but also significantly aids in achieving its goals. The hypothesis is based on the premise that blockchain's inherent characteristics—decentralization, transparency, and security—can enhance the ethical and operational aspects of Islamic banking. Specifically, the hypothesis suggests that blockchain can:

- Facilitate Sharia-compliant transactions by ensuring transparency and accountability.

- Reduce operational costs and risks by eliminating intermediaries.

- Enhance trust and credibility in Islamic financial institutions.

- Address governance issues through a decentralized and democratic framework.

4. Methodology & Framework, if Applicable

This study employs a multifaceted methodological approach, incorporating doctrinal, legal, economic, and comparative analyses to investigate the role of blockchain in Islamic banking. The research methodology is structured as follows:

- Doctrinal Analysis:** This involves a detailed examination of Islamic legal principles related to banking and finance, focusing on the ethical and jurisprudential underpinnings of Islamic banking.

- Legal Analysis:** This component analyzes the legal framework governing Islamic banking in Iran, including constitutional provisions and regulatory guidelines. The study assesses how blockchain technology can be integrated into this framework to support Sharia-compliant financial practices.

- Economic Analysis:** The economic implications of adopting blockchain in Islamic banking are examined, particularly in terms of cost efficiency, risk management, and financial inclusion. The analysis considers the potential impact on various stakeholders, including banks, customers, and regulators.

- Comparative Analysis:** This involves a comparative study of three governance models in banking: traditional bureaucracy, private blockchain, and public blockchain. The comparative framework evaluates the effectiveness of each model in terms of transparency, efficiency, and adherence to ethical standards.

Framework Application: The application of the research methodology is guided by the following steps:

Comparative Evaluation: The three governance models—traditional bureaucracy, private blockchain, and public blockchain—are evaluated against a set of ethical and operational criteria. This evaluation identifies the strengths and weaknesses of each model in supporting the goals of Islamic banking.

Policy Recommendations: Based on the findings, the study offers policy recommendations for regulators and financial institutions on how to leverage blockchain technology to enhance the ethical and operational aspects of Islamic banking.

By adopting this comprehensive methodological framework, the study aims to provide a detailed and nuanced understanding of the role of blockchain in Islamic banking, with a particular focus on the context of Iran.

5. Results & Discussion

The investigation into the role of blockchain technology in realizing Islamic banking within the framework of the Islamic Republic of Iran has yielded several key findings. First and foremost, blockchain's alignment with Sharia and ethical principles is evident in its foundational characteristics. The transparency, immutability, and decentralized nature of blockchain ensure that transactions can be conducted in a manner that upholds justice and fairness, fundamental tenets of Islamic finance.

Compatibility with Sharia Principles: The results indicate that blockchain technology does not inherently contradict Sharia financial principles. Smart contracts, which are self-executing contracts with the terms directly written into code, can be designed to comply with Sharia rules. For instance, the prohibition of usury [Riba] can be enforced by coding interest-free transaction terms. Similarly, the avoidance of risk [Gharar] can be ensured through transparent and pre-defined contract conditions.

Challenges and Solutions: One significant challenge identified is the anonymity feature inherent in public blockchain networks. While anonymity can protect user privacy, it also poses risks related to organized crime and tax evasion. Advanced solutions from other countries, such as Know Your Customer (KYC) protocols, can be implemented to mitigate these risks. KYC processes are essential to verify user identities and ensure that blockchain applications in Islamic banking remain secure and ethical.

Advantages Over Conventional Banking: Blockchain technology offers several advantages over traditional banking practices, particularly in addressing the goals outlined in the Iranian Constitution. These advantages include:

Rights and Justice: Blockchain ensures transparent and tamper-proof records of transactions, promoting fairness and reducing opportunities for corruption. This aligns with the constitutional values of justice and equity.

Cooperation and Qard al-Hasan: Blockchain facilitates the expansion of cooperative financial practices, such as interest-free loans [Qard al-Hasan]. Smart contracts can automate the management and distribution of these loans, ensuring compliance with Sharia principles and enhancing trust among participants.

Preventing Corruption and Collusion: The immutable nature of blockchain records makes it difficult to alter transaction histories, thereby preventing corruption and collusion. This characteristic is vital for maintaining a healthy and stable economy, crucial for addressing economic crises like inflation and injustice.

Framework for Implementation: To harness these benefits, it is crucial to establish a regulatory framework that combines the decentralized advantages of blockchain with necessary institutional oversight. This framework should incorporate identity verification mechanisms, compliance with Sharia law, and guidelines for ethical conduct in financial transactions.

6. Conclusion

The research concludes that blockchain technology is compatible with the ethical and Sharia principles underlying Islamic banking. The implementation of blockchain can address many of the current shortcomings in conventional banking systems, such as corruption, lack of transparency, and inefficiency, which have hindered the full realization of Islamic banking principles.

Blockchain's decentralized and transparent nature aligns well with the goals of Islamic finance, ensuring justice, fairness, and ethical conduct. However, to fully integrate blockchain into Islamic banking, it is essential to address the challenge of anonymity through robust KYC protocols and institutional regulations. This will prevent misuse and ensure that blockchain-based Islamic banking systems are secure and compliant with both ethical standards and Sharia law.

Moreover, blockchain can play a significant role in transforming traditional banking roles, potentially rendering them obsolete in the coming decades. The technology's ability to provide direct peer-to-peer financial services without intermediaries can reduce costs, increase efficiency, and enhance trust in the financial system.

In conclusion, while blockchain presents numerous benefits for Islamic banking, its successful implementation requires a balanced approach that leverages its technological advantages while ensuring compliance with ethical and legal standards.

Keywords: Smart Contract, Islamic Financial Technology, Blockchain, Cryptocurrency, Islamic Banking, Usury-Free Banking.

واکاوی نقش بلوک‌سالاری در تحقق بانکداری اسلامی با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

خبراله پروین • استاد، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
khpargin@ut.ac.ir

ولی رستمی • استاد، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
vrostami@ut.ac.ir

نادر میرزاده کوهشاهی • استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
mirzadeh@ut.ac.ir

علی الهیاری فرد • دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
allahyarifard12@ut.ac.ir (نویسنده مسئول)

چکیده

مفاهیمی از جمله حق و عدل، رفاه عمومی و تجلی اخلاق انسانی از مهم‌ترین اهداف بانکداری اسلامی به‌شمار می‌آید. به‌رغم تأکید اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر شرعی بودن کلیه فعالیت‌های اقتصادی و فراهم شدن حکمرانی قوانین مبتنی بر شریعت، اجرای صحیح و کارآمد بانکداری اسلامی در نظام بانکی کشور با روش دیوان‌سالاری و مبتنی بر فرآیندهای سنتی عملی نگریده است. از سوی دیگر، خدمات مالی نظیر به‌نظیر (P2P) به‌منظور تحقق ویژگی‌ها، اصول و اهداف بانکداری مبتنی بر اخلاق، به‌طور فزاینده‌ای در حال ایجاد تغییرات قابل توجهی در سراسر جهان است و بلوک‌سالاری به تمام و کمال پوشش‌دهنده آن است. بلوک‌سالاری می‌تواند خدمات مالی نظیر به‌نظیر را بدون واسطه و دخالت شخص ثالث به بهترین نحو انجام دهد؛ بلوک‌سالاری با حذف واسطه در بانکداری سنتی، هزینه تمام‌شده خدمات مالی را کاهش می‌دهد؛ مخاطرات حملات سایبری در بانکداری بلوک‌سالاری کمتر است؛ از این‌رو هزینه مخاطرات عملیاتی کاهش می‌یابد. سؤال اصلی تحقیق حاضر این است که قابلیت بلوک‌سالاری برای تحقق بانکداری اسلامی حقیقی چیست؟ این پژوهش با بهره‌جویی از منابع کتابخانه‌ای نوین و روش توصیفی تحلیلی پاسخ به این سؤال را این‌گونه روشن ساخت که اولاً، ارکان بلوک‌سالاری هیچ‌گونه منافاتی با اصول اخلاقی و شرعی اسلام ندارد، و ثانیاً، بلوک‌سالاری با توجه به الزامات و قابلیت خود، اهداف مشخص شده در قانون اساسی ایران در راستای شرعی بودن فعالیت‌های اقتصادی را جامه عمل می‌پوشاند. در این مقاله سعی شده است تا برخی از شاخص‌های حکمرانی شرکتی و اخلاق‌محور در سه روش بانکداری دیوان‌سالاری، بلوک‌سالاری خصوصی و بلوک‌سالاری عمومی را - که مورد اخیر، مورد مطلوب حکمرانی مردم‌سالاری بر بانکداری است - به‌طور تطبیقی مورد مطالعه قرار دهد.

واژگان کلیدی: قرارداد هوشمند، فناوری مالی اسلامی، زنجیره بلوکی، رمزارز، بانکداری اسلامی، بانکداری بدون ربا.



مقدمه

ظهور فناوری زنجیره‌های بلوکی^۱، قراردادهای هوشمند^۲، توکن‌های پرداخت^۳ و رمزارزها^۴، فرایندهای مبادلاتی میان خریداران و فروشندگان را تغییر داده و متحول ساخته است. شاید بتوان گفت که عملکرد نامطلوب و غیرمنصفانه حکمرانی دلیل روشن و اصلی بروز و ظهور وب سوم^۵ و نوآوری‌های یادشده و مبادلات نظیر به نظیر^۶ است (Wang et al, 2022, p. 2). پیشرفت در بسترهای فناوری امور مالی با ارائه عملیات مالی نوآورانه و گزینه‌های تجاری مبتنی بر زنجیره بلوکی، دسترسی ایمن، کارآمدتر و سریع‌تر برای تحقق تراکنش‌ها و مبادلات بدون نیاز به نظارت شخص ثالث را فراهم ساخته است (نوروزی و شعبانی، ۱۴۰۰، ص. ۲). امور مالی اسلامی نیز به دلیل پیچیدگی و ملاحظات اخلاقی از فناوری‌های امور مالی بهره برده است تا بتواند به‌طور شفاف، دغدغه‌های مسلمانان و نیاز مشتریان اخلاق‌محور را پاسخ دهد (Adam Sa'ad et al, 2019, p. 170). در دنیای امروزی، فناوری در حال تبدیل شدن به کلیدی برای تغییر اساسی در معاملات و خدمات مالی اسلامی در راستای حل ایرادات شرعی است (منصوری و قائمی اصل، ۱۴۰۰: ۲۹۳). افزون بر این موضوع، فناوری مدرن تمام راه‌حل‌های لازم را برای پایبندی به شریعت در اختیار بانک‌ها قرار می‌دهد و آنچه را تاکنون دیوان‌سالاری نتوانسته است در تحقق اصول مورد نظر حاکمیت شرعی و اخلاقی به‌دور از هرگونه شبهه‌ای فراهم سازد، انجام می‌دهد (MatRahim et al, 2018, p. 153).

تفاوت اصلی میان بانکداری متعارف و بانکداری اسلامی در حرمت بسیاری از رذایل اخلاقی مانند ربا، غرر، ظلم، قرعه، مبادلات کالاهای ممنوع و زیان‌رسان برای بشر مانند مشروبات الکلی و دیگر مواردی است که مبتنی بر حق و عدل نیستند (الهیاری فرد و گنج‌بخش، ۱۴۰۲، ص. ۴۰). کسب درآمد از طریق وام‌دهی پول بدون قبول خطر در بانکداری اسلامی مذموم و مطرود است. در واقع، تقسیم سود و زیان در فعالیت‌های اقتصادی ناشی از مشارکت سرمایه، کار و مدیریت، تفاوت

-
1. Blockchain
 2. Smart Contract
 3. Payment Token
 4. Cryptocurrency
 5. Web3
 6. P2P

اصلی بانکداری اسلامی و بانکداری متعارف است (حمزه پور و همکاران، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۱). نظریه‌های مختلف مراجع در مورد احکام بانکداری، حکمرانی غیریکپارچه در ارکان حاکمیت در مورد مصادیق خطوط قرمز شرعی در مبادلات بانکی مانند جریمه تأخیر تأدیه (وجه التزام)، غیرشفاف بودن فرایندها و فقدان حاکمیت شرکتی اخلاق‌محور از جمله موارد ناشی از عملکرد دیوان‌سالاری در حوزه بانکی است که وجاهت بانکداری اسلامی در ایران را زیر سؤال می‌برد (الهپاری فرد و گنج‌بخش، ۱۴۰۲، ص. ۶۸). فقدان یکپارچگی در حکمرانی قوانین و نقض اصل ۴ قانون اساسی باعث شد تا از سویی مجوز دریافت خسارت تأخیر تأدیه صادر شود و از سوی دیگر، غیرشرعی بودن مطالبه خسارت تأخیر تأدیه اعلام شود (حاجیان و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۵). از سوی دیگر، عدم رعایت اصول بانکداری اسلامی و تبدیل شدن ماهیت پول از وسیله مبادله به هدف، یکی از موجبات افزایش تورم و کاهش ارزش پول در جامعه بوده است (محمدی‌راد و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۳۱۶).

به‌رغم سرمایه‌گذاری‌های عمده در بازار و شوق سرمایه‌گذاران برای سرمایه‌گذاری وجوه خود در حوزه‌های بلوک‌سالاری، هنوز هم در مورد پذیرش آن توسط برخی اقتصادهای جهان به‌خصوص کشورهای اسلامی، بعضی مسائل دارای تناقض است (Adam Sa'ad et al, 2019, p. 172) و این پرسش مطرح می‌شود که آیا قراردادهای هوشمند و رمزارزهای غیرمتمرکز در اصطلاح بانکداری اسلامی همخوانی دارد یا خیر؟

۱. مفهوم بلوک‌سالاری به‌مثابه جایگزینی برای دیوان‌سالاری

به‌طورکلی، بلوک‌سالاری را می‌توان محصول جنبش سایفرپانک^۱ دانست که اوج فعالیت آن به اواخر دهه‌های ۱۹۸۰ و ۱۹۹۰ برمی‌گردد (Ramiro & DeQueiroz, 2022, p. 3). این گروه علیه دولت و دیوان‌سالاری‌ها بودند. به نظر آن‌ها، دولت، حریم خصوصی افراد جامعه، ناشناس بودن، آزادی فردی و آزادی بیان را نقض می‌کرد (صانعی و پروین، ۱۳۹۹، ص. ۳۲۷). همچنین، آن‌ها مخالف دخالت دولت در هر شکلی در سامانه‌های مالی، اقتصادی و پولی بودند. از این‌رو برای ایجاد سامانه‌های پولی و مالی جدید می‌کوشیدند. سایفرپانک‌ها پول‌های دولتی را در حفظ قدرت

1. Cypherpunk

دولت و نیز بانک‌ها که نقش کلیدی در سامانه‌های پولی دارند، مهم می‌دانستند (Kavanagh & Ennis, 2020, p. 4). سایفرپانک‌ها خواهان ایجاد نوعی سامانه مالی دیجیتال بودند که نه تنها از دولت و بانک‌ها، بلکه از هر مقام دیوان‌سالاری مستقل باشد (Ramiro & DeQueiroz, 2022, p. 4). این موضوع، هدف بسیار دشواری را برای آن‌ها ایجاد کرد که چگونه می‌توان شکل امنی از سامانه دیجیتال را بدون وجود مرجع مرکزی توسعه داد که در آن سامانه، هیچ فردی نتواند اطلاعات موجود را جعل کند. در نتیجه، موضوعی جدید به نام بلوک‌سالاری در بحث حاکمیت پدیدار شد. در حوزه حاکمیتی بلوک‌سالاری، سکوه‌های اجماع تضمین می‌کنند که همه دستگاه‌های دخیل در این حوزه، نسخه‌های یکسانی از زنجیره بلوکی را به اشتراک می‌گذارند (Kavanagh & Ennis, 2020, p. 6). بنابراین، می‌توان گفت که بلوک‌سالاری توسط شبکه‌ای از این نسخه‌های همگام و یکسان از زنجیره بلوکی تشکیل می‌شود. قرارداد هوشمند زیرساخت تراکنش رایانه‌ای است که شرایط قرارداد را اجرا می‌کند و اهداف کلی آن، برآوردن شرایط قراردادی رایج مانند شرایط پرداخت، حق محرمانه بودن، به حداقل رساندن استثنائات مخرب و تصادفی و به حداقل رساندن نیاز به واسطه‌های مورد اعتماد است (نجات‌زادگان و سلطانی، ۱۴۰۱، ص. ۳۰۴). از سوی دیگر، منشأ رمزارزها را می‌توان در افکار ساتوشی ناکاموتو^۱، توسعه‌دهنده مستعار در سال ۲۰۰۹، زمانی که رمزارز بیت‌کوین^۲ را ایجاد کرد، ردیابی کرد (خادمان و همکاران، ۱۴۰۰، ص. ۳۵۰). این شکل از فناوری مالی برخلاف پول‌های الکترونیکی متمرکز و سامانه بانک مرکزی، ماهیت غیرمتمرکز دارد (ساواری، ۱۴۰۱، ص. ۱۱۷). رمزارز دارایی دیجیتالی است که برای کار به‌عنوان وسیله مبادله‌ای طراحی شده است که از رمزنگاری برای ایمن کردن تراکنش استفاده می‌کند (صادقی و همکاران، ۱۴۰۲، ص. ۴۲). این موضوع شامل شیوه‌ها و مطالعه روش‌هایی برای محافظت از ارتباطات در حضور اشخاص ثالث است (محمودی، ۱۳۹۸، ص. ۵۰۷). به این ترتیب، هر تراکنش به‌صورت دیجیتالی در بلوک‌ها ثبت می‌شود. این بلوک‌ها مانند دفتر کل یکپارچه توزیع شده عمل می‌کنند و هنگامی که بلوکی برای ظرفیت استفاده می‌شود، بلوک جدیدی ایجاد می‌شود (غلامی و همکاران، ۱۴۰۲، ص. ۲۸۴). این بلوک‌ها به ترتیب زمانی خطی هستند که

1. Satoshi Nakamoto

2. Bitcoin

به آن زنجیره بلوک می‌گویند و در حوزه بلوک‌سالاری^۱ تعریف می‌شوند (Kavanagh & Ennis, 2020, p. 3).

۲. حاکمیت در بلوک‌سالاری

در بلوک‌سالاری، هر لایه شکل متمایز و مستقل خود را در حاکمیت دارد (Dylan-Ennis et al, 2022, p. 89). این موضوع بر اساس جوامعی است که در آن‌ها، نهادهای متعدد و وابسته به هم وجود دارند و هیچ‌یک از آن‌ها اختیار تصمیم‌گیری یک‌جانبه و دیکته کردن اقدامات خود به دیگران را ندارند و در واقع، نوعی حکمرانی پدیدار می‌شود (Dylan-Ennis et al, 2022, p. 90). باید توجه داشت که مسئله حکمرانی مستلزم ایجاد ساختارها و فرایندهایی برای اطمینان از پیگیری مناسب اهداف جمعی، حفظ نظم، به حداقل رساندن تعارض، مشروعیت بخشیدن به اقدامات و کاهش مناسب عدم تقارن قدرت است (پروین و سیفی، ۱۴۰۲، ص. ۵۰). به این ترتیب، در بلوک‌سالاری سه نوع حاکمیت روی زنجیره^۲، خارج از زنجیره درون‌زا^۳ و خارج از زنجیره برون‌زا^۴ پدیدار می‌شود.

۱.۲. حاکمیت روی زنجیره

این نوع حاکمیت به قوانین و قراردادهایی اشاره دارد که مستقیماً در لایه نرم‌افزار تشکیل دهنده، کدگذاری و رمزنگاری شده‌اند. اگر فرایند کدگذاری قوانین و اجرای آن که در الگوریتم اجماع^۵ زنجیره بلوکی صورت می‌پذیرد، درست عمل کند، دیگر نیاز به حضور مرجع مرکزی مانند دولت نخواهد بود (منصوری و قائمی اصل، ۱۴۰۰، ص. ۳۰۳). این موضوع در ماهیت قراردادهای هوشمند و رمزارزهای غیرمتمرکز منعکس شده که بیان‌کننده این است که عامل انسانی و متمرکز، اعتمادناپذیر است و برعکس باید به رمزنگاری و الگوریتم‌های مربوط به آن ایمان داشت (Capocasale & Perboli, 2022, p. 205). در چنین رویکردی، کد و رمزنگاری‌های مربوط به آن، بدون تورش و مفسده است درحالی‌که تورش و فساد ممکن است با دخالت عامل انسانی پدیدار

-
1. Blockocracy
 2. On-Chain Governance
 3. Endogenous Off-Chain Governance
 4. Exogenous Off-Chain Governance
 5. Consensus Algorithm

شود (Balcerzak et al, 2022, p. 7). بنابراین، هدف اصلی از طرح قراردادهای هوشمند و رمزارز، جایگزینی روابط سنتی مالی و قراردادهای اجتماعی و اعتمادی میان افراد جامعه با روابط نوآورانه کد و رمز ماشینی است (Balcerzak et al, 2022, p. 7).

نکته جالب توجه در این حاکمیت این است که فرایند انعطاف‌ناپذیری مبتنی بر کد و رمز جبرگرایانه وجود دارد که قوانین الگوریتمی^۱ قراردادهای هوشمند و رمزارزها در آن کدگذاری شده است، اما این موارد منبع‌باز^۲ و از لحاظ نظری برای همه کاربران قابل مشاهده هستند که نوعی مردم‌سالاری در نظارت پیشینی را شکل می‌دهد. از این رو هرگونه تلاش برای دست‌کاری کد منبع یا زنجیره بلوکی، برای کاربران قابل مشاهده است.

۲.۲. حاکمیت خارج از زنجیره درون‌زا

از سوی دیگر، حاکمیتی به چشم می‌خورد که به فرایندهای تصمیم‌گیری اشاره دارد و توسط جامعه بلوکی برای حفظ و توسعه عملکرد بلوک‌سالاری اتخاذ می‌شود و ممکن است بر لایه‌ها تأثیر بگذارد که به آن حاکمیت خارج از زنجیره درون‌زا گفته می‌شود (Kavanagh & Ennis, 2020, p. 6).

با نگاه به این حاکمیت و حاکمیت روی زنجیره که در بخش پیش مورد بررسی قرار گرفت، تناقضی در ماهیت بلوک‌سالاری مشاهده می‌شود. هدف و طراحی صریح قراردادهای هوشمند و رمزارزهای غیرمتمرکز، رمزگذاری آن‌ها به‌عنوان سامانه‌ای خارج از مجموعه قوانین اجتماعی متمرکز است (Kavanagh & Ennis, 2020, p. 6). با این حال، باید توجه داشت که آن‌ها برای حفظ خود به‌طور متناقضی به جامعه اجتماعی متکی هستند (Kavanagh & Ennis, 2020, p. 6). در واقع، قراردادهای هوشمند و رمزارزها نه تنها به زیرساخت‌های فنی بستگی دارند، بلکه در نهایت، به اعتماد ایجادشده توسط همه شرکت‌کنندگان و جامعه کاربران نیز متکی هستند (دهقانی تفتی و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۴۰).

بحث اعتماد اجتماعی در میان ارکان بلوک‌سالاری، بر توانایی آن‌ها در ایجاد روابط میان کاربران و جامعه زنجیره بلوکی تأثیرگذار است (Zook & Blankenship, 2018, p. 3). در واقع،

1. Algorithm
2. Open Source

کاربران باید بر این باور باشند که برای توسعه و عملکرد بلوک‌سالاری مانند دیوان‌سالاری و سامانه‌های مالی سنتی، باید اهداف و مقاصد در میان همه افراد انسجام یابد. از این رو اعتماد اجتماعی همان چیزی است که شبکه را شکل می‌دهد و بلوک‌سالاری به همان اندازه که فناوری مبتنی بر کد و الگوریتم است، به همان اندازه نیز جنبش اجتماعی شمرده می‌شود (Zook & Blankenship, 2018, p. 5). همچنین، اقدامات افراد سرشناس^۱ در حوزه بلوک‌سالاری را می‌توان در قالب حاکمیت خارج از زنجیره درون‌زا قرار داد؛ زیرا این اقدامات به‌نوبه خود بر این محیط تأثیرگذار است (Kavanagh & Ennis, 2020, p. 7).

۳.۲. حاکمیت خارج از زنجیره برون‌زا

این دست از حاکمیت مربوط به قوانین و مقرراتی است که شخص ثالث مانند دولت که خارج از محیط زنجیره بلوکی است، بر جامعه بلوک‌سالاری تحمیل می‌کند و این جامعه به‌گونه‌ای از آن‌ها پیروی می‌کند. قواعد حاکمیت خارج از زنجیره برون‌زا شامل قوانین ملی، فراملی، مقررات، دستورالعمل‌های قانونی، استانداردهای فنی، قراردادهای قانونی، سیاست‌های مبادله‌ای ارزی و موارد مشابه است که از نهادهای سیاست‌گذار و تنظیم‌گر خارج از محیط زنجیره بلوکی صادر می‌شود (Dylan-Ennis et al, 2022, p. 95). باید توجه داشت که حاکمیت خارج از زنجیره برون‌زا جایی است که بلوک‌سالاری با دیوان‌سالاری روبه‌رو می‌شود (Kavanagh & Ennis, 2020, p. 8). در این خصوص، قراردادهای هوشمند و رمازرها با توجه به ماهیت پیچیده خود، چالش‌های عمده‌ای را برای تنظیم‌گران و سازمان‌های دولتی ایجاد می‌کنند. طرف‌داران عدم دخالت دولت در روابط مالی افراد جامعه بر این باورند که دفتر کل توزیع‌شده^۲ و فناوری زنجیره بلوکی، موضوع تنظیم‌گری و نظارت نهادهای حاکمیتی را منسوخ می‌کند، اما باید توجه داشت که

۱. برای مثال، ایلان ماسک ثروتمندترین فرد در جهان شمرده می‌شود. سرمایه‌گذاران در سال ۲۰۲۱ شروع به دنبال کردن حساب توئیتر ماسک کردند. این موضوع مصادف با آغاز توئیت کردن ماسک درباره بیت‌کوین و ارائه مشاوره مالی او بود. حساب توئیتر ماسک در هنگام انتشار این جستار بیش از ۱۹۳ میلیون دنبال‌کننده دارد. شایان توجه است که ارزش بیت‌کوین و بیشتر رمازرها در ابتدای فوریه ۲۰۲۱، هنگامی که ماسک به‌عنوان مدیرعامل تسلا در توئیتر اعلام کرد که شرکت او ۱/۵ میلیارد دلار برای خرید بیت‌کوین هزینه کرده است، به‌شدت افزایش یافت.

ادعای آن‌ها به‌طور مطلق نمی‌تواند درست باشد؛ زیرا فناوری زنجیره بلوکی تنها به ثبت و اعتبار تراکنش‌ها مربوط می‌شود و شرکت‌کنندگان در محیط زنجیره بلوکی و رمزارزها به‌تنهایی قادر به نظارت و تحریم رفتارهای نادرست دیگران به‌خصوص در بحث‌های مربوط به پول‌شویی و فرارهای مالیاتی نیستند. از این‌رو حضور دولت برای جلوگیری از افزایش حجم جرائم در جامعه بسیار مورد نیاز است (عسکری، ۱۴۰۰، ص. ۲۸۰). در واقع، دولت‌ها باید بکوشند تا به‌جای خشکاندن ریشه نوآوری، به مبارزه با جرم و جنایت در محیط زنجیره بلوکی با استفاده از راهکارهای کارآمد بپردازند.

۳. الزامات بلوک‌سالاری

الزامات بلوک‌سالاری بیشتر برای عرضه‌کنندگان و ارائه‌دهندگان خدمات قراردادهای هوشمند و رمزارزها تعیین می‌شود که با عنوان الزامات احتیاطی از آن‌ها یاد می‌شود (Crepaldi, 2019, p. 3). به‌طورکلی، حکمرانی قوی از طریق عملکردهای مدیریت ارشد و نظارت مناسب ایجاد می‌شود (قهرمانی افشار و پروین، ۱۴۰۰، ص. ۲۱۹). افزون‌بر این موضوع، داشتن منابع لازم برای راه‌اندازی سکوی معاملاتی مناسب، تضمین‌های خاصی را در مورد قابلیت اطمینان کسب‌وکار ایجاد می‌کند.

۱.۳. الزامات مربوط به دسترسی به سکو

حفاظت از عملکرد منظم معاملات معمولاً مستلزم ملاحظات و نظارت خاص بر افرادی است که به سکو دسترسی دارند و از آن استفاده می‌کنند (Crepaldi, 2019, p. 3). سکوهای معاملاتی^۱ باید فرایندها و نظارت‌های مناسبی داشته باشند؛ به‌ویژه نظارت بیشتر در دسترسی مستقیم به بنگاه‌های مالی کوچک و متوسط^۲ ضروری است. این موضوع هم به دلیل جلوگیری از به وجود آمدن تبعیض در دسترسی به سکو و هم برای جلوگیری و نظارت پیشینی در راستای وقوع جرائم در این حوزه بسیار اهمیت دارد.

1. Trading Platform
2. Small and Medium-Sized Enterprises (SME)

۲.۳. الزامات برای استحکام، انعطاف‌پذیری و یکپارچگی سیستم‌عامل

همواره یکی از آسیب‌پذیری‌های اصلی سکوهای معاملاتی، حملات سایبری^۱ به آن‌ها بوده است (Crepaldi, 2019, p. 3). از این رو فرایندها و نظارت‌های کافی به محافظت از آن‌ها در برابر هک یا سرقت‌های مالی کمک و این اطمینان را ایجاد می‌کند که آیا آن‌ها به اندازه کافی قوی و انعطاف‌پذیر هستند تا یکپارچگی تجارت را برای همه کاربران در این محیط فراهم کنند یا خیر؟

۳.۳. الزامات به کارگیری سکوهای دارای قراردادهای هوشمند

معاملات در زنجیره‌های بلوکی اعم از اثبات کار^۲، اثبات سهام^۳، اثبات سهام نماینده^۴، اثبات سهام اعتباری^۵ و تبادل میان توکن‌های خارج از زنجیره و ارتباطات میان‌زنجیره‌ای مستلزم اجرای قراردادهای هوشمند است که این موضوع رکن الزام‌آور برای معاملات غیرمتمرکز و فاقد نظارت شخص ثالث است و هرگونه تسامح در وقوع مفاد قرارداد جایی ندارد. از این رو اجرای قراردادهای بانکداری اسلامی به تمام‌وکمال و بدون دخالت‌های منفعت‌طلبانه واسطه‌گری وجوه می‌تواند به وقوع بپیوندد (Balcerzak et al, 2022, p. 8). به بیان دیگر، پس از عقد قرارداد میان مجری طرح سرمایه‌گذاری و سپرده‌گذار، هرگونه عدول از جانب مجری در حین اجرای طرح برحسب میزان ضرر و زیان وارده به طرح، او را مسئول جبران خسارت خواهد ساخت یا در زمان تقسیم سود، سهم سود مجری و سرمایه‌گذار از طریق قراردادهای هوشمند تقسیم می‌شود. مثال اجرایی سکوها را می‌توان در سکوهای تأمین مالی جمعی^۶ که از زنجیره بلوکی عمومی^۷ استفاده می‌کند، مشاهده کرد.

۴.۳. الزامات شفافیت و ممنوعیت اطلاعات نامتقارن

برای ارتقای کارایی و یکپارچگی معاملات در حوزه بلوک‌سالاری به خصوص رمزارزها، شفافیت

-
1. Cyberattack
 2. Proof of Work (PoW)
 3. Proof of Stake (PoS)
 4. Delegating Proof of Stake (DPoS)
 5. Proof of Stake Authority (PoSA)
 6. Crowdfunding Platforms
 7. Blockchains

اطلاعات پیش و پس از معامله، روش انتشار و کسب اطلاعات مربوط به سکوها بسیار مهم است (Al-Zoubi et al, 2022, p. 26). در بحث تجارت رمزارزها باید مشخص شود که آیا اطلاعات معاملاتی قابل اعتماد، به موقع و بدون تبعیض در دسترس عموم افراد جامعه قرار می‌گیرد یا خیر؟ افزون بر این موضوع، در حوزه بلوک‌سالاری به بحث در دسترس بودن و شفافیت قوانین و رویه‌های سکوها از جمله پردازش سفارش و چگونگی رسیدگی به خطاها و موارد لغوشده نیز توجه می‌شود.

۵.۳. الزامات ضد پول‌شویی و تروریسم

به‌طور کلی، از ارائه‌دهندگان خدمات غیرمتمرکز انتظار می‌رود که فعالیت خود را با استانداردهای قابل اجرا در خصوص مقابله با پول‌شویی و تروریسم مطابقت دهند (کدخدایی و نوروزپور، ۱۳۹۹، ص. ۲۵). بانک‌های مرکزی عمدتاً نخستین نهادهایی بودند که به ظهور رمزارزها به‌ویژه بیت‌کوین، با صدور بیانیه‌ها و هشدارهایی در مورد خطرات احتمالی آن‌ها واکنش نشان دادند (غمامی و علی‌پور، ۱۴۰۱، ص. ۱۶۸). همچنین، بسیاری از نهادهای دولتی و بین‌المللی مقرراتی را در خصوص انواع خاصی از محصولات دیجیتال غیرمتمرکز از جمله رمزارزها تنظیم کرده‌اند. باید توجه داشت که در غیاب استانداردها و راهنمایی‌های بین‌المللی، دولت‌ها رویکردها و دیدگاه‌های متفاوتی را اتخاذ کرده‌اند که اغلب تحت تأثیر سیاست‌های اتخاذشده در مورد نوآوری، دستورهای نهادهای نظارتی و سرعت و نوع رمزنگاری قرار گرفته است (مددی و قماش، ۱۴۰۰، ص. ۵۱۹). به‌طور کلی، این الزامات می‌تواند از طریق مواردی مانند ایجاد سامانه ثبت‌نام اولیه برای ارائه‌دهندگان خدمات غیرمتمرکز، ایجاد نهاد گروه اقدام ویژه خزانه‌داری، ایجاد سامانه قراردادهای معاملاتی کشور و موارد دیگر اعمال شود.

۶.۳. الزامات حفاظت از دارایی کاربران

سکوه‌های معاملاتی خدمات دیجیتال غیرمتمرکز ممکن است برخلاف سکوه‌های معاملاتی سنتی نتوانند دارایی افراد و کاربران را به‌طور کامل تضمین کنند (Miraz et al, 2022, P. 6). بنابراین، مقامات دولتی توجه دارند که چه اقداماتی برای حفاظت از دارایی‌های مشتریان مورد نیاز است (معینی‌فر، ۱۴۰۱، ص. ۶۰)؛ اطمینان از بازگشت منظم دارایی‌های مشتریان در صورت بسته شدن

سامانه، جلوگیری از استفاده از دارایی‌های مشتریان برای مقاصد اختصاصی، تسهیل نقل و انتقالات در سریع‌ترین زمان ممکن و شناسایی دارایی‌ها از جمله مهم‌ترین رویکردهای نظارتی در این خصوص است (Miraz et al, 2022, p. 6).

۴. بررسی تطبیقی بلوک‌سالی و دیوان‌سالی در بانکداری اسلامی

۱.۴. قراردادهای هوشمند

قراردادهای هوشمند امکان ثبت تغییرناپذیر و ایمن تمام قراردادهای و تراکنش‌هایی را که کاملاً قابل بازرسی هستند، فراهم می‌کند (نجات‌زادگان و سلطانی، ۱۴۰۱، ص. ۳۰۴). قراردادهای یادشده می‌تواند از محصولات مالی اسلامی حمایت کند تا قابلیت ورود آن به حوزه بانکداری اسلامی فراهم شود (Adam Sa'ad et al, 2019, p. 172). قراردادهای هوشمند عملیات بانکداری اسلامی را ساده می‌کند و کل فرایند قرارداد را خودکار می‌سازد. با ورود قراردادهای هوشمند به بانکداری اسلامی در چندین حوزه مانند بازارهای سرمایه اسلامی، بانکداری سرمایه‌گذاری (صکوک، بورس اسلامی و مدیریت ثروت اسلامی)، مالی تجارت و تأمین مالی جمعی، بانکداران و مشتریان به سکویی واحد می‌رسند. این موضوع منجر به کارایی فزاینده و کاهش زمان و هزینه پردازش معاملات می‌شود و اطلاعات نامتقارن را از محیط معاملات دور می‌سازد (منصوری و قائمی اصل، ۱۴۰۰، ص. ۳۰۶).

۲.۴. کارمزد واسطه‌گری وجوه

در بانکداری متعارف، وجود ناظر و امین موجب افزایش هزینه‌های واسطه‌گری وجوه می‌شود درحالی‌که در بانکداری مبتنی بر زنجیره بلوکی خصوصی^۱ و عمومی، هزینه‌های یادشده بیشتر کاهش می‌یابد (منصوری و قائمی اصل، ۱۴۰۰، ص. ۳۲۷).

۳.۴. مقیاس پذیری^۱

افزایش تراکنش‌ها و اعتبارسنج‌ها^۲، زمان تأیید تراکنش‌ها را در بلوک‌سالاری افزایش می‌دهد. این موضوع مانعی برای کارایی، بهره‌وری و توسعه بانکداری اخلاق‌محور و اسلامی مبتنی بر زنجیره‌های بلوکی عمومی است. از این‌رو در بلوک‌سالاری خصوصی به دلیل محدود بودن اعتبارسنج‌ها یا تمرکز در تأیید تراکنش‌ها، منعی در توسعه بانکداری و مقیاس‌پذیری وجود ندارد (Crepaldi, 2019, p. 4)؛ البته باید توجه داشت که با پیشرفت فناوری و افزایش سرعت زمان تأیید تراکنش‌ها در زنجیره‌های بلوکی عمومی، این مانع برطرف خواهد شد.

۴.۴. تأمین مالی نظیر به نظیر

بانکداری بلوک‌سالاری مهیاگر تأمین مالی نظیر به نظیر است و تأمین‌کنندگان منابع مالی به‌طور کامل از چگونگی تخصیص منابع که از سوی خودشان انجام می‌شود، مطلع هستند (Adam Sa'ad et al, 2019, p. 173) در حالی که در بانکداری دیوان‌سالاری چگونگی تخصیص منابع شفاف نیست و همه فعالیت‌های این حوزه از سوی بانک صورت می‌پذیرد.

۵.۴. فساد و تبانی، تعارض منافع و هک شدن سامانه

آنچه مشخص است، هرچه اعتبارسنج‌ها و ناظران تراکنش‌ها بیشتر باشد، مخاطرات فساد و تبانی^۳ و تعارض منافع کاهش می‌یابد (زمانیان و وطنی، ۱۴۰۱، ص. ۴۴۹). بلوک‌سالاری عمومی به دلیل افزایش اعتبارسنج‌ها و دفتر کل توزیع‌شده در میان شرکت‌کنندگان در زنجیره بلوکی، توجیه مالی، اقتصادی و فنی ندارد (زمانیان و وطنی، ۱۴۰۱، ص. ۴۵۰).

۶.۴. باز بودن و دخالت ذی‌نفعان

در بانکداری بلوک‌سالاری عمومی ورود افراد به زنجیره آزاد است. از این‌رو نیاز به اخذ مجوز خاص برای ورود به این حوزه نیست در حالی که ورود به بانکداری مبتنی بر زنجیره بلوکی

1. Scalability
2. Validators
3. Collusion and Corruption

خصوصی و بانکداری متعارف مستلزم اخذ مجوز است (زمانیان و وطنی، ۱۴۰۱، ص. ۴۴۷).

۷.۴. شفافیت و پاسخ‌گویی

دفتر کل توزیع‌شده در زنجیره بلوکی و اتصال بلوک‌ها به یکدیگر و نقش آن‌ها در تأیید تراکنش جدید و ذخیره آن در بلوک جدید همواره از شفافیت و پاسخ‌گویی بالایی برخوردار است که لازمه بانکداری اسلامی و اخلاق‌محور است.

۸.۴. مدیریت مخاطرات

در تأمین مالی نظیر به‌نظیر، شفافیت بیشتر، کاهش فساد، تبانی و هک شدن سامانه‌های مبتنی بر زنجیره وجود دارد، اما مدیریت مخاطرات عملیاتی، اعتباری و نقدینگی در بانکداری بلوک‌سالاری نسبت به بانکداری دیوان‌سالاری کمتر است (Lacasse et al, 2017, p. 4). این موضوع نیز با تغییر رویه‌های تنظیم‌گری و نهادینه شدن قوانین و مقررات در این حوزه برطرف می‌شود.

۹.۴. یکپارچگی تطبیق و تطبیق شرعی و اخلاقی

اعمال مقررات در قالب الگوریتم‌ها و کدها و عدم امکان تغییر آن موجب رعایت بیشتر مقررات و قوانین در بانکداری بلوک‌سالاری در مقایسه با بانکداری دیوان‌سالاری می‌شود.

۱۰.۴. شاخص‌های تطبیقی اخلاق‌محور

در جدول زیر، دیگر شاخص‌های ارزیابی بانکداری متمرکز که نمادی از بانکداری دیوان‌سالاری است، در مقایسه با دو نوع بانکداری بلوک‌سالاری خصوصی و عمومی از منظر اخلاق‌محور و اسلامی بودن مقایسه شده است. شاخص‌های متمایل به رنگ سبز بیان‌کننده بهبود شاخص‌های اخلاقی و اسلامی است و شاخص‌های متمایل به رنگ قرمز بیان‌کننده کاهش کیفی شاخص‌های اخلاقی و شرعی در بانکداری است.

در خصوص جدول زیر باید توجه داشت که مطابق فصل ۳ قانون عملیات بانکداری بدون ربا مصوب ۱۳۶۲، منابع حاصل از سپرده‌گذاری بر اساس عقود اسلامی تسهیلات پرداخت می‌شود. منابع یادشده یا وکالتی است یا تملیکی. از این رو بانک بر اساس حداکثرسازی منافع صاحبان سهام سیاست‌های اعتباری خود را تعیین می‌کند و سپرده‌گذار از چگونگی سرمایه‌گذاری و تخصیص

منابع خود مطلع نیست. به بیان دیگر، در این شیوه بانکداری، تأمین مالی نظیر به نظیر ممکن نیست.

جدول «یک»: بررسی شاخص‌های اخلاقی و شرعی در بانکداری دیوان‌سالاری و بلوک‌سالاری

| تطبیق حکمرانی دیوان‌سالاری و بلوک‌سالاری | سامانه‌های ابری متمرکز (دیوان‌سالاری) | زنجیره بلوکی خصوصی (بلوک‌سالاری) | زنجیره بلوکی عمومی غیرمتمرکز (بلوک‌سالاری) |
|--|---------------------------------------|----------------------------------|--|
| تأمین مالی نظیر به نظیر (P2P) | عدم تطابق | تطابق نسبی | تطابق کامل |
| دخالت تمام ذی‌نفعان | تطابق نسبی | تطابق نسبی | تطابق کامل |
| شفافیت | عدم تطابق | تطابق نسبی | تطابق کامل |
| پاسخ‌گویی به ذی‌نفعان | عدم تطابق | تطابق نسبی | تطابق کامل |
| رعایت اصول تعارض منافع | عدم تطابق | تطابق نسبی | تطابق کامل |
| استقلال مدیریت | عدم تطابق | تطابق نسبی | تطابق کامل |
| حسابرسی و بازرسی | تطابق نسبی | تطابق نسبی | تطابق کامل |
| توان نظارتی | تطابق نسبی | تطابق کامل | تطابق نسبی |
| یکپارچگی تطبیق | تطابق نسبی | تطابق نسبی | تطابق کامل |
| مدیریت مخاطرات | تطابق نسبی | تطابق کامل | تطابق نسبی |
| بهره‌وری و کارایی | تطابق نسبی | تطابق نسبی | تطابق نسبی |
| منبع‌باز بودن | عدم تطابق | تطابق نسبی | تطابق کامل |
| مقیاس‌پذیری | تطابق کامل | تطابق کامل | عدم تطابق |
| جهانی شدن | عدم تطابق | تطابق نسبی | تطابق کامل |
| مبارزه با تروریسم | تطابق نسبی | تطابق کامل | تطابق نسبی |
| اخذ مالیات | تطابق نسبی | تطابق نسبی | تطابق نسبی |
| تطبیق شرعی و اخلاقی | تطابق نسبی | تطابق کامل | تطابق کامل |
| حکمرانی مطلوب | عدم تطابق | تطابق نسبی | تطابق کامل |
| جلوگیری از فساد و تبانی | عدم تطابق | تطابق نسبی | تطابق کامل |

۵. دیگر مصادیق اختلال در تجربه بانکداری دیوان‌سالاری

بررسی رویدادهای تاریخی در حوزه حکمرانی دیوان‌سالاری بانکداری ایران در ۴۰ سال گذشته بیان‌کننده آزمون و خطاهایی در حوزه قانون‌گذاری، نظارت شرعی، فرایندهای عملیاتی و مدیریتی است که نقایص دیوان‌سالاری در حوزه بانکی را نشان می‌دهد (سیمپاری و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۷۷). در جدول زیر برخی از مصادیق مهم اختلال در حوزه حکمرانی بانکداری ایران نشان داده شده است که در نهایت، با چرخش به سمت بلوک‌سالاری می‌توان اختلال‌های حکمرانی را در دو مرحله بلوک‌سالاری خصوصی و در حالت ایدئال آن، بلوک‌سالاری عمومی برطرف کرد.

جدول «دو»: برخی مصادیق فقدان حکمرانی یکپارچه مطلوب در دیوان‌سالاری و راهکار استقرار بلوک‌سالاری در بانکداری اسلامی ایران

| مصادیق اختلال | نوع اختلال در دیوان‌سالاری | راهکار بلوک‌سالاری |
|---------------------------------|--|--|
| جریمه تأخیر تأدیه | تعدد آرای حاکمیتی و اطلاعات نامتقارن | بررسی میزان سود ناشی از تأخیر وام‌گیرنده و تقسیم با سپرده‌گذار |
| خلق پول | چگونگی مصرف خلق پول و منفعت‌طلبی | بررسی چگونگی مصرف خلق پول ایجادشده و مدیریت اعتبار توسط سازمان نظارتی (سفته‌بازی یا تولید) |
| مجوز تأسیس بانکداری خصوصی | منفعت‌طلبی، حجیم شدن ترازنامه بانکی و فعالیت‌های غیربانکی | سیاست نظارتی مؤثر بر نوع فعالیت بانکداری خصوصی و تعیین تکلیف آن در صورت عدول از سیاست (خلع فعالیت) |
| قانون رفع موانع تولید | ایجاد تورم به بهانه برطرف کردن موانع تولید بدون ایجاد راهکار کارآمد | هوشمندسازی در برطرف کردن موانع تولید بدون ایجاد بحران‌های پولی و مالی |
| تسهیلات تکلیفی و اضافه‌برداشت | اضافه‌برداشت و افزایش پول پر قدرت، نقدینگی و تورم | عدم استفاده از منابع بانک مرکزی و افزایش پول پر قدرت و نقدینگی |
| فقدان شفافیت در وثایق و تضمینات | اعمال سلیقه، ناکارآمدی بازرسی و حسابرسی، تضاد منافع، فقدان حاکمیت شرکتی و فقدان نظارت برون‌سازمانی | اخذ تضمینات در زنجیره بلوکی اختصاصی سازمان ثبت و قفل کردن وثایق و تضمینات تا انتهای پرداخت |

| | | |
|---|--|--|
| اقساط | | |
| فقدان نقدینگی، کاهش توان وام‌دهی بانک‌ها، بهره‌گیری از تورم برای افزایش کفایت سرمایه | صدور توکن‌های (با پشتیبان دارایی) وثایق تملیکی و ترویج آن از طریق بازار بورس و فرابورس مستغلات | دارایی‌های منجمد (وثایق تملیکی) |
| عدم هماهنگی میان محاکم قضایی و بخش‌های حقوقی و وصول مطالبات بانک‌ها و فقدان نهادسازی مؤثر میان اجرای ثبت و بانک | انتقال اجرای اسناد از ثبت به بانک‌ها و لزوم شفافیت در مراحل اجرای اسناد در بستر زنجیره بلوکی قابل رهگیری توسط محاکم قضایی | نقص آیین‌نامه اجرای اسناد لازم‌الاجرا |
| فقدان سازوکار شناسایی منشأ صدور سندهای معاملاتی برای تأمین مالی | شناسایی منشأ صدور سندهای معاملاتی و جلوگیری از ورود رسیده‌های معاملاتی صوری به محیط زنجیره بلوکی | سندهای صوری |
| نقش حیاتی عامل نظارتی در اسناد تجاری و نقش عامل انسانی در بروز تقلب | عدم نیاز به نقش نظارتی دائمی دولت در اسناد تجاری و عدم بروز تقلب در محیط زنجیره بلوکی | اسناد تجاری (سفته، برات، چک و ...) |
| وجود قراردادهای دستی بدون نظارت دقیق و تأیید اطراف معامله و نقش عامل انسانی در بروز تالی فاسد | اجرای دقیق شرایط قراردادهای اسلامی و نظارت خودکار | عدم اجرای دقیق عقود اسلامی |
| فقدان پایش قراردادهای که نتیجه آن موجب به‌کارگیری ناقص عقود اسلامی و راکد شدن برخی از آن‌ها در حوزه بانکی شده است | شناسایی چرایی عدم اجرای عقود اسلامی در شرایط کنونی و تبیین شرایط ایجاد عقود جدید اسلامی (عقود مستحده) متناسب با شرایط روز توسط کمیته فقهی بانک مرکزی | راکد بودن برخی از عقود اسلامی و عدم تطبیق با شرایط روز |
| فقدان سامانه‌های یکپارچه و استاندارد موجب ناکارایی ارکان نظارتی به‌رغم تعدد آن شده است | ایجاد یکپارچگی حکمرانی نظارتی توسط نهادهای حاکمیتی بر قوانین و مقررات بانکی با قابلیت رهگیری | جزیره‌ای بودن ارکان نظارتی حاکمیت |

۶. تطبیق قانون عملیات بانکداری اسلامی بدون ربا و اصول قانون اساسی با ارکان بلوک‌سالاری

پس از بررسی مفهوم و ارکان بلوک‌سالاری و قابلیت‌های این حوزه نوین در حل موانع تحقق

بانکداری اسلامی واقعی که از عهده دیوان‌سالاری خارج است، با توجه به قوانین بالادستی در نظام بانکی جمهوری اسلامی ایران، مهم‌ترین اصول بانکداری اسلامی برای تطبیق با ارکان بلوک‌سالاری به شرح زیر آورده می‌شود.

۱.۶. حق و عدل

روح حاکم بر اصول قانون اساسی مطابق اصل ۱ آن عبارت است از تحقق حق و عدل در حکومت که در تمام ارکان و لایه‌های اجرایی حکومت از جمله بانکداری قابل تسری است (عبدالرحیمی و رضایی، ۱۴۰۱، ص. ۲۹۶). در بند ۱ ماده ۱ قانون عملیات بانکداری بدون ربا (بهره)^۱ مصوب ۱۳۶۲، بر استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حق و عدل برای گردش صحیح پول و اعتبار در راستای سلامت و رشد اقتصاد کشور تأکید شده است، اما مصادیق قانونی و عملیاتی حق و عدل در عملیات بانکی به‌طور صریح مشاهده نمی‌شود (مرادی و سیدی، ۱۴۰۱، ص. ۶۶۲). از این‌رو چنین استنباط می‌شود که قانون‌گذار معیارهای حق و عدل را برای مخاطب مشهود و معلوم مفروض دانسته است، اما معیارهای حق و عدل چیست؟

واژه «حق» به معانی مختلف به کار برده شده و تعاریف مختلفی برای آن بیان شده است. از منظر حقوقی، کاتوزیان در کتاب مقدمه علم حقوق، حق را چنین تعریف کرده است «سلطه و اختیاری است که حقوق هر کشور به‌منظور حفظ منافع اشخاص به آن‌ها می‌دهد» (کاتوزیان، ۱۴۰۲، ص. ۲۴۹). از منظر تفسیر قرآن نیز امین‌الاسلام طبرسی در مجمع‌البیان چنین می‌فرماید «حق را قرار گرفتن چیزی در موضع خودش [که آن موضع برای وی در نظر گرفته شده است] نیز گفته‌اند» (طبرسی، ۱۳۸۴، ج ۴، ص. ۳۶۳).

چنین به نظر می‌رسد که انشای قانون برای اجرای حق، معیارها و مصادیق آن در بانکداری تنها با اجرای قانون عملیات بانکداری بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ اجرایی نخواهد شد. در واقع، واژه‌های حق و عدل دارای مفاهیم پیچیده فلسفی، حقوقی و فقهی است. واژه‌های یادشده در نص قوانین مرجع مرتبط به حوزه بانکداری اسلامی موجب تحقق آن‌ها نمی‌شود، اما آنچه استنباط

۱. در بند ۱ ماده ۱ قانون عملیات بانکداری آمده است «استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حق و عدل (با ضوابط اسلامی) به‌منظور تنظیم گردش صحیح پول و اعتبار در جهت سلامت و رشد اقتصاد کشور».

می‌شود این است که مقوله‌های حق و عدل منبعث از فطرت انسان است که به‌رغم اینکه می‌توان مصادیق آن را در قاعده‌های فقهی یافت، دارای درکی جهان‌شمول است که با اخلاق مرتبط است و باید در تمام شئون و ارکان نظام بانکی در کشور رعایت شود. منتها فرموله کردن آن را نباید تنها در قوانین مرجع یافت و روح حاکم بر آن را که در رفتار انسان اخلاق مدار متجلی است، فراموش کرد.

توانایی بلوک‌سالاری در مشخص کردن معیارهای حق و عدل انکارناپذیر است. این موضوع از طریق طراحی سامانه‌ها و پایگاه‌های مربوط به داده‌های فقهی تحت نظارت فقهای مجتهد در زمینه بانکداری اسلامی و اقتصاد صورت می‌پذیرد (منصوری و قائمی‌اصل، ۱۴۰۰، ص. ۲۹۸). تجربه نشان داده است که صرف اتکا بر کارشناسان و نهادهای پولی و بانکی، وسیله کارآمدی در این خصوص نبوده است و در اکثر عرصه‌هایی که متضمن حق و عدل در جامعه است، این موضوع نمایان می‌شود. مصادیق موضوع اخیر را می‌توان در اجرای فعالیت بانکداری بدون ربا از سال ۱۳۶۳ در بانک‌های دولتی مورد مطالعه قرار داد؛ افزایش مطالبات معوق بانک‌ها از بخش خصوصی و دولتی، عدم تعادل منابع و مصارف در بانک‌ها، افزایش هزینه‌های اجرایی دولت در بانک‌ها، تورم، فساد و... مصادیقی در این خصوص هستند که مغایر با حق و عدل و قاعده لا تظلمون و لا تظلمون شمرده می‌شوند (نوابی مقدم و همکاران، ۱۴۰۲، ص. ۱۷۰). موضوع دیگر نیز این است که عدم توجه بانک‌ها به اصول مربوط به بلوک‌سالاری ممکن است موجب سرمایه‌گذاری آن‌ها در بخش‌های دارای بازدهی با سود بسیار کم شود. از آنجا که اصل این وجوه متعلق به افراد جامعه است و بانک‌ها در مقام وکیل، مصلحت مالی موکلان خود را رعایت نکرده‌اند، این موضوع نیز مغایر با اصل حق و عدل شمرده می‌شود.

۲.۶. گسترش تعاون عمومی و قرض‌الحسنه

بند ۳ ماده ۱ قانون عملیات بانکداری بدون ربا^۱ بر گسترش تعاون عمومی و قرض‌الحسنه از

۱. در بند ۳ ماده ۱ قانون عملیات بانکداری بدون ربا آمده است «ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش تعاون عمومی و قرض‌الحسنه از طریق جذب و جلب وجوه آزاد و اندوخته‌ها و پس‌اندازها و سپرده‌ها و بسیج و تجهیز آن‌ها در جهت تأمین شرایط و امکانات کار و سرمایه‌گذاری به‌منظور اجرای بندهای ۲ و ۹ اصل ۴۳ قانون اساسی».

