



Imam Sadiq University
Faculty of Islamic Studies & Law

The Quarterly

Journal of Islamic Law Research

66

25'th Year | Fourth Issue | Serial No. 66
Winter 2024

- **Accompaniment, Silence, or Tolerance of the Islamic Legislator with the Conduct of the Wise**
Mahdi Montazerqaem
- **Legal Transplantation to the Muslim World: A Case Study of the Iraqi Civil Code under the Auspices of al-Sanhūrī's Legal Approaches**
Ammar Kareim Kadham al-Bsherawy | Kasim Hayaal Resan al-Obaidi
- **The Confluence of Divine Law and Modern Legal Systems: Insights from Sharia on Achieving Balance Between Justice and Equity**
Ishtiaque Ahmed | Tasnim Hasan Saara | Imritra Hossain Elma
- **A New Exploration in the Conceptual Scope of the Principle of "Prohibition of Gharar (Risk)" and Its Applicability to the Buying and Selling of "Cryptocurrencies" from the Perspective of Islamic Law**
Javad Soltani Fard | Ahmad Mohammadi
- **Validation of Judicial Acts of the Islamic Ruler: A Comparative Study of the "Writing [Ketabat] of the Islamic Ruler over the Judge" in Shia and Sunni Jurisprudence**
Seyyed Mahdi Mirdadashi | Siamak Qiasi | Ali Keshavarz
- **A Study of the Efficiency of Compensation Methods from the Perspective of Economic Analysis of Law**
Reza Daryaie | Jamal Nikkar | Farshid Khosravi
- **Ownership of Artificial Intelligence-Generated Works: An Overview of the Emerging Intellectual Property Challenges in the Technology Era**
Ahmad Fadavi | Mohsen La'l Alizadeh
- **An Economic Analysis of the Interaction between Third-Party Liability for Breach of Contract and Specific Performance: A Comparative Study of United States and Iranian Law**
Hasan Alipour | Ahad Shahi Damanjani

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-Bsherawy | 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 256 Pages	
Price: 1,750,000 I.R.Rials	



In The Name of God

Islamic Law Research Journal



The Quarterly Journal of Islamic Law Research

Reviewers of the 25th Volume | 2024

Alphabetically Sorted

	Surname	Forename	Affiliation
1	Abedini	Hossein	Meybod University Faculty Member
2	Afshari	Fatemeh	Judiciary Research Institute Faculty Member
3	Aghaei Togh	Moslem	PhD Graduate
4	Ahmadi	Mohammad Hosein	PhD Graduate
5	Ahmadi Abhari	Seyyed Mohammad Ali	PhD Graduate
6	Ahmadi Far	Rasoul	Malayer University Faculty Member
7	Akbari	Mahmood	Ayatollah Ozma Borujerdi University Faculty Member
8	Alipanah	Alireza	Shahid Beheshti University Faculty Member
9	Asghari Shoorestani	Mohammad Reza	University of Judicial Sciences and Administrative Services Faculty Member
10	Azim Zadeh Ardebili	Faezeh	Imam Sadiq University Faculty Member
11	Bahramy	Ehsan	PhD Graduate
12	Bahremand	Hamid	University of Tehran Faculty Member
13	Barzegar Khosravi	Mohammad	Islamic Parliament Research Center Faculty Member
14	Beigi	Mohammad Hasan	Arak University Faculty Member
15	Bigdeli	Ataollah	Imam Hussein University Faculty Member
16	Bigdeli	Saeed	University of Zanjan Faculty Member
17	Davari	Mohsen	Islamic Azad University Faculty Member
18	Ehsani Far	Ahmad	Judiciary Research Institute Faculty Member
19	Emrani	Salman	Imam Sadiq University Faculty Member
20	Faghih Larijani	Farhang	University of Mazandaran Faculty Member
21	Fallahzadeh	Ali Mohammad	Allameh Tabataba'i University Faculty Member

	Surname	Forename	Affiliation
22	Farahani	Mohammad Sadegh	PhD Graduate
23	Farahani Fard	Saeed	University of Qom Faculty Member
24	Fazeli Nezhad	Javad	PhD Graduate
25	Ghaboli Dorr'afshan	Seyyed Mohammad Hadi	Ferdowsi University of Mashhad Faculty Member
26	Ghadir	Mohsen	University of Qom Faculty Member
27	Ghamami	Seyyed Mohammad Mahdi	Imam Sadiq University Faculty Member
28	Ghane	Ahmad Ali	Imam Sadiq University Faculty Member
29	Habibnezhad	Seyyed Ahmad	University of Tehran Faculty Member
30	Habibzadeh	Taher	Imam Sadiq University Faculty Member
31	Haji Ali Khamseh	Morteza	PhD Graduate
32	Haji Dehabadi	Mohammad Ali	University of Qom Faculty Member
33	Haji Dehabadi	Ahmad	University of Tehran Faculty Member
34	Hal Ata'ee	Seyyed Mahmood	University of Tehran Faculty Member
35	Hasanzadeh	Mahdi	University of Qom Faculty Member
36	Hayati	Ali Abbas	Razi University Faculty Member
37	Hoseini	Seyyed Amrollah	Imam Khomeini International University Faculty Member
38	Houshmand Firuzabady	Hosein	Research Institute of Hawzah and University
39	Jafari	Amin	Allameh Tabataba'i University Faculty Member
40	Jafari Khosroabadi	Nasrollah	Meybod University Faculty Member
41	Jahan Bein	Farzad	Shahed University Faculty Member
42	Javaherkalam	Mohammad Hadi	Allameh Tabataba'i University Faculty Member
43	Javidi	Mojtaba	Shiraz University Faculty Member
44	Kazemi	Seyyed Mohammad Sadegh	PhD Graduate
45	Khalaf Rezaei	Hosein	PhD Graduate
46	Khodarahmi	Nasrin	PhD Graduate
47	Khosravi	Ahmad	University of Birjand Faculty Member
48	Khosroshahi	Ghodratollah	University of Isfahan Faculty Member
49	Koohi Esfahani	Kazem	Imam Sadiq University Faculty Member
50	Kooshki	Gholamhasan	Allameh Tabataba'i University Faculty Member

	Surname	Forename	Affiliation
51	Mahdavi	Asgharagha	Imam Sadiq University Faculty Member
52	Malaekhpour Shoushtari	Seyyed Mohammad Hasan	Shahid Chamran University of Ahvaz Faculty Member
53	Mansourian	Mostafa	University of Judicial Sciences and Administrative Services Faculty Member
54	Mashhadi Zadeh	Alireza	Islamic Azad University Faculty Member
55	Masjed Saraei	Hamid	Semnan University Faculty Member
56	Masoodian	Mostafa	Shahed University Faculty Member
57	Mazaheri	Amir Masood	PhD Graduate
58	Mirshekari	Abbas	University of Tehran Faculty Member
59	Mobayen	Hojjat	Shiraz University Faculty Member
60	Mohaghegh Damad	MaryamUssadat	Imam Sadiq University Faculty Member
61	Mohajeri	Maryam	PhD Graduate
62	Mohammadi Ghal'e	Ahmad	PhD Graduate
63	Mohammadnasl	Gholamreza	Islamic Azad University Faculty Member
64	Mohsenian	Seyyed Ali	PhD Graduate
65	Molayee	Ayat	University of Tabriz Faculty Member
66	Moosa Zadeh	Ebrahim	University of Tehran Faculty Member
67	Moradi	Khadijeh	Razi University Faculty Member
68	Mozafari	Mostafa	Shahid Beheshti University Faculty Member
69	Nanakar	Mohammad Ja'far	PhD Graduate
70	Nasiri	Mostafa	Shahid Motahari University Faculty Member
71	Nejabat Khah	Morteza	University of Mazandaran Faculty Member
72	Nouraei	Mahdi	PhD Graduate
73	Ostovar Sangari	Koorosh	Islamic Azad University Faculty Member
74	Petoft	Aryan	Shahid Beheshti University of Medical Sciences Faculty Member
75	Peyvandi	Gholamreza	Research Institute for Islamic Culture and Thought Faculty Member
76	Piri	Mahdi	University of Tehran Faculty Member
77	Poor Abdollah	Kobra	Imam Sadiq University Faculty Member
78	Pouramini	Mohammad Hosein	PhD Graduate
79	Rabiezade	Ali	PhD Graduate
80	Raji	Seyyed Mohammad Hadi	Imam Sadiq University Faculty Member

	Surname	Forename	Affiliation
81	Ravanbakhsh	Moslem	PhD Graduate
82	Rostami Ghazani	Omid	Ahlul Bayt International University Faculty Member
83	Sa'atchi	Ali	Ferdowsi University of Mashhad Faculty Member
84	Saberi Tavallaei	Ali	Imam Sadiq University Faculty Member
85	Sarmadi	Pegah	Meybod University Faculty Member
86	Shah Sanaei	Mohammad Reza	Shahid Mahalati Higher Education Complex Faculty Member
87	Shahabi	Mahdi	University of Isfahan Faculty Member
88	Shahnoosh Forooshani	Mohammad Abdossaleh	University of Judicial Sciences and Administrative Services Faculty Member
89	Shamshiri	Alireza	Islamic Azad University Faculty Member
90	Sharifzad	Majid	PhD Graduate
91	Siahbidi Kermanshahi	Saeed	PhD Graduate
92	Soltani	Seyyed Naser	University of Tehran Faculty Member
93	Tahan Nazif	Hadi	Imam Sadiq University Faculty Member
94	Tavakolpour	Mohammad Hadi	University of Judicial Sciences and Administrative Services Faculty Member
95	Tohidi	Ahmad Reza	University of Qom Faculty Member
96	Zarkalam	Sattar	Shahed University Faculty Member

Article Directory

- ❖ Accompaniment, Silence, or Tolerance of the Islamic Legislator with the Conduct of the Wise | Research Article 743
 - Mahdi Montazerqaem

- ❖ Legal Transplantation to the Muslim World: A Case Study of the Iraqi Civil Code under the Auspices of al-Sanhūrī's Legal Approaches | Research Article 783
 - Ammar Kareim Kadham al-Bsherawy & Kasim Hayaal Resan al-Obaidi

- ❖ The Confluence of Divine Law and Modern Legal Systems: Insights from Sharia on Achieving Balance Between Justice and Equity | Research Article 811
 - Ishtiaque Ahmed, Tasnim Hasan Saara & Imtrita Hossain Elma

- ❖ A New Exploration in the Conceptual Scope of the Principle of "Prohibition of Gharar (Risk)" and Its Applicability to the Buying and Selling of "Cryptocurrencies" from the Perspective of Islamic Law | Research Article 837
 - Javad Soltani Fard & Ahmad Mohammadi

- ❖ Validation of Judicial Acts of the Islamic Ruler: A Comparative Study of the "Writing [Ketabat] of the Islamic Ruler over the Judge" in Shia and Sunni Jurisprudence | Research Article 883
 - Seyyed Mahdi Mirdadashi, Siamak Qiasi & Ali Keshavarz

- ❖ A Study of the Efficiency of Compensation Methods from the Perspective of Economic Analysis of Law | Research Article 917
 - Reza Daryaie, Jamal Nikkar & Farshid Khosravi

- ❖ Ownership of Artificial Intelligence-Generated Works: An Overview of the Emerging Intellectual Property Challenges in the Technology Era | Review Article 949
 - Ahmad Fadavi & Mohsen La'l Alizadeh

- ❖ An Economic Analysis of the Interaction between Third-Party Liability for Breach of Contract and Specific Performance: A Comparative Study of United States and Iranian Law | Review Article 977
 - Hasan Alipour & Ahad Shahi Damanjani

Accompaniment, Silence, or Tolerance of the Islamic Legislator with the Conduct of the Wise

Mahdi Montazerqaem · Associate Professor, Department of Islamic Law, Faculty of Judicial
Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.
montazer@ujsas.ac.ir

Abstract

1. Introduction

This paper addresses the nuanced relationship between Islamic jurisprudence (Fiqh) and the evolving conduct of society, specifically within the context of the wise ('uqalā'). The debate over the origin of moral values—whether they are inherently recognized by reason, divinely assigned, or conventionally accepted by society—has long occupied the attention of Islamic scholars, particularly within the Imamiyyah (Shia) tradition. This paper explores the Legislator's stance toward the conduct of the wise, focusing on how these conducts interact with the principles of Sharia, particularly in the realm of transactions.

The three primary perspectives on the origin of moral values in Islam are Ash'arism, Mu'tazilism, and a particular viewpoint within the Shia (Imamiyyah). Each of these schools of thought offers a distinct interpretation of the relationship between divine command and human reason in determining the moral value of actions. This paper, however, zeroes in on the third perspective within the Imamiyyah tradition, which posits that the moral value of actions like justice and injustice is recognized by the wise and is a product of societal conventions rather than an inherent or divinely assigned characteristic.

The primary aim of this paper is to examine the Legislator's (Allah's) stance on the conduct of the wise in a contemporary context, especially as modern conduct has developed in ways that sometimes conflict with traditional Islamic legal teachings. By exploring the concepts of accompaniment, silence, or tolerance by the Legislator, the paper seeks to clarify how Islamic law can remain relevant and just in the face of evolving societal norms and conduct.



The implications of this discussion are profound, particularly in light of the challenges posed by modernity and the globalized world. The paper delves into the ways in which Islamic jurisprudence can accommodate or resist these changes without undermining the fundamental principles of Sharia. This exploration is crucial for contemporary Islamic scholars, who must navigate the tension between upholding traditional legal teachings and addressing the practical needs of a modern Muslim society.

2. Research Question

The central research question of this paper is: How does the Legislator's stance – whether of accompaniment, silence, or tolerance – toward the conduct of the wise impact the application of Sharia in the context of modern societal practices, particularly in the domain of transactions?

This question is pivotal because it addresses the broader issue of how Islamic law interacts with evolving societal norms. As conduct change and develop over time, they often present challenges to established legal and religious frameworks. The research seeks to determine whether the Legislator's stance toward these conducts allows for flexibility within Sharia or whether it necessitates a more rigid adherence to traditional interpretations, even at the cost of causing harm, hardship, or corruption within society.

3. Research Hypothesis

The hypothesis of the research is that the Legislator's opposition to the conduct of the wise weakens the efficacy and relevance of Sharia, imposes unnecessary hardships on the Muslim community, and undermines societal interests. Conversely, by accompanying, remaining silent, or showing tolerance toward these conducts, the Legislator preserves the integrity of Islamic law while ensuring that it remains aligned with the practical needs and moral intuitions of society.

This hypothesis challenges the traditional notion that Islamic law is static and unchanging. Instead, it suggests that the Legislator's approach to conduct is dynamic and context-dependent, allowing for a more flexible application of Sharia that can accommodate the changing moral landscape of society. The hypothesis also implies that a rigid, unyielding application of Sharia that ignores the conduct of the wise may lead to outcomes that are contrary to the objectives of Islamic law, such as justice, mercy, and the prevention of harm.

4. Methodology & Framework, if Applicable

The research is conducted using a doctrinal approach, which involves a detailed analysis of primary and secondary Islamic legal sources, including the Quran, Hadith, and the writings of classical and contemporary jurists. This approach is supplemented by a critical examination of the conduct of the wise and their

evolution over time, particularly in response to changing social, economic, and political conditions.

The framework for this analysis is built around three key concepts: accompaniment, silence, and tolerance. Each of these concepts represents a different way in which the Legislator might interact with the conduct of the wise:

Accompaniment refers to instances where the Legislator actively endorses and supports a particular custom, aligning it with the primary teachings of Sharia.

Silence refers to cases where the Legislator neither endorses nor opposes a custom, thereby allowing it to persist without explicit approval or rejection.

Tolerance refers to situations where the Legislator does not agree with a custom but refrains from opposing it due to the potential harm, hardship, or corruption that might result from such opposition.

The research also employs a comparative analysis to explore how these concepts have been applied in different historical and geographical contexts. This includes examining the ways in which Islamic jurists have historically dealt with conduct that conflicted with Sharia, as well as how contemporary jurists are addressing similar issues in the modern world. By doing so, the research seeks to identify patterns and principles that can guide the application of Sharia in relation to the conduct of the wise in today's society.

The paper's approach is both analytical and normative, aiming not only to describe how Islamic law has historically interacted with societal conduct but also to offer normative guidelines for how it should do so in the future.

5. Results & Discussion

The exploration of the Islamic legislator's stance towards the conduct of the wise (Sirah al-'Uqalā') reveals significant implications for contemporary Islamic jurisprudence. The results of this research indicate that Islamic legal rulings are not inherently opposed to the conduct of the wise, but rather, they are flexible and responsive to societal changes through a process of alignment, silence, or tolerance. The key findings can be summarized as follows:

Alignment with Conduct: The research confirms that in many instances, the Legislator aligns with the conduct of the wise, particularly those that resonate with the fundamental principles and objectives of Sharia. This alignment suggests that Islamic law is not static but can evolve to accommodate societal changes, provided these changes do not conflict with the core values of Islam. This perspective supports the idea that conduct that promotes justice, fairness, and social welfare are likely to be endorsed by the Legislator.

Silence toward New Conduct: Another significant finding is the Legislator's silence in response to new conduct. This silence does not imply indifference but rather a deliberate choice to allow this conduct to persist without direct interference. The silence of the Legislator can be interpreted as a form of tacit

approval, particularly in cases where the new conduct do not directly contradict Islamic principles but rather exist in areas not explicitly addressed by primary legal evidence. This finding emphasizes the importance of considering silence as a form of legal reasoning within Islamic jurisprudence.

Tolerance of Conflicting Conduct: The most complex and perhaps controversial finding is the Legislator's tolerance toward conduct that, on the surface, appear to contradict primary religious evidence. This tolerance is understood through the concept of secondary legal evidence, which can validate conduct by acting as negative evidence that nullifies conflicting rulings. The research shows that the Legislator's tolerance is a pragmatic approach to prevent harm, hardship, or societal disruption, which could result from rigidly applying primary legal rulings without consideration of the conduct of the wise. This tolerance underscores the adaptability and resilience of Islamic law in the face of changing societal norms.

Role of Secondary Legal Evidence: The discussion highlights the critical role of secondary legal evidence in reconciling apparent conflicts between Islamic law and societal conduct. Secondary evidence serves as a means to prioritize the objectives of Sharia, such as preventing harm and promoting societal welfare, over strict adherence to primary rulings that may not be applicable in modern contexts. This finding suggests that secondary legal evidence can limit or even override primary evidence when it comes to conduct that have gained widespread acceptance among the wise.

Practical Application: In practice, the research concludes that Islamic legal rulings must be interpreted and applied in a manner that considers the conduct of the wise as a significant factor. This approach ensures that the law remains relevant and effective in addressing contemporary issues. The discussion emphasizes that any ruling that conflicts with established conduct of the wise is likely to be viewed as inconsistent with the Legislator's intent and, therefore, should not be enforced. This pragmatic approach to Islamic law highlights the need for jurists to be attuned to societal changes and to interpret Sharia in a way that aligns with the evolving moral and social landscape.

Jurists' Role in Shaping Conduct: Finally, the research touches on the proactive role that religious scholars and jurists can play in gradually shaping the conduct of the wise to better align with the principles and objectives of Sharia. This finding points to a dynamic interaction between Islamic law and society, where scholars are not merely passive observers but active participants in guiding societal norms in a direction that reflects Islamic values.

6. Conclusion

The conclusion of this research underscores the flexibility and adaptability of Islamic law in relation to the conduct of the wise. The analysis reveals that the Islamic Legislator does not inherently oppose societal conduct but instead

adopts a nuanced approach that includes alignment, silence, or tolerance depending on the nature of the custom and its impact on society.

The key conclusion is that no Islamic legal ruling should be enacted or enforced if it directly contradicts the established conduct of the wise, particularly when such conduct is supported by secondary legal evidence. This perspective suggests that the conduct of the wise play a crucial role in shaping the practical application of Sharia, serving as a form of negative evidence that can nullify conflicting primary rulings. As a result, the Legislator's tolerance toward such conduct can be seen as a means of safeguarding the religion and the community from harm, hardship, and social disruption.

Moreover, the research concludes that religious scholars and jurists must recognize the importance of conduct in the legal framework and work to harmonize Islamic law with societal practices. This does not mean compromising on core Islamic principles but rather ensuring that the application of these principles is contextually relevant and socially just. The research advocates for a jurisprudence that is both rooted in traditional Islamic teachings and responsive to the needs of contemporary society.

In conclusion, the paper asserts that the flexibility inherent in Islamic jurisprudence allows it to remain a living tradition that can effectively address the challenges posed by modernity. The conduct of the wise are not merely to be tolerated; they are to be understood as integral to the continued relevance and applicability of Sharia in the modern world. By prioritizing the objectives of Sharia—such as justice, mercy, and the prevention of harm—over rigid adherence to primary legal rulings, Islamic law can continue to serve as a source of guidance and wisdom for Muslim communities across the globe.

Keywords: Conduct of the Wise, Foundations and Practices of the Wise, New Conduct, Binding Nature of Conduct of the Wise.

همراهی، سکوت یا مدارای شارع با سیره‌های عقلا

مهدی منتظر قائم * دانشیار، گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.
montazer@ujss.ac.ir

چکیده

«همراهی، سکوت یا مدارای شارع با سیره‌های عقلا»، موضع‌گیری شارع نسبت به سیره‌های عقلا در باب معاملات را شرح می‌دهد. شارع با این سیره‌ها مقابله نمی‌کند؛ با آن‌ها همراهی می‌کند، در برابر آن‌ها سکوت یا با آن‌ها مدارا می‌کند. بنا بر نظر سوم یعنی مدارای شارع با سیره عقلا، بعضی از آیات و روایات اقتضای ردع برخی از سیره‌های مستحدث دارند، ولی برای ردع آن‌ها موانعی موجود است. مقابله شارع با سیره‌ها موجب تضعیف دین و شریعت شده، به ضرر مردم است، زندگی بسیاری از ایشان را در مضیقه قرار می‌دهد و موجب تفویت مصالح و منافع جامعه است. در فقه رایج، سیره‌های مستحدث از این منظر بررسی نشده‌اند؛ از این‌رو، کاوش آن بسیار ضروری و دارای نتایج مؤثر است. این پژوهش بنیادین، با روش توصیفی تحلیلی به این نتیجه رسیده است که حتی با پذیرش مخالفت اولی شارع مقدس اسلام با سیره‌های مستحدث، می‌توان گفت این سیره‌ها با استناد به ادله احکام ثانوی - به‌عنوان ادله سلبی - برای فقه معتبراند؛ و عموماً و اطلاعات شریعت را به‌گونه‌ای محدود و مضیق می‌کنند که هیچ حکم مخالف سیره به شارع نسبت داده نشود. در مقام اجراء نیز با تقدیم اهم، هیچ حکم شرعی مخالف سیره لباس قانون به‌خود نمی‌پوشد، وانگهی به موقع اجراء نیز گذارده نمی‌شود. سیره‌های عقلا در مقام استنباط، بر احکام اولی شرعی حاکم‌اند یا در مقام اجراء بر آن‌ها تقدم دارند.

واژگان کلیدی: سیره عقلا، بنای عقلا، سیره‌های مستحدث، حجیت سیره.



مقدمه

میان مسلمانان در مورد منشأ حسن و قبح افعال سه نظر مشهور است.

۱. اشاعره معتقدند خداست که به افعال حسن یا قبح می‌دهد (مظفر، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص. ۲۷۱).
 ۲. معتزله و برخی امامیان می‌گویند بعضی افعال (مانند عدل و ظلم) حسن و قبح ذاتی دارند و عقل هم می‌تواند آن را درک کند (مظفر، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص. ۲۷۱). برای این نظر به شواهدی از قرآن نیز استناد شده است (انصاری بایگی و همکاران، ۱۴۰۳، صص. ۲۰۵-۲۰۸).
 ۳. برخی دیگر از امامیان می‌گویند حسن و قبح عدل و ظلم ناشی از اعتبار عقلاست، میان عقلا مشهور است و مصلحتی و رای آن نیست (مظفر، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص. ۲۸۱).
- امامیان با هر دو مبنا، اعتبار شرعی سیره عقلا^۱ را مورد بحث قرار داده و آن را از جهت توجه شارع به آن، به سه قسم مُمضا، مردوع^۲ و مسکوت تقسیم کرده‌اند^۳ (مظفر، ۱۴۳۰ق، ج ۳، ص.

۱. سیره عقلا روش عملی عقلای هر ملیت و مذهب است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۹، ج ۴، صص. ۵۷۳). نایینی (کاطمی، ۱۳۷۶، ج ۳، ص. ۱۹۲)، مظفر (۱۴۳۰ق، ج ۳، ص. ۱۷۶) و حکیم (۱۴۱۸ق، ص. ۱۹۱) نیز تعاریفی شبیه این ذکر کرده‌اند. نسبت سیره عقلا با عرف عموم و خصوص، مطلق (گروهی از نویسندگان، ۱۳۷۴ ب، ص. ۱۵۶) و به نظر بعضی دیگر، تفاوتشان در کمیت است نه در کیفیت (گروهی از نویسندگان، ۱۳۷۴ الف، ج ۲، ص. ۱۸۰). در مورد نسبت سیره عقلا با عقل عملی گفته شده است سیره عقلا تبلور و عینیت مدرکات عقلی قابل تعیین است (علیدوست، ۱۳۸۵، ص. ۱۲۱) و منشأ مدرکات عقل عملی قضایای یقینی غیر تحلیلی مبتنی بر مصلحت و مفسده است که عقلا بما هم عقلا بر آن‌ها توافق عمومی دارند. سیره عقلا نیز حاصل تراکم عقول و محصول عقل قرون است (علیدوست، ۱۳۸۵، صص. ۱۱۴-۱۱۵) و همان آرای محموده و مشهورات جهانی و فراگیر است و واقعیتی و رای شهرتش ندارد. بنابراین، سیره عقلا منشأ مدرکات عقل عملی است. بسیاری از عالمان منشأ مدرکات عقل عملی را قضایای بدیهی می‌دانند که با تصور موضوع (مثل عدل) محمول (حسن) تصور و تصدیق می‌شود.

۲. ممکن است گفته شود ردع سیره‌های عقلایی توسط شارع محل تردید است و آنچه شارع ردع کرده، عرف عرب جاهلی بوده است نه سیره عقلا.

۳. نقش عرف در شرع ایزاری است؛ یعنی عرف ایزاری برای فهم شریعت است و در تبیین مراد متکلم و تشخیص مصادیق موضوع حکم به ما کمک می‌کند. عرف عصر تشریح در برخی گفتار و رفتار شارع نیز موثر بوده است و از این رو ما برای فهم مقصود شارع باید آن را بشناسیم. عرف معاصر نیز در بعضی از اعمال حقوقی مؤثر است و ما برای فهم کیفیت عمل حقوقی انجام‌شده باید بعضی از شرایط آن را بشناسیم (منتظر قائم، ۱۳۸۹، صص. ۸۴-۹۵). سیره عقلا در عین اینکه در بعضی موارد نقش ایزاری دارد و در فهم مراد شارع به ما کمک می‌کند، بنا بر اینکه مبتنی بر حکم عقل است، یکی از ادله حکم شرعی به شمار می‌رود و بنا بر اینکه مستقل از حکم بدیهی عقل عملی است، اعتبارش مورد اختلاف است.

۱۷۷) و سیره‌های مستحدثی را که برخلاف سیره‌های ممضای عصر شارع‌اند، مردوع دانسته‌اند. امروزه با توجه به پیدایش سیره‌های جدید و تنافی آن‌ها با بعضی تعالیم فقهی و آثار نامطلوب این تنافی در دین و دنیای مسلمانان، فقها در برابر این پرسش قرار گرفته‌اند که با بازخوانی ادله فقهی چگونه می‌توان همراهی یا مدارای شارع با سیره‌های عقلای مستحدث را اثبات کرد؟ در این مقاله سیره عقلا از جهت همراهی، سکوت و مدارای شارع با آن به سه قسم تقسیم شده است؛ سیره‌هایی که شارع (در عصر نزول و تبیین شریعت یا در دوران معاصر) با آن‌ها همراهی یا نسبت به آن‌ها سکوت یا با آن‌ها مدارا کرده است و می‌کند. منظور از قسم سوم، سیره‌هایی است که منطبق با ادله احکام اولی شرعی نیست، اما شارع از مقابله با آن‌ها پرهیز می‌کند.^۱

سیره‌هایی که شارع با آن‌ها همراهی کرده، سیره‌هایی است که با تعالیم اولی او منطبق‌اند و سیره‌هایی که شارع با آن‌ها مدارا کرده، سیره‌هایی است که با تعالیم ثانوی او منطبق‌اند؛ یعنی حکم لزوم مقابله با آن‌ها حکم ضرری، حرجی یا دارای مفسده و شرعاً منتفی است. برای مثال، به فرض اینکه حکم تبعیض میان مسلمان و کافر در مسائل اجتماعی و رفاهی، تبعیض میان مرد و زن در مسائل اجتماعی و خانوادگی و مجازات خشن منطبق با احکام اولی شارع است، اما وقتی این تبعیض‌ها مورد مذمت عقلاست، حکم به آن‌ها برای جامعه اسلامی ضرری، حرجی یا دارای مفسده و شرعاً منتفی است. می‌توان گفت تنجیز حکمی که فعلیت یافته و به پیامبر ابلاغ شده، مشروط به علم، قدرت و عدم مفسده است یا اینکه تنجیز حکم مشروط به علم و قدرت است و قدرت مشروط به عدم ضرر، حرج یا مفسده است؛ یعنی حکمی که مذموم عقلاست، برای مسلمانان منجز نیست؛ زیرا ضرری، حرجی یا موجب مفسده است. ضرر و مفسده نیز منحصر به ضرر جسمی و فردی نیست و ضرر روانی، عرضی، اقتصادی و دینی و اجتماعی را هم دربرمی‌گیرد. بنابراین، احکامی که مذموم عقلاست، منتفی است و قابل استناد به شارع نیست؛ یعنی

۱. مدارای شارع با بعضی سیره‌های عقلا یعنی نفی مخالفت با آن‌ها بنا به ادله احکام ثانوی. بنا بر اینکه شارع با برخی از سیره‌های عقلا مخالف است، اگر مخالفت او با آن‌ها موجب ایراد ضرر یا حرج بر جامعه شود، نفی می‌شود؛ زیرا شارع نخواست است احکام ضرری یا حرجی بر مردم تحمیل کند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۲۹۴؛ مائده، آیه ۶). بنا به همین ادله است که فقها وجوب روزه ضرری یا حرجی را نفی می‌کنند. در این مقاله این‌گونه موضع‌گیری شارع در برابر سیره‌هایی که مخالفت با آن‌ها موجب ضرر، حرج یا تقویت مصالح جامعه می‌شود، به «مدارای شارع با آن سیره‌ها» تعبیر شده است.

شارع با سیره‌های عقلایی که موافق نیست (مثل تساوی حقوق و مجازات غیرخشن)، مدارا می‌کند و آن‌ها را می‌پذیرد. در مقام امتثال و قانون‌گذاری نیز سیره‌های عقلایی نامطلوب شارع بر احکام متنافی با آن‌ها مقدم می‌شوند؛ زیرا به دلیل آثارشان از آن‌ها مهم‌ترند.

پیشینه پژوهش: بسیاری از فقها عقل را یکی از منابع فقهی دانسته‌اند. برخی اصولیان به تبع بعضی از فلاسفه و متکلمان، حسن عدل و قبح ظلم را به بنای عقلا و مشهورات مستند کرده‌اند (غروی اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، صص. ۳۳۳-۳۴۲).^۱ بعضی دیگر، سیره عقلا را جزو ادله احکام شرعی شمرده‌اند (مظفر، ۱۴۳۰ق، ج ۳، صص. ۱۷۶-۱۷۸). بعضی معاصران سیره عقلا را ذیل تقریر معصوم ذکر کرده و آن را از این‌رو معتبر دانسته‌اند (صدر، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۱۲۷). با وجود این، فقها بیش از اینکه به عقل و بناهای عقلایی استناد کنند، به قرآن، سنت و اجماع تمسک کرده‌اند. با تدوین قانون اساسی در سال ۱۳۵۸، فقه مهم‌ترین مبنای قانون‌گذاری ایران قرار گرفت و در اجرا در سطح کلان کاستی‌هایش نمایان شد. به دنبال آن، بعضی فقها و عالمان دینی برای استنباط احکام فقهی بیش‌ازپیش به استفاده از عقل و بناهای عقلایی روی آوردند. ابوالقاسم علیدوست به تفصیل در مورد رابطه فقه و عرف تحقیق کرد (علیدوست، ۱۳۸۵). محسن کدیور برای عقل در استنباط احکام نقش محوری قائل شد (کدیور، ۱۳۸۷). در یک رساله دکتری، سیره عقلا به تنهایی (بدون نیاز به امضای شارع) معتبر دانسته و استنادات فقها به آن ذکر شد (منتظر قائم، ۱۳۸۹). یوسف صانعی عدالت را به‌عنوان قاعده‌ای فقهی در بعضی از استنباط‌هایش به کار گرفت (قابل، ۱۳۹۰). احمد قابل شریعت را عقلانی دانست و گفت در هر موضوعی که عقل (در دایره اعتباریات) سخنی دارد، شرع هم آن را تأیید می‌کند و در منطقه الفراغ عقل نوبت به استفاده از ادله نقلی می‌رسد. در موارد تعارض عقل و نقل نیز باید دلیل نقلی را به نفع فهم عقل توجیه کرد (قابل، ۱۳۹۱). محمد معتمدی آرای حسینعلی منتظری را درباره سیره عقلا و عرف تقریر و تحلیل کرد (معتمدی، ۱۴۰۱). از قرن ۵ تاکنون، اصولیان (الشریف، ۱۳۷۶، ج ۲، ص. ۱۷) و فقها (حلبی (ابوصلاح)، بی‌تا، ص. ۵۵) در بعضی مباحث اصولی و فقهی خود به سیره‌های عقلا، ارتکازات آنان و حسن و قبح عقلایی استناد کرده‌اند. آنچه در تحقیق پیش‌رو در مورد سکوت و مدارای

۱. ذیل عنوان: بیان حقیقه‌الاحکام العقلیه.

شارع با سیره‌های عقلا آمده، در هیچ‌کدام از آثار پیشین مشاهده نشده است. روش پژوهش: این تحقیق بنیادی به روش توصیفی تحلیلی و با رجوع به منابع کتابخانه‌ای انجام شده است.

۱. همراهی شارع با همه یا بعضی از سیره‌های عقلا

شارع بسیاری از سیره‌های عقلا را با احکام اولی خود منطبق دانسته، آن‌ها را تأیید و با آن‌ها همراهی کرده است. برای همراهی او با این‌گونه سیره‌ها موارد زیادی را می‌توان نام برد. فقها نیز در این موارد برای اثبات حکم شرعی به سیره عقلا استناد کرده‌اند. برای مثال، حلیت بیع و معاملات (منتظری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۱۲۸)، لزوم وفا به عقود (منتظری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۴۷)، لزوم رد امانت و اعتبار وثوق شخصی (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۱، صص. ۹۵-۹۶). همراهی شارع با سیره‌های عقلایی مطلوب، اختصاصی به زمان خودش ندارد و اکنون نیز با سیره‌های مطلوب مستحدثت همراهی می‌کند. بعضی سیره‌های مقارن شارع تاکنون باقی مانده و بعضی تغییر کرده‌اند. سیره‌هایی که تاکنون باقی مانده، اگر مطلوب شارع بوده، هنوز هم مطلوب اوست و با همان ادله‌ای که امضا شده، هنوز معتبر است؛ البته بنا بر این مبنا که «شارع از عقلا، بلکه رئیس عقلاست»، در مواردی که شارع با عقلا هم‌مسلك است و سیره‌شان را رد نکرده است، سیره‌های عقلایی مطلوب شارع‌اند و نیازی به امضای او ندارند (مظفر، ۱۴۳۰ق، ج ۳، ص. ۱۷۷).

برای اثبات همراهی شارع با همه یا بعضی از سیره‌های عقلا، نظرهای مختلف ارائه شده است. هرکدام از این نظرها سیره عقلا را به‌گونه‌ای معتبر دانسته است.

۱.۱. همراهی شارع با سیره‌های مشمول عمومات و اطلاعات

بعضی از سیره‌های مستحدثت با استناد به عمومات، اطلاعات یا مذاق شارع مورد تأیید و امضای شارع قرار گرفته است. برای مثال، مشروعیت بیمه از این‌روست که ذیل عموم «اوفوا بالعقود» قرار می‌گیرد و وفای به عهد سیره مستمر ممضاست. اگر معامله‌ای در زمان ما پیدا شد، برای صحت یا عدم آن باید به اطلاعات ادله مانند «اوفوا بالعقود و روایات نفی ضرر و غرر» و مانند آن‌ها تمسک

کرد (فاضل میبیدی، ۱۳۷۶، صص. ۱۶۹-۱۷۰). بعضی از سیره‌های عقلای امضای عصر تشریح نیز امروزه مصادیق جدید یافته است. برای مثال، حق التألیف مصداق جدید سیره عقلای ممنوعیت اضرار به غیر است. پس تغییری در سیره پدید نیامده است که نیازمند امضای جدید شارع باشد. اگر عقلای زمان تشریح هم به این مصادیق جدید توجه می‌کردند، آن‌ها را مصداق همان نکته عقلایی می‌دانستند که اساس و پایه سیره عقلا بوده است (صدر، ۱۴۲۰ق، صص. ۲۷۴-۲۸۳). در مورد پرداخت خسارت معنوی نیز می‌توان گفت چون در اثر اوضاع و احوال جامعه ساده و بسیط آن روزگار، امنیت و مانند آن مالیت و ارزش اقتصادی نداشت، پرداخت خسارت معنوی نیز الزامی نبود، اما در عرف کنونی چون ارزش مالی یافته است، ضمان نیز دارد^۱ (معتمدی، ۱۴۰۱، ص. ۲۴۰). سیره‌های عقلا در امور زندگی دنیوی، اغلب مورد تأیید شارع نیز قرار گرفته است (منتظری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۱۲۸). این نظر بیان‌کننده کمترین همراهی شارع با سیره‌های عقلاست.

۲.۱. همراهی شارع با سیره‌های مسکوت

سیره‌هایی که مسکوت‌اند و دلیلی بر ردع آن‌ها وجود ندارد، معتبرند. اعتبار امور عقلایی از سکوت شارع نسبت به آن‌ها فهمیده می‌شود. کافی است که شارع آن‌ها را ردع نکرده باشد (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۱۰۰). اعتبار سیره‌های عقلا نیازمند امضای شارع نیست (منتظری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۶۷). سکوت آگاهانه شارع و عدم ردع او دلیل بر رضایت شارع و جواز رجوع به سیره و تشخیص عقلا و اراده عمومی آنان است (منتظری، ۱۳۹۴، ص. ۲۲). در عصر ما، حق اختراع، حق کشف، حق تألیف، حق طبع و مانند این‌ها از حقوق معتبر نزد عقلاست و در مشروعیت این قبیل امور عرفی و عقلایی عدم ردع و منع از ناحیه شارع کافی است و تجاوز به این حقوق از ناحیه دیگران جایز نیست (منتظری، ۱۳۸۴، ج ۳، ص. ۴۰۶). در مورد معاملات رایج نیز در صورتی که ضرر نداشته باشند، احتیاج به امضای شارع نداریم و همان عدم ردع شارع کافی

۱. حق تألیف و به‌طور کلی، حقوق معنوی سیره‌ای مستحدث به نظر می‌رسد، اما با تأمل می‌توان دریافت آنچه مستحدث است، شرایط جامعه است. در زمان‌های سابق، اوضاع به‌گونه‌ای بود که حق تألیف و دیگر حقوق معنوی مالیت و جنبه اقتصادی نداشت، اما امروزه در اثر امکان تکثیر انبوه و مانند آن، مالیت یافته است (معتمدی، ۱۴۰۱، ص. ۲۳۵).

است تا حجت شرعی بر عمل به آن داشته باشیم (فاضل میبیدی، ۱۳۷۶، صص. ۱۶۹-۱۷۰). بعضی فقها تقلید مردم از فقها در عصر غیبت را با استناد به اعتبار سیره عقلای مسکوت معتبر دانسته‌اند (سبحانی، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص. ۶۲۴).

۳.۱. همراهی شارع با سیره‌های اطمینان آور

سیره‌های عقلایی که موجب می‌شوند ما به رضایت شارع از آن‌ها اطمینان یابیم، از این‌رو که اطمینان آورند، معتبرند. سیره عقلا اگر وثوق و اطمینان بیاورد، حجت است... عقلا که معامله نجس را جایز می‌دانند، انسان مطمئن می‌شود که شارع هم از آن نهی نکرده است؛ زیرا اگر انتفاع از نجس جایز است، می‌شود آن را به دیگران هم منتقل کرد... و نهی شارع متوجه مواردی است که آن‌گونه انتفاع جایز نیست مثل خوردن و آشامیدن نه اینکه مطلق دادوستد در نجاسات جایز نباشد (فاضل میبیدی، ۱۳۷۶، صص. ۱۷۲-۱۷۳). اگر سیره عقلا برای ما وثوق بیاورد، شارع آن را قبول دارد و می‌شود به آن عمل کرد، اما در غیر این صورت چون ظنی است، حجیت ندارد (فاضل میبیدی، ۱۳۷۶، صص. ۱۷۲-۱۷۳). اگر به نحو اطمینان ثابت شد که ثبوت یا نفی حق یا حکمی که مفاد دلیل غیر قطعی شرع است برخلاف حکم اطمینان‌آور عقل (عقل نظری) یا دستاورد اطمینان‌آور عقلا و فرهیختگان زمان (عقل عملی) است، در این صورت کشف می‌شود که اصولاً مراد و نظر واقعی شارع چیزی غیر از مفاد ظاهری آن دلیل است یا آن مفاد منحصر به زمان و مکان خاصی بوده که اقتضات دیگری داشته و منشأ آن از قبیل مصالح و مفاسد متغیر است (منتظری، ۱۳۹۴، ص. ۲۳). مدرکات معتبر عقل نظری و عملی قرائنی برای تفسیر عبارات منقول از شارع هستند و همچنین، حجیت خیر واحد مقید است به اینکه سیره عقلایی معتبر دیگر مغایر آن نباشد. بنابراین، اگر مسلمانان به رضایت شارع از سیره‌های عقلایی مستحدث اطمینان یابند، وثوق و اطمینانشان معتبر است و در تعارض این ادله عقلایی معتبر با ادله نقلی ظنی معتبر باید میان آن‌ها جمع کرد. جمع این دو گونه ادله متعارض به این است که ادله نقلی (که قابل تقییدند) به شرایط عصر شارع محدود شوند. ادله عقلایی معتبر نیز (که دلیل لیبی‌اند و اطلاق ندارند) بر قدر متیقنشان که زمانه رواج آن‌هاست، دلالت دارند.

۴.۱. همراهی شارع با سیره‌های به‌ظاهر مستحدث

بعضی سیره‌ها به‌ظاهر مستحدث‌اند، اما در واقع، تغییر آن‌ها به علت تغییر شرایطی است که در

جوامع عقلایی پدید آمده است؛ یعنی اگر عقلای عصر شارع نیز در شرایط جدید قرار می‌گرفتند، همین سیره را داشتند و سیره‌شان مورد امضا قرار می‌گرفت. تبدل سیره واقعاً رخ نمی‌دهد، بلکه موضوع و شرایط زندگی اجتماعی عوض می‌شود؛ به گونه‌ای که اگر مردم عصر قدیم هم در این شرایط قرار می‌گرفتند، به سیره جدید عمل می‌کردند (معتمدی، ۱۴۰۱، ص. ۲۴۱). سیره‌های مستحدث ممکن است همان سیره‌های قدیم باشند که بر اثر تغییر شرایط و فرهنگ زمانه متحول شده‌اند و تحول آن‌ها به تبع تحول موضوع است (معتمدی، ۱۴۰۱، ص. ۱۳۸). رفتارهای متفاوت عقلا در اعصار مختلف ناشی از ذهنیت و ارتکاز واحدی است که منشأ این رفتارهای متفاوت شده است. ذهنیت عقلا در تمام اعصار واحد بوده و تغییر نکرده است. سلوک عقلا در عصر شارع که مورد امضای او قرار گرفته، موضوعیت نداشته است. امضای شارع دلالت دارد بر اینکه شارع آن ذهنیت مشترک عقلا را (که در عصر شارع به صورت سلوک معینی تجلی کرده) تأیید کرده است؛ یعنی شارع آن ذهنیت مشترک و آن سلوک معین ناشی از آن را تأیید کرده است. سلوک عقلا در عصر شارع خصوصیتی ندارد که منحصرأ مورد امضای شارع قرار بگیرد؛ زیرا شرایط عصر شارع شرایطی نیست که شارع بتواند یا بخواهد در تمام اعصار آن را حفظ کند. شرایط زندگی در اعصار متفاوت متغیر است و عقلا متناسب با آن شرایط، ذهنیت واحدشان را با رفتار متفاوت نشان می‌دهند. امضای سیره‌های عقلای عصر شارع عنوان مشیر به ارتکازات عقلایی است. ارتکازات عقلایی ثابت، اما رفتار عقلا به تناسب شرایط زندگی تغییر کرده است. با امضای آن ارتکازات، سیره‌های متفاوت ناشی از آن‌ها مورد امضای شارع هستند. بنابراین، سیره‌های متفاوت عقلا در اعصار مختلف که ناشی از ذهنیت و ارتکاز مشترکشان است، از نظر شارع معتبرند و ادله نقلی مؤید سیره‌های معاصر شارع نافی اعتبار سیره‌های مستحدث نیست.

برای مثال،

۱. عقلا برای مدیریت و سامان دادن به اسرا، آنان را به بردگی می‌گرفتند. اکنون هم همان سیره عقلا وجود دارد؛ یعنی عقلا می‌خواهند اسرا را مدیریت کنند، اما آنان را در کمپ‌ها نگهداری می‌کنند. پس سیره عقلا تغییر نکرده، بلکه شرایط عوض شده و مصادیق مدیریت تغییر کرده است.

۲. عقلا می‌خواستند زنان در جایگاه خود قرار بگیرند و به آنان به قدر لازم احترام گذاشته شود. اکنون هم همین سیره وجود دارد، اما اکنون عقلا به شیوه دیگر به آنان احترام می‌گذارند و آنان

را در جایگاه خود قرار می‌دهند.

۳. عقلا نظم اجتماعی را در طبقاتی بودن جامعه و وجود شهروندان درجه دو می‌دانستند، اما اکنون عقلا نظم اجتماعی را در برابری شهروندان می‌دانند.

۴. عقلا به دنبال بهترین شیوه مدیریت جامعه بودند و تمرکز قوا را بهترین شیوه اداره جامعه می‌دانستند. سیره تمرکز قوا مبتنی بر زندگی قبیله‌ای و جایگاه رفیع رئیس قبیله و زندگی‌های ساده آن زمان بود، اما اکنون با پیدایش و گسترش شهرها و پیچیدگی‌های زندگی اجتماعی، متناسب با جوامع جدید، شیوه‌های جدید مدیریتی پدید آمده است.

۵. در مورد مجازات، عقلا به دنبال بازدارندگی بودند و مجازات سنگین و خشن را بازدارنده‌تر می‌دانستند. اکنون نیز همین ارتکاز را دارند، اما مجازات خشن را بازدارنده نمی‌دانند و ضررشان را بیش از نفعشان می‌دانند. در واقع، تحول این سیره‌ها ناشی از تحول موضوع و شرایط آن است نه اینکه با حفظ همان شرایط، تحولی در سیره عقلا رخ داده و سیره مستحدثت پدید آمده است.

از سوی دیگر نیز می‌توان مخالفت ادله نقلی با بعضی از سیره‌های مستحدثت را توجیه کرد و گفت تنافی سیره‌های جدید و عام عقلا با اطلاق دلیل، تعارض بدوی است و با تأمل بیشتر می‌توان دریافت که میان دلیل و سیره منافاتی وجود ندارد یا مشکوک است؛ زیرا در همان موارد، دلیل حکم شرعی مشتمل بر شروط و قیودی ظریف و دقیق (و البته اکثراً مفعول) است که با ملاحظه آن شروط و قیود، منافاتی میان آن حکم و سیره دیده نمی‌شود. برای مثال، جواز ازدواج با دختر نه‌ساله عملاً با شرایط و قیودی مانند لزوم معاشرت به معروف همراه شده است. آیا با لحاظ این الزامات و محدودیت‌ها، باز چنین حکمی مخالف با ارتکاز عقلایی کنونی است؟ آیا با لحاظ لزوم رشد دختر یا لزوم رعایت مصلحت طفل توسط ولی در فرض عدم رشد او، باز جواز ازدواج مخالف با ارتکاز است و در مورد امکان مجازات، آیا با لحاظ شرایط حکم و اجرای مجازات از قبیل علم و توجه و تصدیق - و نه صرفاً تصور - نسبت به قبح و حرمت فعل، باز مجازات افراد زیر ۱۸ سال، مخالف با ارتکاز است (معتدی، ۱۴۰۱، صص. ۲۳۴-۲۳۵)؟ بنا به این نظر، از آنجاکه با دختر نه‌ساله نمی‌توان معاشرت به معروف داشت و ولی، ازدواج او را تا قبل از سن رشد به مصلحت نمی‌داند، ازدواج با او مشمول دلیل جواز نمی‌شود. همچنین، از آنجاکه افراد

زیر ۱۸ سال نمی‌توانند به درستی جرم را تصور و تصدیق کنند، مشمول دلیل مجازات نمی‌شوند.

۵.۱. همراهی شارع با همه سیره‌های عقلا

سیره‌های عقلا ذاتاً و مستقلاً معتبرند. از این رو همه سیره‌های عقلایی که در هر عصری مطلوب و مورد پذیرش عقلای همان عصرند، مطلوب شارع هم هستند. برده‌داری، تبعیض، تمرکز قوا و مجازات خشن در عصر شارع مطلوب عقلا و مورد تأیید شارع بود. اکنون نیز که همه آن‌ها لغو شده است و مطلوب عقلا نیستند، مورد تأیید شارع هم نیستند. در مواردی که اطلاعات ادله مخالف سیره‌های مستحدث است، سیره وارد بر اطلاق خواهد بود؛ زیرا حجیت دلالت خطاب عام مقید به عدم حجت برخلاف است و با فرض تحقق سیره عقلا (هرچند مستحدث) که حجت معتبر است^۱ (معتمدی، ۱۴۰۱، ص. ۲۳۷)، اطلاق و عموم خطاب مخدوش خواهد شد (معتمدی، ۱۴۰۱، ص. ۲۳۸). بنا بر این نظر، شارع با همه سیره‌های عقلا، تا استمرار دارند، همراهی می‌کند اعم از اینکه این سیره‌ها در زمان تشریح موجود باشند یا بعد حادث شوند. برای مثال، برده‌داری (استرقاق اسرا)، تبعیض دینی و جنسیتی و مجازات خشن در زمان تشریح رواج داشته و شارع با آن‌ها همراهی کرده است^۲. در دوران معاصر نیز لغو برده‌داری، برابری دینی و جنسیتی و مجازات غیرخشن سیره‌های عقلایی‌اند و شارع با آن‌ها همراهی می‌کند. استرقاق ذمی قاتل مسلمان که در دو روایت صحیح (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص. ۳۱۰؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص. ۱۹۰) از حقوق اولیای دم شمرده شده و مبتنی بر جواز استرقاق و تبعیض دینی است، امروزه برخلاف بنای مسلم عقلائی است و جایز نیست (صانعی، ۱۴۲۷، صص. ۹۱-۹۲). همراهی شارع با سیره عقلا، همراهی او با مدح و ذم عقلائی است. امضایی بودن اغلب احکام سیاسی، اجتماعی و قضایی

۱. بنا بر حجیت سیره‌های عقلایی به سبک قضیه حقیقه، نفس سیره و ارتکازات عقلا با صرف نظر از نوع و مورد آن کاشفیت دارد. درحقیقت، آنچه در عصر تشریح و حضور معصوم امضا شده، کاشفیت سیره و ارتکازات عام عقلا به‌عنوان اماره معتبر است که دلالت بر صحت مفاد آن دارد و سیره‌های عقلا در عصر شارع تنها به‌عنوان مصادیقی از این اماره معتبر مشمول امضا قرار گرفته است. بر همین اساس، سیره‌های عقلایی مستحدث نیز معتبر دانسته می‌شود.