طریق تجهیز منابع وجوه آزاد، اندوخته‌ها، پس‌اندازها، سپرده‌ها و بسیج آن‌ها در راستای تأمین شرایط و امکانات کار و سرمایه‌گذاری تأکیده کرده است که برای تحقق اجرای بندهای ۲ و ۹ اصل ۴۳ قانون اساسی است (حاجی‌پور و صفرپور سدهی، ۱۳۹۵، صص. ۱۱۶ و ۱۲۲). از سویی اعطای وام، اعتبار و ارائه دیگر خدمات بانکی به تعاونی‌های قانونی در راستای پیش‌گزینه تحقق بند ۲ اصل ۴۳ قانون اساسی بیان شده است (حاجی‌پور و صفرپور سدهی، ۱۳۹۵، صص. ۱۱۶ و ۱۲۲). نکته مهم در اینجا این است که برخورد سلیقه‌ای بانک‌ها با این موضوعات سبب ناهمگونی در ارائه خدمات بانکداری به افراد جامعه شده است که این رویه موجب محو شدن اصول بانکداری اسلامی از فعالیت بانکی کشور می‌شود. بنابراین، از آنجاکه رویه بانکداری کنونی پس از گذشت بیش از ۴۰ سال از زمان اجرا، هنوز موفق به تحقق اصول بانکداری اسلامی در حوزه بانکداری کشور نشده است، می‌توان بر الزام نقش بلوک‌سالاری برای فراهم کردن ابزار و وسایل لازم در راستای گسترش قرض‌الحسنه در بانک‌ها تأکید کرد که این مورد یکی از مهم‌ترین موارد تحقق بانکداری اسلامی است. ورود بلوک‌سالاری به حوزه فعالیت بانکی کشور سبب جلوگیری از برخورد سلیقه‌ای بانک‌ها در ارائه این دسته از خدمات و آفرینش وحدت رویه در ارائه خدمات می‌شود.

۳.۶. حفظ ارزش پول

بند ۴ ماده ۱ قانون عملیات بانکداری بدون ربا^۱ در راستای تأکید بر حمایت از پول ملی، ایجاد تعادل در تراز پرداخت‌ها و تمهیدات لازم برای مبادلات بازرگانی به منظور تحقق اهداف یادشده در اصل ۴۳ قانون اساسی است. این بند همچنین، مانع انحصار و احتکار، ربا، ضرررسانی به غیر و دیگر معاملات باطل و حرام می‌شود (الهیاری فرد و گنج‌بخش، ۱۴۰۲، ص. ۴۵).

به‌طورکلی، تورم بیش از ۳ درصد در سال که در متون علم اقتصاد حسب شدت آن به ترتیب با عناوین تورم رونده^۲، تورم سواره^۳ و ابرتورم^۴ نامیده می‌شوند، پدیده مذموم اقتصادی است. منشأ

۱. در بند ۴ ماده ۱ قانون عملیات بانکداری بدون ربا آمده است «حفظ ارزش پول و ایجاد تعادل در موازنه پرداخت‌ها و تسهیل مبادلات بازرگانی به منظور تحقق بند ۵ اصل ۴۳ قانون اساسی، منع اضرار به غیر و انحصار و احتکار و ربا و دیگر معاملات باطل و حرام».

تورم ناشی از فشار هزینه^۱، فشار تقاضا^۲، ساختاری^۳ یا ترکیبی از همه موارد یادشده است. عدم تناسب رشد نقدینگی و حجم پول با تولید دلیل اصلی تورم ناشی از فشار تقاضا، فشار هزینه و انتظارات تورمی یا همان تورم ساختاری است. باید توجه داشت که ابرتورم عواقب مخربی را در کشورهای مختلف از خود به جا می‌گذارد (محمدی راد و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۳۰۰). در واقع، تورم نوعی تکانه اقتصادی فاجعه‌بار است که منشأ پولی دلیل عمده آن است؛ یعنی همان تکانه‌هایی که ترازنامه بانک مرکزی ایجاد می‌کند (محمدی راد و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۳۰۰). همچنین، پول اعتباری سنتی همواره خطر ذاتی مازاد عرضه پول را با خود به دوش می‌کشد؛ به‌خصوص آن زمانی که استقلال نهادی قدرت پولی مرکزی با عناصر سیاسی به خطر افتد. دلیل رشد نقدینگی و عدم تناسب آن با میزان تولید در کشور، ناشی از دلایلی از جمله افزایش خالص مطالبات نظام بانکی از دولت، خالص مطالبات نظام بانکی از بخش خصوصی یا خالص دارایی‌های خارجی نظام بانکی است^۴. فقدان شفافیت در هزینه‌کرد بودجه دولت، همچنین افزایش بدهی دولت به نظام بانکی، فشار حاکمیتی به بانک مرکزی و ایراد خدشه به استقلال این نهاد مهم مالی، و اضافه‌برداشت نظام بانکی از منابع بانک مرکزی دلیل اصلی رشد پایه پولی و نقدینگی است.

رمزارزهای متمرکز می‌تواند عامل مؤثر در سیاست‌گذاری و قاعده‌مندی نرخ تورم باشد. دلیل مهم آن در شفافیت چگونگی انتشار آن و پایش دقیق و برخط عوامل مؤثر در رشد نقدینگی است. رمزارزهای غیرمتمرکز نیز به‌عنوان حوزه مهمی از بلوک‌سالاری نقش اساسی را در چرخه اقتصادی اجرا می‌کند. نکته مهم این است که به دلیل ماهیت غیرمتمرکز رمزارزها، نمی‌توان آن‌ها را با عناصر نهادی سیاسی شده دست‌کاری یا توسط مقامات پولی سوء، مدیریت کرد. در رقابت با شبکه‌های تسویه‌حساب بین‌المللی، رمزارزها شبکه تسویه‌حساب جایگزین و مبنایی برای ارزهای جهان‌روا ارائه می‌کنند که به دست‌کاری نهادی سیاسی وابسته نیست (آهنگران، ۱۴۰۰، ص. ۸۳).

3. Galloping Inflation

4. Hyperinflation

1. Cost-Push Inflation

2. Demand-Pull Inflation

3. Built-in Inflation

۴. برای اطلاع بیشتر به کتاب‌های درسی و متعارف نظریه‌های پولی اقتصاد کلان مراجعه شود.

ماهیت غیرسیاسی رمزارز به این معنی است که می‌تواند از ابرتورم جلوگیری کند. برای مثال، برای رمزارز بیت‌کوین مقدار نهایی و ثابتی وجود دارد (۲۱ میلیون واحد) و زمانی که به آن حد استخراج رسید، عرضه افزایش نخواهد یافت. بنابراین، چنین ابزاری را نمی‌توان با تمایلات گروهی، جناحی و سیاسی گسترش داد و در نتیجه، نمی‌توان آن را برای راهکارهایی که عرضه پول را به شدت افزایش می‌دهد، به کار برد، بلکه نیاز به اجماع قاطع شبکه غیرمتمرکز و توزیع شده دارد (Ferrari, 2020, p. 340). از سوی دیگر، رمزارز اتریوم^۱ نرخ خالص انتشار رمزارزها را به اندازه زیادی کمتر از رمزارز بیت‌کوین نشان می‌دهد که این موضوع با از بین بردن کارمزدهای مربوط به هر تراکنش به دست می‌آید (DeVries, 2023, p. 4). در بسیاری از موارد، میزان سوختن^۲ و منقضی شدن رمزارزهای اتریوم از ایجاد رمزارزهای جدید توسط شبکه پیشی می‌گیرد. در نتیجه، اتریوم به طور بالقوه تبدیل به نخستین رمزارز کاهش‌دهنده تورم در جهان می‌شود (Frowis & Bohme, 2019, p. 9). رمزارز را نمی‌توان در گروه پول قانونی (فیات) کشور قرار داد (نوروزی و شعبانی، ۱۴۰۰، ص. ۱۲)، اما ویژگی‌های رمزارز سبب کاهش تورم در کشور می‌شود و در نتیجه، افزایش ارزش پول ملی را به همراه دارد.

نتیجه‌گیری

فناوری زنجیره بلوکی مغایرتی با اصول مالیه اخلاق‌محور و شرعی ندارد؛ زیرا ماهیت آن به طور بالقوه منطبق با اصول شرعی و اخلاق است. از این رو اصول آن را می‌توان روی زنجیره و قراردادهای هوشمند پیاده کرد. در این میان، آشفتگی کنونی مبتنی بر رویه‌های متعارف تالی فاسد بانکداری در سطح کشور موجب رکود عقود اسلامی و عدم تناسب فعالیت‌های بانکداری با نیاز روز و انتظارات مبتنی بر فناوری‌های نوین مالی اخلاق‌محور شده است. به نظر می‌رسد در دهه‌های آینده نقش سنتی تجارت در سطح بانکداری منسوخ و بلوک‌سالاری جایگزین آن شود. از سویی ناشناس بودن افراد در زنجیره بلوکی عمومی در فناوری نوین یادشده ایراد اصلی است

1. Ethereum

۲. سازندگان رمزارز، رمزارزها را می‌سوزانند تا ارزش رمزارزهایی را که در گردش باقی می‌ماند، افزایش دهند. این موضوع بی‌شبهت به آنچه در حوزه نفت اتفاق می‌افتد، نیست. اگر قیمت هر بشکه نفت خام به دلیل اشباع در عرضه کاهش یابد و تقاضا نسبتاً بالا نباشد، کشورهای تولیدکننده نفت عرضه را کاهش می‌دهند تا قیمت‌ها دوباره بالا برود.

که مطابق با راهکارهای نوین کشورهای پیشرفته، سازوکار نهادی و فرایندهای مربوط به آن به‌منظور اجتناب از جرائم سازمان‌یافته و فرار مالیاتی برای احراز هویت (KYC) ضروری است. این راهکارها برای تضمین حقوق کاربران در بانکداری اخلاق‌محور و اسلامی بسیار پراهمیت است. این تحقیق نشان می‌دهد که بلوک‌سالاری سه مزیت بالقوه را نسبت به رویه کنونی بانکداری در خصوص تحقق اهداف مندرج در قانون اساسی با خود به همراه دارد که شامل معیارهای حق و عدل در محیط زنجیره بلوکی، گسترش تعاون و قرض‌الحسنه و جلوگیری از فساد و تبانی که لازمه اقتصاد سالم و با ثبات برای مهار بحران‌های اقتصادی مانند تورم و ناعدالتی در اقتصاد است، می‌شود. درنهایت، باید اطمینان حاصل شود که اشخاص به‌جای سامانه کاملاً غیرمتمرکز بدون تنظیم‌گری، از سامانه غیرمتمرکز، اما همراه با بسترهای نهادی و تنظیم‌گری در محیط بانکداری استفاده کنند.

منابع

- ۱) آهنگران، روح‌الله (۱۴۰۰). رمزینہ ارزہا از دیدگاه فقہ و حقوق و چالش‌های مرتبط با آن؛ با تأکید بر رمزارز بیت‌کوین. چاپ ۱، تهران: میعاد اندیشه.
- ۲) الہیاری فرد، علی و گنج‌بخش، محمود (۱۴۰۲). نقش یکپارچگی حکمرانی در بانکداری اسلامی (با تأکید بر نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و مالزی). تحقیقات مالی اسلامی، ۱۲ (ویژہ‌نامہ اول؛ اولین ہمایش ملی بانکداری اسلامی ایران)، صص. ۳۷-۷۲. doi: 10.30497/ifr.2023.244139.1769
- ۳) پروین، خیرالله و سیفی، محمدمہدی (۱۴۰۲). اصل شفافیت در فرایند قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال آلمان؛ بررسی موردی: مشارکت عمومی. فصلنامہ دانش حقوق عمومی، ۱۲ (۴۱)، صص. ۴۹-۷۴. doi: 10.22034/qjplk.2023.1604.1487
- ۴) حاجیان، ہانی، سرخوش، جواد و اکبری دهنو، میثم (۱۳۹۹). علت تعارض آرای شورای نگہبان در مسئلہ خسارت تأخیر تأدیہ. فصلنامہ دانش حقوق عمومی، ۹ (۲۷)، صص. ۱-۲۸. doi: 10.22034/qjplk.2020.188
- ۵) حاجی پور، مرتضی و صفرپور سدھی، عیسی (۱۳۹۵). بررسی سود در تسهیلات مشروط بانکی. مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ۶ (۱۱)، صص. ۱۱۳-۱۴۱.
- ۶) حمزہ پور، مہدی، محمدی، روح‌الله و حسینی فر، ہدی (۱۳۹۱). بررسی رابطہ بین کیفیت خدمات، رضایت مشتری و عملکرد بانکداری مشارکت در سود و زیان. تحقیقات مالی اسلامی، ۲ (۱)، صص. ۹۹-۱۱۴.
- ۷) خادمان، محمود، کوشا، ابوطالب و نوری، فاطمہ (۱۴۰۰). شناسایی ماہیت حقوقی رمزارزہا با تحلیل ساختاری آن‌ہا در نظام حقوقی ایران. مجلہ حقوقی دادگستری، دورہ ۸۵، شمارہ ۱۱۵. doi: 10.22106/jlj.2021.137039.3698
- ۸) دہقانی تفتی، مجتبی، افضل‌ی مہر، مرضیہ، اسکینی، ربیعا (۱۴۰۱). مطالعہ تطبیقی الزامات حقوقی طراحی قراردادهای ہوشمند دیجیتالی در حقوق ایران و فرانسه. پژوهش‌نامہ حقوق تطبیقی، ۶ (۲)، صص. ۲۹-۵۱. doi: 10.22080/lps.2022.23257.1314
- ۹) زارعی، محمدحسین و متانی، محمدعلی (۱۳۹۸). حقوق تنظیمی بانکی و آسیب‌های آن در نظام بانکی ایران. فصلنامہ تحقیقات حقوقی. doi: 10.22034/jlr.2019.166032.1308
- ۱۰) زمانیان، معصومہ و وطنی، زہرا (۱۴۰۱). افزایش کارایی اعتبارات اسنادی با فناوری بلاک‌چین خصوصی و قرارداد ہوشمند و ارزیابی تطبیقی میزان سازگاری قوانین با آن. فصلنامہ تحقیقات حقوقی، ۲۵، صص. ۴۴۵-۴۷۸. doi: 10.52547/jlr.2022.225225.2067

- (۱۱) ساورایی، پرویز (۱۴۰۱). شناخت رمزارز و چالش‌های پیش روی نظام‌های حقوقی. فصلنامه تحقیقات حقوقی (ویژه‌نامه حقوق و فناوری)، دوره ۲۵. doi: 10.52547/jlr.2022.228506.2293
- (۱۲) سیمپاری، محمدرضا، قوام، محمدحسین، آقایی، علی، حسن‌زاده سروستانی، حسین (۱۴۰۱). چالش‌های بازار بین‌بانکی ایران و ارائه راهکار در چهارچوب اقتصاد مقاومتی. تحقیقات مالی اسلامی، ۱۲ (۱)، صص. ۵۹-۱۰۶. doi: 10.30497/ifr.2021.239897.1575
- (۱۳) صادقی، حسین، نوری، فاطمه و ناصر، مهدی (۱۴۰۲). استنادپذیری حقوقی داده‌های متضمن اطلاعات پرداخت مبتنی بر رمزارز. تعالی حقوق، ۹ (۲)، صص. ۳۷-۶۳. doi: 10.22034/thdad.2022.1972684.2295
- (۱۴) صانعی، مهدیه و پروین، خیرالله (۱۳۹۹). جستاری در کارآمدی برنامه‌ریزی توسعه با رویکرد آسیب‌شناسی و شناخت جایگاه حقوقی آن. مجله پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی، ۱۱ (۴۳)، صص. ۳۴۱-۳۲۳
- (۱۵) طبرسی، فضل‌بن حسن (۱۳۸۴). مجمع‌البیان فی تفسیرالقرآن (جلد ۴). چاپ ۳، تهران: ناصرخسرو.
- (۱۶) عبدالرحیمی، ملیحه و رضایی، علی (۱۴۰۱). سازوکار مؤثر حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی بانک‌های ایرانی با نظر به ظرفیت‌های فقهی. پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۲۳ (۲)، صص. ۲۹۵-۳۲۶. doi: 10.30497/law.2022.239565.2913
- (۱۷) عسکری، سجاد (۱۴۰۰). نسبت‌شناسی ارز و رمزارز در نظام تقنینی ایران. مجله حقوقی دادگستری، ۸۵ (۱۱۳). doi: 10.22106/jlj.2020.120416.3127
- (۱۸) غلامی، یاسر، جوادی، میثم و مقدسی، محمداقبر (۱۴۰۲). اجرای احکام مدنی از محل ارزهای دیجیتال. مجله حقوقی دادگستری، ۸۷ (۱۲۱). doi: 10.22106/jlj.2022.549098.4701
- (۱۹) غمامی، سیدمحمد مهدی و علی‌پور، محمدرضا (۱۴۰۱). بررسی تطبیقی مواجهه با رمزارزها در نظام‌های حقوقی ایران و آمریکا. دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، ۲۹ (۲۱). doi: 10.22067/economlaw.2022.77059.1184
- (۲۰) قهرمانی افشار، یاسر و پروین، خیرالله (۱۴۰۰). درآمدی بر مؤلفه‌های حقوقی دولت؛ بررسی الگوی مدرن غربی و نظام جمهوری اسلامی ایران. دولت‌پژوهی، ۷ (۲۷). doi: 10.22054/tssq.2021.56701.1022
- (۲۱) کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۲). مقدمه علم حقوق. تهران: گنج‌دانش.
- (۲۲) کدخدایی، عباسعلی و نوروزپور، حسام (۱۳۹۹). چالش ارزهای مجازی در مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم با تأکید بر اقدامات و توصیه‌های کارگروه ویژه اقدام مالی (FATF). مجله حقوقی بین‌المللی، ۳۷ (۶۲)، ۲۹-۷. doi: 10.22066/cilamag.2019.101998.1647
- (۲۳) محمدی راد، مرتضی، شفیعی دارابی، سیدمحمد و کریمی، نسرين (۱۳۹۹). بررسی و تحلیل مثلثیت

- پول‌های اعتباری از دیدگاه فقهی-حقوقی. مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ۱۱ (۲۰)، صص. ۲۹۱-۳۲۱. doi: 10.22034/law.2020.12374
- ۲۴) محمودی، اصغر (۱۳۹۸). تحلیل ارزش‌های مجازی در یرتوی فقه، حقوق و مطالعات تطبیقی. مطالعات حقوق خصوصی، ۴۹ (۳)، صص. ۵۰۳-۵۲۲. doi: 10.22059/jlq.2019.265685.1007095
- ۲۵) مددی، مهدی و قماش، سعید (۱۴۰۰). جستاری در پول‌شویی از طریق ارزش‌های رمزنگاری‌شده. مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، ۵۱ (۲)، صص. ۵۰۳-۵۲۱. doi: 10.22059/jqclcs.2022.292559.1499
- ۲۶) مرادی، یاسر و سیدی، سیدامیرحسین (۱۴۰۱). بررسی فقهی حقوقی رابطه بانک، مشتری و صندوق توسعه ملی در اعطای تسهیلات؛ چالش‌ها و راهکارها. پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۲۳ (۴)، صص. ۶۸۴-۶۵۳. doi: 10.30497/law.2023.243202.3264
- ۲۷) معینی‌فر، محدثه (۱۴۰۱). الزامات شناسایی و استیفای حقوق در فضای دیجیتال. فصلنامه دانش حقوق عمومی، ۱۱ (۳۶)، صص. ۴۵-۶۹. doi: 10.22034/qjplk.2021.248
- ۲۸) منصوری، رباب و قائمی اصل، مهدی (۱۴۰۰). عملیات پردازش پس از معامله در بستر بلاکچین؛ الگویی برای به‌کارگیری فین‌تک در مالی اسلامی. تحقیقات مالی اسلامی، ۱۱ (۱)، صص. ۲۹۱-۳۳۲. doi: 10.30497/ifr.2021.240952.1620
- ۲۹) نجات‌زادگان، سعید و سلطانی، محمد (۱۴۰۱). ارزیابی شرایط عمومی صحت قراردادهای هوشمند از منظر حقوق ایران و آمریکا. فصلنامه تحقیقات حقوقی (ویژه‌نامه حقوق و فناوری)، ۲۵ (۳۰۳)، صص. ۳۳۵-۳۳۵. doi: 10.52547/jlr.2023.226492.2144
- ۳۰) نوابی مقدم، زینب، زارع، علی، یوسفی صادقلو، احمد و جمالی، جعفر (۱۴۰۲). مبانی فقهی و حقوقی نظارت شرعی و راهکارهای اجرایی شدن آن در نظام بانکداری اسلامی. فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۱ (۳۱)، صص. ۱۶۵-۱۸۶. doi: 10.22075/feqh.2022.27537.3293
- ۳۱) نوری، احمد و شعبانی، احمد (۱۴۰۰). بررسی فقهی انتشار رمزارز نفت پایه توسط جمهوری اسلامی ایران. مطالعات اقتصاد اسلامی، ۱۴ (۱)، صص. ۳۷-۱. doi: 10.30497/ies.2022.239237.1865
- 32) Adam Sa'ad, A., Auwal, K., Ahmad, K., & Saleh, A. O. H. (2019). P2P Islamic fintech investment innovation: A proposal of MUSHĀRAKAH smart contract model for SMEs financing and social development. Al-Shajarah: Journal of the International Institute of Islamic Thought and Civilization (ISTAC).
- 33) Al-Zoubi, A., Aldmour, M., & Aldmour, R. (2022). Preserving transparency and integrity of elections utilizing blockchain technology. Journal of Telecommunications and the Digital Economy, 10(4), 24-40.
- 34) Balcerzak, A. P., Nica, E., Rogalska, E., Poliak, M., Klieštík, T., & Sabie, O. M.

- (2022). Blockchain technology and smart contracts in decentralized governance systems. *Administrative Sciences*, 12(3), 96.
- 35) Capocasale, V., & Perboli, G. (2022). Standardizing smart contracts. *IEEE Access*, 10, 91203–91212.
- 36) Crepaldi, M. (2019). Why blockchains need the law. *Proceedings of the Seventeenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*.
- 37) DeVries, A. (2023). Cryptocurrencies on the road to sustainability: Ethereum paving the way for Bitcoin. *Patterns*, 4(1), 100633.
- 38) Dylan-Ennis, P., Kavanagh, D., & Araújo, L. (2022). The dynamic imaginaries of the Ethereum project. *Economy and Society*, 52(1), 87–109.
- 39) Ferrari, V. (2020). The regulation of crypto-assets in the EU: Investment and payment tokens under the radar. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 27(1).
- 40) Frowis, M., & Bohme, R. (2019). The operational cost of Ethereum airdrops. Cornell University.
- 41) Kavanagh, D., & Ennis, P. J. (2020). Cryptocurrencies and the emergence of blockocracy. *The Information Society*.
- 42) Lacasse, R., Lambert, B., & Khan, N. (2017). Blockchain technology - Arsenal for a Shariah-compliant financial ecosystem. *Research Paper*.
- 43) Lawal, I. M. (2019). The suitability of cryptocurrency in the structure of Islamic banking and finance. *Jurnal Perspektif Pembiayaan dan Pembangunan Daerah*.
- 44) MatRahim, S. R., Mohamad, Z. Z., Abu Bakar, J., Mohsin, F. H., & Md Isa, N. (2018). Artificial intelligence, smart contract and Islamic finance. *Asian Social Science*, 14(2), 145.
- 45) Miraz, M. H., Hasan, M. T., Rekabder, M. S., & Akhter, R. (2022). Trust, transaction transparency, volatility, facilitating condition, performance expectancy towards cryptocurrency adoption through intention to use. *Journal of Management Information and Decision Sciences*, 25, 1-20.
- 46) Ramiro, A., & DeQueiroz, R. J. G. B. (2022). Cypherpunk. *Internet Policy Review*, 11(2).
- 47) Temelkov, Z. (2020). Differences between traditional bank model and fintech based digital bank and neobanks models. *SocioBrains*, 74.
- 48) Wang, Q., Li, R., Wang, Q., Chen, S., Ryan, M., & Hardjono, T. (2022). Exploring Web3 from the view of blockchain. *ArXiv*. Cornell University.
- 49) Zook, M., & Blankenship, J. (2018). New spaces of disruption? The failures of Bitcoin and the rhetorical power of algorithmic governance. *Social Science Research Network*.

References

- 1) Askari, S. (1400 SH). Nesbat-shenāsi-ye arz va ramzarz dar nezām-e taqannīni-ye Īrān [An Analysis of the Relationship Between Currency and Cryptocurrency in the Iranian Legislative System]. *Majalle-ye Hoquqī-ye Dādgostari* [Judiciary Legal Journal], 85 (113). doi: 10.22106/jlj.2020.120416.3127 [In Persian].
- 2) Abd-al-Rahīmī, M., & Reza'ī, A. (1401 SH). Sāzokār-e mo'asser-e ḥal-o-fasl-e ekhtelāfāt-e beyn-ol-melali-ye bānk-hā-ye Īrāni bā nazar be zarfiat-hā-ye feqhī [Effective mechanisms for resolving international disputes of Iranian banks with regard to jurisprudential capacities]. *Pažūheš'nāme-ye Hoquq-e Islāmī* [Journal of Islamic Law Research], 23 (2), 295-326. doi: 10.30497/law.2022.239565.2913 [In Persian].
- 3) Adam Sa'ad, A., Auwal, K., Ahmad, K., & Saleh, A. O. H. (2019). P2P Islamic fintech investment innovation: A proposal of MUSHĀRAKAH smart contract model for SMEs financing and social development. *Al-Shajarah: Journal of the International Institute of Islamic Thought and Civilization (ISTAC)*.
- 4) Āhangarān, R. (1400 SH). Ramzine-arzhā az didgāh-e feqh va hoquq va chālesh-hā-ye mortabet bā ān; bā ta'kid bar ramzarz-e Bitcoin [Cryptocurrencies from the Perspective of Jurisprudence and Law and Related Challenges; With Emphasis on Bitcoin]. *Chāp 1*, Tehran: Mi'ād Andisheh [In Persian].
- 5) Allahyārī-fard, A., & Ganj-bakhsh, M. (1402 SH). Naqsh-e yekpārgī-ye hokmrani dar bānkdarī-ye eslāmī (bā ta'kid bar nezām-e hoquqī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān va Mālazi) [The Role of Governance Integration in Islamic Banking (With Emphasis on the Legal System of the Islamic Republic of Iran and Malaysia)]. *Tahqiqāt-e Mālī-ye Eslāmī* [Islamic Financial Research], 12 (Special Issue 1; First National Conference on Islamic Banking in Iran), 37-72. doi: 10.30497/ifr.2023.244139.1769 [In Persian].
- 6) Al-Zoubi, A., Aldmour, M., & Aldmour, R. (2022). Preserving transparency and integrity of elections utilizing blockchain technology. *Journal of Telecommunications and the Digital Economy*, 10(4), 24-40.
- 7) Balcerzak, A. P., Nica, E., Rogalska, E., Poliak, M., Klieštik, T., & Sabie, O. M. (2022). Blockchain technology and smart contracts in decentralized governance systems. *Administrative Sciences*, 12(3), 96.
- 8) Capocasale, V., & Perboli, G. (2022). Standardizing smart contracts. *IEEE Access*, 10, 91203-91212.
- 9) Crepaldi, M. (2019). Why blockchains need the law. *Proceedings of the Seventeenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*.
- 10) Dehqāni Tafti, M., Afzali Mehr, M., & Eskini, R. (1401 SH). Motāle'e-ye tataqqo'i-ye elzāmāt-e hoquqī-ye tarāhi-ye qardādhā-ye hooshmand-e dijitali dar hoquq-e Īrān va Farānseh [A Comparative Study of the Legal Requirements for Designing Digital Smart Contracts in Iranian and French Law]. *Pezhuheshnāme-ye Hoquq-e Tataqqo'i* [Comparative Law Research Journal], 6 (2), 29-51. doi: 10.22080/lps.2022.23257.1314 [In Persian].
- 11) DeVries, A. (2023). Cryptocurrencies on the road to sustainability: Ethereum paving the way for Bitcoin. *Patterns*, 4(1), 100633.

- 12) Dylan-Ennis, P., Kavanagh, D., & Araújo, L. (2022). The dynamic imaginaries of the Ethereum project. *Economy and Society*, 52(1), 87–109.
- 13) Ferrari, V. (2020). The regulation of crypto-assets in the EU: Investment and payment tokens under the radar. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 27(1).
- 14) Frowis, M., & Bohme, R. (2019). The operational cost of Ethereum airdrops. Cornell University.
- 15) Ghamāmī, Seyyed M. M., & ‘Alīpūr, M. R. (1401 SH). Barresi-ye tataqqo’i-ye movājehe bā ramzarz-hā dar nezām-hā-ye hoquqī-ye Īrān va Amrikā [Comparative Study of Dealing with Cryptocurrencies in the Legal Systems of Iran and the USA]. *Dofaslnāme-ye Dāneshnāme-ye Hoquq-e Eghtesādī [Economic Law Encyclopedia Biannual]*, 29 (21). doi: 10.22067/economlaw.2022.77059.1184 [In Persian].
- 16) Gholāmī, Y., Javādī, M., & Maqdesī, M. B. (1402 SH). Ejrā-ye ahkām-e madanī az maḥal-e arz-hā-ye dijītal [Execution of Civil Judgments from Digital Currencies]. *Majalle-ye Hoquqī-ye Dādgoštārī [Judiciary Legal Journal]*, 87 (121). doi: 10.22106/jlj.2022.549098.4701 [In Persian].
- 17) Hājīān, H., Sarkhosh, J., & Akbarī Dehno, M. (1399 SH). ‘Elat-e ta’āroz-e ārā-ye Shūrā-ye Negahbān dar mas’ale-ye khasārat ta’khīr-e ta’dīye [The Cause of Contradiction in the Guardian Council's Opinions on the Issue of Delay in Payment Compensation]. *Faslnāme-ye Dānesh-e Hoquq-e ‘Omoūmī [Public Law Quarterly]*, 9 (27), 1-28. doi: 10.22034/qjplk.2020.188 [In Persian].
- 18) Hājīpūr, M., & Safarpūr Sedehī, ‘Īsā. (1395 SH). Barresi-ye soūd dar taslihāt-e mashrūt-e bānkī [A Study on Profit in Conditional Banking Facilities]. *Motālē’āt-e Hoquq-e Tataqqo’i-ye Mo’āser [Contemporary Comparative Law Studies]*, 6 (11), 113-141 [In Persian].
- 19) Hamzehpūr, M., Mohammadi, R., & Hoseynīfar, H. (1391 SH). Barresi-ye rabete beyn-e keyfiyat-e khadamāt, rezāyat-e moshtarī va ‘amal-kard-e bānkdarī-ye mosharakat dar soūd va zīān [Examining the Relationship Between Service Quality, Customer Satisfaction, and the Performance of Profit and Loss Sharing Banking]. *Tahqīqāt-e Mālī-ye Eslāmī [Islamic Financial Research]*, 2 (1), 99-114 [In Persian].
- 20) Kadkhodā’ī, ‘Abbās-‘Alī, & Nourūzpūr, H. (1399 SH). Chālesh-e arz-hā-ye majāzī dar mobāreze bā polshū’ī va ta’mīn-e māli-ye terorism bā ta’kīd bar eqdāmāt va tosiye-hā-ye kārgorūh-e vijeh-e eqdām-e māli (FATF) [The Challenge of Virtual Currencies in Combating Money Laundering and Terrorist Financing with Emphasis on FATF Measures and Recommendations]. *Majalle-ye Hoquqī-ye Beyn-almelalī [International Legal Journal]*, 37 (62), 29-7. doi: 10.22066/cilamag.2019.101998.1647 [In Persian].
- 21) Kātūziān, Nāser. (1402 SH). Moqaddame-ye ‘elm-e hoquq [Introduction to the Science of Law]. Tehran: Ganj-e Dānesh [In Persian].
- 22) Kavanagh, D., & Ennis, P. J. (2020). Cryptocurrencies and the emergence of blockocracy. *The Information Society*.
- 23) Khādemān, M., Koushā, Abūṭāleb, & Nūrī, F. (1400 SH). Shenāsā’i-ye māhiyat-

- e hoquqī-ye ramzarz-hā bā tahlīl-e sāktārī-ye ānhā dar nezām-e hoquqī-ye Īrān [Identifying the Legal Nature of Cryptocurrencies by Analyzing Their Structure in the Iranian Legal System]. *Majalle-ye Hoquqī-ye Dādgostārī* [Judiciary Legal Journal], 85 (115). doi: 10.22106/jlj.2021.137039.3698 [In Persian].
- 24) Lacasse, R., Lambert, B., & Khan, N. (2017). Blockchain technology - Arsenal for a Shariah-compliant financial ecosystem. Research Paper.
 - 25) Lawal, I. M. (2019). The suitability of cryptocurrency in the structure of Islamic banking and finance. *Jurnal Perspektif Pembiayaan dan Pembangunan Daerah*.
 - 26) Madadī, M., & Qomashī, S. (1400 SH). Jostārī dar polshū'ī az tariq-e arz-hā-ye ramznegārī-shodeh [A Study on Money Laundering through Cryptocurrencies]. *Motāle'āt-e Hoquq-e Kifrī va Jorm-shenāsī* [Criminal Law and Criminology Studies], 51 (2), 503-521. doi: 10.22059/jqclcs.2022.292559.1499 [In Persian].
 - 27) Maḥmūdī, A. (1398 SH). Tahlīl-e arz-hā-ye majāzī dar partav-e feqh, hoquq va motāle'āt-e tataqqo'ī [Analysis of Virtual Currencies in the Light of Jurisprudence, Law, and Comparative Studies]. *Motāle'āt-e Hoquq-e Khosūsī* [Private Law Studies], 49 (3), 503-522. doi: 10.22059/jlq.2019.265685.1007095 [In Persian].
 - 28) Manṣūrī, Rabāb, & Qā'emī Aṣl, M. (1400 SH). 'Amaliāt-e pardāzesh pas az mo'amele dar bāstar-e belākchin; olgū'ī barā-ye be-kārgerī-ye Fintech dar māli-ye eslāmī [Post-Trade Processing Operations on the Blockchain Platform; A Model for Employing Fintech in Islamic Finance]. *Tahqīqāt-e Mālī-ye Eslāmī* [Islamic Financial Research], 11 (1), 291-332. doi: 10.30497/ifr.2021.240952.1620 [In Persian].
 - 29) MatRahim, S. R., Mohamad, Z. Z., Abu Bakar, J., Mohsin, F. H., & Md Isa, N. (2018). Artificial intelligence, smart contract and Islamic finance. *Asian Social Science*, 14(2), 145.
 - 30) Miraz, M. H., Hasan, M. T., Rekabder, M. S., & Akhter, R. (2022). Trust, transaction transparency, volatility, facilitating condition, performance expectancy towards cryptocurrency adoption through intention to use. *Journal of Management Information and Decision Sciences*, 25, 1-20.
 - 31) Mo'inī-far, Moḥaddeseh. (1401 SH). Elzāmāt-e shenāsā'ī va estīfā'-ye hoquq dar fazā-ye dijītal [Requirements for Recognizing and Enforcing Rights in the Digital Space]. *Faslnāme-ye Dānesh-e Hoquq-e 'Omoūmī* [Public Law Quarterly], 11 (36), 45-69. doi: 10.22034/qjplk.2021.248 [In Persian].
 - 32) Mohammadī Rād, M., Shafī'ī Dārābī, Seyyed M., & Karīmī, N. (1399 SH). Barresī va tahlīl-e mesliyat-e pol-hā-ye e'tebārī az didgāh-e feqhī-hoquqī [Review and Analysis of the Fungibility of Fiat Currencies from a Jurisprudential-Legal Perspective]. *Motāle'āt-e Hoquq-e Tataqqo'ī-ye Mo'āser* [Contemporary Comparative Law Studies], 11 (20), 291-321. doi: 10.22034/law.2020.12374 [In Persian].
 - 33) Morādī, Y., & Seyyedī, Seyyed A. H. (1401 SH). Barresī-ye feqhī hoquqī rabete bānk, moshtarī va Sandūq-e Tose'h-ye Mellī dar a'tā'-ye tasliḥāt; chālesh-hā va

- rāh-kār-hā [Jurisprudential examination of the relationship between the bank, the client and the National Development Fund in the provision of facilities; Challenges and solutions]. *Pažūheš'نامه‌ye Hoquq-e Islāmī* [Journal of Islamic Law Research], 23 (4), 653-684. doi: 10.30497/law.2023.243202.3264 [In Persian].
- 34) Nawābī Moqaddam, Z., Zāre', 'Alī, Yūsefi Šādeqlū, A., & Jamālī, Ja'far. (1402 SH). *Mabānī-ye feqhī va hoquqī-ye nezārat-e shar'ī va rāh-kār-hā-ye ejrāyī-shodan-e ān dar nezām-e bānkdarī-ye eslāmī* [Jurisprudential and Legal Foundations of Shariah Supervision and Practical Measures for Its Implementation in the Islamic Banking System]. *Faslnāme-ye Motāle'āt-e Feqh va Hoquq-e Eslāmī* [Islamic Jurisprudence and Law Studies Quarterly], 15 (31), 165-186. doi: 10.22075/feqh.2022.27537.3293 [In Persian].
- 35) Nejāt-zādegān, S., & Soltānī, M. (1401 SH). *Arzyābī-ye sharāyet-e 'omūmī-ye saḥat-e qardādhā-ye hooshmand az manzare hoquq-e Īrān va Amrikā* [Evaluation of the General Conditions for the Validity of Smart Contracts from the Perspective of Iranian and American Law]. *Faslnāme-ye Tahqiqāt-e Hoquqī* (Special Issue: Law and Technology), 25, 303-335. doi: 10.52547/jlr.2023.226492.2144 [In Persian].
- 36) Nūrūzī, A., & Sha'bānī, A. (1400 SH). *Barresi-ye feqhī enteshār-e ramzarz-e naft-payeh tavasot-e Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān* [A Jurisprudential Study on the Issuance of Oil-Backed Cryptocurrencies by the Islamic Republic of Iran]. *Motāle'āt-e Eqtesād-e Eslāmī* [Islamic Economic Studies], 14 (1), 1-37. doi: 10.30497/ies.2022.239237.1865 [In Persian].
- 37) Parvīn, Kh., & Seyfī, M. (1402 SH). *Asl-e shafāfiyat dar farāyand-e qānūnguzārī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān va Jomhūrī-ye Federāl Ālmān; barresi-ye moredī: moshārekāt-e 'omūmī* [The Principle of Transparency in the Legislative Process of the Islamic Republic of Iran and the Federal Republic of Germany; A Case Study: Public Participation]. *Faslnāme-ye Dānesh-e Hoquq-e 'Omoūmī* [Public Law Quarterly], 12 (41), 49-74. doi: 10.22034/qjplk.2023.1604.1487 [In Persian].
- 38) Qahremānī Afshār, Y., & Parvīn, Kh. (1400 SH). *Darāmadī bar mo'allefeh-hā-ye hoquqī-ye dowlāt; barresi-ye olgū-ye modern-e gharbī va nezām-e Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān* [An Introduction to the Legal Components of the State; A Study on the Modern Western Model and the Islamic Republic of Iran]. *Dowlat-pazhūhī* [State Research], 7 (27). doi: 10.22054/tssq.2021.56701.1022 [In Persian].
- 39) Ramiro, A., & DeQueiroz, R. J. G. B. (2022). *Cypherpunk*. *Internet Policy Review*, 11(2).
- 40) Sādeqī, H., Nūrī, F., & Nāser, M. (1402 SH). *Estenād-pazirī-ye hoquqī-ye dādahā-ye motamen bar etelā'āt-e pardākht-e mobtanī bar ramzarz* [Legal Admissibility of Data Containing Cryptocurrency-Based Payment Information]. *Ta'ālī-ye Hoquq* [Legal Excellence], 9 (2), 37-63. doi: 10.22034/thdad.2022.1972684.2295 [In Persian].
- 41) Šāne'ī, M., & Parvīn, Kh. (1399 SH). *Jostārī dar kārāmadī-ye barāname-rizī-ye tose'h bā ro'y-kard-e āsīb-shenāsī va shenākhte jāygāh-e hoquqī-ye ān* [A Study

- on the Effectiveness of Development Planning with a Pathology Approach and Understanding Its Legal Position]. *Majalle-ye Pezhuhesh-hā-ye Siāsī va Beyn-almelālī* [Journal of Political and International Research], 11 (43), 323-341 [In Persian].
- 42) Sāvarā'ī, P. (1401 SH). Shenākhte ramzarz va chālesh-hā-ye pīsh rū-ye nezām-hā-ye hoquqī [Understanding Cryptocurrency and the Challenges Facing Legal Systems]. *Faslnāme-ye Tahqīqāt-e Hoquqī* [Legal Research Quarterly], 25. doi: 10.52547/jlr.2022.228506.2293 [In Persian].
- 43) Simiārī, M. R., Qavām, M. H., Āqāyī, 'Alī, & Hasan-Zādeh Servestānī, H. (1401 SH). Chālesh-hā-ye bāzār-e beyn-bānkī-ye Īrān va arā'e-ye rāh-kār dar chārchūb-e eqtesād-e moqāvamatī [Challenges of Iran's Interbank Market and Providing Solutions Within the Framework of a Resistance Economy]. *Tahqīqāt-e Mālī-ye Eslāmī* [Islamic Financial Research], 12 (1), 59-106. doi: 10.30497/ifr.2021.239897.1575 [In Persian].
- 44) Ṭabarsī, Fadl-bin-Hasan. (1384 SH). *Majma'-al-bayān fī tafsīr-al-Qur'ān* (Vol. 4) [Majma'-al-bayan: Commentary on the Qur'an]. Chāp 3, Tehran: Nāser Khosrow [In Arabic].
- 45) Temelkov, Z. (2020). Differences between traditional bank model and fintech based digital bank and neobanks models. *SocioBrains*, 74.
- 46) Wang, Q., Li, R., Wang, Q., Chen, S., Ryan, M., & Hardjono, T. (2022). Exploring Web3 from the view of blockchain. ArXiv. Cornell University.
- 47) Zamāniān, M., & Vatani, Z. (1401 SH). Afzāyesh-e kārā'i-ye e'tebārāt-e esnādi bā fanāvārī-ye belāk-chīn-e khosūsī va qardād-hā-ye hooshmand va arziābī-ye tataqqo'i-ye mizān-e sāzgarī-ye qavānīn bā ān [Enhancing the Efficiency of Documentary Credits with Private Blockchain Technology and Smart Contracts and Comparative Evaluation of the Compatibility of Laws with It]. *Faslnāme-ye Tahqīqāt-e Hoquqī* [Legal Research Quarterly], 25, 445-478. doi: 10.52547/jlr.2022.225225.2067 [In Persian].
- 48) Zāre'ī, M. H., & Metānī, M. 'A. (1398 SH). Hoquq-e tanzīmī-ye bānkī va āsīb-hā-ye ān dar nezām-e bānkī-ye Īrān [Bank Regulatory Law and Its Challenges in the Iranian Banking System]. *Faslnāme-ye Tahqīqāt-e Hoquqī* [Legal Research Quarterly]. doi: 10.22034/jlr.2019.166032.1308 [In Persian].
- 49) Zook, M., & Blankenship, J. (2018). New spaces of disruption? The failures of Bitcoin and the rhetorical power of algorithmic governance. *Social Science Research Network*.

Legal Requirements for Addressing the Anti-Cultural Effects of Television Advertising in the Iranian Legal System

Seyyed Ahmad Habibnezhad · Associate Professor, Department of Public and International Law, Faculty of Law, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran. a.habibnezhad@ut.ac.ir

Mohammadreza Moradian Nayyeri · LLM Student in Public Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) mrmoradian@isu.ac.ir

Abstract

1. Introduction

The rapid expansion of commercial advertising, especially through television, has created significant societal and cultural impacts. The unique attributes of television—its vast reach, diverse audience, and combination of visual and auditory stimuli—make it an exceptionally potent medium. This influence, however, is a double-edged sword, capable of both positive and negative effects. Television advertising, driven by modern nihilism and neoliberal ideologies, often oversteps reasonable boundaries, potentially causing cultural harm. The definition of culture, as articulated by Taylor, includes an array of elements such as language, religion, art, law, and morality, all of which can be affected by television commercials.

Television advertisements interact intimately with public culture and societal norms, leading to significant legal challenges. Consequently, nations worldwide have instituted laws to regulate television advertising, curbing misleading advertisements and other violations even within free-market economies. In Iran, where cultural values are deeply rooted and the rule of law is paramount, it is crucial to scrutinize the legal boundaries of television advertising to mitigate its potentially anti-cultural impacts.

This research investigates the legal frameworks that address the cultural impacts of television advertising in Iran. It aims to delineate the existing



regulations and assess the effectiveness of these legal norms in safeguarding Iranian cultural values against the detrimental effects of commercial advertising.

2. Research Question

The main question of this study is: "What are the legal requirements for addressing the anti-cultural effects of television advertising in the Iranian legal system?"

This question arises from the need to understand how existing laws in Iran regulate television advertising to protect cultural values and societal norms. It seeks to explore the adequacy of these regulations in countering the cultural degradation caused by commercial advertising.

3. Research Hypothesis

The central hypothesis of this study posits that despite the existence of numerous legal norms aimed at curbing the anti-cultural effects of television advertising, these objectives have not been fully realized. The hypothesis suggests that the current legal norms are fragmented and inadequately enforced, failing to effectively mitigate the cultural harms posed by television commercials.

Unlike prior research, which has predominantly focused on the ethical and jurisprudential aspects of television advertising, this study emphasizes the legal norms governing the cultural impacts of television advertising. It hypothesizes that a more consolidated and refined legal framework is necessary for effectively regulating the cultural consequences of television advertising in Iran.

4. Methodology & Framework, if Applicable

This study adopts a qualitative and practical approach, primarily utilizing library-based research methods. The methodology involves a comprehensive analysis of existing legal documents, regulations, and policies that govern television advertising in Iran. The research framework is structured as follows:

Literature Review: The literature review encompasses a thorough examination of previous studies on the cultural impacts of television advertising. This includes both Iranian and international perspectives, providing a comparative analysis of different regulatory approaches. The review highlights gaps in the existing literature, particularly the lack of focus on the legal aspects of cultural regulation in television advertising.

Legal Analysis: The legal analysis involves scrutinizing the Iranian legal framework, including the constitution, statutory laws, and regulations related to television advertising. This analysis aims to identify the specific legal provisions that address the cultural impacts of television advertising and evaluate their effectiveness.

Case Studies: Case studies of specific television advertisements in Iran are examined to illustrate the practical application of the legal norms. These case

studies help to understand how current regulations are enforced and identify any discrepancies or shortcomings in their implementation.

Interviews with Legal Experts: Interviews with legal experts, policymakers, and practitioners in the field of media law are conducted to gain insights into the practical challenges and potential solutions for regulating the cultural impacts of television advertising. These interviews provide valuable perspectives on the effectiveness of existing legal norms and suggest areas for improvement.

Comparative Analysis: A comparative analysis is conducted to examine how other countries regulate the cultural impacts of television advertising. This analysis provides insights into best practices and potential strategies that could be adopted in the Iranian context.

Synthesis and Recommendations: The final stage of the methodology involves synthesizing the findings from the literature review, legal analysis, case studies, interviews, and comparative analysis. Based on this synthesis, recommendations are made for refining and consolidating the legal framework governing television advertising in Iran. These recommendations aim to enhance the effectiveness of legal norms in protecting cultural values against the negative impacts of commercial advertising.

5. Results & Discussion

The study has meticulously analyzed the Iranian legal framework concerning television advertising and its cultural impacts. The research reveals that despite the establishment of extensive legal norms aimed at preventing the anti-cultural effects of television commercials, these norms have not fully achieved their intended objectives. The study identifies several critical findings:

Comprehensive Legal Norms: Over the past four decades, Iran has developed a comprehensive set of legal norms at three levels—constitutional, ordinary laws, and specific regulations of the IRIB. These norms cover a wide array of areas, including economic distribution and consumption, women and family, children, ethics, social customs, audience and consumer rights, religious and jurisprudential rules, Persian language and literature, domestic and foreign policy, national independence, patriotic values, and social justice.

Persistent Anti-Cultural Effects: Despite these extensive regulations, television commercials in Iran continue to exhibit anti-cultural and destructive elements. Issues such as consumerism, unrealistic lifestyles, feelings of inferiority, extravagance, fashion obsession, instrumental use of women and children, and reinforcement of social inequalities remain prevalent in commercial advertisements.

Legislative Ambiguity and Enforcement Gaps: The study finds that the primary root of these problems is not the absence of legal norms but rather the ambiguity and lack of thoroughness in existing laws. This results in ineffective

enforcement and compliance. The lack of clear oversight and enforcement mechanisms further exacerbates the situation, leading to widespread violations of legal norms in television advertising.

Institutional Conflicts and Inefficiencies: The consolidation of legislative, executive, oversight, criminalization, and judicial roles within the General Directorate of Commerce of IRIB has led to significant issues. These include conflicts of interest, lack of independence, inefficiency, and lack of accountability. Such institutional arrangements hinder the proper enforcement of legal norms and prevent the establishment of effective oversight and judicial procedures.

The discussion focuses on the implications of these findings and explores potential solutions to address the identified issues. Key points include:

Need for Legislative Clarity and Precision: The study underscores the need for clearer and more precise legislative norms to effectively regulate television advertising. Laws should be specific, unambiguous, and comprehensive, covering all aspects of commercial advertising that could potentially harm cultural values.

Enhanced Oversight and Enforcement Mechanisms: Effective enforcement of legal norms requires robust oversight mechanisms. Independent regulatory bodies, free from conflicts of interest, should be established to monitor and enforce compliance with advertising regulations. These bodies should have the authority to impose penalties and take corrective actions against violators.

Institutional Reforms: The study advocates for institutional reforms to address the conflicts of interest and inefficiencies within the IRIB. Separating the legislative, executive, and judicial roles related to television advertising can help ensure greater transparency, accountability, and effectiveness in regulatory processes.

Public Awareness and Education: Raising public awareness about the cultural impacts of television advertising is crucial. Educational campaigns can help audiences recognize and critically evaluate the content of advertisements, reducing their susceptibility to harmful influences.

International Best Practices: The study suggests looking at international best practices in regulating television advertising. Comparative analysis with other countries can provide valuable insights and strategies that could be adapted to the Iranian context, enhancing the effectiveness of local regulations.

Holistic Cultural Policies: Addressing the anti-cultural effects of television advertising requires a holistic approach. Cultural policies should integrate various aspects of society, including media regulation, education, and public policy, to create a cohesive framework that supports cultural preservation and promotes positive values.

6. Conclusion

The findings of this study highlight the Iranian legal system's attention to regulating the cultural impacts of television advertising. However, the persistence of anti-cultural elements in commercials indicates significant gaps in the enforcement and effectiveness of these regulations. The study concludes that:

The existing legal norms, while comprehensive, lack the clarity and thoroughness needed for effective enforcement.

Institutional arrangements within the IRIB contribute to conflicts of interest, inefficiency, and lack of accountability, hindering proper regulation of television advertising.

Effective solutions require legislative reforms to clarify and strengthen legal norms, the establishment of independent oversight bodies, and institutional reforms to ensure transparency and accountability.

Public awareness and education, coupled with international best practices, can enhance the regulatory framework and mitigate the cultural harms of television advertising.

This research underscores the need for a multi-faceted approach to address the anti-cultural effects of television advertising in Iran, combining legislative, institutional, and public policy reforms to protect cultural values and public order.

Keywords: Television Advertising, Commercial Advertisements, Media Law, Advertising Laws, Culture, Social Justice.

بایسته‌های حقوقی مواجهه با آثار ضدفرهنگی تبلیغات تلویزیونی در نظم حقوقی ایران

سیداحمد حبیب‌نژاد * دانشیار، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشکده‌گان فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران.

a.habibnezhad@ut.ac.ir

محمدرضا مرادیان نیری * دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق

mrmoradian@isu.ac.ir

علیه‌السلام، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

چکیده

از جمله شریان‌های اصلی اقتصاد سرمایه‌داری که در عصر رسانه جایگاه ممتازی یافته، تبلیغات تجاری است. خصوصاً اگر این تبلیغات از طریق رسانه‌ای فراگیر و مؤثر مانند تلویزیون منتشر شود، انتظار بیشتری از تأثیر آنان بر شهروندان می‌رود. لذا از آن جهت که در برخی موارد ممکن است تا محتوای تبلیغات تلویزیونی واجد آثار ضدفرهنگی شده و نظم، مصلحت و خیر عمومی را به مخاطره بیناندازد، دولت‌ها به تنظیم‌گری آن روی می‌آورند. در ایران، با توجه به ماهیت دولتی و رایگان بودن تلویزیون و همچنین وجود فرهنگ اصیل ملی آیینی که حراست از آن موضوعیت دارد، مطالعه این تنظیم‌گری حقوقی ضرورت بیشتری می‌یابد. در این مقاله، با روش توصیفی تحلیلی به این سؤال پاسخ داده می‌شود که «در نظم حقوقی ایران چه هنجارهای حقوقی در مواجهه با آثار ضدفرهنگی تبلیغات تجاری وجود داشته و تنظیم‌گری حقوقی آثار ضدفرهنگی این آگهی‌های بازرگانی به چه نحوی صورت می‌پذیرد؟». یافته‌های این جستار نشانگر آن است که علیرغم وجود هنجارهای حقوقی متعدد وضع‌شده جهت تحدید آثار ضدفرهنگی تبلیغات تلویزیونی، اهداف آن محقق نشده و این هنجارهای پراکنده اجرایی نمی‌شوند. علاوه بر پراکندگی تقنینی، واحد انگاشتن مرجع تقنین، مرجع اجراء، مرجع نظارت، مرجع جرم‌انگاری و مرجع دادرسی پیرامون تبلیغات تلویزیونی و سپردن همه این نقش‌های خطیر به اداره کل بازرگانی سازمان صداوسیما، بر ناکارآمدی و نابسامانی وضعیت فرهنگی آگهی‌های بازرگانی در سیمای ملی افزوده است. وانگهی، این نقیصه به تخریب فرهنگ اصیل ایرانی اسلامی سرعت بخشیده است.

واژگان کلیدی: تبلیغات تلویزیونی، آگهی‌های بازرگانی، حقوق رسانه، قوانین تبلیغاتی، فرهنگ، عدالت اجتماعی.



مقدمه

تأثیر عمیق تبلیغات تجاری در زمانه‌ای که یکی از اوصاف رایجش عصر تبلیغات^۱ است و چه بسا از آن‌گیزی نباشد، بر کسی پوشیده نیست و شاید کمتر عرصه و عرضه‌ای را بتوان یافت که تبلیغات تجاری و غیرتجاری بدان وارد نشده باشد. در این میان، تبلیغات تلویزیونی به دلیل ویژگی‌های منحصر به فرد تلویزیون از جمله گستردگی احاطه، تکرار گروه‌های فکری و سنی مخاطب، سهولت دسترسی، تنوع جغرافیایی-زمانی و مقارنه‌ای که میان دیدار و شنیدار برقرار می‌کند، تأثیر بسزایی بر بینش و کنش مخاطبان دارد (Hackley, 2005, pp. 117-122)؛ زیرا این رسانه دووجه، گوی سبقت را از دیگر ابزارهای رسانه‌ای ربوده است (Danesi, 2002, p. 134).

فراسوی افراط و تفریط‌های موجود، تبلیغات تلویزیونی نیز مانند هر موضوع و فعالیت انسانی دیگر این امکان را دارد تا متصف به منفعت و مضرت شود و اگر سخن از تأثیر است، می‌توان به تأثیرات مثبت و منفی آن اندیشید. باین‌حال، با توجه به روح نیست‌انگار^۲ عالم مدرن، غلبه ایدئولوژی نئولیبرالیسم^۳ و ماهیت تکنیکی تبلیغات، بیم آن می‌رود تا تبلیغات تلویزیونی فراتر از حدود معقول و مشروع خویش رو به نقش تجاری و سرمایه‌سالارانه خود کند و آثار منفی و مخرب فرهنگی بر جا گذارد (اکبری و همکاران، ۱۳۹۷، صص. ۲۱۲-۲۱۹)؛ کلان‌واژه فرهنگ در معنایی که تایلور^۴ از آن به‌مثابه «کلیت درهم‌تافته‌ای اعم از زبان، دانش، دین، هنر، قانون، اخلاقیات، باورها، آداب و رسوم، کالای مصرفی و هرگونه توانایی و عادت‌هایی که آدمی همچون عضوی از جامعه به دست می‌آورد»، یاد می‌کند (آشوری، ۱۳۸۱، ص. ۴۷).

بدین لحاظ آگهی‌های تجاری تلویزیونی به‌شدت مستعد درگیر شدن با فرهنگ عمومی و شئون فرهنگی و اجتماعی حاکم بر جامعه (Wharton, 2013, p. 17) و مقتضی پدید آمدن چالش‌های حقوقی متناسب با خود است؛ به‌گونه‌ای که همواره در کشورهای مختلف، سلسله قوانین و سیاست‌هایی در ایضاح و الزام حدود مقرر و مطلوب تبلیغات تلویزیونی و نیز تبلیغات گمراه‌کننده و تخلفات آن وجود دارد؛ حتی در کشورهایی که آزادی اقتصادی حداکثری راهنمای

1. Age of Propaganda
 2. Nihilistic
 3. Ideology of neo-liberalism
 4. Tylor

عمل آن‌هاست (آقامحمدی، ۱۴۰۰، ص. ۵).^۱

با عنایت به لزوم رعایت اصل حاکمیت قانون و نظر به بنیان‌های فرهنگی و بن‌مایه‌های اصیل و تاریخی جامعه ایرانی (شایگان، ۱۳۹۸، صص. ۱۶۹-۱۷۵)، توجه به این حدود حقوقی مقرر و اندیشیدن به آثار مخرب و منفی تبلیغات تجاری، موضوعیت و ضرورت بیشتری می‌یابد؛ جایی که نشانه‌ها، ایدئولوژی‌ها و پیام‌های نهفته در تبلیغات تلویزیون به مصاف بینش‌ها و ارزش‌های فرهنگی جامعه ایرانی رفته است و با کرامت ذاتی انسانی و ارزش والایی که این اشرف مخلوقات دارد، مغایرت دارد. با این اوصاف، این نگرانی وجود دارد که در صورت عدم حفظ و حراست از آن آداب و ارزش‌های فرهنگی اصیل و آیینی، به تدریج شاهد کم‌رنگ شدن، هجو و هدم آن‌ها به واسطه این حجم گسترده از آگهی‌های تجاری ضد فرهنگی و مخرب تلویزیونی باشیم.

نگارندگان در این پژوهش کتابخانه‌ای، به روشی کیفی و کاربردی درصدد بیان هنجارهای حقوقی تنظیم‌کننده آثار فرهنگی و تحدیدکننده آثار ضد فرهنگی تبلیغات تلویزیونی در نظم حقوقی جمهوری اسلامی ایران برآمده‌اند تا از مجرای شناسایی مقررات موجود و مجرا، توان تحلیل و بررسی وضعیت تنظیم‌گری حقوقی کنونی مهیا شود.

برخلاف پژوهش‌های مرسوم پیشینی که به تحقیق و مطالعه درباره قواعد فقهی و اخلاقی حاکم و ناظر بر تبلیغات تلویزیونی پرداخته‌اند (کریمی علویجه و عزیزیان، ۱۳۹۶؛ یوسف و همکاران، ۱۳۹۸؛ اللهیاری، ۱۳۹۴؛ سلیمی و همکاران، ۱۳۹۹)، در این نوشتار به‌عنوان تحقیقی پیشگام در این حوزه، نگارندگان به مقوله سلسله هنجارهای حقوقی حاکم و ناظر بر مناسبات فرهنگی تبلیغات تلویزیونی به همراه تجمیع، تنقیح و درنهایت، تحلیل تنظیم‌گری حقوقی آثار فرهنگی تبلیغات تلویزیونی توجه ویژه‌ای داشته‌اند.

در این مسیر لازم است تا به‌اختصار سرشت و ماهیت تبلیغات تجاری در بستر تلویزیون و عناصر و آثار فرهنگی و اجتماعی آن تبیین و آثار مخرب و ضد فرهنگی تبلیغات تجاری کنونی در رسانه ملی ایران تدقیق شود و پس از آن با ترسیم جایگاه حقوقی نهاد صداوسیما به‌مثابه متولی رسمی تلویزیون در ایران، به مطالعه قوانین و مقررات حاکم بر آگهی‌های تجاری تلویزیونی

۱. برای مطالعه بیشتر درباره تنظیم‌گری تبلیغات بازرگانی در حقوق تطبیقی ر. ک به: اسماعیلی (۱۳۸۵).

پرداخته شود تا از خلال این قوانین و مقررات بتوان به هنجارهای حقوقی موجود و مجرا در این زمینه دست یافت. این مقدمات در نهایت امکان بررسی، ارزیابی و آسیب‌شناسی تنظیم‌گری حقوقی تبلیغات تجاری تلویزیونی را فراهم و اجرای قانون بدون تعارض منافع سازمانی و عوائد تجاری را تأمین می‌کند.

۱. چهارچوب نظری

ظهور و بروز تبلیغات در قالب بسترهای مختلفی روی می‌دهد. با این حساب، تبلیغات تلویزیونی همچنان از جمله عرصه‌های شایع و رایج تبلیغات است؛ به گونه‌ای که تماشای تلویزیون با تماشای تبلیغات آن ملازم شده است (کوفمان، ۱۳۸۴، ص. ۵). در ایران نیز با گذر زمان و پیدایش شبکه‌های خصوصی و اینترنتی، می‌رود تا استقبال و استفاده از تلویزیون عمومی به‌طور کلی کمتر شود، اما با توجه به ویژگی‌های منحصر به فرد تلویزیون مانند هم‌زمانی صدا و تصویر، گستردگی مطالب و خدمات، سهولت دسترسی، رایگان بودن و کیفیت پردازش نسبتاً بالا، همچنان جمعیت شایان توجهی از اقشار مختلف مردم دنبال‌کننده برنامه‌های سیمای ملی ایران هستند.

روشن است با مناسبات کنونی جهان و تعریف کسب‌وکارها، ترویج اقسام سرمایه‌گذاری‌ها، تبیین انواع کالاها و خدمات، تهییج و ترغیب برای خرید و تمهید رقابت بهینه اقتصادی، تبلیغات موضوعی ضروری می‌نماید و بلکه این تبلیغات است که قدرت تجاری برای شرکت‌ها ایجاد و آن را تقویت می‌کند و توسعه می‌بخشد و در اغلب موارد، این درآمدها و منافع حاصل تبلیغات است که مقوم مالی و محافظ اقتصادی مجموعه‌ها و نهادهای ارائه‌دهنده تبلیغات تجاری است. از سویی رسانه‌های مختلف (از جمله رادیو و تلویزیون) نیز مبتنی بر درآمدهای ناشی از آگهی‌های تجاری، بخشی عمده‌ای از منابع مالی مدنظرشان را تأمین می‌کنند (خواججه‌بیان، ۱۳۹۱، ص. ۱۶۷).

از این‌رو تبلیغات را شأنی حیاتی و لازم است؛ به گونه‌ای که می‌توان گفت تبلیغات شرط لازم استقرار تام‌وتمام نظام سرمایه‌داری است؛ آنجا که لذت بیشتر بر اثر مصرف بیشتر قانون محوری سرمایه‌داری است. از این‌رو تصور اقتصاد سرمایه‌داری مدرن کنونی بدون تبلیغات دشوار است (دفلور و دنیس، ۱۳۸۷، صص. ۴۲۲ و ۴۲۳).

از سوی دیگر، نمی‌توان بر امکان‌های منفی و پیامدهای مخرب آن نیز چشم فروبست و از تدبیر و تحدید آثار فرهنگی و اجتماعی تبلیغات در سیاق قواعد و قوانین حقوقی غفلت کرد.

ضرورت تنظیم‌گری حقوقی این مسئله در مورد تبلیغات تلویزیونی با توجه بیشتر به آثار فرهنگی تبلیغات تلویزیون معلوم خواهد شد (اسماعیلی، ۱۳۹۹، ص. ۱۵).

تبلیغات تلویزیونی، جایی که مشتمل بر ایدئولوژی‌ها، ارزش‌ها و پیام‌های عیان و نهانی است بر مخاطبان عمومی خود که شهروندان باشند، عرضه می‌شود (بودریار، ۱۴۰۰، صص. ۱۸۶-۱۹۱) و دیگر اطلاع‌رسانی ساده برای پیوند مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان نیست (منصوری، ۱۳۹۱، ص. ۵۴)، بلکه عنصر فرهنگی است که بر ذهن و زبان انسان و همه عرصه‌های زندگی او تأثیرات عمیق و بنیادین بر جا می‌گذارد و افزون بر اقتصاد، جنبه‌های مختلف اجتماعی، فرهنگی و سیاسی نیز از آن تأثیر می‌پذیرند. در واقع، آگهی‌های تجاری به‌مثابه متنی فرهنگی عمل می‌کند (عبداللهیان و حسنی، ۱۳۹۱، ص. ۹۳) و تأثیری ناخودآگاه و آهسته، اما عمیق و وثیق بر باورها، عادات، آرزوها و آداب‌ورسوم مخاطبان باقی می‌گذارد، نوع زندگی و مطالبات مردم را تغییر می‌دهد و رؤیایها و اهداف آنان را جهت‌دهی می‌کند (پستمن، ۱۳۷۵، ص. ۲۵۲) و تا آستانه‌هایی از تغییر فرهنگ عمومی جامعه پیش می‌رود و منجر به تغییر ارزش‌های اجتماعی می‌شود (رفیع‌پور، ۱۳۷۸، ص. ۵۰).

۲. مستندات و شواهد نمایش تبلیغات تلویزیونی ضد فرهنگی از دریچه تلویزیون ایران

مطالعه و مذاقه در کیفیت و وضعیت تبلیغات صداوسیما ملی جمهوری اسلامی ایران نشان‌دهنده این است که به‌رغم تضادی که اهداف صرفاً سرمایه‌سالارانه تبلیغات با مبانی جمهوری اسلامی و ارزش‌های ملی ایرانیان دارند و از سوی دیگر اقتضای پایبندی به رسالت سیمای ملی، متأسفانه همچنان فرم، محتوا و عناصر مورد استفاده در تبلیغات عمدتاً در راستای منافع تجاری و ضد فرهنگی آن پیش می‌رود. گویی آنچه تنها موضوعیت دارد، اغوا و اقناع پنهانی است که باید به هر روش برای مخاطب ایجاد شود (بیرو، ۱۳۸۰، ص. ۶) و مهم آن ثروتی است که از پی این‌گونه تبلیغات جذب می‌شود؛ آگهی‌هایی که افزون بر عدم رعایت بایسته‌های حقوقی، ارزش‌ها، باورها، نشانه‌ها و نمادهای فرهنگ ایرانی، نمایان‌کننده سبک زندگی ایرانی نیستند، بلکه نمایش‌دهنده و القاکننده آثار ضد فرهنگی مانند مصرف‌زدگی، سبک زندگی‌های آرمانی و رؤیایی، ایدئال‌های دور از عرف و واقعیت زندگی عموم ایرانیان، احساس کمبود و حقارت در صورت نداشتن کالا یا خدمات مورد تبلیغ، تجمل‌گرایی و اشرافیگری، مدیریت، استفاده ابرازی از بانوان و کودکان، نگاه

منافی کرامت به انسان، اسراف و تبذیر، ارجحیت‌بخشی به زیست و زندگانی طبقه شهری و سرمایه‌دار، تثبیت نابرابری‌های اجتماعی، رذایل اخلاقی مانند فریب، کذب، حرص، طمع و تنبلی، آداب‌ورسوم غیربومی و... هستند.

یافته‌های پژوهشی مقالات متعدد گواه بر مدعای بالاست از جمله بررسی‌های بروجردی علوی و ایرانی پورنظری (۱۳۹۰) نشان‌دهنده این است که در اغلب آگهی‌های تجاری سازمان، اصول دستورالعمل تبلیغاتی سازمان صداوسیما نقض می‌شود. تا جایی که اساساً ۸۴ درصد از این اصول در تبلیغات تلویزیونی رعایت نمی‌شوند. قانع و پورصیامی (۱۳۹۳) بسیاری از تبلیغات تجاری کنونی تلویزیون ایران را مغایر با ارزش‌های اخلاقی و فرهنگ اسلامی دانسته‌اند. تقی‌آبادی و تقی‌آبادی (۱۳۹۶) نیز در مقاله خود، سوءاستفاده برخی تبلیغات تلویزیونی از جایگاه قهرمانی ملی مانند کاپیتان تیم ملی فوتبال ایران را به اثبات رسانده‌اند.

مطالعه قندهاریون و رستمی (۱۳۹۶) حاکی است که آگهی‌های بازرگانی لوازم خانگی سیمای ملی متضمن کلیشه‌سازی است و در آن، آرمان‌شهرهایی دور از دسترس عموم مخاطبان عرضه می‌شود. این نگاه‌ها نشان می‌دهد که چیدمان محیط و مسکن در تبلیغات بررسی‌شده با چیدمان محیط و مسکن قشر متوسط جامعه فاصله دارد و مصرف‌گرایی و ارجحیت انسان به کالا در این آگهی‌ها پدیدار است. پژوهش منتظر قائم و حسینی (۱۳۹۶) نیز با بررسی تخصصی برخی تیزرهای سیمای ملی مبتنی بر نظریه نشانه‌شناسی رولان باروت^۱، برجسته‌سازی عناصری مانند کالازدگی، اقتصادمحوری، مصرف‌زدگی و مصرف‌گرایی، برانگیختن انگیزه‌های کاذب، فاصله طبقاتی، کلیشه‌سازی آرمان‌شهر و تجمل‌گرایی را در آگهی‌های تلویزیونی ایران اثبات و بررسی می‌کند.

تصویرسازی متفاوت از زنان و مردان، تقویت کلیشه‌های سنتی جنسیتی و عدم رعایت کرامت مقتضی بانوان و گاه استفاده ابزاری از ایشان در تبلیغات تجاری سیمای ملی، از جمله نتایج پژوهش‌های مهدی‌زاده و آذر براء‌گراز (۱۳۹۴) و اوپسی و همکاران (۱۳۹۹) بوده است.

مطالعه کریمی علویجه و عزیزیان (۱۳۹۶) نشان‌دهنده این است که کدهای اخلاقی مانند القا نکردن وابستگی و آسایش و سلامتی در استفاده از یک کالا، استفاده از مؤلفه‌های جاذبه‌برانگیز که

1. Roland Barthes

ارتباطی باکیفیت کالا ندارد، تشویق ساده‌زیستی به جای تجمل و استفاده نکردن از نام‌های غربی مغایر فرهنگ ایرانی-اسلامی، کمترین میزان اهمیت را در تبلیغات تجاری تلویزیون دارد. اکبری و لطفی خاچکی (۱۳۹۷) در پژوهش خود دریافته‌اند که نوعی تعارض میان سبک زندگی ایرانی-اسلامی و ایدئولوژی حاکم بر تبلیغات تجاری تلویزیون ایران وجود دارد و ایدئولوژی‌ها و ارزش‌هایی مانند تلقی کالا به مثابه آرزو، مصرف کالا به مثابه رخداد معجزه، منزلت‌بخشی به کالا، اثرگذاری غیرواقعی کالا و برساختن نقش‌های جنسیتی در این آگهی‌های تجاری نهفته است.

مطالعه نقیب‌السادات و فرهنگ‌دزاد (۱۳۹۸) حکایت دارد که محتوای بیشتر تبلیغات تلویزیون ایران بیان‌کننده تجمل‌گرایی، مصرف بیش از اندازه، سبک زندگی مدرن و نمایش کالاهای غیرضرور است و در نهایت، یافته‌های پژوهش منسجم‌پور (۱۴۰۱) دلالت دارد که از نگاه مردم، تلویزیون بی‌توجه به سفره آنان، دنیای رنگارنگ دیگری با خانه‌های لوکس، افراد متمول و برخوردار و زندگی مرفه را بازنمایی می‌کند که با واقعیت روزمره آن‌ها تطابق ندارد. نگارندگان به این نتیجه رسیده‌اند که در آگهی‌های تجاری سیمای ملی چندان توجهی به بعد سلامت مصرف‌کنندگان نمی‌شود و نیز عمده خانواده‌ها در این تبلیغات دارای یک یا دو فرزند هستند که این موضوع با سیاست‌های کلی افزایش جمعیت مغایرت دارد. تا جایی که آگهی‌های بازرگانی را به مثابه شلیک به قلب خانواده ایرانی قلمداد کرده‌اند.

کثرت این قبیل پژوهش‌ها و شواهد فوق‌ضمن تأیید حقیقت ضد فرهنگی بودن برخی تبلیغات سیمای ملی، نشان می‌دهد که در کوران انتشار این‌گونه تبلیغات است که فرهنگ عمومی و سنت‌های اصیل ایران‌زمین نشانه گرفته می‌شود و بیم می‌رود که در مرور زمان و گذران صفحات تاریخ، تصویری که از جامعه و فرهنگ ایرانی در اذهان وجود دارد و می‌رود تا کاشته و ساخته شود، قرین شود با چنین ایدئال‌های غیرواقعی، آرمان‌شهرهای رؤیایی و سبک زندگی‌های غیرایرانی و غیربومی که از طریق تبلیغات تلویزیونی بر ذهن و زبان مردم بارور می‌شود (Simon, 1999, pp. 77-78). تا جایی که این پرسش خطیر پیش می‌آید که «آیا آمیزه صنعت و فرهنگ تبلیغات، هنگامی که صنعت (به معنای پول، سرمایه، مصرف و تولید انبوه) بر فرهنگ (به معنای میراث مشترک یک ملت که از نسلی به نسل دیگر منتقل می‌شود و کوله‌باری از تاریخ که

آداب و رسوم، سنت‌ها، باورها، عقاید، زبان، دین و بالاخره هنجار و ارزش‌ها را بر دوش می‌کشد) غلبه کند، فرزند ناخلفی جز "صنعت فرهنگ" زاده می‌شود؟» (میرشاهی، ۱۳۸۶، ص. ۳۹).

از سوی دیگر، با لحاظ شرایط کنونی اقتصادی ایران^۱، نمایش گونه‌ای از تبلیغات که بخواهد عمدتاً به مخاطب خود بیش‌ازپیش احساس فقر، بدبختی و تنگدستی را منتقل کند و ناتوانی او را در بیع و نیل به این کالاها و خدمات لوکس برجسته بسازد و درنهایت، فاصله طبقاتی را عمیق‌تر کند، این یارایی را ندارد تا متضمن تحفیظ نظم عمومی و تأمین مصلحت عمومی و خیر همگانی باشد. سرانجام با این‌گونه آگهی‌های تجاری، اعصاب، آرامش ذهنی و امنیت روانی خانواده‌ها، کودکان و نوجوان و به‌خصوص سرپرستان خانوار به مخاطره می‌افتد و احساس محرومیت و حقارت در میان مخاطبان تشدید می‌شود.

کوتاه‌سخن اینکه، باید توجه داشت آیا در هیاهوی رنگ و لعاب تصویر و موسیقی پرطمطراق این‌گونه تبلیغات، رؤیای سرمایه‌سالارانه و سرایی که از زندگی ایدئال به نمایش می‌گذارند، نوای حسرت مردان و زنان ایران‌زمین و ندای فترت فرهنگ و ارزش‌های جامعه ایرانی به گوش نمی‌رسد؟! اگر چنین است، نظام حقوقی ایران چه شکل از تنظیم‌گری و چه هنجارهای حقوقی را در مقابل این‌گونه تبلیغات قرار داده است تا تبلیغات تجاری تلویزیونی متناسب با فرهنگ عمومی ایرانیان و ارزش‌های اخلاقی و ملی آنان باشد؟!

۳. یافته‌های پژوهش

قوانین و مقررات در حوزه تبلیغات تلویزیونی پراکنده و ازهم‌گسیخته هستند^۲. این هنجارها

۱. آمارهای رسمی از خط فقر و دیگر شاخص‌های اقتصادی و سنج‌های معیشت عمومی، جملگی از کوچک‌تر شدن سفره عموم مردم ایران و تکلف آنان در تأمین نیازهای اساسی و ضروری زندگی حکایت می‌کند.

۲. غمامی (۱۴۰۱) در مقاله خود با عنوان «تنقیح قوانین رسانه‌ای»، مواردی مانند چالش مفهومی رسانه در تحول عصر فناوری، چالش در اصل صلاحیت‌ها و تطور صلاحیت‌های نهادهای مرتبط، نهادهای متشکست واضع قواعد، وضع قواعد متزاحم و نظام حقوقی متفاوت رسانه‌ها را از جمله چالش‌های عام تنقیح قوانین و مقررات رسانه‌ای در ایران معاصر دانسته است که این رهیافت کلی در حوزه قوانین و مقررات ناظر بر تبلیغات تلویزیونی قابلیت رهگیری دارد و پژوهش حاضر مصادیقی از آن را برملا می‌سازد. همچنین، ضرورت تدوین کد جامع رسانه که در آن مقاله مورد توجه و تحلیل قرار گرفته است و مقدمه آن که تنقیح قوانین و مقررات رسانه است، می‌رود تا در نوشتار حاضر در نسبت با آثار ضد فرهنگی تبلیغات تلویزیونی و کیفیت مواجهه با آن در نظام حقوقی ایران گردآوری و صورت‌بندی شود.

افزون بر قوانینی که درباره تبلیغات یا دیگر امور فرهنگی رسانه‌ای تصویب شده‌اند، گاه در قوانین غیرمرتبط و مجزای دیگر نیز در میان مواد یا بندها و تبصره‌های آن مورد اشاره قرار گرفته‌اند؛ زیرا با حاکمیت قوانین، اختصاص این نهاد که به تصویب شورای اسلامی رسیده است و توجه به جریان قوانین خاص مالی، اداری و استخدامی صداوسیما (محسنیان، ۱۳۹۸، ص. ۲۵)، از آنجا که این نهاد دولتی (در معنای عام) متکفل موضوعی حاکمیتی بوده که برای عموم شهروندان است و تأسیس حقوقی آن نیز در قانون اساسی، پرداخته و اساسی‌سازی شده است، می‌توان به‌صورت کلی، احکام موجود در متن و روح قوانین و مقررات عمومی پیرامون تبلیغات تجاری را در حوزه تبلیغات تجاری تلویزیونی نیز حاکم دانست (تقی‌زاده و همکاران، ۱۴۰۰، ص. ۲۵۱). افزون بر اینکه در برخی قوانین و مقررات، از صداوسیما به‌عنوان دستگاه مشمول اجرای قانون نام برده شده یا تکلیفی را متوجه تبلیغات تلویزیونی کرده است. با این حساب می‌توان در نظم حقوقی جمهوری اسلامی ایران، مهم‌ترین قوانین و مقررات را به شرح جدول زیر یافت که متضمن هنجارهایی در مواجهه با آثار ضد فرهنگی تبلیغات تلویزیونی است.

جدول «یک»: قوانین واجد هنجارهای حقوقی در مواجهه با آثار ضد فرهنگی تبلیغات تلویزیونی؛
به ترتیب زمان تصویب

| ردیف | عنوان قانون | سال تصویب | مرجع تصویب |
|------|---|-----------|-------------------------|
| ۱ | قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران | ۱۳۵۸ | مجلس خبرگان قانون اساسی |
| ۲ | آئین‌نامه تأسیس و نظارت بر نحوه کار و فعالیت کانون‌های آگهی و تبلیغاتی | ۱۳۵۸ | شورای انقلاب |
| ۳ | قانون اداره صداوسیمای جمهوری اسلامی ایران | ۱۳۵۹ | مجلس شورای اسلامی |
| ۴ | قانون خط‌مشی کلی و اصول برنامه‌های سازمان صداوسیمای جمهوری اسلامی ایران | ۱۳۶۱ | مجلس شورای اسلامی |
| ۵ | اساسنامه سازمان صداوسیمای جمهوری اسلامی ایران | ۱۳۶۲ | مجلس شورای اسلامی |
| ۶ | قانون ممنوعیت به‌کارگیری | ۱۳۷۵ | مجلس شورای اسلامی |

| | | | |
|----|------|--|----------------------------|
| | | اسامی، عناوین و اصطلاحات بیگانه | |
| ۷ | ۱۳۷۶ | آیین‌نامه ممنوعیت استعمال و عرضه سیگار و سایر مواد دخانی در اماکن عمومی | هیات وزیران |
| ۸ | ۱۳۷۸ | آیین‌نامه اجرایی قانون ممنوعیت به کارگیری اسامی، عناوین و اصطلاحات بیگانه | هیات وزیران |
| ۹ | ۱۳۷۹ | آیین‌نامه نحوه نظارت بر علائم، نشانه‌ها و تصاویر روی البسه و لوازم‌التحریر و کالاهای مشابه | شورای عالی انقلاب فرهنگی |
| ۱۰ | ۱۳۸۱ | دستورالعمل مجموعه مقررات و ضوابط تولید و پخش آگهی‌های رادیو و تلویزیونی | اداره کل بازرگانی صداوسیما |
| ۱۱ | ۱۳۸۲ | قانون تجارت الکترونیکی | مجلس شورای اسلامی |
| ۱۲ | ۱۳۸۵ | قانون جامع کنترل و مبارزه ملی با دخانیات | مجلس شورای اسلامی |
| ۱۳ | ۱۳۸۶ | آیین‌نامه اجرایی قانون جامع کنترل و مبارزه ملی با دخانیات | هیات وزیران |
| ۱۴ | ۱۳۸۸ | قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان | مجلس شورای اسلامی |
| ۱۵ | ۱۳۹۱ | آیین‌نامه اجرایی ماده (۷) قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان | هیات وزیران |
| ۱۶ | ۱۳۹۲ | قانون نظام صنفی کشور | مجلس شورای اسلامی |
| ۱۷ | ۱۳۹۴ | آیین‌نامه ساماندهی تبلیغات کالاها و خدمات موضوع ماده (۸) قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور | هیات وزیران |
| ۱۸ | ۱۳۹۵ | قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور | مجلس شورای اسلامی |
| ۱۹ | ۱۳۹۷ | قانون ممنوعیت تبلیغات و معرفی محصولات و خدمات غیرمجاز و آسیب‌رسان به سلامت در رسانه‌های ارتباط جمعی داخلی و بین‌المللی و فضاها مجازی | مجلس شورای اسلامی |
| ۲۰ | ۱۳۹۹ | دستورالعمل نحوه اطلاع‌رسانی امور پزشکی، تبلیغات و انتشار آگهی‌های دارویی، | شورای عالی پزشکی |

| | | | |
|-------------------|------|--|----|
| | | مواد خوراکی، آشامیدنی و بهداشتی | |
| هیات وزیران | ۱۴۰۰ | آیین‌نامه اجرایی ماده (۶) قانون حمایت از اطفال و نوجوانان | ۲۱ |
| مجلس شورای اسلامی | ۱۴۰۰ | قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت | ۲۲ |

مهم‌ترین مراجعی که قوانین و مقرراتی حاکم بر تبلیغات تلویزیونی را مصوب کرده‌اند، مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، شورای انقلاب، مجلس شورای اسلامی، هیئت وزیران، شورای عالی انقلاب فرهنگی، شورای عالی پزشکی و اداره کل بازرگانی صداوسیما هستند.

با توجه به خروج تخصصی و موضوعی تبلیغات تلویزیونی از تبلیغات محیطی^۱ و نیز عدم شامل بودن تبلیغات صداوسیما در حوزه مخاطبان احکام قانونی مصوب «کمیته مرکزی سازمان‌های تبلیغاتی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی»، در نهایت، با عدم امکان تطبیق قوانین و مقررات این دو حوزه بر مصداق تبلیغات تلویزیونی مواجه خواهیم بود؛ قوانین و مقرراتی مانند مصوبه «سیاست‌ها و ضوابط حاکم بر تبلیغات محیطی» مصوب ۱۳۸۸ شورای معین شورای عالی انقلاب فرهنگی، دستورالعمل تبلیغات محیطی کالا و خدمات مصوب ۱۳۹۱ و ماده واحده ممنوعیت تبلیغ سفرهای خارجی مصوب ۱۳۹۱ شورای فرهنگ عمومی و نیز همه دستورالعمل‌های کمیته مرکزی سازمان‌های تبلیغاتی مانند دستورالعمل نحوه انتشار آگهی‌نامه، دستورالعمل نحوه فعالیت تبلیغاتی در شبکه‌ها و پیام‌رسان‌های اجتماعی، دستورالعمل نحوه استفاده از تصویر هنرمندان و ورزش‌کاران در تبلیغات و دیگر دستورالعمل‌های صادره از جانب این نهاد.

اگرچه برخی قائل به عدم امکان استناد به «آیین‌نامه تأسیس و نظارت بر نحوه کار و فعالیت کانون‌های آگهی و تبلیغاتی» شده‌اند (کلهر، ۱۳۹۷، ص. ۲)، با تأمل و تتبع بیشتر، دلیلی بر اخراج این قانون از موضوع آگهی‌های تجاری تلویزیونی نمی‌توان یافت؛ زیرا این آیین‌نامه، نخستین و مبنایی‌ترین قانون موضوعه پس از انقلاب اسلامی درباره تبلیغات تجاری است (کلهر، ۱۳۹۷، ص. ۲) که محتوای آن عام و از طرف مرجعی اساسی و عمومی مصوب شده است و ماده ۱۵

۱. تبلیغات محیطی شامل تابلوهای تبلیغاتی، بنرها، عرشه پل‌ها، ایستگاه‌ها و ناوگان حمل‌ونقل شهری مانند اتوبوس و مترو، فروشگاه‌ها، تابلوی سردر مغازه‌ها و اماکن تجاری و مانند آن می‌شود.

آیین‌نامه^۱، مطلق رسانه‌های همگانی از جمله تلویزیون را تابع مقررات مندرج در این آیین‌نامه می‌داند.

به صورت کلی، نظر به اینکه در نظام حقوقی ایران تنها سازمان صداوسیماست که متکفل تلویزیون و صاحب امتیاز اختصاصی آن است، اساساً در هر متن قانونی که از تبلیغات در بستر تلویزیون نام برده شده یا در آن به تلویزیون به مثابه یکی از رسانه‌های مشمول هنجار قانون مدنظر برای ارائه محتوا اشاره شده باشد، مفاد آن متن قانونی قابل اعمال بر تبلیغات تلویزیونی است؛ زیرا در بسیاری از قوانین و مقررات عمومی، در راستای ایفای وظایف، ضوابط، ترتیبات و اختیارات حقوقی یادشده از صداوسیما یا رسانه ملی به عنوان یکی از مخاطبان قانونی و دستگاه‌های اجرایی مشمول نام برده شده است.

آنچه با تصویب قانون‌های اختصاصی صداوسیما و به خصوص «دستورالعمل مجموعه مقررات و ضوابط تولید و پخش آگهی‌های رادیو و تلویزیونی» مصوب اداره کل بازرگانی باعث اخراج بخشی از مفاد «آیین‌نامه تأسیس و نظارت بر نحوه کار و فعالیت کانون‌های آگهی و تبلیغاتی» نسبت به تبلیغات تلویزیونی شده است، اصول، ضوابط، محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های محتوایی تبلیغاتی نیست، بلکه مباحث شکلی و حقوقی مرتبط با شیوه ساخت و ارائه آگهی، مرجع ناظر بر تبلیغات، دادرسی تخلفات تبلیغاتی و مسئول جبران و پرداخت خسارت بوده (آقامحمدی و محسنیان، ۱۴۰۱، ص. ۱۶) که با وجود تأسیسات و ترتیبات حقوقی جدید این دستورالعمل مؤخر و اختصاصی اداره کل بازرگانی صداوسیما، دیگر امکان استناد بدین مباحث شکلی و حقوقی مندرج در آیین‌نامه از جمله قوانین و مقررات مربوط به کانون آگهی تبلیغاتی وجود ندارد. از این رو تبلیغات تلویزیونی نمی‌تواند مخاطب دستورالعمل‌های صادره از کمیته مرکزی سازمان‌های تبلیغاتی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی باشد؛ زیرا مخاطب آن دستورالعمل‌ها کانون‌های آگهی هستند و اداره کل بازرگانی، تأسیس حقوقی، جایگاه، قواعد و احکام متمایزی از کانون‌های آگهی دارد و کاملاً مستقل از مرجع دیگری از جمله وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی عمل می‌کند (جعفری

۱. «آگهی‌های تبلیغاتی که از طریق رسانه‌های همگانی (رادیو، تلویزیون، سینما، روزنامه، مجله، سالنامه ویزیتوری و مانند آن) پخش و انتشار می‌یابد، تابع مقررات مندرج در این آیین‌نامه می‌باشد».

هفتخوانی و چاپکی، ۱۳۸۸، ص. ۲۰). به بیان دیگر، اداره کل بازرگانی خود جایگزین ساختار کانون‌های آگهی درباره تبلیغات تلویزیونی شده است (کلهر، ۱۳۹۷، ص. ۳۰).

۴. هنجارهای حقوقی موجود در مواجهه با آثار ضد فرهنگی تبلیغات تلویزیونی

با این حساب، هنجارهای حقوقی موجود در قوانین و مقررات یادشده در بالا، در سه دسته قانون اساسی، قوانین و مقررات عمومی و قوانین و مقررات اختصاصی سازمان صداوسیما مورد مطالعه قرار خواهند گرفت.

۱.۴. قانون اساسی

قانون اساسی به‌عنوان عالی‌ترین سند ملی و مظهر میثاق فکری، سیاسی و فرهنگی ملل، متضمن چهارچوب‌ها و استخوان‌بندی کلی نظام سیاسی و اجتماعی هر کشوری است (هاشمی، ۱۴۰۲، ج ۱، ص. ۷۳) و به‌مثابه بالاترین سند حقوقی که در رأس هرم سلسله‌مراتب قوانین قرار دارد، تعیین‌کننده حدود و ثغور دیگر قوانین و راهنمایی برای تعیین قوانین جزئی‌تر به شمار می‌رود. حاکمیت قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر دیگر قوانین و جایگاه بنیادین آن در هرم هنجاری نظام حقوقی ایران از اصول متعددی از جمله اصول ۷۲، ۸۵، ۹۴ و ۱۷۰ قانون اساسی برداشت می‌شود. این اصول با تصریح بر عدم امکان وضع قوانین و هنجارهای مغایر با قانون اساسی توسط قوای قانون‌گذار در جمهوری اسلامی، نهادهایی را برای نظارت بر این موضوع تعیین کرده‌اند و همان‌طور که اشاره شد، قانون اساسی خود مبین برخی هنجارها و قواعد حاکم بر نظام حقوقی ایران است که می‌توان آن‌ها را بر موضوعات و مصادیقی مانند «تبلیغات تلویزیونی» و مقررات جزئی آن نیز حاکم دانست.

۱.۱.۴. مقدمه قانون اساسی

در خصوص ارزش و جایگاه مقدمه قانون اساسی اختلاف‌نظرهایی وجود دارد. برخی برای این بخش از قانون اساسی ارزش حقوقی قائل نیستند (هاشمی، ۱۴۰۲، ۶۸) و به علت فقدان وجه الزام‌آور بودن و ضمانت اجرایی داشتن، آن را خارج از قلمرو قاعده‌های حقوقی می‌دانند و آن را تنها سند مبین فلسفه سیاسی و ایدئولوژی حکومت تلقی می‌کنند (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۵، ص. ۴۰۴)، اما منکر اهمیت و نقش آن در زمینه‌سازی اصول قانون اساسی نیز نیستند (هاشمی، ۱۴۰۲،

۶۸) و آن را وسیله درست دیدن و صحیح سنجیدن قانون اساسی می‌دانند. برخی حقوق‌دانان نیز بر اعتبار حقوقی مقدمه قانون اساسی تأکید کرده و توجه به آن را برای تفسیر و فهم درست قانون اساسی ضروری دانسته‌اند (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۸۳، ص. ۵۵۰).

در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به برخی مبانی حکمرانی در جمهوری اسلامی از جمله «عدم موضع طبقاتی حکومت اسلامی»، «رشد دادن انسان در حرکت به سوی نظام الهی»، «نفی هرگونه استبداد فکری و اجتماعی و انحصار اقتصادی»، «نفی تکاثر ثروت و سودجویی در نظام اقتصادی اسلامی»، «اقتصاد وسیله است نه هدف»، «اصل بودن خانواده به‌عنوان واحد بنیادین جامعه» و «نفی مصرف‌زدگی و استثمار» اشاره شده است. این مبانی را می‌توان دست‌کم به‌عنوان مبناهایی ضروری و پذیرفته‌شده در نظام حقوقی جمهوری اسلامی برای سیاست‌گذاری، قاعده‌گذاری، تقنین و نظارت در سطوح مختلف مقوله تبلیغات تلویزیونی در سیما به شمار آورد. در مقدمه قانون اساسی بر بایسته‌های حاکم بر وسایل ارتباط جمعی تصریح شده است «وسایل ارتباط جمعی (رادیو و تلویزیون) بایستی در جهت روند تکاملی انقلاب اسلامی در خدمت اشاعه فرهنگ اسلامی قرار گیرد» و «از اشاعه و ترویج خصلت‌های تخریبی و ضد اسلامی جدا پرهیز کند». بنابراین، توجه به این بایسته‌ها در نظارت بر قواعد حاکم بر تبلیغات تلویزیونی و نیز وضع قواعد حاکم بر این موضوع ضروری می‌نماید.

۲.۱.۴. اصول قانون اساسی

در اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به موضوع تبلیغات تلویزیونی اشاره مستقیمی نشده است، اما در اصول ۴۴ و ۱۷۵ به‌صورت مستقیم به موضوع «تلویزیون» و به تعبیر دیگر صداوسیما پرداخته شده است.

اصل ۴۴ قانون اساسی به‌عنوان اصل محوری اقتصاد ایران، نظام اقتصادی جمهوری اسلامی را به سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی تقسیم کرده است. این اصل «تلویزیون» را به‌عنوان یکی از حوزه‌های بخش دولتی برشمرده و آن را به‌صورت مالکیت عمومی در اختیار دولت قرار داده است. از این‌رو با دولتی شمرده شدن تلویزیون، اهتمام دولت در تکالیفی که در قبال این مقوله از آن انتظار می‌رود، بیش‌ازپیش می‌شود.

البته به‌مرور زمان و با ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ توسط رهبر انقلاب، بسیاری از

حوزه‌های دولتی یادشده در صدر این اصل از قانون اساسی، تا اندازه زیادی در اختیار بخش خصوصی قرار گرفت. با این حال بنا بر نظر تفسیری شماره ۹۷۹/۲۱/۷۹ شورای نگهبان مورخ ۱۳۷۹/۷/۱۰، تلویزیون به‌عنوان استثنا همواره باید منحصراً دولتی باقی بماند.^۱

اصل ۱۷۵ قانون اساسی نیز که به‌عنوان تنها اصل ذیل فصل ۱۲ قانون اساسی با عنوان «صداوسیما» یاد شده، تصریح کرده است «در صداوسیما جمهوری اسلامی ایران، آزادی بیان و نشر افکار با رعایت موازین اسلامی و مصالح کشور باید تأمین گردد». بنابراین، بر اساس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، «رعایت موازین اسلامی و مصالح کشور» به‌عنوان قیود آزادی بیان و نشر افکار در صداوسیما جمهوری اسلامی و به‌تبع تبلیغات تلویزیون در نظر گرفته شده است.

افزون بر دو اصل بالا، برخی دیگر از اصول قانون اساسی از جمله اصول ۳، ۸، ۱۰، ۱۹ و ۴۰ قانون اساسی که به کلیات وظایف دولت جمهوری اسلامی و حدود حاکم بر آن پرداخته‌اند، با عنایت به دولتی بودن تلویزیون می‌توانند به‌عنوان اصول و ضوابط حاکم بر حوزه تلویزیون و به‌تبع، تبلیغات تلویزیونی قلمداد شوند.

در اصل ۳ قانون اساسی وظایف دولت جمهوری اسلامی ایران برای نیل به اهداف، در ۱۶ بند برشمرده شده است. برخی از این وظایف ارتباط معناداری با حوزه تلویزیون و موضوع تبلیغات تلویزیونی دارد یا دست‌کم بخشی از ظرف تحقق این وظایف و اصول، بستر تلویزیون و سیمای ملی است.

بند ۱ این اصل «ایجاد محیط مساعد برای رشد فضایل اخلاقی بر اساس ایمان و تقوا و مبارزه با همه مظاهر فساد و تباهی» را یکی از وظایف دولت جمهوری اسلامی برشمرده است؛ وظیفه‌ای که مشخصاً بخشی از آن در حوزه رسانه و به‌خصوص سیمای ملی محقق خواهد شد. از این بند می‌توان این‌گونه استنباط کرد که تلویزیون نباید به بستری برای ترویج رذایل اخلاقی و مظاهر فساد و تباهی تبدیل شود؛ زیرا این موضوع نقطه مقابل وظیفه دولت جمهوری اسلامی ایران است.

۱. این نظریه تفسیری بیان می‌دارد «مطابق نص صریح اصل ۴۴ قانون اساسی در نظام جمهوری اسلامی ایران، رادیو و تلویزیون دولتی است و تأسیس و راه‌اندازی شبکه‌های خصوصی رادیویی و تلویزیونی به هر نحو، مغایر این اصل می‌باشد».

بنابراین، بر اساس بند ۱ اصل ۳ قانون اساسی می‌توان ممنوعیت ارائه مظاهر فساد و تباهی و ترویج رذایل اخلاقی در تبلیغات تلویزیونی را دریافت کرد؛ البته ضوابط یادشده چندان جزئی و قابل انطباق بر مصادیق مختلف نیستند، اما می‌توانند به‌عنوان ضوابطی کلی برای وضع ضوابط جزئی و نیز در مواضع خلأ وجود ضابطه مشخص استفاده شوند.

بند ۲ اصل ۳ قانون اساسی، «بالا بردن سطح آگاهی‌های عمومی در همه زمینه‌ها با استفاده صحیح از مطبوعات و رسانه‌های گروهی و وسایل دیگر» را از وظایف دولت جمهوری اسلامی دانسته است؛ وظیفه‌ای که شاید مهم‌ترین ظرف تحقق آن سیمای ملی است که باید تبلیغات تلویزیونی نیز به‌عنوان بخشی از ظرفیت این حوزه در اختیار این وظیفه قرار گیرند یا دست‌کم مخالف آن عمل نکنند. تبلیغات تلویزیونی نباید دست‌کم در راستای تدلیس و ارائه اطلاعات نادرست به مخاطبان حرکت کنند و باید ارائه محتواهایی با چنین مضامینی در تلویزیون ممنوع باشد.

«طرد کامل استعمار و جلوگیری از نفوذ اجانب» وظیفه دیگری دولت جمهوری اسلامی است که در بند ۵ اصل ۳ قانون اساسی بر آن تصریح شده است. این اصل بیشتر در حوزه سیاست خارجه مورد توجه قرار گرفته، اما با توجه به واقعیت مقابله فرهنگی بیگانگان علیه ایران اسلامی، توجه به این موضوع در حوزه فرهنگ و رسانه نیز مدتی است که مورد توجه قرار گرفته است. بر اساس این وظیفه، دولت جمهوری اسلامی باید تا حد امکان مانع ترویج فرهنگ بیگانه و سبک زندگی غیرایرانی در کشور شود. تحقق این وظیفه می‌تواند بسترهای متعددی داشته باشد، اما رسانه ملی به‌عنوان محوری‌ترین ابزار رسانه‌ای و فرهنگی جمهوری اسلامی، قطعاً باید یکی از مهم‌ترین بسترهای تحقق این موضوع باشد. بنابراین، باید در تلویزیون ملی جمهوری اسلامی ایران، ترویج فرهنگ بیگانه و سبک زندگی غیرایرانی به‌عنوان مصادیقی از «نفوذ اجانب» ممنوع باشد؛ خواه این ممنوعیت از طریق قوانین عادی یا مقررات جزئی درون‌سازمانی اعمال شود یا حتی در فرض خلأ آن‌ها، بر اساس همین بند، محدودیت‌های لازم اعمال شود.

ازجمله اصولی که وظایف کلی دولت جمهوری اسلامی را تبیین کرده است، اصل ۸ قانون اساسی است. این اصل تصریح می‌کند «در جمهوری اسلامی ایران دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر وظیفه‌ای است همگانی و متقابل بر عهده مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم و مردم نسبت به دولت. شرایط و حدود و کیفیت آن را قانون معین می‌کند». بنابراین، دعوت به

خیر و امر به معروف و نهی از منکر وظیفه‌ای از جانب دولت نسبت به مردم است. بدین سان، دولت جمهوری اسلامی باید افزون بر همت گماشتن به این موضوع در قالب‌های مختلف، از عملکردی که ناقض این وظیفه باشد نیز خودداری کند؛ یعنی باید جمهوری اسلامی در عملکرد خود که تلویزیون ملی را نیز شامل می‌شود، دست‌کم اعمالی را که سبب ترویج منکر و نهی از خیر می‌شود، ممنوع کند و در درجه بالاتر، دعوت به خیر و نهی از منکر را در دستور کار خود قرار دهد. این حدود می‌تواند در خصوص تبلیغات تلویزیونی نیز صادق باشد و به‌عنوان محدودیت‌های قانونی اعمال شود.

از سوی دیگر، اصل ۱۰ قانون اساسی به‌صورت جزئی‌تر به بحث خانواده به‌عنوان واحد بنیادی جامعه اسلامی پرداخته و دولت را مکلف کرده است که همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های خود را در راستای آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی تنظیم کند. این بدین معناست که دولت باید در مقررات خود، خانواده را به‌عنوان ضابطه حاکم در تصمیم‌گیری و قاعده‌گذاری در نظر بگیرد. همچنین، باید با جریانات و اقداماتی که در راستای سست کردن بنیان‌های خانواده حرکت می‌کنند، به مقابله برخیزد و با محدودیت‌های قانونی با آن‌ها برخورد کند.

در حوزه تلویزیون و به‌خصوص بحث تبلیغات نیز این اصل می‌تواند مورد توجه و استناد باشد؛ جایی که تبلیغات تلویزیونی نباید به صورتی باشند که نتیجه آن مخدوش کردن قداست خانواده، دشوار کردن تشکیل خانواده و سخت کردن ازدواج جوانان باشد. برای مثال، محتوای ارائه‌شده در تلویزیون به‌خصوص تبلیغات تلویزیونی نباید به‌گونه‌ای باشد که در نتیجه ارائه الگوهای ایدئال غیرواقعی و عموماً لوکس و اشرافی سبب ایجاد احساس نارضایتی در میان خانواده‌های طبقه متوسط و پایین شود و با القای احساس ناامیدی به آن‌ها، در پی مقایسه با الگوهای ارائه‌شده در تلویزیون، بنیاد خانواده‌ها را به سستی بکشاند و مقدمات ازدواج را برای جوانان دور از دسترس کند.

اصل شایان توجه دیگر برای تنظیم تبلیغات تلویزیونی، اصل ۱۹ قانون اساسی است. این اصل تصریح کرده است «مردم ایران از هر قوم و قبیله که باشند، از حقوق مساوی برخوردارند و رنگ، نژاد، زبان و مانند این‌ها سبب امتیاز نخواهد بود». از این اصل می‌توان نتیجه گرفت که دولت باید

در تمام ساحت‌ها به برابری قومی و قبیله‌ای مردم ایران دقت کند. یکی از این ساحت‌ها، سیمای ملی و تبلیغات تلویزیونی است. برای مثال، تبلیغات تلویزیونی نباید به شکلی باشند که تنها بخشی از جامعه را درون خود جای دهند و تنها آن بخش را به‌عنوان الگو و نماد جامعه ایرانی ارائه کنند، بلکه باید در این حوزه نیز تا حد امکان اجازه ظهور و بروز مساوی اقوام و انواع مردم ایران فراهم شود تا هر مخاطبی از هر طبقه اقتصادی و منزلت فرهنگی بتواند بدان راه یابد و با آن ارتباطی همدلانه برقرار کند.

۲.۴. قوانین عادی

ماده ۱۲ قانون «آیین‌نامه تأسیس و نظارت بر نحوه کار و فعالیت کانون‌های آگهی و تبلیغاتی» بر لزوم «انطباق آگهی‌های تبلیغاتی با موازین شرعی و قانونی کشور»، «عدم استفاده از تصاویر و عناوین مقامات عالی‌رتبه مملکتی و تمثال پیشوایان مذهبی و شخصیت‌های تاریخی و فرهنگی کشور در آگهی‌هایی که هدف آن‌ها ارائه کالاهای مصرفی و خدمات مشابه است» و نیز «عدم ارائه تبلیغات با محتویات دارای ادعاهای غیرقابل اثبات، مطالب گمراه‌کننده و توهین‌آمیز برای اخلاق، معتقدات مذهبی و عفت عمومی» تأکید دارد و از سوی تبلیغاتی را که متضمن «تحقیر و استهزای دیگران چه تلویحاً یا صریحاً» باشد، «مروج فساد یا مخالف ادیان رسمی و برخلاف عفت عمومی» باشد یا «در مقابل تشویق به خرید و مصرف جایزه قرار داده باشد»، ممنوع کرده است. توجه قانون‌گذار در این ماده به ممنوعیت استفاده از کودکان، دبستان‌ها و دبیرستان‌ها برای تبلیغات نیز شایان توجه است.

«خودداری از به‌کارگیری واژه‌های نامأنوس بیگانه»، «رعایت ضوابط دستوری زبان فارسی» و «استفاده از واژه‌های مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی» نیز از جمله خطوط کلی حاکم بر تبلیغات تجاری تلویزیونی است که در تبصره ۷ ماده واحده «قانون ممنوعیت به‌کارگیری اسامی، عناوین و اصطلاحات بیگانه» خطاب به صداوسیما نگاشته شده است. آیین‌نامه اجرایی این قانون نیز در ماده ۱۱ خود، به تأکید بر الزام به‌کارگیری این ضوابط در همه برنامه‌های صداوسیما پرداخته است.

ماده ۱۱ «آیین‌نامه نحوه نظارت بر علائم، نشانه‌ها و تصاویر روی البسه و لوازم‌التحریر و کالاهای مشابه» صداوسیما را «موظف به تبلیغ و ترویج نقوش ملهم از هنر ایرانی-اسلامی»

دانسته است؛ اگرچه مقتضی و مفروض است تا ضوابط و ممنوعیت‌های مواد ۱ تا ۳ این قانون که ناظر بر علائم، نشانه‌ها و تصاویر روی البسه و لوازم‌التحریر و کالاهای مشابه است نیز در تبلیغات این قسم از کالاها در رسانه ملی مورد رعایت و عنایت قرار گیرد.

برخی مواد قانونی فصل ۲ «قانون تجارت الکترونیکی» با عنوان «قواعد تبلیغ» نیز هنجارهایی را پیش روی تبلیغات تجاری تلویزیونی برای جلوگیری از آثار ضد فرهنگی آن قرار می‌دهد. تأمین‌کنندگان در تبلیغ کالاها و خدمات خود نباید «مرتکب فعل یا ترک فعلی شوند که سبب مشتبه شدن یا فریب مخاطب از حیث کمیت و کیفیت شود» و «سلامتی افراد را به خطر اندازند». از سویی تبلیغات باید «مطابق با رویه حرفه‌ای» و به‌گونه‌ای باشد که «مصرف‌کننده به‌طور دقیق، صحیح و روشن اطلاعات مربوط به کالا و خدمات را درک کند». ماده ۵۷ این قانون متوجه اهمیت و تفاوت تبلیغ و بازاریابی برای کودکان و نوجوانان است و ضوابط تفصیلی و تخصصی آن را تفویض به آیین‌نامه دیگری کرده، اما متأسفانه با گذشت سال‌ها از تصویب این تکلیف قانونی، همچنان آیین‌نامه یادشده نگاشته نشده است.

ماده ۲ «آیین‌نامه ممنوعیت استعمال و عرضه سیگار و سایر مواد دخانی در اماکن عمومی» به وظیفه صداوسیما در راستای «جلوگیری از اعتیاد جوانان و تبیین زیان‌های جانی، بهداشتی، اجتماعی و مالی ناشی از مصرف دخانیات با هرگونه اقدامی که موجب تبلیغ، تشویق یا تحریک افراد به استعمال یا مصرف بیشتر دخانیات شود»، پرداخته است. از سوی دیگر ماده ۳ «قانون کنترل و مبارزه ملی با دخانیات» نیز «هر نوع تبلیغ، حمایت، تشویق مستقیم و غیرمستقیم یا تحریک افراد به استعمال دخانیات» را اکیداً ممنوع دانسته است. تا جایی که ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی این قانون حتی «استفاده از نام و علامت تجاری شرکت‌های تولیدکننده انواع فرآورده‌های دخانی را روی دیگر کالاها که تبلیغ مصرف مواد دخانی محسوب شود»، ممنوع دانسته است.

ماده ۷ «قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان» بر ممنوعیت «تبلیغات خلاف واقع و ارائه اطلاعات نادرست که موجب فریب یا اشتباه مصرف‌کننده شود» تصریح دارد. آیین‌نامه اجرایی این ماده به شرح مفصل موارد تبلیغ خلاف واقع و اطلاعات نادرست پرداخته است که مواردی از آن ناظر بر تحدید آثار ضد فرهنگی تبلیغات تلویزیونی است؛ مواردی مانند «استفاده از مطالب گمراه‌کننده و ادعاهای غیرقابل اثبات و کذب»، «ارتکاب فعل یا ترک فعل که سبب مشتبه شدن یا

فریب مخاطب از نظر کمیت یا کیفیت شود»، «تبلیغ فراتر از واقعیت کالا یا خدمات مورد نظر»، «استفاده از صفات مطلق و اغراق‌آمیز مانند کاملاً بهداشتی و صد درصد تضمینی»، «بی‌ارزش یا فاقد اعتبار جلوه دادن خدمات و کالاهای دیگران»، «تقلید از ساختار، متن، شعار، تصاویر، آهنگ و شباهت‌های تبلیغاتی تجاری دیگر محصولات که مصرف‌کننده را فریب دهد و منجر به گمراهی وی شود»، «استفاده از اسامی، عناوین و نشان افراد و مؤسساتی که دارای شهرت هستند به گونه‌ای که مصرف‌کننده را فریب دهد»، «استناد به تقدیرنامه، جایزه و گواهی صادرشده از مراکز رسمی مورد تأیید مراجع ذی‌صلاح فراتر از متن آن‌ها»، «هرگونه اعلان یا ارائه اطلاعات نادرست در برگه‌های تعهد یا تضمین کالا و خدمات»، «تبلیغ کالاها و خدماتی که از سوی دستگاه‌های ذی‌ربط حسب اختیارات و وظایف قانونی آن‌ها غیرمجاز اعلام می‌شوند»، «تبلیغ کالاها یا خدمات فاقد مجوزی که بر اساس قوانین و مقررات، تولید و عرضه آن‌ها منوط به اخذ مجوز از مراجع قانونی ذی‌ربط است»، «استناد به منابع و مراجع خارجی در تبلیغ محصولات داخلی بدون تأیید مراجع ذی‌صلاح»، «استفاده از صفات تفضیلی و عالی به صورت صریح یا به‌کارگیری هر شیوه دیگری در نگارش یا قرائت متن به منظور القای مفهوم برتر یا برترین بودن کالا و خدمات بدون تأیید مراجع ذی‌صلاح»، «عدم تصریح هویت شخص یا بنگاهی که تبلیغ به نفع اوست به‌استثنای آن بخش از تبلیغ که منتهی به تبلیغ اصلی می‌شود و تنها برای جلب توجه مخاطبان انتشار می‌یابد (تبلیغ انتظاری)» و درنهایت، «استفاده ابزاری از زنان، مردان و کودکان که نقش اصلی را در معرفی کالا و خدمات ایفا می‌کنند».

تبصره ۲ ماده ۱۷ «قانون نظام صنفی کشور» نیز به عدم جواز توسل به تبلیغات خلاف واقع توسط افراد صنفی برای جلب مشتری درباره محصولات، کالاها یا خدمات تأکید دارد.