۲. شارع سیره عقلایی عصر خود را امضا کرده است، اما امضای شارع موجب نمی‌شود احکام مورد امضا برای اعصاری که آن سیره رواج ندارد، معتبر باشد. امضای شارع مقید به رواج عرفی و عقلایی است و با زوال آن سیره، احکامش نیز منتفی می‌شود.

اسلام نشان می‌دهد که شارع اصول عقلایی حاکم بر روابط اجتماعی را پذیرفته است. نوآوری‌های پیامبران در جذب مردم به ایمان به عالم غیب (اعتقادات)، ترغیب مردم به ارتباط با آن (عبادات) و ارائه الگوهای عملی برای فضایل اخلاقی و اعمال صالح است نه در مقابله با عقلا در حوزه حقوق و وظایف فردی و اجتماعی. برای اعتبار سیره عقلا در حوزه حقوق و وظایف فردی و اجتماعی می‌توان به ادله متعدد استناد کرد^۱ (منتظر قائم، ۱۳۸۹، صص. ۹۱-۱۳۷).

۲. سکوت شارع در برابر سیره‌های مستحدث

فقها برای فهم متون دینی نمی‌توانند بر شیوه خاصی که با شیوه فهم عرفی متفاوت است، تکیه کنند. آنان با شأن عرفی خود به بیان کم و کیف دلالت متون دینی می‌پردازند (منتظر قائم، ۱۴۰۱، صص. ۴۶-۵۰). احکامی که امضای سیره عقلا یا فرهنگ معاصر تشریح است، از نظر عرف مقید به جریان همان سیره و فرهنگ است. جدا کردن آن‌ها از رواج عرفی و مطلق دانستن آن‌ها دور از فهم عرفی است. نصوص شرعی مربوط به مسائل عرفی را نمی‌توان بدون توجه به ارتکاز عقلا و فهم عرفی تفسیر کرد (خمینی، ۱۴۳۴ق، ص. ۳۸۷). بنا بر رویکرد زمینه‌گرایی^۲ در فهم مقصود شارع، آیات و روایات را نمی‌توان بدون توجه به سیره عقلایی و فرهنگ معاصر نزول و تبیین شریعت تفسیر کرد. تعداد زیادی از آیات و روایاتی که مستند احکام غیرعبادی قرار گرفته، همسو با سیره عقلایی و عرف رایج زمان تشریح است و آن‌ها را بدون توجه به این سنت‌های رایج نمی‌توان مبنای استنباط قرار داد. چنان‌که از عنوان «سیره‌های ممضا» پیداست، سیره‌های رایج در عصر تشریح امضا شده‌اند و اگر رواج نداشتند، امضای آن‌ها سالبه به انتفای موضوع بود. بنابراین، امضای شارع مقید به رواج عرفی آن‌هاست و سیره‌هایی که در دوران معاصر مطرود یا متحول

۱. در چکیده این مقاله متخذ از رساله آمده است اعتبار سیره عقلا نیازمند امضا یا عدم ردع شارع نیست؛ زیرا (۱) سیره عقلا مانند احکام شرع مبتنی بر مصالح و مفاسد شکل می‌گیرند. (۲) سیره عقلا اغلب مطابق با واقع است و این غلبه، ظن به مطابقت می‌آورد. این ظن قطع عرفی و معتبر است. (۳) شارع عاقل و در کنار عقل است نه در مقابل آن. (۴) شارع در تقنین به شیوه قانون‌گذاران عمل کرده و مانند آنان سیره عقلایی را تأیید کرده است. (۵) بیشتر احکام فقهی در ابواب معاملات، احکام عقلایی است. (۶) لازمه جاودانگی و جهان‌شمولی شریعت نیز اعتبار سیره عقلا به‌عنوان یک دلیل مستقل است. بنابراین، دلیل نقلی را می‌توان با سیره عقلا تخصیص زد یا تعمیم داد و ابهام بعضی از روایات را با آن برطرف کرد.

شده‌اند، مورد امضای شارع نیستند. از این رو، آیات و روایاتی که همسو با سیره و فرهنگ دوران شارع بیان شده‌اند، امروزه نمی‌توانند مستند احکام غیرعبادی قرار گیرند؛ زیرا احکام مستنبط از آن‌ها مقید به رواج عرفی آن سیره‌ها و فرهنگ‌هاست و با انتفای رواج عرفی، استنباط آن احکام بدون وجه است. ادله‌ای که ظاهراً رادع سیره‌های مستحدث هستند، به تبع زوال یا تحول سیره‌های معاصر تشریح سالبه به انتفای موضوع شده و سیره‌های مستحدث مسکوت‌اند و رادعی ندارند.

لازمه اطلاق ادله احکام (نسبت به اعصاری که سنت‌های معاصر تشریح رایج نیستند) این است که شارع، حفظ سیره عقلایی و فرهنگ معاصر خود را برای همه اعصار لازم دانسته باشد یا اینکه بدون توجه به سیره‌ها و فرهنگ معاصر خود احکامی صادر کرده باشد. هیچ‌کدام از این دو لازمه دلیلی ندارد و اثبات‌شدنی نیست. هیچ دلیلی نداریم که اسلام به دنبال احیای آداب و رسوم و سنت زندگی پیشینیان است، بلکه چنین راهبردی قابل انتساب به پروردگار عالم نیست و تأثیر آن سنت در احکام نیز انکارپذیر نیست. بنابراین، احکام امضایی سیره‌ها و سنت‌های معاصر تشریح امروزه منتفی است و با استناد به آن‌ها نمی‌توان مقابله شارع با سیره‌های متحول را نتیجه گرفت.

بنا بر این نظر، با استناد به ادله نقلی نمی‌توان گفت شارع با سیره‌های مستحدث مخالف و آن‌ها را رد کرده است، بلکه در صورتی می‌توان شارع را با سیره‌های جدید مخالف دانست که اطلاقات و عمومات شارع نسبت به شرایط جدید نیز اطلاق داشته باشد^۱ و گرنه رادع آن نخواهد بود (معتمدی، ۱۴۰۱، ص. ۲۳۲). به نظر می‌رسد ادله شارع (برای امور عقلایی عصر تشریح) نسبت به زمان معاصر (که سیره‌های عقلا برخلاف این امور است) مطلق و عام نیست و از این زمانه منصرف است و با استناد به آن‌ها نمی‌توان اثبات کرد که شارع اکنون نیز با این امور موافق است. اگر دلیل لفظی در عصر صدور منطبق با سیره عقلای آن عصر بوده و ظهور در امضای آن داشته و سپس سیره دچار تحول و دگرگونی شده است، اساساً ادله امضایی نسبت به فرض تغییر سیره اطلاق ندارد و از این رو اطلاق دلیل مخدوش و تمسک‌ناپذیر است (معتمدی، ۱۴۰۱، ص. ۲۳۳). با توجه به اینکه در سیره‌های مستحدث، معمولاً نفس سیره و ارتکاز، نو نیست و آنچه جدید است شرایط و احوال جامعه است، در این موارد وحدت «موضوع دلیل» و «موضوع سیره»

۱. برای مثال، ادله جواز استرقاق اسرا مقید به زمانی که استرقاق بهترین شیوه مدیریت اسرا بوده است، نباشد و نسبت به زمانی که استرقاق بهترین شیوه نیست، اطلاق داشته باشد.

محل تردید قرار می‌گیرد (معمدی، ۱۴۰۱، ص. ۲۳۵) و نمی‌توان ادله نقلی را ناظر به سیره‌های مستحدث (که در شرایط جدید حادث شده‌اند) و رادع آن‌ها دانست.

برای مثال،

۱. جواز استرقاق اسرا اکنون مشمول نسخ تمهیدی زمان‌بندی شده است؛ زیرا زمینه‌های آن در عهد پیامبر فراهم شده بود (معرفت، ۱۳۸۰، ص. ۱۴).

۲. امر به زدن زنان (نساء، آیه ۳۴) امروزه مشمول نسخ تمهیدی شده است (معرفت، ۱۴۲۳ق، صص. ۱۵۷-۱۵۸).

۳. تقسیم‌بندی کار مردان و زنان (زنان کار خانه و مردان کار بیرون) و تعیین جایگاه زنان در جامعه از مسائلی است که نمی‌تواند تعبدی باشد، بلکه به تناسب شرایط مکان و زمان تغییر می‌یابد (بجنوردی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص. ۴۵۳).

۴. در مورد دو برابر بودن ارث مرد نسبت به زن باید توجه داشت که در مجتمعی که مسئولیت اقتصادی بر دوش مرد گذاشته و از زن برداشته شده است، باید تشریح برای مرد امتیازی قائل شود و این تشریح همگام با حکم عقلاست، اما وقتی وضعیت مجتمع به گونه‌ای شود که زن مثل مرد مسئولیت اقتصادی داشته باشد و نصف انفاق خانواده بر عهده او باشد، این پرسش مشروع می‌شود که آیا همان حکم باید ادامه داشته باشد یا موضوع تغییر می‌کند و به دنبال آن حکم هم تغییر می‌کند؟ وقتی شرایط و ملاکات تغییر کند، احکام هم تغییر می‌کند (بجنوردی، ۱۳۸۳، ج ۴، صص. ۲۱۹-۲۲۰).

۵. در مورد شهادت زن نیز شایان توجه است که زن در زمان قدیم حضور اجتماعی یا اقتصادی نداشته و طبیعی است که از شهادت او اطمینان حاصل نشود... اما امروزه ممکن است فقیه بگوید ما برای شهادت، به دو زن در برابر یک مرد نیاز نداریم. وقتی فراموشی زن منتفی شود نیاز به زن دیگر نیست که به او یادآوری کند (بجنوردی، ۱۳۸۳، ج ۴، صص. ۲۲۱-۲۲۲).

۶. در جاهلیت، عرف قبیله‌ای حاکم بود و مطابق آن عرف، دیه بر عهده عاقله بود. اسلام هم این مسئله را پذیرفت. در این زمینه نیز مانند سایر احکام، جعل به صورت قضیه حقیقه است؛ به این معنا که در هر جامعه‌ای که عرف قبیله‌ای حکومت می‌کند و قبایل و عشایر با هم پیمان می‌بندند تا در مواردی که یکی از افراد مرتکب جنایت موجب دیه شود، تمام افراد قبیله

عهده‌دار دیه شوند، این حکم در آن جوامع ثابت است، اما در جوامعی که عرف قبیله‌ای حاکم نیست، صرف پسرعمو بودن دو نفر موجب نمی‌شود آن‌ها را مسئول پرداخت دیه بدانیم؛ زیرا اصلاً قرارداد و پیمانی در این زمینه با هم ندارند (بجنوردی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص. ۱۰۳). ولایت جد پدری ناشی از رواج فرهنگ مردسالارانه بود که در قرون متمادی بر جوامع حاکم بود؛ به‌ویژه هنگام ظهور اسلام در جزیره‌العرب نظام خانواده به‌صورت قبیله‌ای بود و پدر و فرزندان تحت سرپرستی اجداد خود به سر می‌بردند. اسلام نیز عرف آن زمان را امضا کرده است (بجنوردی، ۱۳۸۳، ج ۴، ص. ۳۲۴).

احکام متأثر از رواج عرفی اختصاصی به احکام امضایی ندارد و احکام تأسیسی‌ای را هم که با توجه به سیره و سنت‌های معاصر تشریح وضع شده‌اند، دربرمی‌گیرد. نمی‌توان گفت شارع به حفظ روش‌هایی که برای برقراری عدالت (در امور مدنی و جزایی) در قرون پیش وضع کرده، پایبند است حتی اگر در قرون جدید (با تحولی که در سیره‌های عقلایی پدید آمده است) مورد مذمت عقلای عالم باشد. از این رو ادله لفظی نسبت به همه سیره‌های عقلایی مستحدث یا متحول‌شده، مسکوت است و اکنون باید با استناد به ادله عقلی و عقلایی احکام آن‌ها را فهمید. شارع نسبت به سیره‌های مستحدث متحول ساکت است و دلیل نقلی بر امضا یا رد آن‌ها وجود ندارد. در موارد سکوت شارع می‌توان به سیره‌های عقلایی و گزاره‌های عقل عملی استناد کرد یا با استناد به برائت به جواز ظاهری آن‌ها حکم کرد. برده‌داری، تمرکز قوا، تبعیض و مجازات خشن (که در زمان شارع رایج بوده‌اند) اکنون منتفی‌اند و نفی برده‌داری، تفکیک قوا، مساوات و مجازات انسانی سیره‌های عقلایی مستحدث مسکوت‌اند. مسلمانان در این موارد مانند بقیه مردم دنیا برده‌داری و انحای مختلف تبعیض و مجازات خشن غیرانسانی را مذموم و تفکیک قوا، مساوات و مجازات انسانی و جایگزین زندان را ممدوح می‌شمارند. سیره‌های مستحدث مخالف با سیره‌ها و سنت‌های امضا اکنون در منطقه‌الفراغ ادله شرعی قرار دارند و معتبرند.

البته نسبت دادن مفاد ادله لیبی به شارع قابل بحث است. کسانی که ملازمه احکام عقلی و عقلایی با احکام شرعی را می‌پذیرند، می‌توانند این احکام را به شارع هم نسبت بدهند و کسانی که در این ملازمه تردید دارند، در نبود احکام شرعی، عمل به احکام عقلی و عقلایی را تنها راه معقول می‌دانند بدون اینکه آن را منسوب به شارع بدانند. مسکوت بودن این سیره‌ها از جانب شارع دلیل بر عدم محاسبه آن‌ها در آخرت نیست. عمل به اصول عقلایی نزد خدا مأجور است.

پاداش و جزای الهی مختص احکام ابلاغ شده شرعی نیست.

۳. مدارای شارع با سیره‌های عقلایی نامطلوب

اگر فرضیه «همراهی شارع با سیره عقلا و رضایت او از سیره‌های مستحدث» یا «مقید بودن امضای سیره‌های معاصر شارع به رواج عرفی و سکوت شارع در برابر سیره‌های مستحدث» پذیرفته نشود، فرضیه «مدارای شارع با سیره‌های عقلایی نامطلوب» مطرح می‌شود. بنا بر این نظر، شارع با بعضی سیره‌ها که مطلوب او نیست، بنای مخالفت ندارد و با آن‌ها مدارا می‌کند؛ زیرا حتی اگر مقتضی مخالفت با آن‌ها وجود داشته باشد، موانع ضرر، حرج یا مفسده نیز موجود است.^۱ به حسب نقل ابن هشام، پیامبر به فرستادگان مسیلمه فرمود اگر چنین (رسم و سیره) نبود که فرستادگان کشته نمی‌شوند، حتماً گردن شما را می‌زدم (ابن هشام الحمیری، بی‌تا، ج ۲، صص. ۶۰۱-۶۰۰). قواعد لاضرر و لاحرج و عدم مفسده که قواعد کنترل‌کننده فهم ما از قرآن و سنت هستند (صدر، ۱۳۹۶، ص. ۲۹)، حاکم بر احکام یا مخصص آن‌ها هستند و مفادشان این است که احکام ضرری، حرجی یا مفسده‌دار شرعی نیستند. بعضی از سیره‌های عقلا ممکن است نامطلوب شارع باشند، ولی مخالفت شارع با آن‌ها برای مردم هزینه (ضرر، حرج یا سلب منفعت) دارد و شارع مایل به پرداخت این هزینه‌ها از جانب مردم نیست. چه بسا این سیره‌های نامطلوب در عصر تشریح هم بودند و شارع آن‌ها را محدود کرده و با تدبیرهای مختلف خواسته است آن‌ها را تغییر دهد.

بنا بر نظر فقها در فقه رایج، ادله دال بر تمرکز قوا، تبعیض و مجازات خشن نسخ تدریجی نشده است^۲ و اقتضا دارد که رادع سیره‌های عقلایی تفکیک قوا، مساوات و مجازات انسانی باشد. بنابراین، نامطلوب بودن سیره‌های مستحدث از عمومات و اطلاقات یا ادله خاص شرعی فهمیده می‌شود. با اینکه ادله امضایی سیره‌های عصر تشریح (مانند برده‌داری)، اقتضای مخالفت با سیره‌های مستحدث (مانند نفی برده‌داری) دارند، اما برای مخالفت شارع با آن‌ها موانعی (مثل ضرر

۱. برای اینکه حکم شرعی (که مقتضی آن موجود است) لازم‌الاجرا شود، باید مانعی وجود نداشته باشد. برای مثال، هر مسلمان بالغ عاقلی اقتضای روزه گرفتن دارد، اما اگر برای او ضرر داشته باشد، دستور روزه گرفتن متوجه او نیست.

۲. یعنی این ادله مقید به رواج عرفی نیستند و نظر شارع را برای همه اعصار بیان می‌کنند.

و حرج) وجود دارد. پس مسلمانان نباید با این سیره‌ها مقابله کنند، بلکه باید در عین مدارا با آن‌ها بکوشند تا جایی که متضرر نمی‌شوند و زندگی‌شان به مشقت نمی‌افتد و منافع شایان توجهی را از دست نمی‌دهند، آن‌ها را محدود (حق تحفظ)^۱ و در حد توان تلاش کنند آن‌ها را تغییر دهند. با مدارای شارع با سیره عقلا، قضایای شرعی به «عقلایی بودن» مشروط می‌شوند؛ زیرا قضایای شرعی مخالف با سیره‌های عقلا بنا به ادله احکام ثانوی نفی می‌شوند.

۱.۳. مدارای شارع با سیره‌های عقلایی نامطلوب معاصر خود

به نظر برخی قرآن‌شناسان، بعضی از سنت‌های جاهلی که مورد تأیید شارع قرار گرفته‌اند، نسخ تدریجی شده‌اند. اسلام ابتدا در مورد آن‌ها با مردم همراهی و هم‌نوایی کرده است تا بتواند آنان را به فطرت انسانی‌شان بازگرداند؛ زیرا ریشه‌کن کردن آن‌ها نیازمند فرصت و چاره‌اندیشی‌های اساسی بوده است (معرفت، ۱۴۲۳ق، ص. ۱۵۰). برای مثال، می‌توان به دو مورد اشاره کرد. ۱. مشروعیت استرقاق اسرا ناشی از رواج عملی و انس نظری جامعه بشری معاصر شارع بوده و امروزه خارج از گردونه جامعه است و از نظر اسلام جایز نیست (منتظری، ۱۳۸۸، صص. ۱۱۰-۱۱۱). اسلام با این‌گونه برده‌داری مدارا کرد، اما برده‌داران را به رعایت حقوق بردگان و آزاد کردن آنان توصیه کرد و تدابیری اندیشید. از روایاتی که در مذمت برده‌فروشی و مدح آزاد کردن بردگان بیان شده است، استنباط می‌شود که شارع با برده‌داری موافق نبوده، اما به علت وجود موانعی نتوانسته است با آن مخالفت کند و ناچار به مدارا با آن شده است. ۲. معاصر شارع مردسالاری رایج و عقلایی بوده و بعضی از احکام شرعی نیز منطبق با این سنت عقلایی بیان شده است. در حالی که امروزه بسیاری از شئون مردسالاری رایج نیست و مورد مذمت عقلاست. در زمان شارع، ترفیع مقام زن بدون مقدمه‌چینی ممکن نبود و نیاز به زمان داشت و اندکی همراهی با مردم را ایجاب می‌کرد تا آگاه‌سازی آنان ممکن شود... قوامیت مرد بر زن در قرآن آمده، اما از سوی امامان به‌گونه‌ای تفسیر شده است که تعدیل شود (معرفت، ۱۳۸۰، ص. ۱۴). مردسالاری در

۳. Reservation (حق شرط یا تحفظ یا تحدید تعهد در حقوق بین‌الملل)؛ بیانیه یک‌جانبه‌ای که یک کشور تحت هر نام یا به هر عبارت در موقع امضا، تصویب، پذیرش، تأیید یا الحاق به معاهده‌ای صادر و با آن قصد خود را اعلام می‌کند که اثر حقوقی بعضی از مقررات معاهدات را به هنگام اجرای آن معاهده نسبت به خود نمی‌پذیرد یا آن را تغییر می‌دهد (کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات، ۱۹۶۹).

خانواده مقید به جایی شده است که مرد فضیلتی بر زن داشته باشد و هزینه زندگی خانواده را بدهد (نساء، آیه ۳۴)^۱ (مهریزی، ۱۴۰۰، ص. ۱۴۷). از روایاتی که در تمجید زنان و کرامت انسان و سفارش به مردان برای مدارا با زنان وارد شده است نیز می‌توان دریافت که شارع با مردسالاری موافق نبوده، اما در این مورد به علت وجود موانعی با عقلای زمان خود مدارا کرده است.

۳.۲. مدارای شارع با سیره‌های عقلایی نامطلوب مستحدث

مدارای شارع با سیره‌های عقلایی نامطلوب اختصاصی به سیره‌های نامطلوب عصر خودش ندارد و شامل سیره‌های نامطلوب مستحدث هم می‌شود. ممکن است امروزه نیز بعضی سیره‌های عقلا مطلوب او نباشد، ولی فقها (به تبع شارع) نباید در برابر آنها بایستند، بلکه باید آنها را تحمل و امضا کنند و برای تغییر فرهنگ مردم جوامع تلاش بکوشند تا به تدریج عقلا این سیره‌های نامطلوب را کنار بگذارند. جامعه اسلامی برای اجتناب از مفاسد و ضررهای دینی و دنیوی و تقویت مصالح نباید در میان جوامع به «جامعه غیرعقلایی» منتسب و ارتباطش با آنان قطع شود. تنها با استناد به ظواهر بدوی ادله نقلی نمی‌توان حکم مخالف با سیره‌های عقلا استنباط کرد و به شارع نسبت داد. همه احکام شرع به عدم مخالفت با سیره‌های عقلا مقیدند. سیره‌های عقلا برای احکام نقش مخصص و مقید را دارند و دایره احکام را به عصری که این احکام زیان‌بار نباشند، مضیق می‌کنند.

اگر در مقام استنباط، تعارض ادله لاضرر با ادله مخالف سیره‌های عقلایی نوین پذیرفته نشود و حاکم بر آنها قرار نگیرد، در مقام امتثال مزاحم آنها خواهد بود. در مواردی که ادله نقلی ظهور در احکامی دارد که برخلاف سیره‌های عقلایی نوین است، شارع در مقام تقنین^۲ و اجرا با این

۱. الرجال قوامون علی النساء، جمله خبری است. خدا ابتدا گزارش می‌دهد که در جامعه کنونی این قوامیت رواج دارد. بعد آن را مقید می‌کند بما فضل الله بعضهم (بعض الرجال والنساء) علی بعض (بعض الرجال والنساء). ضمیر «هم» نمی‌تواند به رجال برگردد؛ زیرا معنا ندارد بگوید چون بعضی از مردان افضل‌اند، پس همه‌شان مدیرند. بنابراین، ضمیر «هم» به همه مردان و زنان برمی‌گردد؛ یعنی هر کدام از اینان که بر دیگری فضیلت دارد و توانایی اداره دارد (مثل اینکه انفاق می‌کند)، مدیر هم هست (مهریزی، ۱۴۰۱، ص. ۱۸۵).

۲. در جوامعی که قانون حاکم است، فتوایی که بخواد اجرا شود باید به قانون تبدیل شود. بنابراین، تقنین به اجرا شدن فتوا مشروعیت عرفی می‌دهد.

سیره‌ها مدارا می‌کند؛ زیرا قانونی شدن و اجرایی شدن این احکام در سطح جامعه موجب مذمت عقلا و مخالفت با سیره‌های عقلا برخلاف مصالح جامعه است؛ گاه موجب ضرر، حرج یا مفسده و گاه موجب تفویت مصالح دنیوی یا دینی جامعه می‌شود. در هر صورت، این سیره‌ها (حتی اگر مطلوب شارع نباشند) حکم شرعی را در مقام اجرا محدود می‌کنند.

۳.۳. ادله مدارای شارع با سیره‌های عقلا نامطلوب

برای اثبات مدارای شارع با سیره‌های نامطلوب مستحدث در مقام استنباط و اجرا می‌توان به این ادله تمسک کرد.

۱.۳.۳. قبح تضعیف دین

الف. صغری

فتوهای مخالف با سیره عقلا موجب تضعیف دین و دین‌گریزی می‌شود. احکامی که مخالف سیره عقلاست، موجب وهن دین و مقتضی این است که مسلمان و غیرمسلمان را از اسلام فراری دهد. بشر به پشتوانه قرن‌ها تجربه به این نتیجه رسیده است که دین‌داران و بی‌دینان و زنان و مردان برای ادامه زندگی باید به هم احترام بگذارند، در زندگی صلح‌آمیز حقوق مساوی داشته باشند و از مجازاتی که کرامت انسان را مخدوش می‌کند، بپرهیزند. در این زمانه، اگر فقها احکامی به شارع نسبت دهند که تبعیض میان مردم را روا می‌دارد، برای همه حقوق مساوی قائل نیست و دست از مجازات خشن بر نمی‌دارد، نه تنها به دین‌آوری و دین‌داری مردم کمک نمی‌کنند، بلکه مردم را از خود دور می‌کنند. چه بسا تعزیر با زدن و مجازات دردناک، مضر و نفرت‌انگیز باشد^۱ (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۳۴۱). فقها با این فتواها نمی‌توانند سیره عقلا را که مبتنی بر تجربه صدها سال است، تغییر دهند. از این رو هر دو مسیر خود را می‌روند و از هم دورتر می‌شوند. شریعت برای هدایت مردم است و هدایت جوامع با مخالفت و مبارزه با سیره آنان صورت نمی‌گیرد، بلکه با مدارا، گفت‌وگو و اقتناع حاصل می‌شود. اوضاع فرهنگی جامعه اسلامی باید به گونه‌ای باشد که

۱. فقها در بعضی مسائل توجه داشته‌اند که فتوایشان موجب وهن دین و دین‌گریز نباشد. از این رو مرجعیت فاسق را موجب وهن مذهب دانسته‌اند (سیفی، ۱۴۳۶ق، ص. ۱۱۰). علت حرمت فروش اسلحه به دشمنان دین، تقویت کفر و تضعیف حق است (سبحانی، ۱۳۸۲، ص. ۳۳۷).

دانشجویان و محققان از تمام جهان به سوی مراکز تربیتی، علمی و هنری آن هجوم آوردند (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۱، ص. ۱۷۸).

ب. کبری

اول. تنافی مدلول دو دلیل در مقام تشریح (تعارض بدوی ادله)

مفاد بعضی ادله نقلی (مانند جواز برده‌داری، تبعیض، تمرکز قوا و مجازات خشن) از این حیث که موجب تضعیف دین است، در تعارض بدوی با مفاد دلیل عقلی قبح تضعیف دین قرار می‌گیرد. در این تعارض، دلیل عقلی بر ادله نقلی حاکم می‌شود و عقدالحمل مفاد این ادله را مضیق می‌کند. در نتیجه، احکام جواز یا وجوب مستنبط از ادله نقلی منتفی می‌شود و مشروعیت برده‌داری، تبعیض (میان مرد و زن و مسلمان و غیرمسلمان)، تمرکز قوا (در اداره جامعه) و مجازات خشن مخدوش می‌شود. معقول نیست متشرعان به چند حکم فرعی‌ای ملتزم باشند که موجب تضعیف اصل دین می‌شود. التزام به احکام فرعی برای تقویت دین‌داری است و اگر موجب تضعیف اصول دین شود، نقض غرض می‌شود. احکام شرعی (که جزئی از دین‌اند) نباید همه دین را تهدید کنند. متفر کردن مردم از دین، به‌طور مطلق مذموم و محدود کننده احکام شرعی است. هیچ حکم شرعی نباید موجب تضعیف دین شود. حکم شرعی‌ای که موجب تضعیف دین شود، حکم شرعی نیست. بنابراین، هرگاه مفاد بعضی از ادله نقلی مخالف سیره عقلا باشد (و عقلای عالم آن را مذمت کنند) موجب تضعیف دین و شرعاً منتفی می‌شود. از آنجاکه دلیل حاکمی که عقدالحمل دلیل محکوم را مضیق می‌کند، کارایی دلیل مخصص را دارد، می‌توان گفت دلیل لیبی قبح تضعیف دین، ادله احکام نقلی را تخصیص می‌زند و موجب می‌شود احکام به «زمانی که موجب تضعیف دین نمی‌شوند»، مضیق و محدود شوند. به دلیل بدیهی عقلی، احکام شرعی، عام و مطلق زمانی نیستند؛ بلکه مخصص و مقید به زمان‌ها و مکان‌هایی هستند که موجب نفرت مردم از اصل دین نشوند. از آنجاکه تضعیف دین عنوان ثانوی است که در شرایط خاصی به احکام شرعی تعلق می‌گیرد، دلیل عقلی قبح تضعیف دین جزو ادله احکام ثانوی قرار می‌گیرد و در نهایت، همه ادله احکام شرعی را تخصیص می‌زند. برای این دلیل عقلی، به مؤیداتی از قرآن (نوبهار و عمادپور، ۱۳۹۸، صص. ۳۱-

۶۰) و سنت نیز می‌توان استناد کرد. به‌حسب روایتی از امام‌رضا (علیه‌السلام) علت حرمت فرار از جنگ و هن در دین^۱ است (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص. ۶۵). فقها نیز به‌عنوان قاعده فقهی، هرچه را موجب وهن دین شود حرام شمرده (سیفی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص. ۱۵۵)، در مسائل مختلف به حرمت وهن دین استناد کرده‌اند و مردم را از کاری که موجب وهن مذهب می‌شود، پرهیز داده‌اند (مکارم، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص. ۱۷۸). حد رجم اگر موجب وهن دین شود، به‌طور موقت تعطیل می‌شود (فاضل لنکرانی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۴۴). دست دادن مرد با زن غیرمسلمان نیز در صورتی که ترک آن موجب وهن دین شود، جایز می‌شود (منتظری، ۱۳۸۴، ج ۳، ص. ۳۳۱).

دوم. تنافی دو حکم در مقام امتثال (تزام احکام)

با حکومت دلیل قبح تضعیف دین بر ادله احکام اولی، همه احکام اولی مضیق می‌شوند و نوبت به التزام نمی‌رسد، اما به فرض عدم جریان حکومت یا تخصیص، تنافی دو حکم در مرحله امتثال ظاهر می‌شود. در مقام امتثال، میان بعضی احکام (مثل جواز برده‌داری، تبعیض، تمرکز قوا و مجازات خشن) با حکم حرمت تضعیف دین تنافی ایجاد می‌شود؛ زیرا مکلف یا مکلفان قدرت بر امتثال هر دو را ندارند. اعمال مجازات خشن برخلاف سیره عقلاست و موجب تضعیف دین می‌شود. رعایت حکم حرمت تضعیف دین نیز موجب عدم اعمال مجازات خشن می‌شود. بنابراین، جمع میان این دو مقدور نیست. از این‌رو، حکم اهم حرمت تضعیف دین بر احکام دیگر مقدم می‌شود و آن‌ها را حذف می‌کند. بعضی فقها نسبت میان احکام شرعی و حرمت قبح وهن دین را التزام دانسته و قبح وهن دین را به علت اهم بودن مقدم بر احکام دیگر دانسته و گفته‌اند ابزار و شیوه‌های مجازات که در روایات آمده است، چنانچه التزام با اهم شود مانند وهن اسلام و مسلمانان، قهراً مانند جمیع موارد التزام، اهم مقدم است و آن حکم مهم ساقط می‌شود (روحانی، ۱۳۸۲، ص. ۸۴). اجرای مجازات اسلامی در صورتی که مایه وهن دین شود، جایز نیست (منتظری، ۱۴۰۱، ص. ۱۰۳؛ موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲، ص. ۲۱۵). فعل واجب در صورتی که موجب سب خدا و مانند آن شود، باید ترک شود (اردبیلی، بی‌تا، ص. ۳۴۰). از این التزام می‌توان نتیجه گرفت که جواز اجرای مجازات شرعی مقید به زمان و مکانی است که موجب تضعیف دین نشود؛ زیرا غیر

۱. وهن یعنی ضعف؛ هرچه موجب ضعف دین شود، موهن دین است.

از این مقدور نیست. اگر به فرض، اجرای مجازات اسلامی موجب تضعیف دین بعضی از مؤمنان و تقویت دین بعضی دیگر شود، باز هم حرمت تضعیف دین مقدم می‌شود؛ زیرا اولاً، جواز تقویت دین مردم با جواز اجرای مجازات اسلامی تراحم ندارد و یکی از طرفین دو حکم متزاحم نیست. ثانیاً، در تراحم تقویت دین مردم (مأموریه) با تضعیف آن (منهی‌عنه)، حکم دوم مقدم می‌شود؛ زیرا این مأموریه بدل‌هایی دارد که با آن منهی‌عنه تراحم ندارد. تقویت دین مردم از راه‌های دیگر (غیر از اجرای مجازات اسلامی) نیز ممکن است. ثالثاً، در تراحم عمل به مأموریه و ترک منهی‌عنه، ترک منهی‌عنه مقدم است؛ زیرا مذموم بودن ارتکاب منهی‌عنه بیش از مذموم بودن فعل مأموریه است.

همچنین، به حسب روایات، مؤمنان باید مردم را به دین‌آوری ترغیب (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۶، ص. ۱۶۵) و با آنان مدارا کنند (بروجردی، ۱۳۸۶، ج ۲۰، ص. ۱۷۰). بدون تردید، عدم مدارای دین‌داران با مردم موجب دوری مردم از دین می‌شود. به نظر بعضی از فقها، در صورتی که ملزم کردن زنان غربی نوآشنا با اسلام به حجاب موجب عدم رغبت آنان به اسلام شود، مانعی نیست که آنان به این امر ملزم نشوند (خسروشاهی، ۱۳۹۷، صص. ۱۴۰ و ۱۴۷)؛ زیرا رعایت هر دو مقدور نیست و باید اهم را مقدم داشت. فتوایی که برخلاف مصالح دینی جامعه است و انتساب آن‌ها به شرع موجب تفویت مصلحت دینی و مانع رغبت به دین‌آوری می‌شود، در تراحم با حکم لزوم حفظ مصالح و دفع مفاسد دینی قرار می‌گیرد. در این تراحم، رعایت مصالح دینی اهم است و بر آن فتواها مقدم می‌شود.

بنابراین، شارع برای پرهیز از پیامدهای دینی منفی مخالفت با سیره عقلا با آن‌ها مدارا می‌کند و به‌طور موقت (تا تحول در سیره عقلا) فتوای مخالف با سیره‌های عقلا قابل انتساب به شارع نیست. مقابله با سیره عقلا و مبارزه با جوامع عقلایی به مصلحت دین نیست. شارع باید با آن‌ها مدارا کند تا از این طریق بتواند در آن‌ها تأثیر بگذارد نه اینکه جوامع غیراسلامی را به مقابله با جامعه اسلامی تحریک کند؛ همان‌طور که هیچ کشوری برای اینکه در مسیر توسعه قرار بگیرد نمی‌تواند رابطه مخاصمت‌آمیز با دول دیگر داشته باشد، بلکه باید با آن‌ها رابطه صلح‌آمیز داشته باشد. فقه نیز اگر بخواند در دنیا مطرح باشد یا حتی بخواند در جامعه متدینان عملی باشد، باید با حقوق مشترک انسانی که میان عقلای دنیا پذیرفته شده است، خصومت نداشته باشد. حتی اگر

آن‌ها را قبول ندارد باید با آن‌ها مدارا کند^۱.

۲.۳.۳. قبح تضعیف شریعت

الف. صغری

فتوهای مخالف با سیره عقلا موجب روی‌گردانی مسلمانان از شریعت و مانع ماندگاری آن می‌شود. جاودانگی شریعت با مقابله و مخاصمه با سیره عقلایی معاصر حاصل نمی‌شود. با مخالفت شریعت اسلام با سیره عقلا، نه می‌توان برتری آن را نسبت به شرایع دیگر اثبات کرد و نه می‌توان آن را به‌عنوان مقررات مقبول در میان جوامع حقوقی معرفی کرد. در جوامع کنونی برای تنظیم روابط اجتماعی، بسیاری از مقررات وضع شده است که ناشی از تفکر و تجربه عقلاست. از این‌رو فتوایی که مستند به ادله شرعی‌اند، در صورتی می‌توانند در جوامع باقی بمانند و نظر عقلا را به خود جلب کنند که بتوانند برتری یا همسانی خود را با مقررات مشابه بشری نشان دهند. فتوایی که با سیره عقلایی زمانه خود همراه‌تر و با اقتضائات زمانی و مکانی عصر خود مناسب‌ترند، به شریعت معقول و جذاب نزدیک‌ترند. عدم توجه فقها به جامعه و سیره‌های عقلایی معاصر خود و اکتفا به تکرار فتوای غیرعبادی صدها سال پیش لازمه‌اش این است که فقه در جوامع حقوقی قابل عرضه نباشد، در کنار رقبای خود نتواند دوام بیاورد و انگیزه‌ای برای رجوع به آن پدید نیاید. اگر فقها شریعت را مختص زمان تشریح نمی‌دانند و اعصار بعد از نزول آن را نیز (با همه تغییری که در سبک زندگی مردم پدید آمده است) مخاطب شارع می‌دانند، لازمه‌اش این است که به تغییر سبک زندگی عقلای معاصر توجه داشته باشند نه اینکه از عرف عام امروز بخواهند تجربه‌های هزارساله‌اش را زیر پا بگذارد و به فتوای متناسب با ادوار گذشته تن دهد. عقلای معاصر در بسیاری از کشورها، نظرهایی را که در قلمرو زندگی اجتماعی و سیاسی آنان است، اما بیش از هزار سال ثابت مانده است و با سیره‌های عقلایی نوین منطبق نیست، نپذیرفته‌اند و در جوامع خود طبق آن‌ها قانون نمی‌نویسند؛ زیرا شیوه زندگی آنان بارها تغییر کرده است. به همین علت است که از زمانی که عقلا به تقنین روی آورده‌اند تاکنون، بارها قوانین مدنی و جزایی (و حتی در بسیاری موارد، اساسی) جوامع خود را تغییر داده‌اند. عقلا در قانون‌گذاری به عقب بر نمی‌گردند. تلاش فقها

۱. وگرنه جایگاه خودش را در جامعه خودش هم از دست می‌دهد و حتی به اخلاق و ایمان متدینان نیز آسیب می‌رساند.

برای زنده نگه داشتن شریعت سابق نیز بی‌فایده بوده است. فقها نیازمند فهم نوین از شریعت‌اند؛ فهمی از شریعت که با توجه به تغییر سبک زندگی عقلا و تحولاتی که در سیره آنان پدیدآمده است، به هدایت آنان بپردازد نه اینکه راه‌هایی را به آنان نشان دهد که برای هدایت عقلای صدها سال پیش بیان شده است. خاتمیت شریعت اسلام به این معنا نیست که مردم در همه اعصار باید به همان شریعتی که مخاطب اولی‌اش مردم اعصار گذشته بودند پایبند بمانند، بلکه به این معناست که امت اسلامی به قدری از رشد علمی رسیده است که می‌تواند از آن شریعت، فهمی متناسب با عصر خود ارائه دهد و شریعتی معرفی کند که در شأن جوامع نوین باشد. در غیر این صورت به تدریج با کنار رفتن بخش‌هایی از فقه، رواج اسلام منهای شریعت دور از انتظار نیست.

ب. کبری

اول. تنافی مدلول دو دلیل در مقام تشریح (تعارض بدوی ادله)

احکام شرعی جزئی از دین و دین‌داری بدون اهتمام به آن‌ها ناقص است. دین مجموعه به‌هم‌پیوسته اعتقادات، فضایل اخلاقی و اعمال صالح است. عمل به شریعت بخش عظیمی از اعمال صالح را تشکیل می‌دهد که در قرآن بارها ملازم با ایمان ذکر شده است^۱ و موجب تقویت ایمان می‌شود (فاطر، آیه ۱۰)^۲. ایمان جز با عمل تثبیت نمی‌شود (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۳۸) و کسی جز با عمل به خدا نزدیک نمی‌شود (طوسی، ۱۴۱۴ق، ص. ۷۳۶). بنابراین، در دایره دین‌داری، عمل به شریعت بسیار مهم است. دین‌داران نمی‌توانند به آن اهتمام نداشته باشند و فقها نمی‌توانند نسبت به سهل‌انگاری مردم نسبت به شریعت بی‌تفاوت باشند. تضعیف شریعت همسان تضعیف دین جایز نیست. اگر امر به معروف یا نهی از منکر موجب وهن شریعت باشد، جایز نیست (خمینی، ۱۳۷۹، ص. ۳۶۵). نهی زن مسلمانی که حجاب را رعایت نمی‌کند، لازم است مگر اینکه موجب وهن شریعت باشد (فاضل لنکرانی، ۱۴۳۰ق، ص. ۵۰). اصرار فقها بر حفظ چند حکم

۱. تکرار آیات «الذین آمنوا و عملوا الصالحات» در قرآن.

۲. إِلَيْهِ يَصْعَدُ الْكَلِمُ الطَّيِّبُ وَالْعَمَلُ الصَّالِحُ يَرْفَعُهُ؛ سخنان پاکیزه به سوی او بالا می‌رود و کار شایسته به آن رفعت می‌دهد. مراد از کلمه طیب اعتقادات حق است. صعود کلمه طیب به معنای تقرب جستن به خداست. عمل صالح زمینه صعود اعتقاد صحیح را فراهم می‌کند و هرچه عمل صالح بیشتر شود، اعتقاد انسان راسخ‌تر می‌شود (طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ج ۱۷، ص. ۲۳).

فقهی مخالف با سیره عقلا موجب اعراض بسیاری از مردم از همه فقه می‌شود. قربانی کردن همه شریعت به پای جزئی از آن معقول نیست. سیره عقلا با عبادات شرعی اصطکاکی ندارد، اما وقتی مردم بعضی از احکام شرع را نامعقول بدانند و از همه احکام شرع روی گردان شوند، به عبادات هم پایبند نخواهند بود. بنابراین، دلیل نهدی از تضعیف شریعت در تعارض با ادله احکام مخالف سیره عقلا، بر آن‌ها حاکم می‌شود و دایره آن‌ها را مضیق می‌کند به زمانی که موجب تضعیف شریعت نشوند.

دوم. تنافی دو حکم در مقام امتثال (تزام احکام)

تزام دو حکم در مقام امتثال، در اینجا نیز متصور است و موجب می‌شود حکم اهم حرمت تضعیف شریعت بر حکم مهم جواز استرقاق و مانند آن مقدم شود و احکام مخالف سیره‌های عقلا از حوزه عمل خارج شود.

۳.۳.۳. قاعده لاضرر و لاجرح

الف. صغری

وضع قوانین مخالف سیره عقلایی، برای مردم ضرری، حرجی، سخت و دارای مفسده است؛ زیرا جوامع دیگر، جامعه دینی را در تحریم‌های اقتصادی و اجتماعی قرار می‌دهند. این تحریم‌ها موجب می‌شود مردم از ابعاد مختلف ضرر کنند و در مضیقه بیفتند. امروزه اگر کشوری ارتباطش را با دیگر کشورها قطع کند نه تنها نمی‌تواند پیشرفت کند و مصالحش را از دست می‌دهد، بلکه زندگی مردم آن کشور در مضیقه قرار می‌گیرد و مردم از جهات مختلف متضرر می‌شوند. امروزه مخالفت با مصوبات قراردادهای بین‌المللی که به‌منزله سیره‌های عقلاست، محدودیت‌هایی به دنبال دارد که از جانب کشورهای عضو اعمال می‌شود. برای مثال، تحریم‌های حقوق بشری که از جانب سازمان ملل، آمریکا و اتحادیه اروپا نسبت به ایران اعمال شده، برای عده‌ای از مردم ضرری، حرجی و موجب تفویت مصلحت بوده است.

اتحادیه اروپا سابقه‌ای تثبیت شده و به نسبت طولانی در وضع و اعمال تحریم‌ها و اقدامات محدودکننده علیه دولت‌های ناقض حقوق بشر (به‌زعم خویش) دارد (Iryna, Bogdanova, 2022, PP.224-225). در مورد جمهوری اسلامی ایران، اقدامات محدودکننده از جمله مسدود کردن

دارایی‌ها در رابطه با ادعای نقض حقوق بشر برای اولین بار در سال ۲۰۱۱ اعمال شد. شورای اروپا در این زمینه بسیار فعال بوده است.

دولت ایالات متحده نیز به صورت یک‌جانبه اقدام به وضع و اعمال تحریم‌هایی علیه دولت‌های مختلف نموده است که دلیل آن عدم رعایت حقوق بشر (به‌زعم خویش) بوده است. ایران از جمله کشورهایی است که شدیدترین تحریم‌های حقوق بشری از سوی آمریکا علیه او وضع شده است. در دوران ریاست جمهوری باراک اوباما، قانون جامع تحریم‌های ایران، پاسخگویی و محروم‌سازی ۲۰۱۰ تصویب شد (The Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment). این قانون تحریم‌های هدف‌مندی را علیه بخش انرژی ایران و ظرفیت پالایشگاه‌های نفتی تعیین کرد. قانون پاسخگویی حقوق بشر جهانی مگنت‌اسکای که در ۲۳ دسامبر ۲۰۱۶ تصویب شد، به رئیس‌جمهور اجازه می‌دهد تحریم‌های اقتصادی را علیه هر شخص خارجی که رئیس‌جمهور آن را متهم به نقض حقوق بشر یا فساد می‌کند اعمال کند و ورود آن شخص به ایالات متحده را ممنوع کند (The Global Magnitsky Human Rights Accountability Act).

دستور اجرایی ۱۳۵۵۳ مورخ ۲۹ سپتامبر ۲۰۱۰، بخش ۱۰۵ قانون جامع تحریم‌ها، پاسخ‌گویی و عدم سرمایه‌گذاری در ایران را با تحریم ایرانیانی که مسئول یا شریک نقض حقوق بشر در ایران هستند، اجرایی می‌کند. بخش ۱۲۴۹ قانون آزادی و مقابله با اشاعه ایران (The Iran Freedom and Counter-Proliferation)، بند ۱۰۵ قانون جامع تحریم‌ها، پاسخگویی و عدم سرمایه‌گذاری در ایران را اصلاح کرده است. بر اساس این اصلاحیه، هر شخصی که به فساد مالی دست‌زده است یا کالاهای بشردوستانه یا بودجه برای چنین کالاهایی را برای مردم ایران منتقل یا تامین مالی کرده است، تحریم می‌شود (Executive Order 13553 of September 28, 2010). دستور اجرایی ۱۳۶۰۶ مورخ ۲۳ آوریل ۲۰۱۲ افرادی را که مرتکب «نقض فاحش حقوق بشر توسط دولت‌های ایران و سوریه از طریق فناوری اطلاعات شوند» تحریم می‌کند (Executive Order 13606 of April 22, 2012). بخش ۴۰۳ قانون کاهش تهدید ایران و حقوق بشر سوریه (ممنوعیت صدور ویزا و مسدودشدن اموال مستقر در ایالات متحده) افراد یا شرکت‌هایی را که مصمم به انجام سانسور در ایران هستند یا اقدام به ایجاد دسترسی محدود به رسانه‌ها کرده‌اند، یا

برای پارازیت یا دستکاری فرکانس توسط دولت ایران خدمات ماهواره‌ای خارجی ارائه نموده‌اند را تحت تحریم قرار داده است (The Countering America's Adversaries through Sanctions Act 2012). دستور اجرایی ۱۳۶۲۸ مورخ ۹ اکتبر ۲۰۱۲، بخش ۴۰۳ قانون کاهش تهدید ایران و حقوق بشر سوریه را اجرایی کرده است. این دستور اجرایی با مسدودکردن دارایی اشخاص مرتکب سانسور، محدودکننده آزادی بیان یا کمک‌کننده به ایجاد اختلال در ارتباطات، با ایشان به مقابله برخاسته است (Executive Order 13628 of October 9 2012).

هم‌چنین دستور اجرایی ۱۳۸۴۶ مورخ ۶ اوت ۲۰۱۸، ناقضان حقوق بشر ایران و برخی مقامات ایران را تحریم می‌کند. تحریم فروش تجهیزات ضد شورش در بخش ۴۰۲ قانون کاهش تهدید ایران و حقوق بشر سوریه بخش ۱۰۵ قانون جامع تحریم‌ها را با اعمال ممنوعیت روادید و مسدودکردن اموال واقعه در ایالات متحده برای هر شخص یا شرکتی که کالاها یا فناوری‌هایی را به دولت ایران می‌فروشد که می‌تواند برای ارتکاب نقض حقوق بشر استفاده کند، اصلاح کرد. از جمله این کالاها می‌توان به سلاح گرم، گلوله لاستیکی، باطوم پلیس، افشانه‌های شیمیایی یا فلفل، نارنجک‌های شوکر، گاز اشک‌آور، ماشین‌های آب‌پاش و کالاهای مشابه اشاره کرد (Executive Order 13846 of August 6, 2018). علاوه بر این، تحریم‌های قانون تحریم‌های ایران برای هر شخصی که مشخص شود چنین تجهیزاتی را به سپاه پاسداران انقلاب اسلامی فروخته است، اعمال می‌شود.^۱

ب. کبری

اول. تنافی مدلول دو دلیل در مقام تشریح (تعارض بدوی ادله)

بنا بر نظر حکومت، ادله لاضرر و لاجرح حاکم بر ادله احکام اولی است، عقدالحمل آن‌ها را مضیق می‌کند و بیان‌کننده نفی احکام اولی ضرری و حرجی است. همان‌طور که نماز و روزه ضرری واجب نیست و تشریح نشده است، احکام ضرری و حرجی مخالف سیره عقلا (مانند جواز استرقاق، انواع تبعیض‌ها و مجازات خشن) نیز تشریح نشده است.

بنا بر این نظر که ادله نفی ضرر (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، صص. ۲۹۲، ۲۸۰ و ۲۹۴) و حرج

۱. با تقدیر از استاد محترم دکتر علی نواری و عبدالحمید منتظر قائم، که این بند به‌یاری ایشان گردآوری شده است.

(مائده، آیه ۶؛ حج، آیه ۷۸) ادله احکام ثانوی هستند، ناظر بر همه ادله احکام اولی هستند و دایره احکام اولی را مضیق می‌کنند و در حکم مخصص‌اند. شارع هیچ حکم تکلیفی یا وضعی که لازمه‌اش متضرر شدن کسی یا به حرج افتادن او باشد، تشریح نکرده است (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۴۶۰). برخی دیگر از فقها که ادله احکام ثانوی را ناظر و حاکم بر ادله احکام اولی می‌دانند، آن‌ها را موجب تضییق موضوع احکام اولی می‌دانند. در این صورت با نفی موضوع ضرری، حکم ضرری نیز منتفی می‌شود. به نظر اینان، در حدیث «لاضرر»، ضرر حقیقتاً، اما به‌طور ادعایی نفی شده (خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۳۸۱) و ادعای شارع این است که موضوع‌های ضرری حقیقتاً موضوع حکم اولی نیستند و او آن‌ها را به‌عنوان موضوع حکم به رسمیت نمی‌شناسد. این ادله در مقیاس جامعه نیز حاکم بر ادله احکام اولی هستند و موجب می‌شوند احکام مستند به ادله احکام اولی (در مورد تعارض) قابل استناد به شارع نباشند. ادله نفی ضرر و حرج، ادله احکام اولی را تفسیر و عقدالحمل آن‌ها را محدود می‌کنند به جایی که ضرر یا حرجی برای جامعه نداشته نباشند.

بنا بر آرای دیگر، ادله لاضرر حاکم بر ادله احکام اولی نیست، بلکه دال بر حرمت اضرار به غیر (شریعت اصفهانی، ۱۴۱۰ق، ص. ۲۴)، نفی ضرر غیرمتدارک (تونلی، ۱۴۱۵ق، ص. ۱۹۴)، جلوگیری از اضرار به غیر به‌عنوان حکم حکومتی (خمینی، ۱۴۱۵ق، ص. ۱۱۳) یا عدم جواز سوءاستفاده از حق است (کریمی و شعبانی، ۱۳۹۳، ص. ۱۶۱). در این صورت برای اثبات تخصیص احکام اولی به شرایطی که موجب ضرر یا حرج جامعه نباشد، نمی‌توان به این ادله تمسک کرد، اما با استناد به دلیل عقلی می‌توان همه احکام اولی را به مواردی که ضرری یا حرجی نیستند، تخصیص لیبی زد. نفی حکم ضرری به‌عنوان حکم ثانوی، افزون بر دلیل نقلی، دلیل عقلی هم دارد.