«آیین‌نامه سامان‌دهی تبلیغات کالاها و خدمات موضوع ماده ۸ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور» با هدف حمایت از نشان‌های تجاری داخلی و توسعه، ترویج و تبلیغ آنان و با تکیه بر ایرانی بودن کالا و خدمات که در واقع می‌توان گفت حکایت از توجه قانون‌گذار به وجه بومی و فرهنگی دارد نیز حاوی راهبردها و سیاست‌های متناسبی است. ماده ۵ این آیین‌نامه با اشاره به اهدافی مانند «ترویج فرهنگ تغذیه سالم، حفظ محیط‌زیست، جلوگیری از تجمل‌گرایی و محدودسازی تبلیغ کالاهای خارج و ترویج فرهنگ مصرف کالاها داخلی»، حمایت رسانه‌های تحت مدیریت دستگاه‌هایی اجرایی از نشان‌های تجاری منتخب

داخلی و اعمال تخفیفات حداکثری در تعرفه‌های مورد عمل آنان را مورد اشاره قرار داده است؛ به خصوص بند «پ» این ماده، صداوسیما را ملزم به «اعمال حمایت‌های تبلیغاتی برای اجرای برنامه‌های ترویجی نشان (برند)های تجاری منتخب موضوع این آیین‌نامه» کرده است.

تبلیغات خدمات و کالاهای آسیب‌رسان به سلامت نیز از جهات مختلف موجبات خدشه و خلل در سبک زندگی ایرانی و فرهنگ عمومی را فراهم می‌آورد. از این رو حسب بند «ج» ماده ۷ «قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور»، «هرگونه تبلیغات خدمات و کالاهای آسیب‌رسان به سلامت موضوع ماده ۴۸ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) از سوی همه رسانه‌ها ممنوع است». فهرست این خدمات و اقدامات و کالاهای آسیب‌رسان به سلامت به صورت سالانه توسط وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی اعلام می‌شود. در «قانون ممنوعیت تبلیغات و معرفی محصولات و خدمات غیرمجاز و آسیب‌رسان به سلامت در رسانه‌های ارتباط جمعی داخلی و بین‌المللی و فضاهای مجازی» نیز قانون‌گذار متوجه اهمیت این مسئله شده و به جرم‌انگاری «ارائه اطلاعات نادرست و تبلیغ خلاف واقع که نوعاً درباره آثار مصرف مواد و فراورده‌های دارویی، خوراکی، آشامیدنی، آرایشی، گیاهی، طبیعی، مکمل و همچنین تجهیزات و ملزومات پزشکی و دندان‌پزشکی و آزمایشگاهی و هرگونه خدمات سلامت موجب گمراهی و فریب مخاطب شود»، پرداخته است.

اقدام به ممنوعیت «تبلیغ کالاهای خارجی دارای مشابه یا نمونه ایرانی در صداوسیما» به منظور حمایت از کالای ایرانی و نیز «محکومیت رسانه پخش‌کننده آگهی به جزای نقدی معادل ده برابر قرارداد پخش آگهی» از جمله تلاش‌های قابل توجه قانون‌گذار در ماده ۱۸ «قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور و حمایت از کالای ایرانی» است.

ماده ۴۹ «دستورالعمل نحوه اطلاع‌رسانی امور پزشکی، تبلیغات و انتشار آگهی‌های دارویی، مواد خوراکی، آشامیدنی، بهداشتی» اثر و اعتبار همه ضوابط و مستندات پیشین مصوب سازمان نظام پزشکی را در خصوص تبلیغات لغو می‌کند. از این رو با زوال اعتبار حقوقی دو دستورالعمل سابق این نهاد درباره تبلیغات یعنی «دستورالعمل نحوه تبلیغ و آگهی‌های دارویی و مواد خوراکی، آشامیدنی، بهداشتی و امور پزشکی» و «دستورالعمل نحوه صدور مجوز و نظارت بر تبلیغات و انتشار آگهی دارویی، مواد خوراکی، آشامیدنی، آرایشی، بهداشتی و امور پزشکی»، مبنای

تنظیم‌گری حقوقی این سازمان پیرامون تبلیغات، دستورالعمل مؤخرالتصویب است. در مواد ۱۳ و ۱۴ این سند قانونی، ممنوعیت «استفاده از هرگونه عبارت تشویقی در تبلیغات (از قبیل تعیین درصد، پورسانت، تعیین جایزه، هدیه، قرعه‌کشی، اقساط تضمینی، رایگان، تخفیف و ارائه وام جهت دریافت خدمات)» و «عدم استفاده از صفات تفضیلی و عالی (بهترین، برترین، اولین، مجهزترین و موارد مشابه)» مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است.

در آخرین تلاش‌های قانونی برای حمایت از حقوق و اطفال و نوجوانان در مقابل آثار سوء تبلیغات بازرگانی، «آیین‌نامه اجرایی ماده ۶ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان» به تصویب رسیده که طبق ماده ۴۹ آن، «سازمان صداوسیما جمهوری اسلامی ایران مکلف است ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ این آیین‌نامه به منظور جلوگیری از ورود هرگونه ضرر و خدشه به سلامت، تربیت، اخلاق یا حقوق اطفال و نوجوانان نسبت به بازنگری و اصلاح ضوابط ناظر بر کمیت و کیفیت برنامه‌ها اعم از برنامه‌های تولیدی یا تأمینی، پخش و تبلیغ آثار و محصولات و تولید و پخش تبلیغات بازرگانی اقدام کند». تبصره ماده ۴۸ این آیین‌نامه «پخش تبلیغات بازرگانی برای اطفال زیر هفت سال» را ممنوع دانسته است و «برای اطفال و نوجوانان بالای هفت سال نیز با در نظر گرفتن مدت و زمان‌بندی پخش مناسب و جلوگیری از پخش تبلیغات گمراه‌کننده و مضر» مجاز است.

در نهایت، با وضع ماده ۲۸ «قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت»، صداوسیما مکلف شد تا از طریق تبلیغات بازرگانی «در راستای آگاهی‌بخشی نسبت به وجوه مثبت و ارزشمند ازدواج به هنگام نیاز و آسان، تعدد فرزندان در خانواده و تقویت و حمایت از نقش‌های مادری و همسری، صیانت از تحکیم خانواده و مقابله با محتوای مغایر سیاست‌های کلی جمعیت و عوارض جانبی استفاده از روش‌های مختلف پیشگیری از بارداری و نیز عوارض خطرناک پزشکی، روان‌شناختی و فرهنگی و اجتماعی سقط جنین»، اقدامات لازم را انجام دهد. همچنین، به صورت خاص در تبصره «ب» این ماده، «ترویج خانواده‌های دارای دو فرزند و کمتر و تجردزیستی در آگهی بازرگانی از سوی سازمان صداوسیما» ممنوع و مرقوم شد «به منظور تشویق آن دسته از سفارش‌دهندگان که در تبلیغات خود به نمایش خانواده‌های سه فرزند و بیشتر با رعایت ضوابط آگهی‌های تبلیغاتی حوزه کودکان می‌پردازند، افزایش زمان پخش در نظر گرفته شود».

۳.۴. قوانین و مقررات اختصاصی سازمان صداوسیما

«قانون اداره صداوسیما جمهوری اسلامی» عمدتاً واجد مباحث اساسی و ساختاری این سازمان است و در مقام آن نیست که در ضوابط و شرایط تبلیغات تلویزیونی متضمن بیان قواعد و قوانینی باشد. «اساسنامه سازمان صداوسیما جمهوری اسلامی ایران» نیز عمدتاً متوجه مباحث اداری و صورت‌بندی حقوقی نهادها و طرز کار سازمان است، اما می‌توان به ماده ۹ اساسنامه نیز به‌مثابه مبنایی برای قواعد و قوانین حاکم در تنظیم آثار ضد فرهنگی تبلیغات تلویزیونی توجه داشت؛ جایی که بیان می‌دارد «هدف اصلی سازمان به‌عنوان یک دانشگاه عمومی نشر فرهنگ اسلامی، ایجاد محیط مساعد برای تزکیه و تعلیم انسان و رشد فضایل اخلاقی و شتاب بخشیدن به حرکت تکاملی انقلاب اسلامی در سراسر جهان است. این هدف‌ها در چهارچوب برنامه‌های ارشادی، آموزشی، خبری و تفریحی تأمین می‌گردد. مشروح هدف‌ها و برنامه‌های سازمان در زمینه‌های گوناگون در خط‌مشی و اصول برنامه‌های سازمان مصوب مجلس شورای اسلامی ذکر شده است.»

از این رو، مبتنی بر مسئله نوشتار حاضر لازم است تا «قانون خط‌مشی کلی و اصول برنامه‌های سازمان صداوسیما جمهوری اسلامی ایران» مورد مذاقه دوچندان قرار بگیرد. در مقدمه این قانون می‌توان به اصول و ضوابطی درباره تبلیغات تجاری دست یافت؛ جایی که صداوسیما باید موارد «ایجاد احساس مسئولیت در مردم»، «آماده‌سازی زمینه برای رشد و شکوفایی استعدادها و باروری خلاقیت‌های انسان»، «حضور فعال در همه جریان‌های اجتماعی و ایجاد روحیه امید و اعتماد در جامعه»، «ایفای نقش ارشادی و آگاهی‌دهنده»، «اطلاع‌رسانی رویدادها و وقایع به مردم آن‌گونه که هست»، «بهره‌گیری از خلاقیت‌های هنری و اندیشه‌های پربار» و «پاسخ‌گویی به نیازهای تفریحی جامعه و بارور ساختن اوقات فراغت عمومی از طریق اجرای برنامه‌های سالم تفریحی تا در سایه شادابی تن و روان سلامت و آرامش فکری جامعه تأمین شود» را سرلوحه همه برنامه‌های خود قرار دهد که از جمله این برنامه‌ها، آگهی‌های تلویزیونی است.

در مواد قانونی مندرج در فصل نخست این قانون با عنوان اصول کلی نیز می‌توان مبنایی و مبادی ناظر بر تبلیغات تلویزیونی را یافت؛ با اشاره به هنجارهایی مانند «حاکمیت اسلام بر همه برنامه‌ها و پرهیز از پخش برنامه‌های مخالف معیارهای اسلامی»، «زمینه‌سازی برای رسیدن به خودکفایی و تحقق کامل سیاست مستقل نه شرقی، نه غربی در همه ابعاد سیاسی، اقتصادی، نظامی و فرهنگی»، «ارج نهادن به حیثیت انسانی افراد و پرهیز از هتک حرمت آنان طبق ضوابط

اسلامی»، «حرکت در راستای وحدت، الفت و انسجام هرچه بیشتر جامعه و برحذر داشتن مردم از پراکندگی و تفرقه»، «ایجاد رابطه متقابل با جامعه و منظور داشتن این وسیله به صورت جزئی از کل نظام اجتماعی برای غنی کردن برنامه‌ها و نفی تأثیر یک‌جانبه»، «تلاش در راستای رشد و شکوفایی استعداد‌های انسانی و بارور ساختن خلاقیت‌های فکری و هنری» و «تقویت روحیه امید، اعتماد، تلاش، ایثار و استقامت در جامعه و توجه به نیازهای معنوی و روحی مردم».

در این میان به صورت خاص می‌توان به مواد ۷ و ۱۰ اشاره کرد که توجه ویژه‌ای به لزوم مردمی و بومی بودن برنامه‌های صداوسیما دارد. طبق ماده ۷ «صداوسیما جمهوری اسلامی متعلق به تمام ملت است و باید منعکس‌کننده زندگی و احوال تمامی اقوام و اقشار مختلف کشور باشد. بدیهی است در این میان تکیه اصلی باید بر اکثریت‌های اعتقادی (مسلمانان)، اقتصادی (مستضعفان) و سنی (کودکان و نوجوانان) باشد» و ماده ۱۰ بیان می‌دارد «سازمان موظف است به منظور نفوذ در اندیشه و احساس جامعه، پیام خود را حتی الامکان با استفاده از بیان غیرمستقیم و در قالب‌های جذاب و هنری، متناسب با احوال و روحیات اقشار مختلف جامعه عرضه نماید».

هنجارهایی از جمله «تلاش برای جایگزینی نظام ارزشی اسلام به جای نظام ارزشی شرق و غرب» در ماده ۲۷، «کوشش در ایجاد محیط مساعد برای تعالی انسان و رشد فضایل اخلاقی تزکیه نفس و بسط معنویت در جامعه» در ماده ۲۹، «بیان و تشریح مقام والای زن از دیدگاه اسلام و شناساندن ارزش واقعی وی به منظور بازگشت به اصالت اسلامی خویش و همچنین، زمینه‌سازی برای از بین بردن ارزش‌های کاذب و جایگزینی فضیلت‌های اخلاقی در خانواده‌ها و کمک به تحکیم و انسجام روابط خانوادگی» در ماده ۴۵ و «برحذر داشتن آنان از زندگی مصرفی و تجملی» که در ماده ۵۸ این قانون مورد توجه قرار گرفته‌اند.

در نهایت، مرتبط‌ترین و اختصاصی‌ترین مقرره‌ای که به صورت مستقیم و مباشر درباره تبلیغات تجاری تلویزیونی نگاشته شده، «دستورالعمل مجموعه مقررات و ضوابط تولید و پخش آگهی‌های رادیو و تلویزیونی» مصوب اداره کل بازرگانی صداوسیماست. این دستورالعمل که با رعایت قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران ناظر بر موضوع و عرف تبلیغات و ملاحظه قوانین تبلیغات برخی از کشورها تدوین شده، در دو بخش مقدمه و اصول کلی تنظیم شده است. مقدمه شامل بندهای «الف» تا «ک» و اصول کلی شامل ۸۱ اصل است.

توجه به مفاد این مقرره با دغدغه پژوهش حاضر از آنجا اهمیت و ضرورت بیشتری می‌یابد که

این دستورالعمل جزو اخیرترین و مستقیم‌ترین هنجارهای مصوب نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در تنظیم‌گری تبلیغات تلویزیونی بوده است. حسب بند «ج» این دستورالعمل، صاحبان آگهی، تولیدکنندگان و سفارش‌دهندگان آن باید آگهی خود را با رعایت کامل این دستورالعمل تولید کنند.

برحسب مفاد بندهای ابتدایی این دستورالعمل، اداره کل بازرگانی افزون‌بر مرجع وضع، خود مرجع دادرسی به تخلفات و نظارت بر رعایت این مقررات در تبلیغات نیز هست؛^۱ اگرچه واحدانگاری وظایف متعدد و تجمع نقش‌های مختلف در قالب این اداره خود برخلاف اصول و قواعد حقوقی و منطق مدیریتی تقسیم و تفکیک امور در حکمرانی است (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۹۶، ص. ۱۶۰). از سوی دیگر برخی اساتید حقوقی قائل به فقدان اعتبار و عدم قابلیت استناد به این دستورالعمل شده‌اند (انصاری و هاشمیان، ۱۳۹۵، ص. ۸۱)؛ زیرا دستورالعملی داخلی است و مرجع یادشده بر اساس قواعد حقوق عمومی، صلاحیت آن را ندارد که حق و تکلیف جدیدی را وضع و قانون‌گذاری کند. وضع قانون و انشای حق و تکلیف جدید برای شهروندان ازجمله اعمال ذاتی قوه مقننه است که دائر مدار اراده نمایندگان و تصویب مجالس نمایندگی است. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز این مجلس شورای اسلامی است که حسب اصول ۵۶-۵۸، ۷۱، ۷۳، ۸۵ و ۹۱، صلاحیت ذاتی در تصویب قانون عادی و قانون‌گذاری در این قالب را دارد؛ هرچند در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران شاهد آن هستیم که مراجع دیگری نیز اقدام به قانون‌گذاری در قالب قانون عادی می‌کنند؛ اگرچه این عمل به صورتی استثنایی و موردی است و نمی‌تواند توسعه یابد (جمعی از نویسندگان، ۱۴۰۰، ص. ۳۷۲). به‌هرصورت می‌توان مفاد این مقرر اختصاصی را که با غایت ارائه آثار فرهنگی مطلوب و ازاله آثار فرهنگی نامطلوب آگهی‌های تجاری تلویزیونی همراه است، تحت عنوان دو کلیدواژه بایسته‌های ایجابی و بایسته‌های سلبی بازجویی و تحلیل کرد.

۱. بند «ط» دستورالعمل اشاره می‌دارد تفسیر این دستورالعمل و ارائه نظرات مشورتی به عهده اداره کل بازرگانی صداوسیماست و اداره کل بازرگانی صداوسیما بر رعایت کامل دستورالعمل مذکور نظارت و از پخش آگهی‌های مغایر با مفاد دستورالعمل حاضر جلوگیری می‌کند.

جدول «دو»: بایسته‌های حقوقی مواجهه با آثار فرهنگی تبلیغات ضد فرهنگی تلویزیونی
حسب دستورالعمل مجموعه مقررات و ضوابط تولید و پخش آگهی‌های رادیو و تلویزیون

| بایسته‌های ایجابی | |
|-------------------|---|
| ۱ | رعایت ادب اجتماعی، احترام افراد و صداقت |
| ۲ | توجه به حساسیت‌های بینندگان |
| ۳ | احترام به دین رسمی کشور، ادیان پذیرفته‌شده، آداب، رسوم، قومیت‌ها، لهجه‌ها و گویش‌های مختلف |
| ۴ | پرهیز از اغراق |
| ۵ | تأکید متناسب با اهمیت بر روی کالا و محصول |
| ۶ | رعایت کامل مقررات راهنمایی و رانندگی و در نظر داشتن ضوابط ایمنی برای سرنشینان |
| ۷ | تناسب با موقعیت سنی و اجتماعی و عرف جامعه بودن پوشش و آرایش شخصیت‌های مورد استفاده |
| ۸ | استفاده از واژه‌ها و کلمات فارسی |
| ۹ | فارسی‌بودن اسامی کالاها و اماکن (چنانچه به هر دلیلی از اسامی خارجی استفاده شود باید دلایل کافی و توجیهی برای قانع‌شدن اداره کل بازرگانی صداوسیما ارائه شود) |
| ۱۰ | توجه به موقعیت ویژه زن در نظام جمهوری اسلامی ایران |
| ۱۱ | اعمال دقت‌های خاصی در استفاده از حضور خانم‌ها و مدنظر قراردادن جایگاه زن مسلمان و شئون او |
| ۱۲ | کامل و بی‌نقص مشخص‌نمودن نقش مردان و زنان |
| بایسته‌های سلبی | |
| ۱ | توهین به سلیقه‌های افراد و افشار |
| ۲ | ترویج عقاید خرافی |
| ۳ | فراهم‌نمودن اسباب رنجش گروه‌هایی از بینندگان مانند افرادی که از معلولیت رنج می‌برند |
| ۴ | سطح پایین‌تر نشان‌دادن محصولات تولید داخل در مقایسه با انواع خارجی (تلویحاً و با تصریحاً) |
| ۵ | متضمن فریب بودن |
| ۶ | معرفی با ادعای خلاف واقع و فراتر از واقعیت بودن |

| | |
|----|--|
| ۷ | استفاده از صفات مطلق‌ساز و اغراق‌آمیز |
| ۸ | استفاده از تمهیدات فنی به قصد گمراه‌کردن بیننده و برتر از واقعیت نشان‌دادن ویژگی‌های تبلیغی کالا |
| ۹ | استفاده از تمهیدات فنی و یا به‌کارگیری تصاویر با زمان‌های کوتاه و یا شیوه‌های دیگر جهت تحت تأثیر قراردادن مخاطب و اذهان او با انتقال پیام موردنظر بدون دادن آگاهی لازم |
| ۱۰ | پر سروصدا و هیاهو بودن بیش از اندازه به نحوی که بیننده بدون دریافت آگاهی لازم تحت تأثیر واقع شود |
| ۱۱ | استفاده از صحنه‌های استعمال دخانیات و موارد مشابه اعتیادآور یا مضر به سلامتی انسان |
| ۱۲ | نمایش رفتارهای زیان‌آور برای بهداشت و ایمنی فردی و اجتماعی |
| ۱۳ | ترویج تجمل‌گرایی |
| ۱۴ | تشویق مردم به مصرف بیش از نیاز و اسراف در استفاده از امکانات |
| ۱۵ | تعیین جایزه برای تشویق مخاطبین آگهی به خرید و مصرف بی‌رویه |
| ۱۶ | تداعی‌کنندگی غذای غالب خانواده‌های ایرانی بودن در صورت مواد خوراکی غیر متناسب با فرهنگ ایرانی بودن موضوع آگهی |
| ۱۷ | نشان دادن تأثیر آبی استفاده از وسایل درمانی مانند لاغرشدن فوری و یا به‌تصویر کشیدن فرآیند تأثیر داروها، شامپوها، مواد شوینده و روغن‌ها بر بدن انسان به‌هر شیوه‌ای |
| ۱۸ | تظاهر بازیگر آگهی در نقش‌های غیرواقعی مانند پزشک در آگهی‌های تولیدشده با موضوع کالاها و لوازم بهداشتی |
| ۱۹ | استفاده از اصطلاحات عوامانه و غیرادبی در آگهی‌ها (مانند همساده، چسبید و...) |
| ۲۰ | استفاده از صدا و تصاویر شخصیت‌های تاریخی و فرهنگی و مقامات رسمی کشور و به‌کار گرفتن تکیه‌کلام‌های آن‌ها |
| ۲۱ | استفاده از کلمات و تصاویری که بار منفی دارند در متن آگهی |
| ۲۲ | حضور خاتم‌ها در آگهی‌هایی که وضعیت کالا و مصارف آن با نقش خاتم‌ها بستگی ندارد |
| ۲۳ | تداعی‌کنندگی محدودیت اشتغال و تلاش زن ایرانی به امور منزل و عدم حضور در عرصه‌های علمی و فرهنگی |

| | |
|----|--|
| ۲۴ | تحقیر زن مسلمان ایرانی |
| ۲۵ | تداعی‌کنندگی ترجیح بین جنس مذکر و مؤنث |
| ۲۶ | تحقیر نقش یکی از اعضاء اعم از زن، شوهر و فرزندان دختر یا پسر در آگهی‌هایی که در آن خانواده حضور دارند |
| ۲۷ | تداعی‌کنندگی این فکر که زن‌ها از مردها ناتوان‌تر اند |
| ۲۸ | نسبت‌دادن یا به‌تصویرکشیدن رفتارهایی مانند غیبت کردن، صحبت‌کردن طولانی با تلفن و... به زنان که موجب بدآموزی برای کودکان باشد |
| ۲۹ | سوءاستفاده از زودباوری، حس عاطفی و کم‌تجربگی کودکان در تشخیص واقعیت‌ها |
| ۳۰ | درخواست از کودکان برای خریداری محصول و یا درخواست کودکان از والدین خود و دیگران |
| ۳۱ | ترغیب دیگران به خرید موضوع آگهی برای کودکان به‌عنوان انجام یک وظیفه |
| ۳۲ | نمایش کودکان به‌تنهایی هنگام خرید و یا مذاکره با فروشنده برای خرید و یا مبادله پول با فروشنده |
| ۳۳ | القای پایین‌تر از دیگر کودکان بودن و یا مورد تمسخر و استهزاء واقع‌شدن کودکان، چنانچه کالای موضوع آگهی را نداشته یا خریداری نکنند |
| ۳۴ | استفاده از کودکان برای معرفی کالا و خدماتی که از آن‌ها انتظار نمی‌رود خود مصرف‌کننده آن باشند و یا آن‌ها را بخرند |
| ۳۵ | اظهارنظر کودکان در مورد هر گونه کالا یا خدمت |
| ۳۶ | نشان دادن افراد در حال پرخوری و یا خوردن با حرص و ولع در هیچ صحنه‌ای |

۵. مواجهه با آثار ضد فرهنگی تبلیغات تلویزیونی در اسناد بالادستی

بررسی سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران نیز حکایت از عنایت اسناد بالادستی به کلیات و بنیان‌هایی برای تحدید آثار ضد فرهنگی تبلیغات تلویزیونی دارد؛ جایی که در سیاست‌های متعدد، امکان و اشاره‌ای برای مواجهه با آگهی‌های تبلیغاتی ضد فرهنگی مهیا شده است.

جدول «سه»: سیاست‌های کلی نظام واجد هنجار در مواجهه با آثار ضد فرهنگی تبلیغات تلویزیونی؛

به ترتیب زمان تصویب

| ردیف | عنوان سیاست کلی | سال تصویب | مفاد ناظر به مواجهه با آثار ضد فرهنگی تبلیغات تلویزیونی |
|------|---|-----------|---|
| ۱ | اصلاح الگوی مصرف | ۱۳۸۹ | بند ۱ - اصلاح فرهنگ مصرف فردی اجتماعی و سازمانی، ترویج فرهنگ صرفه‌جویی و قناعت و مقابله با اسراف، تبذیر، تجمل‌گرایی و مصرف کالای خارجی با استفاده از ظرفیت‌های فرهنگی، آموزشی و هنری و رسانه‌ها به‌ویژه رسانه ملی. |
| | | | بند ۶ - مقابله با ترویج فرهنگ مصرف‌گرایی و ابراز حساسیت عملی نسبت به محصولات و مظاهر فرهنگی مروج اسراف و تجمل‌گرایی. |
| ۲ | اشتغال | ۱۳۸۹ | بند ۱ - ترویج و تقویت فرهنگ کار، تولید، کارآفرینی و استفاده از تولیدات داخلی به‌عنوان ارزش اسلامی و ملی با بهره‌گیری از نظام آموزشی و تبلیغی کشور. |
| ۳ | تولید ملی، حمایت از کار و سرمایه ایرانی | ۱۳۹۱ | بند ۱۵ - توسعه فرهنگ حمایت از سرمایه، کار، کالاها و خدمات ایرانی. |
| ۴ | سلامت | ۱۳۹۳ | بند ۳ - ارتقاء سلامت روانی جامعه با ترویج سبک زندگی اسلامی ایرانی، تحکیم بنیان خانواده، رفع موانع تنش‌آفرین در زندگی فردی و اجتماعی، ترویج آموزش‌های اخلاقی و معنوی و ارتقاء شاخص‌های سلامت روانی. |
| | | | بند ۱۱ - افزایش آگاهی، مسئولیت‌پذیری، توانمندی و مشارکت ساختارمند و فعالانه فرد، خانواده و جامعه در تأمین حفظ و ارتقاء سلامت با استفاده از ظرفیت نهادها و سازمان‌های فرهنگی، آموزشی و رسانه‌ای کشور، تحت نظارت وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی. |
| ۵ | جمعیت | ۱۳۹۳ | بند ۵ - ترویج و نهادینه‌سازی سبک زندگی اسلامی ایرانی و |

| | | | |
|--|------|----------------------|---|
| مقابله با ابعاد نامطلوب سبک زندگی غربی. | | | |
| بند ۶ - ارتقاء امید به زندگی، تأمین سلامت و تغذیه سالم. | | | |
| <p>بند ۵ - تحکیم خانواده و ارتقاء سرمایه اجتماعی آن بر پایه رضایت و انصاف، خدمت و احترام و مودت و رحمت با تأکید بر:</p> <p>- به‌کارگیری یکپارچه ظرفیت‌های آموزشی تربیتی و رسانه‌ای کشور در جهت تحکیم بنیان خانواده و روابط خانوادگی.</p> <p>- فرهنگ‌سازی و تقویت تعاملات اخلاقی.</p> <p>- مقابله مؤثر با جنگ نرم دشمنان برای فروپاشی و انحراف روابط خانوادگی و رفع موانع و زدودن آسیب‌ها و چالش‌های تحکیم خانواده.</p> <p>- ممنوعیت نشر برنامه‌های محل ارزش‌های خانواده.</p> | ۱۳۹۵ | خانواده | ۶ |
| <p>بند ۶ - ارائه و ترسیم الگوی اسلامی خانواده و تقویت و ترویج سبک زندگی اسلامی ایرانی با:</p> <p>- ترویج ارزش‌های متعالی و سنت‌های پسندیده در ازدواج و خانواده.</p> <p>- پررنگ کردن ارزش‌های اخلاقی و زدودن پیرایه‌های باطل از آن.</p> <p>- مبارزه با اشرافیت و تجمل‌گرایی و مظاهر فرهنگ غرب.</p> <p>- اصلاح رفتار گروه‌های مرجع و برجسته‌سازی رفتارهای شایسته آن‌ها و جلوگیری از شکل‌گیری گروه‌های مرجع ناسالم.</p> | | | |
| <p>بند ۱۳ - اعتلاء فرهنگ عمومی در جهت تحکیم سبک زندگی اسلامی ایرانی، تقویت همبستگی و اعتماد به نفس ملی، ارتقاء هویت ملی و روحیه مقاومت کار و تلاش در جامعه با بسیج تمامی امکانات و ظرفیت‌های کشور،</p> | ۱۴۰۱ | برنامه پنج‌ساله هفتم | ۷ |

| | | | |
|---|--|--|--|
| <p>دستگاه‌ها و نهادهای دولتی و مردمی و افراد و شخصیت‌های اثرگذار علمی و اجتماعی و حمایت و پشتیبانی مؤثر دولت از آن.</p> | | | |
| <p>بند ۱۴ - تقویت کارآیی و اثربخشی رسانه ملی در گسترش و تعمیق فرهنگ اسلامی ایرانی و مواجهه مؤثر با جنگ روانی و تهاجم فرهنگی و سیاسی دشمنان.</p> | | | |

نتیجه‌گیری

مطالعه انجام‌شده در این پژوهش که در یرتوی فحوص و بحث از هنجارهای حقوقی منقح (موجود و مُجرا) برآمده از مجموعه قوانین و مقررات و اسنادبالادستی که احکامی را درباره مناسبات تبلیغات تجاری تلویزیونی ترسیم و تعیین کرده‌اند، صورت گرفته است، از عنایت نظم حقوقی ایران در سطوح قانون اساسی، قوانین عادی و مقررات دولتی متعدد و به‌خصوص قوانین و مقررات اختصاصی سازمان صداوسیما به بایسته‌های حقوقی در حوزه‌های مختلفی مانند اقتصاد توزیع و مصرف، زنان و خانواده، کودکان و دیگر گروه‌های خاص، اخلاق و آداب اجتماعی، حقوق مخاطب و مصرف‌کننده، قواعد شرعی و فقهی، زبان و ادبیات فارسی، سیاست داخلی و خارجی، استقلال ملی، ارزش‌های میهنی و آیینی، عدالت اجتماعی و... حکایت می‌کند.

یافته‌ها نشان می‌دهد که نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران به‌رغم آنکه توانسته است در بیش از چهار دهه قانون‌گذاری، هنجارهای حقوقی همه‌جانبه، تخصصی و متناسبی را در قالب قانون اساسی، قوانین عادی و مقررات دولتی برای جلوگیری از آثار ضد فرهنگی آگهی‌های تجاری تلویزیونی به تصویب برساند که در این پژوهش در سه سطح قانون اساسی، قوانین و مقررات عادی و قوانین اختصاصی سازمان صداوسیما مورد تعیین و تمییز قرار گرفته‌اند، اما مبتنی بر یافته‌های پژوهشی که در ابتدای نوشتار بیان شد و خلاف آنچه مقتضی اصل حاکمیت قانون و اجرای صحیح و کامل آن است، همچنان تبلیغات و آگهی‌های تجاری تلویزیونی مملو از شکل، شمایل، نماد، نشانه، ساختار، متن و محتوایی است که واجد آثار ضد فرهنگی و مخرب نظم عمومی و خیر همگانی هستند.

این آگهی‌های تجاری آثاری مانند مصرف‌زدگی، سبک زندگی‌های آرمانی و رؤیایی، ایدئال‌های دور از عرف و واقعیت زندگی عموم مردم از زندگی شخصی و خانوادگی، احساس کمبود و حقارت در صورت نداشتن کالا یا خدمات مورد تبلیغ، تجمل‌گرایی و اشرافیگری، مدیریت، استفاده ابزاری از بانوان و کودکان، نگاه منافی کرامت به انسان، اسراف و تبذیر، ارجحیت‌بخشی به زیست و زندگانی طبقه شهری و سرمایه‌دار، تثبیت نابرابری‌های اجتماعی، رذایل اخلاقی مانند فریب، کذب، حرص، طمع و تبلی و آداب‌ورسوم غیربومی را ارائه و اشاعه می‌دهند.

با این مقدمات و مبتنی بر هنجارهای حقوقی یافت‌شده در این پژوهش، در پرتوی نظم حقوقی جمهوری اسلامی ایران می‌توان گفت که عمده ریشه‌های این مشکلات و پدیداری این‌گونه از تبلیغات ضد فرهنگی، بازگشتی به فقدان هنجار حقوقی ماهوی لازم و نبود محتوای مورد نیاز برای تقنین ندارد، بلکه به نظر می‌رسد مسئله عدم تنقیح و وضوح قوانین و مقررات و به تبع، عدم اجرا و استیفای احکام قانونی موجود به همراه عدم نظارت و اعمال ضمانت اجرا بر تبلیغات مخرب تلویزیونی و به عبارت دیگر، پراکندگی، ابهام و نابسامانی در تنظیم‌گری حقوقی تبلیغات تلویزیونی در میان است.

اگرچه قوانین و مقرراتی که در این زمینه نگاشته شده از جانب مراجع متعددی بوده است و حسب آنچه در این تحقیق محقق شد، گاه در میانه قوانین و مقررات غیرمرتبط با این زمینه، هنجارهایی وضع شده‌اند، می‌توان گفت این‌گونه تقنین و شیوه قانون‌گذاری خود به ابهام وضعیت کنونی قانونی آگهی‌های تلویزیونی سیمای ملی افزوده است.

همچنین، نقض اصول و مبانی متعدد حقوق عمومی با واحد انگاشتن مرجع تقنین، مرجع اجرا، مرجع نظارت، مرجع جرم‌انگاری و مرجع دادرسی درباره تبلیغات تلویزیونی و سپردن همه این نقش‌های اساسی و خطیر به اداره کل بازرگانی، باعث شده است تا با تجمع نقش‌ها در یک شخصیت حقوقی، آفاتی مانند فقدان استقلال، تعارض منافع، فقدان شفافیت، عدم اثربخشی و کارایی، نبود پاسخ‌گویی و مسئولیت پدید آید و همه این موارد دست‌به‌دست هم دهند تا هنجارهای حقوقی این دستورالعمل به قدر شایسته و بایسته مورد اجرا و انجام قرار نگیرد و نظارت، اعمال ضمانت و دادرسی متناسب برپا نشود تا درنهایت، شاهد این حجم از تبلیغاتی بود که از طریق رسانه ملی جمهوری اسلامی ایران، سبک زندگی، فرهنگ و افکار عمومی ایرانیان را

نشانه می‌گیرد و به‌مثابه تهدیدی برای نظم عمومی و مصلحت همگانی عمل می‌کند.

پیشنهادها

۱. در نسبت با دستورالعمل اداره کل بازرگانی صداوسیما اگرچه این جستار موافق است تا با بهره‌گیری از تجارب تقنینی دیگر کشورها و دیگر مقررات نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، هنجارهای مفصل و مبسوطی را در تنظیم و تحدید آثار ضد فرهنگی آگهی‌های تبلیغاتی وضع کند، اما از آنجاکه نهاد واضع این مقرره، اعتبار حقوقی و روایی عمومی کافی ندارد و جایگاه حقوقی آن به‌روشنی مشخص نیست، انتظار می‌رود که این مفاد مطلوب توسط مرجع صلاحیت‌دار و عالی‌تر مورد تصویب قرار گیرد تا وجاهت حقوقی بیشتری بیابد و مورد استناد و استفاده بیشتری قرار بگیرد. همچنین، مرجع تخصصی مجزا و مستقلی برای دادرسی و نظارت بر چگونگی اعمال این ضوابط بر تبلیغات تلویزیونی پیش‌بینی شود تا بستر فعال‌تری برای تحقق نظارت مردم و ذی‌نفعان و امکان دادخواهی و دادرسی مؤثر از جانب ایشان آماده شود.

۲. تنظیم‌گری بهینه و همه‌جانبه در سطوح مختلف هنجارگذاری حقوقی و مدیریتی (اعم از سیاست‌گذاری، تقنین، اجرا و نظارت، دادرسی) و استفاده از ظرفیت‌های حقوق و فناوری نرم.

۳. لزوم روی آوردن شرکت‌ها و کانون‌های آگهی به تبلیغات خلاقانه، مبتکرانه، ساده و مبتنی بر ظرایف و لطایف فرهنگ ایرانی.

۴. شایسته است تا سیاست‌گذاران فرهنگی و به‌ویژه مراکزی که به سامان‌دهی فرهنگ تبلیغات و شیوه‌های اجرا و ارائه آن در تلویزیون می‌پردازند، به ابعاد و کارکردهای مختلف تبلیغات تجاری نگاه ویژه‌ای داشته باشند؛ زیرا ناگفته پیداست که نمی‌توان در رسانه ملی و برنامه‌های مختلف آن مانند میزگرد، سخنرانی، اخبار و... از حفظ ارزش‌های ملی و میراث فرهنگی این مرز و دیار سخن گفت و مردم را به تبعیت از آداب و اخلاق اسلامی و ایرانی دعوت کرد، اما از سوی دیگر و به‌هنگامه تبلیغات تجاری، خلاف این شعارها عمل کرد.

۵. مبتنی بر نگرشی بنیادین به چرایی عدم التفات به این مقررات حقوقی مصوب و لازم‌الاجرا، می‌توان به غلبه ملاحظات مالی-بودجه‌ای و آورده‌هنگفت اقتصادی که این تبلیغات تلویزیونی دارد اشاره کرد؛ جایی که حیات مالی و بودجه سازمان صداوسیما به درآمد آگهی‌های تجاری

وابسته شده است. با توجه به این واقعیت که سازمان دارای ساختارهای گسترده، شبکه‌های متعدد و نیروی انسانی بسیار است، لاجرم چاره در این دیده شده که فرهنگ عمومی و مصلحت اجتماعی قربانی تأمین بودجه سازمان با این شکل از تبلیغات تلویزیونی شود. از این رو مقتضی است که در سطحی کلان، اصلاحات ساختاری و هنجاری مقتضی صورت گیرد و نیز شیوه حکمرانی و اداره صداوسیما به خصوص نظام تأمین مالی آن بهینه شود و بهبود یابد.

۶. ترویج و تحکیم اخلاق به عنوان مکمل حقوق بازرگانی.

منابع

- ۱) آشوری، داریوش (۱۳۸۱). تعریف‌ها و مفهوم فرهنگ. تهران: آگه.
- ۲) آقامحمدی، اکرم (۱۴۰۰). مطالعه تطبیقی ضوابط و مقررات تبلیغات بازرگانی گمراه‌کننده؛ مفهوم، معیارها و ضمانت اجراها. مرکز پژوهش‌های مجلس، دفتر مطالعات فرهنگی و آموزش.
- ۳) آقامحمدی، اکرم و محسنیان، سیدعلی (۱۴۰۱). بازطراحی جایگاه نهاد تنظیم‌گر تبلیغات بازرگانی در ایران. مرکز پژوهش‌های مجلس، دفتر مطالعات فرهنگی و آموزشی.
- ۴) اسماعیلی، محسن (۱۳۸۵). حقوق تبلیغات بازرگانی در ایران و جهان. تهران: شهر.
- ۵) اسماعیلی، محسن (۱۳۹۹). تعامل حقوق و اخلاق در تبلیغات بازرگانی با تأکید بر آثار آن بر حقوق خصوصی اشخاص. رسانه‌های دیداری و شنیداری (ویژه‌نامه همایش رسانه ملی و تبلیغات بازرگانی)، صص ۱۱-۳۶. doi: 10.22085/javm.2021.254181.1630
- ۶) اکبری، کمال و لطفی خاچکی، بهنام (۱۳۹۷). تحلیل نشانه‌شناختی آگهی‌های بازرگانی تلویزیون جمهوری اسلامی ایران از منظر سبک زندگی. رسانه‌های دیداری و شنیداری، دوره ۱۳، شماره ۲۷، صص ۱۴۹-۱۸۶. doi: 10.22085/jrtv.2018.70648
- ۷) اکبری، محسن، دوستدار، محمد، مسعودی‌فر، میثم و نویدی، مهناز (۱۳۹۷). تأثیر تبلیغات تلویزیونی بر مصرف‌گرایی و وابستگی عاطفی بین افراد. مطالعات فرهنگی و ارتباطات، سال ۱۵، شماره ۵۶، صص ۲۲۴-۱۹۷. doi: 10.22034/jcsc.2019.37360
- ۸) انصاری باقر و هاشمیان، منیژه (۱۳۹۶). مطالعه تطبیقی حدود تبلیغات تجاری خطاب به کودکان در تلویزیون. مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۸، شماره ۱، صص ۶۷-۸۴. doi: 10.22059/jcl.2017.62523
- ۹) اویسی، سعیده، افراشی، آریتا و مدرسی تهرانی، یحیی (۱۳۹۹). بازنمایی مفهوم زن در تبلیغات؛ رویکردی اجتماعی، معنا-نشانه‌شناختی. مطالعات میان‌رشته‌ای ارتباطات و رسانه، دوره ۳، صص ۶۱-۹۲. doi: 10.22034/jiscm.2021.253677.1152
- ۱۰) بروجردی علوی، مهدخت و ایرانی پورنظری، الهه (۱۳۹۰). میزان انطباق تبلیغات بازرگانی شبکه اول سیمای جمهوری اسلامی ایران با دستورالعمل تبلیغاتی سازمان صداوسیما. علوم اجتماعی، شماره ۵۴، صص ۲۳۵-۲۶۸. doi: 10.22054/qjss.2011.884
- ۱۱) بودریار، ژان (۱۴۰۰). جامعه مصرفی (پیروز ایزدی، مترجم). تهران: ثالث.
- ۱۲) بیرو، آلن (۱۳۸۰). فرهنگ علوم اجتماعی (باقر ساروخانی، مترجم). تهران: کیهان.
- ۱۳) پستمن، نیل (۱۳۷۵). زندگی در عیش، مردن در خوشی (صادق طباطبایی، مترجم). تهران: اطلاعات.

- ۱۴) تقی‌آبادی، مسعود و تقی‌آبادی، حمید (۱۳۹۶). بازنمایی ستاره ورزشی در تبلیغات بازرگانی تلویزیونی؛ نشانه‌شناسی تبلیغات شامپو کلیر و روغن موتور کاسپین. مدیریت ارتباطات در رسانه‌های ورزشی، سال ۵، شماره پیاپی ۱۸، صص. ۶۷-۵۵.
- ۱۵) تقی‌زاده، جواد، وفایی، عباس و عباسی، بیژن (۱۴۰۰). ماهیت حقوقی سازمان صداوسیما جمهوری اسلامی ایران. حقوق اداری، شماره ۲۸.
- ۱۶) جعفری هفتخوانی، نادر و چابکی، رامین (۱۳۸۸). سیاست‌گذاری تبلیغات تجاری در جمهوری اسلامی ایران. نامه فرهنگ و ارتباطات، شماره ۱، صص. ۳۰-۵.
- ۱۷) جمعی از نویسندگان (۱۴۰۰). محشای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان (جلد ۱).
- ۱۸) خواجه‌بیان، داتیس (۱۳۹۱). چالش‌های مدیریت تلویزیون در عرصه تبلیغات رسانه‌ای؛ بررسی تحولات ناشی از ورود رسانه‌های نوین بر بازار آگهی‌های تلویزیونی. رسانه، شماره ۱، صص. ۱۶۵-۱۸۶.
- ۱۹) خورسندیان، محمدعلی و چیت‌ساز، فاطمه (۱۳۹۴). مبانی مسئولیت ناشی از تبلیغات بازرگانی. مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، شماره ۲، صص. ۱۸۵-۱۶۵. doi: 10.22059/jlq.2015.54443
- ۲۰) دفلور، ملوین و دنیس، اورت (۱۳۸۷)، شناخت ارتباطات جمعی (سیروس مرادی، مترجم). تهران: دانشکده صداوسیما.
- ۲۱) رستمی، ولی (۱۴۰۰). گفتارهایی در حقوق اداری. تهران: خرسندی.
- ۲۲) رفیع‌پور، فرامرز (۱۳۷۸). آناتومی جامعه یا آشفتنگی اجتماعی. تهران: سهامی انتشار.
- ۲۳) سلیمی، علیرضا؛ یوسف، مهدی و حسینی، علیرضا (۱۳۹۹). روند پژوهی رعایت قواعد و موضوعات فقهی در تبلیغات بازرگانی تلویزیونی. رسانه‌های دیداری و شنیداری، دوره ۱۴، شماره ۳۳. doi: 10.22085/javm.2020.204489.1417
- ۲۴) شایگان، داریوش (۱۳۹۸). آسیا در برابر غرب. تهران: فروزان روز.
- ۲۵) طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۵). حقوق اداری. تهران: میزان.
- ۲۶) عبداللهیان، حمید و حسینی، حسین (۱۳۹۱). نحوه بازنمایی ارزش‌های فرهنگی در تبلیغات تجاری؛ تحلیل نشانه‌شناختی آگهی‌های تلویزیونی در ایران. مطالعات و تحقیقات اجتماعی، دوره ۱، شماره ۱، صص. ۱۱۸-۸۹. doi: 10.22059/jlsr.2012.36549
- ۲۷) غمامی، سیدمحمد مهدی (۱۴۰۱). تنقیح قوانین رسانه‌ای. پژوهش‌های ارتباطی، شماره ۳، صص. ۲۹-۵۳. doi: 10.22082/cr.2022.555671.2366

- ۲۸) قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل (۱۳۸۳). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی. تهران: میزان.
- ۲۹) قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل (۱۳۹۶). بایسته‌های حقوق اساسی. تهران: نشر میزان.
- ۳۰) قانع، احمدعلی و پورصیامی، سعید (۱۳۹۳). بررسی فقهی تبلیغات تجاری. پژوهش‌نامه فقهی، سال ۱، شماره ۲، صص. ۱۱۵-۱۴۲. doi: 10.30497/fiqh.2014.2437
- ۳۱) قندهاریون، عذرا و رستمی، محبوبه (۱۳۹۶). کلیشه‌سازی آرمان‌شهر در تبلیغات تلویزیونی ایران؛ بررسی آگهی‌های بازرگانی لوازم خانگی. رسانه و فرهنگ، سال ۷، شماره ۱، صص. ۸۵-۱۰۳.
- ۳۲) کریمی علویجه، محمدرضا و عزیزیان، غزاله (۱۳۹۶). اولویت‌بندی کدهای اخلاقی در تبلیغات تلویزیونی. پژوهش‌های ارتباطی، سال ۲۴، شماره ۳، صص. ۱۱۷-۱۴۶. doi: 10.22082/cr.2017.56929.1256
- ۳۳) کلهر، سینا (۱۳۹۷). تحلیل وضعیت نظام حقوقی تبلیغات بازرگانی در ایران. مرکز پژوهش‌های مجلس، دفتر مطالعات فرهنگی.
- ۳۴) کوفمان، ران (۱۳۸۴). تبلیغات؛ گذشته، حال، آینده. سیاحت غرب، سال ۱، شماره ۲۴، صص. ۵-۱۸.
- ۳۵) گیبینز، جان آر و ریمر، بود (۱۳۸۱). سیاست پست‌مدرنیته؛ درآمدی بر فرهنگ و سیاست معاصر (منصور انصاری، مترجم). تهران: گام نو.
- ۳۶) اللهیاری، محدثه (۱۳۹۴). محتوای قواعد تبلیغ تلویزیونی در ایران. علوم خبری، شماره ۱۳.
- ۳۷) محسنیان، سیدعلی (۱۳۹۸). بررسی گزینه‌های سیاسی تعریف شخصیت حقوقی صداوسیما. مرکز پژوهش‌های مجلس، دفتر مطالعات آموزش و فرهنگ.
- ۳۸) منتظر قائم، مهدی و حسینی، سیدعباس (۱۳۹۶). بازنمایی جامعه آرمانی در آگهی‌های بازرگانی تلویزیون در جمهوری اسلامی ایران. اسلام و مطالعات اجتماعی، سال ۴، شماره ۴، صص. ۱۴۲-۱۶۸. doi: 10.22081/jiss.2017.64515
- ۳۹) منشدی‌پور، فریده (۱۴۰۱). بازنمایی فرهنگ و سبک زندگی ایرانی-اسلامی در تبلیغات تجاری تلویزیون. جستارنامه فرهنگ و هنر اسلامی، دوره ۱، شماره ۱، صص. ۶۸-۸۱.
- ۴۰) منصوری، علیرضا (۱۳۹۱). درباره خودمختاری صنعت رسانه و تبلیغات. رسانه و فرهنگ، سال ۲، شماره ۱، صص. ۴۹-۷۲.
- ۴۱) مهدی‌زاده، شراره و آذر براء‌گراز، سمیه (۱۳۹۴). تحلیل محتوای تصویر زن در تبلیغات تلویزیون. مطالعات زن و خانواده، دوره ۴، شماره ۱، صص. ۱۳۹-۱۶۹. doi: 10.22051/jwfs.2016.2350
- ۴۲) میرشاهی، سعید (۱۳۸۶). ناهنجاری تبلیغات تلویزیونی ایران. توسعه مهندسی بازار، سال ۱، شماره ۱، صص. ۳۷-۳۹.

۴۳) نقیب‌السادات، سیدرضا و فرهنگزاد، انسیه (۱۳۹۸). بازنمایی مصرف در تبلیغات بازرگانی تلویزیون جمهوری اسلامی ایران؛ شبکه اول و دوم سیما. رسانه‌های دیداری و شنیداری، سال ۱۳، شماره ۴، صص. ۱۹۱-۲۱۹. doi: 10.22085/javm.2020.199645.1394

۴۴) هاشمی، سیدمحمد (۱۴۰۲). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۱). تهران: میزان.

۴۵) یوسف، مهدی، سلیمی، علیرضا و حسینی، سیدعلیرضا (۱۳۹۸). کنکاشی در رعایت قواعد فقهی در تبلیغات بازرگانی تلویزیونی. پژوهش‌های ارتباطی، دوره ۲۶، شماره ۹۷. doi: 10.22082/cr.2019.106256.1816

- 46) Danesi, M. (2002). Understanding media semiotics. New York, NY: Oxford University Press.
- 47) Hackley, C. (2005). Advertising and promotion: Communicating brands. London, England: Sage Publications.
- 48) Simon, R. K. (1999). Trash culture. Berkeley, CA: University of California Press.
- 49) Wharton, C. (2013). Advertising as culture. Bristol, England: Intellect Ltd.