دوم. تنافی دو حکم در مقام امتثال (تزام احکام)

بنا بر این نظر که ادله نفی ضرر و حرج ادله احکام ثانوی نیستند، بلکه در کنار احکام اولی قرار دارند، ممکن است مفاد آن‌ها در مرحله اجرا (امتثال) با بعضی از احکام دیگر متزاحم باشد و مکلف قادر به انجام دادن هر دو نباشد. احکام شرعی مخالف با سیره عقلا که در مقام تقنین و اجرا موجب ضرر و حرج برای جامعه هستند و مکلف قادر به اجرای هر دو (حکم مخالف با سیره عقلا

و حکم حرمت اضرار) نیست، در این تزاخم کنار گذاشته می‌شوند و به قانون تبدیل نمی‌شوند؛ زیرا ملاک حکم حرمت اضرار (رعایت حق الناس) اقوی از ملاک بقیه احکام (رعایت حق الله) است. اگر اجرای حد در زمان یا مکان خاصی عوارض منفی برای فرد یا جامعه اسلامی در پی داشته باشد، باید به‌طور موقت ترک شود (منتظری، ۱۴۰۱، ص. ۳۵). بنابراین، اکنون که با تصویب احکام شرعی تبعیض‌آمیز (میان زن و مرد و مسلمان و کافر)، مجازات خشن (رجم، قتل، قطع دست و پا و تازیانه) و احکام برخلاف دموکراسی، مردم متضرر می‌شوند یا زندگی‌شان به مشقت می‌افتد، قانون‌گذار نباید آن‌ها را تصویب کند؛ زیرا حفظ سلامت و سهولت زندگی مردم مقدم بر اجرای آن احکام است.

۴.۳.۳. قبح تقویت منافع جامعه

الف. صغری

مخالفت جامعه اسلامی با سیره عقلا موجب می‌شود جامعه اسلامی در جهان منزوی و ارتباطش با جوامع دیگر کم شود و در بسیاری از دادوستدها و تعامل با آنان شرکت نداشته باشد و در نتیجه، نتواند به بسیاری از منافعش دست یابد. با گذشت قرن‌ها از عصر نزول شریعت و تحولاتی که در سبک زندگی مردم پدید آمده و سیره عقلایی جدیدی که محقق شده است، اجرای بعضی از احکام شرع مانع دستیابی جامعه به مصالح خود می‌شود؛ زیرا جامعه مسلمانان را در برابر عموم عقلای عالم و مذمت آنان قرار می‌دهد و مردم را از دستیابی به مصالح خود باز می‌دارد.

ب. کبری (تنافی دو حکم در مقام امتثال)

احکام شرع مبتنی بر جذب مصالح و دفع مفاسد است و احکام غیرعبادی مصالح پنهانی ندارد که برای مردم قابل تشخیص نباشد (منتظری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۱۲۸). قوانین اسلامی در عین اینکه آسمانی است، زمینی است؛ یعنی بر اساس مصالح و مفاسد موجود در زندگی بشر است... اسلام اساساً خودش بیان می‌کند که هرچه قانون من وضع کرده‌ام، بر اساس همین مصالحی است که یا به جسم شما مربوط است یا به روح شما، به اخلاق شما، به روابط اجتماعی شما و به همین مسائل مربوط است؛ یعنی امور به اصطلاح مرموزی که عقل بشر هیچ‌به‌آن راه نداشته باشد، نیست (مطهری، ۱۳۸۹، ج ۲۱، ص. ۲۹۳). از این رو اجرای احکام شرعی غیرعبادی باید برای مردم مفید

باشد نه اینکه جلوی منافع مردم را بگیرد. همان‌طور که حکم ضرری و حرجی با استناد به ادله نقلی و عقلی در قلمرو اجرا کنار نهاده می‌شود، حکم برخلاف مصالح جامعه نیز با استناد به دلیل عقلی در مقام اجرا بر مصالح جامعه مقدم نمی‌شود. معقول نیست جامعه مسلمانان برای تصویب یا اجرای یک حکم فرعی فقهی از دسترسی به مصالح خود بازماند، نسبت به جوامع غیرمسلمان عقب‌افتاده به شمار آید و عقلا به آن رغبتی نداشته باشند. جامعه‌ای که خود را به دین منتسب می‌کند همواره در راستای مصالح خود پیش می‌رود نه اینکه با عمل به بعضی از احکام فقهی که برخلاف سیره عقلاست، خود را در برابر عقلای عالم قرار دهد، منزوی شود، از مصالح خود محروم شود و به تبع آن، از تقویت ایمان خود نیز بازماند. دینی که برای تکامل مردم آمده است، معقول نیست که موجب عقب‌ماندگی مردم شود. پس اجرای حکم شرعی‌ای که مخالف سیره عقلاست و مانع دستیابی مردم به مصالح خود می‌شود، در تراحم با حکم عقلی لزوم دستیابی مردم به مصالح خود مؤخر واقع می‌شود. مجتهد می‌تواند یک حلال منصوص شرعی را به خاطر مفسده‌ای که عقلش کشف کرده است، تحریم کند یا حتی یک واجب را تحریم کند یا حرامی را به حکم مصلحت لازم‌تری که تنها عقل آن را کشف کرده است، واجب کند (مطهری، ۱۳۸۹، ج ۲، ص. ۲۹۵). تشخیص موارد تراحم میان احکام با مصالح مردم نیز به عهده کارشناسان است (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۰، ص. ۴۶۴؛ خمینی، ۱۳۸۹، ج ۱۷، ص. ۳۲۱).

۵.۳.۳. قاعده تقیه

ادله تقیه مثل ادله نفی حرج (مائده، آیه ۶) و رفع (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۵، ص. ۵۶۹)، دلیل حکم ثانوی و حاکم بر همه محرّمات (غیر از کشته شدن انسان محترم (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۶، ص. ۲۳۴) و کاری که موجب فساد در دین می‌شود (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۶، ص. ۲۱۶)) و واجبات است (خمینی، ۱۴۲۰ق، صص. ۱۲-۳۲). شیعیان در شرایط خوفی یا مداراتی از مخالفان (اهل سنت) یا کافران تقیه می‌کنند. بسیاری از روایات تقیه در مورد تقیه شیعیان از مخالفان است، ولی هیچ‌کدام از آن‌ها تقیه را مختص این مورد ندانسته است و بسیاری از آن‌ها ظهور در تعمیم دارد (خمینی، ۱۴۲۰ق، ص. ۱۱).

تقیه چهار قسم (خوفی، مداراتی، اکراهی و کتمانی) دارد (خمینی، ۱۴۲۰ق، صص. ۷-۸) که در اینجا دو قسمش قابل استناد است.

الف. تقیه خوفی

بنا به ادله تقیه خوفی (آل عمران، آیه ۲۸؛ حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۶، ص. ۲۲۲) و فتوای بعضی از فقها، در صورتی که انجام دادن واجب یا ترک حرامی باعث ضرر جانی، مالی قابل توجه یا آبرویی تقیه‌کننده یا دیگری یا عموم مردم شود، باید از واجب یا حرام صرف نظر کرد؛ زیرا حفظ نفس، مال و عرض واجب و تقیه مقدمه آن است (خمینی، ۱۴۲۰ق، صص. ۳۴-۳۳). افزون‌براین، خوفی که سبب تقیه می‌شود، ممکن است ناشی از توقع ضرر به مؤمنان یا ضرر به قلمرو اسلام باشد مانند اینکه تقیه‌کننده از تفرقه مسلمانان بترسد (خمینی، ۱۴۲۰ق، ص. ۷). بنابراین، در موارد خوف ورود ضرر به جامعه اسلامی نیز تقیه واجب است. در شرایطی که انجام دادن واجب یا ترک حرامی (که متضاد با سیره عقلاست) در سطح کلان جامعه اسلامی مخالفت و مذمت عقلای عالم را به دنبال دارد و مسلمانان را در موضع زیان‌بار قرار می‌دهد، تقیه واجب است.

ب. تقیه مداراتی

بنا به نظر بعضی از فقها، شیعیان باید با مخالفان خود (مسلمانان غیر شیعه) مدارا کنند، در مجامع و مساجد و نمازهای جماعت آنان شرکت کنند و از انشعاب در جامعه اسلامی پرهیزند تا اسباب دوستی و جلب محبتشان را فراهم کنند (خمینی، ۱۴۲۰ق، ص. ۷). جواز بلکه وجوب تقیه مداراتی متوقف بر خوف نفس نیست، برای مصالح نوع شیعیان است (خمینی، ۱۴۲۰ق، ص. ۷۱) و بنا به نظر بعضی دیگر از فقها مستحب است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص. ۳۱۹). به حسب روایات، مبنای این تقیه ایجاد رویکرد مثبت اهل سنت به امامان شیعه است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۲۱۹) و به نظر بعضی فقها، ظاهراً به تقیه شیعیان از اهل سنت اختصاص دارد و شاید برای صلاح حال مسلمانان است که متحد باشند، پراکنده نشوند و در میان دیگر ملت‌ها و در سلطه کفار و سیطره اجانب ذلیل نشوند یا اینکه برای مصلحت شیعیان است که در معرض زوال و انقراض قرار نگیرند (خمینی، ۱۴۲۰ق، ص. ۷۰)، اما بعید نیست که با توجه به علل یادشده بتوان قلمرو تقیه مداراتی را تعمیم داد. ایجاد رویکرد مثبت عموم عقلای عالم (نه فقط اهل سنت) به پیامبر و امامان شیعه، دلیل و مطرود نشدن مسلمانان (اعم از شیعه و سنی) در میان ملل دیگر و تقویت آنان نیز مرغوب امامان است و عمل برخلاف آن مورد رضایت آنان نیست. بنابراین، در شرایطی که انجام دادن واجب یا ترک حرامی (که متضاد با سیره عقلاست) در سطح کلان جامعه اسلامی

مخالفت و مذمت عقلای عالم را به دنبال دارد و به عزت و سربلندی مسلمانان و قداست معصومان آسیب می‌زند، دست‌کم مشروعیت تقیه بعید نیست. مسلمانان می‌توانند برای حفظ خوش‌نامی قرآن و سنت در میان عقلای عالم، با آنان مدارا کنند و در مقابل سیره‌های آنان نایستند و این روش را تا زمان پیدایش زمینه پذیرش احکام شرعی در جوامع عقلایی ادامه دهند.

نتیجه‌گیری

می‌توان گفت احکام شرعی برخلاف سیره‌های عقلا نیستند. بنا بر نظری، شارع با همه سیره‌های عقلا همراهی می‌کند. بنا بر نظر دیگر، در برابر سیره‌های مستحدث سکوت می‌کند و بنا بر نظر سوم، با سیره‌هایی که ظاهر ادله برخلاف آن‌هاست، مدارا می‌کند؛ یعنی بنا به ادله احکام اولی با آن‌ها مخالف است، اما بنا به ادله احکام ثانوی با آن‌ها موافق است. بنا بر این نظر، سیره‌ها ادله سلبی‌اند و احکام برخلاف خود را منتفی می‌کنند. اگر حکم فقهی برخلاف سیره‌های عقلا باشد، نمی‌توان آن را به شریعت نسبت داد؛ زیرا آن حکم فقهی موجب تضعیف دین و شریعت می‌شود، مضر به جامعه است، لوازمی دارد که تحمل آن‌ها برای جامعه مشقت‌بار است، برخلاف مصالح جامعه است و موجب تفویت منافع آن می‌شود. پیامبر و امامان نیز با بعضی از سیره‌های عقلا که مطلوب آنان نبوده است، مدارا کرده‌اند. مدارای آنان با سیره‌های عقلا اختصاصی به عصر خودشان ندارد. با توجه به ادله احکام اولی شرعی و با فرض مقید نبودن آن‌ها به رواج عرفی، سیره‌های عقلایی معاصر دو دسته‌اند. سیره‌هایی که با ادله، قواعد و مقاصد شارع منطبق‌اند و سیره‌هایی که با ادله احکام اولی شرعی منطبق نیستند. شارع با سیره‌های منطبق با قواعد و مقاصدش همراهی و با سیره‌های غیرمنطبق با ادله احکام اولی، مدارا می‌کند. با وجود این، عالمان دین می‌توانند به گونه‌ای عمل کنند که به تدریج فرهنگ عقلا تغییر کند و منطبق با قواعد و مقاصد شرعی شود. بنابراین، فقها نمی‌توانند هیچ حکمی را که مخالف با سیره‌های عقلایی معاصر باشد، به شریعت نسبت دهند؛ زیرا هر سیره‌ای با حکم اولی یا با حکم ثانوی منطبق است.

منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) ابن هشام الحمیری، عبدالملک (بی تا). السیرة النبویة (جلد ۲). بیروت: دارالمعرفة.
- ۳) اردبیلی، احمد (بی تا). زیادة البیان. تهران: المكتبة الجعفریة.
- ۴) انصاری بایگی، علی؛ جلاتیان اکبرنیا، علی؛ و انصاری بایگی، محسن (۱۴۰۳). خاستگاه قانون در اسلام؛ با نگاهی به شواهد قرآنی نظریه قانون طبیعی. پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۲۵(۱)، ۱۹۳-۲۱۴. doi: 10.30497/law.2024.245368.3444
- ۵) انصاری، مرتضی (۱۴۲۸ق). فرائد الاصول (جلد ۲). قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ۶) بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۸۱). مجموعه مقالات (جلد ۲): تهران: پژوهشکده امام خمینی (رحمت الله علیه).
- ۷) بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۸۳). مجموعه مقالات (جلد ۴). تهران: پژوهشکده امام خمینی (رحمت الله علیه).
- ۸) بروجردی، حسین (۱۳۸۶). منابع فقه شیعه (جلد ۲۰). تهران: فرهنگ سبز.
- ۹) تونی، عبدالله (۱۴۱۵ق). الوافیة فی اصول الفقه. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ۱۰) حر عاملی، محمد (۱۴۱۶ق). وسائل الشیعة (جلدهای ۱۱، ۱۵ و ۱۶). قم: آل البيت (علیهم السلام).
- ۱۱) حکیم، سیدمحمدتقی (۱۴۱۸ق). الاصول العامة فی الفقه المقارن. قم: مجمع جهانی اهل بیت (علیهم السلام).
- ۱۲) حلبی (ابوالصلاح)، تقی (بی تا). الکافی فی الفقه. اصفهان: مکتبه الامام امیرالمؤمنین (علیه السلام).
- ۱۳) حلبی، حسن (۱۴۱۲ق). منتهی المطلب. مشهد: آستان قدس.
- ۱۴) خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۹ق). کفایة الاصول. قم: آل البيت (علیهم السلام).
- ۱۵) خسروشاهی، سیدهادی (۱۳۹۷). درباره امام خمینی (۱۵ خرداد و مسئله انقلاب). تهران: عروج.
- ۱۶) خمینی، سیدروح الله (۱۳۷۹). تحریر الوسیلة. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- ۱۷) خمینی، سیدروح الله (۱۳۸۹). صحیفه امام (جلدهای ۱۷ و ۲۰). تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- ۱۸) خمینی، سیدروح الله (۱۳۹۲). مکاسب المحرمة (جلد ۱). تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- ۱۹) خمینی، سیدروح الله (۱۴۱۵ق). بدائع الدرر فی قاعدة نفی الضرر. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).

- ۲۰) خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۰ق). الرسائل العشرة. قم: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۲۱) خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۳۴ق). الاستصحاب (موسوعة الامام الخميني) (جلد ۵). تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۲۲) خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). التنقيح في شرح العروة الوثقى. قم، مؤسسه احیای آثار السيد الخويي.
- ۲۳) روحانی، سیدمحمدصادق (۱۳۸۲). پاسخ‌های آیت‌الله روحانی به استفتائات قوه قضائیه. تهران: حدیث دل.
- ۲۴) روحانی، سیدمحمدصادق (۱۴۳۵ق). فقه الصادق. قم: آیین دانش.
- ۲۵) سبحانی، جعفر (۱۳۸۲). المواهب في تحرير احكام المكاسب. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- ۲۶) سبحانی، جعفر (۱۴۲۳ق). تهذيب الاصول (جلد ۳). تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۲۷) سیفی، علی‌اکبر (۱۴۲۵ق). مبانی الفقه‌الفعال في القواعد الفقهية الاساسية (جلد ۱). قم: انتشارات اسلامی.
- ۲۸) سیفی، علی‌اکبر (۱۴۳۶ق). دليل تحرير الوسيلة (الاجتهاد والتقليد). تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۲۹) شریعت‌اصفهانی، فتح‌الله (۱۴۱۰ق). قاعده لا ضرر. قم: انتشارات اسلامی.
- ۳۰) الشریف، سیدمرتضی (۱۳۷۶). الذريعة الى اصول الشريعة (جلد ۲). تهران: دانشگاه تهران.
- ۳۱) صانعی، یوسف (۱۴۲۷ق). مساواة الرجل والمرء والمسلم وغيره في القصاص. قم: میثم‌التمار.
- ۳۲) صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۱۸ق). دروس في علم الاصول (الحلقات) (جلد ۲). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۳۳) صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۲۰ق). لا ضرر و لا ضرار. قم: دارالصادقین.
- ۳۴) صدر، سیدموسی (۱۳۹۶). روح تشریح در اسلام. تهران: مؤسسه فرهنگي امام موسی صدر.
- ۳۵) طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۳۹۰ق). المیزان (جلد ۱۷). بیروت: مؤسسه الاعلمی.
- ۳۶) طوسی، محمد (۱۴۰۷ق). تهذيب الاحكام (جلد ۱۰). تهران: دارالکتب الاسلامیة.
- ۳۷) طوسی، محمد (۱۴۱۴ق). الامالی. قم: دارالثقافة.
- ۳۸) علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۵). فقه و عرف. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ۳۹) غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۲۹ق). نهاية الدراية (جلد ۳). بیروت: مؤسسه آل‌البيت (علیهم السلام).
- ۴۰) فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۳۰ق). تفصیل الشريعة (الامر بالمعروف). قم: مرکز فقه ائمه اطهار (علیهم السلام).

- ۴۱) فاضل لنکرانی، محمدجواد (بی تا). موسوعه ردالشبهات الفقهية المعاصرة (الحدود) (جلد ۲). قم: مرکز فقه ائمه اطهار (علیهم السلام).
- ۴۲) فاضل میبیدی، محمدتقی (۱۳۷۶). یادنامه خاتمی (مصاحبه با آیت الله منتظری درباره مبانی اجتهادی آیت الله العظمی بروجردی). قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا (علیه السلام).
- ۴۳) قابل، احمد (۱۳۹۱). شریعت عقلانی. بی جا.
- ۴۴) قابل، هادی (۱۳۹۰). قاعده عدالت و نفی ظلم. بی جا.
- ۴۵) کاظمی، محمدعلی (۱۳۷۶). فوائد الاصول (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۴۶) کدیور، محسن (۱۳۸۷). حق الناس. تهران: کویر.
- ۴۷) کریمی، عباس و شعبانی، هادی (۱۳۹۳). رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر و قاعده غربی سوءاستفاده از حق. فصلنامه پژوهش تطبیقی اسلام و غرب، شماره ۲. doi: 10.22091/csiw.2015.567
- ۴۸) کلانتری، علی اکبر (۱۳۷۸). حکم ثانوی در تشریح اسلامی. قم: بوستان کتاب.
- ۴۹) کلینی، محمد (۱۴۰۷ق). الکافی (جلدهای ۲، ۵ و ۷). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۵۰) گروهی از نویسندگان (۱۳۷۴ الف). منابع فقه و زمان و مکان (نقش و قلمرو عرف در فقه نوشته کاملان) (جلد ۲). تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- ۵۱) گروهی از نویسندگان (۱۳۷۴ ب). نقش زمان و مکان در اجتهاد (حقیقت عرف و اقسام و مبادی آن، مجموعه مصاحبه‌های سید محسن خرازی). تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- ۵۲) مطهری، مرتضی (۱۳۸۹). مجموعه آثار (جلد ۲۱). تهران: صدرا.
- ۵۳) مظاهری، حسین (۱۳۹۴). مناسک حج. اصفهان: موسسه فرهنگی مطالعاتی الزهرا (سلام الله علیها).
- ۵۴) مظفر، محمدرضا (۱۴۳۰ق). اصول الفقه (جلدهای ۲ و ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۵۵) معتمدی، محمد (۱۴۰۱). سیره عقلا و عرف در اجتهاد. قم: سرایی.
- ۵۶) معرفت، محمدهادی (۱۳۸۰). زن در فرهنگ قرآن و عصر نزول. مجله پژوهش‌های قرآنی، شماره ۲۵.
- ۵۷) معرفت، محمدهادی (۱۴۲۳ق)، شبهات و ردود حول القرآن الکریم. قم: منشورات ذوی القربی.
- ۵۸) مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق). استفتاءات (جلد ۳). قم: مدرسه الامام علی (علیه السلام).
- ۵۹) منتظر قائم، مهدی (۱۳۸۹). اعتبار سیره عقلا و کاربرد آن در فقه (رساله دکتری). دانشگاه تهران.
- ۶۰) منتظر قائم، مهدی (۱۴۰۱). کاربرد شأن عرفی فقها در فقه. فصلنامه شیعه‌شناسی، سال ۲۰، شماره ۷۹، صص ۳۹-۶۲. doi: 10.22034/shistu.2023.556403.2263
- ۶۱) منتظری، حسینعلی (۱۳۸۴). رساله استفتائات (جلد ۳). قم: سایه.

- ۶۲) منتظری، حسینعلی (۱۳۸۸). حکومت دینی و حقوق انسان. قم: گواهان.
- ۶۳) منتظری، حسینعلی (۱۳۹۴). رساله حقوق. تهران: سرایی.
- ۶۴) منتظری، حسینعلی (۱۴۰۱). مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر. تهران: سرایی.
- ۶۵) منتظری، حسینعلی (۱۴۰۹ق). دراسات فی ولایة الفقیه (جلدهای ۱ و ۲). قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- ۶۶) منتظری، حسینعلی (۱۴۱۵ق). دراسات فی المکاسب المحرمة (جلدهای ۱ و ۲). قم: تفکر.
- ۶۷) موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم (۱۳۹۲). حقوق و دادرسی کیفری در آینه فقه. قم: رادنگار.
- ۶۸) مهریزی، مهدی (۱۴۰۰). امام موسی صدر عالم تراز. تهران: بشرا.
- ۶۹) مهریزی، مهدی (۱۴۰۱). جستارهایی در اخلاق. تهران: بشرا.
- ۷۰) نوبهار، رحیم و عمادپور، حامد (۱۳۹۸). تفسیر از دین از چشم‌انداز قرآن کریم. نشریه قرآن، فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۱.
- ۷۱) هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۸۹). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام) (جلد ۴). قم: موسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی.

72) Bogdanova, I. (2022). Unilateral sanctions in international law and the enforcement of human rights. Leiden & Boston: Brill Nijhoff Publishing.

References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Alidüst, Abül-Qāsem (1385 SH/2023). Feqh va 'Orf [Jurisprudence and Custom]. Tehrān: Pazhūheshgāh-e Farhang va Andīshe-ye Eslāmī [in Persian].
- 3) al-Sharīf, Sayyed Morteżā (1376 SH/1997). al-Dharī'a ilā Uşūl al-Sharī'a (Vol. 2). Tehrān: Dāneshgāh-e Tehrān [in Arabic].
- 4) Anşārī Bāygī, 'Alī; Jalā'iyān Akbarniyā, 'Alī; and Anşārī Bāygī, Moḥsen (1403 SH/2024). Khāstgāh-e Qānūn dar Eslām; bā Negāhī be Shawāhed-e Qor'ānī-ye Nazāriye-ye Qānūn-e Ṭabī'ī [The Origin of Law in Islam; with a View to Quranic Evidence of the Natural Law Theory]. Pażūheş'nāme-ye Hoqūq-e Islāmī [Journal of Islamic Law Research], 25(1), 193-214. doi: 10.30497/law.2024.245368.3444 [in Persian].
- 5) Anşārī, Murtazā (1428 AH/2007). Farā'id al-Uşūl (Vol. 2). Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī [in Arabic].
- 6) Ardabilī, Aḥmad (n.d.). Zubdat al-Bayān. Tehran: al-Maktaba al-Ja'ariya [in Persian].
- 7) Bogdanova, I. (2022). Unilateral sanctions in international law and the enforcement of human rights. Leiden & Boston: Brill Nijhoff Publishing.
- 8) Bujnūrdī, Sayyid Muḥammad (1381 SH/2002). Majmū'a-ye Maqālāt (Vol. 2). Tehran: Pizhūheshkadeh-ye Imām Khomeinī (raḥmatullāh 'alayh) [in Persian].
- 9) Bujnūrdī, Sayyid Muḥammad (1383 SH/2004). Majmū'a-ye Maqālāt (Vol. 4). Tehran: Pizhūheshkadeh-ye Imām Khomeinī (raḥmatullāh 'alayh) [in Persian].
- 10) Burūjirdī, Ḥusayn (1386 SH/2007). Manābi'-e Fiqh-e Shi'a (Vol. 20). Tehran: Farhang-e Sabz [in Persian].
- 11) Fāḍil Lankarānī, Muḥammad Jawād (n.d.). Mawsū'at Radd al-Shubuhāt al-Fiqhiyya al-Mu'āşira (al-Ḥudūd) (Vol. 2). Qom: Markaz Feqh A'imma Aṭḥār ('alayhim al-salām) [in Arabic].
- 12) Fāzel Lankarānī, Moḥammad (1430 AH/2009). Tafşil al-Sharī'a (al-Amr bil-Ma'rūf). Qom: Markaz Feqh A'imma Aṭḥār ('alayhim al-salām) [in Arabic].
- 13) Fāzel Meybodī, Muḥammad Taqī (1376 SH/1997). Yādnāmeḥ-ye Khātami (Moşāḥabeh bā Āyatollāh Montazerī darbāreh-ye Mabānī-ye Ejteḥādī-ye Āyatollāh al-'Uzmā Burūjerdī) [Memorial of Khatami (Interview with Ayatollah Montazeri on the Jurisprudential Foundations of Grand Ayatollah Borujerdi)]. Qom: Mu'assasa-ye Ma'āref-e Eslāmī-ye Imām Riḍā ('alayh al-salām) [in Persian].
- 14) Gharavī Eşfahānī, Moḥammad Ḥosayn (1429 AH/2008). Nihāyat al-Dirāya (Vol. 3). Beirut: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) [in Arabic].
- 15) Group of Authors (1374 SH, a/1995). Manābi'-e Feqh va Zamān va Makān (Naqsh va Qalamrow-e 'Urf dar Feqh neveshteh-ye Kāmelān) (Vol. 2) [Sources of Jurisprudence and Time and Place (The Role and Scope of Custom in Jurisprudence by Kāmilān)]. Tehran: Mu'assasa-ye Nashr-e Āṭḥār-e Imām Khomeynī (raḥmatullāh 'alayh) [in Persian].
- 16) Group of Authors (1374 SH, b/1995). Naqsh-e Zamān va Makān dar Ejteḥād (Ḥāqīqat-e 'Urf va Aqsām va Mabādī-ye Ān, Majmū'eh-ye Moşāḥabeh-hā-ye

- Sayyed Mohsen Kharāzī [The Role of Time and Place in Ijtihad (The Reality of Custom, Its Types, and Foundations; Interviews with Sayyed Mohsen Kharazi)]. Tehran: Mu'assasa-ye Nashr-e Āthār-e Imām Khomeynī (rahmatullāh 'alayh) [in Persian].
- 17) Ḥakīm, Sayyid Muḥammad Taqī (1418 AH/1997). al-Uṣūl al-Āmma fi al-Fiqh al-Muqāran. Qom: Majma' Jahānī Ahl al-Bayt ('alayhim al-salām) [in Arabic].
 - 18) Ḥalabī (Abū al-Ṣalāḥ), Taqī (n.d.). al-Kāfi fi al-Fiqh. Isfahan: Maktabat al-Imām Amīr al-Mu'minīn ('alayh al-salām) [in Arabic].
 - 19) Hāšemī Shāhrūdī, Sayyed Maḥmūd (1389 SH/2010). Farhang-e Feqh Motābeq Mazḥab-e Ahl al-Bayt ('alayhim al-salām) (Vol. 4) [Encyclopedia of Jurisprudence According to the School of Ahl al-Bayt]. Qom: Mu'assasa-ye Dā'erat al-Ma'āref-e Feqh-e Eslāmī [in Persian].
 - 20) Ḥillī, Ḥasan (1412 AH/1991). Muntahā al-Matlab. Mashhad: Āstān-e Quds [in Arabic].
 - 21) Ḥurr al-Āmilī, Muḥammad (1416 AH/1995). Wasā'il al-Shī'a (Vols. 11, 15 & 16). Qom: Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) [in Arabic].
 - 22) Ibn Hishām al-Ḥumayrī, 'Abd al-Malik (n.d.). al-Sīra al-Nabawiyya (Vol. 2). Beirut: Dār al-Ma'rifa [in Arabic].
 - 23) Kadīvar, Mohsen (1387 SH/2008). Ḥaqq al-Nās [Rights of the People]. Tehran: Kavīr [in Persian].
 - 24) Kalāntarī, 'Alī Akbar (1378 SH/1999). Ḥokm-e Sanavī dar Tashrī'e Eslāmī [Secondary Ruling in Islamic Legislation]. Qom: Bustān-e Ketāb [in Persian].
 - 25) Karīmī, 'Abbās & Sha'bānī, Hādī (1393 SH/2014). Rābiṭeh-ye Manteqī-ye Qā'ideh-ye Feqhī Lā Ḍarar va Qā'ideh-ye Gharbī-ye Sū'e Estefādeh az Ḥaqq [Logical Relationship between the Islamic Legal Principle of No Harm and the Western Doctrine of Abuse of Rights]. Faslnāmeḥ-ye Pizhūhesh-e Taṭbīqī-e Eslām va Gharb [Comparative Research Journal of Islam and the West], No. 2. doi: 10.22091/csiw.2015.567 [in Persian].
 - 26) Kāzemī, Muḥammad 'Alī (1376 SH/1997). Favā'id al-Uṣūl (Vol. 3). Qom: Daftar-e Intishārāt-e Eslāmī [in Persian].
 - 27) Khomeinī, Sayyid Rūḥullāh (1379 SH/2000). Taḥrīr al-Wasīla. Tehran: Mu'assasa-ye Nashr-e Āthār-e Imām Khomeinī (rahmatullāh 'alayh) [in Arabic].
 - 28) Khomeinī, Sayyid Rūḥullāh (1389 SH/2010). Ṣaḥīfa-ye Imām (Vols. 17 & 20). Tehran: Mu'assasa-ye Nashr-e Āthār-e Imām Khomeinī (rahmatullāh 'alayh) [in Persian].
 - 29) Khomeinī, Sayyid Rūḥullāh (1392 SH/2013). al-Makāsib al-Muḥarrama (Vol. 1). Tehran: Mu'assasa-ye Nashr-e Āthār-e Imām Khomeinī (rahmatullāh 'alayh) [in Arabic].
 - 30) Khomeinī, Sayyid Rūḥullāh (1415 AH/1995). Badā'i' al-Durar fi Qā'idat Nafī al-Ḍarar. Tehran: Mu'assasa-ye Nashr-e Āthār-e Imām Khomeinī (rahmatullāh 'alayh) [in Arabic].
 - 31) Khomeinī, Sayyid Rūḥullāh (1420 AH/1999). al-Rasā'il al-'Ashara. Qom: Mu'assasa-ye Nashr-e Āthār-e Imām Khomeinī (rahmatullāh 'alayh) [in

- Arabic].
- 32) Khomeynī, Sayyed Rūḥullāh (1434 AH/2013). al-Istiṣḥāb (Mawsū‘at al-Imām al-Khomeynī) (Vol. 5). Tehrān: Mu‘assasat Nashr Āthār Imām Khomeynī (raḥmatullāh ‘alayh) [in Arabic].
 - 33) Khorāsānī, Muḥammad Kāzim (1409 AH/1989). Kifāyat al-Uṣūl. Qom: Āl al-Bayt (‘alayhim al-salām) [in Arabic].
 - 34) Khosrowshāhī, Sayyid Hādī (1397 SH/2018). Darbāreh-ye Imām Khomeinī (15 Khordād va Mas‘aleh-ye Enqelāb) [About Imam Khomeini (June 5 and the Issue of Revolution)]. Tehran: ‘Arouj [in Persian].
 - 35) Khū‘ī, Sayyed Abū al-Qāsim (1418 AH/1998). al-Tanqīḥ fi Sharḥ al-‘Urwa al-Wuthqā. Qom: Mu‘assasat Ihyā’ Āthār al-Sayyid al-Khū‘ī [in Arabic].
 - 36) Kulaynī, Muḥammad (1407 AH/1987). al-Kāfi (Vols. 2, 5 & 7). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya [in Arabic].
 - 37) Makārem Shirāzī, Nāṣir (1427 AH/2006). Istiftā‘āt (Vol. 3). Qom: Madrasat al-Imām ‘Alī (‘alayh al-salām) [in Arabic].
 - 38) Ma‘rifat, Muḥammad Hādī (1380 SH/2001). Zan dar Farhang-e Qor‘ān va ‘Aṣr-e Nozūl [Woman in the Culture of the Quran and the Era of Revelation]. Majalleh-ye Pizhūhesh-hā-ye Qor‘ānī [Journal of Quranic Research], No. 25 [in Persian].
 - 39) Ma‘rifat, Muḥammad Hādī (1423 AH/2002). Shubuhāt wa Rudūd Ḥawl al-Qur‘ān al-Karīm. Qom: Manshūrāt Dhawī al-Qurbā [in Arabic].
 - 40) Mehrizī, Mahdī (1400 SH/2021). Imām Mūsā Ṣadr ‘Ālem-e Tarāz [Imam Musa Sadr, An Exemplary Scholar]. Tehran: Bešarā [in Persian].
 - 41) Mehrizī, Mahdī (1401 SH/2022). Jostārḥā‘ī dar Akhlāq [Essays in Ethics]. Tehran: Bešarā [in Persian].
 - 42) Montazer-e Qā‘em, Mahdī (1389 SH/2010). E‘tebār-e Sireh-ye ‘Uqalā va Kārburd-e Ān dar Feqh (Doctoral Dissertation) [Validity of the Practice of the Wise and Its Application in Jurisprudence]. University of Tehran [in Persian].
 - 43) Montazer-e Qā‘em, Mahdī (1401 SH/2022). Kārburd-e Sha‘n-e ‘Urfi-ye Foqahā dar Feqh [Application of the Jurists' Common Status in Jurisprudence]. Faslnāmeḥ-ye Shī‘eh Shināsi [Shiite Studies Quarterly], Year 20, No. 79, pp. 39-62. doi: 10.22034/shistu.2023.556403.2263 [in Persian].
 - 44) Montazerī, Ḥosayn ‘Alī (1384 SH/2005). Resāleh-ye Esteftā‘āt (Vol. 3) [Treatise of Inquiries]. Qom: Sāyeh [in Persian].
 - 45) Montazerī, Ḥosayn ‘Alī (1388 SH/2009). Ḥokūmat-e Dinī va Ḥuqūq-e Ensān [Religious Government and Human Rights]. Qom: Gavāhān [in Persian].
 - 46) Montazerī, Ḥosayn ‘Alī (1394 SH/2015). Resāleh-ye Ḥuqūq [Treatise on Rights]. Tehran: Sarā‘ī [in Persian].
 - 47) Montazerī, Ḥosayn ‘Alī (1401 SH/2022). Mojāzāt-hā-ye Eslāmī va Ḥuqūq-e Bašar [Islamic Punishments and Human Rights]. Tehran: Sarā‘ī [in Persian].
 - 48) Montazerī, Ḥosayn ‘Alī (1409 AH/2023). Dirāsāt fi Wilāyat al-Faqīh (Vols. 1 & 2). Qom: Daftar Tabliḡhāt al-Islāmī [in Arabic].
 - 49) Montazerī, Ḥosayn ‘Alī (1415 AH/2023). Dirāsāt fi al-Makāsib al-Muḥarrama (Vols. 1 & 2). Qom: Tafakkur [in Arabic].

- 50) Moṭahharī, Morteżā (1389 SH/2010). Majmū‘eh-ye Āthār (Vol. 21) [Collected Works]. Tehran: Ṣadrā [in Persian].
- 51) Mo‘amedī, Moḥammad (1401 SH/2022). Sireh-ye ‘Uqalā va ‘Urf dar Ejtehād [The Practice of the Wise and Custom in Ijtihad]. Qom: Sarā‘ī [in Persian].
- 52) Moṣṣahharī, Ḥosayn (1394 SH/2015). Manāsik-e Ḥajj [Rituals of Hajj]. Isfahan: Mo‘assasa-ye Farhangī-ye Moṭāle‘āti-ye al-Zahrā (salāmullāh ‘alayhā) [in Persian].
- 53) Mūsavi Ardabili, Sayyed ‘Abd al-Karīm (1392 SH/2013). Ḥuqūq va Dādrasī-ye Keyfarī dar Āyeneh-ye Feqh [Criminal Law and Procedure in the Mirror of Jurisprudence]. Qom: Rādnegār [in Persian].
- 54) Muẓaffar, Muḥammad Riḍā (1430 AH/2009). Uṣūl al-Fiḥ (Vols. 2 & 3). Qom: Daftar al-Intishārāt al-Islāmiyya [in Arabic].
- 55) Nowbahār, Raḥīm & Emādpūr, Ḥamed (1398 SH/2019). Tanfir az Dīn az Chešmandāz-e Qor‘ān-e Karīm [Alienation from Religion from the Perspective of the Holy Quran]. Nashriyeh-ye Qor‘ān, Feqh va Ḥuqūq-e Eslāmī [Journal of Quran, Jurisprudence, and Islamic Rights], No. 11 [in Persian].
- 56) Qābel, Aḥmad (1391 SH/2012). Shari‘at-e ‘Aqlānī [Rational Sharia]. Bi-jā [No place] [in Persian].
- 57) Qābel, Hādī (1390 SH/2011). Qā‘ideh-ye ‘Adālat va Nafi Ḥulm [The Principle of Justice and Negation of Oppression]. n.p. [in Persian].
- 58) Rūḥānī, Sayyed Moḥammad Ṣādiq (1382 SH/2003). Pāsokh-hā-ye Āyatollāh Rūḥānī be Esteftā‘āt-e Qovveh-ye Qazā‘iyeh [Ayatollah Rouhani's Responses to the Judiciary's Inquiries]. Tehrān: Ḥādīth-e Del [in Persian].
- 59) Rūḥānī, Sayyed Moḥammad Ṣādiq (1435 AH/2014). Fiḥ al-Ṣādiq. Qom: Āyin Dānesh [in Arabic].
- 60) Ṣadr, Sayyed Moḥammad Bāqir (1418 AH/1997). Durūs fi ‘Ilm al-Uṣūl (al-Ḥalaqāt) (Vol. 2). Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī [in Arabic].
- 61) Ṣadr, Sayyed Moḥammad Bāqir (1420 AH). Lā Ḍarar wa Lā Ḍirār [No Harm and No Harassment]. Qom: Dār al-Ṣādiqīn [in Arabic].
- 62) Ṣadr, Sayyed Mūsā (1396 SH/2017). Rūḥ-e Tashrī‘ dar Eslām [The Spirit of Legislation in Islam]. Tehrān: Mu‘assasa-ye Farhangī-ye Imām Mūsā Ṣadr [in Arabic].
- 63) Ṣāne‘ī, Yūsef (1427 AH/2006). Musāwāt al-Rajul wa al-Mar‘a wa al-Muslim wa Ghayrih fi al-Qaṣāṣ. Qom: Meytham al-Tammār [in Arabic].
- 64) Sayfī, ‘Alī Akbar (1425 AH/2004). Mabānī al-Fiḥ al-Fi‘āl fi al-Qawā‘id al-Fiḥiyya al-Asāsiyya (Vol. 1). Qom: Intishārāt-e Islāmī [in Arabic].
- 65) Sayfī, ‘Alī Akbar (1436 AH/2015). Dalīl Tahṛīr al-Wasīla (al-Ijtihād wa al-Taqlīd). Tehrān: Mu‘assasat Nashr Āthār Imām Khomeynī (raḥmatullāh ‘alayh) [in Arabic].
- 66) Shari‘at Eṣfahānī, Faṭḥullāh (1410 AH/1989). Qā‘idat Lā Ḍarar [The Rule of No Harm]. Qom: Intishārāt-e Islāmī [in Arabic].
- 67) Ṣubḥānī, Ja‘far (1382 SH/2003). al-Mawāhib fi Tahṛīr Aḥkām al-Makāsib. Qom: Mu‘assasa-ye Imām Ṣādiq (‘alayh al-salām) [in Arabic].
- 68) Ṣubḥānī, Ja‘far (1423 AH/2002). Tahdhīb al-Uṣūl (Vol. 3). Tehrān: Mu‘assasat

- Nashr Āthār Imām Khomeynī (raḥmatullāh ‘alayh) [in Arabic].
- 69) Ṭabāṭabā’ī, Sayyed Moḥammad Ḥosayn (1390 AH/2011). al-Mīzān (Vol. 17). Beirut: Mu’assasat al-A‘lamī [in Arabic].
- 70) Tūnī, ‘Abdullāh (1415 AH/1994). al-Wāfiya fī Uṣūl al-Fiqh. Qom: Majma‘ al-Fikr al-Islāmī [in Arabic].
- 71) Ṭūsī, Moḥammad (1407 AH/1987). Tahdhīb al-Aḥkām (Vol. 10). Tehrān: Dār al-Kutub al-Eslāmīya [in Arabic].
- 72) Ṭūsī, Moḥammad (1414 AH/1994). al-Amālī. Qom: Dār al-Thaqāfa [in Arabic].

Legal Transplantation to the Muslim World: A Case Study of the Iraqi Civil Code under the Auspices of al-Sanhūrī's Legal Approaches

Ammar Kareim Kadham al-Bsherawy · Professor, Department of Private Law, Faculty of
Law, University of Kufa, Najaf, Iraq.

(Corresponding Author)

ammkar.albsherawi@uokufa.edu.iq

Kasim Hayaal Resan al-Obaidi · Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of
Law, University of Kufa, Najaf, Iraq.

kasimh.resan@uokufa.edu.iq

Abstract

"Legal Transplantation," the process of transferring a rule or legal system from one country to another, is a concept introduced by Scottish legal scholar Alan Watson in the 1970s. Legal scholars hold diverse opinions on legal transplantation, with some advocating for it and others opposing it, each providing evidence to support their stance. The Iraqi civil law incorporated legal transplantation through the efforts of the esteemed jurist Abd al-Razzāq al-Sanhūrī. However, al-Sanhūrī's transplantations did not achieve the expected success in all instances. In several key areas, the transplantations did not function as anticipated and remain underutilized. This paper investigates the failures of legal transplantation by examining two specific examples: the foundation system and the consensual subrogation system. The primary reason for the unsuccessful transplantation in Iraqi civil law is the lack of originality in the transplanted material when compared to the originality and comprehensiveness of Islamic jurisprudence.

Keywords: Legal Transplantation, Legal Culture, Foundation System, Consensual Subrogation System.



Introduction

Generally, globalization favors the circulation and dissemination of uniform legal concepts across different normative spaces. If that is the case, the fact remains that there is still a tendency to single out concepts when they are received in each normative area. The Iraqi legal system has experienced various phases of the circulation of doctrinal models of Romano-Germanic origin and common law, whether original or derived (French, British, and American). The Iraqi Civil Code was prepared and drafted when most Arab countries sought to codify their legal systems. Al-Sanhūrī played an essential role in transplanting the French civil code into the Iraqi legal system (Stigall, 2006). He adheres to the premise of the historical school that the law evolves in symbiosis with the social environment. Assuming that Al-Sanhūrī accepts the idea that a codification should not freeze this development means that he takes an evolutionary perspective to assert that the state of the law must be recorded at the time of its development; it is an inevitable term. The Iraqi Civil Code No. 40 of 1951 includes provisions borrowed from the Majalla (Arkoun, 1973); other requirements have been borrowed from the French Civil Code.

The transplantation of the French civil code into the Iraqi civil code can involve simply introducing a concept, instrument, or legal rule, or more broadly, adapting it for optimal assimilation in the recipient country.

The transplantation of French civil law into Iraqi civil law was carried out in two ways:

First. Flexible Transplantation

The drafters of the Civil Code preferred foreign solutions to make adjustments and adaptations to comply with the spirit and logic of the code. We can distinguish different ways in which this reception was carried out.

Adaptation of the French model considering national specificities: For example, concerning the validity of contracts, the legislator did not see fit to adopt the mechanism of relative nullity specific to French law; instead, the notion of Aqd Mawquf's "pending Contract" from Sharia' was substituted.¹

Transposition of solutions from case law and French doctrine: The Iraqi Civil Code retained institutions that were developed after 1804 based on French jurisprudence and doctrine. This is particularly evident in the codification of the general principle of unjust enrichment in Article 243 and the legislation recognizing the right of superficies as an absolute right in Article 1266 of the civil code.

Borrowing from attempts at international codifications involving France: A reference to borrowing can be found in Article 125, which discusses exploitation as a defect of consent.

1. Refer to articles 133-136 of the Iraqi Civil Code.

The selection of Sharia rules that align with the Romano-Germanic model: For example, the Iraqi legislator retained a definition of the right to property in Article 1048 of the Iraqi Civil Code inspired by Islamic law, similar to Article 544 of the French Civil Code.

Secondly. Strict Transplantation

Strict transplantation involves the direct reproduction of a rule or legal concept without any modification. In the Iraqi Civil Code, one can find articles that are essentially a modest translation of the articles in the French Civil Code. For example, articles 150-2, 294-1, 321-2, 325, 336, 380-2, 1117, 1052, 579-2 of the Iraqi Civil Code are almost exact replicas of articles 1135, 1187, 1208, 1209, 1217, 1250-2, 553, 640, 1613 of the French Civil Code. The total and servile transplantation of foreign law has its drawbacks in that the received law may not be compliant with the social and economic environment of the country (Mattei, 1994). Our study thoroughly focused on the effectiveness of transplanting foreign law into the Iraqi civil code. To achieve this goal, we must first examine the relationship between comparative law and legal transplantation. Then, we have to address the theories of legal transplantation and the reasons behind it. Finally, we are seeking applications for unsuccessful legal transplants in Iraqi Civil Law. Whether there are opportunities for successful legal transplantation in Iraqi civil law is beyond the scope of our research, and we will address it in future studies.

1. Comparative Law and Legal Transplants

Current trends in modern comparative law extend beyond traditional studies of the legal family. Today, a more holistic approach is taken. New terms such as "legal culture," "cross-fertilization," or "legal transplantation" are studied with great interest by modern comparativists. The relationship between comparative law and the reasoning behind the existence of legal culture is explored to deepen our understanding of the ideological foundation of law and legal practice in the contemporary world (Mosquera Valderrama, 2004). Furthermore, globalization is sometimes analyzed as a process of circulating and disseminating uniform legal concepts across different normative spaces. Indeed, although the hierarchical relationships between the different areas within the international legal order are weak or non-existent, these areas influence each other in their functioning. Cross-borrowing of normative values, implementation techniques, interpretative models, and legal concepts can then be observed (Gerber, 2000).

It is, therefore, possible to associate the idea of the globalization of legal concepts not only with their transfer from international law to national legal systems (vertical dimension) but also with their circulation among the various normative spaces that coexist at the international level (horizontal dimension). Legal theory can identify the spaces where society obtains information from

the legal system and the actors involved in it. The law reflects its environment. The law governs its jurisdiction. But it cannot determine whether the normative programs used by the law to shape them align with society's expectations or values. Or, at least, we should say this with more caution than social groups would like to admit (Moor, 2010).

Some authors argue that there is no competition among legal systems. According to this opinion, the transplantation of a system or a rule is impossible. It is impossible to consider the law as something disconnected from its context and interchangeable (Paris & Veltz, 2010). On the other hand, there is another tendency in comparative legal theory that views law as a subject of competition and believes that legal rules can be transplanted.

2. Theories of Legal Transplantation

2.1. Theories of Pro-Transplants

2.1.1. Watson's Theory: The Ease of Legal Transplants

According to Watson, legal transplants, the desirability, and feasibility of borrowing from another legal system are the essence of comparative law in its practical conception, offering the prospect of improving one's legal system (Watson, 1978). Watson's theory on legal transplantation makes two essential points. Legal transplants are commonly practiced, as he argues. For example, according to him, borrowing (with adaptation) has been the typical legal development in the Western world (Watson, 1978).

However, Watson's second central claim, which involves the transplantation of legal rules that do not hinder the smooth running of society, has sparked even more controversy and lies at the core of the legal transplantation debate (Watson, 1978). According to Watson, laws are swiftly adopted and readily accepted in other legal systems. Thus, the law is quite distinct from other social systems (Watson, 1978).

Watson observes that the success of a legal transplant primarily relies on the recipient country's willingness to adopt the foreign legal standard rather than on an understanding of its similarities with the local context (Watson, 1978).

However, we agree with Watson that other factors may come into play, such as pressure against legal change assessed by groups and individuals in society, the force of opposition, and the receptivity of a legal system to foreign law due to differences in linguistic traditions or legal experience with another system (transplantation bias).

2.1.2. Kahn-Freund: Contextual Factors of Transferability

In contrast to Watson's theory, Kahn-Freund identifies a strong inherent relationship between law and society. The law should not be separated from its purposes or the circumstances in which it is made (Kahn-Freund, 1974).

However, Kahn-Freund believes that there are degrees of transferability. The risk of rejection of the transplanted foreign law in another environment will depend on several factors (Kahn-Freund, 1974). These factors include geographic, economic, social, and, most importantly, political aspects. The law drafted for any country should be adapted to the social environment of that country. If the direction of one country matches that of another, it is merely a coincidence. In this, Kahn-Freund proceeded with the famous declaration of Montesquieu, which states that "laws are the necessary relations that derive from the nature of things." However, organized groups, such as large corporations, unions, and cultural and religious groups, have significantly expanded their involvement in manufacturing and upholding legal institutions. Kahn-Freund argues that a potential law reformer should closely examine a foreign institution where the law is linked to a power distribution in the foreign country that differs from that in the beneficiary country. It is important to consider how this law reform is likely to be perceived by the organization of interest groups within its new framework (Kahn-Freund, 1974).

Kahn-Freund argued that the transferability of legal rules or institutions should not be assumed. Only if the application of laws outside their original context risks rejection. The use of comparative law for purposes and practices becomes abusive only if it is informed by a legalistic mindset that ignores the context of the law. Unlike Watson, Kahn-Freund considers knowledge of foreign law necessary for utilizing the comparative method. But also, knowledge of the social aspects of foreign law and, more importantly, its political context is essential (Kahn-Freund, 1974).

2.1.3. Örucü: Transposition of Laws

For Esin Örucü, the use of the concept of legal transplantation, as mentioned by Watson, is the most appropriate (Örucü, 2002). Each time a rule is introduced into the recipient's system, such as in the model's system, transposition also necessarily occurs based on the culture, especially the socio-legal culture, and the requirements of the recipient's legal system. The real advantage of adopting foreign legal models is only obtained through the proper transposition of foreign law, which requires the "tuning" by participants (such as judges) in the legal recipient system. However, the transposition process is not easy, especially when values and cultures are exported along with the substance of the law, even between systems within the same legal tradition. Therefore, a transplantation that has not been successful is likely due to the inability to accurately position the transplanted organ.

On the other hand, transmigration can work well due to the essential similarities in structure, substance, culture, fine-tuning, and intense pressure from a ruling elite or the legal professions (Örucü & Nelken, 2007). In summary, Örucü suggests that some level of irritation caused by the

transplanted law in its new environment may be necessary for successful transposition. The real benefit of adopting foreign legal models is only achieved through the proper transposition of foreign law, which necessitates adjustments by participants in the recipient's legal system. However, the transposition process is not easy, even between systems within the same legal tradition, especially when the substance and culture of law are exported simultaneously (Örücü & Nelken, 2007).

2.2. Theories of Anti-Transplants

As its name suggests, the anti-transplant doctrine unites individuals who oppose any type of transplantation or even the attempt to transplant between jurisdictions. We think here of authors such as Pierre Legrand, Teubner, and Seidman.

2.2.1. Pierre Legrand: The Impossibility of Legal Transplantation

Legrand argues that legal transplants are fundamentally impossible due to legal rules being unable to "travel through all legal systems." According to Legrand, "the rule of law from the United States that settles in France, Italy, or elsewhere cannot be established as is." To be welcomed and to "make sense" at the local level, to fit into the web of meanings that inevitably constitute the unique historical fabric of a specific society, this American rule of law must, so to speak, undergo metabolism. At the very moment when the American legal tradition is claimed to be integrated into French law, French law transforms it, altering its essence from the American rule of law it once was. It is, at best, a French rule of American law, which is not the same thing and not equivalent. Thus, any trend assumes that the shifting of norms across boundaries is ill-founded because it fails to consider models as actively constituted by the life of interpretive communities. Yet, it fails to see standards as the product of competing and conflicting societal interests (Legrand, 2001).

2.2.2. Gunther Teubner: Legal Irritant

The researcher focuses on legal irritation, which is more applicable than legal transplantation because organ transplants are logical in the organism and not about transferring legal institutions. According to Teubner, legal institutions cannot be easily transferred from one context to another as legal transplants may create a misleading impression. They need careful transplantation in the environment (Teubner & Irritants).

Teubner argues that when a foreign legal rule is imposed on a culture, rather than fostering interaction or repulsion in its new environment, something else happens to the law:

"It is not transplanted into another organism." Rather, it is a fundamental irritation that triggers a series of new and unexpected events. It irritates the law's binding arrangements. An external noise disrupts the dynamic

interactions of discussions within these structures. It forces them to reconstruct their own rules internally and rebuild the alien element from scratch. "Legal irritants cannot be domesticated." (Teubner & Irritants).

Teubner, like Kahn-Freund, emphasizes the enduring importance of economic and social factors in the transplantation process. The reason is that legal institutions have a close relationship with economic and social aspects, including technology, health, science, and culture. Teubner, therefore, observes that the ease or difficulty of legal transplantation depends on the degree of connection between the law and its social context. Legal transplants can become legal irritants, depending on whether there is a loose or tight coupling between the law and other social discourses (Teubner & Irritants).

2.2.3. Robert Seidman

In his book "The State and Law in the Development Process," Seidman argues that law forms the foundation of organized societies and serves as a mechanism for institutional change. Unfortunately, many governments in developing countries have attempted to replicate the legal systems of developed nations, but legal transplantation has proven to be ineffective. In other words, legal transplantation cannot create rules that produce the same desired effect in the recipient and donor countries. This is because legal environments vary depending on the location and period.

Seidman provided numerous examples, such as Ethiopia's endeavor to adopt Hong Kong law and Turkey's adoption of French civil law. These legal norms were not as integrated into their new environments as they were in their places of birth. People choose how to act in response to laws, customs, and various social, political, historical, and other factors present in their countries (Seidman, 2016).

3. Reasons for Legal Transplantation

Specialists have given different reasons as predominant factors in determining transplanted laws. Legal transplantation occurs due to efficiency (1), prestige and imposition (2), and finally, chance and necessity (3).

3.1. Efficiency

Law is an instrument that is part of social, political, and economic organization. It drives development and brings about social change (Persadie, 2012). To ensure the proper functioning of the law, legal standards should reflect the societies that created them, meaning that individuals must recognize, accept, and willingly adhere to them. The leading reason for transferring rights is their economic efficiency (Laithier, 2010). If you identify an element from one legal system or rule that can be transplanted to another, it is more economically efficient than the law of the importing country (Laramée & Affaki, 2008).

Discussing the effectiveness or efficiency of a legal system presupposes specifying which criteria are used to measure this efficiency. Often, the analysis of the efficiency of a legal system involves an economic analysis of the law. At least, this is the analysis favored in common law for several decades. Economic analyses of legal phenomena, whether descriptive or prescriptive, do not necessarily or directly address the relationship between law and economics. By approaching the legal standard through an economic framework, typically focusing on efficiency, a solid foundation is established for a transdisciplinary study that assesses the influence of legal regulations on organizational performance and the economy (Frydman, 2001). This analysis aims to examine the rule of law from an economic perspective. Therefore, the legal standard is viewed instrumentally as a tool that must be mobilized to achieve objectives defined in economic terms. As a result, it loses its autonomy. It acquires a practical dimension: this type of analysis aims to guide the development and interpretation of the rule of law towards optimal efficiency, measured in terms of its economic performance (Mallet-Bricout, 2007).

In a persuasive argument, economic efficiency can be initially presented as the foundation of the rule of law. From this perspective, economic efficiency intervenes in legal discourse as an argument to explain the relevance of the solution. In fact, just like morality, equity, justice, or human dignity, economic efficiency naturally serves as a factor that can persuade the legislator during the process of drafting laws, influence the decisions of judges, and garner support from legal scholars in their efforts to systematize positive law (Ammar, 2015). Measuring the economic effects of a legal standard is a significant scientific endeavor. The field of "Law and Economics" embodies this powerful concept. It is built on purely ideological postulates, specifically claiming the superiority of common law over any other legal and market system in regulating behavior, and purports to demonstrate scientifically acquired results. This romantic setting, of which the annual "Doing Business" reports constitute the most spectacular manifestation, also bears its share of responsibility in the global financial crisis. The economic analysis of law remains primarily a discipline that needs to be developed from a truly scientific perspective, with a significant focus on the adequacy of reality. This is an essential step for rationalized debate.¹

Due to the effectiveness of Islamic law, the accelerated development of Islamic financial institutions, and the proliferation of financial products following the principles of Islamic Sharia law offered by both conventional

1. Since 2004, the World Bank has published an annual report, Doing Business, which claims to assess different legal systems worldwide based on a summary description of the legal environment in which companies operate. This report establishes an annual ranking intended to guide the actions of public authorities and investors. Civil law systems, primarily French law, are seriously criticized and poorly ranked.

financial institutions and those that are purely Islamic, the range of investment vehicles offered to investors has radically changed in recent years. Initially confined to the markets of the Middle East and Southeast Asia, Islamic investments and banks have significantly increased their visibility in Europe. This growth is particularly notable following the adoption of the Finance Act 2005 by the British Parliament. This act establishes conditions for real competition, especially from a tax perspective, between certain Islamic investments and their conventional counterparts. Furthermore, the approval of several Islamic retail banks by the Financial Services Authority in the United Kingdom has also solidified the presence of Islamic banks in Europe. Beyond retail banking, this presence is now evident in investment banking. Under the freedom to provide services in the banking and financial sector, credit institutions established in the European Community can now operate under the "European passport" anywhere in Europe and access Islamic investors in France and elsewhere in the European Community. These changes should soon ensure that French savers have access to the new range of Islamic investments.

3.2. Prestige and Imposition

Comparative studies today acknowledge that the evolution of legal models is primarily driven by a dynamic of imitation, which is fueled by prestige (Allouch, 2016). Sacco developed this theory and identified two root causes of fraud (legal transplantation): constraint and prestige. If a culture believes in its values, it tends to implement its legal models, and those with the power to do so impose their models on others. Of course, the affinity of cultural, social, and economic situations can be decisive in determining or enabling an imitation. However, just as some legal solutions remain unchanged through cultural and political revolutions, imitations can occur across cultural and political boundaries.

Receptions due to pure force are reversible; their effects cease as soon as the balance of power changes. Receptions due to pure acts of energy are also quite rare in history (Sacco, 1991). The element that typically initiates reception is the desire to adopt the qualities of others when these qualities are enhanced with a certain prestige that we can only describe as "prestige." The distinction is not very pronounced if the two legal systems are similar. A lacunar system can mimic other methods, regardless of the model borrowed, as long as the void is filled (Bode, 2010). The prestige-oriented explanation is, truthfully, tautological, and comparative law does not define "prestige" (the analysis of which is the responsibility of other disciplines). Prestige assisted in its conquest of Europe by common law; it propelled the Napoleonic Code beyond the borders of the Romanist area. Prestige has also made the adoption of English or French legal models in Africa irreversible. The prestige of Sharia law is responsible for the erosion of many African customs (Sacco, 1991).

For his part, Sacco notes that "prestige attaches to a system perceived as responding more adequately to the objectives most valued by the international or regional community at a given time." Therefore, prestige is an essential concept for interpreting the transplantation of many legal models (Sacco, 1991). Thus, for example, prestige has driven American law to conquer the world because it is "seen to be in tune with the needs of the economy."

Economic prosperity has always been a natural source of prestige for the law, enabling it to flourish. The United States' technological advances naturally imply an advancement in legal thinking related to technical innovations. The United States entered the post-industrial era before Europe, transitioning into computers and intangibles. This led to the rapid development of laws on new technologies, a reflection on scientific expertise, and a stance on the relationship between the market and bioethics. The positions adopted are not necessarily those that Europe will adopt in the long term, but they serve as an obligatory reference (which represents a clinical symptom of prestige). In this regard, the strength of American law undoubtedly lies in the fact that no inertia from tradition impedes its rapid adaptation to new situations (Watson, 1978).

3.3. Chance and Necessity

As Örucü explained, transplantation is not imposed as a choice but rather as a necessity. Örucü developed this new approach with primary reference to the criteria by which Eastern European systems must join the European Union (Orucu, 2004). The substance-over-form principle, well known to Anglo-Saxons, was endorsed by the International Accounting Standards Committee. The substance of taxation in civil law countries has roots in the Roman notion of provisions in fraud legis (Ammar, 2015). In common law countries such as the United States, the judiciary developed the concept of substance over form for tax law purposes. In the United States, as in other federal states with various private law rules between states, the need for substance over form for tax law concepts is more evident (Ammar, 2015). The result is that the legal transposition of the substance over form principle has taken place differently in different countries. The reasons for these differences may argue the need for a specific legislative provision or the development of this doctrine by the judiciary for private and tax law purposes.

4. Applications of Unsuccessful Legal Transplant in Iraqi Civil Law

Chairman of the Iraqi civil law preparation committee, Al-Sanhūrī, believes that no nation can be isolated from the codification of other countries, otherwise depriving the fruits of the experiences of these nations without benefiting from their isolation (AlJubory, 2021). Therefore, he said in his approach to the preparation of the draft Iraqi Civil Law: "The optimal plan in

our view is that the new codification setter will go to Western codifications, choose the latest and most perfect, and formulate from all this a model for the best legislation he sees, without looking at a particular country or traditions" (Abedi, Al-Shoroqi, Qabuli, & Bakhshi, 2023).

He applied this plan in practice, saying in another resource: "I went through my work on two roles. I put in the first stage a model of sales provisions, which I chose from among many old and modern regulations, like ancient French law and Egyptian law. The contemporary was represented by German law, Swiss law (along with Turkish law), Soviet law, Franco-Italian law, Moroccan law, Lebanese law, Bolognese law, and the international project."

Al-Sanhūrī's expansion of the scope of the selection of legal texts from Western laws can be explained by his legal philosophy, as it revolves around the issue of unity, in which the influence of Edward Lamper and European comparative legal scholars who were supporters of that issue at the beginning of the twentieth century. They promoted laws characterized by generality, issued by a legislative body, and capable of bringing different peoples together. So Al-Sanhūrī was influenced by Lamper's vision, which is about the foundations of laws in the world, which almost do not differ. Despite the different places and times, the legal industry is meant to wear extra clothes. Its miscellaneous ramifications and details make it seem strange to the superficial view of each other, but it does not deceive the piercing eye, as they all refer to the same or similar origins.

Regardless of the discussion of Al-Sanhūrī's approach to the preparation of Iraqi civil law, we traced his cultivated materials and monitored many unsuccessful applications of legal transplantation. We will only present two models of them, namely the transplantation of the foundation system and the transplantation of the agreement replace the system, as follows:

4.1. Transplantation of the Foundation System in the Iraqi Civil Law

The Iraqi civil law organizes the foundation system from Article 51 to Article 60. These articles deal with the definition of the foundation, procedures for its establishment, methods of controlling it, amending it, and ultimately canceling it.

We divide the research into three points: the purpose of the transplantation of the foundation system, the reasons for the failure of its implantation, and finally, the future of the foundation system in Iraq.

4.1.1. The Purpose of the Transplantation of the Foundation System

Article 51 of the amended Iraqi Civil Law No. 40 of 1951 defines a foundation as "a legal entity created by allocating property for an indefinite period for philanthropic, religious, scientific, technical, or sports activities without the intent of deriving material gain." This definition mirrors the definition found in

the Egyptian civil law Article 69 before its abolition and is quoted from Article 27 of the Belgian legislation issued in 1921 (Hill, 1988).

The late Munir al-Qadhi believed that the law does not provide a definition of something in its chapters unless its meaning is necessary, as meanings and definitions pertain to jurisprudence, not law (Stigall, 2004). The foundation system's significance in Iraqi civil law is crucial because it is a Western system, distant from the norms of Iraqi society, with which we were previously unfamiliar. This indicates that the Iraqi civil law vigorously sought to support the system of foundation because its authors believed it would significantly contribute to social development (Safa Kadem Ghazi, 2023).

Al-Qadhi states, "The concept of foundation is not recognized in our legal system and is not explored in Islamic law because it is replaced by the Alwaqf system, a comprehensive system that, if properly administered and protected from theft, could greatly disseminate knowledge throughout the nation." And it would significantly reduce the burden of poverty. The foundation system is well-known in the West, unlike the Alwaqf system. Nevertheless, the foundation method has provided remarkable services in Europe and America. Some foundations have elevated science to its peak, while artistic foundations, funded by generous individuals, have generated numerous religious, historical, geographical, and sports initiatives. These foundations have been entrusted to trustworthy individuals, resulting in valuable and beneficial outcomes. Therefore, the legislator will introduce this system in our land and encourage us to work with it, being generous to us as he did with others. He elaborated on the adoption process, explaining its establishment, conditions, provisions, and all other related aspects (Stigall, 2004). And he added in another place: The system of foundation is on which the essential part of progress in Western countries is based (Stigall, 2004).

Through this, it is clear that Al-Qadhi, as one of the prominent members of the Iraqi Civil Law Committee, believes that the purpose of establishing the foundation system is to reap its benefits, similar to practices in Western countries. Still, he recognizes the great importance of Alwaqf as a vital system in our present time. He made it clear that the impediment to reaping the yields of Alwaqf is its poor management and prevalence of theft. Therefore, the issue lies not in the Alwaqf system itself but in the inadequacy of its management. Therefore, he and his comrades in the Iraqi Civil Law Committee should have addressed these obstacles. Importing the foundation system as an alternative to the Alwaqf system would not solve the problem without addressing the impediments to harvesting the yields of Alwaqf. The Alwaqf system is one of the ancient Islamic systems and was the primary basis for financing many social and economic requirements that are now managed by public departments and sectors, such as education and health. Unfortunately, the remnants of its vast properties, including lands, orchards, and buildings, still

bear witness to that, despite all that it has been subjected to - narrowing, marginalization, and sometimes looting (Huq & Khan, 2017).

However, in the first half of the twentieth century, many economic objections were raised to the atomic Waqf system, almost wiping out the charitable Waqf (Huq & Khan, 2017). The idea of importing the Western foundation system was conceived as an alternative to the Alwaqf system, as well as for administrative and political reasons. The state worked to liquidate Alwaqf to extend its central control, but it did not allow the existence of a social or organizational entity independent of it. So, it spread cultural and institutional Westernization and supported it, finding the appropriate cultural and organizational formulation to establish the state's control and comprehensiveness (Tawfiq, 1998). Thus, a paradox emerged between the decentralization of Alwaqf and the centralization of the state. However, the competition was unequal between the traditional inherited Waqf system and the modern incoming foundation (Tawfiq, 1998).

In this charged atmosphere against the Alwaqf system, there was a need for legislative support to weaken and marginalize it from economic, administrative, and political perspectives. Al-Sanhūrī argued that the Alwaqf system often becomes limited to serving the original purposes of the foundation. He highlighted that the system lacks flexibility and does not allow for the establishment of hospitals, shelters, institutes, and other organizations that could be accommodated by a more flexible foundation system (Abdulkareem, 2023). The reasons for the Iraqi civil law regulation, prepared by Al-Sanhūrī, pointed out that the foundation is a new system introduced into the project. It exempts Alwaqf in many cases and prioritizes serving the purposes for which it was established to achieve (Stigall, 2009). This statement favors the foundation system over the Alwaqf system.

It can be said that the most prominent aspects of flexibility in the foundation system, which Al-Sanhūrī referred to when comparing it with the Alwaqf system, are what were stipulated in the Iraqi Civil Law in the following articles:

Article 53/1 states, "The creation of a foundation shall, with respect to the founder's creditors and heirs, be considered as a grant or a will."

Article 54 states, "Where an authenticated deed has established the foundation, the creator may revoke it by another authenticated deed until its registration is completed in the Court of First Instance." This provision was originally from Article 72 of the Egyptian Civil Law before its repeal and was adopted from Article 15 of the new Italian law.

Article 59: "The Court of First Instance within the jurisdiction of which the seat of the foundation lies may order the following proceedings if the Control Authority has filed an application in the form of an action:

- a) Dismissal of managers who have been proven to be negligent or who have failed to perform their duties, and who have failed to fulfill the obligations imposed by the law or by the constitution of the foundation, as well as those who utilize the assets of the foundation in ways that are incompatible with the objectives or intentions of the founder of the foundation, and those who have committed gross misconduct in the performance of their duties;
- b) Amending the management system of the foundation or reducing or changing the stipulations prescribed in the incorporation deed of the foundation where it is necessary to safeguard the assets of the foundation or to achieve the purpose for which the foundation was created;
- c) The abolition of a foundation if it has reached a state where achieving the purpose for which it was created is impossible, or where the realization of such purpose has become incompatible with the law, public order, or morality;
- d) Cancellation of the business conducted by managers beyond their authority (*ultra vires*) or in violation of the law or the foundation's constitution may be initiated within two years from the contested action. However, the cancellation cannot be pursued against a *bona fide* party who has acquired rights based on such actions. Works carried out by the managers violate the limits of their competence or contravene the provisions of the law or the foundation's system. In this case, the action for cancellation must be filed within two years from the date of the contested work, and the action for cancellation may not be brought against a *bona fide* third party who has gained rights based on that work.

This flexibility in the Western foundation system does not exist in the Islamic Waqf system. Thus, for example, Sayyid Abd Al-Ala al-Sabzwari, one of the religious authorities and references (*Marja'*) of the Imami doctrine, states: "When Alwaqf is made, it becomes necessary. Alwaqf's originator may not cancel it, even if it falls into a death's illness, and the heirs are not allowed to cancel it, even if it exceeds one-third. It is not permissible for Alwaqf's originator or for others to change and replace the beneficiaries from Alwaqf by transferring it from them to others, removing some of them from it, and bringing in a foreigner with them if this is not conditioned. If that is prepared, it is correct" (Rezwani), and many contemporary Imami jurists agreed on that.

We support the jurists' view of the Imami doctrine. However, we find that the foundation system's flexibility may lead to the manipulation of its funds and subsequent theft when the opportune moment arises.

4.1.2. Reasons for Unsuccessful Transplantation for the Foundation System

The main reason for the failure to implant the foundation system in Iraqi civil law is the existence of the Islamic Waqf system, which has been present for

centuries in Iraq. The foundation system closely resembles the Waqf system in many of its aspects.

However, we argue that there are significant differences between the Alwaqf system and the foundation system, the most important of which are:

1. Alwaqf deals only with immovable property, not with movable property, except in a particular form, which is to be immovable by allocation. At the same time, the foundation consists of all properties, whether immovable or movable, cash or non-cash. This difference is inaccurate, as the majority of jurists from the schools of Islamic jurisprudence, except for the Hanafi school, agree on the permissibility of making movable property as Waqf, whether Alwaqf was independent or dependent on the immovable property (Nyazee, 2019). Not only that, but even cash flow is permissible in Islamic jurisprudence to be Waqf.
2. The purpose of Alwaqf is to have a payee, whether it is a legal or natural person. For example, in the atomic Waqf, the payee is the offspring and their descendants, and in the charitable Waqf, it includes pilgrims, individuals with low incomes, and others. At the same time, there is no such condition in the funding system because it may be intended for specific purposes, such as scientific research, and not for the recipients carrying out these purposes (such as researchers). This statement is incorrect because Alwaqf can be established for scientific research purposes (Islahi, 2004). In addition, as part of the charitable Waqf, the payee person does not need to be a natural or legal entity, and typically, a natural or legal person manages the Scientific Research Department.
3. The founder of a foundation may be a natural or legal person. However, in Alwaqf, it is only permissible if the founder is a natural person who owns the property and is also eligible for the donation. Alwaqf is only made in the form specified by Sharia, and Sharia jurists believe that the formula must meet several conditions, one of which is that it should be verbal. In contrast, a written request is required to establish the foundation, not the pronouncement of that request. According to the provision of paragraph (1) of Article 55 of the Iraqi Civil Law, "The registration of the foundation shall be effected upon application being filed by the founder, the first manager, or the authority concerned with the Control of Foundation." This distinction is inaccurate as Islamic jurisprudence acknowledges the legal personality's existence, even if it is not explicitly named (Gandomkar, Salehimazandarani, & Hamidi, 2021). Nothing impedes the legal entity from establishing Alwaqf because the legal entity also owns the property. If we agree that there is such a problem, the pronouncement question can be resolved by consulting the legal person's representative.
4. Formalism is an essential condition for establishing a foundation. According to Article 52/1 of the Iraqi Civil Law, "The creation of a

foundation shall be by an authenticated deed or by will." Additionally, it should be registered with the Court of First Instance, as stated in Article 54, which mentions, "When an authenticated deed has created the foundation, the person who has created it may revoke the creation thereof by another authenticated deed up to the time of completion of its registration in the Court of First Instance." In contrast, Alwaqf can be established outside the court and can be proven by all means of proof; not being registered does not affect its legal position. This difference favors the Alwaqf system due to the formality and bureaucracy involved in preparing and registering the official document in the Court of First Instance. The informality of Alwaqf reduces the bureaucratic hurdles associated with establishing new foundations, unlike in Islamic Waqf, which can be established quickly. Staying away from formality is one of the characteristics of tolerant Islamic Sharia.

5. Alwaqf is valid from the moment of uttering the form that created it, while in the foundation system, the date of its appearance and acquisition of the status of a legal person is the moment of its registration. Also, this difference favors Alwaqf because the time allotted to harvest the yields will be increased in the Alwaqf system, and it is a marginal secondary difference.
6. It is not permissible to withdraw from Alwaqf because the property comes from the originator's hand. Therefore, it cannot be reclaimed even by those who inherit the originator of Alwaqf. In contrast, in the case of a foundation, the creditors of the originator or his heirs may demand according to the general rules, as well as the possibility of filing a lawsuit if it was established to harm the creditors following the provision of Article 53 of the Iraqi Civil Law, which states: "1- The creation of a foundation shall, with respect to the founder's creditors and heirs, be deemed a grant or will (testament). Where the foundation has been established to the detriment of the rights (interests) of the creditors' heirs, they may initiate the proceedings specified in the law regarding grants and wills.

Yes, this is the essential difference between the Alwaqf and foundation systems. In the previous section, we discussed how to establish the foundation's system while considering its flexibility. We find that this difference is also in the interest of the Alwaqf system because the Alwaqf system has been subjected to corrupt misuse, even with its restrictions and conditions. So, if we eliminate these restrictions and conditions in the foundation system, it would be much easier to manipulate them.

After reviewing the alleged differences between Alwaqf and the foundation system, we found that some of these differences are not significant, and some are not essential. Therefore, they do not impact the essence of the foundation system, which is essentially another form of the Alwaqf system with some

modifications. Therefore, the foundation was not a substitute for the Islamic Waqf.

Another factor contributing to the failure of implanting the foundation system in Iraqi civil law is the religious factor. For true believers, those who perform good deeds, and those who are religiously observant, the foundation system is a sophisticated Western system that does not fulfill their goals in the afterlife, unlike the religious Waqf system, which brings happiness in both this world and the afterlife.

4.1.3. The Future of the Foundation System in Iraq

As a result of the preceding information, we can comprehend the statement made by one of the judges who specializes in the registration of foundations in the Court of First Instance, indicating that there is only a small number of foundations in Iraq, which is nearly non-existent (Safa Kadem Ghazi, 2023).

Therefore, we expect the foundation system to be abolished when a new Iraqi civil law is enacted. This was achieved in the Iraqi Civil Law of 1986 draft, which canceled the articles related to the foundation. Also, the foundation was not considered a legal entity, as stated in Article 79 of the draft, which specifies: "Legal entities include:

First, the state.

Second, state bodies granted legal personality independent of the state, such as ministries, governorates, the capital secretariat, and municipalities, are established by law.

Third, Alwaqf.

Fourth, every group of individuals or funds granted legal personality by law, such as institutions of the socialist sector, unions, cooperatives, federations, universities, companies, and associations."

We recommend that the Iraqi legislature, at least at this stage, amend the civil law by removing the articles related to the foundation system, specifically articles 51-60, and replace them with the organization of Alwaqf by structuring its main components according to the established opinion in Islamic jurisprudence. The legislator can adopt the necessary stance by reverting to our legal heritage and codifying the Waqf according to Islamic jurisprudence, which has endured for centuries and demonstrated its effectiveness in diverse areas.

4.2. Transplanting the Consensual Subrogation System in Iraqi Civil Law

The Iraqi civil law presented the consensual subrogation system from Article (380) to Article (382), which dealt with consensual fulfillment methods, procedures, and content. We will discuss three points in this regard: the purpose of implanting the consensual subrogation system, the reasons for the

failure of its implantation, and finally, the future of the consensual subrogation system in Iraq, as follows:

4.2.1. The Purpose of the Transplantation of the Consensual Subrogation System

Article 380 of the Iraqi Civil Law states:

1. For the creditor who has received his right from someone other than the debtor, an agreement with such a third party subrogates his rights, even if the debtor does not agree to such subrogation. The agreement must be documented in a formal paper, dated no later than the time of the discharge.
2. The debtor who has borrowed money to discharge a debt may subrogate the lender into the rights of the creditor who has received his right, even without the consent of the creditor, provided that the agreement to subrogate was formalized in writing. Additionally, the debtor must specify in the loan contract that the borrowed money was intended for the discharge, and in the quit-claim, acknowledge that the discharge was facilitated by the money borrowed from the new creditor.

Consensual subrogation is a legal system in which the payer can subrogate the creditor in their debt, guarantees, and defenses, as outlined in Article 381: "He who is subrogated in law or by an agreement into the rights of the creditor is endowed with the creditor's rights concerning attributes, accessories, securities, and defenses related to the said right..."

There are two ways of consensual subrogation: the agreement between the creditor and the payer or the agreement between the debtor and the payer. In the case of a contract between the payer and the creditor, the debtor's consent is not required. This is because the debtor benefits from this fulfillment; his debt expires, he gets rid of the creditor's claim, and it is more likely that the new creditor will be more lenient and quicker to facilitate the payment of his debt. Otherwise, he would not have volunteered to pay the debt, as he serves the debtor by settling his debt and allowing him time to repay it in the future (Ali, 2023).

The purpose of consensual implant subrogation in Iraqi civil law, even though it is a legal system derived from Roman law (Gandomkar et al., 2021), as an independent system separate from the right of transfer, is an economic rationale. In the right transfer system, the speculator aims to profit from the variance between the actual value of the debt and the price paid to the creditor. Therefore, the right transfer often involves a debt that was not yet due for payment. In contrast, consensual substitution is a service and an aid, whether for the creditor who exercises their right or the debtor who gains more time for fulfillment. The consensual substitution occurs only when the debt is due or

after that, and it only applies to current debt. In contrast, the transfer of rights pertains to both existing and deferred debts (Sewilam, 2011).

4.2.2. Reasons for Unsuccessful Transplantation of the Consensual Subrogation System

The main reason for the failure of the consensual subrogation system in Iraqi civil law was the existence of the right transfer system in Iraqi civil law, which is almost similar to the consensual subrogation system. Therefore, the mentioned differences do not distinguish them as two separate methods. Instead, they are secondary differences that do not affect the reality and essence of the rights transfer system. Therefore, the consensual subrogation system is one of the applications of the rights transfer system.

To prove this, we will review the most prominent differences mentioned by the author of the Iraqi civil law, Al-Sanhūrī (Ali, 2023), and then we will discuss their impact on changing the nature of the rights transfer system, as follows:

A. Difference in Practical Purposes

Al-Sanhūrī believes that subrogation fulfillment has been legislated to facilitate the debtor because the payer is usually a friend of the debtor. He pays his debt to save himself from the urgent demands of the creditor, then he is kind to him, so he does not return to him except when it is easy to fulfill. He replaces the creditor in his rights, guarantees, and accessories, but only for what he has paid, as stated in Article 381 of the Iraqi civil law: "...and this subrogation shall be to the extent of that which the subrogee creditor had paid." This act of fulfillment is his obligation (Aidaros, 2022). Unlike the right's transfer system, when a third party purchases the right, it typically does so for less than its value. This could be due to the fact that the time for fulfillment has not yet arrived or because of the challenges associated with completing the right. The third party then returns the debtor the total value of the request, according to Article 365 of the Iraqi Civil Code: "The right is transmitted to the assignee together with its attributes and warranties such as suretyship, privilege, and mortgage. The assignment is deemed to cover the interests and installments which had fallen due." He is a speculator. He makes a deal to earn from it.

We find that this difference does not change the nature of the right's transfer system. We can categorize the transferee into two types: either they are a speculator, in which case they will return to the debtor with the entire debt, or they are not a speculator but a friend and benefactor to the debtor, in which case they will return with what they have paid. Therefore, this difference in the provisions of the transfer of the right, due to the difference of the transferee, does not expose us to two legal systems. We have only one legal approach.

We can compare that with the donation contract, where different types of items will be gifted to them. The gift provisions differ accordingly. For

example, Article 623/e of the Iraqi Civil Law addresses one of the obstacles to revoking a gift: "The gift must be given to close relatives or next of kin." However, if the recipient is a foreigner in relation to the donor, it is allowed to revoke the gift. Nevertheless, this distinction in the gift regulations does not alter the essence of the agreement.

Then, Al-Sanhūrī adds, "Although the payer, in the consensual subrogation, may also want to invest his money, he does the two things together: renders a service and invests money." So, the practical purposes converge between fulfillment through substitution and the transfer of rights. In this case, it causes the two systems to blend with each other.

The payer benefits from the interests and guarantees that the creditor was benefiting from. It rarely happens that a person who is a stranger to debt pays without achieving a definite benefit for himself. Thus, consensual subrogation approaches the concept of speculation, thereby eliminating the apparent difference with the right's transfer. It looks like jurists invented this idea as an appealing interpretation of the consensual subrogation system.

This is a recognition from Al-Sanhūrī that consensual subrogation and the right to transfer are integral parts of the legal system. In a specific scenario, such as when the payer invests their money, they can benefit from this presumption to expand the union, making consensual subrogation simply an application of the right's transfer system.

B. Differences in the Conditions of Formation

Al-Sanhūrī argues that the creditor's consent is necessary for the transfer of rights. According to Article 362 of the Iraqi civil law, "The creditor may assign whatever right is owing to him from his debtor." In consensual subrogation, the transfer is completed with the creditor's consent if they agree with the payer, as stated in Article 380/1: "For the creditor who has received his right from someone other than the debtor, an agreement with such a third party subrogates him." Still, it may also be done without the creditor's consent if the payer agrees with the debtor, according to Article 380/2 of the Iraqi civil law, which states: "The debtor who has borrowed money by which he discharged the debt may subrogate the lender into the rights of the creditor who has received his right even without the consent of said creditor...".

In Article 380/2, it is explained why the creditor's consent is unnecessary when an agreement is made between the payer and the debtor. This article asserts that the debtor himself paid the debt to the creditor, not the lender. Therefore, we have a natural obligation from a debtor to his creditor, so the creditor has no right to object to this obligation. The creditor is not harmed by the replacement of the payer with another individual in the debt guarantees to facilitate obtaining the loan. The creditor does not have the right to accept the

fulfillment and then object to giving his place to the lender because this replacement is interconnected with his acceptance of the fulfillment.

Even if the creditor refuses to fulfill their obligation for any reason, the lender and the debtor have legal recourse to compel the creditor to do so by presenting a valid offer and making a deposit. Hence, what the creditor refused to do has been accomplished. If the creditor accepts the offer, the subrogation is complete; if he rejects the offer, the money will be deposited into his account. It is determined that the deposit is valid, so the subrogation is also complete.

There is a historical origin for not needing the creditor's consent, dating back to 1609 when the interest rate was high due to the unrest in France caused by the religious wars at that time. When the situation calmed down, the interest rate fell. The debtors wanted to pay off their debts and borrow at a low interest rate, but the old creditors preferred to maintain their debts to generate high interest. Therefore, they refused to fulfill it. Henry IV issued a decree stating that subrogation could be obtained through an agreement between the debtor and the payer without the creditor's consent (Al Kassir, 2021). The real reason for distinguishing between the right's transfer and consensual subrogation is the necessity to transfer the creditor's rights to the payer, even in the face of the creditor's opposition. Consensual subrogation has emerged as a valuable and flexible system for achieving this goal.

This historical event is not a genuine reason for the invention of a new legal system but rather an application of the general rules, as the creditor does not have the right to refuse fulfillment. If he refuses, we have the offer, and a deposit is an alternative to his refusal.

C. Differences in the Conditions of Effectiveness

The effectiveness of transferring rights to the debtor and third parties is achieved through the debtor's consent or notification of the assignment. The absence of any need for any action for the effects of consensual subrogation is genuine in Egyptian civil law. Article 327 states: "The creditor who receives his right from a non-debtor may agree with this third party to replace him, even if the debtor did not accept that, and it is not valid for this agreement to be delayed from the time of payment." However, in Iraqi civil law, Article 380 stipulates that the agreement must be documented on an official paper, whether the deal is between the creditor and the payer or between the debtor and the lender. The Egyptian civil law draft also requires an official document, but the audit committee removed this requirement. Indeed, this official document will inform the debtor and others, similar to a rights transfer, whether the subrogation agreement is between the creditor and the payer. Thus, the distinction between the right transfer system and subrogation does not exist in Iraqi civil law.

D. The Differences in Terms of Effects

Al-Sanhūrī mentions that the transfer of rights involves one claim: the subrogation lawsuit, which is the lawsuit for the right being transferred. In consensual subrogation, the payee faces two lawsuits: one related to subrogation rights transfer and another stemming from the fulfillment of the agreement. The source of the latter can be traced back to agency (*Negotiorum gestio*) or unjust enrichment.

This discrepancy is inaccurate, as the consensual substitution does not involve any personal legal action. There is only one claim, the subrogation lawsuit, regarding the transfer of rights. Although this conclusion contradicts the views of civil law jurists in Iraq and Egypt regarding the existence of a personal lawsuit in consensual subrogation (Khubyari & Tabatabae, 2021), it is supported by legal evidence.

If the fulfillment is by someone other than the debtor, we ask about the reason that prompted him to do so. If he were an agent on the debtor's behalf, he would revert to him according to the agency contract terms between them. If the characteristics of curious fulfillment were fulfilled, he would return to him with the content of the interested agreement. For example, if he erred in fulfillment, he would return to him by enrichment without cause, i.e., under the terms of tort liability and not the contractual liability. These are the most prominent parts of the personal lawsuit.

On the other hand, suppose the payer is an agent of the debtor in fulfillment. In that case, the payer is not entitled to refer to him according to the curious contract (*Negotiorum gestio*) or tort responsibility. Also, if the conditions of tort liability are met, he is not entitled to return through contractual liability.

Now, we come to the consensual subrogation. We know the fulfillment is definite, as there is no consensual solution without the actual fulfillment. This is what Article 380/1 stipulates: (the creditor who has received his right...), and Article 380/2: (the debtor who has borrowed money by which he discharged the debt...) whether this fulfillment is a separate incident or a transplantation of the consensual subrogation.

To answer that, we find that the subrogation agreement has three times: either it is before the fulfillment, contemporary to the fulfillment, or after it. If the subrogation agreement is before the fulfillment, there is no objection that the subrogation agreement is before the fulfillment. In that case, the fulfillment is in implementing the subrogation agreement. With it, the payer returns the claim of substitution only. As mentioned above, it is not valid for him to refer back to the personal lawsuit from the agent's invalidity to return through enrichment without reason. If the subrogation agreement is contemporary with the fulfillment, both take place simultaneously; then the fulfillment shall be implemented in the substitution agreement, too. The payer shall return under

the substitution lawsuit only. But, yes, if the substitution agreement is after the fulfillment, i.e., the fulfillment is an independent event, and the substitution agreement comes after, the payer has the right to return according to the personal lawsuit. He also has the right to recourse to the subrogation lawsuit because of the subsequent agreement on subrogation.

Now, we come to consensual subrogation. We know the fulfillment is definite, as there is no consensual solution without the actual fulfillment. This is what Article 380/1 stipulates: (the creditor who has received his right...), and Article 380/2: (the debtor who has borrowed money by which he discharged the debt...), whether this fulfillment is a separate incident or a transplantation of the consensual subrogation.

To answer that, we find that the subrogation agreement has three times: either it is before the fulfillment, contemporary to the fulfillment, or after it. If the subrogation agreement is before fulfillment, there is no objection that the subrogation agreement is before fulfillment. In that case, the fulfillment is in implementing the subrogation agreement. With it, the payer returns the claim of substitution only. As mentioned above, it is not valid for him to refer back to the personal lawsuit from the agent's invalidity to return through enrichment without reason. If the subrogation agreement is contemporary with the fulfillment, both take place simultaneously; then the fulfillment shall be implemented in the substitution agreement, too. The payer shall return under the substitution lawsuit only. But, yes, if the substitution agreement is after the fulfillment, i.e., the fulfillment is an independent event, and the substitution agreement comes after, the payer has the right to return according to the person.

So, in the third case only, the payer in the consensual subrogation has two personal and subrogation lawsuits. Still, this case is prohibited by the text of the article 380/1 from the Iraqi civil law, which states: (... The agreement must be by a formal paper the date of which must not be later than the time of the discharge," and article 327 from the Egyptian civil law, in which it is stated: (... and it is not valid for this agreement to be later than the time for fulfillment), so there is no personal lawsuit in the agreement solution. Therefore, we conclude that there is no difference between the consensual subrogation and the right's transfer regarding the lawsuit against the debtor.

Now that it has become clear that the fundamental differences did not stand the test of analysis and discussion, it is unnecessary to discuss the secondary differences in terms of the effects mentioned by Al-Sanhūrī, such as the guarantee and partial fulfillment.

4.2.3. The Future of the Consensual Subrogation System in Iraq

Through our work in Iraqi civil law for nearly two decades, we have not encountered a single practical contract in the consensual subrogation system,

and we have not heard of anyone dealing with this legal frame. Therefore, we confirm that consensual subrogation in Iraqi civil law is just ink on paper. It has nothing to do with practicality. Also, Islamic jurisprudence was satisfied with organizing the transfer system, which includes the consensual subrogation system (Joppke & Torpey, 2013), so Islamic jurisprudence did not know the consensual subrogation system. Therefore, the theory of fulfillment with subrogation has no basis in Islamic jurisprudence. Also, most of the jurists of the eighteenth century in Europe did not differentiate between the transfer and subrogation systems. They see a single legal system in them. The Swiss legislator, for example, did not know the consensual subrogation between the creditor and the payer. Instead, he refers to the right's transfer because it serves the same purpose. As for the fact that the transferee is a speculator and that the payer provides a service to the debtor, there is no objection to the transferor performing the service to the payer in the proper transfer. The Jordanian legislator did not regulate the consensual subrogation system at all.

From all of the preceding, we recommend that the Iraqi legislator delete the articles related to consensual solutions, Articles (380, 381, and 382). Thus, this will reduce the inflation of legal texts or their negative exacerbation (Al-Hadeethi, 2021), which is a defect that Iraqi civil law suffers significantly from.

Conclusion

1. The anti-transplantation doctrine of comparative law concerning legal transplantation is divided into two currents: that of the culturalists, who argue that one cannot or must not detach the rule from its cultural context, and that of the rationalists, who argue that one cannot incorporate a foreign rule into a legal system without upsetting the internal balance of the latter.
2. Iraqi Civil Law No. 40 of 1951 suffers from the flaw of unsuccessful legal transplantation. We reviewed two models to prove this: the foundation system and the consensual subrogation system.
3. The main reason for the lack of success of legal transplantation in Iraqi civil laws is the originality and comprehensiveness of Islamic jurisprudence. This can be sufficient in developing a new Iraqi civil law through the codification of Islamic jurisprudence. Thus, we will return to our original legal status.

Recommendations

1. We recommend that the Iraqi legislature revise Iraqi civil law, specifically addressing the issue of unsuccessful legal transplantation. This can be achieved by thoroughly examining all its applications and subsequently removing the articles associated with them.
2. Amending the curricula of law faculties in Iraq by introducing Islamic jurisprudence and not being limited to curricula imported from the West to

prepare a new legal generation aware of the importance of its legal heritage that was born and developed on its land.

Finally, praise be to ALLAH, the Lord of the worlds.

References

- 1) Abdulkareem, A. L. Z. A. (2023). Litigation right between civil and criminal law. *Tikrit University Journal for Rights*, 7(3/1).
- 2) Abedi, M., Al-Shoroei, H. H. K., Qabuli, S. M. M., & Bakhshi, A. P. A. K. (2023). Compensation for moral damage in Iraqi and Iranian laws. *Tikrit University Journal for Rights*, 7(4), 135-159.
- 3) Aidaros, M. M. A.-S. (2022). Appointing and training judges in Egypt and comparative systems.
- 4) Al Kassir, A. (2021). Change and continuity in the thought and praxis of Salafi-Jihadism: Studying the case of al-Nusra Front in Syria between 2012 and 2018 [Doctoral dissertation, Birkbeck, University of London].
- 5) Ali, Y. (2023). The uncertainty in Islamic jurisprudence: An analytical comparative study with both the Iraqi and French Civil Codes. *Academic Journal of Nawroz University*.
- 6) AlJubory, Z. H. (2021). Applicable law of insurance contract actions. *Akkad Journal of Law and Public Policy*, 1(3), 148-155.
- 7) Allouch, A. (2016). *L'argument comparatiste: Essai sur les mutations du droit du travail*.
- 8) Ammar, A.-B. (2015). Brief reflections on the legal transplantation in comparative law. *Journal of Kufa Legal and Political Science*, 1(24).
- 9) Arkoun, M. (1973). Ch. CHÉHATA, *Études de droit musulman*, PUF 1971, 256p. *Arabica*, 20(1), 103-104.
- 10) Bode, M. (2010). *Le groupe international de sociétés: Le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand (Vol. 5000)*. Peter Lang.
- 11) Frydman, B. (2001). Les nouveaux rapports entre droit et économie: Trois hypothèses concurrentes. In M. Chemillier-Gendreau & Y. Moulier-Boutang (Eds.), *Le droit dans la mondialisation: Une perspective critique* (pp. 59-76). Presses universitaires de France.
- 12) Gandomkar, R., Salehimazandarani, M., & Hamidi, M. (2021). A comparative study of the possibility of the existence of legal personality for intelligent systems in Islamic jurisprudence, Iranian law, and law of the West. *Comparative Studies on Islamic and Western Law*, 8(4), 235-266.
- 13) Gerber, D. J. (2000). Globalization and legal knowledge: Implications for comparative law. *Tulane Law Review*, 75, 949.
- 14) Hill, E. (1988). Al-Sanhuri and Islamic law: The place and significance of Islamic law in the life and work of 'Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri, Egyptian jurist and scholar, 1895-1971 [Part II]. *Arab Law Quarterly*, 182-218.
- 15) Huq, M. A., & Khan, F. (2017). The role of cash waqf in the development of Islamic higher education in Bangladesh. *Journal of Islamic Economics, Banking and Finance*, 113(6223), 1-21.
- 16) Islahi, A. A. (2004). Role of awqaf in promotion of scientific research.
- 17) Joppke, C., & Torpey, J. (2013). *Legal integration of Islam: A transatlantic comparison*. Harvard University Press.
- 18) Kahn-Freund, O. (1974). On uses and misuses of comparative law. *Modern Law*

- Review, 37, 1.
- 19) Khubyari, H., & Tabatabae, M. S. (2021). Criticizing the theory of the commitment rulings' being injunctive in the contractual obligations. *Jurisprudence: The Essentials of the Islamic Law*, 54(1), 113-130.
 - 20) Laithier, Y.-M. (2010). Le droit comparé et l'efficacité économique. *Regards civilistes sur l'analyse économique du droit*, *Revue de droit Henri Capitant*(1), 30.
 - 21) Laramée, J.-P., & Affaki, G. (2008). La finance islamique à la française: Un moteur pour l'économie, une alternative éthique. *B. Leprince*.
 - 22) Legrand, P. (2001). L'hypothèse de la conquête des continents par le droit américain (ou comment la contingence arrache à la disponibilité). *L'américanisation du droit*, *Archives de philosophie du droit*, 45.
 - 23) Mallet-Bricout, B. (2007). *Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil*. *Pandectele Romane*, 17.
 - 24) Mattei, U. (1994). Efficiency in legal transplants: An essay in comparative law and economics. *International Review of Law and Economics*, 14(1), 3-19.
 - 25) Moor, P. (2010). *Dynamique du système juridique: Une théorie générale du droit*.
 - 26) Mosquera Valderrama, I. J. (2004). Legal transplants and comparative law. *International Law Journal*, 261-276.
 - 27) Nyazee, I. A. K. (2019). *Islamic jurisprudence*. Lulu.com.
 - 28) Örücü, E. (2002). Law as transposition. *International & Comparative Law Quarterly*, 51(2), 205-223.
 - 29) Orucu, E. (2004). *Family trees for legal systems: Towards a contemporary approach*.
 - 30) Örücü, E., & Nelken, D. (2007). *Comparative law: A handbook*. Bloomsbury Publishing.
 - 31) Paris, T., & Veltz, P. (2010). *L'économie de la connaissance et ses territoires*. Hermann.
 - 32) Persadie, N. R. (2012). *A critical analysis of the efficacy of law as a tool to achieve gender equality*. University Press of America.
 - 33) Rezwani, A. *Child custody in Islamic jurisprudence*.
 - 34) Sacco, R. (1991). *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*.
 - 35) Safa Kadem Ghazi, D. B. H. K. A. (2023). International and national efforts to combat terrorism and extremism. *International Development Planning Review*, 22(2), 573-588.
 - 36) Seidman, A. (2016). *State and law in the development process: Problem-solving and institutional change in the Third World*. Springer.
 - 37) Sewilam, H. A. H. (2011). *The jurisprudential problems of the early codification movement in the Middle East: A case study of the Ottoman Mejlle and the 1949 Egyptian Civil Code [Doctoral dissertation, University of California, Los Angeles]*.
 - 38) Stigall, D. E. (2004). *From Baton Rouge to Baghdad: A comparative overview of*

the Iraqi Civil Code. *Louisiana Law Review*, 65, 131.

- 39) Stigall, D. E. (2006). Iraqi civil law: Its sources, substance, and sundering. *Journal of Transnational Law & Policy*, 16, 1.
- 40) Stigall, D. E. (2009). Refugees and legal reform in Iraq: The Iraqi Civil Code, international standards for the treatment of displaced persons, and the art of attainable solutions. *Rutgers Law Record*, 34, 1.
- 41) Tawfiq, M. A. (1998). The Awqaf in modern Egypt. *Islamic Quarterly*, 42(4), 257.
- 42) Teubner, G. (1998). Good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences. *Modern Law Review*, 61(1), 11.
- 43) Watson, A. (1978). Comparative law and legal change. *The Cambridge Law Journal*, 37(2), 313-336.

The Confluence of Divine Law and Modern Legal Systems: Insights from Sharia on Achieving Balance Between Justice and Equity

Ishtiaque Ahmed · Associate Professor, Department of Law, School of Humanities and Social Sciences, North South University, Dhaka, Bangladesh. (Corresponding Author)

ishtiaque.ahmed@northsouth.edu

Tasnim Hasan Saara · Lecturer, Department of Law, School of Humanities and Social Sciences, North South University, Dhaka, Bangladesh. tasnim.saara@northsouth.edu

Imtrita Hossain Elma · LLM Student, School of Humanities and Social Sciences, North South University, Dhaka, Bangladesh. imtrita.elma@northsouth.edu

Abstract

Sharia law, derived from the Quran and Hadith, offers a comprehensive framework for addressing societal issues and promoting justice and equity. Despite Western misconceptions, Sharia law effectively meets the needs of contemporary society. Through a comparative analysis, this article explores Sharia's stance on key legal concepts such as polygamy, punishment for murder, the right to wear the hijab, and inheritance. It navigates the complex interaction between Sharia and Western legal systems, proposing policy reforms to harmonize distinct legal traditions while upholding justice and equity through Sharia law. Utilizing empirical evidence and multimodal decision-making methodologies, such as the Analytic Hierarchy Process (AHP), the article advocates for practical reforms that empower marginalized groups, foster societal cohesion, and address contemporary challenges. By debunking misconceptions and highlighting Sharia law's relevance and adaptability, this paper offers a deeper understanding of justice and equity based on Sharia to meet the demands of the contemporary world.

Keywords: Divine Law, Sharia Law, Justice and Equity, Secularism, Legal Reform.



Introduction

The Holy Quran is regarded as the sacred scripture of Islam by Muslims. The Quran was revealed gradually (The Quran, 25:32) over a period of approximately 23 years, beginning in 609 CE (Lumerlearning, n.d.), to the Prophet Muhammad (peace be upon him) by the Angel Gabriel in the cave known as Hira (Sahih al-Bukhari, 1:1:3), located on Mount Jabal al-Nour near Mecca (Lumerlearning, n.d.). It is revered by Muslims as an immense source of guidance, motivation, and wisdom. To fully appreciate the central themes and topics mentioned in the Quran, it is crucial to understand that, in Islamic law, the Quran is the most important source of law, known as al-Shari'ah (AIMS, n.d.).

This article utilizes a comparative research model to demonstrate that the scriptures in the Quran and the teachings of Sharia can serve not only as a source of guidance for Muslims in matters of religious command and salvation in the afterlife but also as a means to address various practical issues within society. These teachings are applicable to individuals of all faiths and can be relevant to both believers and non-believers when viewed from a contextual standpoint ¹ (Rysiew et al., 2023).

The article further aims to debunk some common misconceptions about Sharia and present it as a practical framework for addressing social, economic, and other everyday issues. It highlights the innovative ideas within Sharia that, if implemented, could lead to the overall well-being of humanity. The ethico-legal writings of the Quran are highly relevant in the context of the modern world (Saeed et al., 2021).

1. Understanding Sharia Law

Sharia law provides divine guidance for all Muslims to follow the righteous path (Robinson, 2021). It establishes norms for mental, spiritual, and physical behavior and lifestyle that Muslims should adhere to (Robinson, 2021). The term "Sharia" has been described as "a path to a watering hole" (Steiner, 2001), emphasizing that the path to a watering hole is straight and direct, free from distractions, ensuring a swift and safe arrival at the water source. This metaphor implies that Sharia represents a divinely ordained path of conduct that guides Muslims in practicing their religious beliefs in this life and aims to attain divine favor in the hereafter (Britannica, n.d.). This conceptualization is reflected in the Quran, specifically in Surah al-Jathiah, where it is stated:

"And now, We have set you (O Muhammad) on a clear way of religion; so, follow it and do not follow the desires of those who are ignorant (of the truth)" (The Quran, 45:18).

1. Contextualism is a philosophical approach that emphasizes the importance of context in understanding and interpreting various aspects of human experience, such as language, knowledge, morality, and behavior.

This verse emphasizes the establishment of a comprehensive religious framework, which is Sharia law. Sharia originates from two primary sources: the Quran and the Hadith (Robinson, 2021). The Quran is considered the direct word of God, while the Hadith refers to the practices of Prophet Muhammad (peace be upon him) and the way he lived his life. Sharia is regarded as embodying immutable and quintessential values known only to God, while Islamic laws are generally understood to be interpretations of Sharia. Islamic law varies from country to country and evolves under the influence of local customs (Robinson, 2021).

In the traditional sense of Western jurisprudence, the law is a set of rules and regulations that have a binding effect on all citizens, meaning that the citizens of a state must follow the statutory law (Lumerlearning, n.d.). According to Salmond, formal legal sources are understood as the will of the state, manifested through judicial decrees. A perfect example of such material sources is custom, which arises from habits or practices followed by people in society (Wanto et al., 2019). However, custom becomes a legal source not merely because it acts as a norm, but when it is given validation through a court judgment (Wanto et al., 2019).