- entebāq-e tablīghāt-e bāzargānī-ye shabakeh-ye avval-e sīmā-ye Jomhūrī-e Eslāmī-e Īrān bā dastūr al-‘amal-e tablīghātī-ye sāzmān-e Sedā va Sīmā [The Degree of Compliance of Channel One's Commercial Advertisements with IRIB's Advertising Guidelines]. ‘Olūm-e Ejtemā‘ī [Social Sciences], No. 54, pp. 235–268. doi: 10.22054/qjss.2011.884 [in Persian].
- 12) Danesi, M. (2002). *Understanding media semiotics*. New York, NY: Oxford University Press.
 - 13) DeFleur, Melvin, and Dennis, Everett (1387 SH). *Shenākht-e Ertebātāt-e Jam‘ī (Sīrūs Morādī, Translator) [Understanding Mass Communication]*. Tehrān: Dāneshkadeh-ye Sedā va Sīmā [in Persian].
 - 14) Esmā‘īlī, Moḥsen (1385 SH). *Ḥoqūq-e tablīghāt-e bāzargānī dar Īrān va jahān [Commercial Advertising Law in Iran and the World]*. Tehrān: Shahr [in Persian].
 - 15) Esmā‘īlī, Moḥsen (1399 SH). *Ta‘āmol-e ḥoqūq va akhlāq dar tablīghāt-e bāzargānī bā ta‘kid bar āthār-e ān bar ḥoqūq-e khoṣūṣī-ye ashkhāṣ [Interaction of Law and Ethics in Commercial Advertising with Emphasis on Its Effects on Individuals' Private Rights]*. Rasānehā-ye Didāri va Shenidāri (Special Issue of National Media and Commercial Advertising Conference), pp. 11–36. doi: 10.22085/javm.2021.254181.1630 [in Persian].
 - 16) Ghamāmī, Seyyed Moḥammad-Mahdī (1401 SH). *Tanqīh-e qavānīn-e rasāneh‘ī [Revision of Media Laws]*. Pazhūhesh-hā-ye Ertebātī [Communication Research], No. 3, pp. 29–53. doi: 10.22082/cr.2022.555671.2366 [in Persian].
 - 17) Gibīnz, Jān Ār., and Rīmer, Būd (1381 SH). *Sīyāsāt-e postmodernīteh; darāmadī bar farhang va sīyāsāt-e mo‘āṣer (Maṣṣūr Anṣārī, Translator) [The Politics of Postmodernity; An Introduction to Contemporary Culture and Politics]*. Tehrān: Gām-e Now [in Persian].
 - 18) Hackley, C. (2005). *Advertising and promotion: Communicating brands*. London, England: Sage Publications.
 - 19) Hāšemī, Seyyed Moḥammad (1402 SH). *Ḥoqūq-e Asāsī-ye Jomhūrī-e Eslāmī-e Īrān (Vol. 1) [Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran]*. Tehrān: Mīzān [in Persian].
 - 20) Ja‘farī Haftkhvānī, Nāder, and Chābakī, Rāmīn (1388 SH). *Sīāsātgozārī-ye tablīghāt-e tejārī dar Jomhūrī-e Eslāmī-e Īrān [Commercial Advertising Policy-making in the Islamic Republic of Iran]*. Nāmeḥ-ye Farhang va Ertebātāt [Letter of Culture and Communications], No. 1, pp. 5–30 [in Persian].
 - 21) Jam‘ī az Nevisandegān (1400 SH). *Maḥṣā-ye Qānūn-e Asāsī-ye Jomhūrī-e Eslāmī-e Īrān [Annotated Constitution of the Islamic Republic of Iran]*. Tehrān: Pazhūheshkadeh-ye Shūrā-ye Negahbān (Vol. 1) [in Persian].
 - 22) Kalhor, Sīnā (1397 SH). *Taḥlīl-e vaz‘īyat-e nezām-e ḥoqūqī-ye tablīghāt-e bāzargānī dar Īrān [Analysis of the Legal System of Commercial Advertising in Iran]*. Markaz-e Pazhūhesh-hā-ye Majles, Daftar-e Moṭāle‘āt-e Farhangī [in Persian].
 - 23) Karīmī ‘Alavījeh, Moḥammad-Rezā, and ‘Azīzīān, Ghazāleh (1396 SH). *Olavīyatbandī-ye kodhā-ye akhlāqī dar tablīghāt-e televīzīonī [Prioritizing*

- Ethical Codes in Television Advertising]. *Pazhūhesh-hā-ye Ertebātī [Communication Research]*, Year 24, No. 3, pp. 117-146. doi: 10.22082/cr.2017.56929.1256 [in Persian].
- 24) Khājeh-iyān, Dātīs (1391 SH). Chālesh-hā-ye modiriyat-e televīzīon dar arseh-ye tablīghāt-e rasāneh'ī; barrasī-ye tahavvolāt-e nāshī az vorūd-e rasānehā-ye novīn bar bāzār-e āgahīhā-ye televīzīonī [Challenges of Television Management in Media Advertising; Examining the Changes from the Entry of New Media into the Television Advertising Market]. *Rasāneh [Media]*, No. 1, pp. 165-186 [in Persian].
- 25) Khorsandiān, Moḥammad 'Alī, and Chīt-sāz, Fāṭemeh (1394 SH). Mabānī-ye mas'ūliyat-e nāshī az tablīghāt-e bāzargānī [Foundations of Liability Arising from Commercial Advertising]. *Moṭāle'āt-e Ḥoqūq-e Khoṣūṣī [Private Law Studies]*, Vol. 45, No. 2, pp. 165-185. doi: 10.22059/jlq.2015.54443 [in Persian].
- 26) Kūfmān, Rān (1384 SH). *Tablīghāt; gozašteḥ, hāl, āyandeh [Advertising; Past, Present, Future]*. *Sīyāḥat-e Gharb [Journey to the West]*, Year 1, No. 24, pp. 5-18 [in Persian].
- 27) Mahdīzādeh, Sharāreh, and Āzar Barā'gezāz, Somayyeh (1394 SH). *Taḥlīl-e moḥtavvā-ye taṣvīr-e zan dar tablīghāt-e televīzīon [Content Analysis of the Image of Women in Television Advertising]*. *Moṭāle'āt-e Zan va Khānevādeh [Women and Family Studies]*, Vol. 4, No. 1, pp. 139-169. doi: 10.22051/jwfs.2016.2350 [in Persian].
- 28) Maneshdīpūr, Farīdeh (1401 SH). *Bāznamāyī-ye farhang va sabk-e zendegī-ye Īrānī-Eslāmī dar tablīghāt-e tejārī-ye televīzīon [Representation of Iranian-Islamic Culture and Lifestyle in Television Commercial Advertising]*. *Jostārnāmeḥ-ye Farhang va Honar-e Eslāmī [Journal of Islamic Culture and Art]*, Vol. 1, No. 1, pp. 68-81 [in Persian].
- 29) Manṣūrī, 'Alīrezā (1391 SH). *Darbāreh-ye khodmokhtārī-ye san'at-e rasāneh va tablīghāt [On the Autonomy of the Media and Advertising Industry]*. *Rasāneh va Farhang [Media and Culture]*, Year 2, No. 1, pp. 49-72 [in Persian].
- 30) Mīrshāhī, Sa'īd (1386 SH). *Nāhanjārī-ye tablīghāt-e televīzīonī-ye Īrān [Anomalies of Iranian Television Advertising]*. *Tose'eh-ye Mohandesī-ye Bāzār [Market Engineering Development]*, Year 1, No. 1, pp. 37-39 [in Persian].
- 31) Moḥseniān, Seyyed 'Alī (1398 SH). *Barrasī-ye gozīnehā-ye siyāsī-ye ta'rīf-e shakhsīyat-e ḥoqūqī-ye Sedā va Sīmā [Analysis of Political Options for Defining the Legal Personality of IRIB]*. *Markaz-e Pazhūheš-hā-ye Majles, Daftar-e Moṭāle'āt-e Āmūzeš va Farhang [in Persian]*.
- 32) Montazere-Qā'em, Mahdī, and Ḥoseynī, Seyyed 'Abbās (1396 SH). *Bāznamāyī-ye jāme'eh-ye ārmānī dar āgahīhā-ye bāzargānī-ye televīzīon dar Jomhūrī-ye Eslāmī-e Īrān [Representation of Ideal Society in Television Commercials in the Islamic Republic of Iran]*. *Eslām va Moṭāle'āt-e Ejtemā'ī [Islam and Social Studies]*, Year 4, No. 4, pp. 142-168. doi: 10.22081/jiss.2017.64515 [in Persian].
- 33) Naqīb al-Sādāt, Seyyed Rezā, and Farahmandzād, Ansiyeh (1398 SH). *Bāznamāyī-ye masraf dar tablīghāt-e bāzargānī-ye televīzīon-e Jomhūrī-ye Eslāmī-e Īrān; Shabakeh-ye Avval va Dovvom-e Sīmā [Representation of*

- Consumption in Commercial Advertisements of IRIB Channels One and Two]. *Rasānehā-ye Dīdārī va Shenīdārī [Audiovisual Media]*, Year 13, No. 4, pp. 191–219. doi: 10.22085/javm.2020.199645.1394 [in Persian].
- 34) Oveysī, Sa'ideh; Afrāshī, Āzītā; and Modarresī-Tehrānī, Yaḥyā (1399 SH). *Bāznamāyī-ye mafhūm-e zan dar tablighāt; rūkardī ejtemā'i, ma'nā-nesāneh-šenākhtī [Representation of the Concept of Woman in Advertisements; A Social, Semantic-Semiotic Approach]. Moṭāle'āt-e Miyān-Reṣteh'i-ye Ertebātāt va Rasāneh [Interdisciplinary Studies of Communication and Media]*, Vol. 3, pp. 61–92. doi: 10.22034/jiscm.2021.253677.1152 [in Persian].
- 35) Postman, Neil (1375 SH). *Zendegī dar 'iš, mordan dar koṣī (Ṣādeq Ṭabāṭabā'i, Translator) [Amusing Ourselves to Death]*. Tehrān: Ettlā'āt [in Persian].
- 36) Qandaharīyūn, 'Azrā, and Rostamī, Maḥbūbeh (1396 SH). *Kelīshēh-sāzī-ye ārmānshahr dar tablighāt-e televīzīonī-ye Īrān; barrasī-ye āgahīhā-ye bāzargānī-ye lavāzem-e khānegī [Stereotyping Utopia in Iranian Television Advertising; Analysis of Home Appliance Commercials]*. *Rasāneh va Farhang [Media and Culture]*, Year 7, No. 1, pp. 85–103 [in Persian].
- 37) Qāne', Aḥmad-'Alī, and Pūrshāmī, Sa'id (1393 SH). *Barrasī-ye feqhī-ye tablighāt-e tejārī [Jurisprudential Analysis of Commercial Advertising]*. *Pazhūheshnāmeḥ-ye Feqhī [Jurisprudential Research Journal]*, Year 1, No. 2, pp. 115–142. doi: 10.30497/fiqh.2014.2437 [in Persian].
- 38) Qāzī Sharī'atpanāhī, Abolfazl (1383 SH). *Ḥoqūq-e Asāsī va Nahādḥā-ye Sīyāsī [Fundamental Rights and Political Institutions]*. Tehrān: Mīzān [in Persian].
- 39) Qāzī Sharī'atpanāhī, Abolfazl (1396 SH). *Bāyestehā-ye Ḥoqūq-e Asāsī [Essentials of Constitutional Law]*. Tehrān: Mīzān [in Persian].
- 40) Rafī'pūr, Farāmarz (1378 SH). *Ānātomī-ye Jāme'eh yā Āṣefteḡī-ye Ejtemā'i [Anatomy of Society or Social Chaos]*. Tehrān: Sahāmī Enteshār [in Persian].
- 41) Rostamī, Valī (1400 SH). *Goftārḥā'i dar Ḥoqūq-e Edārī [Discourses on Administrative Law]*. Tehrān: Khorsandī [in Persian].
- 42) Salīmī, 'Alīrezā; Yūsef, Maḥdī; and Ḥoseynī, 'Alīrezā (1399 SH). *Ravand-pazhūhī-ye re'āyat-e qavā'ed va mavzū'āt-e feqhī dar tablighāt-e bāzargānī-ye televīzīonī [Trend Research of Observing Jurisprudential Rules and Topics in Television Commercial Advertising]*. *Rasānehā-ye Dīdārī va Shenīdārī [Audiovisual Media]*, Vol. 14, No. 33. doi: 10.22085/javm.2020.204489.1417 [in Persian].
- 43) Shāyegān, Dāryūsh (1398 SH). *Āsiyā dar Barābar-e Gharb [Asia Against the West]*. Tehrān: Forūzān Rūz [in Persian].
- 44) Simon, R. K. (1999). *Trash culture*. Berkeley, CA: University of California Press.
- 45) Ṭabāṭabā'i Mo'tamanī, Manūchehr (1385 SH). *Ḥoqūq-e Edārī [Administrative Law]*. Tehrān: Mīzān [in Persian].
- 46) Taqī-Ābādī, Mas'ūd, and Taqī-Ābādī, Ḥamīd (1396 SH). *Bāznamāyī-ye setāreh-ye varzešī dar tablighāt-e bāzargānī-ye televīzīonī; nešāneh-šenāsī-ye tablighāt-e shāmpū Clear va rūghan-motor-e Kāspīan [Representation of Sports Stars in Television Commercial Advertising; Semiotics of Clear Shampoo and Caspian Motor Oil Advertisements]*. *Modirīyat-e Ertebātāt dar Rasānehā-ye Varzešī*

Feasibility of Referencing to Principles and Rules of Islamic Jurisprudence in Determining Contracts: A Case Study of Prevalent Disputes

Mohammad Mansouri · PhD in Private Law, Faculty of Administrative Sciences and
Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran. m.mansuri@ase.ui.ac.ir

Mohammad Mahdi al-Sharif · Associate Professor, Department of Law, Faculty of
Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran.
(Corresponding Author) m.alsharif@ase.ui.ac.ir

Sayyed Mohammad Sadegh Tabatabaie · Associate Professor, Department of Law, Faculty
of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran.
tabatabaiei@ase.ui.ac.ir

Abstract

1. Introduction

In the realm of contractual disputes where contractual terms are ambiguous or disputed, traditional legal principles often encounter limitations in definitively characterizing the nature of agreements. This challenge prompts the exploration of alternative methodologies rooted in jurisprudential rules and practical principles, particularly within the framework of Islamic jurisprudence [Usul ul-Fiqh]. These principles serve to navigate uncertainties by offering interpretive guidelines in instances where contractual intentions are obscure or contested. The application of these principles becomes pivotal when contractual parties or judicial authorities encounter difficulty in precisely delineating the type of contract under consideration.

2. Research Question

This study addresses the fundamental inquiry: To what extent can practical principles and jurisprudential rules effectively determine the classification of contracts in the absence of clear contractual terms or in cases of contractual dispute?



3. Research Hypothesis

The hypothesis posits that practical principles and jurisprudential rules provide a viable framework for resolving contractual ambiguities and disputes by offering interpretive guidance, albeit without the capacity to definitively establish the underlying intentions of contracting parties.

4. Methodology & Framework, if Applicable

The research methodology employed in this study combines descriptive-analytical and doctrinal approaches. Drawing from extensive library resources encompassing Islamic juristic literature and legal scholarship, the study examines case studies and theoretical analyses to substantiate its findings. The doctrinal method is particularly employed to elucidate the theoretical underpinnings of practical principles and jurisprudential rules in contract law, while the descriptive-analytical approach facilitates an empirical exploration of their application in resolving contractual disputes.

This research assumes that while practical principles and jurisprudential rules are indispensable tools in legal reasoning, they do not serve as determinants of objective reality but rather as interpretive aids aimed at resolving ambiguity. By analyzing their application in various contractual scenarios, the study seeks to establish the circumstances under which these principles can effectively guide judicial decisions and contractual classifications.

5. Results & Discussion

The application of practical principles and jurisprudential rules in resolving contractual disputes yields nuanced outcomes that underscore their interpretive and guiding roles in Islamic legal contexts. In scenarios where conventional legal methodologies fail to definitively classify contracts, practical principles offer a structured framework for adjudication. For instance, disputes concerning the classification of contracts as sales versus gifts often hinge on the application of oaths and legal principles related to ownership and possession.

Central to the discussion is the principle of 'claimant and denier' in Islamic jurisprudence, which dictates that the party making a positive claim bears the burden of proof. This principle becomes pivotal in disputes where one party asserts a contract as a sale while another contends it as a gift. Through judicial examination and application of practical principles, such as those derived from Usul ul-Fiqh, judges can navigate these complexities by evaluating testimonies and contextualizing legal principles to ascertain the contractual nature.

Moreover, in cases involving leases versus free loans, the principle of respecting property rights and the benefits derived from possessions informs judicial decisions. Here, the possessor's claim to use the property free of charge versus the owner's assertion of a lease agreement highlights the role of practical

principles in adjudicating disputes where contractual terms are ambiguous or hotly contested.

6. Conclusion

In conclusion, the efficacy of practical principles and jurisprudential rules in determining the classification of contracts in Islamic law is evident in their capacity to resolve disputes where contractual intentions are obscure or disputed. While these principles do not provide absolute clarity on the objective reality of contractual arrangements, they serve as indispensable tools for judges and legal scholars in interpreting and applying Islamic legal doctrines.

The study affirms that when traditional methods fail to definitively characterize a contract, practical principles offer a viable alternative for judicial resolution. By leveraging principles rooted in Islamic jurisprudence, judges can navigate complex disputes involving claims of ownership, transfers of property, and contractual obligations. This approach ensures that disputes are adjudicated with due consideration to both legal precedents and the ethical foundations of Islamic law.

Furthermore, the research underscores the importance of contextual analysis and doctrinal interpretation in applying practical principles effectively. By integrating insights from Islamic legal scholarship and jurisprudential analysis, this study contributes to a deeper understanding of how practical principles can be harnessed to uphold justice and equity in contractual disputes within Islamic legal frameworks.

Future research in this area could explore case studies across different jurisdictions or delve deeper into specific doctrinal principles to further refine our understanding of their application in contemporary legal contexts. Ultimately, the exploration of practical principles and jurisprudential rules enriches legal discourse by offering nuanced solutions to complex contractual disputes under Islamic law.

Keywords: Linguistic Principles, Practical Principles, Jurisprudential Rules, Contract Description, Contract Determination.

امکان‌سنجی استناد به اصول و قواعد فقه در توصیف عقد؛ مطالعه موردی اختلافات مورد ابتلاء

محمد منصوری • دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

m.mansuri@ase.ui.ac.ir

محمد مهدی الشریف • دانشیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

m.alsharif@ase.ui.ac.ir

(نویسنده مسئول)

سید محمدصادق طباطبایی • دانشیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

tabatabaei@ase.ui.ac.ir

چکیده

گاه عناصر اصلی مورد نظر اصحاب قرارداد قابل تشخیص نیست یا اصول لفظی نمی‌تواند از عهده توصیف عقد برآید، لذا این پرسش مطرح است که آیا برای تعیین عنوان عقد و توصیف آن به هنگام اختلاف، می‌توان به اصول عملی و قواعد فقهی تمسک کرد؟ پژوهشگران با روش توصیفی تحلیلی و رجوع به منابع کتابخانه‌ای گسترده و ملاحظه اقوال فقهاء و حقوقدانان، به این نتیجه دست یافته‌اند که اصول عملی به دلیل آنکه کشف از واقع نمی‌کند، برای تعیین ماهیت عقد قابل تمسک نیست؛ اما در صورت حدوث اختلاف، می‌توان به استناد آن حکم قضیه مورد نزاع متعاقدين را معین کرد. دور از نظر نیست که گاه اختلاف میان متعاقدين، در مواردی که توصیف عقد به دلیل تشابه بعضی عقود با یکدیگر دشوار است، پرتکرار و مبتلی به است؛ در این پژوهش سعی شده است در بستر واکاوی نقش اصول عملی و قواعد فقهی به اختلاف در دوگانه‌های «هبه - بیع»، «عاریه - اجاره»، «حواله - وکالت»، «قرض - مضاربه»، «ابضاع - مضاربه» و «رهن - ودیعه» پاسخ داده شود.

واژگان کلیدی: اصول لفظی، اصول عملی، قواعد فقه، توصیف عقد، تعیین عقد.



مقدمه

اصول عملیه اصولی هستند که هنگام شک و تردید انسان را از سرگردانی خارج می‌کنند. در تشخیص عنوان عقد در بعضی موارد دلیلی بر تعیین عنوان عقد وجود ندارد و قاضی میان دو عنوان مردد است یا متعاقدان میان دو عنوان اختلاف دارند. حال مسئله این است که جایگاه این اصول در توصیف عقد کجاست؟ آیا اساساً می‌توان از این اصول در توصیف عقد استفاده کرد؟ در صورت پاسخ مثبت، زمان استفاده از این اصول چه هنگام است؟ آیا می‌توان برای تعیین عنوان عقد به این اصول تمسک جست؟ برای مثال، آیا در صورتی که مالک اولیه مدعی باشد که مال به سبب عقد بیع به دیگری انتقال یافته است و مالک کنونی مدعی باشد که مال به سبب عقد هبه به او منتقل شده است، بر مبنای اصل برائت (برائت ذمه مالک کنونی از پرداخت عوض) می‌توان عقد را با عنوان هبه توصیف کرد یا آنکه با توجه به اینکه اصول عملیه نمی‌توانند از واقعیت آنچه منعقد شده است، پرده بردارند، قادر نیستند به تعیین عنوان عقد کمک کنند؟

پس از پاسخ به مسئله بالا، مقصود از نگارش مقاله حاضر این است که نقش اصول عملیه و قواعد فقه را به‌طور کاربردی در حل اختلاف متعاقدان مورد بحث قرار دهد. در این نوشتار در مواردی که توصیف عقد به دلیل تشابه بعضی عقود با یکدیگر، مورد اختلاف متعاقدان واقع می‌شود و در بیشتر موارد، اماره و دلیل روشنی برای تعیین ماهیت عقد وجود ندارد و حکم قضیه با اصول عملیه یا قواعد فقهی تعیین می‌شود، مورد اشاره قرار می‌گیرد. برای مثال، در موردی که طرفین بر هبه یا بیع بودن عقد اختلاف دارند و دلیلی نیز بر ادعای خود ندارند چه باید کرد؟ از این‌رو شش مورد که بیشتر مورد ابتلا هستند، بررسی شده است. این موارد عبارت‌اند از اختلاف متعاقدان در ۱- هبه و بیع، ۲- عاریه و اجاره، ۳- حواله و وکالت، ۴- قرض و مضاربه، ۵- ابضاع و مضاربه و ۶- رهن و ودیعه. گفتنی است در خصوص این مسئله تاکنون تحقیق مستقلی صورت نگرفته است یا دست‌کم نگارندگان از آن مطلع نیستند و تنها در آثار فقهی مباحثی به‌صورت پراکنده مطرح شده است.

۱. کاربرد اصول عملیه در توصیف عقد

توصیف به معنای تعیین ماهیت حقوقی قراردادی است که متعاقدان منعقد کرده‌اند تا بتوان قواعد حقوقی مربوط به آن قرارداد را بر اساس قانون معلوم کرد. به تعبیر بعضی حقوق‌دانان، «در

توصیف قرارداد، طبیعت حقوقی اعمالی که دو طرف قصد انجام آن را داشته‌اند، مشخص می‌گردد» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۳، ص. ۸). در صورتی که از راه تحلیل قرارداد طرفین و تشخیص عناصر اصلی مورد نظر متعاقدان یا اصول لفظی نتوان راه به جایی برد و ماهیت مورد نظر آن‌ها را تشخیص داد، تنها راه تعیین تکلیف متعاقدان و برطرف کردن نزاع آن‌ها بر سر توصیف عقد، تمسک به اصول عملیه و بعضی قواعد فقهی است. همان‌طور که بعضی حقوق‌دانان اظهار داشته‌اند، «فایده عملی این اصول، در رفع سرگردانی و زدودن شک از نهاد حق‌گزار و متکلف، باعث شده است تا آن‌ها را اصول عملیه بنامند» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۲۲۴). بنابراین، اگر دلیل معتبری که موجب حصول یقین یا ظن معتبر شود، وجود نداشته باشد، دادگاه نمی‌تواند در حالت شک و سرگردانی باقی بماند. در این‌گونه موارد اصول عملیه است که می‌تواند به شک و سرگردانی خاتمه دهد (شمس، ۱۳۸۵، ج ۳، ص. ۱۰۹؛ محمدی، ۱۳۸۸، ص. ۲۹۵). با اصول عملیه نمی‌توان به اراده واقعی طرفین یعنی عنوان مورد قصد آن‌ها پی برد؛ اصول عملیه اساساً کشف از واقع نمی‌کنند (روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۹۰؛ لاری، ۱۴۱۸ق، ص. ۳۵۰؛ ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۸۰)، بلکه تنها در تعیین وظیفه در مقام عمل به کار می‌آیند. بنابراین، آنچه در اینجا می‌توان از اصول عملیه انتظار داشت، نه طریقی برای احراز واقعیت، بلکه ابزاری برای خروج از شک و تعیین تکلیف متعاقدان است. اصول عملیه نمی‌توانند ماهیت عقد را مشخص کنند؛ زیرا همان‌طور که گفته شد، این اصول قابلیت کشف واقع را ندارند. بدین ترتیب، در صورتی که نتوان با اتکا به مواردی که گفته شد، ماهیت عقد را تعیین کرد، ماهیت عقد مبهم باقی می‌ماند و با اصول عملیه تنها می‌توان حکم مسئله مورد نزاع را تعیین کرد؛ ضمن اینکه اصل عملی تنها در اثبات همان حکم مؤثر است نه بیشتر. برای مثال، زمانی که اختلاف بر سر این باشد که عقد مورد توافق، بیع بوده است یا هبه، با جریان استصحاب بقای ملکیت منتقل‌لیه، تنها لزوم عقد ثابت می‌شود، اما ثابت نمی‌شود که عقد مورد توافق بیع بوده است تا دیگر آثار بیع بر آن مترتب شود. از این‌رو نمی‌توان حکم به اشتغال ذمه مشتری به ثمن کرد، بلکه در مورد هر حکمی باید به اصل عملی مربوط به آن رجوع کرد. بنابراین، در مورد اشتغال ذمه بنا بر دیدگاه برخی فقها به اصل برائت رجوع می‌شود که با هبه سنخیت دارد (روحانی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص. ۶۲).

در آغاز پژوهش، به‌طور اجمالی به بیان اصول عملیه و قواعد پرکاربرد در توصیف عقد

می‌پردازیم و آنگاه، به مصادیق اختلافی مورد ابتلا خواهیم پرداخت.

۱.۱. اصل براءت

«هرگاه در وجود تکلیفی تردید شود، خواه تکلیف در برابر عموم یا جامعه باشد یا در برابر شخص معین، اصل این است که تکلیف و دینی وجود ندارد و آنکه مدعی وجود حقی بر ذمه دیگری است باید دلیل بدهد وگرنه محکوم می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۲۲۹). این اصل در حل اختلاف متعاقدان در عنوان عقد بسیار مؤثر است. برای مثال، در صورتی که بایع ادعا کند مال به واسطه عقد بیع به مشتری منتقل شده و مشتری مدعی باشد که مال به او هبه شده است، بعضی احتمال داده‌اند قول مشتری با قسم او مقدم است (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۹۷). به دلیل اینکه طرفین دعوی بر تملک عین توسط منتقل‌الیه اتفاق دارند، اما مالک مدعی است که منتقل‌الیه باید ثمن را به او پرداخت کند. با توجه به اینکه اصل بر عدم دین و براءت است، قول منتقل‌الیه در صورتی که قسم بخورد مقدم است.

۲.۱. اصل استصحاب

«استصحاب در علم اصول، حکم به وجود موضوعی است که در گذشته معلوم باشد، سپس مورد تردید قرار گیرد و به اعتبار حالت سابق، حکم بر باقی ماندن آن شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۲۳۹). برای مثال، بعضی فقها معتقدند در صورتی که متعاقدان در اینکه عقد میان آن‌ها حواله است یا وکالت، دچار اختلاف شوند و هیچ‌یک، بینه و دلیلی بر قول خود نداشته باشند، قول منکر حواله مقدم می‌شود و تفاوتی نمی‌کند او محیل باشد یا محتال (یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۷۹۲). دلیل تقدم قول منکر حواله، استصحاب بقای اشتغال ذمه محیل نسبت به محتال و استصحاب بقای اشتغال ذمه محال‌علیه نسبت به محیل است (یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۷۹۲).

۳.۱. اصل عدم

برای اثبات عدم، نیازی به برهان نیست و این اثبات وجود است که محتاج دلیل است. این مطلب، بدیهی و روشن و حکمی است عقلی و آن را بدین بیان خلاصه کرده‌اند که اصل، عدم چیزی است تا وجودش ثابت شود (محمدی، ۱۳۸۸، ص. ۳۰۰). این اصل در حل اختلاف متعاقدان در توصیف بسیار پرکاربرد است. برای مثال، در حالتی که مالک مدعی است مال خود را به‌عنوان

ودیعه به دیگری سپرده است و طرف مقابل مدعی رهن باشد، قول مالک در صورتی که قسم بخورد مقدم است؛ زیرا اصل بر عدم رهن است.

برای مشخص کردن احکام و شرایط عقود که ماهیت آن‌ها مبهم و مردد میان دو یا چند عقد است، تنها اتکا به اصول عملیه کافی نیست، بلکه گاه لازم است به قواعد حقوقی مانند «علی‌الید»، «احترام»، «اصاله‌اللزوم» و دیگر قواعد فقهی نیز تکیه کرد. حتی با اعمال این قواعد فقهی نیز نمی‌توان ماهیت عقد مورد نظر را تشخیص داد و تنها حکم قضیه مورد نزاع مشخص می‌شود؛ البته استفاده از قواعد فقه و حقوق مقدم بر اصول عملیه است و برای مثال، با وجود امکان اعمال قاعده احترام نمی‌توان به اصل عدم مراجعه کرد و اگر دلیل و اماره متقنی موجود نباشد، چاره‌ای به‌غیر از رجوع به اصول عملیه نیست.

۴.۱. قاعده علی‌الید (ضمان ید)

نتیجه اولیه تصرف یا استیلا بر مال دیگری این است که متصرف در مقابل مالک، ضامن است؛ یعنی افزون‌بر آنکه مکلف به بازگرداندن عین در زمان بقای آن است، اگر مال یادشده تلف یا نقص و خسارت به آن وارد شود، باید خسارت را جبران کند (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص. ۶۱). حتی لازم است اجرت منافع زمان استیلا را نیز اعم از اینکه از آن مال استفاده کرده باشد یا نه، پرداخت کند. این قاعده در حل اختلاف متعاقدان در توصیف عقد بسیار مؤثر است. برای مثال بسیاری از فقها معتقدند در صورتی که مال دچار زیان و مالک مدعی شود مال را در قالب عقد قرض، به‌گیرنده وجه تسلیم کرده است و در مقابل، گیرنده وجه ادعا کند مال را به‌عنوان مضاربه گرفته است، بر اساس قاعده علی‌الید قول مالک همراه با قسم او مقدم خواهد بود.

۵.۱. قاعده احترام

منظور از احترام، ممنوعیت تصرف و تعدی نسبت به اموال دیگران است. بنابراین، اولاً، تعدی و تجاوز نسبت به آن‌ها مجاز نیست و ثانیاً، در صورت تعدی و تجاوز، متجاوز مسئول و ضامن است (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص. ۲۱۳). این قاعده در حل اختلاف متعاقدان در توصیف عقد بسیار پر کاربرد است. برای مثال، در صورت اختلاف متعاقدان در اینکه عقد میان آن‌ها اجاره بوده است یا عاریه، بر اساس اصل احترام مال مسلمان، با توجه به اینکه طرفین هم مدعی هستند و هم منکر، بعد از آنکه طرفین سوگند خوردند، اجرت‌المثل ثابت می‌شود (یزدی، ۱۴۲۲ق، ص. ۸۴۶؛ مرعشی

نجفی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۵۶؛ اشتهازدی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۷، ص. ۲۸۸؛ البته بعضی فقها معتقدند اصل احترام بیش از حکم تکلیفی را افاده نمی‌کند و بر اساس آن نمی‌توان حکم به ضمان داد.

۲. اختلاف در بیع و هبه

اگر بایع ادعا کند مال به واسطه عقد بیع به مشتری منتقل شده است و مشتری مدعی باشد که مال به او هبه شده، چند دیدگاه مطرح شده است.

۱.۲. تحالف

احتمال نخست این است که هر دو سوگند بخورند بر نفی ادعای دیگری (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۹۷). پس از آنکه هر دو سوگند خوردند، ادعای هر دو ساقط می‌شود و مال به ملکیت مالک اولیه‌اش بازمی‌گردد. علت تحالف و سوگند خوردن طرفینی این است که هریک از طرفین، مدعی عقدی شده که طرف دیگر آن را انکار کرده است (عمیدی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۴۸۰). این دیدگاه از جانب محقق کرکی ارجح دانسته شده است (محقق کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۴۵۳؛ زیرا هر دو هم مدعی هستند هم منکر (حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص. ۵۲۲).

۲.۲. تقدم قول منتقل‌الیه

احتمال دیگر در این خصوص، مقدم داشتن قول منتقل‌الیه با قسم اوست (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۹۷). برای اینکه طرفین دعوی بر تملک عین توسط منتقل‌الیه اتفاق دارند، اما مالک مدعی است که منتقل‌الیه باید ثمن را به او پرداخت کند و نسبت به این مبلغ به او بدهکار است و منتقل‌الیه این موضوع را انکار می‌کند. بنابراین، با توجه به اینکه اصل بر عدم دین و برائت است، قول منتقل‌الیه در صورتی که قسم بخورد مقدم است (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۴، ص. ۸۳۱).

۳.۲. تقدم قول بایع

بعضی معتقدند اقوی، مقدم داشتن قول مالک است؛ زیرا اصل بر آن است که مال مسلمان محترم است و جز با رضایت او به دیگری منتقل نمی‌شود (حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص. ۵۲۲). اشکالی که به این دیدگاه گرفته شده، این است که این قول را نسبت به اصل بیع می‌توان پذیرفت، اما نسبت به مقدار ثمنی که مالک ادعای آن را دارد؛ به خصوص در صورت زیادت آن

نسبت به قیمت امثال آن در بازار دچار اشکال است. ممکن است بگوییم اگر عین، باقی مانده باشد، بایع بر مقدار ثمن سوگند می‌خورد (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۴، ص. ۸۳۱).
به نظر می‌رسد دیدگاه فخرالمحققین (رحمه‌الله‌تعالی) و صاحب مفتاح‌الکرامه (رحمه‌الله‌تعالی) از این نظر دچار اشکال باشد که قاعده احترام به مال مسلمان نمی‌تواند تحقق عقد بیع را ثابت کند. در مورد تقدم حد اعلاى قابليت اين قاعده، آن است که ضمان قهری را در صورت تلف ثابت کند. در مورد تقدم قول بايع در مقدار ثمن نیز مطابق دیدگاه علامه حلی (رحمه‌الله‌تعالی)، زمانی قول بايع با قسم او مقدم است که اولاً، متعاقدان بر مقدار ثمن در عقد یادشده اتفاق نظر داشته باشند و ثانیاً مبیع موجود باشد (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۹۵)، اما در این مورد مرحوم صاحب مفتاح‌الکرامه تنها شرط دوم را بیان کرده است. با توجه به اینکه برای تقدم قول بايع در مورد مقدار ثمن، شرط نخست نیز لازم است و در این مورد نه تنها متعاقدان درباره اینکه مقدار ثمن را تعیین کرده‌اند، اتفاق نظر ندارند، بلکه در مورد اصل بیع نیز اختلاف دارند. از این رو به نظر می‌رسد نمی‌توان قول بايع در مورد قیمت را مقدم دانست؛ ضمن اینکه همان‌طور که گفته شد، قاعده حرمت مال مسلم نمی‌تواند تحقق بیع را ثابت کند.

۴.۲. وابستگی حکم به نوع اختلاف متعاقدان

بعضی فقها میان چند فرض قائل به تفصیل شده‌اند. بدین ترتیب که اگر متعاقدان تنها در وجود یا عدم اشتغال ذمه منتقل‌الیه اختلاف داشته باشند یا اینکه اختلاف بعد از تلف مبیع بروز کرده باشد یا اینکه منتقل‌الیه از ارحام مالک اولیه باشد، عدم بیع استصحاب می‌شود. بنابراین، قول منکر بیع مقدم و با قسم او حکم به نفعش صادر می‌شود (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص. ۳۶)، اما اگر اختلاف در قابل رجوع بودن عقد یا عدم آن باشد، در این صورت بنا بر اصل بقای ملکیت منتقل‌الیه، قول منکر هبه مقدم است. بنابراین، او باید بر عدم وقوع هبه قسم بخورد تا بر غیرقابل رجوع بودن عقد حکم شود (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص. ۳۶).

۵.۲. جمع‌بندی

اگر بايع ادعا کند مال به واسطه عقد بیع به مشتری منتقل شده است و مشتری مدعی باشد که مال به او هبه شده است، به نظر می‌رسد تحالف با مبانی حقوقی سازگارتر است؛ زیرا در اختلاف متعاقدان میان بیع و هبه، هر دو به نوعی مدعی و منکر هستند. مالک از این نظر مدعی است که اشتغال ذمه

منتقل‌الیه را ادعا می‌کند و منکر مالکیت بلاعوض منتقل‌الیه است و منتقل‌الیه نیز از این نظر مدعی به شمار می‌رود که مالکیت رایگان را ادعا می‌کند. قاعده احترام نمی‌تواند بیع و ثمن را ثابت کند، اما به نظر می‌رسد در این حد مؤثر است که ادعای مالکیت رایگان را در مقام مدعی قرار دهد.

۳. اختلاف در عاریه و اجاره

در مورد عقد عاریه و اجاره با توجه به شباهت بسیار زیادی که این دو عقد با یکدیگر دارند، بسیار محتمل است که متعاقدان در مورد ماهیت عقدی که انشا کرده‌اند، دچار اختلاف شوند. دعوی میان عاریه و اجاره را می‌توان به لحاظ کثرت ابتلا، یکی از موارد عمده اختلاف متعاقدان در عنوان عقد دانست. در این مورد فقها دیدگاه‌های متفاوتی را بیان کرده‌اند. برخی قول مالک را مقدم می‌دانند، بعضی قائل به تداعی و تحالف هستند و برخی بر اساس اصل برائت، قول مدعی عاریه را مقدم می‌دانند.

۱.۳. تقدم قول مالک

بعضی فقها در این مورد دو احتمال مطرح کرده‌اند. ۱. تقدم قول مدعی عاریه و ۲. تقدم قول مالک (مدعی اجاره) و سپس احتمال دوم را اقوی و قول مالک همراه با قسم او را مقدم دانسته‌اند (عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۰ق، ص. ۱۴۹). دلیل تقدم قول مالک این است که منافع اموال مانند اعیان، اصالتاً متعلق به مالک عین هستند. بنابراین، ادعای مدعی عاریه بر مالکیت این اموال به صورت رایگان و بدون عوض برخلاف اصل است (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۰ق، ج ۴، صص. ۲۶۹ و ۲۷۰). از این رو با توجه به اصل حرمت مال مسلمان باید متصرف را ملزم به پرداخت اجرت‌المثل دانست، اما ادعای مالک در خصوص اجرت‌المسما با تمسک به اصل ثابت نمی‌شود و این به معنای آن است که به نظر می‌رسد مقصود شهید اول از تقدم قول مالک، اثبات عقد اجاره نیست؛ زیرا با تمسک به اصل عدم عاریه یا اصل احترام نمی‌توان قرارداد اجاره را ثابت دانست.

۲.۳. تداعی و تحالف

بعضی فقها نوشته‌اند بعید نیست بر اساس اصل احترام مال مسلمان، با توجه به اینکه طرفین هم مدعی هستند و هم منکر، بعد از آنکه سوگند خوردند اجرت‌المثل ثابت شود؛ زیرا جواز تصرف اعم از اباحه و رضایت مالک برای استفاده رایگان است و جواز تصرف نشان‌دهنده اباحه نیست

(یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص. ۶۲۵-۶۲۷). بعضی فقها در این مسئله دیدگاه مرحوم محقق یزدی (رحمه الله تعالی) را پذیرفته‌اند (یزدی، ۱۴۲۲ق، ص. ۸۴۶؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۵۶؛ اشتهازدی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۷، ص. ۲۸۸). ابن ادریس نیز هر دو را مدعی می‌شمارد و برای تحقق استیفای منفعت، اجرت‌المثل را به عهده متصرف می‌داند (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، صص. ۴۳۱ و ۴۳۲).

۱.۲.۳. مبنای تحالف

بعضی فقها معتقدند پس از تحالف، اگر اجرت‌المثل بیشتر از میزانی که مالک مدعی آن است، نباشد، ثابت می‌شود و در این صورت احتمال اینکه بگوییم نیازی به سوگند دوطرفه نیست، وجود دارد؛ زیرا سوگند مالک کفایت می‌کند چون او منکر و طرف دیگر مدعی است (یزدی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۵۱۵). حال که با سوگند مالک، اجرت‌المثل برای او ثابت می‌شود، چه لزومی به سوگند متصرف هست؟

پاسخ این است که مالک بر نفی عاریه سوگند می‌خورد و متصرف بر نفی اجاره و درنهایت، هریک از اجرت‌المسما یا اجرت‌المثل کمتر باشد، همان ثابت می‌شود؛ زیرا مقدار زائد بر اجرت‌المثل با قسم متصرف ساقط می‌شود و میزان زائد بر اجرت‌المسما با اعتراف مالک (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۲۲ق، ص. ۴۸۶). بنابراین، کارکرد سوگند متصرف، رد ادعای مالک نسبت به مازاد اجرت‌المسما نسبت به اجرت‌المثل است. بدین ترتیب، قول اقوی در این حالت آن است که هر دو طرف قسم بخورند؛ زیرا هریک از آن دو مدعی و منکر هستند. با قسم مالک بر نفی عاریه و قسم متصرف بر نفی اجاره اقل‌الامرین ثابت می‌شود (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۵، صص. ۱۶۴ و ۱۶۵).

۲.۲.۳. نقد مبنای تحالف

در نقد تحالف در این مسئله گفته شده است مدعی عاریه ادعایی علیه مالک ندارد. او تنها منکر اجرت‌المسمایی است که مالک ادعای آن را دارد. بنابراین، در این مورد ادعای طرفینی وجود ندارد تا به سوگند طرفینی منتهی شود، بلکه در این مورد تنها یک ادعا از جانب مالک مطرح شده است (خویی، بی‌تا، ص. ۴۲۵). اینکه مدعی عاریه را بنا بر قاعده احترام مال مسلم، ملزم به اثبات بدانیم، دچار اشکال است؛ زیرا ضمان ناشی از استیفا یا تلف، تنها از دو راه حاصل می‌شود؛ یا در

صورت ید و استیلا بر مال غیر که در مورد آن ضمان مشروط به عدم اذن است یا ضمانی که حاصل از التزام عقدی از جمله اجاره و غیر آن است. شکی نیست که در این مسأله با توجه به فرض صدور قطعی اذن از ناحیه مالک، مورد نخست یعنی ضمان ید راهی ندارد، اما ضمان عقدی که مالک مدعی آن است نیز ثابت نشده است. در مورد قاعده احترام حتی اگر حکم وضعی از آن قابل استنباط باشد، ضمان را در صورت وجود اذن اقتضا نمی‌کند (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۰، ص. ۴۲۹).

پاسخ بعضی فقها به استدلال مرحوم آیت‌الله خویی (رحمه‌الله‌تعالی) در خصوص عدم قابلیت قاعده حرمت مال مسلم در حکم به ضمان متصرف مأذون از این قرار است. اولاً، اینکه گفته شود اصل احترام بیش از حکم تکلیفی را افاده نمی‌کند، سخنی خلاف وجدان و طریقه فقهاست. بنابراین، حکم به ثبوت اجرت‌المثل گریزناپذیر است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۹، ص. ۱۹۰). ثانیاً، اذن به تنهایی در رفع ضمان کافی نیست، بلکه باید اباحه تصرف ثابت شود؛ زیرا اذن با ضمان جمع می‌شود؛ همان‌طور که در اجاره این‌گونه است (موسوی خلیلی، ۱۴۲۷ق، ص. ۹۲۶). روایت صحیح اسحاق بن عمار نیز گواه این موضوع است. متن روایت بدین صورت است که مردی یک هزار درهم به دیگری سپرد و مال تلف شد. صاحب مال مدعی است که به‌عنوان قرض بوده است و گیرنده می‌گوید ودیعه بوده است. امام صادق (علیه‌السلام) فرمود مالی را که گیرنده اقرار به گرفتن آن کرده، مدیون است مگر اینکه اثبات کند که به‌عنوان ودیعه نزد او گذارده است (صدوق، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص. ۴۱۷). در این روایت قرض و ودیعه در دادن اذن به گیرنده مشترک هستند. در عین حال، قرض عدم ضمان را اقتضا نمی‌کند (موسوی خلیلی، ۱۴۲۷ق، ص. ۹۲۶).

۳.۳. تقدیم قول مدعی عاریه

شیخ طوسی (رحمه‌الله‌تعالی) در این مسئله، قول متصرف (مدعی عاریه) را با قسم او به دلیل اصل برائت مقدم می‌داند و مالک را مدعی می‌شمارد (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۳، ص. ۳۸۸)؛ زیرا هر دو طرف اتفاق نظر دارند که منافع در ملک مستعیر تلف شده، اما مالک مدعی است متصرف باید عوض آنچه را استیفا کرده است، بپردازد و متصرف این عوض را انکار می‌کند و اصل بر عدم وجوب عوض و برائت ذمه متصرف است. بنابراین، قول او مقدم است (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۵، صص. ۱۶۳ و ۱۶۴). همچنین، بعضی فقها معتقدند قول متصرف مقدم است؛ زیرا

مالک مدعی اجرت است و متصرف منکر آن (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، صص. ۱۳۸ و ۱۳۹؛ صیمری، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۱۵۹).

۴.۳. جمع‌بندی

در این مورد فقها دیدگاه‌های متفاوتی بیان کرده‌اند. برخی بر مبنای اصل حرمت مال مسلمان، قول مالک را مقدم می‌دانند. بعضی در نقد این دیدگاه معتقدند از قاعده احترام، حکم وضعی قابل استنباط نیست. حتی اگر حکم وضعی نیز از آن قابل استنباط باشد، ضمان را در صورت وجود اذن اقتضا نمی‌کند. بعضی قائل به تداعی و تحالف هستند. برای اینکه طرفین هم مدعی هستند و هم منکر و برخی بر اساس اصل برائت، قول مدعی عاریه را مقدم می‌دانند. به نظر می‌رسد با توجه به قاعده احترام مال مسلم و اینکه متصرف از منافع مال دیگری بهره برده است، باید متصرف را مدعی دانست؛ زیرا او مدعی است مالک به او اذن در استفاده رایگان داده که خلاف اصل است. بنابراین، با قسم مالک بر نفی عاریه، ادعای متصرف رد می‌شود. قانون مدنی نیز بر همین امر دلالت دارد که استیفای مال غیر باید در ازای اجرت‌المثل باشد. از سوی دیگر، اگر مالک، مدعی میزانی از اجرت‌المسما باشد که از اجرت‌المثل افزون‌تر است، او را باید از این نظر مدعی دانست. در این صورت باید قائل به تحالف شد که با سوگند طرفینی، اقل‌الامرین میان اجرت‌المثل و اجرت‌المسما ثابت می‌شود.

۴.۴. اختلاف در حواله و وکالت

گاه پیش می‌آید شخصی، مالی را به واسطه ثالث در اختیار دیگری قرار دهد. ممکن است ادعا شود این مال در قالب حواله به او منتقل شده و به این ترتیب، محتال مالک آن مال شده است یا اینکه مالک به او وکالت داده است تا آن را دریافت کند. در این حالت مسلماً ملکیت مال در ملک موکل باقی می‌ماند. در این حالت در اینکه قول کدام‌یک از مدعی حواله یا وکالت مقدم است، میان فقها بحث است؛ البته این اختلاف در فرضی است که هر دو طرف در اینکه گیرنده مال از طرف دیگر طلبکار است، اتفاق نظر دارند و دیدگاه فقها مبتنی بر این فرض است.

۱.۴. نبود ظهور لفظی

در مورد اختلاف متعاقدان بر حواله و وکالت گاه متعاقدان اتفاق نظر دارند که الفاظی که میان آن‌ها

رد و بدل شده، چه بوده است، اما گاه متعاقدان در این موضوع اتفاق نظر ندارند. در این بحث، به شق دوم می‌پردازیم.

۱.۱.۴. تقدم قول منکر حواله

اگر در مورد لفظی که از جانب محیل صادر شده است، اتفاق نظر نداشته باشند و محیل مدعی شود محتال را با لفظ وکالت، وکیل خود کرده است و محتال مدعی شود محیل، دین مرا با لفظ حواله به من حواله داده است، در این مورد بدون هیچ اختلافی قول محیل مقدم است؛ زیرا آن‌ها در لفظی که از جانب محیل صادر شده است، اختلاف دارند و محیل به آن لفظ آگاه‌تر است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۵؛ حلبی، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۵۸؛ کیدری، ۱۴۱۶ق، ص. ۳۱۴)، اما در صورتی که نزاع عکس باشد؛ یعنی محیل، مدعی حواله باشد و محتال مدعی وکالت، قول محتال مقدم است؛ زیرا اصل بر بقای حق او در ذمه محیل است (حلبی، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۵۸؛ کیدری، ۱۴۱۶ق، ص. ۳۱۴).

بعضی فقها معتقدند اگر متعاقدان در اینکه عقد میان آن‌ها حواله است یا وکالت، دچار اختلاف شوند و هیچ‌یک، بینه و دلیلی بر قول خود نداشته باشند، قول منکر حواله مقدم می‌شود و تفاوتی نمی‌کند او محیل باشد یا محتال (یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۷۹۲). دلیل تقدم قول منکر حواله، اصل بقای اشتغال ذمه محیل نسبت به محتال و بقای اشتغال ذمه محال‌علیه نسبت به محیل است و اصل عدم مالکیت محتال نسبت به مالی که ادعای حواله آن وجود دارد، تقدم قول منکر حواله را تأیید می‌کند (یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۷۹۲).

۲.۱.۴. تقدم قول مدعی وکالت

علامه حلی (رحمه‌الله‌تعالی) معتقد است در صورتی که محتال، مال را قبض کند و بگوید با لفظ حواله به من حواله کرده است و محیل بگوید بلکه به تو با لفظ وکالت، وکالت دادم یا برعکس، در این موارد قول مدعی وکالت با قسم او مقدم است و اگر یکی از طرفین بینه‌ای ارائه کند، بر اساس آن حکم می‌شود (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص. ۵۸۱).

اختلاف این دیدگاه با دیدگاه تقدم قول منکر حواله این است که در این دیدگاه، علامه نگاهی ایجابی به ادعای مدعی وکالت داشته و تنها به تقدم قول منکر حواله بسنده نکرده، بلکه قول مدعی وکالت را مقدم دانسته است. از ظاهر این دیدگاه برمی‌آید که علامه (رحمه‌الله‌تعالی) معتقد است در

صورت قسم مدعی وکالت، ادعای او بر وکالت بودن عنوان عقد به اثبات می‌رسد؛ البته به دلیل این تقدم اشاره نشده است، اما به نظر می‌رسد همان اصل بقای اشتغال ذمه مبنا باشد. در این صورت بر اساس اصل عملی حکمی، کشف از واقع شده است؛ امری که با قابلیت‌های یک اصل عملی مغایر است. با وجود این، این احتمال وجود دارد که مقصود علامه، همان نفی حواله باشد و نه اثبات وکالت. همان‌طور که امام خمینی (رحمه‌الله تعالی) در بیان مقصود صاحب عروه (رحمه‌الله تعالی) تصریح می‌کند تقدم قول منکر حواله به معنای اثبات وکالت نیست، در این مورد نیز ممکن است مقصود علامه تنها نفی حواله باشد.

۲.۴. وجود ظهور لفظی

گاه متعاقدان اتفاق نظر دارند که الفاظی که میان آن‌ها جاری شده، مربوط به حواله بوده است، اما یکی از طرفین ادعا می‌کند مقصود او از لفظ حواله، وکالت دادن به محتال بوده است و در مقابل محتال این ادعا را نفی می‌کند.

۱.۲.۴. تقدم اصل و قصد مورد ادعای موجب بر ظاهر الفاظ

شیخ طوسی (رحمه‌الله تعالی) و عده‌ای از فقها معتقدند در صورتی که فردی با الفاظ مخصوص به حواله، به فرد دیگری حواله دهد، سپس دچار اختلاف شوند، قول محیل مبنی بر نفی حواله مقدم خواهد بود. برای اینکه متعاقدان اتفاق نظر دارند بر اینکه مال متعلق به محیل است بر ذمه محال‌علیه و انتقال آن به محتال به دلیل نیاز دارد؛ زیرا اینکه محیل، محتال را به آن مال حواله داده است، دلیلی بر اقرار او به انتقال مال به او نیست، بلکه می‌تواند به او وکالت داده باشد. به عبارت دیگر، اصل بر بقای حق محیل بر محال‌علیه و بقای حق محتال بر محیل است و محتال مدعی زوال این حقوق است و محیل این موضوع را انکار می‌کند و بنابراین، قول او مقدم است (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۳، ص. ۳۰۹؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، صص. ۵۸۱ و ۵۸۲؛ حلبی، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۵۹).

محقق حلی (رحمه‌الله تعالی) در این خصوص معتقد است قول محیل مقدم است؛ زیرا او به کلام و قصد خویش، آگاه‌تر است؛ البته در پذیرش این دیدگاه تردید وجود دارد، اما اگر محتال، مال را قبض نکرده باشد و دچار اختلاف شوند، قول محیل که مدعی وکالت و نفی حواله است، قطعاً مقدم است و اگر فرض معکوس شود؛ یعنی محتال ادعای وکالت کند، قول او مقدم خواهد بود (حلی

(محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۹۵).

منشأ تردید محقق حلی (رحمه‌الله‌تعالی) آنجاست که ممکن است برای دلالت ظاهر لفظ بر عقد حواله، قول محتال مقدم باشد؛ زیرا محیل، لفظی را بر زبان جاری کرده که سبب انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه است و ادعای محیل مبنی بر قصد حواله خلاف این موضوع (صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص. ۲۱۰) و اصل بر این است که معنای حقیقی حواله مورد نظر متعاقدان باشد (فرطوسی، ۱۴۱۶ق، ص ۱۳۰)، اما محقق حلی (رحمه‌الله‌تعالی) متکلم را داناستر به کلام و قصد خویش می‌داند و قول او را مقدم می‌شمارد. مبنای این دیدگاه عمل به قول معصوم (علیه‌السلام) است که می‌فرماید «و انما لامری ما نوی» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص. ۸۳؛ حلی، ۱۴۲۸ق، ج ۱، صص. ۳۰۰ و ۳۰۱)؛ ضمن اینکه می‌توان در قالب لفظ حواله به دیگری وکالت داد؛ زیرا وکالت از عقود جایز است و هر آنچه بر اذن به موضوع وکالت دلالت کند، برای تحقق آن کافی است. به این ترتیب، قول مشهور، تقدیم قول محیل است به سبب آگاهی او به قصد خود (عاملی شهید ثانی)، ۱۴۱۶ق، ص. ۳۱۱).

اثر پذیرش تقدم اصل و قصد مورد ادعای موجب بر ظاهر آن است که برخلاف آنچه در مورد عدم قابلیت اصول عملیه در توصیف عقد گفته شد، شیخ طوسی (رحمه‌الله‌تعالی) بر این باور است که اگر محیل بر عدم حواله قسم بخورد، ثابت می‌شود عقد میان متعاقدان وکالت بوده است، اما در صورتی که مال را از محال‌علیه قبض نکرده باشد، از وکالت معزول خواهد بود؛ زیرا اگرچه وکالت او با قسم محیل ثابت شده، اما محتال با انکار وکالت در واقع از وکالت منعزل شده است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۵).

۲.۲.۴. تقدم ظاهر بر قصد مورد ادعای ایجاب‌کننده

علامه حلی (رحمه‌الله‌تعالی) معتقد است اگر هر دو متفق باشند بر اینکه محیل گفته است دینی که به ذمه زید دارم، به تو حواله کردم، سپس دچار اختلاف شوند و محیل ادعا کند وکالت را اراده کرده است و گیرنده مال بگوید مال را به من حواله کردی، قول مدعی حواله مقدم است (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۲، صص. ۵۸۱ و ۵۸۲). بعضی فقها از جمله محقق ثانی همین قول را پذیرفته‌اند (کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص. ۳۷۸؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص. ۵۵۳). مبنای این دیدگاه تمسک به اصل حقیقت است؛ لفظی که بدون قرینه اظهار شده است باید بر

معنای حقیقی خود حمل شود. در صورتی که مراد متکلم معنای مجازی است، باید لفظ را همراه قرینه بیان کند (کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص. ۳۷۸). به نظر می‌رسد با توجه به وجود ظهور لفظی، این دیدگاه با حقوق ایران انطباق بیشتری دارد. هرچند گفته شد قصد واقعی بر قصد ظاهری تقدم دارد، در اینجا قصد باطنی فقط جنبه ادعایی دارد و ایجاب‌کننده دلیلی برای ادعای خود ارائه نکرده است. بنابراین، اراده باطنی او ثابت نشده است. او ادعا می‌کند که قصدش بر وکالت بوده در حالی که از لفظ حواله استفاده کرده است. در این مورد باید ظهور لفظی را مقدم دانست و حکم به تحقق حواله داد.

۳.۴. جمع‌بندی

در صورت اختلاف متعاقدين در اینکه مال به محتال حواله شده است و مالک آن گردیده یا آنکه به وکالت از مالک، مال را از محال‌علیه دریافت کرده، در صورتی که در مورد لفظی که از جانب محیل صادر شده است اتفاق نظر نداشته باشند، قول منکر حواله، بنا بر اصل بقاء اشتغال ذمه محیل نسبت به محتال و بقاء اشتغال ذمه محال‌علیه نسبت به محیل، مقدم است، در صورتی که بر نفی ادعای دیگری قسم بخورد. اما اگر متعاقدين اتفاق نظر دارند که لفظی که بین آن‌ها جاری شده، الفاظ مربوط به حواله بوده اما محیل ادعا می‌کند مقصود او از لفظ حواله، اعطاء وکالت به محتال بوده است، باید بر مبنای اصالة الظهور و اصل حقیقت، عقد را حواله دانست.

۵. اختلاف میان قرض و مضاربه

یکی از مصادیق بسیار شایع اختلاف متعاقدان در توصیف عقد، اختلاف بر قرض یا مضاربه بودن عقد است. گاه مالک مدعی می‌شود که پول خود را در قالب مضاربه به دیگری داده است. بنابراین، افزون بر اصل پول، سود تجارت با آن را نیز مطالبه می‌کند. گاه نیز مالک مدعی می‌شود مال خود را در قالب قرض به طرف مقابل تسلیم کرده است (غالباً در فرض تلف مال). بنابراین، طرف مقابل ضامن مثل است. در ادامه، به بررسی این موارد می‌پردازیم.

۱.۵. مالک مدعی مضاربه و گیرنده وجه مدعی قرض

۱.۱.۵. تقدم قول مالک

بعضی فقها معتقدند اگر مالک، ادعای مضاربه و گیرنده وجه، ادعای قرض کند، قول مالک مقدم

است و با قسم مالک قول او ثابت می‌شود و باید حصه او از سود پرداخت شود (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، صص. ۳۴۷ و ۳۴۸؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، ص. ۱۳۱). دلیل این دیدگاه آن است که گیرنده وجه مدعی انتقال مال از مالک به اوست و اصل بر عدم این انتقال است. با توجه به اینکه اصل مال به او انتقال نیافته و اصل بر تبعیت نمائات از اصل مال در ملکیت است، سود آن نیز همچنان در ملکیت مالک باقی مانده است (حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق، ج ۲، صص. ۳۳۱ و ۳۳۲؛ عمیدی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص. ۸۴؛ کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص. ۱۷۱). بعضی فقها آگاه‌تر بودن مالک به قصد و نیت خود را دلیل تقدم قول وی دانسته‌اند. از این رو که او عقد را انشا و طرف مقابل آن را قبول می‌کند (اشتہاردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۸، ص. ۱۴۸). حال اگر هر دو طرف اقامه بینه کنند، بینه گیرنده وجه مقدم خواهد بود (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۳۴۸)؛ زیرا قول مالک در این قضیه مقدم است، اما اگر طرف مقابل بینه بیاورد، بینه او مقدم خواهد بود (حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۳۳۲). مبنای این دیدگاه قاعده «البینه علی المدعی والیمین علی المنکر» است که در جایی که مدعی بینه دارد، بینه او بر بینه منکر تقدم دارد؛ البته مسلم است با وجود بینه نوبت به اجرای اصل عملی نمی‌رسد.

۲.۱.۵. نداعی و تحالف

در این مورد احتمال تحالف نیز وجود دارد. در این صورت میان اجرت و حصه‌ای که شرط شده است، هریک افزون‌تر باشد به گیرنده وجه تعلق خواهد داشت (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۳۴۸). بسیاری از فقها همین دیدگاه را مرجح دانسته‌اند (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص. ۲۶۹؛ یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۶۸۴؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق، ص. ۳۴۰). دلیل این احتمال نیز آن است که هریک مدعی عقدی است که دیگری آن را انکار می‌کند (حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۳۳۲) و هر دو طرف هم مدعی هستند و هم منکر. گیرنده وجه مدعی خروج مال از ملک مالک به واسطه عقد قرض است و مالک این موضوع را انکار می‌کند. از سوی دیگر، مالک مدعی استحقاق عمل گیرنده وجه در مقابل سهم او از مضاربه است در حالی که گیرنده وجه منکر این موضوع است (کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص. ۱۷۱). در این تحلیل بین اجرت‌المثل و سود مال، هر یک بیشتر است به گیرنده وجه تعلق می‌گیرد. دلیل این امر نیز آن است که اگر مقدار افزون‌تر، سهم او از سود است امری است که مالک به آن معترف است، چرا که مالک مدعی است

عقد مضاربه شکل گرفته است و در صورتی که مقدار اجرت‌المثل بیشتر است این مقدار به او تعلق می‌گیرد، از این جهت که قول او در مورد عملش همراه با قسم مقدم است، همانطور که قول مالک در مورد مالش مقدم است. (حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۳۳۲). در صورتی که هر دو بینه اقامه کنند، آنکه بینه‌اش راجح است، مقدم می‌شود (حلی، ۱۴۲۴ق، ص. ۴۹۳). بدین ترتیب که ابتدا باید عدل را ترجیح داد، سپس بینه‌ای را که به لحاظ تعداد شهود اکثریت دارد و در نهایت، قرعه را (کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص. ۱۷۲).