Sharia, on the other hand, is a religious law sourced from the Quran, which serves as the ultimate guide for all Muslims, along with the Sunnah (Robinson, 2021). Many critics argue that the Quran does not serve as a complete legal code and that Sharia is not practical in real-life situations. They further contend that, due to its limitations, it lacks broader applicability, even in Muslim-majority countries. Except in Saudi Arabia (Lavie, 2022), Islamic law is seldom enforced in secular states, even in nations with a Muslim majority such as Indonesia (Iqlas, 2020), Senegal (Iqlas, 2020), and Nigeria (Robinson, 2021). Several Islamic nations worldwide claim adherence to Sharia law primarily in matters pertaining to family and personal status. However, in all other areas, they employ a European-style legal framework that emerged during the era of colonization (An-Nai'm, n.b.). This study has chosen to focus on four prominent areas of Sharia law to facilitate the research process and refute the widespread misconceptions regarding Sharia. However, it is important to note that similar discussions could undoubtedly be held in numerous other contexts.

2. Crime and Sharia

Many people from secular states view the sanctions or punishments under Sharia law as ruthless, describing them as relics of barbarism (World Population Review, 2024). According to these critics, punishments such as amputation of the hand for theft (Souryal et al., 1996), stoning to death for apostasy (Kitab Al-Hudud), and a hundred lashes for adultery (Kitab Al-Hudud) are examples of extreme measures. Critics have vehemently argued that such strict punishments

are cruel and barbaric, finding them to infringe upon modern principles, including women's rights, democracy, LGBTQ rights, and the rules set out in the United Nations' Universal Declaration of Human Rights (World Population Review, 2024).

It is noted that countries applying Islamic laws, such as Saudi Arabia, experience fewer thefts due to their strict punishments for thieves (Gouda, 2016). As a result, the laws in Saudi Arabia are seen as more practical because they are not only theoretical but also applied in practice, leading to lower crime rates in that part of the world (Alfaraj, 1995). This practical application serves as a deterrent to potential offenders, contributing to the overall stability and security of society.

It is important to note that the severity of these substantive laws of Sharia is effectively balanced by strict procedural regulations. These regulations ensure that punishment is only administered to individuals who cannot object based on the principles of Western legal systems, from an objective perspective. While some may conclude that these punishments seem rigid and brutal, the burden of proof for such punishments remains very high (Summers, 2022). Strong and evident proof is required before imposing rigorous punishment on any individual. In criminal law, which involves questions of life and death, the burden of proof is very high, requiring proof beyond "any reasonable doubt," a principle also upheld by the right to a fair trial under Article 14(2) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). There are three categories of offenses within the ambit of Sharia law: Qisas (retaliation, such as an eye for an eye), Hudud (claims against God), and Ta'zir (claims by the state or society) (Hascall, 2011).

In the case of 'Qisas' crimes, which refer to the theory of retribution – such as an eye for an eye or a tooth for a tooth – this principle is applied in cases of very serious offenses like murder or intentional bodily harm. These offenses include (1) first-degree murder, (2) second-degree murder, (3) unintentional murder (manslaughter), (4) battery (physical intentional injury), and (5) semi-intentional/unintentional injury (PRI, 2015). The Quran, which ensures fairness, explicitly mentions that in the case of Qisas, if the victim or their family pardons the offender and instead seeks financial compensation, then the court will not impose retribution (Absar, 2020). The payment of compensation is termed 'diyya,' also referred to as blood money (Absar, 2020). It has been repeatedly demonstrated that there is nothing wrong with accepting this kind of compensation, as it is explicitly stated in the Quran that it can be taken as a matter of right (Britannica, n.b.). This concept is similar to the notion of damages awarded under both civil and criminal law in the Western context. In the Quran, Surah An-Nisa [4:92] states,

“...And whoever kills a believer by mistake – then the freeing of a believing slave and a compensation payment [diyah]

presented to his [i.e., the deceased's] family [is required], unless they give [up their right as] charity..."

And in Surah Al-Isra [17:33],

"...And whoever is killed (intentionally with hostility and oppression and not by mistake), We have given his heir the authority [to demand Qisas, Law of Equality in punishment or to forgive, or to take Diyya (blood money)]."

Many reputed Muslim scholars argue that Sharia law is inclined toward forgiveness and finding alternative solutions between the offender and the victim's next of kin (PRI, 2015). In cases where there are no next of kin, the state assumes the role of prosecutor. The very notion of seeking forgiveness and foregoing punishment aims to ensure a just and fair outcome without taking another life. According to the Quran, if someone has been spared the punishment of death, they deserve to repent for their sins and be given a second chance through the methods of Sharia (Word of Allah, n.d.). This demonstrates that Sharia law promotes the idea that God desires to uphold justice by offering individuals an opportunity to live through the concept of Qisas (PRI, 2015). Prophet Muhammad (peace be upon him) also emphasized that seeking forgiveness and repenting for sins is a wiser and more honorable option than receiving the death penalty as the highest form of punishment (PRI, 2015). The main reason behind this belief is the promotion of life. This is supported by a verse in the Quran, Surah Al-Baqarah [2:178], which states,

"And for him who is forgiven somewhat by his (injured) brother, prosecution according to usage and payment unto him in kindness. This is an alleviation and a mercy from your Lord."

When comparing and contrasting the principles applied in Qisas under Sharia law with those of Western law, Sharia law appears to be not only more lenient but also contextual, contrary to what many people believe. Islam has consistently emphasized the importance of forgiveness, providing Islamic countries with a valuable opportunity to reform their criminal justice systems and base them on retribution rather than seeking revenge and perpetuating a never-ending cycle of violence (Muhammad, 2020). The killing of one human being can result in an endless loop of more bloodshed and killings, which benefits no one. Hence, Islamic law does not support this.

On the other hand, 'Hudud' crimes are those that are punished by mandatory penalties specified under Sharia. There are six offenses under this category, known as crimes against religion, namely: (1) Zina (fornication and adultery), (2) Riddah (apostasy), (3) Hirabah (starting a war against God), (4) Qadhif (making false accusations about someone), (5) Sariqa (theft), and (6) Shurb-al-khamr (alcohol consumption) (Kamali, 2019). Among these offenses, the first

three categories are punishable by death (Mansour, 1982). The application of Hudud punishments, particularly in cases of apostasy and adultery, has been criticized for infringing international law, especially the standard mentioned under Article 6(2) of the ICCPR (Ismail, 2005). It is important to remember that the principles underlying Hudud offenses date back to the time of Prophet Muhammad (peace be upon him) and his first four Khulafas (Britannica, n.b.). These principles are tried and tested methods with extremely strict and rigid requirements that must be perfectly met for punishment to be imposed. For instance, in the case of Qisas offenses, the burden of proof requires that the alleged defendant's guilt be established beyond any reasonable doubt. Additionally, in Hudud cases, the court will only impose punishment if the defendant confesses and there are at least two male witnesses present; in cases of adultery, four witnesses are strictly required (Wiechman et al., n.d.), and they must witness the act of intercourse (Kitab Al-Hudud). In the case of Zina, it is treated as a serious sin, with the punishment being flogging (Quran Commentary 24:6 to 24:10). This may initially seem extremely harsh and inhuman, but the evidential requirements to prove adultery remain very high (Islam Question & Answer, n.b.).

In the case of zina or adultery, to administer punishment, the first requirement that needs to be proven is that the person is a Muhsan. According to Sharia, this means that the person cannot be a slave, must have consummated a lawful marriage to a free partner, or has never committed an act of illicit intercourse (Muhsan, n.d.; PRI, 2015). There are typically two ways to prove whether a person is a Muhsan. The first way is through a proper confession (Islamic Fiqh, n.d.). Such a confession must be explicit, willful, and unambiguous, providing a clear statement (Islamic Fiqh, n.d.). If the person revokes their confession, then there will no longer be any punishment, as there is no longer anyone to attest to the wrongful act of zina. Additionally, when accepting a confession, various factors are considered: the confessor must be sane, the confession can be made through an agent, and it must be made no less than four times, among other requirements (Ahmad, 2012).

The second way to prove the status of Muhsan is through testimony by at least four reliable male Muslim eyewitnesses who must directly witness the act of penetration—meaning all must have seen the act of sexual intercourse (Islamic Fiqh, n.d.). To better understand, even if a man and a woman are lying in a posture that suggests sexual activity, it would not hold any importance unless the required number of witnesses actually sees the act of penetration (Kamali, 2019). There are also strict conditions regarding where the testimony can be presented. Some of these conditions include that the testimony must be made verbally, in the presence of the accused, before a neutral and independent judge, and so on (Kamali, 2019). According to Sharia law, the judge, who must also be male, will closely observe whether these requirements are strictly met.

For instance, if the witnesses appear confused, their testimony will not be accepted and will instead be treated as slander, meaning the false accusation of someone (Kamali, 2019). If a witness claims to have seen zina taking place through a glass window that obscured their vision in some way, even then, their testimony will not be considered relevant (Soumaya, 2015).

It has been deduced that due to the extremely strict requirements, such as those related to witnesses and how testimony is taken, it is almost impossible to prove that zina has taken place unless it occurred publicly in front of everyone, which would be utterly distasteful (Quran Commentary 4:15). Therefore, it can be said with some conviction that proving zina is very difficult, which is why the punishment for zina is rarely carried out. If someone frivolously accuses another of zina and it is proven false, the accuser will be punished with 80 lashes, which serves to deter people from making unnecessary accusations of zina (Quran Commentary 4:15).

Moreover, there has never been a case in Islamic history where testimony given by four witnesses led to a conviction; instead, such cases have always been proven through confession, and even then, strict rules have been maintained (Al-Laheidan, 1980). This again proves that Islam, as a religion, advocates for a merciful and lenient approach. From a social context, this means that one cannot simply accuse someone without meeting these tough requirements. Additionally, it is practical because promoting life is given more priority than imposing a death sentence.

According to Sharia law, the judge is required to thoroughly examine the case for any potential legal technicalities or arguments that might benefit the defendant. If such loopholes are found, the judge has the authority to waive the sentence (The Embassy of The Kingdom of Saudi Arabia, n.d.). This illustrates how Sharia law considers both the imposition of severe penalties and the granting of pardons when deemed appropriate. Therefore, it may be said that the implementation of Islamic law aims to guarantee both justice and compassion, in contrast to Western law, which primarily emphasizes achieving these objectives through penalties of varying degrees. Islamic jurisprudence prioritizes achieving a fair balance and refrains from implementing severe penalties in cases where they may seem harsh for the accused (Husni et al., 2019).

For instance, if a prominent entrepreneur were to be sentenced to capital punishment for killing his impoverished employee, it could have a significant adverse effect on society¹ (TBS Report, 2021). This is because many individuals rely on him for their sustenance, and if he were to die, many people would be severely impacted. Furthermore, it may be reasonable for the deceased's closest relatives to accept a substantial sum of blood money as compensation if their

1. Western jurisprudence has failed to strike a fair balance between the complainant and the defendant, leading to a disorganized and haphazard state of legal solutions.

means of earning a living are damaged and their financial stability is at risk after the killing. This could also be justified based on contextual considerations in contemporary society. Assassinating a socially valuable person might destroy the livelihoods of many who rely on him. However, by protecting his life, many other lives, including those of the victims' impoverished families, could be preserved.

3. The Concept of 'Hijab' in Sharia

Hijab refers to the Muslim veil in Islamic society and means 'what can divide' or 'a barrier between two things' (Al-Qazwini, n.b.). It symbolizes the innate division that exists between men and women, which is evident in matters such as marriage and inheritance. Women are perceived as embodying the purity of both the family and society at large. However, they can also be seen as potential sources of turmoil and societal chaos, often resulting from sins attributed to women (Badawi, n.b.). Therefore, to maintain a proper balance and avoid societal disorder, women are encouraged to cover themselves and uphold the purity they are innately believed to possess. The obligation for women to wear the hijab or veil is expressed in the Quran, Surah An-Nur [24:31], which states,

"Tell believers to glance down to be pure and not to show their ornaments but just what appears, to leave their veil reached to their breast and not to show their ornaments to others but their husbands, their sons, their husband's sons, to their women, to their female slaves, to their male desire-less slaves, to that puberal boys with no interest in women hidden body parts."

Although many reasonable analogies have been drawn regarding the wearing of the hijab by Muslim women, it has been viewed as a threat or a restriction of women's freedom and has often been labeled as regressive by Western countries (Assignzen, n.d.). Women have faced many brutal hardships simply for wearing hijabs; they have been expelled from schools or universities, fired from workplaces, and statistically, more than 24,000 teachers were expelled for wearing the Muslim veil (Abdo, 2008). The most controversial and highly publicized hijab case is the *Sahin v. Turkey* case, where a Muslim woman was not permitted to take her exam in her fifth year at the Faculty of Medicine at the University of Bursa, despite having worn the hijab since her first year at the university (*Sahin v. Turkey*, 2006). Sahin later took her case to the European Court of Human Rights (ECHR), arguing that wearing the hijab was not against her freedom of thought, religion, or conscience.¹ In France, a controversial case

1. However, the court in Turkey simply stated that the hijab imposes significant restrictions on the rights and freedoms of others; therefore, the limitations imposed on wearing the hijab were also justified by the court (Abdo, 2008). This matter may indeed be criticized as an example of westernized societies' inability to achieve their stated goals of (a) protecting equity and reasonably supporting personal

in 1989 involved the suspension of three Muslim girls from a public school for wearing hijabs (Jones, 2009). However, the Conseil d'État, the highest administrative court in France, held that as long as the hijab-wearing girls did not impose pressure, invite, or provoke others to wear hijabs, they should be permitted to wear them (Abdo, 2008). Nevertheless, many countries have banned hijabs, including Norway, Belgium, Sweden, Tunisia, Singapore, and Somalia.

Both men and women have a sexual drive, which is a natural aspect of human existence. One reason for this drive could be to facilitate reproduction and the continuation of the species. No one can deny that this drive exists. If men have this drive, many may struggle to avoid or stay away from women who are not modestly dressed (Islamweb.net, 2015). It is reported that every six minutes in the United States, someone is forcibly raped (GNESA, n.d.). Indeed, women wearing hijabs on bustling streets are often subjected to catcalling (Alhakk, 2023). In Bangladesh, a Muslim-majority country, the Penal Code of 1860 was amended to prohibit eve teasing, making words, gestures, or acts intended to insult the modesty of a woman a criminal offense under section 509 (Islam et al., 2016). However, it is an irrefutable reality that the level of harassment is significantly higher when women are attired in yoga pants, tank tops, and other prevalent Western fashion choices (Alhakk, 2023).

The hijab worn by Muslim women can be seen as a means of honoring the natural order and maintaining a balanced and respectful society. It is not regressive or restrictive of their rights or freedom; rather, it serves to protect women from unwanted attention and potential harm caused by unruly males (Global Campus of Human Rights, 2023). This reasoning can be justified as realistic and functional because women wearing hijabs are protected, leading to fewer crimes being committed, as men are less likely to experience lustful emotions toward properly covered women. Additionally, many women view wearing the hijab as a gift and privilege, and they do so voluntarily. Islam does not advocate forcing anyone to wear the veil; rather, it is seen as being in the best interests of society, promoting modesty and maintaining societal harmony (Guidance, n.d.).

4. The Sharia and The Right of Inheritance

Succession is the orderly transfer of power, assets, or other property from one entity to another (Kagan, 2021). The concept of succession, when understood in a more specific sense, refers to the rights of inheritance of specific assets, where the transfer of such assets is made from a deceased person to a living person

freedoms, and (b) maintaining their commitment to secular traditions without confusion and contradiction.

(Kroppenberg, 2012). Muslim jurists have placed significant emphasis on the term 'inheritance,' often quoting the Prophet (peace be upon him), who said:

"Learn the laws of inheritance and teach them to the people, for they are one half of useful knowledge."

The sources from which the laws of inheritance are derived include the Holy Quran, Hadiths, and Ijma, which means consensus. In the Quran, God has outlined a clear method of inheritance in Surah An-Nisa [4:11], stating,

"Allah commands you regarding your children: the share of the male will be twice that of the female. If you leave only two 'or more' females, their share is two-thirds of the estate. But if there is only one female, her share will be one-half. Each parent is entitled to one-sixth if you leave offspring. But if you are childless and your parents are the only heirs, then your mother will receive one-third. But if you leave siblings, then your mother will receive one-sixth—after the fulfillment of bequests and debts..."

The general ratio of inheritance is 2:1 in favor of males (Islamicstudies.info, n.d.), which has attracted considerable controversy among scholars. In Ghana, the 'Intestate Succession Bill 2018' was enacted with the aim of ensuring that Muslim women's rights of inheritance are the same as those of non-Muslim women. However, this Act was met with resistance from many Muslim scholars, who were compelled to write a memorandum to lawmakers, urging them to revisit the Act and incorporate Muslim inheritance laws (Husein, 2019). Under the general rule, there are four types of rights that must be fulfilled and settled regarding the property of the deceased: the payment of funeral and burial expenses, the clearance of all debts owed by the deceased to creditors, the payment of bequests up to one-third of the remaining property, and, according to Sharia law, the distribution of the remaining estate among the deceased's heirs (Husein, 2019).

When it comes to women, it is important to understand that "women" refers to four different types of relations: daughter, mother, sister, and wife. Islamic law explicitly states that it does not deny any of these women their right to inheritance. Depending on their relationship with the deceased, the property will be distributed accordingly, and each will be entitled to receive their share and enjoy it as they see fit (Badawi, n.d.). The women mentioned above are termed 'Ashabul-Furud,' meaning 'sharers' according to the science of inheritance. This is explicitly mentioned in both the Quran and the Sunnah, and no one has the right to deny them their inheritance (Badawi, n.d.).

Islamic law has always treated women with kindness, particularly in matters of inheritance, demonstrating how carefully their rights are protected under Muslim law (Patori, 2019). For example, although a man receives double the woman's share of inheritance, he has the religious responsibility to care for the

entire family. In contrast, when a woman receives her share of the property, it is exclusively for herself. A woman has no religious duty to financially maintain her husband or other family members; she is free to enjoy her share of the property as she pleases. On the other hand, a man must use his share to meet the needs of his wife and children (Badawi, n.d.).

In the pre-Islamic period, women were brutally oppressed and mistreated (Muslim Women's League, 1995). They faced cruel injustices, such as being denied inheritance from their husbands and fathers, with the justification that they did not fight in wars and therefore did not deserve any inheritance. To rectify these injustices, Islamic law established women's rights to inheritance through a declaration that guarantees their entitlement. When Ibn Jarir from Ibn Abbas discussed the share proportion of family members like the son, daughter, and parents, some people objected, questioning why women should receive a quarter, an eighth, or half when they had not contributed in battle (Husein, 2019). If a man, who has religious and societal obligations to support his family, is denied the larger portion of the inherited property, he may struggle to provide for his family, which may include female members such as his daughter, wife, or elderly mother.

Critics of Islam often argue that inheritance laws for women are discriminatory and that women are short-changed (Patoari, 2019). However, the truth is that Islam has always been fair to women and has held them in high esteem, especially when compared to their status before the advent of Islam. One will understand how highly Islam regards women and the steps it has taken to maintain a sane and stable society. Women in Islam have no financial obligation to run their families, and their share of the property continues to grow, while a man's share is used and consumed. Therefore, Islamic law is fair in its judgments, consistent with reality, and never discriminatory towards women. Sharia places more emphasis on the hereafter, considering it more significant and enduring than the fleeting nature of earthly life. It is thus justified that Islamic law preserves justice and equitability. As the Prophet (peace be upon him) stated, women are the "queens of their house" (Doi, n.d.), and Islamic law truly accords them that status.

5. Polygamy and Sharia

The concept of marriage holds a very sacred position in Islam, where it is compulsory (Kitab Al-Nikah) to get married (About Islam, 2016) and maintain a harmonious relationship with one's partner. 'Polygamy,' as defined by the Oxford dictionary, means having more than one spouse (Law et al., n.d.). There are three categories of polygamy: polygyny, where one man marries two or more women; polyandry, where one woman marries two or more men; and

polygynandry, which involves group marriage and is rare in practice (Long, n.d.).

Polygamy has been a highly controversial issue, often viewed with skepticism because it allows men in Islam to have up to four wives. However, it is crucial to understand the conditions that must be met before a man can engage in polygamy. These conditions include financial solvency, the ability to physically and emotionally satisfy all wives equally, and a strict requirement that no discrimination among wives will be tolerated (Islam Questions & Answer, n.d.). The man must also exercise fair judgment in matters concerning his wives, such as clothing, food, and other daily needs, and must maintain this commitment even if he is ill (Toppr, n.d.). For example, if a husband wishes to spend more time with one of his wives, he must obtain the consent of the other wives (Muradi, n.d.).

These conditions illustrate that it is a rigorous test for a man to take more than one wife and that he must demonstrate equal treatment and wise decision-making. In today's world, maintaining such a challenging commitment is almost impossible (Muradi, n.d.). The societal, financial, and emotional responsibilities of polygamy require immense dedication and resources, making it impractical for many in modern times.

Islam provides the provision for polygamy, but it is not mandatory for all Muslim men to engage in it without careful consideration (UCIS, n.d.). Historically, polygamy became common during times of war when the number of men was reduced due to casualties, leading to an increase in widows and orphans (UCIS, n.d.). This created a significant imbalance between the male and female populations, and polygamy was permitted to provide shelter and support for widows and orphans. Rather than abandoning them, Islam viewed polygamy as a compassionate and practical solution. The Quran in Surah An-Nisa [4:3] states,

“If you fear that you may not deal justly with the orphans,
then marry [other] women that you like, two, three, or four.
But if you fear that you may not treat them fairly, then [marry
only] one...”

Nowhere in the Quran is it mentioned that polygamy is allowed for men merely to satisfy their lustful desires. Therefore, the misconception that Islam permits polygamy for men to lead a lustful life is far from the truth (Iqbal, n.d.). Islam supports marriage as a way to protect individuals from the temptations of the world, offering marriage as an outlet to fulfill natural desires in a lawful manner, rather than engaging in prostitution or risky sexual relations, which could hinder the continuation of human life (UCIS, n.d.).

In conclusion, the misunderstanding that Islam allows polygamy as a means for men to satisfy their lust is indeed a misconception. The tests and conditions that a man must fulfill before engaging in a polygamous marriage are extremely

challenging, requiring just and fair treatment of all wives. These stringent requirements make it clear that Islam has made polygamy difficult to prevent its misuse.

It is also important to note that men were originally allowed to engage in polygamy primarily to exercise justice with orphans, making this the primary prerequisite in Islam for allowing multiple marriages. Polygamy is not a requirement but rather a provision that should be practiced with care and subtlety, as Islam emphasizes fairness and justice (Iqbal, n.d.). The concept of polygamy can also be socially justified, as there may be men who are financially capable and unable to resist their sexual impulses. In such cases, divorcing the existing wife to marry another would cause disaster not only for the woman but also for the entire family. Polygamy may provide a pragmatic solution by offering support and protection to orphans and widowed women, especially those who have lost their husbands and face a bleak future. By entering into a polygamous relationship, these individuals can receive the necessary care, including shelter, food, and other essential needs, from a man who has willingly taken on these responsibilities.

In the end, polygamy in Islam can be justified through the philosophical theory of contextualism, recognizing that the interpretation and application of polygamy have evolved in response to changing societal dynamics and ethical considerations. While polygamy may have been permissible in certain historical contexts, its practice today is subject to stricter regulations and ethical standards to ensure fairness and justice for all parties involved. This approach acknowledges that the acceptance and understanding of polygamy depend on various stringent factors, including historical context, cultural norms, and societal conditions. In the historical context of early Islam, polygamy emerged as a practical solution to address the needs of widows, orphans, and societal imbalances resulting from war casualties. Islam did what was necessary to keep society functional and stable. Therefore, the controlled implementation of polygamy is closely linked to the stability of family life, which is a fundamental cornerstone of a just and fair society.

6. A Call for Reform

Introducing Islamic law as a basis for legal reform in countries that primarily follow Western legal traditions can be challenging. While Western legal systems have their strengths, they may not always provide comprehensive solutions to certain issues due to limited perspectives. In contrast, Sharia law, as discussed above, offers a holistic approach to addressing real-life issues from various angles, making it more functional and comprehensive. In some areas, Sharia law offers the best possible solutions through principles of fairness, equilibrium, and equity, aiming to address societal issues comprehensively and justly.

However, the practical implementation of Sharia law often faces challenges due to policy uncertainty. For example, this article identifies two specific areas – polygamy and punishment for murder – where policy reforms could help achieve the goal of incorporating Sharia law to enhance justice and fairness in the traditional sense. Novel Islamic legal concepts, such as those found in Sharia law, address a wide range of societal issues and provide remedies for problems that may not be adequately addressed by Western legal systems alone. By carefully considering reforms in areas like polygamy and murder punishment, countries can work towards integrating aspects of Sharia law into their legal frameworks to provide the best possible solutions while navigating the complexities of policy implementation.

The most effective method for proposing policy recommendations is through a scientific process that identifies the ideal aggregate policy among the alternative options presented in this article. This can be achieved by employing a multiple-attribute decision-making method, such as the Analytic Hierarchy Process (AHP) (Passage Technology, n.d.), which incorporates input from all major stakeholders in Sharia law to inform policy-making decisions. Using this method, nations may find solutions to implement better provisions of Sharia law as a comprehensive guideline in their countries. This article argues that the determination of a scientifically proven policy that is best for the nation, incorporating input from its domestic and primary stakeholders, would uphold its democratic values. AHP is widely used by various countries for policy decision-making; for example, in Brazil, AHP is used to develop energy policies (Salvia et al., 2019), in the United States, AHP is used in healthcare decision-making (Liberatore, 2008), and the governments of Thailand and Italy use AHP for environmental regulations (Sarjono et al., 2020). Additionally, countries such as Malaysia, Taiwan, India, and China have used AHP to reform their policies in ways that safeguard national interests (Sarjono et al., 2020). This article aims to clarify the role of Sharia law as a practical guideline, emphasizing that stakeholders will collectively determine the most effective approach.

It is important to note that while formulating policy recommendations, this article emphasizes solutions that are relevant to both Muslim and non-Muslim communities. As previously discussed, the article will primarily focus on two areas, and direct consultation with stakeholders would be essential for policy development, as outlined below:

6.1. Polygamy

Even though polygamy is allowed and legalized in Muslim countries following Sharia law, Western legal tradition has consistently opposed polygamy throughout its 1850-year history, exerting constitutional and cultural pressure to prohibit its practice (Witte, 2015). Despite mainstream religions like Islam (Iqbal, n.d.), Christianity (Press, 2021), and Hinduism (Vaniquotes, 2014)

allowing polygamy, the Western legal system has criminalized the practice (Witte, 2015). Countries such as the USA (McDuffey et al., 2023), UK (Ardens Solicitors, 2022), Australia (Sheahan, n.d.), Canada (Government of Canada, 2020), and India (Anand, 2023) have made polygamy illegal, imposing punishments of either imprisonment or fines. Even the United Nations Human Rights Committee has called for countries to abolish polygamy wherever it exists (Kramer, 2020). In the United States, various communities still practice polygamy secretly under the supervision of religious and cultural leaders (Witte, 2015). Notably, Sharia law does not widely encourage polygamy but provides the option for those who wish to practice it under specific conditions (UCIS, n.d.). However, Western law completely criminalizes it, making it difficult for people who want to practice polygamy out of goodwill or to exercise rights given by their religion. Sharia law promotes moral control and justice (An-Naim, n.d.). Polygyny is allowed in Islam to help women maintain a dignified identity and to ensure care in unavoidable circumstances. However, adhering to Western family law often undermines religious practices, human rights, and moral principles, as it does not consider the afterlife scenarios that believers do. Legalizing polygamy through Sharia law for the betterment of humanity requires the direct involvement of stakeholders. Based on consultations with several experts, including religious leaders, the following three possible decision options may be suggested:

1. Marriage and family relationships should be governed exclusively by respective religious or cultural norms, removing them from the purview of criminal law.
2. Women should be empowered through access to information regarding their rights and options. Developing a social system that includes mechanisms to scrutinize polygamy cases and discourage those who abuse the process.
3. Uphold existing norms and values on polygamy by developing a special economic empowerment initiative targeting women whose only option for a better life is to marry a polygamous male.

These three alternatives focus on different contexts and criteria—religious, social, and economic, respectively. These criteria can be assessed subjectively or objectively. Once a clear goal is established, such as sustainability in familial relationships within society, and the criteria to achieve that goal are defined, the decision option in policy that represents the highest aggregate value can be determined through the application of the Analytic Hierarchy Process (AHP) (Ding et al., 2016).¹

1. Multiple Attribute Decision-Making (MADM) is one of the most common and popular research fields in decision science. A variety of methods have been proposed to address such problems. One of these processes includes AHP, or the Analytic Hierarchy Process.

6.2. Punishment for Murder (Diyya)

In Western law, murder is a criminal offense whose ultimate punishment is either life imprisonment or death, and may also include a fine as the court deems fit, as mentioned in Section 302 of the Penal Code, 1860 of Bangladesh. Murder is considered such a serious crime that, in most cases, when guilt is proven, the only punishment deemed fit is the death penalty (Sentencing Council, n.d.). In no Western jurisprudence is there any scope for compensation to the victim's family or next of kin as an alternative to the mentioned punishments. 'Blood-for-blood' is mentioned in Sharia law as well, but Sharia law does not solely focus on executing the murderer; it also emphasizes sanctions based on compassion and justice (Hussain et al., 2023). In the Quran, Diyya is introduced as compensation paid to the victim's heir for murder (Nowais, 2016).

Diyya may be more desirable to many victims' families than the death penalty or life imprisonment, which only address punitive justice, covering emotional loss but not addressing the practical loss and the sudden and painful change in the standard of living for the dependents of the victims resulting from the murder. Many families of victims in countries following Western legal systems have expressed a preference for compensation over the death penalty as a form of justice for the crime committed (Death Penalty Information Center, n.d.). Additionally, families of murderers suffer lifelong trauma (Gushtyn, 2018). Following Sharia law, introducing Diyya in appropriate cases in the criminal justice system may benefit both the victim's family and society without compromising the principle of retributive justice, as argued by Western jurists, since the option of either taking a life or receiving blood money remains in the hands of the next of kin (Nowais, 2016).

Based on consultation with various stakeholders, including civil society leaders, social and political leaders, Muslim leaders, and experts, several possible solutions have been suggested in this article for the implementation of Diyya in countries:

1. Implementing orders of restitution as part of the sentencing process, requiring convicted offenders to financially compensate the families of murder victims for their losses, with the amount determined based on Sharia law and factors such as the severity of the crime, the offender's financial capacity, and the financial impact on the victim's family.
2. Empowering the victim's family in the punishment decision by allowing them to choose between full compensation or the death penalty, with the option of reducing the death penalty to life imprisonment as they participate in determining the punishment.
3. To protect the economic interests of society at large, the state may negotiate with the next of kin of the murder victim during the sentencing stage, without compromising the rights of the victim's family and society, to uphold compensatory, punitive, and retributive justice.

Each of the decision options mentioned above involves different degrees of religious, social, and economic contexts and components in various combinations. Granting compensation can yield social benefits, as it can elevate the social status of the victim's family in society due to the financial support received. Additionally, with increased financial resources, they may be better positioned to contribute to the country's economy. Furthermore, sparing a murderer from the death penalty or life imprisonment can preserve their potential contributions to the economy through their business ventures or employment. Moreover, adhering to Sharia law for Diyya is not only religiously compatible but also offers a beneficial framework that extends its advantages to individuals of different faiths. Using the above criteria, either subjectively or objectively, through the AHP Model could be a viable approach for relevant stakeholders in a country.

Conclusion

Modern society often perceives Sharia law as inherently immutable, unfair, and barbaric. However, this notion is fallacious because Sharia law is not a static legal system; it is changing and evolving to accommodate the needs of contemporary society. It has a broader perspective in many areas and has reinterpreted certain notions from new perspectives that are not only attractive but also scientific (PRI, 2015). Many examples attest to the fact that Sharia law is indeed evolving in accordance with changing societal norms. For instance, one of Umar ibn Al-Khattab's rulings was to suspend the punishment for theft, which involved amputating the hands of the offender, during a time of famine, recognizing that people were starving and some resorted to stealing out of desperation (Elias, 2012). The concept of "an eye for an eye, blood for blood, and a tooth for a tooth" brings a strong psychological effect to the mind of the attacker, serving as a significant deterrent against those with a propensity for similar crimes. Even when the death penalty is prescribed as a punishment under Sharia law, its actual imposition has been extremely rare and is reserved for the most severe crimes and offenses (PRI, 2015).

Thus, Sharia supports the idea of togetherness and maintaining harmonious relationships, and does not encourage or promote brutality or animosity in any way. It is evident that certain legal provisions based on Sharia are more practical and relevant, to varying extents, when compared to present Western jurisprudence, thereby improving its overall quality. Despite attempts by Western laws or secular mindsets to portray it as unfair, harsh, and barbarous, the reality is different. The accumulated information, along with the illustrations and verses above, clearly demonstrates that the proposition to merge Sharia-

based justice¹ with the current Western legal system can be justified as advantageous from a practical standpoint, benefiting societal and economic realignment. This proposal holds significant relevance in the context of our contemporary, modern world.

1. Similarly, it is acknowledged and embraced that the practical ideals of the Western legal system may be enhanced by integrating superior provisions from other prominent legal traditions, such as Christianity, Hinduism, or Judaism.

References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Abdo, A. (2008). The legal status of hijab in the United States: A look at the sociopolitical influences on the legal right to wear the Muslim headscarf. *Hastings Race and Poverty Law Journal*, 5(2). Retrieved from: https://repository.uclawsf.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=hastings_race_poverty_law_journal
- 3) About Islam. (2016, November 17). Is marriage the Prophet's Sunnah? Retrieved from: <https://aboutislam.net/counseling/ask-about-islam/is-marriage-the-prophets-sunnah/>
- 4) Absar, A. A. (2020). Restorative justice in Islam with special reference to the concept of Diyya. *Journal of Victimology and Victim Justice*, 3(1). Retrieved from: https://www.researchgate.net/publication/342542780_Restorative_Justice_in_Islam_with_Special_Reference_to_the_Concept_of_Diyya
- 5) Ahmad, R. (2012). Admission/confession: A comparative study of Islamic and Pakistani laws of evidence. *International Journal of Criminology and Sociological Theory*, 4(1). Retrieved from: https://www.researchgate.net/publication/316922338_ADMISSIONCONFESSI ON_A_COMPARATIVE_STUDY_OF_ISLAMIC_AND_PAKISTANI_LAWS_OF_EVIDENCE
- 6) AIMS. (n.d.). What is Shariah?. Retrieved from: <https://aims.education/study-online/sharia-law-and-sources-of-sharia/>
- 7) Al-Bukhari, M. I. I. (n.d.). *Sahih al-Bukhari*.
- 8) Alfaraj, A. A. (1995). The nature of law and its effects on certain criminal acts: A comparative study of Saudi Arabia and the State of Michigan [Master's thesis, Western Michigan University]. Kalamazoo, MI: ScholarWorks at WMU. Retrieved from: https://scholarworks.wmich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5181&context=masters_theses
- 9) Alhakk, N. (2023, May 21). Does hijab protect women from rape? Medium. Retrieved from: <https://medium.com/illumination/does-hijab-protect-women-from-rape-e27d814a10b0>
- 10) Al-Laheidan, S. I. M. (1980). Means of evidence in Islamic law (from Effect of Islamic Legislation in Saudi Arabia - Proceedings, P 149-192, 1976 - See NCJ-87248). *NCJRS*, 149-192. Retrieved from: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/means-evidence-islamic-law-effect-islamic-legislation-saudi-arabia>
- 11) Al-Qazwini, S. A. (n.d.). What is the definition of Hijab?. Al-Islam TV. Retrieved from: <https://www.al-islam.org/media/what-definition-hijab>
- 12) Anand, A. (2023, October 29). Is having two spouses illegal? Here's what Indian

- laws say about polygamy | Explained. Live Mint. Retrieved from:
<https://www.livemint.com/news/india/is-having-two-spouses-illegal-heres-what-indian-laws-say-about-polygamy-explained-11698512647108.html>
- 13) An-Nai'm, A. A. (n.d.). Sharia law, a literary zikr project. Muslims for Progress Values. Retrieved from:
<https://www.mpvusa.org/sharia-law>
 - 14) An-Nai'm, A. A. (n.d.). Is Islamic family law today really based on Shari'a? Muslims for Progressive Values. Retrieved from:
<https://www.mpvusa.org/sharia-law>
 - 15) Ardens Solicitors. (2022, March 21). Penalties for bigamy in England and Wales. Ardens Solicitors. Retrieved from:
<https://www.ardenslaw.com/bigamy-in-england-and-wales/#:~:text=Penalties%20for%20Bigamy%20in%20England%20and%20Wales&text=Since%201861%20though%2C%20Section%2057,However%2C%20there%20are%20some%20exceptions>
 - 16) Assignzen. (n.d.). Culture: Women with Hijab in Western countries. Retrieved from:
<https://assignzen.com/culture-women-with-hijab-in-western-countries/>
 - 17) Badawi, J. A. (n.d.). The status of woman in Islam. IIUM. Retrieved from:
<https://www.iium.edu.my/deed/articles/statusofwomen.html>
 - 18) Bodansky, D. (2006). International decision: Sahin v. Turkey; "Teacher Headscarf" case (Cindy Skach): ECHR and German constitutional court decisions on wearing Islamic headscarves. *American Journal of International Law*, 100, 186-187. Retrieved from:
https://repository.uclawsf.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=stings_race_poverty_law_journal
 - 19) Britannica. (n.d.). Diyya. Retrieved from:
<https://www.britannica.com/topic/diya>
 - 20) Britannica. (n.d.). Rashidun. Retrieved from:
<https://www.britannica.com/topic/Rashidun>
 - 21) Britannica. (n.d.). Sharia. Retrieved from:
<https://www.britannica.com/topic/sharia>
 - 22) Death Penalty Information Center. (n.d.). Statements from murder victims' family members. Retrieved from:
<https://deathpenaltyinfo.org/policy-issues/victims-families/statements-from-murder-victims-family-members>
 - 23) Ding, T., Liang, L., Yang, M., & Wu, H. (2016). Multiple attribute decision making based on cross-evaluation with uncertain decision parameters. *Mathematical Problems in Engineering*, 2016. <https://doi.org/10.1155/2016/4313247>
 - 24) Doi, A. R. I. (n.d.). Women in the Quran and the Sunnah. IIUM. Retrieved from:
https://www.iium.edu.my/deed/articles/woman_quran.html
 - 25) Elias, A. A. (2012, September 18). Umar on Hudud: Punishment of theft suspended during famine. *Daily Hadith Online*. Retrieved from:
<https://www.abuaminaelias.com/dailyhadithonline/2012/09/18/umar->

- hudud-suspended-famine/
- 26) Global Campus of Human Rights. (2023, April 27). The hijab ban and human rights of Muslim women in Europe. Global Campus of Human Rights. Retrieved from:
<https://gchumanrights.org/gc-preparedness/preparedness-civil-and-political-rights/article-detail/the-hijab-ban-and-human-rights-of-muslim-women-in-europe.html>
 - 27) GNESEA. (n.d.). About sexual violence. Retrieved from:
<http://www.gnesa.org/about-sexual-assault>
 - 28) Gouda, M. (2016). Stealing more is better? An economic analysis of Islamic law of theft. *European Journal of Law and Economics*, 42(1).
<https://doi.org/10.1007/s10657-016-9537-5>
 - 29) Government of Canada. (2020, January 10). Processing spouses and common-law partners: Assessing the legality of a marriage. Retrieved from:
<https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/corporate/publications-manuals/operational-bulletins-manuals/permanent-residence/non-economic-classes/family-class-determining-spouse/legality.html>
 - 30) Guidance. (n.d.). Importance of Muslim hijab: Top 4 reasons to wear hijab. Retrieved from:
<https://www.guidance.edu.bd/importance-of-muslim-hijab/>
 - 31) Gushtyn, A. (2018, September 19). "They should have shot me instead": The stories of death row inmates' family members. *Spring96*. Retrieved from:
<https://dp.spring96.org/en/news/90861>
 - 32) Hascall, S. C. (2011). Restorative justice in Islam: Should Qisas be considered a form of restorative justice? *Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law*, 4(1). Retrieved from:
https://escholarship.org/content/qt0mn7f78c/qt0mn7f78c_noSplash_45fe2431b22ee3aae79b97fccecf37bc.pdf?t=ph3uny
 - 33) Husein, M. S. (2019). Islamic law of succession in relation to women. *Ilorin Journal of Religious Studies*, 9(1). Retrieved from:
<https://www.ajol.info/index.php/ijrs/article/view/188351/177608>
 - 34) Husni, A. M., Husni, A. B. M., & Nasri, M. S. (2019). Rights of the accused in the Islamic legislation: A comparative and analytical study. *Scholars International Journal of Law, Crime and Justice*, 2(7). Retrieved from:
https://www.researchgate.net/publication/334658079_Rights_of_the_Accused_in_the_Islamic_Legislation_A_Comparative_and_Analytical_Study
 - 35) Hussain, M., Ismail, M., Falak, N., Ali, S., Qureshi, A. U. R., & Bajwa, A. (2023). Comparative study of Islamic law and Western law in criminal law and justice systems. *Al-Qantara*, 9(3). Retrieved from:
https://www.researchgate.net/publication/374082704_Comparative_Study_of_Islamic_Law_and_Western_Law_in_Criminal_Law_and_Justice_Systems
 - 36) IIUM. (n.d.). *Kitab Al-Hudud*.

- 37) IIUM. (n.d.). Kitab Al-Nikah.
- 38) Iqbal, F. (n.d.). Why does Islam allow polygamy? Al Islam. Retrieved from: <https://www.alislam.org/articles/why-does-islam-allow-polygamy/>
- 39) Iqbal, M. (2020, April 17). Secular Muslim majority countries. Readers' Blog. Retrieved from: <https://timesofindia.indiatimes.com/readersblog/mohamed-iqbal/secular-muslim-majority-countries-12133/>
- 40) Islam Question & Answer. (n.d.). What is Zina? Retrieved from: <https://islamqa.info/en/answers/3013/what-is-zina>
- 41) Islam Questions & Answers. (n.d.). Polygyny in Islam. Retrieved from: <https://islamqa.info/en/answers/14022/polygyny-in-islam>
- 42) Islam, M., & Amin, T. (2016). Eve teasing in Bangladesh: An overview. *OSR Journal of Humanities and Social Science*, 21(11), 01-06. <https://doi.org/10.9790/0837-2111050106>
- 43) Islamic Fiqh. (n.d.). The mandatory punishment for adultery. Retrieved from: <https://islamicfiqh.net/en/articles/the-mandatory-punishment-for-adultery-193>
- 44) Islamicstudies.info. (n.d.). Towards understanding the Quran, Surah An-Nisa 4:11-14. Retrieved from: <https://www.islamicstudies.info/tafheem.php?sura=4&verse=13&to=14>
- 45) Islamweb.net. (2015, February 3). Hijab and sexual repression. Retrieved from: <https://www.islamweb.net/en/article/165155/hijab-and-sexual-repression>
- 46) Ismail, S. M. (2005). The dilemma of Hudud and human rights: Diverting the emphasis strengthening the approach [Master's dissertation, The University of Nottingham]. Nottingham, UK: The University of Nottingham. Retrieved from: https://www.researchgate.net/publication/325946420_The_Dilemma_of_Hudud_and_Human_Rights_Diverting_the_Emphasis_Strengthening_the_Approach
- 47) Jones, N. (2009). Beneath the veil: Muslim girls and Islamic headscarves in secular France. *Macquarie Law Journal*, 9, 47-69. Retrieved from: <https://www8.austlii.edu.au/au/journals/MqLawJl/2009/4.pdf>
- 48) Kagan, J. (2021, October 31). Succession: What it is, how it works, examples. Investopedia. Retrieved from: <https://www.investopedia.com/terms/s/succession.asp>
- 49) Kamali, M. H. (2019). *Crime and punishment in Islamic law: A fresh interpretation*. Oxford, UK: Oxford University Press. Retrieved from: https://ebook.cscsbd.com/wp-content/uploads/2019/11/Crime-And-Punishment-In-Islamic-Law_-A-Fresh-Interpretation.pdf
- 50) Kramer, S. (2020, December 7). Polygamy is rare around the world and mostly confined to a few regions. Pew Research Center. Retrieved from: <https://www.pewresearch.org/short-reads/2020/12/07/polygamy-is-rare-around-the-world-and-mostly-confined-to-a-few-regions/>
- 51) Kroppenberg, I. (2012). Succession law. *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Retrieved from:

- https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Succession_Law
- 52) Lavie, L. (2022). De-theocratizing the state? The debate over the civil state (Dawla Madaniyya) model in Saudi Arabia. *Journal of Arabian Studies*, 12(1). <https://doi.org/10.1080/21534764.2022.2222443>
- 53) Law, J., & Martin, E. A. (2014). Polygamy. In Oxford Reference. Oxford, UK: Oxford University Press. Retrieved from: <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/acref/9780199551248.001.0001/acref-9780199551248-e-2922#:~:text=n,having%20more%20than%20one%20spouse>
- 54) Lexam Press. (2021, May 14). Polygamy in the Bible (and what Jesus said about it). Logos. Retrieved from: <https://www.logos.com/grow/does-jesus-contradict-the-old-testament-on-polygamy/>
- 55) Liberatore, M. J. (2008). The analytic hierarchy process in medical and health care decision making: A literature review. *European Journal of Operational Research*, 189(1), 194-207. <https://doi.org/10.1016/j.ejor.2007.05.001>
- 56) Long, L. (n.d.). Polygamy: What it is and the impact on relationships. Psycom. Retrieved from: <https://www.psycom.net/relationships/what-is-polygamy>
- 57) Lumerlearning. (n.d.). The Meaning and Purposes of Law. Retrieved from: <https://courses.lumenlearning.com/suny-wmopen-introbusiness/chapter/meaning-and-purposes-of-the-law/>
- 58) Lumerlearning. (n.d.). The Quran. Retrieved from: <https://courses.lumenlearning.com/suny-hccc-worldcivilization/chapter/the-quran/>
- 59) Mansour, A. A. (1982). Hudud crimes (from Islamic criminal justice system, P 195-201, 1982, M. Cherif Bassiouni, ed. - See NCJ-87479). *NCJRS*, 195-201.
- 60) McDuffey, T., & LaMance, K. (2023, May 18). Is polygamy legal? *Legal Match*. Retrieved from: <https://www.legalmatch.com/law-library/article/polygamy.html>
- 61) Muhammad, R. W. (2020). Forgiveness and restorative justice in Islam and the West: A comparative analysis. *ICR Journal*, 11(2). Retrieved from: https://www.researchgate.net/publication/350658784_Forgiveness_and_Restorative_Justice_in_Islam_and_the_West_A_Comparative_Analysis
- 62) Muhsan. (n.d.). *Oxford Islamic Studies Online*. Oxford, UK: Oxford Islamic Studies. Retrieved from: <http://www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t125/e1587>
- 63) Muradi, H., & Nordin, R. (n.d.). Polygamy and its wisdom in Islam: The law and customary practice in Afghanistan. *AAR Centre*. Retrieved from: <https://www.aarcentre.com/ojs3/index.php/jaash/article/view/156/389>
- 64) Muslim Women's League. (1995, September). Women in pre-Islamic Arabia. Retrieved from: <https://www.mwlusa.org/topics/history/herstory.html>
- 65) Nowais, S. A. (2016, April 30). Diyya has its origins in Quran, explain UAE legal

- experts. The National UAE. Retrieved from:
<https://www.thenationalnews.com/uae/diyya-has-its-origins-in-quran-explain-uae-legal-experts-1.144091>
- 66) Passage Technology. (n.d.). What is the analytic hierarchy process? Retrieved from:
<https://www.passagetechnology.com/what-is-the-analytic-hierarchy-process>
- 67) Patoari, M. H. (2019). The rights of women in Islam and some misconceptions: An analysis from Bangladesh perspective. *Beijing Law Review*, 10(5).
<https://doi.org/10.4236/blr.2019.105048>
- 68) PRI. (2015). Sharia law and the death penalty. Retrieved from:
<https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2015/07/Sharia-law-and-the-death-penalty.pdf>
- 69) Quran.com. (n.d.). Commentary. Retrieved from:
<https://quran.com/en/24:6/tafsirs/en-tafsir-maarif-ul-quran>
- 70) Robinson, K. (2021, December 21). Understanding Sharia: The intersection of Islam and the law. Council on Foreign Relations. Retrieved from:
<https://www.cfr.org/backgrounder/understanding-sharia-intersection-islam-and-law>
- 71) Rysiew, P. (2023). Epistemic contextualism. In Zalta E. N., & Nodelman U. (Eds.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford, CA: Metaphysics Research Lab, Stanford University. Retrieved from:
<https://plato.stanford.edu/entries/contextualism-epistemology/>
- 72) Saeed, A., & Akbar, A. (2021). Contextualist approaches and the interpretation of the Qur'ān. *Religions*, 12(7), 527. <https://doi.org/10.3390/rel12070527>
- 73) Salvia, A. L., Brandli, L. L., Filho, W. L., & Kalil, R. M. L. (2019). An analysis of the applications of analytic hierarchy process (AHP) for selection of energy efficiency practices in public lighting in a sample of Brazilian cities. *Energy Policy*, 132, 854-862. <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2019.06.010>
- 74) Sarjono, H., Seik, O., Defan, J., & Simamora, B. H. (2020). Analytical hierarchy process (AHP) in manufacturing and non-manufacturing industries: A systematic literature review. *Sys Rev Pharm*, 11(11), 163. <https://doi.org/10.31838/srp.2020.11.28>
- 75) Sentencing Council. (n.d.). Sentencing for murder. Retrieved from:
<https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/FINAL-Murder-sentencing-leaflet-for-web1.pdf>
- 76) Sheahan, M. (n.d.). Is polygamy legal or illegal in Australia? A complete guide. Australian Family Lawyers. Retrieved from:
<https://www.australianfamilylawyers.com.au/information-centre/is-polygamy-legal-illegal-australia>
- 77) Soumaya, B. (2015, November 28). The Islamic ruling concerning the criminal act of Zina [Adultery & Fornication]. [Post]. LinkedIn. Retrieved from:
<https://www.linkedin.com/pulse/islamic-ruling-concerning-criminal-act-zina-adultery-bint-abdesselam>
- 78) Souryal, S. S., Alobied, A. I., & Potts, D. W. (1996). Penalty of hand amputation

- for theft in Islamic justice. In C. B. Fields & R. H. Moore, Jr. (Eds.), *Comparative criminal justice: Traditional and nontraditional systems of law and control* (pp. 429-452). Washington, DC: U.S. Department of Justice. Retrieved from: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/penalty-hand-amputation-theft-islamic-justice-comparative-criminal>
- 79) Steiner, S. (2001, August 20). Sharia law. *The Guardian*. Retrieved from: <https://www.theguardian.com/world/2002/aug/20/qanda.islam>
- 80) Summers, S. J. (2022). In *The justification of punishment and human rights*. In *Sentencing and human rights: The limits on punishment* (pp. 227-252). Oxford, UK: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780192870384.003.0006>
- 81) TBS Report. (2021, September 6). Munia's death: Bashundhara MD, chairman among 8 accused in rape, murder cases. *The Business Standard*. Retrieved from: <https://www.tbsnews.net/bangladesh/crime/munias-death-bashundhara-md-chairman-among-8-accused-rape-murder-cases>
- 82) The Embassy of The Kingdom of Saudi Arabia. (n.d.). Law of procedure before Shari'ah courts. Retrieved from: <https://www.saudiembassy.net/law-procedure-shariah-courts>
- 83) The Word of Allah. (n.d.). The Word of Allah. Retrieved from: <https://www.wordofallah.com/askquran/blood-money-diya/>
- 84) Toppr. (n.d.). Maintenance under Muslim law. Retrieved from: <https://www.toppr.com/guides/legal-aptitude/family-law-i/maintenance-under-muslim-law/>
- 85) UCIS. (n.d.). Different types of marriage in Islam. Pittsburgh, PA: University of Pittsburgh. Retrieved from: https://www.ucis.pitt.edu/global/sites/default/files/curriculum_materials/contributed/DifferentTypesofMarriageinIslam.pdf
- 86) Vaniquotes. (2014, August 9). According to our Vedic process, polygamy is allowed. Vaniquotes. Retrieved from: https://vaniquotes.org/wiki/According_to_our_Vedic_process,_polygamy_is_allowed
- 87) Wanto, S., & Rahmandi, F. (2019). Comparative study between Islamic and Western law about legal resources. *IJRR*, 6(10). Retrieved from: https://www.ijrrjournal.com/IJRR_Vol.6_Issue.10_Oct2019/Abstract_IJRR0046.html
- 88) Wiechman, D. J., Kendall, J. D., & Azarian, M. K. (n.d.). Islamic law: Myths and realities. IIUM. Retrieved from: https://www.iiu.edu.my/deed/lawbase/ilw_myth_real.html
- 89) Witte, J., Jr. (2015). Why two in one flesh: The Western case for monogamy over polygamy. *Emory Law Journal*, 64(6). Retrieved from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2897657
- 90) World Population Review. (2024). Sharia law countries 2024. Retrieved from: <https://worldpopulationreview.com/country-rankings/sharia-law-countries>

A New Exploration in the Conceptual Scope of the Principle of "Prohibition of Gharar (Risk)" and Its Applicability to the Buying and Selling of "Cryptocurrencies" from the Perspective of Islamic Law

Javad Soltani Fard · Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Private Law, Faculty of Humanities, Shahid Motahari University, Tehran, Iran. (Corresponding Author)
j.soltanifard@motahari.ac.ir

Ahmad Mohammadi · PhD in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Research Institute of Imam Khomeini and Islamic Revolution, Tehran, Iran.
mohamadi.ahmad@ut.ac.ir

Abstract

1. Introduction

The legal landscape surrounding transactions necessitates robust regulations to safeguard the interests of the parties involved. Without such regulations, transactions could result in significant losses for one or more parties, potentially leading to disputes. Technological advancements, despite their many benefits, often introduce complexities that, if not thoroughly understood, can cause problems in transactions. A prime example of this is the emergence of cryptocurrencies. In the realm of Islamic jurisprudence, principles like the no-harm principle (risk or uncertainty) are designed to prevent financial harm and protect economic relationships. This principle, rooted in the teachings of Prophet Muhammad, aims to ensure that transactions are free from ambiguity and undue risk, thereby preventing potential losses.