بعضی فقها معتقدند این مورد از موارد تداعی و تحالف نیست، بلکه تنها گیرنده وجه است که باید ادعای خود را اثبات کند؛ زیرا مدعی است تمام سود متعلق به اوست در حالی که ادعای او خلاف اصل بقای ملکیت مالک و به تبع، سود ناشی از آن است. بنا بر این اصل، مال و کل سود متعلق به مالک است. بنابراین، در این مورد دعوی طرفینی وجود ندارد که بحث تداعی و تحالف مطرح شود (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۱۸۲).

الف. تقسیم سود مازاد بر اساس قاعده عدل و انصاف

بعضی فقها معتقدند قاعده تبعیت سود از اصل، مالکیت مالک اصل بر سود را ثابت نمی‌کند. از این رو که اصل مال منحصر در عین نیست، بلکه عمل گیرنده وجه را نیز شامل می‌شود. بنابراین، بقیه سود بر اساس قاعده عدل و انصاف میان طرفین تقسیم می‌شود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق، ص. ۳۴۲).

ب. عدم تعلق اجرت‌المثل به گیرنده وجه

بعضی فقها معتقدند در این مورد اساساً سببی برای در نظر گرفتن اجرت‌المثل وجود ندارد. برای اینکه طرفین در اینکه به گیرنده وجه اجرت‌المثلی تعلق نمی‌گیرد، اتفاق نظر دارند؛ زیرا مالک مدعی تحقق مضاربه است و اختصاص بخشی از سود به گیرنده وجه و گیرنده وجه مدعی تحقق قرض و تعلق تمام سود به خود است. بنابراین، هیچ‌یک از طرفین مدعی اجرت‌المثل نیستند. از این رو اساساً نمی‌توان حکم به اجرت‌المثل داد (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۱۸۳).

ج. تعیین مالک سود مازاد از طریق قرعه

امام خمینی (رحمه‌الله تعالی) نیز در این زمینه معتقد است دلیلی برای تعلق اجرت‌المثل به گیرنده

وجه نیست؛ زیرا هر دو طرف اتفاق نظر دارند که او مستحق اجرت‌المثل نیست. بنابراین، اختلاف در این مورد بر سر مقدار زائد بر حصه گیرنده وجه است که مالک، آن را انکار می‌کند و معتقد است گیرنده وجه تنها مالک بخشی از سود است و گیرنده وجه مدعی است مالک تمام سود است که در صورت تحالف دو فرض را می‌توان محتمل دانست؛ ۱. قرعه و ۲. تقسیم میان آن دو که فرض نخست به صواب نزدیک‌تر است (یزدی، ۱۴۲۲ق، ص. ۸۸۵)

۳.۱.۵. جمع‌بندی

در صورت اختلاف طرفین میان قرض و مضاربه در حالتی که مالک مدعی مضاربه و گیرنده وجه مدعی قرض است دو دیدگاه وجود دارد؛ بعضی قائل به تقدم قول مالک هستند به این دلیل که گیرنده وجه مدعی انتقال مال از مالک به اوست و اصل بر عدم این انتقال است؛ ضمن اینکه بعضی فقها آگاه‌تر بودن مالک به قصد و نیت خود را دلیل تقدم قول وی دانسته‌اند. بنابراین با قسم مالک، قول او ثابت می‌گردد و حصه او از سود باید پرداخت شود. بعضی نیز قائل به تداعی و تحالف هستند. دلیل این دیدگاه نیز آن است که هریک از طرفین مدعی عقدی است که دیگری آن را انکار می‌کند و هر دو طرف هم مدعی هستند و هم منکر.

۲.۵. ادعای مالک بر قرض و ادعای گیرنده وجه بر مضاربه

اگر مالی که به گیرنده وجه منتقل شده است دچار خسارت یا تلف شود، نفع مالک در آن است که مال در قالب عقد قرض منتقل شده باشد. این امر ممکن است سبب شود که او مدعی قرض و گیرنده وجه مدعی مضاربه شود؛ زیرا در قرض، مقتضی ضامن مثل است، در حالی که در عقد مضاربه، در صورت تلف سرمایه، عامل ضامن نیست.

۱.۲.۵. تقدم قول مالک

بسیاری از فقها معتقدند در صورتی که مال دچار زیان شود و مالک مدعی شود مال را در قالب عقد قرض به گیرنده وجه تسلیم کرده است و در مقابل، گیرنده وجه ادعا کند مال را به‌عنوان مضاربه گرفته است، قول مالک همراه با قسم او مقدم خواهد بود (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص. ۲۷۰؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۳۴۸؛ عاملی، بی‌تا، ج ۷، ص. ۵۲۰ و ۵۲۱؛ نجفی (کاشف‌الغطا)، ۱۴۲۲ق، ص. ۴۷؛ نجفی (کاشف‌الغطا)، ۱۴۲۳ق، ج ۴، ص. ۲۰؛ یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۶۸۴؛

مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۷۸). دلیل این موضوع نیز آن است که در صورت وضع ید بر مال غیر، بر اساس عموم روایت «علی الید ما اخذت حتی تودیه» (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص. ۲۲۴؛ الدارمی، ۱۳۴۹ق، ج ۲، ص. ۲۶۴؛ القزوینی، بی تا، ج ۲، ص. ۸۰۲)، بازگرداندن آن مال بر متصرف واجب است. ممکن است گفته شود مالک نیز مدعی اشتغال ذمه گیرنده وجه است و اصل بر براءة اوست، اما نمی توان این استدلال را پذیرفت؛ زیرا این اصل با وضع ید بر مال مالک از بین رفته است. از این رو مالک بر نفی ادعای گیرنده وجه قسم می خورد و از او بدل مال خود را مطالبه می کند (کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص. ۱۷۴؛ نجفی (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص. ۴۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۹، صص. ۳۴۶ و ۳۴۷).

علت تقدم قول مالک این است که گیرنده وجه مدعی است که وضع ید او بر مال مالک به واسطه مضاربه و مبتنی بر رضایت مالک بوده است، اما استصحاب عدم رضای مالک برخلاف ادعای گیرنده وجه است. بنابراین، تصرف او عدوانی و موجب ضمان است. بدین ترتیب، اثبات ضمان در این مورد منوط به اثبات ادعای مالک مبنی بر قرض بودن عقد نیست تا آن را اصل مثبت بدانیم، بلکه ضمان مبتنی بر عدم اذن در تصرف است. از این رو ادعای استیمان مبتنی بر مضاربه برخلاف اصل است (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳ق، ص. ۱۲۶). در توضیح مطلب بالا باید گفت ضمان گیرنده وجه ناشی از ثبوت یا عدم ثبوت قرض نیست، بلکه ناشی از عدم ثبوت و اثبات اذن است. استصحاب عدم مضاربه برخلاف استصحاب عدم قرض در اثبات ضمان مؤثر است؛ زیرا این اصل عدم اذن مالک در استیلاي گیرنده وجه بر مال را ثابت می کند و با فقدان اذن مالک، ضمان گیرنده وجه خودبه خود ثابت می شود. روایت صحیح اسحاق بن عمار این مدعا را تأیید می کند (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، صص. ۱۸۳ و ۱۸۴).

اشکالی که بر این دیدگاه می توان مطرح کرد این است که تمسک به روایت یادشده و قاعده علی الید در صورتی امکان پذیر است که مالی که در ید متصرف است، مال غیر باشد در حالی که ادعای مالک خلاف این موضوع است؛ زیرا او مدعی است مال در قالب قرض به گیرنده وجه منتقل شده است و با تحقق قرض، دیگر مال متعلق به غیر نیست، بلکه متعلق به خود گیرنده وجه است. از این رو ضمانی که باید متوجه گیرنده وجه باشد به واسطه قرض خواهد بود نه بر اساس قاعده علی الید. این ضمان به ضمان معاوضی موسوم است (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، صص. ۴۱۰ و

۲.۲.۵. تحالف یا تقدیم قول گیرنده وجه

بعضی فقها احتمال تحالف را نیز در این مورد مطرح کرده و حتی احتمال تقدیم قول گیرنده وجه را نیز متصور دانسته‌اند (یزدی، ۱۴۲۲ق، ص. ۸۸۶). مبنای این قول نیز ملاک تشخیص مدعی از منکر است. اگر ملاک تشخیص مدعی و منکر را صورت ظاهری دعوی بدانیم، باید حکم به تحالف دهیم و اگر مناط تشخیص را غرض بدانیم، ظاهراً باید قول گیرنده وجه در نفی قرض گرفتن را مقدم شماریم؛ زیرا ادعای او، مالک را به چیزی ملزم نمی‌کند. از این رو با قسم او نفی ادعای مالک ثابت می‌شود (یزدی، بی تا، ج ۲، ص. ۵۷۰).

۳.۲.۵. جمع بندی

بسیاری از فقهاء معتقدند در صورتی که مال، دچار زیان شود و مالک، مدعی شود مال را در قالب عقد قرض به گیرنده وجه تسلیم نموده است و در مقابل، گیرنده وجه ادعا نماید مال را به عنوان مضاربه اخذ نموده، قول مالک، همراه با قسم او مقدم خواهد بود. دلیل این امر نیز آن است که در صورت وضع ید بر مال غیر، بر اساس عموم روایت شریفه «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه»، بازگرداندن آن مال، بر متصرف واجب است. در این مورد بعضی از فقهاء احتمال تحالف را نیز مطرح نموده‌اند و حتی احتمال تقدیم قول گیرنده وجه را نیز قابل تصور دانسته‌اند.

۶. اختلاف میان ابضاع و مضاربه

یکی از مواردی که ممکن است به دلیل شباهت دو عقد با هم مورد اختلاف واقع شود، ابضاع و مضاربه است. ابضاع «عبارت است از اینکه کسی مالی را به دیگری برای تجارت بدهد بی آنکه عامل را در سود حاصل، بهره و سهمی باشد» (شهابی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۱۳۴). این قرار، شبیه مضاربه است، اما در آن، عامل بهره‌ای از سود نمی‌برد. در واقع، این قرار بیشتر شبیه وکالت است تا مضاربه (حسینی جرجانی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص. ۱۸۳).

در صورت اختلاف متعاقدان در اینکه عقد میان آن‌ها مضاربه بوده است یا ابضاع، سه دیدگاه را می‌توان در آرای فقها جست‌وجو کرد.

۱.۶. تحالف

علامه حلی (رحمه‌الله تعالی) در کتاب تحریر الاحکام اظهار داشته است در صورتی که مالک ادعای ابضاع کند و عامل مدعی مضاربه شود، در اینکه قول عامل را از این حیث که عمل متعلق به اوست، مقدم بدانیم، اشکال است و احتمال اینکه تحالف را بپذیریم، وجود دارد. در این صورت به عامل میان اجرت‌المثل و آنچه به‌عنوان سهم مضاربه ادعا کرده است، هریک کمتر بود، تعلق می‌گیرد (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص. ۲۷۰).

ابتدا باید گفت فرض مسئله بعد از انجام دادن کار و تحصیل سود است و گرنه تحالف بی‌معنا خواهد بود. در صورتی که مسئله پس از آغاز کار و پیش از تحصیل سود مطرح شود، با توجه به اینکه در صورت فسخ مضاربه پیش از حصول سود بر مالک لازم است که اجرت‌المثل عامل را بپردازد، قول عامل با قسم او مقدم است؛ زیرا مالک مدعی است که کار عامل به‌صورت مجانی برای او انجام شده در حالی که اصل بر عدم مجانی بودن است. دلیل قول به تحالف نیز این است که هریک از مالک و عامل هم مدعی هستند و هم منکر؛ زیرا مالک مدعی است که عمل عامل برای او به‌صورت مجانی بوده و اصل بر عدم این ادعاست و عامل مدعی استحقاق سهم از سود و اصل بر این است که سود متعلق به مالک است. بنابراین، هر دو باید بر نفی ادعای دیگری قسم بخورند و پس از تحالف، میان اجرت‌المثل و مدعای عامل از سهم از سود حاصل، هریک کمتر بود به او تعلق می‌گیرد؛ زیرا اگر مدعای او یعنی حصه، کمتر باشد که واضح است زائد بر آن به او تعلق نمی‌گیرد؛ زیرا او معترف است که بیش از حصه از سود به او تعلق نمی‌گیرد و در صورتی که اجرت کمتر باشد، مقدار زائد بر اجرت‌المثل با قسم مالک ساقط شده است (کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴، ج ۸، ص. ۱۷۳).

در صورتی که اجرت‌المثل با مقدار حصه ادعایی عامل از سود برابر باشد یا آنکه حصه ادعایی عامل کمتر از اجرت‌المثل باشد، قسم مالک بی‌فایده خواهد بود؛ زیرا اگر این قسم نکول و به عامل رد شود، در صورتی که عامل قسم بخورد، چیزی بیش از اجرت‌المثل نصیب او نمی‌شود. بنابراین، تنها زمانی قسم مالک فایده دارد که حصه ادعایی عامل بیش از اجرت‌المثل باشد. در این صورت قسم مالک این مقدار را نفی می‌کند و تنها در این مورد است که تحالف توجیه‌پذیر است (کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص. ۱۷۳).

بنا بر مبنایی که محقق ثانی (رحمه‌الله تعالی) برای دیدگاه علامه حلی (رحمه‌الله تعالی) مبنی بر

تحالف می‌گوید؛ یعنی تقابل اصل عدم تبرع و اصل تبعیت نماء از اصل مال، تنها زمانی می‌توان قائل به تحالف شد که منظور از ابضاعی که مالک مدعی آن است، عمل بدون اجرت باشد، اما در صورتی که منظور از ابضاع، عمل همراه با اجرت‌المثل باشد، ادعای مالک دربرگیرنده اعتراف او به این است که عامل مستحق اجرت است. در این مورد، مالک مدعی نیست و هیچ ادعایی را مطرح نکرده است؛ زیرا او معترف به این است که عامل مستحق اجرت است و عمل او را مجانی نمی‌داند. بنابراین، در این دعوی، مالک تنها منکر ادعای عامل مبنی بر تعلق بخشی از حصه به اوست (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص. ۴۱۴).

به این ترتیب در این مورد تداعی و تحالف مطرح نمی‌شود؛ زیرا تنها عامل مدعی حصه است و مالک منکر آن. با وجود این، بعضی فقها مبنای تحالف در این دعوی را این می‌دانند که هریک از طرفین دعوی مدعی عقدی است که دیگری آن را انکار می‌کند؛ یعنی مالک مدعی ابضاع است و عامل آن را انکار می‌کند و عامل مدعی مضاربه است و مالک آن را انکار می‌کند (حلی (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۳۳۲). در این صورت حتی اگر مقصود مالک از ابضاع عمل همراه با اجرت نیز باشد، اصل عدم مضاربه و اصل عدم ابضاع در تقابل یکدیگر قرار می‌گیرند و تداعی جریان می‌یابد. به نظر می‌رسد مرحوم صاحب عروه (رحمه‌الله‌تعالی) بر همین مبنا اظهار می‌دارد در صورتی که مالک مدعی ابضاع و عامل مدعی مضاربه شود، هر دو قسم می‌خورند و در صورتی که هر دو قسم بخورند یا نکول کنند، به عامل میان اجرت و سهم از سود، هریک که کمتر است تعلق می‌گیرد و اگر سودی حاصل نشده باشد و مالک مدعی مضاربه شود و عامل مدعی ابضاع شود، عامل بعد از اینکه هر دو قسم خوردند، اجرت‌المثل عملش را می‌گیرد (یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص. ۶۸۴ و ۶۸۵).

پس در صورتی که عامل مدعی حصه از سود شود و اجرت را انکار کند، ادعای او مبنی بر استحقاق حصه با قسم مالک باطل می‌شود. انکار اجرت توسط او با اعتراف مالک منافات دارد و بنابراین، آن را ساقط می‌کند مانند دو دلیل متعارض که یکدیگر را ساقط می‌کنند، اما بعد از سقوط اعتراف مالک، قاعده ضمان عمل عامل (که در قانون مدنی با عنوان استیفا مطرح شده است)، جاری خواهد بود (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص. ۴۱۴). مالک ضامن اجرت‌المثل است نه اجرتی که یکی از طرفین دعوی مدعی آن است. حکم به ضمان اجرت‌المثل حکم به موضوعی نیست که یکی از طرفین ادعای آن را داشته باشد، بلکه هر دو آن را انکار می‌کنند، اما با وجود انکار هر دو

طرف این مقدار توسط قاضی تعیین می‌شود؛ همان‌طور که در صلح قهری این‌گونه است و مبتنی بر اثبات حق مورد ادعا نیست.

۲.۶. تقدم قول عامل

علامه حلی (رحمه‌الله تعالی) در کتاب قواعد معتقد است اگر عامل ادعای مضاربه کند و مالک مدعی ابضاع شود، قول عامل مقدم است؛ زیرا عمل متعلق به اوست؛ البته احتمال اینکه تحالف را جاری بدانیم نیز وجود دارد (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۳۴۸).

در نقد کلام علامه (رحمه‌الله تعالی) در کتاب قواعد باید گفت این استدلال علامه که می‌فرماید قول عامل مقدم است؛ زیرا عمل متعلق به اوست، معارض دارد. معارض آن، جریان همین نسبت در مورد مالک است؛ زیرا مال متعلق به اوست. بنابراین، قول او در این مورد مقدم خواهد بود، اما نمی‌توان این‌گونه گفت؛ زیرا کسی قولش مقدم است که این قول موافق حجت باشد و صرف اینکه عمل متعلق به عامل است سبب نمی‌شود قول او موافق با حجت باشد؛ همان‌طور که در مورد مالک، مالکیت مال سبب نمی‌شود قولش مطابق با حجت باشد. بله؛ مالک مال، مالک نمائات و سود آن است؛ زیرا نمائات تابع مال است. بنابراین، ادعای عامل مبنی بر استحقاق سهمی از سود خلاف اصل یادشده است. بنابراین، قول او مخالف حجت است و او در این زمینه مدعی خواهد بود و از این رو مالک منکر است؛ همان‌طور که ادعای مالک مبنی بر اینکه عامل، کار را به صورت مجانی انجام داده، خلاف اصلی است که مقتضی ضمان عمل عامل در صورت استیفاست. بنابراین، مالک از این نظر مدعی و عامل منکر است. روشن است این مورد محل تداعی و تناکر از دو طرف است. بنابراین، اگر هر دو طرف قسم بخورند، ادعای عامل مبنی بر سهم داشتن از سود باطل خواهد بود و کل سود متعلق به مالک است؛ همان‌طور که ادعای مالک مبنی بر اینکه کار و تجارت عامل به صورت مجانی صورت گرفته، باطل است. بنابراین، باید به قاعده ضمان عمل عامل به عهده کسی است که آن را استیفا کرده است، عمل کرد و عامل را مستحق اجرت‌المثل دانست (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص. ۴۱۳).

۳.۶. تقدم قول مالک

امام خمینی (رحمه‌الله تعالی) مبنای صاحب عروه (رحمه‌الله تعالی) در تحالف را نمی‌پذیرد و معتقد است احتمال تحالف در این مورد ضعیف است؛ زیرا اصل عدم ابضاع در اینجا جریان ندارد و

ظاهراً قول مالک با قسم او مقدم است. با وجود این، آنچه به عامل تعلق می‌گیرد میان اجرت‌المثل و سهم از سود، هریک که کمتر باشد، همان مقدار به او داده می‌شود؛ زیرا این مقدار مورد توافق دو طرف است مگر اینکه مالک مدعی شود که عامل تبرعاً این عمل را انجام داده که این ادعایی دیگر است. در موردی که مالک مدعی مضاربه است نیز ظاهراً تحالف جریبان ندارد، بلکه عامل به نفی مضاربه قسم می‌خورد و به او اجرت‌المثل تعلق می‌گیرد (یزدی، ۱۴۲۲ق، ص. ۸۸۶).

آیت‌الله خویی (رحمه‌الله‌تعالی) مبنای صاحب عروه (رحمه‌الله‌تعالی) برای تداعی را این می‌داند که عامل، مالک را به پرداخت سهم معینی از سود معین حاصل از مضاربه ملزم می‌کند و مالک او را به پذیرفتن مقداری از اجرت از هر مالی که خود بخواهد ملزم می‌کند. آیت‌الله خویی (رحمه‌الله‌تعالی) معتقد است دیدگاه صاحب عروه بر تداعی بر این اساس است که او اجرت‌المثل را در ابضاع ثابت می‌داند در حالی که صحیح این است که در ابضاع اجرت‌المثل ثابت نیست. بنابراین، مسئله تحت عنوان مدعی و منکر قرار نمی‌گیرد؛ زیرا در این صورت مالک ادعایی ندارد و تنها عامل است که او را به پرداخت سهمی از سود ملزم می‌کند. بنابراین، عامل مدعی است و مالک منکر (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۱۸۴).

به نظر می‌رسد این دیدگاه آیت‌الله خویی (رحمه‌الله‌تعالی) قابل نقد است؛ از این نظر که اگر مقصود مالک از ادعای ابضاع، عمل تبرعی و بدون اجرت باشد، همان‌طور که آیت‌الله خویی (رحمه‌الله‌تعالی) در ابضاع، اجرت‌المثل را ثابت نمی‌داند، در این مورد باید او را مدعی دانست؛ زیرا او ادعا می‌کند عامل به‌طور رایگان برای او کاری انجام داده در حالی که این خلاف اصل است. بنابراین، باید او را از این نظر مدعی دانست. در طرف مقابل نیز عامل مدعی است که عمل او در قالب عقد مضاربه بوده است و از سود حاصل سهم می‌برد. بنابراین، او نیز از این بُعد مدعی است. بدین ترتیب، اگر مطابق نظر آیت‌الله خویی (رحمه‌الله‌تعالی)، ابضاع را عمل رایگان و بدون اجرت بدانیم، باید هر دو طرف را مدعی و منکر به شمار آوریم و مسئله را مشمول تحالف و سوگند طرفینی بشماریم، اما اگر ابضاع را عمل مستحق اجرت‌المثل بدانیم و مقصود مالک از ادعای ابضاع نیز همین باشد، در این صورت مالک ادعایی ندارد و تنها عامل است که مدعی مضاربه و سهم بردن از سود آن است و مالک منکر این ادعاست. بنابراین، در این فرض مسئله مشمول تحالف نخواهد بود. دلیل قول به تحالف نیز این است که هریک از مالک و عامل هم مدعی هستند و هم منکر؛ زیرا مالک مدعی است که عمل عامل برای او به‌صورت مجانی بوده و اصل بر عدم این

ادعاست و عامل مدعی استحقاق سهم از سود و اصل بر این است که سود متعلق به مالک است.

۴.۶. جمع بندی

یکی از مواردی که ممکن است به دلیل شباهت دو عقد با هم مورد اختلاف واقع شود، ابضاع و مضاربه است. در این مورد بعضی فقها بر این نظرند که قول عامل مقدم است؛ زیرا عمل متعلق به اوست. بعضی نیز قائل به تحالف اند. دلیل قول به تحالف نیز این است که هریک از مالک و عامل هم مدعی هستند و هم منکر؛ زیرا مالک مدعی است که عمل عامل برای او به صورت مجانی بوده و اصل بر عدم این ادعاست و عامل مدعی استحقاق سهم از سود و اصل بر این است که سود متعلق به مالک است. در این صورت پس از تحالف و سوگند طرفین به نفی ادعای دیگری، به عامل میان اجرت‌المثل و آنچه به عنوان سهم مضاربه ادعا کرده است، هریک که کمتر بود، تعلق می‌گیرد. بعضی نیز معتقدند قول مالک مقدم است؛ زیرا مسئله تحت عنوان مدعی و منکر طرفینی قرار نمی‌گیرد؛ زیرا در این صورت مالک ادعایی ندارد و تنها عامل است که او را به پرداخت سهمی از سود ملزم می‌کند. بنابراین، عامل مدعی است و مالک منکر. به نظر می‌رسد دیدگاه تحالف با حقوق ایران سازگارتر است.

۷. رهن و ودیعه

گاه اختلاف متعاقدان بر سر رهن یا ودیعه بودن عقد است. بدین ترتیب که مالک مدعی است عقد میان آنان ودیعه بوده است. بنابراین، مستودع باید مال را با مطالبه مالک مسترد کند و کسی که مال نزد اوست، مدعی است آن مال در قالب رهن در اختیار او قرار گرفته است.

۱.۷. تقدم قول مدعی و دیعه

بعضی فقها معتقدند در صورتی که مالک مدعی و دیعه باشد و دیگری مدعی رهن باشد، قول مالک در صورتی که قسم بخورد مقدم خواهد بود (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۱۲۸؛ حلی (محقق ثانی)، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۷۶).

بیشتر فقها بر همین نظرند. دلیل تقدم قول مالک نیز موارد زیر است.

اولاً، اصل بر عدم رهن است (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۷۶)؛ زیرا تحقق عقد رهن وابسته به تحقق ایجاب و قبول از ناحیه متعاقدان است و صدور ایجاب و قبول طرفین، مورد

ابهام است. بنابراین، عدم تحقق ایجاب و قبول استصحاب می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، صص. ۶۶ و ۶۷). در این مورد نمی‌توان گفت که همان‌طور که مقتضای اصل، عدم تحقق رهن است، عدم تحقق ودیعه نیز هست و به این ترتیب، میان دو اصل تعارض حاصل می‌شود؛ زیرا اصل عدم ودیعه در این مورد تأثیری ندارد؛ زیرا طرفین هر دو بر اینکه مال متعلق به مالک است، اتفاق نظر دارند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، صص. ۶۶ و ۶۷).
ثانیاً، روایت صحیح محمدبن مسلم از امام باقر (علیه السلام) (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳، ص. ۱۲۳؛ طوسی، ۱۴۰۷ق ب، ج ۷، ص. ۱۷۴) بر این دیدگاه دلالت دارد (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۷۶). این روایت دلالت می‌کند که متصرف مدعی است و باید بینه ارائه کند و مالک که ادعا می‌کند مال نزد متصرف به ودیعه گذاشته شده، منکر رهن است و با قسم، قول او مقدم خواهد بود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، صص. ۶۶ و ۶۷).

۲.۷. تقدم قول مدعی رهن

شیخ طوسی (رحمه الله تعالی) با استناد به روایت عبادبن صهیب (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳، صص. ۱۲۲ و ۱۲۳) معتقد است قول کسی که مدعی رهن است، مقدم است و روایت محمدبن مسلم را که در آن امام باقر (علیه السلام) قول مالک را مقدم دانسته‌اند، مربوط به مقدار دین می‌داند نه در ادعای او مبنی بر ودیعه بودن مال نزد متصرف (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳، صص. ۱۲۲ و ۱۲۳). شیخ صدوق (رحمه الله تعالی) نیز در این زمینه قول مدعی رهن را مقدم می‌شمارد و مالک را ملزم به ارائه بینه می‌داند (صدوق، ۱۴۱۵ق، صص. ۳۸۴ و ۳۸۵). در این زمینه، روایتی از ابن ابی‌یعفور از امام صادق (علیه السلام) نیز وجود دارد که این دیدگاه را تأیید می‌کند. (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۲۳۷).

اشکال این دیدگاه، مخالفت با اصل عدم رهن و مغایرت با روایت صحیحی است که بیان شد (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۷۶). باید روایت صحیح محمدبن مسلم را به علت اینکه مشهور فقها از عمل به دو روایت معارض این روایت روی گردانده‌اند، بر دو روایت دیگر مقدم دانست (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص. ۶۹).

۳.۷. قول به تفصیل

بعضی فقها در این زمینه قائل به تفصیل شده‌اند و معتقدند اگر مالک کالا به دین خود نسبت به

متصرف اقرار کند، قول متصرف مقدم است. در غیر این صورت قول مالک همراه با قسم تقدم دارد. (طوسی، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۶۶؛ اصفهانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۱، ص. ۳۰۷).

در مورد عقد رهن نیز همان‌طور که شهید ثانی (رحمه‌الله تعالی) اظهار داشته است، این دیدگاه، میان دو روایت را جمع می‌کند، اما همان‌طور که گفته شد، با اصل عدم رهن مغایر است (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۷۶) بدین ترتیب، با توجه به شهرت قول نخست میان فقها و مطابقت آن با قواعد، این قول ترجیح دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۵، ص. ۲۶۴)؛ ضمن اینکه اقرار متصرف به اصل دین موجب ایجاد ظن و گمان به تحقق رهن می‌شود، اما نمی‌تواند از جریان اصول شرعی مانند عدم تحقق رهن جلوگیری کند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص. ۶۹).

۴.۷. جمع بندی

در حالتی که مالک مدعی است مال خود را به‌عنوان ودیعه به دیگری سپرده است و طرف مقابل مدعی رهن باشد، قول مالک در صورتی که قسم بخورد، مقدم است؛ زیرا اصل بر عدم رهن است و روایت صحیح محمدبن مسلم از امام باقر (علیه السلام) بر این موضوع دلالت دارد؛ ضمن اینکه اصل عدم ودیعه در این مورد بی‌تأثیر است.

نتیجه گیری

۱. در صورتی که از راه تحلیل قرار طرفین و تشخیص عناصر اصلی مورد نظر متعاقدان یا اصول لفظی نتوان عقد را توصیف کرد، تنها راه تعیین تکلیف متعاقدان و برطرف کردن نزاع آن‌ها بر سر توصیف عقد، تمسک به اصول عملیه و بعضی قواعد فقهی است؛ البته اصول عملیه نمی‌توانند ماهیت عقد را مشخص کنند؛ زیرا این اصول قابلیت کشف از واقع را ندارند. بدین ترتیب، اگر نتوان با اتکا به مواردی که بیان شد، ماهیت عقد را تعیین کرد، ماهیت عقد مبهم باقی می‌ماند، اما با استناد به اصول عملیه دست‌کم می‌توان حکم مسئله مورد نزاع را تعیین کرد.

۲. در صورتی که بایع ادعا کند مال به واسطه عقد بیع به مشتری منتقل شده است و مشتری مدعی باشد که مال به او هبه شده است، تحالف و سوگند دو طرف بر نفی ادعای دیگری با مبانی حقوقی سازگارتر است؛ زیرا در اختلاف متعاقدان میان بیع و هبه، هر دو به‌نوعی مدعی و منکر

- هستند. مالک مدعی اشتغال ذمه منتقل‌الیه به ثمن و منتقل‌الیه نیز مدعی مالکیت رایگان است.
۳. در صورت اختلاف متعاقدان در توصیف عقد با عنوان اجاره یا عاریه، با توجه به قاعده احترام مال مسلم و اینکه متصرف از منافع مال دیگری بهره برده است، باید متصرف را مدعی دانست؛ زیرا او مدعی است مالک به او اذن استفاده رایگان را داده است. بنابراین، با قسم مالک بر نفی عاریه، ادعای متصرف رد می‌شود. ماده ۳۳۷ قانون مدنی نیز بر همین امر دلالت دارد که استیفای مال غیر باید در ازای اجرت باشد.
۴. در صورت اختلاف متعاقدان در اینکه مال به محتال حواله و مالک آن شده یا آنکه به وکالت از مالک، مال را از محال‌علیه دریافت کرده، در صورتی که در مورد لفظی که از جانب محیل صادر شده است، اتفاق نظر نداشته باشند، قول منکر حواله بنا بر اصل بقای اشتغال ذمه محیل نسبت به محتال و بقای اشتغال ذمه محال‌علیه نسبت به محیل، مقدم است اگر بر نفی ادعای دیگری قسم بخورد. اگر متعاقدان اتفاق نظر دارند که لفظی که میان آن‌ها جاری شده، الفاظ مربوط به حواله بوده است، اما محیل ادعا می‌کند مقصود او از لفظ حواله، وکالت دادن به محتال بوده است، باید بر مبنای اصالة الظهور و اصل حقیقت، عقد را حواله دانست.
۵. در صورت اختلاف طرفین بین قرض و مضاربه در حالتی که مالک مدعی مضاربه و گیرنده وجه مدعی قرض است دو دیدگاه وجود دارد؛ بعضی از فقهاء قائل به تقدم قول مالک هستند به دلیل آنکه گیرنده وجه، مدعی انتقال مال از مالک به اوست و اصل بر عدم این انتقال است و سود آن نیز به تبع اصل در ملکیت مالک باقی مانده است. بنابراین با قسم مالک، قول او ثابت می‌گردد و حصه او از سود باید پرداخت شود. ضمن اینکه بعضی از فقهاء آگاه‌تر بودن مالک به قصد و نیت خود را دلیل تقدم قول وی دانسته‌اند. بعضی نیز قائل به تداعی و تحالف هستند، دلیل این دیدگاه نیز آن است که هریک از طرفین مدعی عقدی است که دیگری آن را انکار می‌نماید و هر دو طرف هم مدعی هستند و هم منکر. البته در صورتی که مال، دچار زیان شود و مالک، مدعی شود مال را در قالب عقد قرض به گیرنده وجه تسلیم نموده است و در مقابل، گیرنده وجه ادعا نماید مال را به عنوان مضاربه اخذ نموده، قول مالک همراه با قسم او مقدم خواهد بود. دلیل این امر نیز آن است که در صورت وضع ید بر مال غیر، بر اساس عموم روایت «علی‌الید ما أخذت حتی تؤدیه»، بازگرداندن آن مال بر متصرف واجب است.
۶. در حالتی که مالک مدعی است مال خود را به‌عنوان ودیعه به دیگری سپرده است و طرف

مقابل مدعی رهن باشد، قول مالک در صورتی که قسم بخورد مقدم است؛ زیرا اصل بر عدم رهن است و روایت صحیح محمدبن مسلم از امام باقر (علیه السلام) بر این موضوع دلالت دارد؛ ضمن اینکه اصل عدم ودیعه در این مورد بی تأثیر است.

منابع

- ۱) ابن ابی جمهور، محمد علی بن ابراهیم (۱۴۰۳ق). عوالی اللثالی (جلد ۱). قم.
- ۲) اشتها ردی، علی پناه (۱۴۱۷ق). مدارک العروة (جلدهای ۲۷ و ۲۸). تهران: دارالاسوة للطباعة والنشر.
- ۳) اصفهانی، محمد باقر (۱۴۰۶ق). ملاذالاکخيار فی فهم تهذیب الاخبار (جلد ۱۱). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
- ۴) ایروانی، علی بن عبدالحسین (۱۴۰۶ق). حاشیة المکاسب (جلد ۱). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۵) تبریزی، جواد (۱۴۱۶ق). ارشاد الطالب الی التعليق علی المکاسب (جلد ۴). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۶) حسینی جرجانی، سید امیر ابوالفتح (۱۴۰۴ق). تفسیر شاهی (جلد ۲). تهران: نوید.
- ۷) حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی (جلد ۱۲). قم: مؤسسه دارالتفسیر.
- ۸) حلبی، السید حمزة علی بن زهرة (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- ۹) حلبی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- ۱۰) حلبی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقها (جلد ۱۷). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- ۱۱) حلبی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة (جلدهای ۲ و ۳). قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- ۱۲) حلبی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام (جلد ۲). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۱۳) حلبی (فخر المحققین). محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد (جلدهای ۱ و ۲). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۱۴) حلبی، ابن ادريس محمد بن منصور (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۵) حلبی، شمس الدین محمد (۱۴۲۴ق). معالم الدین فی فقه آل یاسین (جلد ۱). قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- ۱۶) حلبی، نجم الدین جعفر بن زهدری (۱۴۲۸ق). ایضاح ترددات الشرائع (جلد ۱). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
- ۱۷) خوبی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۹ق). مبانی العروة الوثقی (جلد ۱). قم: منشورات مدرسه دارالعلم.
- ۱۸) خوبی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعة الامام الخویی (جلد ۳۰). قم: مؤسسه احیاء آثار الامام

الخويى.

- ۱۹) خويى، سيدابوالقاسم (بى تا). المستند فى شرح العروة الوثقى؛ الاجارة. بى جا.
- ۲۰) الدارمى، عبدالله (۱۳۴۹ق). سنن الدارمى (جلد ۲). دمشق: مطبعة الحديث.
- ۲۱) روحانى، سيدصادق (۱۴۲۹ق) منهاج الفقاهة (جلد ۳). قم: انوار الهدى.
- ۲۲) روحانى، سيدمحمد (۱۴۲۰ق). المرتقى الى الفقه الارقى؛ كتاب الخيارات (جلد ۱). تهران: مؤسسه الجليل للتحقيقات الثقافية.
- ۲۳) سيزوارى، سيدعبدالاعلى (۱۴۱۳ق). مهذب الاحكام (جلد ۱۹). قم: مؤسسه المنار.
- ۲۴) شمس، عبدالله (۱۳۸۵). آيين دادرسى مدنى (جلد ۳). تهران: دراك.
- ۲۵) شهابى، محمود (۱۴۱۷ق). ادوار فقه (جلد ۲). تهران: سازمان چاپ و انتشارات.
- ۲۶) صدوق، محمدبن على بن بابويه (۱۴۰۹ق). من لا يحضره الفقيه (على اكبر غفارى، مترجم). (جلد ۴). تهران: صدوق.
- ۲۷) صدوق، محمدبن على بن بابويه (۱۴۱۵ق). المقنع. قم: مؤسسه امام هادى (عليه السلام).
- ۲۸) صيمرى، مفلح بن حسن (۱۴۰۸ق). تلخيص الخلاف و خلاصة الاختلاف؛ منتخب الخلاف (جلد ۲). قم: كتابخانه آيت الله مرعشى.
- ۲۹) صيمرى، مفلح بن حسن (۱۴۲۰ق). غاية المرام فى شرح شرائع الاسلام (جلد ۲). بيروت: دارالهادى.
- ۳۰) طباطبايى قمى، سيدتقى (۱۴۲۳ق). الغاية القصوى فى التعليق على العروة الوثقى؛ كتاب الاجارة. قم: محلاتى.
- ۳۱) طبرسى، امين الاسلام فضل بن حسن (۱۴۱۰ق). المؤلف من المختلف بين أئمة السلف (جلد ۱). مشهد: مجمع البحوث الاسلامية.
- ۳۲) طوسى، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فى فقه الامامية (جلد ۲). تهران: المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية.
- ۳۳) طوسى، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۳۹۰ق). الاستبصار فيما اختلف من الاخبار (جلد ۳). تهران: دارالكتب الاسلامية.
- ۳۴) طوسى، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۴۰۷ق، الف). الخلاف (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- ۳۵) طوسى، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۴۰۷ق، ب). تهذيب الاحكام (جلدهاى ۱ و ۷). تهران: دارالكتب الاسلامية.
- ۳۶) طوسى، محمدبن على بن حمزه (۱۴۰۸ق). الوسيلة الى نيل الفضيلة. قم: كتابخانه آيت الله مرعشى.

- ۳۷) عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی (۱۴۱۰ق). اللعة الدمشقیة فی فقه الامامیة. بیروت: دارالترتات.
- ۳۸) عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللعة الدمشقیة (جلد ۴). قم: کتاب فروشی داوری.
- ۳۹) عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام (جلدهای ۴ و ۵). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- ۴۰) عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۶ق). تمهید القواعد الاصولیة والعربیة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ۴۱) عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۲۲ق). حاشیة شرائع الاسلام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ۴۲) عاملی، سیدجواد (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (جلدهای ۱۴ و ۱۶). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۴۳) عاملی، سیدجواد (بی تا). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (جلد ۷). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۴۴) عمیدی، سیدعمیدالدین (۱۴۱۶ق). کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد (جلد ۱ و ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- ۴۵) فرطوسی حویزی، حسین (۱۴۱۶ق). التوضیح النافع فی شرح ترددات صاحب الشرائع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- ۴۶) القزوینی، محمدبن یزید (بی تا). سنن ابن ماجه (جلد ۲). دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
- ۴۷) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۳). تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- ۴۸) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). اثبات و دلیل اثبات (جلد ۲). تهران: میزان.
- ۴۹) کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (جلدهای ۴، ۵ و ۸). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۵۰) کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی (جلد ۵). تهران: دارالکتب الاسلامیة.
- ۵۱) کیدری، محمدبن حسین (۱۴۱۶ق). اصباح الشیعة بمصباح الشریعة. قم: مؤسسه امام صادق (علیه‌السلام).
- ۵۲) لاری، سیدعبدالحسین (۱۴۱۸ق). التعلیقة علی مکاسب. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- ۵۳) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰). قواعد فقه؛ بخش مدنی (مالکیت و مسئولیت). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۵۴) محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۸). مبانی استنباط حقوق اسلامی. تهران: دانشگاه تهران.

- ۵۵) مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین (۱۴۰۶ق). منهاج‌المؤمنین (جلد ۲). قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی.
- ۵۶) موسوی بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهية (جلد ۶). قم: الهادی.
- ۵۷) موسوی خلخالی، سیدمحمد مهدی (۱۴۲۷ق). فقه‌الشیعة؛ کتاب‌الاجارة. تهران: منیر.
- ۵۸) موسوی اردبیلی، سیدعبد‌الکریم (۱۴۲۱ق). فقه‌المضاربة. قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید.
- ۵۹) نجفی (کاشف‌الغطا)، حسن‌بن‌جعفر (۱۴۲۲ق). انوار الفقاهة؛ کتاب‌المضاربة. نجف اشرف: مؤسسه کاشف‌الغطا.
- ۶۰) نجفی (کاشف‌الغطا)، احمدبن‌علی (۱۴۲۳ق). سفينة النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات (جلد ۴). نجف اشرف: مؤسسه کاشف‌الغطا.
- ۶۱) نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (جلد ۲۵). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۶۲) یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی (جلد ۲). بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- ۶۳) یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۴۲۲ق). العروة الوثقی مع تعالیق الامام الخمينی. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ۶۴) یزدی، سیدمحمد کاظم (بی‌تا) العروة الوثقی مع تعليقات الفاضل (جلد ۲). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام).

References

- 1) Al-Dārmī, Abdullāh (1349 AH). Sunan al-Dārmī (vol. 2). Damascus: Maṭba‘a al-Ḥadītha [in Arabic].
- 2) Al-Qazwīnī, Muḥammad ibn Yazīd (n.d.). Sunan Ibn Mājah (vol. 2). Dār al-Fikr li'l-Ṭibā‘a wa al-Nashr wa al-Tawzī‘ [in Arabic].
- 3) Al-Ṣadūq, Muḥammad ibn ‘Alī ibn Bābawayh (1409 AH). Man Lā Yaḥḍuruḥu al-Faqīh (trans. Alī Akbar Ghaffārī) (vol. 4). Tehran: Ṣadūq [in Arabic].
- 4) Al-Ṣadūq, Muḥammad ibn ‘Alī ibn Bābawayh (1415 AH). al-Muqni‘. Qom: Mu‘assasa Imām Hādī (‘alayhi al-salām) [in Arabic].
- 5) Amīdī, Sayyid ‘Amīd al-Dīn (1416 AH). Kanz al-Fawā‘id fi Ḥall Mushkilāt al-Qawā‘id (vols. 1 and 2). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī affiliated with Jāmi‘a-ye Mudarrisīn [in Arabic].
- 6) Āmilī (Shahīd Awwal), Muḥammad ibn Makkī (1410 AH). al-Lum‘a al-Dimashqīyya fi Fiqh al-Imāmiyya. Beirut: Dār al-Turāth [in Arabic].
- 7) Āmilī (Shahīd Thānī), Zayn al-Dīn ibn ‘Alī (1410 AH). al-Rawḍa al-Bahiyya fi Sharḥ al-Lum‘a al-Dimashqīyya (vol. 4). Qom: Dāvārī Bookshop [in Arabic].
- 8) Āmilī (Shahīd Thānī), Zayn al-Dīn ibn ‘Alī (1413 AH). Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā‘i‘ al-Islām (vols. 4 and 5). Qom: Mu‘assasa al-Ma‘ārif al-Islāmiyya [in Arabic].
- 9) Āmilī (Shahīd Thānī), Zayn al-Dīn ibn ‘Alī (1416 AH). Tamhīd al-Qawā‘id al-Uṣūliyya wa al-‘Arabiyya. Qom: Daftar Tablighāt Islāmī Ḥawza ‘Ilmiyya Qom [in Arabic].
- 10) Āmilī (Shahīd Thānī), Zayn al-Dīn ibn ‘Alī (1422 AH). Ḥāshiya Sharā‘i‘ al-Islām. Qom: Daftar Tablighāt Islāmī Ḥawza ‘Ilmiyya Qom [in Arabic].
- 11) Āmilī, Sayyid Jawād (1419 AH). Miftāḥ al-Karāma fi Sharḥ Qawā‘id al-‘Allāma (vols. 14 and 16). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī affiliated with Jāmi‘a-ye Mudarrisīn Ḥawza ‘Ilmiyya Qom [in Arabic].
- 12) Āmilī, Sayyid Jawād (n.d.). Miftāḥ al-Karāma fi Sharḥ Qawā‘id al-‘Allāma (vol. 7). Beirut: Dār Iḥyā‘ al-Turāth al-‘Arabī [in Arabic].
- 13) Eṣfahānī, Muḥammad Bāqir (1406 AH). Malādh al-Akhyār fi Fahm Tahdhīb al-Akhhār (vol. 11). Qom: Kitābkhāna-ye Āyatullāh Mar‘ashī [in Arabic].
- 14) Eshtehārdī, ‘Alī Panāh (1417 AH). Madārik al-‘Urwa (vols. 27 and 28). Tehran: Dār al-Aswa li'l-Ṭibā‘a wa'l-Nashr [in Arabic].
- 15) Faraṭūsī Ḥuwayzī, Ḥusayn (1416 AH). al-Tawḍīḥ al-Nāfi‘ fi Sharḥ Taraddudāt Ṣāhib al-Sharā‘i‘. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī affiliated with Jāmi‘a-ye Mudarrisīn [in Arabic].
- 16) Ḥakīm, Sayyid Muḥsin (1416 AH). Mustamsak al-‘Urwa al-Wuthqā (vol. 12). Qom: Mu‘assasa Dār al-Tafsīr [in Arabic].
- 17) Ḥalabī, al-Sayyid Ḥamza ‘Alī ibn Zuhra (1417 AH). Ghunyat al-Nuzū‘. Qom: Mu‘assasa Imām Ṣādiq (‘alayhi al-salām) [in Arabic].
- 18) Ḥillī (al-‘Allāma), Ḥasan ibn Yūsuf (1413 AH). Qawā‘id al-Aḥkām fi Ma‘rifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām (vol. 2). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī affiliated with Jāmi‘a-ye Mudarrisīn [in Arabic].
- 19) Ḥillī (al-‘Allāma), Ḥasan ibn Yūsuf (1414 AH). Tadhkirat al-Fuqahā’ (vol. 17).

- Qom: Mu'assasa Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) [in Arabic].
- 20) Ḥillī (al-'Allāma), Ḥasan ibn Yūsuf (1420 AH). Taḥrīr al-Aḥkām al-Shar'iyya 'alā Madhhab al-Imāmiyya (vols. 2 and 3). Qom: Mu'assasa Imām Ṣādiq ('alayhi al-salām) [in Arabic].
 - 21) Ḥillī (al-Muḥaqqiq), Najm al-Dīn Ja'far ibn Ḥasan (1408 AH). Sharā'i' al-Islām fi Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām (vol. 2). Qom: Mu'assasa Ismā'iliyān [in Arabic].
 - 22) Ḥillī (Fakhr al-Muḥaqqiqīn), Muḥammad ibn Ḥasan (1387 AH). Idāḥ al-Fawā'id fi Sharḥ Mushkilāt al-Qawā'id (vols. 1 and 2). Qom: Mu'assasa Ismā'iliyān [in Arabic].
 - 23) Ḥillī, Ibn Idrīs Muḥammad ibn Manṣūr (1410 AH). al-Sarā'ir al-Ḥawī li-Taḥrīr al-Fatāwī (vol. 2). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī affiliated with Jāmi'a-ye Mudarrisin of Ḥawza 'Ilmiyya Qom [in Arabic].
 - 24) Ḥillī, Najm al-Dīn Ja'far ibn Zuḥdī (1428 AH). Idāḥ Taraddudāt al-Sharā'i' (vol. 1). Qom: Kitābkhāna-ye Āyatullāh Mar'ashī [in Arabic].
 - 25) Ḥillī, Shams al-Dīn Muḥammad (1424 AH). Ma'ālim al-Dīn fi Fiḥḥ Āl Yāsīn (vol. 1). Qom: Mu'assasa Imām Ṣādiq ('alayhi al-salām) [in Arabic].
 - 26) Ḥusaynī Jurgānī, Sayyid Amīr Abū al-Faṭḥ (1404 AH). Tafsīr Shāhī (vol. 2). Tehran: Navīd [in Arabic].
 - 27) Ibn Abī Jumhūr, Muḥammad 'Alī ibn Ibrāhīm (1403 AH). 'Awālī al-La'ālī (vol. 1). Qom [in Arabic].
 - 28) Īravānī, 'Alī ibn 'Abd al-Ḥusayn (1406 AH). Ḥāshiyat al-Makāsib (vol. 1). Tehran: Wezārat-e Farhang va Ershād-e Eslāmī [in Arabic].
 - 29) Karakī (Muḥaqqiq Thānī), 'Alī ibn Ḥusayn (1414 AH). Jāmi' al-Maqāṣid fi Sharḥ al-Qawā'id (vols. 4, 5, and 8). Qom: Mu'assasa Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) [in Arabic].
 - 30) Kātūziyān, Nāṣer (1376 SH). Qavā'id-e 'Umūmī-ye Qarārdād-hā [General Rules of Contracts] (vol. 3). Tehran: Sherkat-e Sahāmī Enteshār in collaboration with Bahman Borna [in Persian].
 - 31) Kātūziyān, Nāṣer (1384 SH). Esbāt va Dalīl-e Esbāt [Proof and Evidence of Proof] (vol. 2). Tehran: Mīzān [in Persian].
 - 32) Khu'ī, Sayyid Abū al-Qāsim (1409 AH). Mabānī al-'Urwa al-Wuthqā (vol. 1). Qom: Manshūrāt Madrasat Dār al-'Ilm [in Arabic].
 - 33) Khu'ī, Sayyid Abū al-Qāsim (1418 AH). Mawsū'at al-Imām al-Khu'ī (vol. 30). Qom: Mu'assasa Iḥyā' Āthār al-Imām al-Khu'ī [in Arabic].
 - 34) Khu'ī, Sayyid Abū al-Qāsim (n.d.). al-Mustanad fi Sharḥ al-'Urwa al-Wuthqā; al-Ijāra. No place [in Arabic].
 - 35) Kidrī, Muḥammad ibn Ḥusayn (1416 AH). Iṣbāḥ al-Shī'a bi-Miṣbāḥ al-Sharī'a. Qom: Mu'assasa Imām Ṣādiq ('alayhi al-salām) [in Arabic].
 - 36) Kulaynī, Muḥammad ibn Ya'qūb (1407 AH). al-Kāfī (vol. 5). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya [in Arabic].
 - 37) Lārī, Sayyid 'Abd al-Ḥusayn (1418 AH). al-Ta'līqa 'alā al-Makāsib. Qom: Mu'assasa al-Ma'ārif al-Islāmiyya [in Arabic].
 - 38) Mar'ashī Najafī, Sayyid Shahāb al-Dīn (1406 AH). Minhāj al-Mu'minīn (vol. 2). Qom: Kitābkhāna-ye Āyatullāh Mar'ashī [in Arabic].

- 39) Moḥammadī, Abū al-Ḥasan (1388 SH). Mabānī-ye Estenbāt-e Ḥuqūq-e Eslāmī [Foundations of Deriving Islamic Laws]. Tehran: University of Tehran [in Persian].
- 40) Moḥaqqueq Dāmād, Seyed Moṣṭafā (1390 SH). Qavā'id-e Fiqh; Bakhsh-e Madanī (Mālekīyat va Mas'ūliyat) [Rules of Jurisprudence; Civil Section (Ownership and Responsibility)]. Tehran: Markaz Nashr 'Ulūm-e Islāmī [in Persian].
- 41) Mūsawī Ardabīlī, Sayyid 'Abd al-Karīm (1421 AH). Fiqh al-Muḍārabā. Qom: Mu'assasa al-Nashr li-Jāmi'at al-Mufīd [in Arabic].
- 42) Mūsawī Bojnūrdī, Sayyid Ḥasan (1419 AH). al-Qawā'id al-Fiqhiyya (vol. 6). Qom: al-Hādī [in Arabic].
- 43) Mūsawī Khalkhālī, Sayyid Muḥammad Mahdī (1427 AH). Fiqh al-Shi'a; Kitāb al-Ijāra. Tehran: Munīr [in Arabic].
- 44) Najafī (Kāshif al-Ghiṭā'), Aḥmad ibn 'Alī (1423 AH). Safinat al-Najāt wa Mishkāt al-Hudā wa Miṣbah al-Sa'ādāt (vol. 4). Najaf al-Ashraf: Mu'assasa Kāshif al-Ghiṭā' [in Arabic].
- 45) Najafī (Kāshif al-Ghiṭā'), Ḥasan ibn Ja'far (1422 AH). Anwār al-Fiqāha; Kitāb al-Muḍārabā. Najaf al-Ashraf: Mu'assasa Kāshif al-Ghiṭā' [in Arabic].
- 46) Najafī, Muḥammad Ḥasan (1404 AH). Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharā'i' al-Islām (vol. 25). Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī [in Arabic].
- 47) Rūḥānī, Sayyid Muḥammad (1420 AH). al-Murtaqā ilā al-Fiqh al-Arqā; Kitāb al-Khayārāt (vol. 1). Tehran: Mu'assasat al-Jalīl lil-Taḥqīqāt al-Thaqāfiyya [in Arabic].
- 48) Rūḥānī, Sayyid Šādiq (1429 AH). Minhāj al-Fiqhāha (vol. 3). Qom: Anwār al-Hudā [in Arabic].
- 49) Sabzavāri, Sayyid 'Abd al-'Alā (1413 AH). Muhadhdhab al-Aḥkām (vol. 19). Qom: Mu'assasa al-Manār [in Arabic].
- 50) Šaymarī, Mufliḥ ibn Ḥasan (1408 AH). Talkhīṣ al-Khilāf wa Khulāṣat al-Ikhtilāf; Mukhtār al-Khilāf (vol. 2). Qom: Kitābkhāna-ye Āyatullāh Mar'ashī [in Arabic].
- 51) Šaymarī, Mufliḥ ibn Ḥasan (1420 AH). Ghāyat al-Marām fi Sharḥ Sharā'i' al-Islām (vol. 2). Beirut: Dār al-Hādī [in Arabic].
- 52) Shahābī, Maḥmūd (1417 AH). Adwār al-Fiqh (vol. 2). Tehran: Sāzmān Chāp va Enteshārāt [in Arabic].
- 53) Shams, 'Abdullāh (1385 SH). Āyīn Dādrasī Madanī [Civil Procedure Law] (vol. 3). Tehran: Darak [in Persian].
- 54) Ṭabāṭabā'i Qomī, Sayyid Taqī (1423 AH). al-Ghāya al-Quṣwā fi al-Ta'liq 'alā al-'Urwa al-Wuthqā; Kitāb al-Ijāra. Qom: Maḥallātī [in Arabic].
- 55) Ṭabrisī, Amīn al-Islām Faḍl ibn Ḥasan (1410 AH). al-Mu'talif min al-Mukhtalif bayna A'imma al-Salaf (vol. 1). Mashhad: Majma' al-Buḥūth al-Islāmiyya [in Arabic].
- 56) Tabrīzī, Jawād (1416 AH). Irshād al-Ṭālib ilā al-Ta'liq 'alā al-Makāsib (vol. 4). Qom: Mu'assasa Ismā'iliyān [in Arabic].
- 57) Ṭūsī, Abū Ja'far Muḥammad ibn Ḥasan (1387 AH). al-Mabsūṭ fi Fiqh al-Imāmiyya (vol. 2). Tehran: al-Maktaba al-Murtaḍawiyya li-Iḥyā' al-Āthār al-Ja'fariyya [in Arabic].