The principle of "No-harm principle" is particularly relevant in the context of modern financial instruments and transactions, such as those involving cryptocurrencies. Islamic jurists have historically applied this principle to various forms of trade, where any form of uncertainty regarding the goods or their price renders the transaction void. Early Shia jurists and later scholars have invoked this principle to invalidate contracts involving ambiguous or uncontrollable assets. However, with the advent of digital currencies, the application of this principle to contemporary financial transactions has become a matter of significant debate.



2. Research Question

The primary question guiding this research is whether transactions involving cryptocurrencies can be deemed void under Islamic law by invoking the principle of "No-harm principle." This inquiry is crucial as it addresses a contemporary issue faced by the Islamic financial community, particularly in the design and implementation of new financial instruments in the money and capital markets. Given the complexities and the novel nature of cryptocurrencies, this research seeks to explore the applicability of the no-harm principle to determine the legitimacy of such transactions in Islamic law.

3. Research Hypothesis

The authors hypothesize that cryptocurrency transactions are unlikely to be deemed risky and thus void under Islamic law based on the principle of "No-harm principle." This hypothesis is grounded in the understanding that while cryptocurrencies involve certain inherent risks and uncertainties, they do not necessarily fall within the traditional definitions of risk as established by classical Islamic jurisprudence. The hypothesis suggests that the unique nature of cryptocurrencies might require a re-evaluation of traditional legal principles to accommodate new financial realities.

4. Methodology & Framework, if Applicable

This study adopts a doctrinal research methodology, primarily involving the analysis of library data sourced from Islamic jurists and legal scholars. The doctrinal approach is appropriate for this research as it involves a detailed examination of legal principles and their application to contemporary issues. The research framework includes the following steps:

Literature Review: A comprehensive review of existing literature on the principle of "No-harm principle" and its application in Islamic jurisprudence. This includes classical texts by early Shia jurists like Sheikh Saduq, Sheikh Tusi, and Ibn Idris al-Hilli, as well as later scholars like Allama Hilli and Fakhr al-Muhaqqiqin.

Analysis of Cryptocurrencies: An in-depth investigation into the nature of cryptocurrencies, including their creation, trading mechanisms, and the risks associated with them. This step involves understanding the technical aspects of cryptocurrencies to determine whether they inherently possess the characteristics of risk.

Legal Analysis: Applying the principle of "No-harm principle" to the findings from the literature review and the analysis of cryptocurrencies. This involves comparing the risks associated with cryptocurrencies to the types of risks traditionally considered as risk in Islamic jurisprudence.

By following this methodology, the research aims to provide a detailed and nuanced understanding of whether cryptocurrency transactions can be

considered void under the principle of "No-harm principle" in Islamic law. The findings from this research are expected to contribute to the ongoing debate among Islamic jurists and provide practical guidance for those involved in the Islamic financial industry.

5. Results & Discussion

The investigation into the application of the principle of "No-harm principle" to crypto-currency transactions yielded significant insights that refine our understanding of both traditional Islamic jurisprudence and its applicability to contemporary financial instruments.

Conceptual Understanding of Risk: Linguistic and terminological analyses confirm that "Risk" pertains to risk or danger primarily arising from ambiguity or uncertainty in a transaction. This aligns closely with the terminological definition that involves the risk of potential harm due to ambiguity in the subject matter or price during the transaction. The study elucidated that Risk applies only when ambiguity is substantial enough to be of concern to the general public. Minor ambiguities or uncertainties regarding future economic statuses, such as price fluctuations, do not constitute Risk.

Scope of Risk: The scope of Risk is not confined to ambiguity concerning the subject of the transaction alone but also extends to the price. Several scenarios illustrate this broader application:

Ambiguity Regarding Existence: This includes trading items whose existence is uncertain, such as a stolen car.

Ambiguity Regarding Acquisition: This involves trading items whose possession is uncertain, like a bird in flight.

Ambiguity Regarding Type: This pertains to the uncertainty about the kind of item, such as a ring of unknown material.

Ambiguity Regarding Quality: This covers transactions where the qualitative characteristics of the item, like the quality of rice, are uncertain.

Ambiguity Regarding Quantity: This includes situations where the quantity of the item, such as the weight of gold, is unknown.

Contrary to some jurists who consider Risk a characteristic inherent in the transaction itself, the research found that it pertains more to the subject of the transaction – trading something inherently risky due to these ambiguities.

Evidence from Islamic Jurisprudence: The principle of "No-harm principle" is heavily supported by narrations, particularly the well-known hadith, "The Prophet (peace be upon him) prohibited Risk sales." Although exact wording is absent in Shia sources, the acceptance of this narration among both Shia and Sunni scholars lends it significant jurisprudential weight. Some scholars extend the no-harm principle beyond sales to various aspects of life, though such extensions are not substantiated by hadith collections. The reliability of the narrations varies, with most lacking strong chains of transmission, yet their

widespread acceptance validates the principle. Additionally, scholars invoke other sources such as the Quran, consensus of jurists, Muslim conduct, and rational conduct to substantiate the principle.

Application to Cryptocurrencies: In assessing the principle of Risk's applicability to cryptocurrencies, the study considered several factors unique to digital currencies: The complexity of the mining process

The non-physical nature of cryptocurrencies and their exchange, Market volatility, Unknown originators, Lack of physical backing.

Despite these factors potentially increasing perceived risks, the study concluded that cryptocurrency transactions do not inherently involve the type of ambiguity that constitutes Risk. Cryptocurrencies are defined entities with known mechanisms of acquisition and transfer. The risks associated with their future economic status or market volatility do not fulfill the criteria for Risk, as they do not involve ambiguity about the existence, acquisition, or inherent characteristics of the items being exchanged at the time of the transaction.

6. Conclusion

The study on the principle of "No-harm principle" in relation to cryptocurrency transactions led to several critical conclusions:

Definition and Scope of Risk: Risk pertains to significant ambiguity or uncertainty concerning the subject or price in a transaction. Minor ambiguities or uncertainties about future economic statuses do not fall under Risk.

Application Beyond Subject of Transaction: Risk includes ambiguities in the price and various aspects like existence, acquisition, type, quality, and quantity of the items exchanged.

Evidence from Islamic Jurisprudence: The principle is robustly supported by narrations, though with varying reliability. Its acceptance among scholars underscores its importance.

Cryptocurrency Transactions: The complexities and risks associated with cryptocurrencies do not constitute Risk. There is no inherent ambiguity regarding the existence, acquisition, or characteristics of cryptocurrencies at the time of the transaction. Hence, cryptocurrency transactions cannot be voided based on the principle of Risk.

These findings clarify that while cryptocurrency transactions are not void due to Risk, this does not inherently legitimize them under Islamic law. Other factors, such as their rationality and compliance with broader Islamic principles, require separate examination. This study provides a foundational understanding for Islamic legal researchers to further explore and address contemporary issues in financial jurisprudence.

Keywords: Uncertainty, Danger, Risk, Ignorance, Deception, Cryptocurrency, Digital Currency.

کاوشی نو در گستره مفهومی قاعده «نفی غرر» و انطباق سنجی خرید و فروش «ارزهای رمزپایه» با آن

جواد سلطانی فرد • استادیار، گروه فقه و حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران.
j.soltanifard@motahari.ac.ir (نویسنده مسئول)

احمد محمدی • دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، تهران، ایران.
mohamadi.ahmad@ut.ac.ir

چکیده

پیشرفت فناوری، علی‌رغم مزایای فراوان، زوایای پنهانی نیز دارد که عدم اطلاع کافی از آن، می‌تواند برای افراد، به‌ویژه در ساحت معاملات مشکل‌آفرین باشد. امروزه یکی از پدیده‌های نوظهور در حوزه اقتصاد، «ارزهای رمزپایه» است. در فقه اسلام برای جلوگیری از وقوع آسیب‌های مالی در جامعه و متضرر شدن مردمان در روابط اقتصادی خود، قواعدی همچون «نفی غرر» وضع شده است. وانگهی، پرسش اصلی این جستار آن است که آیا می‌توان خرید و فروش ارزهای رمزپایه را با استناد به قاعده یادشده شرعاً باطل دانست؟ پژوهشگران با روش توصیفی تحلیلی و رجوع به داده‌های کتابخانه‌ای به این نتایج دست پیدا کرده‌اند که اولاً اصطلاح غرر برخلاف نظر برخی از فقها، به معنای «خطر: احتمال وقوع ضرر» است؛ ثانیاً منظور از «بیع‌الغرر» در روایات، خرید و فروش است که در آن به دلیل وجود ابهام، دست‌کم یکی از عوضین در هنگام معامله عرفاً در معرض نابودی باشد؛ ثالثاً مواردی همچون فیزیکی نبودن رمزارز و تقابض آن، مبهم بودن ماهیت رمزارز و سازوکار حاکم بر آن، نوسانات شدید و بدون محدودیت در این بازار، نامشخص بودن مبدع و نیز پشتوانه ارزهای رمزپایه نمی‌تواند موجب تحقق غرر در معاملات این بازار شود؛ چه اینکه، زمانی از غرر در یک معامله سخن به میان می‌آید که نسبت به دست‌کم یکی از عوضین، آن هم در هنگام معامله ابهام وجود داشته باشد، درحالی‌که در هنگام معامله رمزارزها نسبت به وجود، حصول و اوصاف هیچ‌یک از عوضین ابهامی وجود ندارد؛ از طرفی هرگونه تردید نسبت به وضعیت اقتصادی آن‌ها در آینده مانند نوسان قیمت‌ها نیز اساساً ارتباطی با قاعده «نفی غرر» نخواهد داشت. از این رو نمی‌توان معاملات ارزهای رمزپایه را با استناد به این قاعده باطل دانست.

واژگان کلیدی: غرر، خطر، ریسک، جهل، خدعه، رمزارز، ارز دیجیتال.



مقدمه

فراوانی معاملات در میان افراد، ضرورت وجود قواعد و قوانینی را که بتواند به استحکام و نتیجه‌بخش بودن معامله کمک کند، نمایان می‌سازد، در غیر این صورت احتمال دارد قرارداد ضرر بزرگی را دست‌کم برای یکی از طرفین به دنبال داشته باشد و بعضاً منجر به وقوع نزاع و درگیری میان آن‌ها شود.

یکی از قواعدی که می‌تواند در معاملات - به‌ویژه معاملات جدید و ابزارهای مالی معاصر - در راستای جلوگیری از منازعات و مشاجرات (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۳) موجب اطمینان خاطر هر یک از طرفین قرارداد شود، قاعده فقهی «نفی غرر» است که عمدتاً از آن در باب تجارت سخن گفته شده است. نراقی بیع غرر را بیعی می‌داند که در آن یکی از عوضین در خطر، یعنی در شرف نابودی و در معرض تلف باشد (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۸۹)؛ برای مثال، اگر خریداری در مقابل گوشی تلفن همراه دزدیده‌شده به مالک آن پول پردازد، با این اقدام پول خود را در معرض نابودی قرار داده است؛ زیرا ممکن است هیچ‌وقت گوشی دزدیده‌شده پیدا نشود. بر اساس این قاعده، از معامله‌ای که در آن نسبت به کالا یا بهای آن ابهام وجود داشته باشد، نهی شده و چنین معامله‌ای از نظر فقها باطل است (نک: فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص. ۴۳۰؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، صص. ۸۵ و ۸۴؛ حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۲؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۲، ص. ۳۸۶؛ انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۱۷۶) و به اعتقاد برخی حتی علم و رضایت فروشنده یا خریدار به این مسأله به دلیل عام بودن نهی شارع، مؤثر در صحت معامله نخواهد بود (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۹۷). این قاعده گرفته‌شده از حدیث معروفی است که از آن با عبارت «نهی النَّبی (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) عن بیع الغرر» یاد می‌کنند.

گروهی از فقهای متقدم شیعه همچون شیخ صدوق (۱۴۰۳ق، ص. ۲۷۸)، شیخ طوسی (بی‌تا، ج ۳، ص. ۳۳۰) و ابن‌ادریس (۱۴۱۰ق، ج ۲، صص. ۲۶۰ و ۴۰۰) در برخی از مسائل معاملات به قاعده نفی غرر استناد کرده‌اند. جمعی از متأخران نیز مانند علامه حلی (۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص. ۲۵۷)، فخرالمحققین (۱۳۸۷ق، ج ۱، ص. ۴۳۰)، شهید اول (۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۴۰)، محقق کرکی (۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۱۰۵) و شهید ثانی (۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۱۷۲) در مواردی از این قاعده برای اثبات بطلان عقد استفاده کرده‌اند؛ مواردی مانند خرید و فروش کالایی مجهول از لحاظ کیفیت یا مقدار، یا بیع چیزی که از دسترس مالک خارج شده است، همچون خودرو یا موتوری که به

سرقت رفته یا پرنده‌ای که از قفس پریده یا خانه یا مغازه‌ای که غاصبی آن‌ها را غصب کرده و بر آن‌ها مسلط شده است (نک: انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، صص. ۱۷۵ و ۱۷۶؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، صص. ۳۱۸ و ۳۶۲).

مصادیق غرر تنها به موارد گفته‌شده محدود نمی‌شود. جامعه امروز با پدیده‌های نوظهوری مانند ارزهای رمزیابه مواجه است که استخراج و معاملات آن‌ها به‌گونه‌ای است که احتمال تحقق غرر را در آن‌ها افزایش داده؛ به‌طوریکه ممکن است فرد با ورود به این بازار به‌طور کامل سرمایه خود را از دست بدهد. پیچیدگی زیاد فرایند ماینینگ^۱، فیزیکی نبودن رمزارز و تقابض آن، مبهم بودن ماهیت رمزارز و سازو کار حاکم بر آن، نوسانات شدید و بدون محدودیت در این بازار، نامشخص بودن مبدع و نیز پشتوانه رمزارزها از عواملی است که دارایی افراد را تهدید می‌کند. از این رو ممکن است چنین ادعا شود که چنین معاملاتی - که در آن‌ها خطر نابودی سرمایه وجود دارد - با استناد به قاعده نهی غرر، باطل است. چه‌بسا چنین ابهاماتی موجب شده است برخی از مراجع تقلید معاملات رمزارز را جایز ندانند.^۲

ناگفته نماند که بی‌تردید بیع مشمول قاعده نهی غرر شده و وجود غرر در آن موجب بطلان معامله می‌شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۲)، اما جریان این قاعده در دیگر عقود محل بحث است که در ادامه به سرّ اختلاف اشاره خواهد شد. مشهور، این قاعده را جز در نکاح جاری می‌دانند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، صص. ۳۱۲ و ۳۱۳؛ بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص. ۲۷۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص. ۶۰۰) و فرقی ندارد که عقد مشمول قاعده نهی غرر از جمله عقود لازم باشد یا جایز (نک: حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۲)؛ همچنان که فرقی ندارد از عقود معاوضی (مانند اجاره) باشد یا حتی غیرمعاوضی (مانند وکالت) (نک: انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، صص. ۱۹۷ و ۱۹۸)، تا جایی که عده‌ای از فقها پا را فراتر نهاده و از این قاعده در ابوابی همچون قصاص سخن گفته و معتقدند علت آنکه در جنایات غیرقابل ضبط قصاص وجود ندارد، آن است که چنین چیزی مستلزم غرر است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص. ۶۴۴). به اعتقاد برخی، در عقودی که بنای آن‌ها بر مسامحه و بخشش بوده و خطر در آن‌ها منتفی است

1. Mining

2. <https://www.islamquest.net/fa/archive/fa60559>

مانند معامله محاباتی، هبه و وصیت، قاعده غرر جاری نمی‌شود (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص. ۲۷۹)، اما در این مقاله از آن رو که مسئله مشروعیت خرید و فروش ارزهای رمزیایه پی گرفته شده است، به طور مشخص به بررسی کاربرد این قاعده در بیع (خرید و فروش) - به عنوان معمول‌ترین اقسام معاملات - پرداخته می‌شود.

بر اساس آنچه گفته شد، روشن می‌شود که با توجه به اختلافات موجود درباره قاعده «نفی غرر» - که تفصیل آن در ادامه خواهد آمد - بحث از آن از حیث سند، مفاد، گستره و مهم‌تر از همه، انطباق سنجی پدیده نوظهور ارزهای رمزیایه با آن، نقش مهمی در حل مسائل فقهی مستحدثه خواهد داشت و توجه به آن برای عموم محققان اقتصاد اسلامی به ویژه کسانی که در طراحی معاملات جدید و ابزارهای مالی نو در بازار پول و سرمایه کار می‌کنند، ضرورت دارد.

۱. مفهوم‌شناسی

۱.۱. ارز رمزیایه

«ارز رمزیایه» معادل کلمه «کریپتوکارنسی»^۱ است. این کلمه از دو بخش «کریپتو»^۲ به معنای «رمزنگاری» - که مخفف کلمه «کریپتوگرافی»^۳ است - و «کارنسی»^۴ به معنای «ارز» تشکیل شده است. انتخاب این نام برای ارزهای رمزیایه بدین جهت است که این ارزها نوعی ارز مجازی‌اند که در طراحی و ساخت آن‌ها از فناوری رمزنگاری استفاده شده است. عملیات رمزنگاری با کد کردن اطلاعات از طریق الگوریتم‌های پیچیده ریاضی انجام می‌شود. ارزهای یادشده دارای مزایایی همچون امنیت بالا، از بین بردن واسطه، پایین بودن یا حذف هزینه تراکنش و ناشناخته بودن هویت کاربران است. همچنین، رمزارزها غیرمتمرکز بوده و توسط هیچ حکومت یا نهاد خاصی کنترل نمی‌شوند. ارزهای رمزیایه دو گونه‌اند.

۱.۱.۱. کوین^۵

«کوین» که گاهی با نام «رمزارز واقعی»^۶ نیز شناخته می‌شود، پولی است که به وسیله فنون

-
1. Cryptocurrency
 2. Crypto
 3. Cryptography
 4. Currency
 5. Coin
 6. Real Cryptocurrency

رمزگذاری به وجود آمده است. از معروف‌ترین کوین‌ها می‌توان به «بیت‌کوین»^۱ اشاره کرد که بر اساس فناوری «بلاک‌چین»^۲ (زنجیره بلوکی) ساخته شده است. بلاک‌چین شبکه‌ای است که با استفاده از تکنولوژی‌های غیرمتمرکز^۳ و رمزنگاری، تاریخچه تمام تراکنش‌های انجام شده با دارایی‌های دیجیتال مانند بیت‌کوین را در یک دفتر کل دیجیتال و عمومی ذخیره می‌کند. امکان تغییر، تقلب و دستکاری در اطلاعات ذخیره‌شده در بلاک‌چین وجود ندارد و تمام اطلاعات ثبت‌شده در آن به صورت شفاف در اختیار کاربران قرار می‌گیرد. شبکه بلاک‌چین همان چیزی است که حذف بانک‌ها و مؤسسات مالی از تراکنش‌های دارایی‌های دیجیتال را امکان‌پذیر کرده و امنیت ارزهای دیجیتال را تضمین می‌کند؛ موضوعی که موجب شده دارایی‌های دیجیتال، طرفداران زیادی پیدا کنند. هر رمزازی را که پس از بیت‌کوین روانه بازار شده است، «آلت‌کوین»^۴ یا «سکه جایگزین» می‌نامند. سرعت بالاتر، هزینه پایین‌تر، امنیت بیشتر و حریم خصوصی بالاتر نسبت به بیت‌کوین از مشخصات این کوین است. آلت‌کوین‌ها به دو دسته تقسیم می‌شوند؛ برخی از آن‌ها مانند «لایت‌کوین»^۵ و «بیت‌کوین‌کش»^۶ بر اساس پروتکل بیت‌کوین که به وسیله ساتوشی ناکاموتو^۷ طراحی شده، به وجود آمده‌اند و برخی دیگر مانند «اتریوم»^۸، «ریپل»^۹ و «مونرو»^{۱۰} بلاک‌چین خاص خود را دارند.

کوین‌ها دارای بلاک‌چین مستقل و پایدارند و هرکدام از آن‌ها، به یک کیف پول اختصاصی با آدرس اختصاصی نیاز دارند که در بلاک‌چین خاص خود قرار گرفته است، برای مثال کیف بیت‌کوین و اتریوم کاملاً از هم مجزا هستند و نمی‌توان دارایی بیت‌کوین را به آدرس اتریوم ارسال کرد. یکی از مشخصه‌های کلیدی کوین‌ها این است که برای استفاده به‌عنوان وسیله مبادله طراحی

1. Bitcoin

2. Blockchain

3. Decentralized

۴. «آلت‌کوین» (Altcoin) ترکیبی از دو کلمه «آلترناتیو» (Alternative) به معنای جایگزین و «کوین» (Coin) به معنای

سکه یا ارز است. به تمام رمزارزها به‌جز بیت‌کوین، آلت‌کوین گفته می‌شود.

5. Litecoin

6. Bitcoin Cash

7. Satoshi Nakamoto

8. Ethereum

9. Ripple

10. Monero

شده‌اند و قرار است در آینده جای پول‌های رایج را بگیرند. مشخصه دیگر کوین‌ها آن است که همه می‌توانند از آن‌ها استفاده کنند و محدود به گروه خاصی از مردم نیست (نک: حاجی‌ملا میرزایی و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۴۸ به بعد؛ مور، ۱۴۰۱، ص. ۲۱ به بعد؛ جودمایر، ۱۳۹۹، ص. ۴۳ به بعد؛ فضلی و همکاران، ۱۳۹۸، ص. ۴۶ به بعد).

۲.۱.۱. توکن^۱

«توکن» نوعی دارایی دیجیتال است که برای پروژه‌های خاص به‌عنوان روش پرداخت، درون اکوسامانه پروژه صادر می‌شود و عملکرد یکسانی با کوین دارد، اما تفاوت اصلی در این است که به دارندگان این حق را می‌دهند تا در شبکه مشارکت کنند؛ برای مثال بلیت سینما یک توکن در دنیای واقعی است به این دلیل که باید از آن در زمان مشخص و در محلی مشخص استفاده شود. درواقع نمی‌توان پول غذای رستوران را با بلیت سینما پرداخت کرد، زیرا بلیت سینما تنها در سالن‌های سینما ارزش دارد. تمامی توکن‌های دیجیتال از این منظر یکسان‌اند، به این معنی که استفاده‌ای مشخص در درون پروژه‌ای مشخص دارند. توکن‌ها برخلاف کوین‌ها - که در شرایطی قابل استخراج‌اند - قابلیت استخراج ندارند، هرچند به دلیل وجود الگویی خاص، آسان‌تر از کوین‌ها راه‌اندازی می‌شوند. مشخصه دیگر توکن‌ها آن است که برای خرید آن‌ها باید از کوین استفاده کرد، هرچند با توکن‌ها نمی‌شود کوین خرید، اما از طریق صرافی‌ها قابل تبدیل به یکدیگر هستند.

در حال حاضر دسته‌بندی واحدی برای توکن‌ها وجود ندارد؛ گرچه کمیسیون بورس و اوراق آمریکا^۲ و اداره نظارت بر بازار مالی سوئیس^۳ برای رفع این مشکل تلاش‌هایی کرده‌اند. هر دو سازمان، توکن‌ها را به دو دسته گسترده تقسیم‌بندی کرده‌اند. الف. توکن‌های سهام یا توکن‌های سرمایه‌ای و ب. توکن‌های خدماتی (نک: حاجی‌ملا میرزایی و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۴۸ به بعد؛ مور، ۱۴۰۱، ص. ۲۱ به بعد؛ جودمایر، ۱۳۹۹، ص. ۴۳ به بعد؛ فضلی و همکاران، ۱۳۹۸، ص. ۴۶ به بعد).

1. Token
2. SEC
3. FINMA

۲.۱. غَرَر

۱.۲.۱. مفهوم «غرر» در لغت

جوهری «غرر» را به معنای «خطر» می‌داند و ضمن اشاره به حدیث مشهور یادشده، برای آن به فروش ماهی در دریا و پرنده در آسمان - که اطمینانی نسبت به دستیابی به آن‌ها نیست - مثال می‌زند (جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۷۶۸). فراهیدی می‌نویسد «الغَرَرُ كَالْخَطَرِ» (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص. ۳۴۶). فیروزآبادی نیز غرر را اسم مصدر و به معنای «هلاکت» (فیروزآبادی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۱۸۱) یعنی همان خطر (حسینی‌زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص. ۳۰۰) می‌داند. همچنین اساس البلاغه (زمخشری، ۱۹۷۹م، ص. ۴۴۸)، المصباح‌المنیر (فیومی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۴۴۵) و مجمل‌اللغه (ابن فارس، ۱۴۰۶ق، ص. ۶۸۱) غرر را به «خطر» تفسیر کرده‌اند.

گفتنی است اینکه غرر به معنای ۱. «غفلت»، ۲. «خدعه» (فریب) یا ۳. «جهالت» باشد، صحیح نیست؛ زیرا واژه غفلت از «الغَرَارَه» (ابن‌منظور، ۱۴۰۴ق، ج ۵، ص. ۱۶) و «الغِرَّة» (جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۷۶۸) و واژه خدعه از «اغترَّ به» است (جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۷۶۸). درباره معنای سوم نیز باید گفت اساساً غرر به معنای جهالت - آنگونه که شیخ انصاری مدعی هم‌داستانی لغویان بر آن است (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۱۷۸) - در کتاب‌های لغت نیامده است.^۲ از نظر اهل لغت، غرر اسم مصدر و به معنای «خطر» و مصدر آن تغییر (به خطر افکندن و در معرض نابودی قرار دادن) است.^۳ خطر نیز خود به معنای «الإشْرَافُ عَلَى الْهَلَاكِ» (در آستانه نابودی قرار گرفتن) آمده است (جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۶۴۸؛ نک: ابن‌منظور، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص. ۲۵۲). ابن‌اثیر در تعریف «بیع غرر» به عنصر «جهالت» اشاره کرده و آن را به چیزی که ظاهرش فریبنده و باطنش مجهول است، تعریف کرده است (ابن‌اثیر، ۱۳۶۷ق، ج ۳، ص. ۳۵۵)، اما باید توجه داشت وی در تعریف «بیع الغرر» چنین معنایی را بیان می‌کند نه در بیان معنای خود کلمه «غرر». بنابراین، روشن می‌شود که لغویان نزدیک به عصر

۱. در اندک مواردی در تبیین معنای واژه «غَرَارَه» به معنای «جهل» نیز اشاره شده است (فیومی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۴۴۵).

۲. هرچند که چنین معنایی برای غرر به نوعی در کلام برخی از فقهای اهل‌تسنن به چشم می‌خورد؛ برای مثال، سرخسی (قرن پنجم) می‌نویسد: «الغرر ما یكون مستورا لعاقبة.» (سرخسی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۲، ص. ۱۹۴)

۳. برخی معتقدند غرر یا مصدر است یا مانند «حسن» صفت مشبیه (امامی‌خوانساری، بی‌تا، ج ۱، ص. ۱۳۶).

معصومان (علیهم‌السلام)، غرر را به معنای خطر معنی کرده‌اند.

۲.۲.۱. مفهوم «غرر» در اصطلاح فقها

به تناسب برداشت‌های مختلفی که از معانی لغوی غرر وجود دارد، در معنای اصطلاحی غرر نیز فقها با یکدیگر هم‌داستان نیستند. به‌طور کلی، فقها از دو لحاظ در این زمینه اختلاف نظر دارند. یکی اینکه غرر در شریعت به چه معناست و دیگر اینکه غرر - به هر معنی که باشد - در کدام یک از محورهای معاملی متصور است؟ از این‌رو، ادامه بحث در دو بخش ترتیب داده می‌شود.

الف. معنای شرعی غرر

برخی از فقها غرر را به معنای «جهل» دانسته‌اند (نک: ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، صص. ۳۱۵ و ۳۲۳؛ حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۶، صص. ۱۰ و ۳۲۰؛ حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۵۱۰؛ کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۲۷۲ و ج ۷، ص. ۱۰۹؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۲، ص. ۴۲۵)، اما معنای «خطر» چیزی است که در میان تعدادی دیگر از فقها (نک: طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص. ۲۱۸) به‌ویژه متأخران (نک: نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۸۹؛ حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۲۳) به چشم می‌خورد. محقق خوبی بیان می‌دارد که مشهور از فریقین برای غرر، معنای خطر را در نظر گرفته‌اند (خوبی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص. ۲۶۰).^۲

در این میان برخی نیز غرر را به معنای «غفلت» (نک: نایینی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۴۶۷) یا «خدیعه» (غروی‌اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۵۲؛ طباطبایی حکیم، بی‌تا، ص. ۳۹۶)^۳ دانسته‌اند و

۱. ناگفته نماند علامه حلی و صاحب‌جواهر در مواردی نیز «غرر» را به همراه «خطر» به کار برده‌اند (نک: حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص. ۳۲۵؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۳، ص. ۹۶).

۲. یکی از معاصران می‌گوید: «غرر ... به معنای جهل نیست، غرر به معنای خطر است، اصلاً در لغت عرب غرر به معنای جهل نیامده است. بله، گاهی جهل منشأ غرر می‌شود ... ما قبول نداریم که جهل در همه جا مانع است، بلکه جهل در صورتی مانع است که سبب خطر بشود.» (درس خارج فقه سبحانی، ۱۳۸۸/۰۹/۰۹) دیگری نیز می‌گوید: «غرر یعنی خطر، جایی که انسان نمی‌داند دارد چه می‌خرد، چه می‌فروشد، طمأنینه ندارد می‌شود غرر؛ گاهی منشأ جهل است گاهی منشأش لاابالی‌گری فروشنده یا خریدار است.» (درس خارج فقه جوادی‌آملی، ۱۳۹۱/۰۷/۲۴)

۳. محقق اصفهانی معتقد است به احتمال قوی تعریف‌های ارائه‌شده از غرر همگی بیان‌کننده معنای حقیقی غرر نیستند، بلکه بعضی متکفل بیان مفهوم غرر، بعضی دیگر درصدد بیان لازم دائمی آن، بعضی بیان‌کننده لازم غالبی و بالاخره بعضی متکفل

در نهایت، برخی همچون محقق نایینی و محقق خوبی نیز معتقدند معنای شرعی غرر مجمل است (نایینی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۴۶۷؛ خوبی، ۱۳۷۷، ج ۵، صص. ۲۵۶ و ۲۵۷). این اختلاف نظرها تا آنجاست که گاه با اظهار نظرهای گوناگون یک فقیه در این زمینه همراه بوده است؛ برای مثال، محقق خوبی با اینکه معنای غرر را مجمل می‌داند، اما در مواردی چند تصریح می‌کند که غرر به معنای خطر است. او می‌نویسد:

«... الغرر هو الخطر لا مجرد الجهل.» (خوبی، ۱۳۶۵، ص. ۴۱)

وی در جای دیگر می‌گوید:

«فلا شبهه فی فساد المعامله از الغرر هو الخطر و الخطر بمعنی احتمال الخطر.» (خوبی، ۱۳۷۷، ج ۵، صص. ۲۹۳ و ۲۹۴)

امام خمینی نیز در نقد شیخ انصاری - که اخذ «جهالت» در معنای غرر را متفق علیه میان تمام لغویان می‌داند و معتقد است جهالت، قدر جامع میان تفاسیر وارده در معنای غرر است (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۱۷۸) - می‌گوید:

«شگفتا از شیخ انصاری (قدس سره) آنجا که گفته است: "تمام [لغویان] بر اخذ جهالت در معنای غرر هم‌داستان‌اند...؛" زیرا چنین معنایی از هیچ‌یک از کتب لغت به دست نمی‌آید.» (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص. ۲۹۷)^۱

این در حالی است که ایشان در یک جا گویی به همین نظر متمایل شده (موسوی خمینی،

بیان مورد و مصداق آن‌اند. مفهوم غرر با توجه به آنچه از موارد کاربرد واژه غرر به دست می‌آید، نزدیک به مفهوم نیرنگ و خدعه است که لازم دائمی آن غفلت و لازم غالبی‌اش، خطر و [احتمال] وقوع در ضرر و مورد آن نیز چیزی است که ظاهرش فریبنده و زیبا و باطنش ناپسند است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۲۷۷؛ همچنین نک: ایروانی نجفی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص. ۱۹۲)؛ البته ایشان غرر را به معنای خدعه می‌داند، اما معتقد است این واژه در روایت به حکم قرینه به معنای خطر است.

۱. ممکن است در دفاع از شیخ انصاری بتوان چنین گفت که منظور او این نیست که از نظر تمام فقها غرر دقیقاً مساوی جهل است، بلکه وی در صدد انتقال این مفهوم است که از نظر فقها، وجود عنصر جهل در معامله منشأ تحقق غرر بوده و در شکل‌گیری معامله غرر نقش دارد. شاهد بر این توجیه آن است که شیخ انصاری در ابتدا برای غرر معنای خطر را ذکر می‌کند (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۱۷۶).

۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۵۲۳؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۶۲؛ در جایی دیگر غرر را با معنای خطر تفسیر می‌کند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص. ۳۲۸)؛ و نهایتاً تصریح می‌کند که مناسب‌ترین معنی برای غرر خدعه است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، صص. ۲۹۸ و ۳۳۹)؛ البته ایشان این معنی را غیراجماعی دانسته و اتفاقاً معنای خطر را مورد اجماع می‌داند و تخطئه تمامی افراد را موضوعی مشکل عنوان می‌کند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، صص. ۲۹۵-۲۹۹).

ب. محورهای معاملی غرر

پرسش مهم دیگر این است که غرر به هر معنایی که باشد، نسبت به کدام یک از محورهای معاملی مطرح می‌شود؟ در این زمینه نیز میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی ابهام را نسبت به «مبیع» آن هم در سه سو قابل طرح دانسته و بر آن‌اند که ابهام ممکن است نسبت به ۱. وجود مبیع، ۲. حصول مبیع (قدرت بر تسلیم و تسلّم آن) یا ۳. صفات کمی و کیفی آن باشد (نک: انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، صص. ۱۷۸ و ۱۷۹؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۴). عده‌ای دیگر غرر را تنها به معنای وجود ابهام در حصول مبیع یعنی امکان رسیدن مورد معامله به دست منتقل‌الیه می‌دانند (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ج ۲، ص. ۱۳۷). این در حالی است که برخی دیگر ابهام را نسبت به صفات و مقدار مبیع می‌دانند. صاحب جواهر می‌گوید:

«متبادر از غرر نهی شده، خطر از جهت جهل نسبت به صفات مبیع و مقدار آن است، نه مطلق خطر که شامل تسلّم یا عدم تسلّم مبیع شود؛ زیرا در بیع هر کالای غایبی [همچون بیع سردرختی] خطر ضرورتاً وجود دارد [حال آنکه بیع کالای غایب جایز است].» (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲، ص. ۳۸۸)

۱. اختلاف نظر در معنای غرر، در نوع برداشت از روایت «نهی النبی (صلی الله علیه و آله) عن بیع الغرر» مؤثر است. برخی معتقدند اگر بیع غرر به معنای بیع همراه با خدعه باشد، نهی در روایت، مولوی و به معنای حرمت فریب دادن طرف مقابل در معامله خواهد بود که در این صورت، دلالتی بر حکم وضعی بطلان ندارد؛ زیرا معامله‌ای که در آن خدعه و فریب باشد، آن معامله باطل نبوده و فرد فریب‌خورده خیار تدلیس دارد، اما اگر بیع غرر به معنای بیع همراه با خطر یا جهل باشد، نهی در روایت، ارشادی و بیانگر بطلان معامله خواهد بود (نک: خوبی، ۱۳۷۷، ج ۵، صص. ۲۵۷ و ۲۵۹؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص. ۳۰۰). در این زمینه نظریات دیگری نیز وجود دارد (نک: نایینی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، صص. ۴۶۹ و ۴۷۰؛ علیدوست، ۱۳۹۵، ص. ۱۲۲).

شیخ انصاری در تحقق غرر در حالتی که مبیع از حیث مقدورالتسلیم بودن مبهم است، تشکیک کرده و معتقد است در این حالت چون خریدار می‌تواند با خیار تعذر تسلیم معامله را فسخ کند، پس شاید چنین معامله‌ای را نتوان مصداق معامله غرر دانست، اما خود او چنین پاسخ می‌دهد که خطر نسبت به دستیابی به مبیع بزرگ‌تر و مهم‌تر از مبهم بودن صفات مبیع با وجود علم به دستیابی به آن است (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، صص. ۱۷۸ و ۱۷۹). به دیگر بیان، اگر فرض اخیر مصداق غرر باشد، به طریق اولی زمانی که قدرت بر تسلیم مبیع مجهول است، معامله، مصداق غرر خواهد بود. از این رو ایشان معتقد است وجهی ندارد که کلام اهل لغت به خطر ناشی از جهل به صفات مبیع برگردانده شود؛ به‌ویژه که آنان در معنای غرر به دو مثال «ماهی در آب» و «پرنده در هوا» اشاره کرده‌اند که این دو مثال در کلمات فقها برای عجز نسبت به تسلیم مبیع به کار رفته است نه جهل نسبت به صفات آن (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۱۷۹).^۱

نکته مهم دیگر این است که تحقق بیع غرر اختصاص به وجود ابهام در «مبیع» - آن‌گونه که از کلام برخی از فقها استفاده می‌شود - ندارد، بلکه وجود ابهام در «ثمن» نیز معامله را مصداق بیع غرر خواهد کرد. صاحب عناوین می‌نویسد:

«ظاهر از عرف و لغت، آن است که غرر شامل تمامی صورت‌ها [ی جهل به ارکان عقد] می‌گردد و ظاهراً هر چیزی که در آن جهالت وجود داشته باشد در آن غرر و خطر نیز وجود دارد.» (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۷)

از این‌روست که محقق نراقی در بیان یکی از موارد تحقق غرر، ابهام را نسبت به «احدالعوضین» مطرح می‌کند نه صرفاً مبیع (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۹۴؛ همچنین نک: حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص. ۲۴۳؛ نایینی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۴۶۸).

۱. گفتنی است محقق خوبی فساد معامله مشتمل بر ابهام نسبت به اصل وجود را از باب معامله به چیزی که خارج از مالکیت انسان است قلمداد کرده و آن را از بحث غرر خارج می‌داند (خویی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص. ۲۵۷). برخی دیگر از فقها نیز معامله‌ای را که موضوع آن مقدورالتسلیم نباشد، به دلیل مالیت نداشتن موضوع، باطل می‌دانند نه به دلیل تحقق غرر؛ زیرا معتقدند چیزی که قابل تسلیم نباشد، اصولاً مال تلقی نشده و عقلاً اثری بر آن بار نمی‌کنند (نک: نایینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص. ۳۷۸).

ج. دیدگاه برگزیده در مسأله

مفهوم اصطلاحی غرر با مفهوم لغوی آن فاصله‌ای ندارد و به معنای «خطر» (ریسک) است نه جهالت، خدعه یا هر معنای دیگری.

یکسان دانستن معنای «جهل» و غرر درست نیست. شهید اول ضمن باطل دانستن بیعی که در آن عنصر جهالت وجود دارد، غرر را غیر از جهل دانسته و معتقد است رابطه جهل و غرر عموم و خصوص من وجه است. براین اساس، در برخی موارد بیع، غرر وجود دارد، اما مورد معامله مجهول نیست مانند حیوان فراری که خصوصیات آن برای هر دو طرف معلوم است. همچنین، ممکن است مورد معامله مجهول باشد، اما غرری در قرارداد نباشد مانند خرید و فروش دو کالا از دو جنس مختلف با مقدار و ارزش برابر که وزن هیچ‌یک برای طرفین معلوم نیست. در برخی معاملات نیز جهالت و غرر هر دو وجود دارند مانند خرید و فروش بنده فراری که خصوصیات آن نیز نامعلوم است (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ج ۲، ص. ۱۳۷). براین اساس، روشن می‌شود که نمی‌توان غرر را به معنای جهل دانست.

مردود دانستن لحاظ معنای «خدعه» برای غرر نیز بدین روست که برخی گمان کرده‌اند از آنجاکه واژه «غَرَر» از ماده «غ - ر - ر» است، پس تمام معانی‌ای که ذیل این ماده مطرح شده (مانند غفلت، خدعه و...) در مورد واژه «غَرَر» نیز مطرح است حال آنکه همانطور که در بخش مفهوم‌شناسی لغوی نیز بدان اشاره شد، گاه هیئت و قالب مشتق بر معنی تأثیر می‌گذارد (نک: علی‌دوست، ۱۳۸۲، ص. ۹۶). پس اگر کاربرد این ماده در ثلاثی مجرد و نیز در برخی ابواب مزید مانند باب افتعال (اغترَّ به) به معنای خدعه و نیرنگ است، نمی‌توان آن را برای «غَرَر» - که اسم

۱. برخی، معاملات ریسکی را غرر و باطل می‌دانند (مطهری، ۱۳۷۶، ج ۲، صص. ۲۴۳ و ۲۴۴)، اما به نظر می‌رسد این دو کاملاً به یک معنا نیستند. عده‌ای معتقدند اگر ریسک به معنای «عدم اطمینان در سرمایه‌گذاری» باشد، آنگاه رابطه میان ریسک و غرر، عام و خاص مطلق خواهد بود؛ یعنی ریسک عام است و غرر خاص؛ زیرا گاه معاملات افراد با اینکه مشتمل بر ریسک است، اما مصداق غرر نیست مانند کسی که زمینی را که از تمام جنبه‌ها مشخص است به قیمتی می‌خرد و در عین حال، چون تغییر قیمت آن در سال آینده معلوم نیست، نمی‌داند که معامله زمین یادشده اقدام مناسبی برای سرمایه‌گذاری است یا خیر؟ (نک: موسویان، ۱۳۹۴، ص. ۷۸ به بعد؛ حکمت‌نیا، ۱۳۹۶، ص. ۸ به بعد) در نوشتار حاضر، صرف‌نظر از اختلاف معنایی ریسک و غرر، این دو واژه در معنایی نزدیک به هم به کار رفته‌اند.

مصدر از باب تفعیل (تغییر) است - نیز صادق دانست^۱. بنابراین، به نظر می‌رسد چنین اشتباهی برای فقهایمانند محقق اصفهانی (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۵۲؛ همچنین نک: ایروانی نجفی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص. ۱۹۲) که معنای غرر را خدعه می‌دانند، دانشمندانی که معتقدند غرر معنای لغوی معینی ندارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۲، ص. ۱۲۹)، یا اساساً فقهایمانند نایینی (نایینی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۴۶۷) و محقق خوبی (خوبی، ۱۳۷۷، ج ۵، صص. ۲۵۶ و ۲۵۷) که منشأ اجمال در روایت را اختلاف معانی واژه «غرر» می‌دانند، رخ داده است. همچنین، به اعتقاد برخی (امامی خوانساری، بی تا، ج ۱، ص. ۱۳۶) اگر غرر به معنای خدعه یا غفلت باشد، تنها بر مورد جهل مرکب صدق می‌کند حال آنکه موارد جریان این قاعده نزد فقها، موارد جهل بسیط است؛ یعنی فرد از ابتدا نمی‌داند مثلاً مبیع چه خصوصیتی دارد. همچنین، از نظر برخی (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۳ق، ص. ۲۵) اگر غرر در روایت به معنای خدعه باشد، تحقق غرر باید تنها موجب خیار تدلیس شود نه آنکه معامله باطل باشد درحالی که چنین نیست.

بر همین اساس است که دانشمندانی مانند محقق نراقی معتقدند غرر به معنای «خطر» است نه آنکه مشترک میان معانی یادشده باشد. ایشان در تعریف بیع غرر می‌گویند:

«بیع یکون أحد العوضین فیه فی الخطر، ای فی شرف الهلاک و معرض

التلف» (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۸۹)؛ بیعی که در آن یکی از دو عوض در

خطر است؛ یعنی در شرف از بین رفتن و در معرض تلف شدن.

پس روشن شد که غرر به معنای خطر است و سه معنای جهالت، غفلت و خدعه (فریب) معنای خود واژه غرر نیستند؛ هرچند برخی از این معانی می‌توانند با غرر ارتباط پیدا کنند؛ بدین صورت که غرر در معامله به معنای «خطر» و احتمال از بین رفتن دست‌کم یکی از عوضین است که از «جهل» و «ابهام» نشئت می‌گیرد. از همین حیث می‌توان گفت تفاوتی میان مفهوم شرعی غرر با معنای لغوی آن وجود ندارد و می‌توان برای این واژه قائل به حقیقت لغوی شد.

۱. برخی بر آنند منشأ این اشتباه که عده‌ای غرر را به معنای خدعه و فریب دانسته‌اند، اشتراک دو واژه «غرر» و «غرور» در ریشه است که موجب انحراف در معناشناسی واژه غرر و تحمیل ویژگی‌های معنایی غرور به غرر و در نتیجه، در نظر گرفتن معنای خدعه برای غرر شده است، حال آنکه آشنایان به زبان عربی می‌دانند که نباید از یک ماده در هیئت‌های گوناگون، همیشه انتظار معنایی واحد داشت (علیدوست، ۱۳۹۵، ص. ۱۳۹).

در مورد محورهای معاملی نیز باید گفت در تحقق غرر تفاوت نمی‌کند که منشأ خطر، ۱. ابهام نسبت به وجود دست‌کم یکی از عوضین باشد مانند معامله برده فراری‌ای که زنده بودنش معلوم نیست^۱، ۲. ابهام نسبت به حصول و دستیابی به آن باشد مانند معامله پرنده موجود در هوا، ۳. ابهام نسبت به جنس آن باشد مانند معامله انگشتی که معلوم نیست طلاست یا نقره، ۴. ابهام نسبت به وصف کیفی آن باشد مانند معامله یک کیلو برنج که معلوم نیست کیفیت بالا یا متوسط یا پایینی دارد یا ۵. ابهام نسبت به اندازه و وصف کمی آن باشد مانند معامله قطعه‌ای از طلا که وزن آن معلوم نیست (نک: شهیداول، ۱۴۰۰ق، ج ۲، ص. ۱۳۷؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، صص. ۹۳-۹۴؛ حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۴). وجود خطر در دو مورد اول واضح است؛ ابهام در موارد سه تا پنج - که در معاملات تجاری امروز بیشتر مبتلا به است - نیز امکان دارد عدم مقابله و مساوات میان ثمن و مثن را در پی داشته باشد که عرفاً تزییع مال شمرده می‌شود (نک: نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۹۵؛ آل‌کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، صص. ۳۹۱ و ۳۹۲).

ناگفته نماند که موارد پنج‌گانه یادشده مهم‌ترین مصادیق غرر در کلام فقها هستند، اما به نظر می‌رسد با در نظر گرفتن ملاک تحقق غرر در معامله، دلیلی بر انحصار مصادیق غرر در این موارد وجود نداشته باشد. به‌طور کلی می‌توان گفت هر آنچه دست‌کم یکی از عوضین معامله را در معرض خطر جدی قرار دهد، موجب تحقق غرر می‌شود، مانند وجود ابهام در اجل (نک: حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۵۰۹؛ موسوی‌خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص. ۵۰۰؛ درس خارج فقه سبجانی، ۱۳۸۸/۰۹/۰۸).

۱. شاید تصور شود که جواز مواردی چون بیع سلم با این مورد ناسازگار باشد؛ برخی در پاسخ گفته‌اند منظور از ابهام، نبود احتمال عرفی برای ظهور یا بقای مال در زمان تحویل است؛ یعنی عرف معمولاً به بقای مال تا زمان تحویل اطمینان ندارد. برای مثال، صاحب شرایع شرط ششم در بیع سلم را «غلبه وجود» موضوع معامله به هنگام تحویل می‌داند (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۵۸)؛ یعنی مبیع باید به گونه‌ای باشد که به‌طور غالب در زمان تحویل وجود داشته باشد، گرچه در وقت عقد معدوم باشد (مصباحی‌مقدم، ۱۳۸۶، ص. ۲۱۸). از این‌روست که اگر برحسب عرف، به وجود یافتن چیزی اطمینان باشد، این شرط، محقق تلقی می‌شود ولو اینکه در حال حاضر موضوع معامله موجود نباشد (نک: حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۲۱). به همین دلیل است که فقها معامله کلی را از مصادیق غرر به شمار نیاورده و آن را صحیح می‌دانند (محمدی، ۱۳۷۳، ص. ۷۷).

۲. ضابطه تشخیص خطر در معاملات غرر

خطر و ریسک در هر معامله‌ای - کم و بیش - وجود دارد. پرسش اینجاست که آیا وجود هر نوع خطری در معامله موجب تحقق غرر در معامله و بطلان آن می‌شود یا آنکه خطر باید زیاد و معتدبه باشد؟ از آنجاکه قلت و کثرت در غرر، نسبی است و به زمان و مکان انجام گرفتن معامله بستگی دارد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، صص. ۳۲۰ و ۳۲۱)^۱ و یافتن حد فاصل میان غرر کم و زیاد دشوار به نظر می‌رسد، برخی فقها ملاک در تشخیص غرر و خطر را «عرف» دانسته و بر آن‌اند که هر معامله‌ای که از نظر عرف خطری باشد، مشمول قاعده غرر خواهد بود (نراقی، ۱۴۱۷ق، صص. ۹۸ و ۹۹)^۲. به بیان واضح‌تر، منظور از خطر در قاعده نهی غرر، احتمال^۳ وقوع ضرر شایان توجهی است که عقلاً اجتناب از آن را لازم می‌دانند؛ به گونه‌ای که اگر کسی اجتناب نکرد، مورد سرزنش قرار می‌گیرد، نه احتمال ضعیفی که مردم به آن اهمیت نمی‌دهند (نک: شهیداول، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۷۵؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، صص. ۳۲۰ و ۳۲۱؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲، ص. ۴۰۸).

ظاهراً از نظر برخی، ملاک عرف به منظور تشخیص خطر خیلی روشن نبوده است؛ از این رو

۱. برای مثال، در یک دوره زمانی ابهام در معامله تا حد تفاوت یک ریال می‌توانست معامله را دچار غرر کند، اما امروزه ابهام در بسیاری از معاملات تا حد صدها، بلکه هزارها ریال نیز از نظر عرف کنونی معتدبه و خطرناک تلقی نمی‌گردد و در نتیجه، نمی‌تواند منجر به حدوث غرر گردد (صالحی علی‌آبادی، ۱۴۰۲، ص. ۱۷۰).