- 58) Ṭūsī, Abū Jaʿfar Muḥammad ibn Ḥasan (1390 AH). al-Istibṣār fīmā Ikhtalafa min al-Akḥbār (vol. 3). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya [in Arabic].
- 59) Ṭūsī, Abū Jaʿfar Muḥammad ibn Ḥasan (1407 AH, a). al-Khilāf (vol. 3). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī affiliated with Jāmiʿa Mudarrisīn of Ḥawza ʿIlmiyya Qom [in Arabic].
- 60) Ṭūsī, Abū Jaʿfar Muḥammad ibn Ḥasan (1407 AH, b). Tahdhīb al-Aḥkām (vols. 1 and 7). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya [in Arabic].
- 61) Ṭūsī, Muḥammad ibn ʿAlī ibn Ḥamza (1408 AH). al-Wasīla ilā Nayl al-Faḍīla. Qom: Kitābkhāna-ye Āyatullāh Marʿashī [in Arabic].
- 62) Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāzīm (1409 AH). al-ʿUrwa al-Wuthqā (vol. 2). Beirut: Muʿassasa al-ʿAlamī lil-Maṭbūʿāt [in Arabic].
- 63) Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāzīm (1422 AH). al-ʿUrwa al-Wuthqā maʿa Taʿāliq al-Imām al-Khomeinī. Tehran: Muʿassasa Tanzīm va Nashr Āthār Imām Khomeinī [in Arabic].
- 64) Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāzīm (n.d.). al-ʿUrwa al-Wuthqā maʿa Taʿliqāt al-Fāḍil (vol. 2). Qom: Markaz Feqhī Aʿimma Āthār (ʿalayhim al-salām) [in Arabic].

A Review of the Similarities and Differences Between the Institutions of "Bankruptcy" and "Insolvency" [Ifilas] in Islamic Law, with a Look at Iranian Law and the Common Law System

Behzad Pourseyyed · Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. behzad_1433@yahoo.com

Mohammad Javad Heydari Horestani · LLM Student in Private Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. (Corresponding Author)
mj.heydari@isu.ac.ir

Mohammad Javad Farahzadi · LLM Student in Private Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. mj.farahzadi@isu.ac.ir

Abstract

1. Introduction

The legal and economic implications of bankruptcy are profound, influencing not only the financial health of individuals and businesses but also the stability and fairness of the broader economic system. The concept of bankruptcy, as understood in contemporary Iranian law, is a construct with origins that can be traced back to the enactment of the Iranian Commercial Code of 1932. This legislation borrowed significantly from the Napoleonic Code, incorporating principles aimed at ensuring equal treatment of creditors. The contemporary Iranian legal framework for bankruptcy primarily focuses on preventing preferential treatment among creditors and safeguarding the collective interests of all creditors against unilateral actions by the debtor.

However, the notion of bankruptcy is not entirely novel within the Iranian context. Traditional Islamic jurisprudence has long recognized a similar concept under the term insolvency/indigence [Ifilas]. Within Islamic law, bankruptcy is considered one of the six causes of incapacity/ interdiction (Hajr), wherein the insolvent individual [Mofles] is restricted from disposing of their property. This



jurisprudential approach mirrors the principles found in modern bankruptcy laws, emphasizing the prohibition of preferential treatment and ensuring equitable distribution among creditors. The central inquiry of this research is to ascertain whether the Islamic jurisprudential concept of Insolvency can be equated with the legal construct of bankruptcy, facilitating a meaningful comparative analysis.

2. Research Question

The primary research question addressed in this study is: To what extent do the concepts of "bankruptcy" in contemporary Iranian law and "Insolvency" in Islamic jurisprudence correspond to one another? Specifically, the research seeks to determine whether these two concepts can be considered equivalent, thereby allowing for a comparative analysis of their respective frameworks, or if there are fundamental differences that distinguish them.

3. Research Hypothesis

The research hypothesis posits that the concepts of insolvency in Islamic jurisprudence and bankruptcy in modern legal systems, while originating from different legal traditions, share substantial similarities in their fundamental principles and objectives. These similarities may provide a basis for comparative analysis and potential integration or harmonization of these legal concepts within the context of Iranian commercial law. The hypothesis further suggests that understanding these similarities and differences can lead to more effective and equitable bankruptcy regulations that are consistent with both Islamic jurisprudence and contemporary legal standards.

4. Methodology & Framework, if Applicable

The research employs an analytical-descriptive doctrinal method, a common approach in the study of Islamic humanities. This methodology involves a detailed analysis of legal texts, jurisprudential opinions, and statutory provisions, drawing upon a rich body of Islamic legal library resources. The study's scope is primarily focused on Shia jurisprudence and Iranian law, with limited reference to Sunni jurisprudence and foreign legal systems, particularly those following common law traditions.

5. Results & Discussion

The comparative analysis of the concepts of bankruptcy in contemporary Iranian law and Insolvency in Islamic jurisprudence reveals several significant findings. First and foremost, Shia jurisprudence does not distinguish between merchants and non-merchants regarding the applicability of bankruptcy rules. This inclusive approach underscores a fundamental principle of equality among creditors, ensuring that all creditors have proportional access to the debtor's assets, regardless of the debtor's status as a merchant or non-merchant.

In Iranian law, however, the bankruptcy provisions of the Iranian Commercial Code are currently limited to merchants. This restriction creates a disparity in creditor protection, favoring those who deal with merchants over those who transact with non-merchants. The analysis highlights that creditors of non-merchants are exposed to higher risks of non-recovery of their claims. This risk disparity stems from the fact that non-merchant debtors are not subject to the same stringent regulations and oversight as merchant debtors, allowing non-merchants to potentially evade their financial obligations more easily.

From the perspective of creditor prioritization, both Shia jurisprudence and Iranian law prioritize creditors who have a specific claim to a particular asset in the debtor's possession. These creditors are given priority in receiving their claims, with the remaining assets distributed proportionately among the other creditors. This principle of proportional distribution is a cornerstone of both systems, reflecting a shared commitment to fairness and equality among creditors.

The discussion also points out that in practice, a merchant who resumes trade after a period of bankruptcy is regarded similarly to a non-merchant debtor who has faced insolvency. Both types of debtors hold equivalent credibility and standing in the eyes of third parties' post-bankruptcy. This practical equivalence suggests that extending bankruptcy regulations to non-merchants could enhance overall creditor protection without significantly altering the perceived reliability of debtors returning to economic activity.

Another critical observation is the potential for legal evasion under the current framework. Since the Iranian Commercial Code confines bankruptcy regulations to merchants, individuals can engage in commercial activities while avoiding the title of merchant, thereby evading the associated legal obligations. This loophole not only undermines the principle of equality among creditors but also encourages economic actors to exploit the system to their advantage, leading to unfair outcomes and economic insecurity.

6. Conclusion

The study concludes that the institution of bankruptcy, as understood in Shia jurisprudence, applies equally to both merchants and non-merchants. This approach upholds the principle of equality among creditors, ensuring that all creditors, regardless of the debtor's status, have equitable access to the debtor's assets. The current Iranian legal framework, however, restricts bankruptcy provisions to merchants, creating a risk disparity between creditors of merchants and non-merchants.

Given these findings, the research recommends amending the Iranian Commercial Code to extend bankruptcy regulations to non-merchant debtors. Such an amendment would align Iranian law more closely with Shia jurisprudence and the principles observed in common law countries. This

change would also mitigate the risks faced by creditors of non-merchant individuals and prevent economic actors from avoiding commercial responsibilities by eschewing the title of merchant.

Implementing these recommendations would promote economic security and public order by ensuring that all creditors are treated equally and that the legal system cannot be easily manipulated to evade financial obligations. This proposed extension of bankruptcy regulations to non-merchants would enhance the robustness and fairness of the Iranian commercial legal framework, providing a more stable and equitable environment for economic activities.

Ultimately, aligning the Iranian Commercial Code with the inclusive principles of Shia jurisprudence and common law practices would contribute to a more balanced and secure economic system, benefitting both creditors and debtors by promoting fairness, transparency, and accountability in financial dealings.

Keywords: Bankruptcy, Insolvent, Insolvency, Principle of Equality Among Creditors.

مروری بر وجوه اشتراک و افتراق دو نهاد «ورشکستگی» و «افلاس» در فقه اسلامی، با نگاهی به حقوق ایران و نظام کامن لا

بهزاد پورسید • استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران،

behzad_1433@yahoo.com

ایران.

محمدجواد هیدری هرسدانی • دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام

mj.heydari@isu.ac.ir

صادق علیه السلام، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

محمدجواد فرحزادی • دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق

mj.farahzadi@isu.ac.ir

علیه السلام، تهران، ایران.

چکیده

با وجود آنکه تفلیس و ورشکستگی در فقه اسلامی، مفهومی کهن و شناخته شده است، لکن با تصویب قانون تجارت، مفهوم متفاوتی از ورشکستگی در نظم حقوقی ایران جلوه کرد. پژوهش حاضر با روش توصیفی تحلیلی و رویکردی تطبیقی، با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای، به واکاوی وجوه مشترک مقررات ورشکستگی در فقه امامیه و حقوق ایران، نظیر مداخله حاکمیت، ضرورت رسیدگی قضایی، منع مداخله ورشکسته در اموال خود و اصل تساوی غرماء پرداخته است. در مقابل نیز، از واکاوی افتراقات این دو نهاد، نظیر معیار صدور حکم ورشکستگی، تبعیت از رژیم عام یا رژیم خاص، تفکیک میان انواع ورشکستگی، جرم‌انگاری پاره‌ای از انواع ورشکستگی و حال شدن دیون ورشکسته، غفلت نشده است. نویسندگان در جریان پژوهش نگاهی نیز به مقررات ورشکستگی در کشورهای تابع نظام کامن لا داشته‌اند. در نهایت این مقاله، پیشنهاد شده است در حقوق تجارت ایران، همانند کشورهای تابع نظام کامن لا از رژیم عام تبعیت شود و امکان ورشکستگی مدیون غیرتاجر نیز فراهم آید؛ چه آنکه، با توجه به پذیرش رژیم خاص یعنی اختصاص ورشکستگی به تاجر در حقوق ایران، طلبکاران غیرتاجر، با ریسک بیشتری روبه‌رو هستند و این امر، خود معلول عدم پذیرش اصولی چون «تساوی طلبکاران» و «ممنوع المداخله بودن شخص ورشکسته در مایملک خود از تاریخ صدور حکم ورشکستگی» در مورد مدیون غیرتاجر است. پر واضح است که اختصاص اصولی به‌سان اصول مذکور به تاجر، سبب سوءاستفاده کنشگران اقتصادی و فرار از قرارگرفتن تحت عنوان تاجر و شرکت تجاری می‌شود و ورود خسارت فاحش به طلبکاران ایشان خواهد گردید.

واژگان کلیدی: ورشکستگی، تفلیس، افلاس، اصل تساوی طلبکاران.



مقدمه

تردید نیست که آنچه امروز در حقوق ایران از شنیدن کلمه ورشکستگی به ذهن تبادر می‌کند، مفهوم خاصی است که عمر آن از تاریخ تصویب قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی (۱۳۱۸) و قانون تجارت (۱۳۱۱) تجاوز نمی‌کند. هدف اصلی از وضع مقررات ورشکستگی این است که طلبکاران تاجر ورشکسته در شرایط مساوی قرار داشته باشند (اصل تساوی طلبکاران تاجر ورشکسته) و تاجر ورشکسته نتواند یکی از آنان را بر دیگری ترجیح دهد یا آنکه برخی طلبکاران بتوانند با پیشدستی و رجوع انفرادی به تاجر ورشکسته، پیش از دیگران تمام طلب خود را وصول کنند درحالی‌که دیگر طلبکاران از تمام یا بخش عمده مطالبات خود محروم شوند. بدین منظور، قانون‌گذار پیش‌بینی کرده است که تاجر ورشکسته از انتقال اموال خود به دیگران و نیز هر نوع پرداخت بدهی که بخواهد رأساً بدان مبادرت کند، ممنوع باشد.

البته این دو عنصر اصلی، در مفهوم سنتی و فقهی ورشکستگی نیز وجود دارد؛ در فقه، ورشکستگی یکی از اسباب شش‌گانه حجر دانسته شده است و مفلس از تصرف در اموال خود ممنوع و محجور شمرده می‌شود و نه او و نه برخی طلبکاران او نمی‌توانند طلبی را از دیگر مطالبات جدا و با پرداخت آن ضرری به دیگر طلبکاران وارد کنند، بلکه همه طلبکاران باید در ضرب گرمایی شرکت کنند و همه آنان به درصد واحدی از طلب خود برسند. پرسش مطرح در اینجا این است که آیا اساساً نسبت «مفلس» در ادبیات فقهی، با مفهوم ورشکستگی در ادبیات حقوقی تساوی است که در ادامه بتوان به مقایسه این دو مفهوم در دو عالم متفاوت فقه و حقوق پرداخت یا آنکه چنین رابطه‌ای میان آن‌ها وجود ندارد.

پاسخ به این پرسش، فرع بر تبیین چند مقدمه به شرح زیر است.

فقه‌های امامیه در ذیل مباحث خویش در کتاب‌های «مناجات»، «دین و حجر» به صراحت به مباحث تفلیس و خیاری موسوم به خیاری تفلیس پرداخته‌اند. چگونگی چیدمان مباحث ایشان بدین گونه است که بدو مفلس را شخصی دانسته‌اند که در سررسید دیون خویش، توانایی تأدیه نداشته باشد و از دیگر سو، جنبه منفی دارایی وی (دیون حال‌شده) بر جنبه مثبت آن (اموال و حقوق مالی) غلبه دارد (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ص. ۱۶۳؛ عسقلانی، ۱۹۶۰، ص. ۵۳؛ حلی ۱۴۰۵ق، ص. ۲۹۵؛ شهیدثانی، ۱۴۲۸ق، ص. ۲۵۱؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ص. ۱۷۸).

ایشان در ادامه مباحث خویش درباره تفلیس و مفلس به دو مطلب اشاره کرده‌اند که تطبیق

آن‌ها با قوانین موضوعه کنونی گره‌گشای مسئله مورد نظر است و مدعای ما را در تساوی مفهوم تفلیس در فقه امامیه با ورشکستگی در قوانین تجاری اثبات می‌کند.

اولاً، فقهای امامیه در مقام تبیین آثار تفلیس گفته‌اند که چنانچه پس از تسلیم مبیع معین به مشتری و پیش از اخذ ثمن از وی، مشارالیه به واسطه عروض تفلیس و متعاقب اعلام حاکم، ممنوع‌التصرف شود، بایع می‌تواند در صورت بقای عین و در حالی که استرداد عین به بایع، خللی در تأدیه حصه غرامی دیگری دیان ایجاد نکند، عین مبیع را مسترد دارد و اگر هنوز مبیع به مشتری مفلس تسلیم نشده است، از تسلیم مبیع به وی امتناع ورزد (شهید ثانی، ۱۴۲۸ق، ص. ۲۴۹؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ص. ۱۸۳). مطلبی که به روشنی در دو ماده ۳۸۰ قانون مدنی و ۵۳۳ قانون تجارت منعکس شده است؛ گویی که این دو ماده، ترجمان مبحث یادشده در نصوص فقهی ما هستند. ثانیاً، عبارت «بُمنع المفلّس من التصرف المبتدأ فی اعیان امواله...» در فقه امامیه (شهید ثانی، ۱۴۲۸ق، ص. ۲۴۶)، همان است که قانون‌گذار قانون تجارت در ماده ۴۱۸ قانون تجارت بدان اشاره کرده و در دکترین حقوقی، به اصل ممنوع‌المداخله گشتن تاجر ورشکسته در اموال و حقوق مالی خویش مشهور شده است.

با توجه به آنچه گذشت، می‌توان با خیالی آسوده نسبت به برابری دو مفهوم تفلیس (در فقه) و ورشکستگی (در حقوق موضوعه)، به مقایسه آن دو پرداخت و به بیان وجوه افتراق و اشتراک و ارائه راهکارهای پیشنهادی اقدام کرد.

ضرورت پژوهش: با وجود سابقه طولانی ورشکستگی در فقه، الزامات و اقتضائات زندگی اجتماعی و اقتصادی ایجاب می‌کند که مقررات ورشکستگی در قالب‌هایی جدید قانون‌گذاری شود. اگر بخواهیم از این منظر قانون مدنی و قانون تجارت را با هم مقایسه کنیم، می‌توان گفت که قانون مدنی، دست‌کم در اغلب موارد مثلاً در حوزه حقوق قراردادهای، همان مقررات فقهی را خلاصه کرده و جز در موارد خاص یا در شکل بیان مطالب، ابتکاری نداشته است، اما قانون تجارت بیشتر جنبه ترجمه از حقوق خارجی داشته و به داشته‌های فقهی توجه نکرده است. از آنجاکه بسیاری از قواعد مربوط به تجارت از رویه‌های عقلایی مردم ناشی می‌شود، در پاره‌ای موارد رگه‌هایی از مقررات فقهی نیز در حقوق تجارت به چشم می‌خورد؛ البته شکی نیست که تعریف تاجر و معاملات تجاری، اقسام شرکت‌های تجاری، سندهای تجاری و مقررات مربوط به

ورشکستگی و تصفیه امور ورشکستگی، همگی نهادهای جدیدی هستند که از حقوق خارجی به حقوق ایران وارد و بلکه ترجمه شده‌اند، اما چنان‌که بیان شد، در موضوع مورد بحث ما یعنی ورشکستگی، دو مسئله مهم یعنی منع تاجر از مداخله در دارایی‌های خود و نیز لزوم شرکت همه طلبکاران در ضرب‌گرمایی (که نتیجه طبیعی اصل تساوی طلبکاران است) در فقه و حقوق تجارت در کانون توجه قرار دارند.

مهم این است که حدود و ثغور مفهوم ورشکستگی در دو نظام فقه امامیه و حقوق تجارت ایران مورد بررسی دقیق قرار گیرد؛ زیرا این مقایسه هم به درک نقاط تاریک در مباحث حقوق ورشکستگی کمک می‌کند و هم ممکن است زمینه پاسخ به پاره‌ای ابهامات واقع شود و پیشنهادهایی برای بهینه‌سازی مقررات حقوق تجارت به همراه داشته باشد.

پرسش پژوهش: در مقایسه میان مفهوم ورشکستگی در فقه امامیه و حقوق ایران باید به چند پرسش مهم پاسخ داده شود.

۱. وجوه اشتراک میان مفهوم ورشکستگی در فقه امامیه و حقوق ایران چیست؟
 ۲. وجوه افتراق میان مفهوم ورشکستگی در فقه امامیه و حقوق ایران کدام است؟
 ۳. آیا امکان صدور حکم ورشکستگی نسبت به شخص غیر تاجر وجود دارد و اساساً آیا افراد عادی جامعه تحت شمول ضوابط و قوانین ورشکستگی قرار خواهد گرفت یا خیر؟
- چنان‌که اشاره شد، پاسخ به این پرسش‌ها به شفافیت بیشتر مفهوم ورشکستگی می‌انجامد و برخی ابهامات قانونی درباره امکان صدور حکم ورشکستگی را نسبت به غیر تاجر برطرف می‌کند و در نهایت، به برخی اصلاحات در قانون تجارت منتهی می‌شود.
- صدها سال مفاهیم افلاس، تفلیس، مُفلس و مُفلس در ادبیات فقهی ما به کار می‌رفته، احکام آن در کتاب‌های فقهی خاصه و عامه تبیین می‌شده و مشکل مهمی در این زمینه‌ها وجود نداشته است. فقیهان امامیه تفلیس را به‌عنوان یکی از اسباب شش‌گانه حجر به بحث گذاشته و اداره اموال و تقسیم دارایی مفلس را تحت نظر حاکم و در قالب ضرب‌گرمایی پیش‌بینی کرده‌اند.
- در مبحث خیار نیز برای طلبکار از ورشکسته، تحت شرایطی، خیار غریم مفلس یا به‌اختصار خیار تفلیس را به رسمیت شناخته‌اند؛ خباری که در ماده ۳۸۰ قانون مدنی انعکاس یافته است و هنوز هم برخی در اینکه کلمه «مفلس» در آن ماده، اسم فاعل باب افعال است یا اسم مفعول باب تفعیل، اختلاف دارند!

با تصویب قانون تجارت و پیش‌بینی مقررات خاص برای ورشکستگی شرکت‌های تجاری و اشخاصی که از نظر آن قانون تاجر شمرده می‌شوند، بحث ورشکستگی در حقوق ایران مفهوم جدیدی یافته است که با معادل بومی خود شباهت و تفاوت‌هایی دارد و نظر حقوق‌دانان مدنی و تجارت را به خود جلب کرده است.

پیشینه پژوهش: اغلب نویسندگان حقوق تجارت به دیرینه مسئله ورشکستگی توجه و به‌طور گذرا به سابقه مباحث اعسار، افلاس و ورشکستگی پیش از تصویب قانون تجارت اشاره کرده‌اند (عرفانی، ۱۳۸۸، ج ۴، ص. ۱۴۳؛ افتخاری، ۱۳۷۹، ص. ۱۹؛ قائم‌مقام فراهانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۴؛ اسکینی، ۱۳۹۸، ص. ۱۹؛ ستوده تهرانی، ۱۳۷۵، ج ۴، ص. ۱۰۴؛ فصیحی‌زاده و اسعدی، ۱۳۹۶) یا اینکه تنها به مقوله ضابطه ورشکستگی در فقه امامیه پرداخته‌اند و درنهایت، ضابطه ورشکستگی واقعی در فقه را بر رویه مشهور در میان دکترین حقوقی که همان زیادت جنبه منفی دارایی نسبت به جنبه‌های مثبت آن است، ترجیح داده‌اند و در پایان و در مقام نتیجه‌گیری، در قالب عبارات کلی به بیان نقاط قوت قانون افلاس نسبت به قانون تجارت در زمینه تشخیص تاجر روی آورده‌اند (آهنگران و همکاران، ۱۴۰۱)، اما آثار یادشده راهکار خلأهای قانونی را بیان نکرده‌اند و لزوم و ضرورت احیای قانون افلاس و وجوه ترجیحی ورود غیرتاجر در نظام ورشکستگی ایران را مورد بررسی قرار نداده‌اند. این در حالی است که ضرورت پرداختن به مسئله ورود مدیون غیرتاجر تحت شمول ضوابط ورشکستگی در سیستم حقوقی ایران با توجه به آسیب‌های کنونی از جمله ایجاد تجارت پنهان و تقلب در معاملات، فرار از دین، معاملات صوری و... کاملاً مشهود است و بازگشت به مبانی فقهی در معاملات و مبادلات تجاری و اقتصادی نقش بسزایی در برطرف کردن مشکلات یادشده خواهد داشت.

همچنین، مقالات علمی چندی وجود دارد که به برخی زوایای مسئله مورد پژوهش ما اشاراتی داشته‌اند که در خلال این پژوهش، از آن‌ها بهره خواهیم برد.

روش پژوهش: این تحقیق مانند بیشتر پژوهش‌های حوزه علوم انسانی، بر روش تحلیلی-توصیفی مبتنی است و از منابع کتابخانه‌ای، مقالات علمی و بانک‌های اطلاعاتی و منابع الکترونیکی بهره می‌برد.

نوآوری پژوهش: در حد اطلاع نگارنده، تاکنون هیچ مقاله یا کتاب مستقل یا فصلی از یک

کتاب به بررسی امکان ورشکستگی غیرتاجر و وجوه افتراق و اشتراک ورشکستگی در فقه امامیه و حقوق ایران نپرداخته است و از این نظر می‌توان مقایسه علمی این نهاد در دو خاستگاه متفاوت را پژوهشی جدید به شمار آورد؛ ضمن اینکه در حد توان با این رویکرد تطبیقی، به ارائه پیشنهاد برای کارآمدی بیشتر حقوق تجارت نیز اقدام خواهد شد.

همچنان‌که از عنوان پژوهش پیداست، قلمرو مباحث این پژوهش، فقه امامیه و حقوق ایران است و نگاهی به نظام کامن‌لا نیز دارد. بنابراین، ماهیت این پژوهش نوعی مطالعه تطبیقی است، اما برای اینکه به نتایج ملموس و روشنی دست یابیم، به‌خصوص با توجه به مجال اندک، از طرح مباحث مربوط به فقه اهل سنت خوداری خواهیم کرد؛ هرچند در صورت اقتضای فرصت، می‌توان این مطالعه تطبیقی را با طرح تحولات حقوقی جدید در کشورهای غربی و نیز دیدگاه فقیهان دیگر مذاهب اسلامی، غنای بیشتر بخشید.

۱. مفهوم‌شناسی

با توجه به اینکه واژگان پرتکرار این پژوهش کلمات افلاس، تفلیس، اعسار، مُفلس و مُفلس است، در اینجا به اختصار به معنای این کلمات اشاره می‌شود.

افلاس به معنی نداشتن مال است و مُفلس (بر وزن محسن) به شخص فقیر و بی‌مال گفته می‌شود و در فقه و عرف عام، آنجا که گفته می‌شود «المُفلس فی امان الله»، منظور مدیونی است که مالی برای تأدیه دیون خود ندارد و از این رو به مفهوم معسر نزدیک است. اعسار به معنی تنگ‌دستی و نداشتن مال است. مدیون معسر هم کسی است که به پرداخت بدهی محکوم شده، اما با ادعای اعسار و اثبات آن، به وی مهلت داده شده است (و ان كان ذوعسرة فنظرة الی میسر). تفلیس (بر وزن تدلیس) به صدور حکم ورشکستگی از سوی حاکم گویند و منظور از مُفلس (بر وزن مُقدّس) کسی است که حاکم با رعایت چهار شرط (اثبات دیون او، حال بودن دیون، فزونی دیون از اموال او و تقاضای حجر او به وسیله طلب‌کاران)، حکم ورشکستگی او را صادر کرده باشد (شهیدین، ۱۴۲۸ق، ص. ۴۱؛ محقق داماد و اسلامی، ۱۳۸۹، ص. ۱۲۱؛ مبلغی و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۱۵۴؛ طالب احمدی، ۱۳۸۳، صص. ۹ و ۳۸۳؛ قائم‌مقام فراهانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۴؛ اسکینی، ۱۳۹۸، ص. ۱۹؛ حلی (محقق)، ۱۹۸۳م، ص. ۸۹؛ عرفانی، ۱۳۸۸، ج ۴، ص. ۱۴۳؛ کرکی، ۱۳۶۸، ص. ۱۲۴).

در مقاله حاضر ابتدا وجوه اشتراک و شباهت‌های ورشکستگی در نظام فقه امامیه و حقوق ایران مورد بررسی قرار خواهد گرفت (مبحث نخست). آنگاه وجوه اشتراک و افتراق این دو حوزه به ترتیب در مبحث دوم و سوم مطرح خواهد شد و در خلال آن، نظام کامن‌لا و امکان ورشکسته دانستن غیرتاجر در حقوق ایران مطرح خواهد شد.

۲. وجوه اشتراک ورشکستگی و افلاس

چنان‌که اشاره شد، اغلب مقررات ماهوی ورشکستگی بر مجموعه‌ای از اصول عقلایی مبتنی است که در بیشتر نظام‌های حقوقی حضور آن احساس می‌شود. مصالح مهم موجود در منع ورشکستگان از مداخله آزاد در اموالی که ظاهراً متعلق به آن‌هاست، همه نظام‌های حقوقی را واداشته است تا مقررات خاص و گاه سخت‌گیرانه‌ای در این خصوص پیش‌بینی کنند. پیشینه این مقررات، به قانون حمورابی در هزاره سوم پیش از میلاد می‌رسد (قائم‌مقام فراهانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۳). در ایران نیز تا پیش از قوانین افلاس و اعسار (۱۳۲۹ق) در مورد ورشکستگان همان مقررات فقه امامیه اجرا می‌شد. با نسخ قوانین افلاس و اعسار و حاکمیت قانون تجارت، ورشکستگی مفهوم خاصی یافت و مقررات آن تحت رژیم ویژه‌ای در مورد تجار و شرکت‌های تجاری به اجرا گذاشته شد. باین حال، همچنان می‌توان به شباهت‌های زیادی میان نظام فقه امامیه و حقوق ایران در خصوص ورشکستگی اشاره کرد.

۱.۲. مداخله حاکمیت

از آنجاکه مهم‌ترین هدف برپایی حکومت‌ها برقراری و حفظ نظم عمومی است، طبیعی است که دولت‌ها نسبت به آنچه در روابط اقتصادی افراد جامعه می‌گذرد، بی‌تفاوت نباشند. فعالیت اقتصادی افراد و شرکت‌ها در وضعیت عادی چیزی نیست که حساسیت دولت‌ها را برانگیزد، اما اگر سوءتدبیر فعالان اقتصادی باعث اختلال در امنیت و نظم عمومی اقتصادی شود، دخالت حاکمیت و اعمال قدرت عمومی اجتناب‌ناپذیر خواهد بود (ستوده تهرانی، ۱۳۷۵، ج ۴، ص. ۱۰۲).

ورشکستگی شرکت‌ها و تاجران و بلکه افراد غیرتاجر آثار مخربی بر امنیت اقتصادی و روانی اجتماع می‌گذارد و موجبات بی‌اعتمادی مردم به یکدیگر و اجتناب از مشارکت در فعالیت‌های تولیدی و اقتصادی را فراهم می‌آورد و حتی ممکن است به نارضایتی‌های اجتماعی نیز منتهی شود؛ همچنان‌که در سال‌های گذشته، شاهد مثال‌هایی از آن بودیم.

برای همین است که دخالت قدرت حاکم در موضوع ورشکستگی را می‌توان به‌عنوان نخستین وجه مشترک میان نظام فقهی و حقوقی ایران مطرح کرد. در فقه امامیه این از بدیهیات است که حاکم شرع باید موضوع ورشکستگی را سروسامان دهد؛ البته این موضوع که آیا حاکم رأساً در این خصوص وارد می‌شود یا در صورت تقاضای طلبکاران اقدام می‌کند، بحث دیگری است، اما نفس پیش‌بینی احکامی در شریعت اسلامی که بر اساس آن، وظیفه حاکم اسلامی نظارت بر سلامت فعالیت‌های اقتصادی است، نوعی مداخله در موضوع ورشکستگی هم خواهد بود؛ البته در مقام اجرا آنچه در فقه امامیه مطرح است، این است که باید طلبکاران از حاکم بخواهند که نسبت به بررسی وضعیت مدیون و صدور حکم ورشکستگی اقدام کند.

مرحوم محقق حلی در شرایع الاسلام چنین مرقوم می‌دارند «حجر مفلس جز به حکم حاکم ثابت نمی‌شود... و ولایت بر مال او فقط برای حاکم است»^۱ (حلی (محقق)، ۱۹۸۳م، ج ۲، ص. ۱۰۲).

در اصطلاح فقهی، منظور از حاکم یا حاکم شرع، فقیه حاکم است و اگر به قاضی هم حاکم گفته می‌شود به این دلیل است که یکی از شئون حکومت حاکم، فصل خصومت و قضاوت میان مردم است. در نگاه کلی، مداخله حاکم در امور ورشکستگی در چهارچوب انشای احکام حکومتی توجیه می‌شود که قانون‌گذاری در نظام ولایت فقیه را می‌توان در آن قالب قرار داد. در حقوق تجارت ایران و بلکه همه نظام‌های حقوقی، ضرورت مداخله دولت از بدیهیات است. تقنین قوانین خاص برای ورشکستگی و تأسیس سازمان‌ها و نهادهایی برای رسیدگی به امور ورشکستگی و تقسیم ورشکستگی به عمدی، غیرعمدی، ورشکستگی به تقلب و تقصیر و جرم‌انگاری برخی از انواع آن و پاره‌ای از اقدامات در حوزه ورشکستگی، همگی حاکی است که دولت (به معنای عام آن و نه لزوماً به معنای قوه مجریه)، از آغاز تا پایان ورشکستگی، کنشگر اصلی است (قائم‌مقام فراهانی، ۱۳۹۱، ص. ۹۳؛ افتخاری، ۱۳۷۹، ص. ۲۱۱؛ اسکینی، ۱۳۹۸، ص. ۱۳۹).

۱. «لا ینبت حجر المفلس الا بحکم الحاکم... اما المفلس فالولاية فی ماله للحاکم لا غیر».

۲.۲. نیازمندی به رسیدگی قضایی و صدور حکم

در فقه امامیه و نیز حقوق ایران، فرایند بررسی و تعیین تکلیف ورشکستگی، ذاتاً موضوعی قضایی است؛ یعنی از آغاز تا پایان آن، به وسیله حاکم و مقام قضایی یا تحت نظر او انجام می‌شود. در فقه امامیه، تفلیس یکی از اسباب شش‌گانه حجر است (نجفی، ۱۹۸۱م، ص. ۲۵۸؛ حلی (محقق)، ۱۹۸۳م، ج ۲، ص. ۹۹؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص. ۱۲؛ حسینی عاملی، ۱۳۷۲، ص. ۱۱۳). با توجه به اینکه هرکس از نظر بلوغ و رشد دارای اهلیت کامل است، نمی‌توان کسی را محجور دانست مگر پس از رسیدگی قضایی و صدور حکم حجر از سوی حاکم. پس در محل بحث ما این حاکم است که باید در صورت مطالبه طلب‌کاران، موضوع را بررسی و در صورت وجود شرایط، حکم ورشکستگی مدیون را صادر کند.

در این خصوص عبارت تحریرالوسیله چنین است «کسی که بدهی‌های زیادی دارد هرچند چندین برابر دارایی‌هایش باشد، تا وقتی که حاکم شرع حکم حجر او را صادر نکرده است، می‌تواند هرگونه تصرفی در اموالش بنماید و همه تصرفاتش نافذ است؛ هرچند همه اموالش را از ملکیتش خارج نماید به‌طور مجانی یا معوض»^۱ (موسوی خمینی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص. ۱۸). در حقوق ایران نیز شروع به رسیدگی قضایی توسط دادگاه صالح خواهد بود و حکم ورشکستگی نیز توسط دادگاه صادر می‌شود.

ماده ۴۱۵ قانون تجارت مقرر می‌دارد «ورشکستگی تاجر به حکم محکمه بدایت، در موارد زیر اعلام می‌شود: الف- برحسب اظهار خود تاجر. ب- به موجب تقاضای یک یا چند نفر از طلب‌کارها. ج- برحسب تقاضای مدعی‌العموم بدایت».

همچنین، مواد ۲۱ و ۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی به لزوم رسیدگی دادگاه صالح به امور توقف و ورشکستگی تاجر و شرکت تجاری اشاره می‌کند.

قاضی دادگاه باید شرایط ماده ۴۱۲ قانون تجارت (تاجر بودن و توقف از تأدیه دیون) را احراز و شروع به رسیدگی کند (عرفانی، ۱۳۸۸، ج ۴، ص. ۴۱).

۱. «من کثرت علیه‌الدیون و لو کانت اضعاف‌امواله یجوز له التصرف فیها بانواعه و نفذ امره فیها باصنافه و لو باخراجها جمعاً عن ملکه مجاناً او بعوض ما لم یحجر علیه‌الحاکم الشرعی».

در حقوق ایران هم، کار رسیدگی و صدور حکم ورشکستگی در اختیار هیچ اتحادیه و تجمع صنفی و تجاری و اتاق اصناف و مانند آن نیست و امروزه در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است و تعیین شعب یا حتی تدارک مجتمع‌های قضایی خاص برای رسیدگی به دعاوی تجاری، نافی صلاحیت دادگاه عمومی نیست، اما یکی از موضوعات مهم در این زمینه که به نوعی رسیدگی قضایی دادگاه صالح و صدور حکم ورشکستگی متوقف بر آن است، بررسی اشخاص موضوع حکم ورشکستگی است؛ مطلبی که در نصوص فقهی مسکوت مانده، اما اهمیت آن از نگاه تیزبین قانون‌گذار قانون تجارت مخفی نمانده و به تفصیل مورد بررسی قرار گرفته است و ما نیز در این مقال به ذکر مهم‌ترین شاخص‌ها و ضوابط آن می‌پردازیم.

در گام نخست، مهم‌ترین مطلب این است که چنانچه متعلق حکم ورشکستگی، شخص حقیقی باشد، صدور حکم ورشکستگی وی، فرع بر این است که شغل معمول او، اعمال تجاری ذاتی موضوع ماده ۲ قانون تجارت باشد. در این زمینه نظر پاره‌ای از حقوق‌دانان این است که اگر شخصی در حال حاضر تاجر نباشد، اما در زمان توقف، تاجر بوده باشد، باز هم مشمول مقررات ورشکستگی و حکم ورشکستگی درباره او قابل صدور است (کاویانی، ۱۳۸۷، ص. ۵۳؛ ستوده تهرانی، ۱۳۷۵، ص. ۱۱۲). مهم‌ترین نقد وارد بر این نظر، این است که بر مبنای ماده ۴۱۲ قانون تجارت، ورشکستگی ویژه تاجر و تاجر نیز شخصی است که در حال حاضر اشتغال به عمل تجاری دارد و بدین ترتیب، وضعیت وی در دوران توقف از منظر تاجر بودن یا نبودن مدخلیتی در موضوع نخواهد داشت.

در مورد این مطلب مهم که آیا کسبه جزء می‌توانند متعلق حکم ورشکستگی باشند یا خیر، میان حقوق‌دانان اختلاف است؛ چنان‌که به نظر برخی حقوق‌دانان، کسبه جزء مشمول احکام ورشکستگی نیستند و نمی‌توان ایشان را ورشکسته اعلام کرد، بلکه نسبت به ایشان تنها ادعای اعسار مسموع است (کاویانی، ۱۳۸۷، ص ۳۶)، اما به نظر می‌رسد که به دو دلیل عمده، تسری احکام ورشکستگی به کسبه جزء امکان‌پذیر است.

اولاً، کسبه جزء، تاجرند، اما از پاره‌ای از تکالیف تاجر مانند نگهداری دفاتر تجاری معاف شده‌اند. این به معنای خروج کلی ایشان از جرگه تاجر نیست.

ثانیاً، اینکه کسبه جزء وفق ماده ۵۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی، متمکن از تقاضای صدور حکم اعسار از تأدیه هزینه دادرسی هستند، نافی ادعای ورشکستگی آن‌ها نیست. به دیگر بیان،

اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند. اعسار و ورشکستگی آثار متفاوتی دارد و امکان پذیرش ادعای اعسار نمی‌تواند شخص را از ادعای ورشکستگی محروم کند. از جمله مواردی که می‌توان به‌عنوان گواهی بر امکان صدور حکم ورشکستگی نسبت به اشخاص غیر تاجر حتی در فرض انتفای اهلیت استیفا یا تمتع بیان کرد، امکان صدور حکم ورشکستگی نسبت به محجوران و تاجر متوفاست. می‌دانیم که سفیه یا صغیر ممیز می‌تواند با اجازه ولی قهری یا قیم، اعمال تجاری انجام دهد. در این صورت به ضرس قاطع تاجر است و می‌توان ایشان را موضوع حکم ورشکستگی دانست؛ زیرا اساساً حجر مانع تاجر تلقی شدن شخص و صدور حکم ورشکستگی نسبت به او نیست، بلکه تنها ضابطه موجود در این حالت، اعمال تجاری ذاتی به‌عنوان شغل معمول است. بدین ترتیب، اخراج اشخاص واجد اهلیت استیفا ناقص (سفیه و صغیر ممیز) از شمول احکام ورشکستگی، تخصیصی نارواست؛ گرچه پاره‌ای از حقوق دانان، از پذیرش این نظر امتناع کرده‌اند (اسکینی، ۱۳۹۸، ص. ۲۲). شاید بارزترین اشکال بر این گروه، این باشد که پذیرش تاجر بودن محجوران از سوی ایشان در یک موضع (اسکینی، ۱۳۹۴ ب، ص. ۱۴۲) و انکار صدور حکم ورشکستگی در جای دیگر (اسکینی، ۱۳۹۸، ص. ۲۲)، مصداقی بارز از مصادیق ترجیح بلامرجح است. شاید اشکال شود که چگونه ممکن است حکم به ورشکستگی اشخاصی داد که بر اساس مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱۴ قانون مدنی، اصل صحت معاملات ایشان نیز فرع بر تنفیذ ولی خاص است؟

در مقام پاسخ به پرسش بالا می‌توان گفت که اساساً باید میان دو موضوع را تفکیک کرد. نخست، دخل و تصرف در اموال و حقوق مالی محجور (سفیه و صغیر ممیز) توسط خود ایشان. دوم، اتصاف آن تصرفات به وصف تجاری بودن.

بدیهی است که فعلیت مقام نخست فرع بر تنفیذ ولی خاص و با رعایت غبطه مولی‌علیه خواهد بود، اما پس از تحصیل چنین اذنی، همان‌طور که از ماده ۸۵ قانون امور حسبی نیز پیداست، این اذن، حمل بر اباحه لوازم آن تصرفات نیز است و بدین ترتیب، اعمال تجاری موضوع ماده ۲ قانون تجارت (به‌عنوان شغل معمول مولی‌علیه/مأذون) بر پایه اذن سابق، با هیچ مانعی روبه‌رو نخواهد بود و قهراً محجور را در جرگه «تجار» قرار خواهد داد. در مورد تاجر متوفا نیز در صورت جمع دو شرط زیر، امکان صدور حکم ورشکستگی فراهم خواهد بود.

اولاً، لازم است تا متوفا در زمان حدوث موت، در حال توقف بوده باشد. ثانیاً، صدور حکم ورشکستگی در این حالت، فرع بر آن است که حکم بدوی درباره ورشکستگی، ظرف مهلت یک سال از تاریخ حدوث موت صادر شود؛ هرچند که حکم قطعی درباره آن، متعاقب تجدیدنظرخواهی و در بازه‌ای زائد بر یک سال از تاریخ حدوث موت صادر شود.

از جمله دیگر مطالب بسیار مهم در خصوص حکم ورشکستگی تاجر متوفا این است که وفق ماده ۲۷۴ قانون امور حسبی، اگر متوفا تاجر باشد، چه حکم ورشکستگی او صادر شده یا نشده باشد، تصفیه ترکه او در صورت تابع مقررات تصفیه امور ورشکستگی است. بدین معنا که در صورت عدم کفایت ترکه برای همه دیون، لازم است تا ترکه به نسبت حصه گرمایی بین ایشان تقسیم شود. به دیگر بیان، اعمال شیوه‌های تصفیه تجار ورشکسته در خصوص تاجر متوفا منوط به آن نیست که سابقاً حکم ورشکستگی صادر شده باشد.

با وجود این ماده ممکن است به نظر برسد که صدور حکم ورشکستگی نسبت به تاجر متوفا چندان کاربردی ندارد، اما این تلقی نادرست است؛ زیرا حکم ورشکستگی افزون بر تقسیم اموال به نسبت حصه گرمایی، آثار دیگری نیز دارد؛ چنان‌که موجب می‌شود تا برخی از معاملاتی که تاجر پس از تاریخ توقف منعقد کرده است، باطل شود. گفتنی است چنانچه نسبت به شخصی حکم ورشکستگی صادر شده باشد و او پس از صدور حکم فوت کند، خللی به فرایند تصفیه وارد نمی‌شود و تصفیه، طبق همان قواعد تصفیه ورشکستگی ادامه می‌یابد. تا اینجا صحبت از اشخاص حقیقی بود که می‌توانستند متعلق حکم ورشکستگی باشند، اما باید دانست که شرکت‌های تجاری موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت نیز می‌توانند ورشکسته شوند. از دیگر سو، طبق آن نظری که شرکت‌های عملی را نیز واجد شخصیت حقوقی می‌داند، این شرکت‌ها نیز مشمول قواعد ورشکستگی‌اند. از سوی دیگر، ماده ۴۱۲ قانون تجارت، مقوله ورشکستگی را ویژه تجار و شرکت‌های تجاری دانسته است، اما در حال حاضر همه اشخاص حقوقی ولو مؤسسات غیرتجاری، طبق ماده ۱۵ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی می‌توانند ادعای ورشکستگی کنند. بنابراین، مؤسسات غیرتجاری با آنکه تاجر نیستند، می‌توانند ادعای ورشکستگی کنند. در رابطه با مقوله ورشکستگی شرکت منحل نیز باید گفت که اساساً شرکتی که منحل می‌شود تا پیش از ختم تصفیه، همچنان واجد شخصیت حقوقی مستقل است و بدین ترتیب، می‌توان حکم

ورشکستگی این قبیل شرکت‌ها را صادر کرد.

قانون‌گذار این قاعده را در شرکت تضامنی مورد تصریح قرار داده و بیان کرده است که در شرکت تضامنی، پس از انحلال و تا پیش از تقسیم اموال، همچنان حکم ورشکستگی قابل صدور است و بدین ترتیب، بر مبنای وحدت ملاک، این حکم به دیگر شرکت‌ها نیز قابل تسری است.

۳.۲. قلمرو حجر تاجر ورشکسته

یکی دیگر از وجوه اشتراک مقررات ورشکستگی در فقه امامیه و حقوق ایران این است که ورشکسته پس از صدور حکم ورشکستگی نمی‌تواند در اموال خود تصرف کند و این کار باید تحت نظارت مقام قضایی باشد.

از نظر فقهی شاید این مطلب از بدیهیات باشد؛ زیرا اساساً احکام ورشکستگی در کتاب‌های فقهی، با عنوان «حجر» مطرح می‌شود که در لغت به معنی منع از تصرف است. محجور کسی است که از تصرف در اموال خویش ممنوع است (موسوی خمینی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص. ۱۸).

امروزه در عرف حقوق مدنی و حقوق تجارت ما، ورشکسته به اصطلاح محجور به شمار نمی‌رود (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۵، ص. ۲۱۷؛ ستوده تهرانی، ۱۳۷۵، ج ۴، ص. ۱۴۰). اما تردیدی نیست که ورشکسته از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع است. نویسندگان حقوق تجارت به تبعیت از ماده ۴۱۸ قانون تجارت، در مقام بیان آثار حکم ورشکستگی و به‌عنوان نخستین اثر مترتب بر حکم مزبور، به «منع مداخله ورشکسته در اموال خود» اشاره می‌کنند (ستوده تهرانی، ۱۳۷۵، ج ۴، ص. ۱۴۰؛ اسکینی، ۱۳۹۸، ص. ۷۳).

ماده ۴۱۸ قانون تجارت چنین مقرر می‌دارد «تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم، از مداخله در تمام اموال خود حتی آنچه ممکن است در مدت ورشکستگی عاید او شود، ممنوع است. در کلیه اختیارات و حقوق مالی ورشکسته که استفاده از آن مؤثر در تأدیه دیون او باشد، مدیر تصفیه قائم‌مقام قانونی ورشکسته بوده و حق دارد به‌جای او، از اختیارات و حقوق مزبوره استفاده کند».

قاعده منع مداخله، همان‌طور که از ماده یادشده به‌روشنی استفاده می‌شود، عام است و شامل همه اموال ورشکسته اعم از اموال شخصی وی می‌شود و حتی آنچه را بعداً با هر عنوان مانند ارث هم به ملکیت او درمی‌آید، شامل می‌شود و تنها مستثنیات دین (موضوع ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴) مشمول این قاعده نیست (عرفانی، ۱۳۸۸، ج ۴، ص. ۵۷).

اشکال نشود که اطلاق برداشت فوق از ماده ۴۱۸ قانون تجارت (ممنوع‌المداخله بودن تاجر ورشکسته در اموال و حقوق مالی خویش) در شرکت‌های سهامی (عام/خاص) و در فرض انحلال شرکت در اثر ورشکستگی رخ داده نقض خواهد شد و اساساً ورشکستگی شرکت قابل تسری به سهام‌داران نیست؛ زیرا در پاسخ خواهیم‌گفت در شرکت‌های تجاری به‌واسطه استقلال شخصیت حقوقی شرکت از شرکا یا سهام‌داران، اطلاق ممنوعیت تصرف شرکت (در اموال و حقوق مالی خویش) به شرکا یا سهام‌داران سرایت نمی‌کند. شاید به همین خاطر باشد که نقل و انتقال سهام یا سهم‌الشرکه در زمان انحلال شرکت بر اثر ورشکستگی از سوی ایشان، محمول بر صحت است.

در پی منع مداخله تاجر ورشکسته، قانون تجارت، تصرفات حقوقی و معاملاتی را که شخص ورشکسته انجام می‌دهد به صحیح، قابل فسخ و باطل تقسیم کرده است (مواد ۴۲۳، ۴۲۴ و ۵۵۷). در این زمینه لازم است تا میان دو حوزه تصرفات وی، قائل به تفصیل شویم.

گاه مقصود از تصرفات تاجر ورشکسته، آن قسم از تصرفاتی است که مشارک‌الیه در اموال و حقوق مالی یا غیرمالی خویش می‌کند و گاه منظور از تصرفات وی، آن دسته از تصرفاتی است که نسبت به اموال و حقوق مالی دیگران رخ می‌دهد. در خصوص عقود و قراردادهایی که تاجر ورشکسته پس از صدور حکم ورشکستگی منعقد می‌سازد، لازم است تا میان قراردادهای مالی و غیرمالی وی قائل به تفکیک شویم.

در رابطه با تصرفات تاجر در امور غیرمالی باید گفت که اساساً تاجر ورشکسته از دخالت در امور مالی خود و انعقاد معاملات درباره آن محروم شده است، اما این موضوع منجر به ممنوعیت تصرفات وی در امور غیرمالی نخواهد بود (صفایی، ۱۳۹۵، ص. ۶۸).

بنابراین، تاجر حتی پس از صدور حکم ورشکستگی خود، حق دارد ازدواج کند یا همسر خود را طلاق دهد یا در دیگر امور غیرمالی مداخله کند. حتی در دعاوی‌ای که موضوع آن‌ها غیرمالی است، به سبب ورشکستگی تاجر، قرار توقیف دادرسی صادر نمی‌شود و خود تاجر ورشکسته پرونده را ادامه خواهد داد (شکری، ۱۴۰۲، ج ۱، ص. ۲۳۵).

از دیگر سو، متعاقب صدور حکم ورشکستگی، تمام تصرفات تاجر در اموال و حقوق مالی خویش ممنوع می‌شود و هر معامله‌ای که تاجر در خصوص امور مالی خویش منعقد کند، محکوم به بطلان است (ماده ۴۱۸ قانون تجارت). این موضوع بدین خاطر است که ممکن است از محل این قراردادها، دیون جدیدی حاصل شود که هم منجر به زیان خود تاجر و هم طلب‌کاران وی

شود (شهیدی ۱۴۰۰، ص. ۱۹۸). از این رو تمام قراردادهایی که تاجر می‌بندد، باطل و از درجه اعتبار ساقط است. با این حال، برخی حقوق‌دانان معتقدند که تملکات بلاعوض تاجر ورشکسته در هر صورت درست و بدون اشکال است؛ زیرا این موضوع نه تنها به زیان دین نیست، بلکه برعکس، به نفع آن‌ها نیز خواهد بود؛ زیرا مشارکت تاجر ورشکسته در تمهید ساخت‌های حقوقی مزبور (مانند قبول هبه یا صلح بلاعوض)، بر جنبه مثبت دارایی وی می‌افزاید و در نهایت، توسط مدیر تصفیه وصول و از محل فروش آن، طلب دین تأدیه خواهد شد.

در مورد تصرفاتی که تاجر ورشکسته نسبت به اموال و حقوق مالی اشخاص ثالث انجام می‌دهد و نسبت به آن‌ها اصیل قلمداد نمی‌شود، بر اساس دکترین حقوقی، این قسم از مداخلات و تصرفات به موجب قرارداد یا به حکم قانون، بدون اشکال است. از این رو تاجر ورشکسته می‌تواند وکیل دیگران در اداره دارایی ایشان باشد یا به اعتبار ولایت، قیمومت یا وصایت، در اموال و حقوق مولی‌علیه خویش تصرف کند (کاتوزیان، ۱۳۹۸ ب، ص. ۱۱۷). گفتنی است که اساساً وصایای تاجر ورشکسته نیز مطلقاً صحیح و معتبر است؛ هر چند در خصوص امور مالی باشد؛ زیرا زمانی به وصایای متوفا عمل می‌شود که تمام دیون و تعهدات مالی وی پرداخت و اجرا شده باشد (ماده ۸۶۹ قانون مدنی). از این رو وصیت تاجر ورشکسته عملاً نمی‌تواند به ضرر طلبکاران تمام شود. (کاتوزیان، ۱۳۹۸ الف، ص. ۱۲۶).

مداخله دولت (به معنی اعم) به همین جا ختم نمی‌شود و بعضاً به حوزه معاملات و قراردادهای تاجر ورشکسته پیش از دوران ورشکستگی و حتی پیش از دوران مشکوک (فاصله میان توقف تاجر تا موعد صدور حکم ورشکستگی) نیز سرایت می‌کند.

از جمله مهم‌ترین مصادیق این موضوع، ضوابط مقرر برای حالتی است که معامله رخ داده در دوره پیش از توقف تاجر، مظنون به قصد فرار از دین باشد. می‌دانیم که اصولاً معاملات شخص تاجر پیش از تاریخ توقف، بنا بر عموم ماده ۲۲۳ قانون مدنی، محمول بر صحت است و حتی در فرض احتمال مسبوق بودن آن بنای حقوقی بر تبانی طرفین به قصد فرار از دین، تا پیش از احراز وصف صوری بودن معامله، نمی‌توان قائل به بطلان بود (ماده ۲۱۸ قانون مدنی)؛ زیرا تنها در این صورت است که معامله به سبب فقدان یکی از شرایط اساسی صحت یعنی اراده انشایی جدی بر انعقاد عقد، محمول بر بطلان است؛ زیرا حسب پاره‌ای از مصالح، احکام عمومی یادشده از سوی

قانون‌گذار مورد پذیرش قرار نگرفته و بدین ترتیب، تشریفات و احکام ویژه‌ای در رابطه با معاملات به قصد فرار از دین تاجر در این دوران، پیش‌بینی شده است؛ احکامی که حتی با ضوابط مقرر در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی نیز تطابق ندارد.

از جمله تشریفات و احکام ویژه‌ای که با مراعات آن‌ها می‌توان بر پایه ماده ۴۲۴ قانون تجارت، برخی از معاملات تاجر را پیش از تاریخ توقف فسخ کرد، موارد زیر است: اولاً، لازم است هدف تاجر از معامله، فرار از دین یا اضرار به دین باشد. ثانیاً، معامله مزبور تنها در صورتی فسخ می‌شود که متضمن ضرری بیش از ربع قیمت واقعی حین معامله باشد.

ثالثاً، بیش از دو سال از تاریخ معامله نگذشته باشد.

رابعاً، طرف معامله تفاوت قیمت را پیش از فسخ نپردازد.

بنابر این، یکی از تفاوت‌های وضعیت معامله به قصد فرار از دین در قانون تجارت با قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در این است که در قانون تجارت با فراهم آمدن همه شرایط، در نهایت، مدیر تصفیه یا دین‌ان می‌تواند معامله را فسخ کنند. در این صورت فسخ عقد، آثار خود را از تاریخ تقدیم دادخواست فسخ جاری خواهد کرد حال آنکه در دعوی ابطال معامله موضوع ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، در صورتی که دادگاه حکم به ابطال معامله دهد، معامله از ابتدا باطل و کان‌لم‌یکن تلقی می‌شود. همچنین، در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، مدتی برای اقامه دعوی پیش‌بینی نشده در حالی که در قانون تجارت، دعوی فسخ در نهایت، تا دو سال پس از تاریخ انعقاد معامله پذیرفتنی است. ماهیت خیار یادشده در این ماده، بیشتر به خیار غبن تشابه دارد با این تفاوت که خیار غبن، فوری است (ماده ۴۲۰ قانون مدنی)، اما خیار فسخ موضوع ماده ۴۲۴ قانون تجارت، تا دو سال از تاریخ انعقاد معامله شایان اعمال است؛ مطلبی که به‌نوبه خود، مصداقی بارز از دخل و تصرف قانون‌گذار در احکام عام قانون مدنی در حوزه تأمین حقوق طلب‌کاران است. از جمله دیگر تفاوت‌های دعوی ابطال موضوع ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی با خیار فسخ موضوع ماده ۴۲۴ قانون تجارت در این است که در ماده ۲۱ مرقوم، پرداخت تفاوت قیمت سبب زایل شدن حق طلب‌کاران در اقامه دعوی ابطال نمی‌شود در حالی که در خیار فسخ موضوع ماده ۴۲۴ مرقوم، با پرداخت تفاوت قیمت، خیار مدیر تصفیه یا طلب‌کاران ساقط می‌شود؛ مطلبی که با مقررات عام درباره خیار غبن نیز همسو نیست؛ زیرا بر

اساس ماده ۴۲۱ قانون مدنی، اگر غابن تفاوت قیمت را بدهد، خیار غبن ساقط نمی‌شود، اما در این فرض خاص، قانون‌گذار تأدیه مابه‌التفاوت قیمت واقعی و ثمن‌المسمی را مسقط خیار غبن دانسته است. شاید حکمت این حکم، جمع میان دو مصلحت باشد؛ مصلحت حفظ حقوق گرمای تاجر ورشکسته نسبت به اموال و حقوق مالی وی و مصلحت حفظ استحکام معاملات منعقد شده از سوی تاجر.

۴.۲. اصل تساوی طلب‌کاران ورشکسته

مهم‌ترین فلسفه وجودی مقررات ورشکستگی چنان‌که اشاره شد، این است که طلب‌کاران ورشکسته در وضعیت یکسان قرار گیرند و جز در موارد خاص، کسی بر دیگران پیشی نگیرد و ترجیح داده نشود. در حقوق تجارت، به صراحت «اصل تساوی طلب‌کاران ورشکسته» به‌عنوان یکی از اصول حقوقی مبنایی در حقوق ورشکستگی اعلام می‌شود و بحث در خصوص آن بسیار است؛ البته این اصل در قانون تجارت و قوانین مرتبط با ورشکستگی به صراحت و تحت این نام بیان نشده است، اما نویسندگان حقوق تجارت به‌خصوص برخی از آنان مانند صقری، در برجسته‌سازی آن تلاش زیادی کرده‌اند (صقری، ۱۳۷۶، ص. ۲۳۳)؛ البته اصل تساوی طلب‌کاران، اصلی نسبی است و مقررات ورشکستگی در مورد پاره‌ای طلب‌کاران بنا بر ملاحظات مختلف، امتیازات و ترجیحاتی در نظر گرفته است مانند مواد ۵۱۴ و ۵۱۸ قانون تجارت (ستوده تهرانی، ۱۳۷۵، ج ۴، ص. ۱۵۷؛ اسکینی، ۱۳۹۸، ص. ۲۲۴).

قانون تجارت در ماده ۵۲۲ به‌طور ضمنی به اصل تساوی طلب‌کاران ورشکسته اشاره کرده و مقرر داشته است که مجموع دارایی منقول ورشکسته پس از پرداخت مطالبات طلب‌کاران ممتاز، میان دیگر طلب‌کاران «به نسبت طلب آن‌ها» تقسیم می‌شود. تعبیر دیگر که در مواد ۵۱۶ و ۵۱۸ به کار رفته، «حصه» ای است که به طلب‌کاران عادی یا گرمای معمولی می‌رسد. این تعبیر که معادل فقهی آن «شرکت در ضرب گرمایی» است، به‌طور تلویحی گواه اصل یادشده است (شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۸۱؛ قارویی تبریزی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۳، ص. ۲۶۵، موسوی خمینی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص. ۱۹؛ حلی، ۱۴۰۲ق، ص. ۱۲۴؛ مقدس اردبیلی، ۱۳۶۳، ص. ۳۲۶؛ شوکانی، ۱۹۷۳م، ص. ۱۸۶).

از دیگر سو، به حکم مقرر در ماده ۴۱۸ قانون تجارت، شخص ورشکسته از تاریخ صدور

حکم ورشکستگی، از مداخله در تمام اموال و حقوق مالی حتی آنچه ممکن است در خلال ورشکستگی عاید او شود، ممنوع است؛ مطلبی که به نوبه خود بر پایه‌های نظریه «وثیقه عمومی اموال مدیون» و اصل «تساوی حقوق طلبکاران» استوار است. به دیگر بیان، مقتضای ذاتی نظریه یادشده این است که هیچ‌یک از دینان را بر دیگری ترجیحی نباشد و جملگی علی‌السویه از محل اموال مدیون، استیفای طلب کنند.

بدیهی است که مقوله تساوی طلبکاران و عدم اولویت طلب‌کاری بر طلب‌کار دیگر، به‌عنوان یک اصل مطرح است نه یک عام بدون استثنا که تحت هیچ شرایطی نتوان اقدام به تغییر حدود و ثغور موضوع یا متعلق آن کرد؛ چنان‌که مرحوم شیخ طوسی در خلال مباحث خویش در کتاب شریف مبسوط و در مقام تبیین همین اصل، به قسمتی از صحیحه ابی‌ولاد اشاره می‌کند که در ضمن آن، ابی‌ولاد از امام صادق (علیه‌الصلوة والسلام) در مورد مردی می‌پرسد که کالای خود را با سررسید یک‌ساله به فروش رسانده و آنگاه مشتری پیش از سررسید مزبور، اقدام به تأدیه ثمن کرده است. حضرت در پاسخ وی میان دو فرض علی‌حده قائل به تفصیل می‌شوند؛ بدین شرح که اگر تنها دین مشتری، همین مبلغی بوده که پیش از سررسید قراردادی اقدام به پرداخت آن کرده، تأدیه درست است، اما چنانچه به‌جز دین مزبور، دیون دیگری نیز بر ذمه شخص مشتری ثابت باشد، خود بر دو حالت است.

چنانچه به میزان باقی دیون وی، موضوع شده باشد، پرداخت پیش از موعد به شرح بالا صحیح است، اما اگر به‌اندازه باقی دیون، موضوع نشده باشد و به دیگر بیان، جنبه مثبت دارایی مدیون تکافوی همه دیون وی را ندهد، تمام دینان، در اموال و حقوق مالی مدیون خویش به‌گونه علی‌السویه ذی‌حق خواهند بود؛ مطلبی که به نوبه خود، گواه اصل «وثیقه عام دینان» و نیز قاعده «تساوی حقوق طلبکاران» است بدون اینکه امام (علیه‌السلام) در این باره میان حالت تاجر و غیرتاجر بودن شخص مدیون، قائل به تفصیل شده باشد (طوسی، ۱۳۹۰، ص. ۱۵۴).

۳. وجوه افتراق ورشکستگی و افلاس

با وجود نقاط مشترکی که در مقررات ورشکستگی میان فقه امامیه و حقوق تجارت ایران قابل شناسایی است، بی‌تردید مفهوم جدید ورشکستگی که مانند بخش عمده قانون تجارت به‌صورت ترجمه از حقوق غربی وارد حقوق ایران شده است، ویژگی‌های خاصی دارد و از جهات مختلفی با

مفهوم فقهی این پدیده متفاوت است. در این مبحث به این وجوه افتراق خواهیم پرداخت.

۱.۳. ملاک صدور حکم ورشکستگی

از نظر فقهی، یکی از شرایط مسلم برای صدور حکم ورشکستگی این است که میزان دارایی مثبت مدیون (اموال و حقوق مالی) از دیون او کمتر باشد^۱. بنابراین، با فرض احراز دیگر شرایط، حاکم باید در مورد اموال و دیون شخصی که ورشکستگی او تقاضا شده است، فحص و بررسی کند و تنها پس از احراز اینکه دیون او بیش از جهات مثبت دارایی وی است، اقدام به صدور حکم ورشکستگی کند. بنابراین، ملاک و شاخصه اصلی ورشکستگی در فقه امامیه، فزونی دیون از اموال است. شهید ثانی ادعای اجماع کرده‌اند که اگر اموال و حقوق مالی مدیون از دیونش بیشتر یا مساوی با آن باشد، به هیچ وجه حکم ورشکستگی وی صادر نخواهد شد؛ هرچند نشانه‌های ورشکستگی او آشکار باشد^۲. این نکته (ظهور امارات ورشکستگی) از مهم‌ترین تفاوت‌های فقه و حقوق تجارت است.

در حقوق تجارت، ملاک صدور حکم ورشکستگی «توقف در تأدیه دیون» است. ماده ۴۱۲ قانون تجارت در این مورد می‌گوید «ورشکستگی تاجر یا شرکت تجاری در نتیجه توقف از تأدیه وجوهی که بر عهده اوست، حاصل می‌شود...».

مفهوم توقف در پرداخت دیون، مفهومی بحث‌برانگیز است که در آرای محاکم و دکترین حقوقی اختلافاتی در تفسیر آن وجود دارد^۳. گرایش غالب حقوق دانان تجارت این است که با توجه به نص ماده ۴۱۲ و مصالح مربوط به مقررات ورشکستگی، در صدور حکم ورشکستگی، فزونی بدهی بر دارایی شرط نیست و توقف در پرداخت دین کافی است. حتی اگر بعد از رسیدگی قضایی معلوم شود اموال تاجر بیشتر از دیونش است حکم ورشکستگی ملغاً لایثر نخواهد شد (قائم‌مقام فراهانی، ۱۳۹۱، ص. ۳۴). بنابراین، از نظر حقوقی نپرداختن دین اماره ناتوانی از پرداخت آن

۱. «لا يجوز الحجر على المفلس الا بشروط اربعة: ...الثاني ان تكون امواله من عروض و نقود و منافع و ديون علياناس ماعدا مستثنيات الدين قاصرة عن ديونه...» (موسوی خمینی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص. ۱۸).

۲. «و انما يحجر على المديون اذا قصرت امواله عن ديونه، فلو ساوته او زادت لم يحجر عليه اجماعاً و ان ظهرت عليه امارات الفلاس» (شهید ثانی، ص. ۳۴۶).

۳. در این خصوص ر. ک به: صقری، ۱۳۷۶، صص. ۸۵-۱۲۱؛ اسکینی، ۱۳۹۸، صص. ۴۱-۴۷.

شمرده می‌شود و شاید این خود اماره باشد بر فزونی بدهی بر دارایی، اما در هر حال، صدور حکم ورشکستگی متوقف بر احراز آن نیست؛ برخلاف معیار فقهی که بدون اثبات این موضوع (فزونی بدهی بر دارایی) صدور حکم ورشکستگی امکان‌پذیر نیست در حالی که توقف از تأدیه بدهی در حقوق تجارت ممکن است ارتباطی به وضع مادی و دارایی و توانایی پرداخت تاجر نداشته باشد. تاجری که دین خود را نمی‌پردازد، مشمول مقررات ورشکستگی است؛ گرچه دارایی او کفاف پرداخت دیونش را هم بدهد (ستوده تهرانی، ۱۳۷۵، ج ۴، ص. ۱۱۸).

۲.۳. متعلق ورشکستگی در فقه و حقوق موضوعه

از نظر حقوق تجارت ایران، صدور حکم ورشکستگی تنها در مورد تاجران (اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی) امکان‌پذیر است در حالی که در حقوق اسلامی، مقررات ورشکستگی عام است و شامل تاجر و غیرتاجر می‌شود.

اساساً تفکیک کنشگران اقتصادی به تاجر و غیرتاجر، از ابتکارات قانون تجارت است و چنین چیزی در فقه اسلامی سابقه ندارد. تاجر کسی است که مطابق قانون تجارت تاجر شناخته شود (مواد ۱، ۲ و ۲۰ قانون تجارت). از نظر حقوقی اگر غیرتاجر در اثر عدم کفایت یا عدم دسترسی به اموال خود قادر به پرداخت دیونش نباشد، معسر شمرده می‌شود و در حقوق کنونی با نسخ قانون افلاس مصوب ۱۳۲۹ هجری قمری و قانون افلاس مصوب ۱۳۱۰ هجری شمسی با قانون اعسار ۱۳۱۳ و در نهایت، نسخ قانون اعسار با قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴، مطابق ماده ۱۵ قانون یادشده، معسر باید دعوی اعسار از پرداخت دین اقامه کند (ستوده تهرانی، ۱۳۷۵، ج ۴، ص. ۱۱۲؛ دمرچیلی و همکاران، ۱۳۹۷، ص. ۴۱۲؛ محقق داماد و اسلامی، ۱۳۸۹، ص. ۱۲۴). بنابراین، در مورد تاجران، حکم ورشکستگی و در مورد غیرتاجران، حکم اعسار صادر می‌شود.

در فقه امامیه، مطلق کسب‌وکار یا معاوضه به قصد تحصیل سود و منفعت و نیز نفس انعقاد بیع صرف نظر از نیل یا عدم نیل به سود و عواید اقتصادی، تجارت انگاشته شده است (قلعه‌جی، ۱۹۸۸م، ص. ۱۱۲؛ نجفی، ۱۹۸۱م، ص. ۶۴). به دیگر بیان، از دیدگاه فقها هر خریدوفروشی، تجارت و هر کاسبی حتی دست‌فروش یا پیشه‌ور، تاجر شمرده می‌شود و بدین ترتیب، اصول و قواعد عمومی و اختصاصی حاکم بر بیع، همه را شامل می‌شود و قانون و ضابطه مشترکی بر ایشان

حاکم است؛ چنان‌که از منظر فقهای امامیه و عامه، اعطای مهلت به مدیون به حکم آیه شریفه ۲۸۰ سوره بقره واجب است؛ چه مدیون در زمره تاجران باشد و چه خارج از جرگه ایشان؛ مطلبی که به‌نوبه خود مبتنی بر عموم آیه شریفه یادشده است (نجفی، ۱۹۸۱م، ص. ۳۴۹). همچنین، مرحوم صاحب جواهر، در روایتی در مقام بیان سیره امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) آورده است که ایشان، آن هنگام که شخصی از تأدیه دیون حال‌شده خویش عاجز می‌شد، حکم به ممنوعیت تصرفات وی در اموال و حقوق مالی‌اش می‌کرد و وی را محجور اعلام می‌فرمود صرف‌نظر از اینکه وی تاجر یا غیرتاجر باشد (نجفی، ۱۹۸۱م، ص. ۱۲۶). به همین دلیل، موضوع‌له نهاد ورشکستگی در فقه امامیه، نوعاً در قالب تعریف «محجور» منعکس شده است و در واقع، ورشکسته به شخصی اطلاق می‌شود که دیون حالی دارد؛ به‌گونه‌ای که دارایی مثبت وی (اموال و حقوق مالی) تکافوی دیون مزبور را ندهد (حلی، ۱۴۰۵ق، ص. ۲۵۶).

سیستم حقوقی ایران نیز چنان‌که پیش‌تر بیان شد، تا پیش از وضع قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ و نیز قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳، بر پایه مقررات اسلامی و نقطه‌نظرات منعکس در خلال مباحث فقهای امامیه، احکام افلاس را به‌طورکلی بر اشخاص مدیون عاجز از تأدیه دیون حال‌شده حاکم می‌کرد بدون آنکه میان تاجر یا غیرتاجر بودن ایشان تفصیلی قائل شود. مهم‌ترین تفاوت‌های حکم اعسار و حکم ورشکستگی از منظر حقوق موضوعه ایران از قرار زیر است.

۱. معسر از اداره اموالش منع نمی‌شود درحالی‌که ورشکسته از مداخله در اموال خود ممنوع است.
 ۲. طلبکاران معسر می‌توانند انفرادی یا جمعی علیه او اقامه دعوی کنند، اما طلبکاران ورشکسته باید به‌صورت دسته‌جمعی علیه او و به نمایندگی مدیر تصفیه یا اداره تصفیه اقامه دعوی کنند.
 ۳. حکم اعسار نسبی است، اما حکم ورشکستگی مطلق است و در مورد همه طلبکاران چه آن‌ها که اقامه دعوی کرده یا نکرده باشند، لازم‌الاجراست (اسکینی، ۱۳۹۸، ص. ۲۱).
- بسیاری از نظام‌های حقوقی به‌سان حقوق ایران، ورشکستگی را مخصوص تجار می‌دانند. ازاین‌قبیل است حقوق کشورهای فرانسه، بلژیک، اسپانیا، پرتغال، آلمان، اتریش، هلند، سوئیس و

ترکیه، اما در پاره‌ای کشورها که از نظام حقوقی آنگلو ساکسون تبعیت می‌کنند مانند انگلستان و آمریکا، در مورد ورشکستگی فرقی میان تاجران و غیرتاجران وجود ندارد و تنها برای ورشکستگی شرکت‌های تجاری مقررات خاصی در نظر گرفته شده است (ستوده تهرانی، ۱۳۷۵، ج ۴، صص. ۱۰۴ و ۱۱۲؛ قائم‌مقام فراهانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۷).

درحقیقت، رژیم حقوقی کامن‌لا در ورشکستگی از این بعد شباهت زیادی به حقوق اسلامی دارد و از رژیم عام تبعیت می‌کند. به نظر می‌رسد این رژیم به‌گونه مطلوب‌تری از حقوق طلب‌کاران حمایت می‌کند؛ زیرا طلب‌کاران از غیرتاجر هم در شمول اصل تساوی طلب‌کاران قرار می‌گیرند. پیشنهاد می‌شود قانون تجارت ایران هم در این خصوص اصلاح شود و مقررات ورشکستگی را به بدهکاران غیرتاجر نیز تسری دهد؛ همچنان‌که در فقه امامیه وضع به همین منوال است و در حقوق ایران نیز تا پیش از تصویب قوانین تجاری در سال‌های ۱۳۰۳، ۱۳۰۴ و ۱۳۱۱، مقررات یکسانی در مورد تاجر و غیرتاجر اجرا می‌شد (قائم‌مقام فراهانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۷). در وضع کنونی حقوق ایران، طلب‌کاری از غیرتاجر با ریسک بیشتری در مورد عدم وصول طلب همراه است، اما طلب‌کاری از تاجر ریسک کمتری دارد.

از نظر حقوقی اگر شخصی بتواند با وجود اشتغال به فعالیت‌های تجاری، به‌نوعی خود را از عناوین تجاری و شمول ماده ۲۲۰ قانون تجارت دور نگه دارد، مشمول احکام ورشکستگی نیست. همین موضوع موجبات سوءاستفاده و تقلب نسبت به قانون را فراهم می‌کند (ستوده تهرانی، ۱۳۷۵، ج ۴، ص. ۱۱۴) درحالی‌که از نظر فقهی، چنین شخصی می‌تواند با رعایت شرایط، مشمول مقررات ورشکستگی قرار گیرد.

برخی صاحب‌نظران برای جبران این نقیصه، پیشنهاد شناسایی «تاجر منقطع» را مطرح کرده‌اند (حبیب‌زاده، ۱۴۰۰، ص ۷۹)، اما باید توجه داشت که در این فرض نیز مدیون غیرتاجر ممکن است برخی طلب‌کاران را بر دیگران ترجیح دهد و حقوق دیگر طلب‌کاران پایمال شود.

۳.۳. تفکیک میان ورشکستگی عادی و ورشکستگی به تقلب و تقصیر

عدم پرداخت یا ناتوانی تاجر از پرداخت دیونش که توقف و ورشکستگی خوانده می‌شود، ممکن است ناشی از اموری باشد که او در پیدایش آن‌ها نقشی نداشته است و چه بسا تمام کوشش خود را به کار برده باشد تا در آن وضعیت قرار نگیرد؛ زیرا ورشکستگی در هر حال به حیثیت و اعتبار

تاجر لطمه وارد می‌کند (اسکینی، ۱۳۹۸، ص. ۲۳). با این حال گاه ورشکستگی ناشی از اقداماتی است که از شخص متعارف انتظار نمی‌رود. از این رو قانون تجارت در باب ۱۲، مواد ۵۴۱ تا ۵۶۱ را به ورشکستگی به تقلب و ورشکستگی به تقصیر اختصاص داده است؛ البته در اینجا برای رعایت اختصار، به نقل این مواد و شرح و تفصیل در مورد تفاوت این دو نوع ورشکستگی نمی‌پردازیم و غرض، تنها اشاره به این نکته است که حقوق تجارت میان ورشکستگی عادی و ورشکستگی به تقصیر و ورشکستگی به تقلب فرق گذاشته است که این تفکیک به نظر موجه است.

در مقررات فقهی مربوط به ورشکستگی، چنین تفکیکی وجود ندارد و بعد از احراز شرایط چهارگانه، حکم ورشکستگی صادر می‌شود و نه در اصل صدور حکم و نه در کیفیت تصفیه امور ورشکستگی، میان اسباب مختلف ورشکستگی و انحای مختلف آن، تفاوت گذاشته نشده است؛ البته این ترتیب، منافات با آن ندارد که فقیه حاکم با صدور احکام حکومتی یا قانون‌گذاری لازم، مصالح اجتماعی و اقتصادی را در تفکیک میان انواع ورشکستگی در نظر بگیرد.

۴.۳. ضمانت اجرای کیفری

چنان‌که اشاره شد، موجبات ورشکستگی متفاوت است. در بعضی موارد، تاجر بدون عمد و سوءنیت در این ورطه گرفتار می‌شود. بحران‌های مالی و اقتصادی ممکن است پیش‌بینی‌های کنشگران اقتصادی را مختل سازد و موجب ناتوانی آنان در تعهدات مالی شود. در برخی موارد، تاجر با وجود پیش‌بینی عجز از انجام دادن تعهد، اقدام به معاملاتی می‌کند که توان آن را ندارد و گاه به عمد و با سوءنیت با تبانی با بعضی طلبکاران یا معاملات صوری، سعی می‌کند اوضاع خود را عادی نشان دهد.

بدیهی است خطری که از ناحیه ورشکستگی، منافع همگانی و نظم عمومی اقتصادی را تهدید می‌کند، در همه این موارد به یک اندازه نیست. از این رو همان‌طور که اشاره شد، قانون‌گذار تجارت، ورشکستگی به تقلب و تقصیر را از ورشکستگی عادی تفکیک کرده و برای آن دو، جنبه جزایی در نظر گرفته است.

ماده ۵۴۱ قانون تجارت، موارد الزامی اعلام ورشکستگی به تقصیر و ماده ۵۴۲ موارد اختیاری آن را بیان داشته و ماده ۵۴۳ مجازات ۶ ماه تا ۳ سال حبس را برای آن منظور کرده است؛ البته

این ماده به موجب ماده ۱۱۵ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ نسخ و مجازات آن به ۳ ماه تا ۲ سال حبس یا ۷۴ ضربه شلاق تبدیل شد. ماده اخیر نیز به موجب ماده ۶۷۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ نسخ شد که مقرر می‌دارد «مجازات ورشکستگی به تقصیر از ۶ ماه تا ۲ سال حبس است» (دمرچیلی و همکاران، ۱۳۹۷، ص. ۸۲۸).

در فقه امامیه علی‌الاصول برای ورشکستگی، ضمانت اجرای جزایی در نظر گرفته نشده است (قائم‌مقام فراهانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۷). آنچه در فقه مورد تصریح واقع شده، این است که اگر مدیون ادعای اعسار کند (اعم از آنکه دعوی اصلی به دلیل اثبات فزونی دیون بر دارایی‌های او منتهی به صدور حکم ورشکستگی بشود یا خیر) تا زمانی که این ادعا اثبات شود، وی را بازداشت می‌کنند^۱ و بعد از احراز اعسار آزاد می‌شود (بحرانی، ۱۳۷۲، ص. ۱۴۲).

البته آنچه گفته شد، منافاتی با این ندارد که فقیه حاکم بر اساس قاعده کلی «التعزیر بید الحاکم»، با رعایت مصالح و در چهارچوب ضوابط کلی، پاره‌ای از انواع ورشکستگی را جرم‌انگاری کند؛ چنان‌که در وضعیت کنونی، ماده ۶۷۱ قانون مجازات اسلامی در همین چهارچوب تحلیل می‌شود.

۵.۳. حال شدن دیون مؤجل ورشکسته

ماده ۴۲۱ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «همین که حکم ورشکستگی صادر شد، قروض مؤجل با رعایت تخفیفات مقتضیه نسبت به مدت، به قروض حال مبدل می‌شود».

در این ماده به مسامحه، کلمه «قروض» به معنی «دیون» به کار رفته و منظور بدهی‌های ورشکسته است نه مطالبات او؛ زیرا دلیلی بر حال شدن طلب‌های او وجود ندارد (اسکینی، ۱۳۹۸، ص. ۸۳).

در توجیه مبنای این ماده، به اصل تساوی طلب‌کاران و اصل سرعت در حقوق تجارت اشاره شده است (دمرچیلی و همکاران، ۱۳۹۷، ص. ۷۶۸)؛ زیرا وضعیت ورشکسته طوری است که احتمال پرداخت دیون مؤجل کم است و منطقی نیست که دارایی تاجر تنها میان کسانی تقسیم شود

۱. «یحبس لو ادعی الاعسار حتی یتبته... لو کان اصل الدین مالا کالقرض... فاذا ثبت اعساره خلی سبيله... لقوله تعالی: و ان کان ذو عسرة فنظرة الی ميسرة» (شهیدین، ۱۴۲۸ق، ص. ۳۹).

که طلب آنان حال است. از سوی دیگر، با حال شدن دیون است که مدیر تصفیه می‌تواند به فوریت کار خود را انجام دهد (اسکینی، ۱۳۹۸، ص. ۸۲).

در فقه امامیه، مرگ مدیون سبب حلول دیون مؤجل او می‌شود، اما در مورد ورشکستگی نظر مشهور فقیهان امامیه این است که ورشکستگی مدیون موجب حال شدن بدهی‌های مؤجل او نخواهد شد و در این خصوص به اصل استصحاب استناد کرده‌اند. در برابر مشهور، ابن جنید اسکافی ورشکستگی را موجب حال شدن دیون دانسته است. وی که قیاس را حجت می‌دانست، ورشکستگی را به مرگ قیاس کرد، اما مشهور فقها اولاً، قیاس را باطل می‌دانند و ثانیاً معتقدند این قیاس مع‌الفارق است.^۱

افزون‌براین، با توجه به شرط فزونی دیون از جهات مثبت دارایی، برای اعلام ورشکستگی مدیون، در محاسبه دیون، تنها دیونی که زمان پرداخت آن‌ها فرا رسیده است (دیون حال) در نظر گرفته می‌شود.

نتیجه‌گیری

بر اساس آنچه بیان شد، می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که از منظر فقه امامیه، نهاد ورشکستگی در مورد تاجر و غیرتاجر واجد احکام یکسانی است؛ چنان‌که از حیث اولویت‌بخشی به طلب‌کاران، چه مدیون تاجر باشد و چه غیرتاجر، اصل بر این است که صاحب عین، در اولویت دریافت طلب خویش باشد و بقیه به‌گونه علی‌السویه به نسبت میزان طلب خویش از محل اموال دائن، ذی‌حق تلقی شوند، اما در وادی علم حقوق، متعلق حکم ورشکستگی تنها شخص تاجر است آن هنگام که نتواند دیون خویش را در سررسید بپردازد؛ خواه جنبه مثبت دارایی وی از جنبه منفی آن پیشی گیرد و خواه عکس این وضعیت رخ دهد.

در مقام عمل نیز آن هنگام که تاجر ورشکسته در بی‌یک دوره توقف از کار و معامله دوباره به عرصه تجارت بازمی‌گردد، با شخص بدهکار غیرتاجر جایگاه نسبتاً یکسانی دارد و در نظر

۱. «ولا تحل الديون المؤجلة بحجر المفلس عملاً بالأصل خلافاً لابن‌الجنید حيث زعم انها تحل قیاساً علی‌المیت و هو باطل مع وجود الفارق بتضرر الورثة ان منعوا من التصرف الی ان يحل الدين و تضرر صاحب‌الدين ان لم يمنعوا بخلاف المفلس لبقاء ذمته» (ترجینی عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۵، ص. ۲۴).

اشخاص ثالث به یک اندازه و جاهت و اعتبار دارد.

به نظر می‌رسد این رژیم به گونه مطلوب‌تری از حقوق طلب‌کاران حمایت می‌کند؛ زیرا طلب‌کاران از غیرتاجر هم در شمول اصل تساوی طلب‌کاران قرار می‌گیرند. پیشنهاد می‌شود قانون تجارت ایران هم در این خصوص اصلاح شود و مقررات ورشکستگی را به بدهکاران غیرتاجر نیز تسری دهد. در وضع کنونی حقوق ایران، طلب‌کاری از غیرتاجر با ریسک بیشتری در مورد عدم وصول طلب همراه است، اما طلب‌کاری از تاجر ریسک کمتری دارد.

از نظر حقوقی، اگر شخصی بتواند با وجود اشتغال به فعالیت‌های تجاری، به نوعی خود را از عناوین تجاری و شمول ماده ۲۲۰ قانون تجارت دور نگه دارد، مشمول احکام ورشکستگی نیست و همین موجبات سوءاستفاده و تقلب نسبت به قانون را فراهم می‌کند (ستوده تهرانی، ۱۳۷۵، ج ۴، ص. ۱۱۴) درحالی‌که از نظر فقهی چنین شخصی می‌تواند با رعایت شرایط، مشمول مقررات ورشکستگی قرار گیرد.

برخی از صاحب‌نظران برای جبران این تقیصه، پیشنهاد شناسایی «تاجر منقطع» را مطرح کرده‌اند (حبیب‌زاده، ۱۴۰۰، ص ۷۹)، اما باید توجه داشت که در این فرض نیز مدیون غیرتاجر ممکن است برخی طلب‌کاران را بر برخی دیگر ترجیح دهد و حقوق دیگر طلب‌کاران پایمال شود.

پیشنهادها

با توجه به پذیرش رژیم خاص (اختصاص ورشکستگی به تاجر) در حقوق ایران، طلب‌کاران از غیرتاجر با ریسک بیشتری روبه‌رو هستند. به منظور اجرای اصل تساوی طلب‌کاران و جلوگیری از سوءاستفاده کنشگران اقتصادی و فرار از قرار گرفتن تحت عنوان تاجر و شرکت تجاری و با توجه به اینکه همیشه امکان اجرای ماده ۲۲۰ قانون تجارت وجود ندارد، پیشنهاد می‌شود قانون تجارت اصلاح شود و مقررات ورشکستگی غیرتاجران را هم دربرگیرد. این ترتیب با فقه امامیه و حقوق کشورهای تابع نظام کامن‌لا هماهنگ و برای تأمین امنیت و نظم عمومی اقتصادی مناسب‌تر است؛ مطلبی که به نوبه خود می‌تواند گواه ضرورت احیای قانون افلاس یا وضع قانونی مشابه (از جهت شمول نسبت به تاجر و غیرتاجر) باشد تا بدین ترتیب، ریسکی را که در شرایط کنونی متوجه طلب‌کاران غیرتاجر است، زایل سازد یا دست‌کم به حداقل برساند.

منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) آهنگران، سمیه، روستایی، حمید، جعفری، نصرالله و اردوان، ارژنگ (۱۴۰۱). اعتبارسنجی فقهی - حقوقی ورود غیرتاجر در قانون ورشکستگی ایران. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، سال ۱۶، شماره ۴۶.
- ۳) ابن منظور، محمدبن مکرم بن علی (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دار صادر.
- ۴) اسکینی، ربیعا (۱۳۹۴). حقوق تجارت: کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازمان‌دهی فعالیت تجاری. چاپ ۲۰، تهران: سمت.
- ۵) اسکینی، ربیعا (۱۳۹۸). حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته. چاپ ۲۵، تهران: سمت.
- ۶) افتخاری، جواد (۱۳۷۹). ورشکستگی و تصفیه امور ورشکستگی. چاپ ۱، تهران: ققنوس.
- ۷) بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۳۷۲). الحدائق الناضرة. تهران: نشر ایران.
- ۸) ترحینی عاملی، سید محمدحسین (۱۴۲۷ق). الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية (جلد ۵). بیروت: دارالفقه للطباعة والنشر.
- ۹) حبیب‌زاده، طاهر (۱۴۰۰). تقریرات درس حقوق تجارت ۴ (جزوه کلاسی نیمسال تحصیلی اول ۱۴۰۱-۱۴۰۰). تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
- ۱۰) حسینی عاملی، سید محمد جواد (۱۳۷۲). مفتاح الكرامة. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم السلام).
- ۱۱) حلی (محقق)، نجم‌الدین ابوالقاسم (۱۹۸۳م). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام (جلد ۲). بیروت: دارالاضواء.
- ۱۲) حلی، جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۰۲ق). مجمع الفائدة والبرهان. قم: نشر اسلامی.
- ۱۳) حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق). الجامع للشرایع. قم: مؤسسه سید الشهداء علیه السلام.
- ۱۴) دمرچیلی، محمد، حاتمی، علی و قرایی، محسن (۱۳۹۷). قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. چاپ ۲۵، تهران: کتاب آوا.
- ۱۵) ستوده تهرانی، حسن (۱۳۷۵). حقوق تجارت (جلد ۴). چاپ ۱، تهران: دادگستر.
- ۱۶) شکری، مهدی (۱۴۰۲). حقوق مدنی (جلد ۱). چاپ ۲، تهران: دادستان.
- ۱۷) شوکانی، محمد بن علی بن محمد (۱۹۷۳م). نیل الاوطار من احادیث سیدالاکابر شرح منتفی الاخبار. دارالجیل.
- ۱۸) شهید ثانی، زین‌الدین (۱۴۱۲ق). الروضة البهية فی شرح اللمعة دمشقية (جلد ۱). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

- ۱۹) شهیدی، مهدی (۱۴۰۰). تشکیل قراردادها و تعهدات. چاپ ۱۵، تهران: مجد.
- ۲۰) صفایی، سیدحسین و قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۹۵). حقوق مدنی: اشخاص و مجبورین. چاپ ۲۲، تهران: سمت.
- ۲۱) صقری، محمد (۱۳۷۶). حقوق بازرگانی: ورشکستگی؛ نظری و عملی. چاپ ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۲۲) طالب احمدی، حبیب (۱۳۸۳). خیار تفلیس و حقوق طلب‌کاران در ورشکستگی. نشریه نامه مفید.
- ۲۳) طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۳۹۰). المبسوط. قم: مکتبه‌المرتضویه.
- ۲۴) عرفانی، محمود (۱۳۸۸). حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه اموال (جلد ۴). چاپ ۱، تهران: جنگل.
- ۲۵) عسقلانی، ابن حجر (۱۹۶۰م). سبل السلام. مصر: شركة مکتبه و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و اولاده.
- ۲۶) فصیحی‌زاده، علیرضا و اسعدی، سیدحسین (۱۳۹۶). عدول از اصول دادرسی و قواعد حقوقی در دعوی اعسار. پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۶، شماره ۲۰. doi: 10.22054/jplr.2017.7842
- ۲۷) قاروبی تبریزی، حسن (۱۴۱۸ق). النضید فی شرح الروضة‌الشهید (شرح فارسی شرح لمعه) (جلد ۱۳). چاپ ۱، قم: داوری.
- ۲۸) قائم‌مقام فراهانی، محمدحسین (۱۳۹۱). ورشکستگی و تصفیه. چاپ ۷، تهران: میزان.
- ۲۹) قلعه‌جی، محمد رواس (۱۹۸۸م). معجم اللغة‌الفقهی (چاپ دوم). لبنان: دارالفنائس.
- ۳۰) کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸ الف). درس‌هایی از حقوق مدنی (شفعه، وصیت، ارث). چاپ ۳۰، تهران: گنج دانش.
- ۳۱) کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸ ب). عقود معین (جلد ۳). چاپ ۷، تهران: گنج دانش.
- ۳۲) کاویانی، کورش (۱۳۸۷). حقوق ورشکستگی. چاپ ۲، تهران: میزان.
- ۳۳) کرکی، علی‌بن حسین (۱۳۶۸). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۳۴) مبلغی، احمد، واثقی، محسن و مهریار، محمد (۱۳۹۹). شناسایی مفهوم اعسار و افلاس و تأثیر آن در تفسیر قانون مدنی. فصلنامه علمی-پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی، شماره ۱۸. doi: 10.22034/jtj.2019.53325.1632
- ۳۵) محقق داماد، سیدمصطفی و اسلامی، مریم (۱۳۸۹). بررسی احکام حجر و ورشکستگی در فقه و حقوق اسلامی. نشریه علمی-پژوهشی نامه الهیات، شماره ۱۰، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران شمال.
- ۳۶) مقدس اردبیلی، احمد (۱۳۶۳). زبده‌البیان فی احکام‌القرآن (محمدباقر بهبودی، مصحح). قم:

مكتبة المرتضوية.

- ۳۷) موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۲ق). تحریر الوسیلة (جلد ۲). چاپ ۱۲، نجف: مطبعة الآداب.
- ۳۸) نجفی، محمدحسن (۱۹۸۱م). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (جلد ۲۶). چاپ ۷، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی

References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Āhangarān, Somayyeh; Rostā'i, Ḥamid; Ja'farī, Naṣrollāh; and Ardavān, Arzhang (1401 SH). E'tibār-sanji-ye Feqhī-Ḥuqūqī-ye Vorūd-e Gheyre-Tājer dar Qānūn-e Varshikastagī-ye Īrān [Jurisprudential-Legal Validation of Non-Merchant Entry in Iran's Bankruptcy Law]. *Moṭāle'āt-e Feqh-e Eslāmī va Mabānī-ye Ḥuqūq* [Islamic Jurisprudence and Legal Foundations Studies], Year 16, No. 46 [in Persian].
- 3) Asqalānī, Ibn Ḥajar (1960). *Subul al-Salām*. Egypt: Sharikat Maktaba wa Maṭba'at Muṣṭafā al-Bābī al-Ḥalabī wa Awlādūh [in Arabic].
- 4) Baḥrānī, Yūsuf ibn Aḥmad ibn Ibrāhīm (1372 SH). *Al-Ḥadā'iq al-Nāḍira*. Tehran: Nashr Īrān [in Arabic].
- 5) Damarchilī, Muḥammad; Ḥātemī, 'Alī; and Qarā'i, Moḥsen (1397 SH). *Qānūn-e Tejārat dar Naẓm-e Ḥuqūqī-ye Konūnī* [The Commercial Law in the Current Legal System]. 25th Edition, Tehran: Ketāb Āvā [in Persian].
- 6) Eftekhārī, Javād (1379 SH). *Varshikastagī va Taṣfiye-ye Omūr-e Varshikastegī* [Bankruptcy and Liquidation of Bankruptcy Affairs]. 1st Edition, Tehran: Qoqnūs [in Persian].
- 7) Erfānī, Maḥmūd (1388 SH). *Ḥuqūq-e Tejārat: Varshikastagī va Taṣfiye-ye Amvāl* (Vol. 4) [Commercial Law: Bankruptcy and Asset Liquidation]. 1st Edition, Tehran: Jungle [in Persian].
- 8) Eskinī, Rabī'ā (1394 SH). *Ḥuqūq-e Tejārat: Koliyāt, Mo'āmelāt-e Tejārī, Tojjār va Sāzmān-dehī-ye Fa'āliyat-e Tejārī* [Commercial Law: Generalities, Commercial Transactions, Merchants, and Organization of Commercial Activity]. 20th Edition, Tehran: Samt [in Persian].
- 9) Eskinī, Rabī'ā (1398 SH). *Ḥuqūq-e Tejārat: Varshikastagī va Taṣfiye-ye Omūr-e Varshikaste* [Commercial Law: Bankruptcy and Liquidation of Bankrupt Affairs]. 25th Edition, Tehran: Samt [in Persian].
- 10) Faṣḥīzādeh, 'Alirezā; and As'adī, Sayyid Ḥusayn (1396 SH). 'Adūl az Uṣūl-e Dādrasī va Qavā'id-e Ḥuqūqī dar Da'vā-ye E'sār [Deviation from Procedural Principles and Legal Rules in Insolvency Claims]. *Pazhūhesh-e Ḥuqūq-e Khuṣūṣī* [Private Law Research], Vol. 6, No. 20. doi:10.22054/jplr.2017.7842 [in Persian].
- 11) Ḥabībzādeh, Ṭāher (1400 SH). *Taqrīrāt Dars-e Ḥuqūq-e Tejārat 4* [Lecture Notes on Commercial Law 4] (Class Notes for the First Semester of 1400-1401). Tehran: Imām Ṣādiq University [in Persian].
- 12) Ḥillī (al-Muḥaqqiq), Najm al-Dīn Abū al-Qāsim (1983). *Sharā'ī' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām* (Vol. 2). Beirut: Dār al-Aḍwā' [in Arabic].
- 13) Ḥillī, Jamāl al-Dīn Ḥasan ibn Yūsuf ibn Muṭahhar (1402 AH). *Majma' al-Fā'ida wa al-Burhān*. Qom: Nashr Islāmī [in Arabic].
- 14) Ḥillī, Yaḥyā ibn Sa'īd (1405 AH). *Al-Jāmi' li'l-Sharā'ī*. Qom: Mu'assasa Sayyid al-Shuhadā' ('alayhi al-salām) [in Arabic].
- 15) Ḥusaynī 'Āmilī, Sayyid Muḥammad Jawād (1372 SH). *Miftāḥ al-Karāma*. Qom: Mu'assasa Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) [in Persian].

- 16) Ibn Manzūr, Muḥammad ibn Makram ibn ‘Alī (1414 AH). Lisān al-‘Arab. Beirut: Dār Ṣādir [in Arabic].
- 17) Karakī, ‘Alī ibn Ḥusayn (1368 SH). Jāmi‘ al-Maqāsid fī Sharḥ al-Qawā‘id. Qom: Mu‘assasa Āl al-Bayt (‘alayhim al-salām) [in Persian].
- 18) Kātūziyān, Nāṣer (1398 SH, a). Dars-hā’i az Ḥuqūq-e Madanī (Shuf‘a, Vaṣiyat, Erth) [Lessons from Civil Law (Pre-emption, Will, Inheritance)]. 30th Edition, Tehran: Ganj-e Dānish [in Persian].
- 19) Kātūziyān, Nāṣer (1398 SH, b). ‘Uqūd-e Mo‘ayyan (Vol. 3) [Specific Contracts]. 7th Edition, Tehran: Ganj-e Dānish [in Persian].
- 20) Kāviānī, Kūrosh (1387 SH). Ḥuqūq-e Varshikastagī [Bankruptcy Law]. 2nd Edition, Tehran: Mizān [in Persian].
- 21) Moballegḥī, Aḥmad; Vāsiqī, Moḥsen; and Mehryār, Moḥammad (1399 SH). Shenāsā’i-ye Mafhūm-e E’sār va Iflās va Ta’tḥir-e Ān dar Tafsīr-e Qānūn-e Madanī [Identifying the Concept of Insolvency and Bankruptcy and Its Impact on the Interpretation of the Civil Law]. Faslnāmeḥ-ye ‘Elmī-Pazhūheshī Jostār-hā-ye Feqhī va Oṣūlī [Jurisprudential and Methodological Research Quarterly], No. 18. doi:10.22034/jrj.2019.53325.1632 [in Persian].
- 22) Moḥaqqueq Dāmād, Sayyid Moṣṭafā; and Eslāmī, Maryam (1389 SH). Barrasi-ye Aḥkām-e Ḥajr va Varshikastagī dar Feqh va Ḥuqūq-e Eslāmī [A Study of the Rules of Incapacity and Bankruptcy in Islamic Jurisprudence and Law]. Naameh-ye Elāhiyāt [Theology Journal], No. 10, Islamic Azad University, Tehran North Branch [in Persian].
- 23) Moqaddas Ardabīlī, Aḥmad (1363 SH). Zubdat al-Bayān fī Aḥkām al-Qur’ān (Corrected by Muḥammad Bāqir Behbūdī). Qom: Maktaba al-Murtaḍawiyya [in Persian].
- 24) Mūsawī Khomeinī, Sayyid Rūḥullāh (1412 AH). Taḥrīr al-Wasīla (Vol. 2). 12th Edition, Najaf: Maṭba‘at al-Ādāb [in Arabic].
- 25) Najafī, Muḥammad Ḥasan (1981). Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā’i‘ al-Islām (Vol. 26). 7th Edition, Beirut: Dār al-Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī [in Arabic].
- 26) Qā’em Maqām Farāhānī, Muḥammad Ḥusayn (1391 SH). Varshikastagī va Taṣfiye [Bankruptcy and Liquidation]. 7th Edition, Tehran: Mizān [in Persian].
- 27) Qal’ajī, Muḥammad Rawās (1988). Mu‘jam Lughat al-Fuqahā (2nd Edition). Lebanon: Dār al-Nafā’is [in Arabic].
- 28) Qāroobī Tabrīzī, Ḥasan (1418 AH). Al-Naẓīd fī Sharḥ al-Rawḍa al-Shahīd (Vol. 13). 1st Edition, Qom: Dāvārī [in Arabic].
- 29) Ṣafā’ī, Sayyid Ḥusayn; and Qāsemzādeh, Sayyid Morteẓā (1395 SH). Ḥuqūq-e Madanī: Ashkhāṣ va Maḥjūrīn [Civil Law: Persons and Incapacitated Individuals]. 22nd Edition, Tehran: Samt [in Persian].
- 30) Ṣegharī, Muḥammad (1376 SH). Ḥuqūq-e Bāzargānī: Varshikastagī; Nazarī va ‘Amalī [Commercial Law: Bankruptcy; Theoretical and Practical]. 1st Edition, Tehran: Sherkat-e Sahāmī Enteshār [in Persian].
- 31) Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn (1412 AH). Al-Rawḍa al-Bahiyya fī Sharḥ al-Lum‘a al-Dimashqiyya (Vol. 1). Qom: Publications of the Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom [in Arabic].

- 32) Shahīdī, Mahdī (1400 SH). Tashkīl-e Qarārdād-hā va Ta'ahhudāt [Formation of Contracts and Obligations]. 15th Edition, Tehran: Majd [in Persian].
- 33) Shawkānī, Muḥammad ibn 'Alī ibn Muḥammad (1973). Nayl al-Awṭār min Aḥādīth Sayyid al-Akhyār Sharḥ Muntaqā al-Akḥbār. Dār al-Jil [in Arabic].
- 34) Shokrī, Mahdī (1402 SH). Ḥuqūq-e Madanī (Vol. 1) [Civil Law]. 2nd Edition, Tehran: Dādestān [in Persian].
- 35) Sotūdeh Tehrānī, Ḥasan (1375 SH). Ḥuqūq-e Tejārat (Vol. 4) [Commercial Law]. 1st Edition, Tehran: Dādgostar [in Persian].
- 36) Ṭāleb Aḥmadī, Ḥabīb (1383 SH). Khayār-e Taflīs va Ḥuqūq-e Ṭalabkārān dar Varshikastaḡī [Option of Insolvency and Creditors' Rights in Bankruptcy]. Nameh-ye Mofid [Mofid Letter] [in Persian].
- 37) Tarḥīnī 'Āmilī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn (1427 AH). Al-Zubda al-Fiqhiyya fi Sharḥ al-Rawḍa al-Bahiyya (Vol. 5). Beirut: Dār al-Fiqh li'l-Ṭibā'a wa'l-Nashr [in Arabic].
- 38) Ṭūsi, Abū Ja'far Muḥammad ibn Ḥasan (1390 SH). Al-Mabsūṭ. Qom: Maktaba al-Murtaḍawiyya [in Arabic].

فهرست مقالات

- اعتبارسنجی تبادر پسا تشریحی در خوانش گزاره‌های فقهی حقوقی؛ مدخلی بر اصلاح قوانین اسلامی
| مقاله پژوهشی ۴۶۱
• سید محمود هل‌تائی و محمد کاظم توکلی اسلامی
- بازتعریف فقهی حقوقی ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر؛ کاوشی در شبهات غرری و سفهی
بودن آن | مقاله پژوهشی ۴۹۱
• سیدمصطفی سعادت مصطفوی، طاهر حبیب‌زاده و محمد تقی‌پور
- کاوشی در انگاره‌های تربیتی قاعده احسان | مقاله پژوهشی ۵۳۹
• حمید مسجدسرایبی و محمد خالد نبی‌نیا
- تأملی در ادله روایی اعتبار اسناد رسمی و عادی | مقاله پژوهشی ۵۶۷
• یزدان طاهرآبادی
- واکاوی نقش بلوک‌سالاری در تحقق بانکداری اسلامی با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی
ایران | مقاله پژوهشی ۵۹۷
• خیراله پروین، ولی رستمی، نادر میرزاده کوهشاهی و علی الهیاری‌فرد
- بایسته‌های حقوقی مواجهه با آثار ضدفرهنگی تبلیغات تلویزیونی در نظم حقوقی ایران
| مقاله پژوهشی ۶۲۹
• سیداحمد حبیب‌نژاد و محمدرضا مرادیان نیری
- امکان‌سنجی استناد به اصول و قواعد فقه در توصیف عقد؛ مطالعه موردی اختلافات مورد ابتلاء
| مقاله مروری ۶۷۳
• محمد منصوری، محمد مهدی الشریف و سید محمدصادق طباطبایی
- مروری بر وجوه اشتراک و افتراق دو نهاد «ورشکستگی» و «افلاس» در فقه اسلامی، با نگاهی به
حقوق ایران و نظام کامن‌لا | مقاله مروری ۷۱۱
• بهزاد پورسید، محمدجواد حیدری هرستانی و محمدجواد فرحزادی

• بانک‌ها و نمایه‌نامه‌ها •

| | | | |
|--|--|--|--|
| | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |

• اطلاعات کتابشناختی •

| | |
|---|---|
| شاپا الکترونیکی: ۶۶۷۳-۲۵۸۸ | شاپا چاپی: ۹۸۵۸-۲۲۵۱ |
| نوع داوری: داوری همتا دو سو ناشناس | حوزه موضوعی: دانش حقوق با رویکرد اسلامی |
| نحوه دریافت مقالات: صرفاً از طریق وبگاه | دوره انتشار: فصلنامه |
| نشانی پست الکترونیک نشریه: ilrisu@yahoo.com | نشانی وبگاه اختصاصی نشریه: https://ilr.isu.ac.ir |
| این نشریه از شماره یکم تا بیست و چهارم به صورت «گاه‌نامه»، از شماره بیست و پنجم تا پنجاه و چهارم با تناوب «دوفصلنامه»، و از شماره پنجاه و پنجم مطابق با مجوز اخذ شده از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، با تناوب «فصلنامه» منتشر شده است. | این نشریه از شماره یکم تا بیست و چهارم با عنوان «اندیشه‌ی صادق»، از شماره بیست و پنجم تا سی و یکم با عنوان «معارف اسلامی و حقوق» و از شماره سی و دوم تا کنون با عنوان «پژوهش‌نامه حقوق اسلامی» منتشر شده است. |
| نشانی پستی: ایران، تهران، بزرگراه شهید چمران، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام. صندوق پستی: ۱۴۶۵۵-۱۵۹ | |
| مدیریت امور علمی و تحریریه: دانشکده معارف اسلامی و حقوق. تلفن: ۸۸۳۸۵۱۱۸ (۲۱) ۹۸+ | |
| مدیریت امور فنی و چاپ: معاونت پژوهش و فناوری دانشگاه. تلفن: ۸۸۰۹۴۹۱۵ (۲۱) ۹۸+ | |
| دسترسی به مقالات این نشریه و باز نشر با رعایت ضوابط (CC BY-NC 4.0) آزاد است. | |
| مقالات این فصلنامه لزوماً بیان‌کننده دیدگاه دانشگاه صاحب امتیاز نخواهد بود. | |
| چاپخانه: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه‌السلام ۲۸۲ صفحه | |

بهاء: ۱,۷۵۰,۰۰۰ ریال



پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۶۵

سال بیست و پنجم • شماره سوم • پایانی ۶۵

پاییز ۱۴۰۳

صاحب امتیاز • دانشگاه امام صادق علیه السلام

مدیر مسئول • سلمان عمرانی | استادیار | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه امام صادق علیه السلام

سردبیر • نجادعلی الماسی | استاد | حقوق بین‌الملل خصوصی | دانشگاه تهران

ویراستار انگلیسی • طاهر حبیب‌زاده | استادیار | حقوق فناوری اطلاعات | دانشگاه امام صادق علیه السلام

مدیر نشریه • مجتبی عشوری

اعضای هیأت تحریریه

• اعضای داخلی •

ولی رستمی | استاد | حقوق عمومی | دانشگاه تهران

سیدحسین صفایی | استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه تهران

علی غلامی | استاد | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه امام صادق علیه السلام

عباس کریمی | استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه تهران

فرید محسنی | استاد | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری

سیدفضل‌الله موسوی | استاد | حقوق بین‌الملل عمومی | دانشگاه تهران

توکل حبیب‌زاده | دانشیار | حقوق بین‌الملل عمومی | دانشگاه امام صادق علیه السلام

محمد روشن | دانشیار | حقوق خصوصی | دانشگاه شهید بهشتی

سیدمصطفی سعادت مصطفوی | دانشیار | حقوق خصوصی | دانشگاه امام صادق علیه السلام

• اعضای بین‌المللی •

احمد ابوالوفاء محمد حسن | استاد | حقوق بین‌الملل عمومی | دانشگاه قاهره | مصر

احمد عاطف احمد | استاد | حقوق اسلامی | دانشگاه کالیفرنیا، سانتا باربارا | ایالات متحده آمریکا

علی عبدالعالی خشان الأسدی | استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه بصره | عراق

سیدحسام‌الدین سیداصفهان‌ی | استاد | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه مونکتون | کانادا

محمد علوم محمد العقبالی | استاد | حقوق عمومی | دانشگاه بغداد | عراق

عمار کریم کاظم الفتلاوی | استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه کوفه | عراق

اصغر علی بن علی محمد | استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه بین‌المللی اسلامی مالزی | مالزی

ولید علی ماهر مرسی | استاد | حقوق تجارت | دانشگاه حلوان | مصر

احمد سامی مرهون المعموری | استاد | حقوق تجارت | دانشگاه کوفه | عراق

علی وردک | استاد | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه ولز جنوبی | بریتانیا

طارق جمعه السید راشد | دانشیار | حقوق مالکیت فکری | دانشگاه قطر | قطر

ژرژ کوالیه | دانشیار | حقوق تطبیقی | دانشگاه لیون «۳» | فرانسه

حمیدرضا یونسی | استادیار | حقوق تجارت بین‌الملل | دانشگاه یورک | بریتانیا

اعتبار نشریه • واجد اعتبار «نشریه علمی»

مجوز شماره ۳/۱۹۶۱۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۰۹/۲۲

وزارت علوم، تحقیقات و فناوری

آغاز انتشار • زمستان ۱۳۷۹

مجوز شماره ۱۷۲۶۰ مورخ ۱۳۷۹/۰۹/۰۷

وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

IN THE NAME OF GOD,
THE MOST GRACIOUS, THE MOST MERCIFUL



دانشگاه امام صادق
دانشکده معارف اسلامی و حقوق

فصلنامه علمی

پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

سال بیست و پنجم | شماره سوم | پیاپی ۶۵ | مانسیر ۱۴۰۳

۶۵

● اعتبارسنجی تبادر پسا نثریعی در خوانش گزاره‌های فقهی حقوقی؛
مدخلی بر اصلاح قوانین اسلامی
سید محمود هل انائی | محمد کاظم توکلی اسلامی

● بازتعریف فقهی حقوقی ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری خطرپذیر؛
کاوشی در شبهات غرری و سفهی بودن آن
سیدمصطفی سعادت مصطفوی | طاهر حبیبزاده | محمد تقی پور

● کاوشی در انگاره‌های تربیتی قاعده احسان
حمید مسجدسرایبی | محمد خالد نبی‌نیا

● تأملی در ادله روایی اعتبار اسناد رسمی و عادی
یزدان طاهر آبادی

● واکاوی نقش بلوک‌سالاری در تحقق بانکداری اسلامی
با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
خیراله بروین | ولی رستمی | نادر میرزاده کوهشاهی | علی الهیاری فرد

● بایسته‌های حقوقی مواجهه با آثار ضدفرهنگی تبلیغات تلویزیونی
در نظم حقوقی ایران
سیداحمد حبیب‌نژاد | محمدرضا مرادیان نیری

● امکان‌سنجی استناد به اصول و قواعد فقه در توصیف عقد؛ مطالعه موردی
اختلافات مورد ابتلاء
محمد منصوری | محمدمهدی الشریف | سید محمدصادق طباطبایی

● مروری بر وجوه اشتراک و افتراق دو نهاد «ورشکستگی» و «افلاس»
در فقه اسلامی، با نگاهی به حقوق ایران و نظام کامن‌لا
بهزاد پورسید | محمدجواد حیدری هرستانی | محمدجواد فرحزادی

شاپا الکترونیکی | ۶۶۷۳ - ۲۵۸۸

شاپا چاپی | ۹۸۵۸ - ۲۲۵۱



DOAJ

ISC

HEINONLINE