۲. برخی به دلیل اینکه امکان دارد عرف با تساهل اقدام به معامله‌ای کند که از نظر شارع مصداق معامله غرر باشد، معتقدند دایره غرر در شرع تنگ‌تر از دایره آن در عرف است (نک: آل‌کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۴۹۴) و به تعبیری باید «عرف منضبط» را ملاک قرار داد. گفتنی است برخی از پژوهشگران اهل تسنن اساساً استناد به عرف را در تعیین میزان غرر مؤثر و غیرمؤثر در معاملات نپذیرفته و با استناد به ادله‌ای همچون قرآن و روایات نبوی (صلی‌الله علیه و آله)، ملاک «یک‌سوم» را پیشنهاد داده و معتقدند شرع، غرر در عقود را به مقدار قلیل (یک‌سوم) محل عفو و تسامح قرار داده است، اما بیشتر از آن را موجب بطلان عقد می‌داند (جمالی، ۱۴۰۲، ص. ۱۵).

۳. غرر به معنای خطر است و خطر همان احتمال وقوع ضرر است نه ضرر فعلی و قطعی؛ از این رو در موارد بیع غرری نمی‌توان به قاعده «لاضرر» تمسک جست، زیرا ضرر در معامله غرری مشخص و قطعی نیست، لکن احتمال ضرر خود خطری است که بنا بر حدیث نبوی (صلی‌الله علیه و آله)، اجماع و سیره عقلاً در معاملات موجب بطلان می‌شود (عمیدزنجانی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص. ۳۹۱). ناگفته نماند که اگر منشأ ضرر جهل به قیمت کالا باشد، غبن صادق است نه غرر (خویی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص. ۴۷۳)؛ زیرا غبن یعنی عدم تعادل ارزشی میان ثمن و مثن، اما غرر بسیار بالاتر از این و به معنای در معرض هلاکت قرار گرفتن ثمن یا مثن است (درس خارج فقه مروی، ۱۴۰۰/۸/۱۹). البته میان غرر و غبن تفاوت‌های دیگری نیز وجود دارد که باید در جای خود بررسی شود.

درصد معرفی ضوابط شناسایی ابهامات معاملی مؤثر در ایجاد غرر برآمده‌اند (صالحی علی آبادی، ۱۴۰۲، صص. ۱۷۳-۱۷۶). به‌طورکلی می‌توان مهم‌ترین ضوابط تشخیص غرر مؤثر، خطر جدی و احتمال ضرر شایان توجه از نظر عرف را چنین برشمرد:

الف. ابهام در معامله زیاد بوده و قابل چشم‌پوشی نباشد (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۹۴؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۴) مانند آنکه عقد اجاره‌ای به مدت یک ماه قمری و به مال‌الاجاره مشخص منعقد شود، اما معلوم نباشد ماه ۲۹ روز است یا ۳۰ روز. این میزان از ابهام را هیچ‌کس در ایجاد غرر مؤثر تلقی نمی‌کند.

ب. ابهام ناظر به اصل مورد معامله باشد، اما ابهام نسبت به توابع و لوازم آن منجر به غرر نمی‌شود (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۳۰۸)؛ زیرا آنچه مستقیماً مورد اراده طرفین قرار گرفته، عوضین بوده است، نه لوازم و توابع آن. برای مثال، در فروش یک دستگاه خودرو، عدم آگاهی از برند و مشخصات آچار چرخ خودرو که نقش تابع را نسبت به آن ایفا می‌کند، خللی مؤثر در ایجاد غرر در معامله نخواهد بود.

ج. ابهام در عقود معاوضی و مغابنی (مانند بیع) باشد نه مجانی و مسامحی (نک: یزدی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۲۱۸). عقود معاوضی، عقود‌اند که در معرض تعارض منافع هستند و طرفین سعی می‌کنند که در آن، تعادل نسبی اقتصادی ارزش عوضین حفظ شود. در مقابل عقود معاوضی، عقود مجانی قرار دارد که ابهام در آن‌ها خللی به صحت عقد وارد نمی‌سازد؛ برای مثال، می‌توان حمل‌های آینده گوسفندان را به‌رغم آنکه وجود آن‌ها و نیز اوصافشان محل ابهام است، هبه کرد. در عقود معوض غیرمالی مانند نکاح نیز غرر مؤثر نیست و نادیده گرفته می‌شود؛ زیرا در این عقود، موضوع معامله مال نیست، هرچند این عقود آثار مالی داشته باشند؛ به دیگر بیان، طرفین عقد نکاح با مقاصد مالی با یکدیگر ازدواج نمی‌کنند و در مورد آثار مالی بنا را بر تسامح گذاشته‌اند (طالب‌احمدی، ۱۳۸۰، ص. ۴۹). از این‌روست که بر اساس ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی در صورتی که مهرالمسمی مجهول باشد (و به تعبیری وجود خطر محرز باشد)، نکاح باطل نیست و زن مستحق مهرالمثل خواهد بود؛ زیرا نکاح معاوضه صرف نبوده و هدف آن بیشتر ایجاد انس و الفت میان زوجین و تحکیم بنیان خانواده است و مهریه، هبه‌ای از جانب زوج به زوجه به شمار می‌رود (نک: شهیداول، ۱۴۰۰ق، ج ۲، ص. ۶۲؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۴، ص. ۶۰۳).

د. نکته بسیار مهم آنکه احتمال ضرری موجب تحقق غرر می‌شود که ناظر به وضعیت عوضین و عدم توازن ارزش آن دو هنگام صورت پذیرفتن معامله باشد، وگرنه خطر ناشی از ابهام ناظر بر چگونگی وضعیت اقتصادی و مبادلاتی مورد معامله در آینده هیچ‌گونه تأثیری در شکل‌گیری غرر ندارد. برای مثال، اگر کسی کالایی را بخرد و نداند که با توجه به نوسانات قیمت بازار، ارزش آن کالا در آینده بیشتر می‌شود یا کمتر، نمی‌توان چنین ابهامی را موجب تحقق غرر در معامله موصوف دانست.

از آنچه گفته شد، معلوم می‌شود منظور از معامله همراه با غرر، هرگونه معامله مبهم توأم با خطر نیست؛ زیرا در غیر این صورت بسیاری از قراردادهای معمول در میان مردم به دلیل اینکه دربردارنده مخاطره‌اند باید باطل قلمداد شوند، مانند معامله تاجری که محموله کشتی را که هنوز به مقصد نرسیده است و هرلحظه احتمال غرق شدن آن می‌رود، خریداری می‌کند یا کالایی را که احتمال سقوط قیمت آن در بازار می‌رود، به قیمت گزاف خریداری می‌کند (صالحی‌علی‌آبادی، ۱۴۰۲، ص. ۱۵۳). به‌علاوه، مثال‌هایی از شریعت گویاست که شارع مقدس باب خطر و ریسک را در معاملات صد درصد نبسته است. پذیرش سهم محسوسی از خطر در عقودی مثل مزارعه، ضمان از دینی که مقدار آن معلوم نیست، جعاله در انجام دادن کاری که چگونگی آن معلوم نیست، بیمه و مانند اینها نمونه‌هایی بارز از پذیرش قراردادهای احتمالی در شریعت هستند. این وضعیت را به‌نوعی می‌توان متأثر از رویه رایج در میان خردمندان دانست، یعنی اینگونه نیست که ایشان در معاملات خود هر نوع ریسکی را برنتابند (نک: علیدوست، ۱۳۹۵، صص. ۱۴۳-۱۴۵).

پس اگر در معامله‌ای، ابهام منتهی به چنین خطری وجود نداشت، آن معامله را نمی‌توان مصداق بیع غرر دانست. ملا محمد نراقی ضمن اشاره به این مطلب، می‌گوید:

«اگر علم به ضرر وجود داشته باشد یا با وجود جهالت نسبت به مبیع، مخاطره در کار نباشد مانند خرید یک بنده از میان دو بنده که در قیمت و صفت با یکدیگر یکسان هستند، غرری وجود نخواهد داشت؛ هرچند معامله به اعتبار جهالت واقعی باطل است.» (نراقی، ۱۳۸۰، ص. ۳۰۱)

شیخ انصاری نیز از همین باب معتقد است خرید کالای مجهول‌المقدار به ثمن متیقن آن، مشمول غرر نمی‌شود. او می‌نویسد:

«اگر کسی برده فراری یا گم‌شده‌ای را که امید به دستیابی آن باشد، در ازای بهای اندکی بخرد، [در این حالت] غرر صدق نمی‌کند؛ زیرا عقلاً به امید [دستیابی به] نفع زیاد، اقدام به ضرر اندک می‌کنند. همچنین است اگر کالای مجهولی را که مردد بین طلا و مس است، به قیمت مس بخرد... همه اینها نزد عقلاً [به منظور کسب سود بیشتر] پسندیده است؛ حتی آنان کسانی را که به بهانه خطرناک بودن از این نوع معاملات دوری می‌کنند، سرزنش می‌کنند.» (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۱۸۲)

برخی از حقوق‌دانان نیز به این نکته اشاره کرده اند:

«درباره رفع احتمال [تلف] و غرر نباید مبالغه کرد و وجود قطعی موضوع معامله را از شرایط درستی آن شمرد. همین اندازه که در دید عرف، معامله از صورت گرویندی و بازی با احتمال خارج شود کافی است؛ به‌ویژه که گاه نیازهای عمومی و عادات و رسوم نیز نفوذ قرارداد را می‌طلبند... برای مثال، در فقه همه پذیرفته‌اند که میوه را بر سر درخت و به تخمین می‌توان فروخت، مشروط بر اینکه میوه دانه بسته باشد یا رنگ انداخته باشد (بدو صلاح). عرف نیز در خرید و فروش سردرختی‌ها بعد از بروز تردید نمی‌کند و احتمال ریختن و آفت‌زدن و دزدیده‌شدن را در نظر نمی‌گیرد.» (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص. ۱۸۴)

با توجه به مطالب گفته‌شده، می‌توان «غرر» را اینگونه تعریف کرد:

غرر در شریعت به معنای خطر ناشی از ابهام نسبت به دست‌کم یکی از عوضین در هنگام معامله است که نزد عرف شایان توجه باشد.^۱

۱. البته این پرسش مطرح است که چنانچه معامله‌ای برحسب ظاهر، هنگام معامله با غرر همراه باشد، اما بعد معلوم شود در واقع چنین نبوده، آیا معامله باطل است یا خیر؟ برخی در حکم به بطلان، تفاوتی میان غرر ظاهری و واقعی قائل نشده‌اند (حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۲۰)، اما در مقابل، برخی چنین معامله‌ای را صحیح دانسته‌اند (نک: هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۶، ص. ۲۹۴).

۳. مدارک قاعده «نفی غرر»

مدرک اصلی قاعده نفی غرر، حدیث معروف «نهی النبی (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) عَنْ بَيْعِ الْغَرْرِ» است که بیع الغرر را از شمول آیه شریفه «أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ» (بقره، آیه ۲۷۵) خارج می‌سازد. شیخ انصاری پس از آنکه بیان می‌دارد تمامی عامه به این حدیث نبوی (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) برای شرط بودن قدرت بر تسلیم استدلال کرده‌اند^۱، می‌گوید:

«ظاهراً فقهای شیعه نیز در استدلال کردن به این روایت برای شرط بودن

قدرت بر تسلیم اتفاق دارند.» (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۱۷۹)

بر همین اساس امام خمینی معتقد است شیعه و سنی به این روایت استناد کرده‌اند و هیچ اشکالی در صحت استناد به آن نیست (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص. ۲۹۵)^۲. محقق نایینی نیز آن را از مسلمات امت دانسته است (نایینی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۴۶۷).

به نظر می‌رسد نخستین معترض به سند این روایت، محقق اردبیلی است. او می‌نویسد:

«... علی ان سند نهیه (صلی الله علیه و آله) عن بیع الغرر غیر ظاهر.» (مقدس

اردبیلی، بی تا، ج ۸، ص. ۱۷۴).

محقق خوبی ضمن ضعیف دانستن روایت، عمل اصحاب را جابر ضعف آن نمی‌داند و

می‌نویسد:

«تردیدی در ضعف سند این روایت نیست؛ زیرا روایتی نبوی است [و از طریق امامان (علیهم السلام) تأیید نشده]؛ هرچند استدلال به آن در مسأله شهرت دارد. بنابراین، اگر شهرت، مستند به این حدیث باشد [و از طرفی]، استناد مشهور را جبران‌کننده ضعف سند روایت بدانیم، مطلوب ثابت است، وگرنه نمی‌توان به این روایت استدلال کرد؛ [این در حالی است که] اثبات هریک از این دو صغری و کبری جداً مشکل است.» (خویی، ۱۳۷۷، ج ۵،

۱. در صحیح مسلم آمده است: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) عَنْ بَيْعِ الْغَرِّ، وَ عَنْ بَيْعِ الْغَرْرِ.» (قشیری نیشابوری،

۱۴۱۲ق، ج ۳، ص. ۱۱۵۳؛ همچنین نک: اصبحی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۶۶۴).

۲. امام خمینی با اینکه معتقد است این روایت از اسناد متعدد برخوردار است، اما اشاره‌ای به ضعف یا عدم ضعف این اسناد نکرده است.

ص. ۲۵۶؛ همچنین نک: تبریزی، ۱۴۳۱ق، ج ۵، صص. ۶۴ و ۶۳ (۲۵۹).
هرچند ایشان در جای دیگر، سند این روایت را صحیح دانسته است (خویی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص.

در مقابل، شیخ انصاری شهرت این روایت را موجب ضعف سند آن دانسته و می‌گوید:
«اشتهار الخبر^۱ بین الخاصه و العامه یجبر إرساله.» (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۴،
ص. ۱۷۶)

البته برخی فراتر رفته و بر آن‌اند که در این زمینه اجماع (نک: حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲،
ص. ۳۱۲؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۲، ص. ۳۸۶)، بلکه ضرورت^۲ (نراقی، ۱۴۱۷ق، صص. ۸۴ و ۸۵)
وجود دارد که موجب جبران ضعف سند روایت شده است و ما را از بررسی سندی بی‌نیاز می‌کند
(حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۲؛ نایینی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۴۶۷). نراقی در نهایت،
درباره این روایت می‌نویسد:

«فهی مما لاریب فی حجیتها، و کونها کالخبر الصحیح، بل أقوى منه.»
(نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۸۵)

در مورد حدیث غرر بیان چند نکته ضروری است؛

اولاً، آنچه محقق خویی بیان داشته که روایت غرر نبوی است (خویی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص. ۲۵۶)
صحیح به نظر نمی‌رسد. در ادامه، به روایاتی که از امامان (علیهم‌السلام) نقل شده، اشاره خواهد
شد.

ثانیاً، عبارت مشهوری که به‌عنوان روایت یاد می‌شود (نهی النبی عن بیع الغرر)، دقیقاً به این

۱. نسبت به «اشتهار الخبر» در کلام شیخ انصاری دو احتمال وجود دارد؛ یک احتمال این است که منظور، شهرت روایی باشد
که در این صورت ممکن است چنین شهرتی در کتاب‌های اهل تسنن وجود داشته باشد، اما وجود آن نسبت به این روایت در
شیعه ثابت نیست. احتمال دیگر - که اظہر است - این است که منظور، شهرت عملی باشد (درس خارج فقه مروی،
۱۴۰۰/۷/۲۱).

۲. مراد از این ضرورت، ضرورت فقه است نه ضرورت دین (درس خارج فقه فاضل لنکرانی، ۱۳۹۴/۱۰/۱۵).

شکل در مجامع روایی شیعه نقل نشده است.^۱ به‌طورکلی، با فحوصی که صورت گرفت، روایاتی

که در شیعه بیان‌کننده نهی از بیع غرر هستند، به شرح زیر است:

الف. ... عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ (عليه السلام) أَنَّهُ قَالَ خَطَبْنَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ (عليه السلام) فَقَالَ: «... قَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) عَنِ بَيْعِ الْمُضْطَرِّ وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ.» (صدوق، بی‌تا، ج ۲، صص. ۴۵ و ۴۶)؛ پیامبر اکرم (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) از بیع مضطر و بیع غرر نهی کردند. روایت دیگری در مستدرک (نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳، ص. ۲۸۳) به نقل از صحیفه‌الرضا (عليه السلام) با مضمونی مشابه نقل شده است جز آنکه در پایان روایت، افزون‌بر دو مورد یادشده، به فروش ثمار (میوه نارسیده) نیز اشاره شده است.^۲

ب. رُوِيَ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) عَنْ أَبِيهِ عَنْ آبَائِهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) نَهَى عَنِ بَيْعِ الْغَرَرِ وَهُوَ كُلُّ بَيْعٍ يُعْقَدُ عَلَى شَيْءٍ مَجْهُولٍ عِنْدَ الْمُتَبَايِعِينَ أَوْ أَحَدِهِمَا (ابن‌حیون، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص. ۲۱)؛ پیامبر اکرم (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) از بیع غرر نهی کردند و

آن هر بیعی است که با چیزی ناشناخته نزد دو طرف معامله یا یکی از آن‌ها بسته می‌شود.

ج. عَنْ عَلِيٍّ (عليه السلام) أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ بَيْعِ السَّمَكِ فِي الْآجَامِ وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْوَعِ وَالصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ، قَالَ: «هَذَا كُلُّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ غَيْرٌ مَعْرُوفٌ يَقِلُّ وَيَكْثُرُ وَهُوَ غَرَرٌ.» (ابن‌حیون، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص. ۲۳)؛ از حضرت امیر (عليه السلام) در مورد فروش ماهی در نيزار، شیر در پستان [که هنوز دوشیده نشده است] و پشم در پشت گوسفندان [که هنوز چیده نشده است] پرسیده شد، حضرت فرمودند: «هیچ‌کدام از این‌ها جایز نیست؛ زیرا مجهول و ناشناخته‌اند و کم و زیاد می‌شوند و این غرر است.»

۱. برخی مانند صاحب‌جوهر (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۲، ص. ۳۸۷) عبارت «ان الغرر عمل ما لا يؤمن معه الغرر» و شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۱۷۶) عبارت «أنه عمل ما لا يؤمن معه من الضرر» را به‌عنوان حدیث نقل کرده‌اند درحالی‌که چنین چیزی در روایات به چشم نمی‌خورد.

۲. در عبارت «بیع‌الغرر» اضافه بیع به غرر از باب اضافه بیع به مبیع است مانند اضافه بیع به ثمار. پس همانگونه که گفته می‌شود «بیع‌الکتاب» و «بیع‌المصحف»، گفته می‌شود «بیع‌الغرر». بنابراین، مقصود از غرر چیزی است که بیع به آن تعلق گرفته است؛ یعنی فروش چیزی که در آن غرر هست. با حفظ این نکته، گفتنی است استفاده از عبارت وصفی «بیع غرری» صحیح به نظر نمی‌رسد.

با بررسی روایات فوق درمی‌یابیم دست‌کم بیشتر این روایات دارای چندان اسناد قابل‌اعتمادی نیستند و همانطور که گفته شد، گو اینکه اشتها میان شیعه و سنی، فقها را وادار به پذیرش آن‌ها کرده است (نک: حسینی‌مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۲؛ انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۱۷۶؛ موسوی‌بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص. ۲۷۹؛ موسوی‌خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، صص. ۵۴۹ و ۵۵۰)؛ زیرا بر فرض پذیرش روایت نخست، روایات دوم و سوم - که منقول از دعائم‌الاسلام است - به شکل مرسل نقل شده و معتبر نیستند (نک: موسوی‌خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص. ۲۹۶). همچنین، از نظر برخی اعتبار این کتاب (خویی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۳۱۲) و مؤلف آن (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴، ص. ۳۴۸) نیز ثابت نیست.

گفتنی است برخی برای قاعده «نفی غرر» (به صورت عام) به عبارت «نهی‌النسی عن الغرر» - بدون ذکر لفظ «بیع» - استناد کرده‌اند و شمول آن را افزون‌تر بحث عوضین در باب بیع، به سایر ابواب حتی نکاح سرایت داده‌اند (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص. ۲۹)؛ این در حالی است که روایتی با عبارت یادشده در مجامع حدیثی به چشم نمی‌خورد (طباطبایی‌حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، صص. ۴۰۳ و ۴۰۴؛ موسوی‌بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص. ۲۷۹)؛ هرچند در کتاب‌های فقهی بارها بدان استناد شده است. محقق نایینی با اشاره به اینکه علامه حلی این حدیث را بدون کلمه «بیع» آن‌هم به شکل مرسل از پیامبر اکرم (صلی‌الله علیه و آله) نقل کرده است، در همین زمینه می‌گوید:

«این تعبیر را فقط علامه آورده و به احتمال قوی، در نسخه او کلمه "بیع"»

از قلم افتاده است و نمی‌توان به نقل وی اعتماد کرد.» (نایینی، ۱۴۱۳ق،

ج ۲، ص. ۴۶۷)

باید در نظر داشت این تعبیر توسط برخی از علمای پیش از علامه نیز به کار رفته است، مانند آنکه شیخ طوسی در کتاب خلاف، در مسئله ۱۳ از بحث ضمان و مسئله ششم از بحث شرکت به آن اشاره کرده است (موسوی‌خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، صص. ۳۳۹ و ۳۴۰).

البته برخی کوشیده‌اند از راه دیگری و با تمسک به همان روایت نهی از «بیع غرر»، شمول قاعده را نسبت به غیر بیع اثبات کنند و آنچه را که منهی عنه است، مطلق غرر در هر بابی اعلام کنند، مانند اینکه برخی با الغای خصوصیت (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۴۸؛ نک: موسوی‌خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص. ۲۹۸) یا تنقیح مناط (نک: درس خارج فقه نورمفیدی، ۱۴۰۲/۰۳/۰۳) معتقدند «غرر» در این روایت به دلیل فهم عرفی و تبادل (محمدی، ۱۳۷۳، ص.

(۷۳) علت است (جمعی از مؤلفان، بی تا، ج ۱۳، ص. ۱۶۵) یا دست کم اشعار به علت دارد؛ یعنی وجود غرر سبب بطلان بیع است و از این رو بیع خصوصیتی ندارد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۲).^۱ عمید زنجانی در این باره می نویسد:

«اگر مستند قاعده، حدیث نبوی (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) باشد، می توان گفت که تعلیق نفی و بطلان به وصف غرر خود دلیل تعمیم مفاد حدیث است و ملاک بطلان چیزی جز غرر نیست و کلمه بیع در حدیث به لحاظ مورد و مصداق آورده شده است و مفاد آن، بطلان هر نوع معامله ای است که در آن غرر احراز گردد.» (عمید زنجانی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص. ۳۹۲)

عده ای نیز مدرک این قاعده را سیره عقلا دانسته و معتقدند عقلا برای دوری کردن از خطر در هر معامله ای، رفع ابهام از عوضین را لازم می دانند. عمید زنجانی می نویسد:

«اگر مستند قاعده، اجماع یا سیره عقلا باشد، می توان گفت که مقصد اجماع و سیره عقلا اختصاص به بیع نداشته و شامل همه معاملات می شود.» (عمید زنجانی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص. ۳۹۲)^۲

شیخ انصاری یادآور شده است که آنچه بر زبان اصحاب جاری شده، نفی «غرر» است بدون آنکه اختصاصی به بیع داشته باشد تا جایی که افزون بر موارد معاوضه ای مانند «اجاره»، «مزارعه»، «مساقات» و «جعاله»، در موارد غیر معاوضه ای مانند «وکالت» نیز بدان استدلال کرده اند (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، صص. ۱۹۷ و ۱۹۸).

به هر حال، پیش تر نیز گفته شد که آنچه در این مقاله مدنظر است، کاربرد قاعده «نهی غرر» در «بیع» (خرید و فروش) است.

۱. به همین دلیل است که برخی معتقدند قرائنی وجود دارد که مقصود علمای متقدم از عبارت «نهی النبی عن الغرر» همان جمله «نهی النبی عن بیع الغرر» است که به تقییح مناط یا به الغای خصوصیت، این جمله را آنگونه بیان کرده اند (درس خارج فقه مروی، ۱۴۰۰/۰۸/۰۵).

۲. برخی دانشمندان معاملات غرر را یکی از مصادیق آیه شریفه «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» (بقره، آیه ۱۸۸) دانسته اند (طباطبایی، ۱۳۹۳ق، ج ۴، ص. ۳۱۷)، عده ای نیز به «سیره مسلمین» به عنوان یکی از پشتوانه های این قاعده تمسک کرده اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۳). در نهایت، می توان گفت که این قاعده مؤید به عقل و نقل است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲، ص. ۴۲۵).

۴. بررسی وجود غرر در معاملات ارزشهای رمزیایه

امروزه حضور در بازار ارزشهای رمزیایه بسان بازار بورس - که تحت تأثیر عوامل مختلف نوسان‌های شدیدی را تجربه می‌کند - نیازمند پذیرش خطر و ریسک است، تا جایی که گاهی اوقات خرید رمزارز با احتمال بسیار بالای ضرر همراه می‌شود؛ به‌طوریکه عقلای این بازار به‌شدت از چنین معامله‌ای در آن بازه قیمتی نهي می‌کنند. وجود ریسک‌های بالا در این بازار و در نتیجه، در معرض نابودی قرار گرفتن دارایی، پای شبهه تحقق معامله غرر را به این بازار باز می‌کند.

برخی دانشمندان معاصر معتقدند در خرید ارزشهای یادشده غرر وجود دارد؛ یعنی در مقابل پولی که داده می‌شود، عوض حقیقی به دست نمی‌آید.^۱ از همین دسته‌اند افرادی مانند رئیس پژوهشگاه حوزه و دانشگاه^۲ و برخی اعضای شورای فقهی بورس^۳ که به دلیل وجود ابهام در این معاملات، آن‌ها را مصداق بیع غرر می‌دانند. حتی در جهان عرب نیز برخی چنین باوری دارند. در پایگاه رسمی دارالافتاء المصریه تحت عنوان «تداول عملة البيتكوين والتعامل بها» آمده است: «لا يجوز شرعا تداول عملية البيتكوين والتعامل من خلالها بالبيع والشراء والاجاره و غيرها... لما تشتمل عليه من الضرر الناشئ عن الغرر». ^۴ همچنین آمده است: «هذه العملة و عقودها حوت أكبر قدر من الغرر في العملات و العقود المالية الحديثه على الاطلاق».^۵

براین اساس می‌توان شبهه‌ای را که در این زمینه وجود دارد، در قالب قیاس شکل اول چنین بیان کرد.

صغری: معامله ارزشهای رمزیایه، مصداق بیع غرر است. کبری: هر معامله‌ای که مصداق بیع غرر باشد، باطل است. نتیجه: معامله ارزشهای رمزیایه باطل است.

مطابق تبیینی که از قاعده نفی غرر صورت گرفت، این جستار در پی یافتن پاسخ این پرسش است که آیا می‌توان با استناد به قاعده یادشده، قائل به بطلان شرعی خرید و فروش رمزارزها شد یا خیر؟ به دیگر بیان، آیا ادعایی که در صغری مطرح شده مبنی بر تحقق غرر در معاملات ارزشهای

1. <https://www.fazellankarani.com/persian/scientificconference/21945>

2. <https://www.iqna.ir/fa/news/3708514>

3. <https://www.magiran.com/article/3948200>

4. <https://www.dar-alifta.org>

5. <https://www.dar-alifta.org>

رمزپایه صحیح است یا خیر؟

همانطور که در بحث غرر گذشت، هر عاملی که موجب شود دست‌کم یکی از عوضین معامله در معرض خطر جدی قرار گیرد، آن معامله را مشمول قاعده غرر خواهد کرد. پس باید مهم‌ترین عواملی که موجب ایجاد شبهه تحقق غرر در معاملات رمزارز شده‌اند، بیان شود و سپس هریک مورد بررسی قرار گیرد تا مشخص شود قاعده نفی غرر در مسئله جریان دارد یا خیر؟ این عوامل شامل موارد زیر می‌شود.

۱.۰۴. وجود ابهام در ارزش‌های رمزپایه

مدعی آن است که نسبت به ارزش‌های رمزپایه از جهات مختلف ابهام وجود دارد که این ابهام موجب وجود غرر در معاملات آن‌ها می‌شود. چه‌بسا از همین باب باشد که مراجع تقلید عمدتاً معاملات رمزارزها را جایز ندانسته یا دست‌کم در برابر آن سکوت کرده‌اند. یکی از آنان می‌گوید: «با توجه به ابهامات زیادی که بیت‌کوین دارد، معامله آن اشکال دارد.»^۱

ابهامی که در محورهای مختلف معاملی رمزارزها وجود دارد، موارد زیر است.

۱.۰۴.۱. ابهام در اصل وجود یا حصول ارزش‌های رمزپایه

به دلیل فیزیکی نبودن تسلیم و تسلیم عوضین در بازار ارزش‌های رمزپایه، معامله‌گر نمی‌تواند مطمئن باشد که طرف مقابل ثمن یا مثن را واقعاً در اختیار دارد یا خیر؟ همچنین، در فرض وجود، معلوم نیست که امکان تسلیم و تسلیم عوضین وجود دارد یا خیر؟ از این‌رو ممکن است معامله‌گر با معامله، دارایی خود را در معرض نابودی قرار دهد و این همان غرر است.

الف. نقد و بررسی

اولاً، در پول الکترونیکی متداول بانکی نیز هیچ وجه فیزیکی وجود ندارد، اما معامله با آن مورد تأیید فقها قرار گرفته است. ثانیاً، معمولاً معامله ارزش‌های رمزپایه در صرافی‌ها انجام می‌شود و آن‌ها ابتدا از دو طرف مقدار سرمایه را می‌گیرند و سپس در قیمتی خاص که مورد توافق طرفین است، آن معامله را انجام می‌دهند (حبیبیان‌نقیبی، ۱۳۹۹، ص. ۱۳). با وجود چنین چیزی، هم

1. <https://www.islamquest.net/fa/archive/fa60559>

می‌توان نسبت به وجود عوضین و هم حصول آن‌ها اطمینان یافت. گفتنی است که نه فیزیکی بودن عوضین از جمله شروط صحت بیع است و نه فیزیکی بودن قبض؛ زیرا تسلیم و تسلیم هر چیزی به حسب خود آن چیز است؛ برای مثال، اگر کسی نرم‌افزاری را اینترنتی خریداری کند، تسلیم آن با فرستادن فایل آن نرم‌افزار به خریدار حاصل می‌شود. در مسئله مورد بحث نیز واضح است که تسلیم بیت‌کوین موضوعی مقدور است و هرروزه می‌توان شاهد جابه‌جایی‌های فراوان در مورد آن بود (پورصدقی، ۱۴۰۱، ص. ۲۵).

۲.۱.۴. ابهام در جنس و اوصاف ارزهای رمزیابه

از آنجاکه فهم عمومی از ماهیت ارزهای رمزیابه و سازوکار حاکم بر آن‌ها دارای ابهام است، پس در معاملات آن‌ها غرر وجود دارد (میرزاخانی، ۱۴۰۲، ص. ۱۶؛ نک: درس خارج فقه نورمفیدی، ۱۴۰۲/۰۳/۰۲).

الف. نقد و بررسی

بر اساس آنچه گفته شد، در بیع غرر، ابهام موجود نسبت به یکی از عوضین یا هر دوی آن‌ها از این‌روست که احتمال دارد توازن اقتصادی میان عوض و معوض حاصل نشود، اما اگر طرفین معامله نسبت به چنین تعادل قیمتی اطمینان خاطر داشته باشند، شناخت یا عدم شناخت از ماهیت ثمن و مثن یا فرایند ماینینگ اساساً موضوعیتی در تحقق معامله غرر نخواهد داشت و علم اجمالی به اینکه مثلاً چه مقدار بیت‌کوین در مقابل چه مقدار پول یا کالا قرار می‌گیرد، در این زمینه کافی است. در بسیاری از معاملاتی که افراد انجام می‌دهند، اشراف کاملی بر چگونگی عملکرد مورد معامله ندارند، بلکه اغلب کارکرد نهایی و به‌نوعی برابری آن را در نظر دارند؛ چنانکه در پول‌های کنونی نیز برای بسیاری از افراد چگونگی تصفیه وجوه در انتقال اینترنتی بی‌اهمیت است و همینکه بدانند پول انتقال خواهد یافت و این انتقال مورد حمایت و شفاف است، برایشان کفایت می‌کند؛ همچنانکه در بازار سرمایه نیز گاه افراد اقدام به خرید سهمی می‌کنند که اساساً نمی‌دانند متعلق به کدام شرکت است و آن شرکت از نظر دولتی بودن یا نبودن، زیان‌ده بودن یا نبودن و... در چه وضعیتی قرار دارد. براین‌اساس، مهم در انتقال ارزهای رمزیابه، این است که اولاً، این ارزها به چه اندازه قدرت خرید دارند (که به‌صورت برخط و لحظه‌ای قابل مشاهده است) و ثانیاً، در صورت نقل و انتقال، این فرایند مورد حمایت، قطعی و شفاف است که به دلیل سازوکار

اجماع - که در شبکه بلاک‌چین تعبیه شده است - این موضوع مسلّم و مورد تأیید است و اطلاع از این نکته که شبکه بلاک‌چین چگونه کار می‌کند، فاقد اهمیت است (نک: درس خارج فقه عباسی‌خراسانی، ۱۴۰۰/۳/۳۰؛ مددی، ۱۴۰۰، ص. ۳۱۸).

همچنین، ارزش‌های رمزپایه برای متخصصان حوزه خود شناخته شده‌اند و نمی‌توان اقدامات آن‌ها را مواجهه با خطری که عقلاً از آن پرهیز می‌کنند، دانست (نوروزی، ۱۴۰۱، ص. ۴۷). به دیگر بیان، خریدار رمزارزها پیش از خرید می‌تواند در مورد ماهیت رمزارزها و ارزشمندی آن‌ها اطلاعات کسب کند. تصویر زیر نشان می‌دهد که خریدار می‌داند چه چیزی را با چه اوصافی و در چه قیمتی می‌خرد و به نظر می‌رسد همین مقدار از علم از این جهت برای صحت معامله وی کفایت می‌کند.

تصویر «یک»: مشخصات رمزارز مورد معامله^۱



افزون‌براین، وقتی شرکتی قصد توسعه رمزارز جدیدی را دارد، معمولاً تمام جزئیات فنی، تکنیکال، مالی و تجاری آن را در سندی با عنوان White Paper^۲ توضیح می‌دهد. هدف از انتشار این سند، جذب سرمایه‌گذاران و ترغیب آن‌ها به خرید این ارز است. ماهیت رقابتی بازار رمزارزها، عرضه‌کنندگان را ناگزیر می‌کند که White Paper را جامع و گویا ارائه دهند. گاه این

1. Nobitex.ir

۲. گاهی از «سپیدنامه» به عنوان معادل فارسی این ترکیب استفاده می‌شود.

مستندات به تأیید مشاوران و ناظران صاحب وجاهت فنی و تجاری نیز می‌رسد تا میزان اعتمادپذیری آن برای مخاطبان افزایش یابد. در سند یادشده معمولاً به «زیرساخت فنی و پیش‌زمینه‌های رمزارز»، «مزیت‌های رمزارز نسبت به دیگر رمزارزهای ارائه‌شده» و «راه‌حل ارائه‌شده در محصول و مشکلی که این رمزارز در مقام برطرف کردن آن برخواهد آمد» اشاره می‌شود. White Paper متن تخصصی و عمدتاً بیش از ۲۵۰۰ کلمه است که لزوماً باید شامل جزئیات فنی محصول و ارائه محتوای کافی برای اشراف خریدار باشد. این توضیحات دلالت بر این دارد که ارزهای مجازی (دست‌کم برخی از آن‌ها مانند اتر) و پلتفرم آن‌ها نزد اهل فن شفاف و خالی از ابهام است (تاج‌لنگرودی، ۱۴۰۳، صص. ۱۰۰ و ۱۰۱).

۲.۴. وجود نوسانات شدید و بدون محدودیت ارزهای رمزیابه

بازار رمزارز بازاری نوآورانه است که از سال ۲۰۰۹ میلادی شروع به فعالیت کرده است. این بازار نوپا و جوان به دلیل کوچکی حجم، بالا بودن سرعت معامله به‌خاطر دیجیتالی بودن آن، رفتار دارندگان عمده رمزارزها به‌منظور کسب سود با پامپ و دامپ^۱ و دست‌کاری کردن^۲ قطعاً تلاطم شدیدتری را نسبت به دیگر بازارها مانند طلا تجربه می‌کند. اخبار جدید اعم از مثبت و منفی عامل دیگری برای تغییر قیمت‌ها در این بازار است، تا جایی که در برخی موارد موجب ایجاد حباب‌هایی در دوره‌های زمانی مختلف می‌شود.

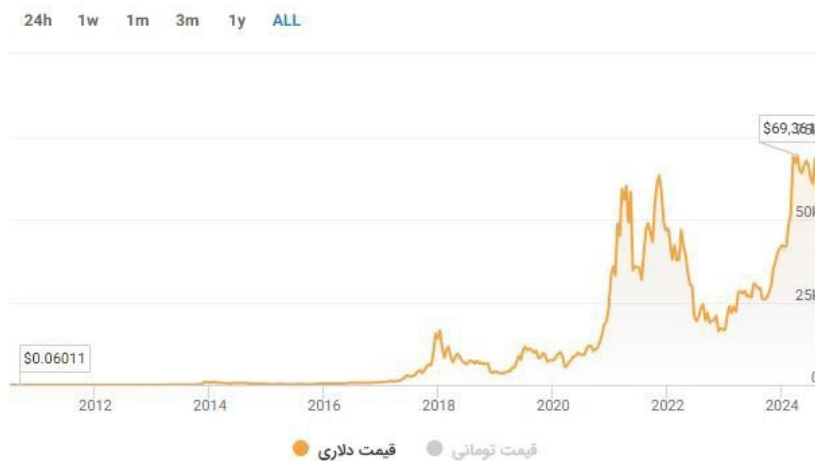
برخی بر آن‌اند آنچه مسئله غرر را در مورد ارزهای رمزیابه مطرح می‌کند، نوسانات بسیار زیاد قیمتی و بی‌ثباتی آن‌هاست که از بین رفتن کل دارایی در لحظه را محتمل می‌سازد؛ به‌طوریکه ممکن است رمزارزی که تا چند لحظه پیش با ارزش و قیمت بسیار بالایی در حال معامله بود، در آینده بسیار نزدیک به‌شدت سقوط کند. این مطلب بیان‌کننده خطرپذیر بودن رمزارزها و ریسک ورود به این بازار است که در نتیجه، معاملات آن‌ها را با غرر همراه می‌سازد (میرزاخانی، ۱۳۹۷، ص. ۸۳).

این نوسانات شدید را می‌توان با نگاهی به وضعیت چند ساله قیمت رمزارز «بیت‌کوین» تا

1. Pump and dump
2. Manipulation

سال ۲۰۲۴ به وضوح مشاهده کرد.

نمودار «یک»: نوسانات قیمت بیت کوین^۱



در سال ۲۰۱۷ میلادی ارزش بیت‌کوین در مدت زمان سه ماه، حدوداً به سه برابر رسید، در حالی که از ابتدای سال ۲۰۱۸ تا اوایل سال ۲۰۱۹ ارزش آن از حدود ۱۵ هزار دلار به زیر ۵ هزار دلار کاهش پیدا کرد؛ پس از آن دوباره صعود خود را شروع کرد تا جایی که ضمن تجربه حرکت‌های نوسانی مختلف، امروزه رشد بسیار چشمگیری نسبت به قبل داشته است.

۱.۲.۴. نقد و بررسی

صرف‌نظر از این نکته که این شبهه در خصوص رمزارزهایی که نوسانات بسیار کمی دارند، قابل‌طرح نیست و تنها نسبت به رمزارزهای پرنوسان مطرح می‌شود، وجود نوسان‌های بدون محدودیت مختص به رمزارزها نیست و در بسیاری از چیزها وجود دارد؛ همچنانکه طلا نیز در سالیان اخیر با نوسانات بسیار شدیدی مواجه بوده و کسی مدعی نشده که معامله آن مصداق معامله غرر است. نمودار زیر نوسانات قیمتی طلا را در بازه زمانی سال‌های ۱۳۹۵ تا ۱۴۰۳ نشان

می‌دهد.

نمودار «دو»: تحولات سالانه انس طلا^۱



نمودار زیر نیز بیانگر وضعیت پرنوسان بازار سرمایه در بازه زمانی سال‌های ۱۳۹۹ تا ۱۴۰۳ است.

نمودار «سه»: تحولات سالانه شاخص بورس تهران^۲



همچنین، در بازار ارزهای رمزیایه «قدرت عرضه و تقاضا» مهم‌ترین نقش را در بالا و پایین رفتن قیمت‌ها ایفا می‌کند که معمولاً بر اساس تکنیکال و مقاومت و حمایت‌هایی که در روند صعود یا نزول قیمت این ارزها وجود دارد، شکل می‌گیرد. این مسئله ممکن است نوسانات را تا حدی برای اهل فن پیش‌بینی‌پذیر کند.

نکته مهم و اساسی این است که اساساً وجود نوسانات حتی اگر شدید باشد، نمی‌تواند خرید و فروش ارزهای رمزیایه را مصداق بیع غرر کند؛ زیرا پیش از این گفته شد که هر ریسکی غرر نیست، بلکه غرر آن خطر شایان توجهی است که نسبت به دست‌کم یکی از عوضین آن هم در زمان معامله وجود داشته باشد، اما اگر ابهام نسبت به وضعیت اقتصادی کالا در آینده باشد، اساساً

1. Tgju.org

2. Tgju.org

ارتباطی با قاعده غرر نخواهد یافت؛ البته اگر منظور از نوسان، نوسان در حین معامله باشد که معامله گر نمی‌داند در مقابل فلان مقدار از پول چقدر ریسک در یافت می‌کند، این غرر است و معامله باطل خواهد بود، اما نوعاً در مسئله صحبت از نوسانات پیش و پس از معامله است نه حین معامله؛ برای مثال، فردی می‌خواهد در شرایط پرنوسان بازار، اقدام به خرید طلا کند. اگر نسبت به مواردی مانند عیار و گرم آن ابهام داشته باشد، معامله او به دلیل وجود غرر باطل خواهد بود، اما اگر ضمن آگاهی به اوصاف یادشده، عدم اطمینان او از این روست که آیا ارزش طلایی که خریده در ماه آینده بیشتر می‌شود یا کمتر، اگرچه خرید طلا در چنین بازاری همراه با ریسک است، نمی‌توان چنین معامله‌ای را مصداق غرر دانست و گر نه لازم می‌آید تقریباً هر فعالیت اقتصادی - که معمولاً با ریسک همراه است - باطل قلمداد شود.

۳.۴. نامشخص بودن مبدع ارزش‌های رمزپایه

ساتوشی ناکاموتو فرد/گروهی است که بازار تریلیون‌دلاری ارزش‌های دیجیتال را پایه‌گذاری و نخستین پایگاه داده بلاک‌چین را طراحی کرده و به‌رغم اثر عمیقی که بر بازارهای مالی جهان گذاشته است، هنوز هویت ناشناخته‌ای دارد؛ به‌طوری‌که گمانه‌زنی‌ها و تحقیقات مختلف هنوز نتوانسته است هویت او را فاش کند. مجهول بودن هویت ساتوشی می‌تواند پیامدهای نامطلوبی در بازار داشته باشد؛ مواردی از جمله موقت‌پنداری پروژه ارزش‌های رمزپایه. همچنین، به دلیل ناشناس بودن طراحی شبکه بلاک‌چین، وضع مقرراتی متناسب با آن به‌منظور مبارزه با پول‌شویی و... ممکن نخواهد بود که این عامل نیز می‌تواند موجب از دست رفتن دارایی افراد شود.

۱.۳.۴. نقد و بررسی

هویت ساتوشی ناکاموتو مشخص نیست، اما نبوغ او در بسترسازی و ایجاد چنین شبکه‌ای حاکی از وجود ویژگی‌هایی مانند بلوغ، عقل، رشد و قصد در اوست. پس اهلیت تصرف برای فردی که اقدام به انتشار این پلتفرم کرده، قابل فرض است. همچنین، همانطور که گفته شد، غرر زمانی محقق می‌شود که در حین معامله عوضین یا یکی از آن‌ها در معرض نابودی باشد درحالی‌که شبهه یادشده نسبت به وضعیت اقتصادی دارایی افراد در آینده است و واضح است که این مطلب ارتباطی با غرر ندارد.

۴.۴. نامشخص بودن پشتوانه ارزشهای رمزیابه

برخلاف پول‌های اعتباری که اعتبار خود را از دولت‌ها می‌گیرند، اعتبار رمزارزها از خود شبکه و ماهیت آن‌هاست. از این رو، هیچ حکومت، دولت یا سازمان خاصی از ارزشهای رمزیابه پشتیبانی نمی‌کند. در مقررات داخلی نیز تصریح شده است که استفاده از ارزشهای پیش‌گفته مشمول حمایت و ضمانت دولت و نظام بانکی نیست.^۱ بنابراین امکان از بین رفتن یک‌شبه و در لحظه برای این پدیده‌های نوظهور متصور است که این همان غرر است.

۱.۴.۴. نقد و بررسی

اولاً، در صورت پذیرش این مطلب که پشتوانه پول، هر آن چیزی است که تضمین‌کننده ثبات ارزش اقتصادی و قدرت خرید پول است (نک: یوسفی، ۱۳۷۷، ص. ۱۳۸)، می‌توان گفت به نظر می‌رسد امروزه نقش دارایی‌ها به‌عنوان پشتوانه پول کم‌رنگ شده و ارزشهای رایج معمولاً پشتوانه‌ای جز اعتبار دولت‌های صادرکننده خود ندارند. در واقع، قدرت حکومت‌ها و همچنین پذیرش یک ارز توسط مردم، ارزش آن را مشخص می‌کند (نک: درس خارج فقه مکارم‌شیرازی، ۱۳۷۲/۰۴/۲۲؛ درس خارج فقه جوادی‌آملی، ۱۳۹۳/۱۰/۰۷؛ درس خارج فقه شهیدی، ۱۳۹۷/۱۱/۰۳؛ درس خارج فقه عباسی‌خراسانی، ۱۳۹۹/۱۲/۲۷). با در نظر گرفتن مطلب یادشده و همچنین با توجه به این نکته که ارزشهای رمزیابه غیرمتمرکز بوده و توسط هیچ حکومت یا نهاد خاصی کنترل نمی‌شوند، چه‌بسا بتوان شبکه قوی بلاک‌چینی که از این ارزشها پشتیبانی می‌کند را در کنار رغبت روزافزون مردم به آن‌ها، به‌عنوان پشتوانه‌ای برای ارزشهای رمزیابه در نظر گرفت.

ثانیاً، پاسخ اصلی به این شبهه همان است که پیش‌تر بیان شد. بر اساس قاعده نفی غرر، آن احتمال خطری موجب بطلان معامله می‌شود که در زمان تحقق معامله نسبت به مورد معامله وجود داشته باشد حال‌آنکه شبهه یادشده مربوط به احتمال نابودی دارایی در آینده است.

۱. در اولین بند «تصویب‌نامه هیئت وزیران» مورخ ۱۳۹۸/۰۵/۱۳ آمده است: «استفاده از رمزارزها صرفاً با قبول مسئولیت خطرپذیری (ریسک) از سوی متعاملین صورت می‌گیرد و مشمول حمایت و ضمانت دولت و نظام بانکی نبوده و استفاده از آن در مبادلات داخل کشور مجاز نیست.»

۵.۴. خرید در قیمت‌های نامعقول

گاهی اوقات معامله‌گران ارزشهای رمزیایه بدون در نظر گرفتن رشد قیمت ارزشهای یادشده، اقدام به خرید آن‌ها در ناحیه مقاومت‌ها مخصوصاً بعد از گذراندن یک رشد شارپ می‌کنند. این نوع خرید از نظر عقلای بازار رمزارز رفتاری غیرمنطقی به شمار می‌آید و احتمال ضرر دیدن فرد خریدار را به همراه دارد.

۱.۵.۴. نقد و بررسی

اولاً، خرید در قیمت‌های نامعقول رفتاری است که توسط عقلای بازار تقبیح می‌شود؛ زیرا عقلاً پیش از خرید و فروش سهام یا ارز به روانشناسی ترید در بازار و همچنین به داده‌های حاصل از اندیکاتورها توجه می‌کنند، به‌طوریکه از کنار هم قرار دادن تکه‌های این پازل می‌توانند سیگنال خرید یا فروش سهم‌های بازار سرمایه یا رمزارزها را مشخص کنند تا حداقل ریسک و احتمال ضرر را برای آنان در پی داشته باشد که در این صورت، خطر از دست دادن دارایی دست‌کم در بیشتر مواقع به حداقل خواهد رسید.

ثانیاً، همانطور که پیش از این گفته شد، وجود احتمال ضرر به‌خاطر وضعیت آینده آنچه خریداری شده است، اساساً ارتباطی به مسئله غرر ندارد.

همانطور که واضح است، بیشتر شبهات طرح‌شده در مورد تحقق غرر در معاملات رمزارزها، مربوط به وضعیت آینده این بازار و ناشی از عدم تبیین درست معنای قاعده «نفی غرر» است. از همین‌جا وضعیت خطراتی از قبیل «هک شدن و مورد سرقت قرار گرفتن دارایی»، «نبود امکان لغو سفارش خرید یا فروش»، «خطر بسته شدن حساب کاربری ایرانیان» و «فراموشی رمز عبور» مشخص می‌شود؛ زیرا این خطرها همگی از ابهام مربوط به وضعیت آینده بازار نشئت می‌گیرند نه ابهام موجود نسبت به عوضین در هنگام معامله. بنابراین، موجب تحقق غرر در معامله نمی‌شوند.

نتیجه‌گیری

از بررسی گستره مفهومی قاعده «نفی غرر» و تطبیق آن با پدیده نوظهور «ارزهای رمزیایه» چنین به دست آمد که:

۱. از نظر اهل لغت - به‌ویژه لغویان نزدیک به عصر معصومان (علیهم‌السلام) - «غرر» اسم مصدر و به معنای «خطر» (در آستانه نابودی قرار گرفتن) و مصدر آن «تغیر» (به خطر

افکندن و در معرض نابودی قرار دادن) است. مفهوم اصطلاحی غرر نیز با مفهوم لغوی آن فاصله‌ای نداشته و می‌توان آن را چنین تعریف کرد: «خطر ناشی از ابهام نسبت به دست‌کم یکی از عوضین در هنگام معامله که نزد عرف شایان توجه باشد.» بنابراین، اگر ابهام نسبت به چگونگی وضعیت اقتصادی مورد مبادله در آینده بوده یا آنکه احتمال ضرر، احتمال ضعیفی باشد که مردم به آن اهمیت نمی‌دهند، غرر صدق نخواهد کرد و نمی‌توان با استناد به قاعده «نفی غرر» معامله را باطل دانست. از دیگر ضوابط تشخیص خطر در معاملات غرر آن است که ابهام در عقود معاوضی و مغابنی (مانند بیع) بوده، آن‌هم به شرطی که ناظر به اصل مورد معامله باشد، نه توابع و لوازم آن.

۲. «بیع الغرر» از باب اضافه بیع به مبیع است مانند اضافه بیع به ثمار (میوه نارسیده)، و مقصود از غرر چیزی است که بیع به آن تعلق گرفته است؛ یعنی فروش چیزی که در آن غرر هست. پس به نظر می‌رسد تعبیر وصفی «البیع الغرری» - که در کلمات برخی از فقها دیده می‌شود - تعبیر صحیحی نیست.

۳. تحقق بیع غرر اختصاص به وجود ابهام در «مبیع» - آن‌گونه که از کلام برخی از فقها استفاده می‌شود - ندارد، بلکه وجود ابهام در «ثمن» نیز معامله را مصداق بیع غرر خواهد کرد.

۴. در مورد محورهای معاملی غرر نیز باید گفت در تحقق غرر تفاوت نمی‌کند که منشأ خطر، ۱. ابهام نسبت به وجود دست‌کم یکی از عوضین باشد مانند معامله برده فراری‌ای که زنده بودنش معلوم نیست، ۲. ابهام نسبت به حصول و دستیابی به آن باشد مانند معامله پرنده موجود در هوا، ۳. ابهام نسبت به جنس آن باشد مانند معامله انگشتری که معلوم نیست طلاست یا نقره، ۴. ابهام نسبت به وصف کیفی آن باشد مانند معامله یک کیلو برنج که معلوم نیست کیفیت بالا یا متوسط یا پایینی دارد یا ۵. ابهام نسبت به اندازه و وصف کمی آن باشد مانند معامله قطعه‌ای از طلا که وزن آن معلوم نیست.

۵. مهم‌ترین مدرک قاعده «نفی غرر» نزد فقها، روایات است. عبارت مشهور «نهی النبی (صلی‌الله علیه و آله) عن بیع الغرر» در میان دانشمندان شیعه و سنی مهم‌ترین روایت به‌عنوان پشتوانه این قاعده تلقی می‌شود؛ هرچند چنین عبارتی دقیقاً به این شکل در مجامع روایی شیعه نقل نشده است. همچنین، برخی برای حجیت این قاعده به‌صورت عام به عبارت «نهی النبی (صلی‌الله علیه و آله) عن الغرر» - بدون ذکر لفظ «بیع» - استناد کرده و شمول آن را افزون‌بر بحث

عوضین در باب بیع، در سایر ابواب حتی نکاح سرایت داده‌اند. این در حالی است که روایتی با عبارت یادشده در مجامع حدیثی به چشم نمی‌خورد، اما در کتاب‌های فقهی بارها بدان استناد شده است. درباره اعتبار روایات باب باید گفت دست‌کم بیشتر آن‌ها دارای چندان اسناد قابل‌اعتمادی نیستند؛ گو اینکه اشتهاار میان خاصه و عامه، فقها را وادار به پذیرش آن‌ها کرده است. برخی برای حجیت قاعده یادشده به «کتاب»، «اجماع»، «سیره عقلا» و «سیره مسلمانان» تمسک جسته‌اند.

۶. جامعه امروز در حوزه اقتصاد با پدیده نوظهور «ارزهای رمزیایه» مواجه است. حضور در بازار ارزهای یادشده - که تحت تأثیر عوامل مختلف نوسان‌های شدیدی را تجربه می‌کند - نیازمند پذیرش خطر و ریسک است، تا جایی که گاهی اوقات خرید رمزارز با احتمال بسیار بالای ضرر همراه می‌شود؛ به‌طوریکه عقلای این بازار به‌شدت از چنین معامله‌ای در آن بازه قیمتی نهی می‌کنند. وجود ریسک‌های بالا در این بازار و در نتیجه، در معرض نابودی قرار گرفتن دارایی، پای شبهه تحقق معامله غرر را به این بازار باز می‌کند. با بررسی‌های انجام‌شده این نتیجه حاصل شد که شبهه تحقق غرر در معاملات ارزهای رمزیایه بی‌اساس است؛ زیرا مواردی مانند فیزیکی نبودن رمزارز و تقابض آن، مبهم بودن ماهیت رمزارز و سازوکار حاکم بر آن، نوسانات شدید و بدون محدودیت در این بازار، نامشخص بودن مبدع و نیز پشتوانه ارزهای رمزیایه نمی‌تواند موجب تحقق غرر در معاملات این بازار شود؛ زیرا زمانی از غرر در یک معامله سخن به میان می‌آید که نسبت به دست‌کم یکی از عوضین آن‌هم در هنگام معامله ابهام وجود داشته باشد، درحالی‌که در هنگام معامله رمزارزها نسبت به وجود، حصول و اوصاف هیچ‌یک از عوضین ابهامی وجود ندارد؛ از طرفی هرگونه تردید نسبت به وضعیت اقتصادی آن‌ها در آینده مانند بالا و پایین رفتن قیمت‌ها نیز اساساً ارتباطی با قاعده «نفی غرر» نخواهد داشت. از این رو نمی‌توان معاملات ارزهای رمزیایه را با استناد به این قاعده باطل دانست. گفتنی است این مطلب به معنای مشروعیت معاملات رمزارزها نیست، بلکه شبهات دیگری مانند «ضرری بودن» و «سفهی بودن» نسبت به این معاملات مطرح است که هر یک باید جداگانه مورد بررسی قرار گیرند.

منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) آل کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۴۲۲ق). تحریر المجله. قم: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الإسلامیه.
- ۳) ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد (۱۳۶۷). النهایه فی غریب الحدیث و الأثر. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۴) ابن ادریس، محمد بن احمد (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- ۵) ابن حیون، نعمان (۱۳۸۵ق). دعائم الإسلام. قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
- ۶) ابن فارس، احمد (۱۴۰۶ق). مجمل اللغه. بیروت: مؤسسه الرساله.
- ۷) ابن منظور، محمد (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دار الفکر للطباعه و النشر و التوزیع.
- ۸) اصبحی، مالک بن انس (۱۴۰۶ق). موطأ الإمام مالک. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- ۹) امامی خوانساری، محمد (بی تا). الحاشیه الأولى علی مکاسب. قم: بی تا.
- ۱۰) انصاری، مرتضی (۱۴۱۹ق). کتاب مکاسب. قم: تراث الشیخ الأعظم.
- ۱۱) ایروانی نجفی، علی (۱۳۸۴). حاشیه مکاسب. تهران: کیا.
- ۱۲) پورصدقی، رضا و همکاران (۱۴۰۱). واکاوی فقهی غرری بودن معامله بیت کوبین. فقه و تاریخ تمدن، دوره ۸، شماره ۳، صص. ۲۰-۲۷.
- ۱۳) تاج لنگرودی، محمدحسن؛ دهدار، فرزین (۱۴۰۳). چالش‌های استفاده از رمزارزها در نظام حقوقی ج.ا.ایران. حقوق فناوری‌های نوین، دوره ۵، شماره ۹، صص. ۸۷-۱۰۶.
doi:10.22133/mtlj.2023.401446.1216
- ۱۴) تبریزی، جواد (۱۴۳۱ق). ارشاد الطالب الی تعلیق مکاسب. قم: دار الصدیقه الشهیده (سلام الله علیها).
- ۱۵) جمالی، محمد؛ ذوالفقارطلب، مصطفی (۱۴۰۲). غرر و امکان سنجی میزان مؤثر آن بر معاملات در فقه اسلامی. مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب، دوره ۶، شماره ۱۰، صص. ۱-۲۵.
doi:10.22034/mfu.2023.62745
- ۱۶) جمعی از مؤلفان (بی تا). مجله فقه اهل بیت علیهم السلام. قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- ۱۷) جوادی آملی، عبدالله، درس خارج فقه، دسترسی در ۱۳۹۱/۰۷/۲۴ و ۱۳۹۳/۱۰/۰۷.
- ۱۸) جودمایر، الوشا و همکاران (۱۳۹۹). بلاک چین (معرفی بیت کوبین، رمزارزها و مکانیزم توافق به وجود آمدن آن‌ها) (مدیری و عظیم زادگان، مترجمان). تهران: پشتیبان.
- ۱۹) جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۰۷ق). الصحاح تاج اللغه و صحاح العربیه. بیروت: دار العلم للملایین.

- ۲۰) حاجی ملامیرزایی، حامد و همکاران (۱۳۹۹). بلاک چین. تهران: انتشارات دانشگاه و پژوهشگاه عالی دفاع ملی و تحقیقات راهبردی.
- ۲۱) حبیبیان نقیبنی، مجید و همکاران (۱۳۹۹). بررسی چالش غرر در معامله با رمزارزها (مورد مطالعه بیت‌کوین). کنفرانس بین‌المللی فقه، حقوق و پژوهش‌های دینی. دوره ۲. صص. ۲۱-۱.
- ۲۲) حسینی زبیدی، محمدمرتضی (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دار الفکر.
- ۲۳) حسینی عاملی، محمدجواد (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه. قم: جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه.
- ۲۴) حسینی مراغی، سیدعبدالفتاح (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیه. قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- ۲۵) حکمت‌نیا، محمود و نظری‌علوم، میثم (۱۳۹۶). واکاوی مفهوم مخاطره در قراردادها با تأکید بر مفاهیم قمار و غرر. پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره ۱۸، شماره ۴۶، صص. ۵-۲۶. doi:10.30497/law.2018.2140
- ۲۶) حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۲۷) حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۲۸) حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام لإحياء التراث.
- ۲۹) حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۹ق). نهایه الأحکام فی معرفه الأحکام. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
- ۳۰) خویی، سیدابوالقاسم (۱۳۶۵). مستند العروه الوثقی. قم: لطفی.
- ۳۱) خویی، سیدابوالقاسم (۱۳۷۷). مصباح الفقاهه. قم: داوری.
- ۳۲) خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۰۷ق). التنقیح فی شرح العروه الوثقی (الاجتهاد و التقليد). قم: لطفی.
- ۳۳) زمخشری، محمود (۱۹۷۹م). أساس البلاغه. بیروت: دار صادر.
- ۳۴) سبحانی تبریزی، جعفر، درس خارج فقه، دسترسی در ۱۳۸۸/۰۹/۰۸.
- ۳۵) سرخسی، محمد بن احمد (۱۴۰۹ق). کتاب المبسوط. بیروت: دار المعرفه.
- ۳۶) شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۰۰ق). القواعد و الفوائد فی الفقه و الأصول و العریبه. قم: مفید.
- ۳۷) شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۴ق). غایه المراد فی شرح نکت الإرشاد. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ۳۸) شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف

الإسلامیه.

- ۳۹) شهیدی، محمدتقی، درس خارج فقه، دسترسی در ۱۳۹۷/۱۱/۰۳.
- ۴۰) صالحی‌علی‌آبادی، حامد و همکاران (۱۴۰۲). واکاوی غرر موثر در فقه امامیه و حقوق ایران و مقایسه آن با حقوق مصر. حقوق اسلامی، دوره ۲۰، شماره ۷۷، صص. ۱۴۵-۱۸۳.
- ۴۱) صدوق، محمدبن علی (۱۴۰۳ق). معانی الأخبار. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۴۲) صدوق، محمدبن علی (بی‌تا). عیون أخبار الرضا علیه‌السلام. تهران: جهان.
- ۴۳) طالب‌احمدی، حبیب (۱۳۸۰). تأثیر غرر در معاملات. علوم اجتماعی و انسانی، دوره ۱۷، شماره ۳۳، صص. ۴۳-۵۵.
- ۴۴) طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۳۹۳ق). المیزان فی تفسیر القرآن. بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- ۴۵) طباطبایی حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۶ق). مستمسک العروه الوثقی. قم: دار التفسیر.
- ۴۶) طباطبایی حکیم، سیدمحسن (بی‌تا). نهج الفقاهه. قم: ۲۲ بهمن.
- ۴۷) طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۶). سؤال و جواب. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۴۸) طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۰ق). العروه الوثقی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- ۴۹) طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیه. تهران: المکتبه المرتضویه.
- ۵۰) طوسی، محمدبن حسن (بی‌تا). الخلاف. قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- ۵۱) عباسی خراسانی، هادی، درس خارج فقه، دسترسی در ۱۳۹۹/۱۲/۲۷ و ۱۴۰۰/۰۳/۳۰.
- ۵۲) علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۲). قاعده نفی غرر در معاملات. اقتصاد اسلامی، دوره ۳، شماره ۹، صص. ۸۹-۱۰۶.
- ۵۳) علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۵). فقه و حقوق قراردادها. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ۵۴) عمیدزنجانی، عباسعلی (۱۳۸۸). قواعد فقه (بخش حقوق خصوصی). تهران: سمت.
- ۵۵) غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۰۹ق). الإجاره. قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- ۵۶) غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۹ق). حاشیه کتاب المکاسب. بی‌جا: دار المصطفی (ص) لإحیاء التراث.
- ۵۷) فاضل‌لنکرانی، محمد (۱۴۲۳ق). تفصیل الشریعه (الإجاره). قم: مرکز فقه الأئمه الأطهار علیهم‌السلام.
- ۵۸) فاضل‌لنکرانی، محمدجواد، درس خارج فقه، دسترسی در ۱۳۹۴/۱۰/۱۵.

- ۵۹) فخرالمحققین، محمدبن حسن (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۶۰) فراهیدی، خلیل‌بن احمد (۱۴۰۹ق). کتاب العین. قم: هجرت.
- ۶۱) فضلی، حسن و همکاران (۱۳۹۸). بلاک چین و رمزارزها. تهران: ناقوس.
- ۶۲) فیروزآبادی، محمدبن یعقوب (۱۴۱۵ق). القاموس المحيط. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ۶۳) فیومی، احمدبن محمد (۱۴۱۴ق). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر. قم: مؤسسه دار الهجره.
- ۶۴) قشیری نیشابوری، مسلم (۱۴۱۲ق). صحیح مسلم. قاهره: دار الحدیث.
- ۶۵) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۶۶) محقق کرکی، علی‌بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
- ۶۷) محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۳). قواعد فقه. تهران: یلدا.
- ۶۸) مددی، مهدی و همکاران (۱۴۰۰). جستار فقهی حقوقی در مسئله قانونمندی سازی «ارزهای رمزنگاری شده». مجلس و راهبرد، دوره ۲۸، شماره ۱۰۵، صص. ۳۰۳-۳۳۴.
- ۶۹) مروی، جواد، درس خارج فقه، دسترسی در ۱۴۰۰/۰۷/۲۱، ۱۴۰۰/۰۸/۰۵ و ۱۴۰۰/۰۸/۱۹.
- ۷۰) مصباحی‌مقدم، غلامرضا؛ رستم‌زاده، اسماعیل (۱۳۸۶). غرر در معاملات اختیارات بر روی سهام از دیدگاه فقه امامیه. جستارهای اقتصادی ایران با رویکرد اقتصاد اسلامی، دوره ۴، شماره ۸، صص. ۳۶-۶۵.
- ۷۱) مطهری، مرتضی (۱۳۷۶). مجموعه آثار استاد شهید مطهری. تهران: صدرا.
- ۷۲) مقدس اردبیلی، احمد (بی‌تا). مجمع الفائده والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- ۷۳) مکارم‌شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح. قم: مدرسه الإمام علی‌بن‌أبی‌طالب علیه‌السلام.
- ۷۴) مکارم‌شیرازی، ناصر، درس خارج فقه، دسترسی در ۱۳۷۲/۰۴/۲۲.
- ۷۵) مور، وارن (۱۴۰۱). ارز دیجیتال برای مبتدیان (روحانی، مترجم). مشهد: دیده‌بان قلم فرتاک.
- ۷۶) موسویان، سیدعباس؛ علیزاده‌اصل، محمد (۱۳۹۴). بررسی رابطه ریسک و غرر در بازارهای مالی اسلامی. اقتصاد اسلامی، دوره ۱۵، شماره ۵۹، صص. ۶۵-۹۴.
- ۷۷) موسوی‌بجنوردی، سیدحسین (۱۳۷۷). القواعد الفقهیه. قم: الهادی.
- ۷۸) موسوی‌خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۰ق). المکاسب المحرمه. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۷۹) موسوی‌خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۱ق). کتاب البیع. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).

- ۸۰) میرزاخانی، رضا؛ دعائی، میثم (۱۴۰۲). راهکارها و چالش‌های استفاده از رمزارزها در بازار سرمایه: نگرش فقهی - حقوقی. اقتصاد و بانکداری اسلامی، دوره ۱۲، شماره ۴۵، صص. ۲۸-۷.
- ۸۱) میرزاخانی، رضا؛ سعدی، حسینعلی (۱۳۹۷). بیت‌کوین و ماهیت مالی - فقهی پول مجازی. جستارهای اقتصادی ایران با رویکرد اقتصاد اسلامی، دوره ۱۵، شماره ۳۰، صص. ۹۲-۷۱. doi:10.30471/iee.2018.1555
- ۸۲) میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۱). جامع الشتات فی أجوبه السؤالات. تهران: کیهان.
- ۸۳) نایینی، محمدحسین (۱۳۷۳ق). منیه الطالب فی حاشیه المکاسب. تقریر نجفی خوانساری. تهران: المکتبه المحمديه.
- ۸۴) نایینی، محمدحسین (۱۴۱۳ق). المکاسب و البیع. تقریر آملی. قم: جماعه المدرسين فی الحوزه العلمیه.
- ۸۵) نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- ۸۶) نراقی، احمد (۱۴۱۷ق). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ۸۷) نراقی، محمد (۱۳۸۰). مشارق الأحکام. قم: مؤتمر المولی مهدی النراقی.
- ۸۸) نورمفیدی، سیدمجتبی، درس خارج فقه، دسترسی در ۱۴۰۲/۰۳/۰۳.
- ۸۹) نوروزی، مینا و همکاران (۱۴۰۱). نقش استخراج رمزارزها در توسعه تجارت با رویکرد فقهی. مطالعات فقه اقتصاد، دوره ۴، شماره ۱۵، صص. ۶۳-۳۹. doi:10.22034/ejs.2023.334007.1194
- ۹۰) نوری، حسین (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
- ۹۱) هاشمی‌شاهرودی، محمود (۱۳۸۲). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل‌بیت علیهم‌السلام.
- ۹۲) یوسفی، احمدعلی (۱۳۷۷). ماهیت پول و راهبردهای فقهی و اقتصادی آن. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

93) <https://www.arzdigital.com>

94) <https://www.dar-alifta.org>

95) <https://www.eshia.ir>

96) <https://www.fazellankarani.com>

97) <https://www.iqna.ir>

98) <https://www.islamquest.net>

99) <https://www.magiran.com>

100) <https://www.nobitex.ir>

101) <https://www.tju.org>

References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Abbāsī Khorāsānī, Hādī (n.d.). Dars Khārij Fiqh [Advanced Jurisprudence Lectures]. Accessed on 27/12/1399 SH and 30/03/1400 SH [in Persian].
- 3) Āl Kāshif al-Ghiṭā', Muḥammad-Ḥusayn (1422 AH/2001). Tahrīr al-Majallah. Qom: al-Majma' al-'Ālamī li'l-Taqrīb bayn al-Madhāhib al-Islāmiyyah [in Arabic].
- 4) Alidūst, Abū al-Qāsim (1382 SH/2003). Qā'idah-ye Nafi Gharar dar Mo'āmelāt [The Principle of Eliminating Uncertainty in Transactions]. Eqtiṣād-e Eslāmī [Islamic Economics], Vol. 3, No. 9, pp. 89-106 [in Persian].
- 5) Alidūst, Abū al-Qāsim (1395 SH/2016). Fiqh va Ḥuqūq-e Qarārdādihā [Jurisprudence and Contract Law]. Tehran: Sāzmān-e Enteshārāt-e Pazhūheshgāh-e Farhang va Andisheh-ye Eslāmī [in Persian].
- 6) Amīd Zanjānī, 'Abbās 'Alī (1388 SH/2009). Qavā'ed-e Fiqh (Bakhsh-e Ḥuqūq-e Khosūsi) [Principles of Jurisprudence (Private Law Section)]. Tehran: SAMT [in Persian].
- 7) Anṣārī, Murtaḍā (1419 AH/1998). Kitāb al-Makāsib. Qom: Turāth al-Shaykh al-A'zam [in Arabic].
- 8) Aṣbahī, Mālik ibn Anas (1406 AH/1985). Muwaṭṭa' al-Imām Mālik. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī [in Arabic].
- 9) Fāḍil Lankarānī, Muḥammad (1423 AH/2002). Tafsīl al-Sharī'ah (al-Ijārah). Qom: Markaz Fiqh al-A'imma al-Aṭhār 'Alayhim al-Salām [in Arabic].
- 10) Fāḍil Lankarānī, Muḥammad Jawād (n.d.). Dars Khārij Fiqh [Advanced Jurisprudence Lectures]. Accessed on 15/10/1394 SH [in Persian].
- 11) Fakhr al-Muḥaqqiqīn, Muḥammad ibn Ḥasan (1387 AH/1967). Idāh al-Fawā'id fī Sharḥ Mushkilāt al-Qawā'id. Qom: Mu'assasah-yi Ismā'iliān [in Arabic].
- 12) Farāhīdī, Khalīl ibn Aḥmad (1409 AH/1988). Kitāb al-'Ayn. Qom: Hijrah [in Arabic].
- 13) Fayūmī, Aḥmad ibn Muḥammad (1414 AH/1993). al-Miṣbāḥ al-Munīr fī Gharīb al-Sharḥ al-Kabīr. Qom: Mu'assasat Dār al-Hijrah [in Arabic].
- 14) Fazlī, Ḥasan and colleagues (1398 SH/2019). Blākčīn va Ramzārz-hā [Blockchain and Cryptocurrencies]. Tehran: Nāqūs [in Persian].
- 15) Firūzābādī, Muḥammad ibn Ya'qūb (1415 AH/1994). al-Qāmūs al-Muḥīṭ. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah [in Arabic].
- 16) Gharawī Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (1409 AH/1988). al-Ijārah [The Lease]. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmiyyah al-Tābi'ah li-Jamā'at al-Mudarrisīn [in Arabic].
- 17) Gharawī Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (1419 AH/1998). Ḥāshiyah Kitāb al-Makāsib. [No place]: Dār al-Muṣṭafā (PBUH) li-Iḥyā' al-Turāth [in Arabic].
- 18) Group of Authors (n.d.). Majallat Fiqh Ahl al-Bayt 'Alayhim al-Salām. Qom: Mu'assasat Dā'irat al-Ma'ārif Fiqh Islāmī bar Madhhab Ahl al-Bayt 'Alayhim al-Salām [in Arabic].
- 19) Ḥabībīān-Naqībī, Majīd and colleagues (1399 SH/2020). Barrasi Chālesh-e Gharar dar Mo'āmele bā Ramzārz-hā (Mored-e Moṭāle'eh Bitkoin) [Examining

- the Challenge of Uncertainty in Cryptocurrency Transactions (Case Study: Bitcoin)]. Konferāns-e Bayn al-Melalī Feqh, Ḥuqūq va Pazhūhesh-hā-ye Dīnī [International Conference on Jurisprudence, Law, and Religious Studies], Vol. 2, pp. 1–21 [in Persian].
- 20) Ḥājī-Mollā-Mirzā'ī, Ḥāmed and colleagues (1399 SH/2020). Blākchīn [Blockchain]. Tehran: Enteshārāt-e Dāneshgāh va Pezhūheshgāh-e 'Āli-ye Defā'-e Mellī va Taḥqīqāt-e Rāhbordī [in Persian].
 - 21) Hāshimī Shāhrūdī, Maḥmūd (1382 SH/2003). Farhang-e Fiqh Motābeq Madhhab-e Ahl al-Bayt 'Alayhim al-Salām [Dictionary of Jurisprudence According to the School of Ahl al-Bayt (Peace Be Upon Them)] [in Persian].
 - 22) Ḥekmat-Niyā, Maḥmūd; Naẓarī-'Ulūm, Meysam (1396 SH/2017). Vākāvi-ye Mafhūm-e Mokhātarah dar Qarārdādihā bā Ta'kid bar Mafāhim-e Qimār va Gharar [Explaining the concept of risk in Islamic legal system with emphasis on Gharar and gamble concepts]. Pazhūheshnāmeḥ-ye Ḥuqūq-e Eslāmī [Journal of Islamic Law Research], Vol. 18, No. 46, pp. 5–26. doi:10.30497/law.2018.2140 [in Persian].
 - 23) Ḥillī (al-Muḥaqqiq), Ja'far ibn Ḥasan (1408 AH/1987). Sharā'i' al-Islām fi Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām. Qom: Mu'assasat Ismā'iliān [in Arabic].
 - 24) Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf (1413 AH/1992). Mukhtalaf al-Shī'ah fi Aḥkām al-Sharī'ah. Qom: Daftar al-Intishārāt al-Islāmī al-Tābi' li-Jamā'at al-Mudarrisīn fi al-Ḥawzah al-'Ilmiyyah bi-Qom [in Arabic].
 - 25) Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf (1414 AH/1993). Tadhkirat al-Fuqahā'. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt 'Alayhim al-Salām li-Iḥyā' al-Turāth [in Arabic].
 - 26) Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf (1419 AH/1998). Nihāyat al-Iḥkām fi Ma'rifat al-Aḥkām. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt 'Alayhim al-Salām [in Arabic].
 - 27) Ḥusaynī 'Āmilī, Muḥammad Jawād (1419 AH/1998). Miftāḥ al-Karāmah fi Sharḥ Qawā'id al-'Allāmah. Qom: Jamā'at al-Mudarrisīn fi al-Ḥawzah al-'Ilmiyyah [in Arabic].
 - 28) Ḥusaynī Marāghī, Sayyid 'Abd al-Fattāḥ (1417 AH/1996). al-'Anāwīn al-Fiqhiyyah. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī al-Tābi'ah li-Jamā'at al-Mudarrisīn [in Arabic].
 - 29) Ḥusaynī Zabidī, Muḥammad Murtaḍā (1414 AH/1993). Taj al-'Arūs min Jawāhir al-Qāmūs. Beirut: Dār al-Fikr [in Arabic].
 - 30) Ibn al-Athīr al-Jazarī, Mubārak ibn Muḥammad (1367 SH/1988). al-Nihāyah fi Gharīb al-Ḥadīth wa al-Athar. Qom: Mu'assasah-yi Ismā'iliān [in Arabic].
 - 31) Ibn Fāris, Aḥmad (1406 AH/1985). Muġmal al-Lughah. Beirut: Mu'assasat al-Risālah [in Arabic].
 - 32) Ibn Ḥayyūn, Nu'mān (1385 AH/1965). Da'ā'im al-Islām. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt 'Alayhim al-Salām [in Arabic].
 - 33) Ibn Idrīs, Muḥammad ibn Aḥmad (1410 AH/1989). al-Sarā'ir al-Ḥāwī li-Taḥrīr al-Fatāwā. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī al-Tābi'ah li-Jamā'at al-Mudarrisīn [in Arabic].
 - 34) Ibn Manzūr, Muḥammad (1414 AH/1993). Lisān al-'Arab. Beirut: Dār al-Fikr lil-Ṭibā'ah wa al-Nashr wa al-Tawzī' [in Arabic].

- 35) Imāmī-Khwānsārī, Muḥammad (n.d.). al-Ḥāshiyah al-Ūlā ‘alā al-Makāsib. Qom: [Publisher Unknown] [in Arabic].
- 36) Irāvānī Najafī, ‘Alī (1384 SH/2005). Ḥāshiyah al-Makāsib. Tehran: Kiyā [in Arabic].
- 37) Jamālī, Moḥammad; Z̄ow-al-Faqārtalab, Moṣṭafā (1402 SH/2023). Gharar va Emkān Sanji Mizān-e Mo’asser Ān bar Mo’amelāt dar Feqh-e Eslāmī [Uncertainty and Feasibility of Its Impact on Transactions in Islamic Jurisprudence]. Motāle‘āt-e Taṭbiqī-ye Feqh va Oṣūl-e Mazāheb [Comparative Studies of Jurisprudence and Principles of Sects], Vol. 6, No. 10, pp. 1-25. doi:10.22034/mfu.2023.62745 [in Persian].
- 38) Javādī Āmulī, ‘Abdullāh (n.d.). Dars-e Khārej-e Feqh [Advanced Jurisprudence Lectures]. Accessed on 24/07/1391 and 07/10/1393 [in Persian].
- 39) Jawharī, Ismā‘īl ibn Ḥammād (1407 AH/1986). al-Ṣiḥāḥ Taj al-Lughah wa Ṣiḥāḥ al-‘Arabīyyah. Beirut: Dār al-‘Ilm lil-Malāyīn [in Arabic].
- 40) Jūdmāyer, Alūshā and colleagues (1399 SH/2020). Blākchīn (Mo’arrefī-ye Bitkoin, Ramzārz-hā va Mekānizm-e Tavāfoq-e Be Vojūd Āndan-e Ānhā) [Blockchain (Introduction to Bitcoin, Cryptocurrencies, and Their Consensus Mechanisms)] (Madīrī & ‘Azīmzādegān, Trans.). Tehran: Poshtibān [in Persian].
- 41) Kātūziān, Nāṣer (1379 SH/2000). Qavā‘ed-e ‘Umūmī-ye Qarārdād-hā [General Principles of Contracts]. Tehran: Sherkat-e Sahāmī Enteshār [in Persian].
- 42) Khu‘ī, Sayyid Abū al-Qāsim (1365 SH/1986). Mustanad al-‘Urwah al-Wuthqā. Qom: Luṭfī [in Persian].
- 43) Khu‘ī, Sayyid Abū al-Qāsim (1377 SH/1998). Miṣbāḥ al-Fiqāhah. Qom: Dāvārī [in Persian].
- 44) Khu‘ī, Sayyid Abū al-Qāsim (1407 AH/1987). al-Tanqīḥ fī Sharḥ al-‘Urwah al-Wuthqā (al-Ijtihād wa al-Taqlīd). Qom: Luṭfī [in Arabic].
- 45) Madadī, Mahdī and colleagues (1400 SH/2021). Justār-e Feqhī Ḥuqūqī dar Mas’aleh Qānūnmand-sāzi "Arzhā-ye Ramznegārī Shode" [A Jurisprudential and Legal Inquiry into the Issue of Regulating Cryptocurrencies]. Majles va Rāhbord [Parliament and Strategy], Vol. 28, No. 105, pp. 303-334 [in Persian].
- 46) Makāram Shīrāzī, Nāṣir (1424 AH/2003). Kitāb al-Nikāḥ. Qom: Madrasat al-Imām ‘Alī ibn Abī Ṭālib ‘Alayhi al-Salām [in Arabic].
- 47) Makāram Shīrāzī, Nāṣir (n.d.). Dars Khārij Fiqh [Advanced Jurisprudence Lectures]. Accessed on 22/04/1372 SH/1993 [in Persian].
- 48) Marwī, Javād (n.d.). Dars Khārij Fiqh [Advanced Jurisprudence Lectures]. Accessed on 21/07/1400 SH/2021, 05/08/1400 SH/2021, and 19/08/1400 SH/2021 [in Persian].
- 49) Mīrzākhānī, Rezā; Da‘ā‘ī, Meysam (1402 SH/2023). Rāhkārhā va Chālesh-hā-ye Estefādeh az Ramzārz-hā dar Bāzār-e Sarmāyeh: Negareš-e Feqhī - Ḥuqūqī [Solutions and Challenges of Using Cryptocurrencies in the Capital Market: A Jurisprudential - Legal Perspective]. Eqtešād va Bānkdarī-ye Eslāmī [Islamic Economics and Banking], Vol. 12, No. 45, pp. 7-28 [in Persian].
- 50) Mīrzākhānī, Rezā; Sa‘dī, Ḥusayn‘alī (1397 SH/2018). Bītkūin va Māhiyat-e Mālī

- Feqhī-ye Pūl-e Majāzī [Bitcoin and the Financial - Jurisprudential Nature of Virtual Money]. *Jostār-hā-ye Eqtešādī-ye Īrān bā Rūykard-e Eqtešād-e Eslāmī* [Iranian Economic Studies with an Islamic Economics Approach], Vol. 15, No. 30, pp. 71–92. doi:10.30471/iee.2018.1555 [in Persian].
- 51) Mīrzā-ye Qommī, Abū al-Qāsem (1371 SH/1992). *Jāme' al-Shattāt fī Ajwābeh al-Su'ālāt*. Tehran: Keyhān [in Persian].
 - 52) Mišbāhī-Moqaddam, Gholāmrezā; Rostamzādeh, Esmā'il (1386 SH/2007). *Gharar dar Mo'āmelāt-e Ekhtiyārāt bar Rū-ye Sahām az Dīdgāh-e Feqh-e Imāmīyeh* [Uncertainty in Options Transactions on Stocks from the Perspective of Imami Jurisprudence]. *Justār-hā-ye Eqtešādī-ye Īrān bā Rūykard-e Eqtešād-e Eslāmī* [Iranian Economic Studies with an Islamic Economic Approach], Vol. 4, No. 8, pp. 36–65 [in Persian].
 - 53) Moḥammadī, Abū al-Ḥasan (1373 SH/1994). *Qavā'ed-e Feqh* [Principles of Jurisprudence]. Tehran: Yaldā [in Persian].
 - 54) Moore, Warren (1401 SH/2022). *Arz-e Dijītal barā-ye Mobtadiyān* [Cryptocurrency for Beginners] (Rūhānī, Translator). Mashhad: Dīdehbān Qalam Fartāk [in Persian].
 - 55) Moṭahharī, Mortazā (1376 SH/1997). *Majmū'eh Āthār-e Ostād Shahīd Moṭahharī* [Collected Works of Martyr Moṭahharī]. Tehran: Šadrā [in Persian].
 - 56) Muḥaqqiq Karakī, 'Alī ibn Ḥusayn (1414 AH/1993). *Jāmi' al-Maqāšid fī Sharḥ al-Qawā'id*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt 'Alayhim al-Salām [in Arabic].
 - 57) Muqaddas Ardabīlī, Aḥmad (n.d.). *Majma' al-Fā'idah wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Adhhān*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī [in Arabic].
 - 58) Mūsavī Bejnordī, Sayyid Ḥasan (1377 SH/1998). *al-Qavā'ed al-Fiqhīyah*. Qom: al-Hādī [in Persian].
 - 59) Mūsavī Khomeynī, Sayyid Rūḥullāh (1410 AH/1989). *al-Makāsib al-Muḥarramah*. Qom: Mu'assasat Ismā'īliān [in Arabic].
 - 60) Mūsavī Khomeynī, Sayyid Rūḥullāh (1421 AH/2000). *Kitāb al-Bay'*. Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār Imām Khomeynī (RA) [in Arabic].
 - 61) Mūsavīyān, Sayyid 'Abbās; 'Alizādeh Ašl, Moḥammad (1394 SH/2015). *Barrasī Rabṭeh Risk va Gharar dar Bāzār-hā-ye Mālī-ye Eslāmī* [Examining the Relationship between Risk and Uncertainty in Islamic Financial Markets]. *Eqtešād-e Eslāmī* [Islamic Economics], Vol. 15, No. 59, pp. 65–94 [in Persian].
 - 62) Nā'inī, Muḥammad-Ḥusayn (1373 AH/1954). *Minyat al-Ṭālib fī Ḥāshiyat al-Makāsib*. Taqrīr by Najafī Khwānsārī. Tehran: al-Maktabah al-Muḥammadiyah [in Arabic].
 - 63) Nā'inī, Muḥammad-Ḥusayn (1413 AH/1992). *al-Makāsib wa al-Bay'*. Taqrīr by Āmulī. Qom: Jamā'at al-Mudarrisīn fī al-Ḥawzah al-'Ilmiyyah [in Arabic].
 - 64) Najafī, Moḥammad-Ḥasan (1362 SH/1983). *Jawāher al-Kalām fī Sharḥ Sharā'e' al-Islām*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī [in Persian].
 - 65) Narāqī, Aḥmad (1417 AH/1996). *'Awā'id al-Ayyām fī Bayān Qawā'id al-Aḥkām wa Muḥimmāt Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Daftar Tablighāt Islāmī Ḥawzah 'Ilmiyyah Qom [in Arabic].
 - 66) Narāqī, Muḥammad (1380 SH/2001). *Mashāriq al-Aḥkām*. Qom: Mu'tamar al-

- Mawlā Mahdī al-Narāqī [in Persian].
- 67) Nūr Mofidī, Sayyid Mojtabā (n.d.). Dars Khārij-e Fiqh [Advanced Jurisprudence Lectures]. Accessed on 03/03/1402 SH/2023 [in Persian].
 - 68) Nūrī, Ḥusayn (1408 AH/1987). Mustadrak al-Wasā'il wa Mustanbat al-Masā'il. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt 'Alayhim al-Salām [in Arabic].
 - 69) Nūrūzī, Mīnā and colleagues (1401 SH/2022). Naqsh-e Estekhrāj-e Ramzārz-hā dar Towse'eh-ye Tejārat bā Rūykard-e Feqhī [The Role of Cryptocurrency Mining in Trade Development with a Jurisprudential Approach]. Motāle'āt-e Feqh-e Eqtesādī [Economic Jurisprudence Studies], Vol. 4, No. 15, pp. 39-63. doi:10.22034/ejs.2023.334007.1194 [in Persian].
 - 70) Pūrsadqī, Riḍā and colleagues (1401 SH/2022). Vākāwī-ye Fiqhī-ye Ghararī Budan-e Mo'āmele-ye Bitkoin [Jurisprudential Analysis of the Uncertainty in Bitcoin Transactions]. Feqh va Tārikh-e Tamaddon [Jurisprudence and Civilization History], Vol. 8, No. 3, pp. 20-27 [in Persian].
 - 71) Qushayrī Nishābūrī, Muslim (1412 AH/1991). Ṣaḥīḥ Muslim. Cairo: Dār al-Ḥadīth [in Arabic].
 - 72) Ṣadūq, Muḥammad ibn 'Alī (1403 AH/1982). Ma'ānī al-Akhhbār. Qom: Daftar al-Intishārāt al-Islāmiyyah al-Tābi'ah li-Jamā'at al-Mudarrisīn fi al-Ḥawzah al-'Ilmiyyah [in Arabic].
 - 73) Ṣadūq, Muḥammad ibn 'Alī (n.d.). 'Uyūn Akhhbār al-Riḍā 'Alayhi al-Salām. Tehran: Jahān [in Arabic].
 - 74) Ṣāliḥī 'Alībādī, Ḥāmed and colleagues (1402 SH/2023). Vākāwī-ye Gharar-e Mo'asser dar Feqh-e Imāmīyeh va Ḥuqūq-e Īrān va Moqāyeseh Ān bā Ḥuqūq-e Miṣr [Analysis of Effective Uncertainty in Imami Jurisprudence and Iranian Law Compared with Egyptian Law]. Ḥuqūq-e Eslāmī [Islamic Law], Vol. 20, No. 77, pp. 145-183 [in Persian].
 - 75) Sarakhsī, Muḥammad ibn Aḥmad (1409 AH/1988). Kitāb al-Mabsūṭ. Beirut: Dār al-Ma'rifah [in Arabic].
 - 76) Shahīd al-Awwal, Muḥammad ibn Makkī (1400 AH/1979). al-Qawā'id wa al-Fawā'id fī al-Fiqh wa al-Uṣūl wa al-'Arabiyyah. Qom: Mufid [in Arabic].
 - 77) Shahīd al-Awwal, Muḥammad ibn Makkī (1414 AH/1993). Ghāyat al-Murād fī Sharḥ Nukat al-Irshād. Qom: Daftar Tabliḡhāt Islāmī Ḥawzah 'Ilmiyyah Qom [in Arabic].
 - 78) Shahīd al-Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī (1413 AH/1992). Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'i' al-Islām. Qom: Mu'assasat al-Ma'ārif al-Islāmiyyah [in Arabic].
 - 79) Shahīdī, Muḥammad Taqī (n.d.). Dars Khārij Fiqh [Advanced Jurisprudence Lectures]. Accessed on 03/11/1397 SH/2018 [in Persian].
 - 80) Subḥānī Tabrizī, Ja'far (n.d.). Dars Khārij Fiqh [Advanced Jurisprudence Lectures]. Accessed on 08/09/1388 SH/2009 [in Persian].
 - 81) Ṭabāṭabā'i al-Ḥakīm, Sayyid Muḥsin (1416 AH/1995). Mustamsak al-'Urwah al-Wuthqā. Qom: Dār al-Tafsīr [in Arabic].
 - 82) Ṭabāṭabā'i al-Ḥakīm, Sayyid Muḥsin (n.d.). Nahj al-Fiqhah. Qom: 22 Bahman [in Arabic].
 - 83) Ṭabāṭabā'i Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāzim (1376 SH/1997). Su'āl va Jawāb

- [Questions and Answers]. Tehran: Markaz Nashr-e 'Ulūm-e Eslāmī [in Persian].
- 84) Ṭabāṭabā'ī Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāzim (1420 AH/1999). al-'Urwah al-Wuthqā. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī al-Tābi'ah li-Jamā'at al-Mudarrisīn [in Arabic].
- 85) Ṭabāṭabā'ī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn (1393 AH/1974). al-Mizān fi Tafsīr al-Qur'ān. Beirut: Mu'assasat al-'Alamī lil-Maṭbū'āt [in Arabic].
- 86) Tabrīzī, Jawād (1431 AH/2010). Irshād al-Ṭālib ilā Ta'liq al-Makāsib. Qom: Dār al-Ṣiddīqah al-Shahīdah (Salām Allāh 'Alayhā) [in Arabic].
- 87) Tāj Langarūdī, Moḥammad-Ḥasan; Dehdār, Farzīn (1403 SH/2024). Chālesh-hā-ye Estefāde az Ramzārz-hā dar Nezām-e Ḥoqūqī-ye J.Ā. Irān [Challenges of Using Cryptocurrencies in the Legal System of the Islamic Republic of Iran]. Ḥoqūq-e Fanāvari-hā-ye Nowīn [Law of New Technologies], Vol. 5, No. 9, pp. 87-106. doi:10.22133/mtlj.2023.401446.1216 [in Persian].
- 88) Ṭālib Aḥmadī, Ḥabīb (1380 SH/2001). Ta'thīr-e Gharar dar Mo'āmelāt [The Impact of Uncertainty in Transactions]. 'Ulūm-e Ejtemā'ī va Ensāni [Social and Human Sciences], Vol. 17, No. 33, pp. 43-55 [in Persian].
- 89) Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan (1387 SH/2008). al-Mabsūṭ fi Fiqh al-Imāmiyyah. Tehran: al-Maktabah al-Murtaḍawīyyah [in Arabic].
- 90) Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan (n.d.). al-Khilāf. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmiyyah al-Tābi'ah li-Jamā'at al-Mudarrisīn [in Arabic].
- 91) Yūsefī, Aḥmad-'Alī (1377 SH/1998). Māhiyat-e Pūl va Rāhbord-hā-ye Feqhī va Eqteṣādī-ye Ān [The Nature of Money and Its Jurisprudential and Economic Strategies]. Tehran: Pazhūheshgāh-e Farhang va Andīsheh-ye Eslāmī [in Persian].
- 92) Zamakhsharī, Maḥmūd (1979). Asās al-Balāghah. Beirut: Dār Ṣādir [in Arabic].
- 93) <https://www.arzdigital.com>
- 94) <https://www.dar-alifta.org>
- 95) <https://www.eshia.ir>
- 96) <https://www.fazellankarani.com>
- 97) <https://www.iqna.ir>
- 98) <https://www.islamquest.net>
- 99) <https://www.magiran.com>
- 100) <https://www.nobitex.ir>
- 101) <https://www.tgju.org>

Validation of Judicial Acts of the Islamic Ruler: A Comparative Study of the "Writing [Ketabat] of the Islamic Ruler over the Judge" in Shia and Sunni Jurisprudence

Seyyed Mahdi Mirdadashi · Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Humanities, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran. sm.mirdadashi1351@iau.ac.ir

Siamak Qiasi · Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. sqiasi52@miu.ac.ir

Ali Keshavarz · PhD Student in Private Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. (Corresponding Author) ali.keshavarzghaza26@gmail.com

Abstract

1. Introduction

The legal landscape of Islamic jurisprudence (Fiqh) presents a nuanced and multifaceted approach to governance, particularly concerning the authority and actions of Islamic rulers. Among these, the concept of the "writing [Ketabat] of the Islamic ruler over the judge" holds a distinctive place. Rooted in both Shia and Sunni jurisprudence, this concept pertains to the Islamic ruler's capacity to influence judicial decisions, including acts such as pardoning or mitigating the punishments of those convicted by the courts. Despite its foundational presence in classical jurisprudential texts, contemporary legal systems in Islamic countries often lack explicit integration of these principles, resulting in a research gap that this study seeks to address. By utilizing a doctrinal approach and examining a broad spectrum of works by both Shia and Sunni jurists, this study aims to elucidate the nature of these judicial acts and explore their potential applications and validations within modern legal frameworks.

The concept of the "writing of the ruler over the judge" has been sporadically discussed in jurisprudential literature, yet its application in contemporary legal systems remains ambiguous. This ambiguity is particularly evident in the legislative frameworks of Islamic countries, where the practice has not been clearly codified. However, practical instances, such as the practice in Iran where the leader exercises the power to pardon or reduce sentences, demonstrate an ongoing relevance and application of these principles. By systematically analyzing the historical and jurisprudential foundations of this practice,



alongside the documented actions of key Islamic figures such as the Holy Prophet (peace be upon him) and Imam Ali (peace be upon him), this study aims to offer new insights and guidelines that could enhance judicial practices in Islamic countries.

2. Research Question

The primary research question guiding this study is: How can the concept of the "writing of the Islamic ruler over the judge," as understood in Shia and Sunni jurisprudence, be validated and integrated into contemporary legal systems of Islamic countries? This question addresses the core issue of aligning historical jurisprudential practices with modern judicial frameworks, aiming to bridge the gap between classical Islamic legal theory and current legal practices.

Secondary questions include:

What are the specific jurisprudential foundations and historical precedents for the "writing of the ruler over the judge" in Shia and Sunni traditions?

How do current practices in Islamic countries, such as the issuance of pardons by the leader of Iran, align with or diverge from these jurisprudential foundations?

What are the potential legal and procedural frameworks that could be developed to incorporate these practices into contemporary judicial systems?

3. Research Hypothesis

The hypothesis of this study is that the principles underlying the "writing of the Islamic ruler over the judge" in both Shia and Sunni jurisprudence can be systematically validated and adapted to fit within the legislative and judicial frameworks of contemporary Islamic countries. This adaptation could not only preserve the historical and religious integrity of these practices but also enhance the quality and fairness of judicial processes.

4. Methodology & Framework, if Applicable

This study adopts a doctrinal research methodology, primarily focusing on the analysis of primary and secondary legal sources within Islamic jurisprudence. The methodological framework encompasses several key components:

Literature Review: An extensive review of classical and contemporary works by Shia and Sunni jurists will be conducted. This review will identify the foundational texts and key juristic opinions regarding the "writing of the ruler over the judge."

Comparative Analysis: The study will employ a comparative approach to analyze the differences and similarities in how Shia and Sunni traditions address this concept. This will include examining historical practices, documented cases, and theoretical discussions.

The combination of these methodological components aims to create a comprehensive understanding of the "writing of the Islamic ruler over the

judge," bridging the historical jurisprudential theories with contemporary legal practices. The ultimate goal is to provide a detailed and actionable framework that Islamic countries can adopt to enhance their judicial systems in alignment with their religious and legal traditions.

5. Results & Discussion

This study meticulously explored the validation of judicial acts by the Islamic ruler, specifically the "writing [Ketabat] of the Islamic ruler over the judge," within the frameworks of Shia and Sunni jurisprudence. Through an extensive comparative analysis, several key findings emerged, shedding light on the theoretical underpinnings and practical implications of this jurisprudential concept.

Firstly, the study revealed that both Shia and Sunni traditions recognize the hierarchical structure of judicial authority, where a higher authority, such as a city judge, can influence the decisions of a lower authority, such as a village judge. This concept extends to the Islamic ruler's ability to issue pardons or mitigate punishments, reflecting a broader principle of higher authority's dominance over lower authority in judicial matters. However, the explicit integration of this principle into contemporary legal systems of Islamic countries remains notably absent.

In Shia jurisprudence, particularly within the legal system of Iran, the continuity of judicial guardianship is emphasized. The guardianship of the judge over the plaintiff and defendant continues under the overarching guardianship of the Islamic ruler. This continuity is crucial in validating the ruler's judicial acts, such as issuing pardons or authorizing Qisas (retributive justice). The necessity of the ruler's permission for executing certain judicial acts and the obligatory adherence to the ruler's directives underscore the significance of maintaining judicial independence while recognizing the ruler's authority. The validation model proposed here implies that judicial orders issued by the ruler retain their validity even after the ruler's death or dismissal, akin to the permanence of a judge's order over another judge.

Contrastingly, the study highlighted that in matters of governmental authority, the cessation of the ruler's power could lead to the nullification of such orders, raising concerns about the implications for affected individuals. According to the theory of governmental jurisprudence, compensation for damages incurred due to judicial rulings is not accommodated, reflecting a limitation in addressing governance and public order issues.

In Sunni jurisprudence, different schools of thought provide varied approaches to validating the ruler's writing over the judge. Maliki and Hanafi jurists generally accept the ruler's writing within the context of local authority, emphasizing mandatory adherence if the writing falls within the receiving judge's jurisdiction. Justice is not a prerequisite for the validity of such writings,

as they do not consider the ruler's lack of justice (unjust behavior) as a cause for nullification. Shafi'i jurists also accept this concept, provided it is from a higher to a lower authority, while Hanbali jurists mandate adherence if the directive comes from a higher to a lower authority.

The discussion highlighted that the judicial authority of the Islamic ruler, as accepted in both Shia and Sunni jurisprudence, revolves around the dominance of higher over lower authority and the obligation of appointed judges to follow the appointing authority or the Imam. This distinction between judicial and governmental authority is pivotal, emphasizing the need for separate clarifications regarding the rulings issued by the ruler in judicial contexts.

6. Conclusion

The comparative analysis of Shia and Sunni jurisprudence on the "writing of the Islamic ruler over the judge" underscores the nuanced understanding and application of judicial authority within Islamic legal traditions. The study elucidates the theoretical foundations and practical implications of this concept, emphasizing the importance of higher authority in judicial matters.

In Shia jurisprudence, particularly within Iran's legal system, the continuity of judicial guardianship under the Islamic ruler's authority is crucial. This model ensures the validity of judicial acts, such as pardons and authorizations for Qisas, while maintaining the independence of judicial powers. The permanence of judicial orders, even after the ruler's death or dismissal, reflects the enduring nature of judicial authority.

In Sunni jurisprudence, the acceptance of the ruler's writing varies across different schools. Maliki and Hanafi jurists emphasize local authority and mandatory adherence within the jurisdiction, while Shafi'i and Hanbali jurists recognize the hierarchical structure from higher to lower authority.

The study concludes that the integration of the "writing of the ruler over the judge" into contemporary legal systems of Islamic countries requires careful consideration of the distinctions between judicial and governmental authority. Clear guidelines and frameworks are essential to validate and implement these judicial acts effectively, ensuring the alignment of historical jurisprudential principles with modern legal practices.

By addressing these issues, the study provides a comprehensive understanding of the judicial authority of the Islamic ruler and offers practical insights for enhancing the quality and fairness of judicial processes in Islamic countries. This distinction between judicial and governmental authority is crucial for maintaining the integrity of legal systems and ensuring justice for all individuals within these frameworks.

Keywords: Ruler, Writing of the Judge, Judicial Ruling, Guardianship in Judicial Matters.

اعتبارسنجی اعمال قضایی حاکم اسلامی؛

مطالعه تطبیقی «کتابت حاکم بر قاضی» در فقه امامیه و عامه

سیدمهدی میرداداشی • دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.
sm.mirdadashi1351@iaua.ac.ir

سیامک قیاسی • استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران.
sqiasi52@miu.ac.ir

علی کشاورز • دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران. (نویسنده مسئول)
ali.keshavarzghaza26@gmail.com

چکیده

اگر چه ماهیت احکام و دستورات حاکم اسلامی که ارتباط مستقیم با امر قضاء دارد، نظیر عفو یا تخفیف مجازات محکومان، در ابوابی موسوم به «کتابت حاکم بر قاضی» که از متفرعات «کتابت قاضی بر قاضی» است، توسط فقیهان اسلامی مورد فحص واقع شده است، لکن اعتبارسنجی این احکام در بستر نظام‌های حقوقی معاصر با خلاء تحقیقاتی روبه‌رو است. در این جستار، با هدف کاستن از خلاء پیش‌گفته، با روش توصیفی تحلیلی و رجوع به اقوال فقهای امامیه و اهل سنت، ماهیت ولایت حاکم بر متخاصمین و تأثیر عارض شدن موت و عزل بر حاکم، در خصوص مکتوبات قضایی او بر مکتوب‌البه مورد واکاوی قرار گرفته است. مبنای فقهی امامیه و نظام حقوقی ایران حول محور ولایت قاضی بر متخاصمین، تعیین در قضاء و احتیاج مسلمین قلمداد می‌شود. همچنین است قضایی قلمداد نمودن اعمال حاکم مسلمین و جواز تبرع به مفاد کتابت به‌عنوان مجتهد جامع‌الشرایط، به‌نحوی که مبدأ آثار مسئولیت ناشی از اشتباه خواهد بود؛ در حالی که قلمداد شدن آن به‌عنوان حکم حکومتی اثر مذکور را وارونه خواهد کرد. با نگاهی به دیگر سوی، در فقه اهل سنت، احناف و مالکیان کتابت عالی بر دانی را صرفاً در مکانت موضع ولایت کاتب عالی نافذ می‌دانند. در فقه شافعی، کتابت قاضی از جهت ولایت قضایی پذیرفته شده، اما اگر ادنی بر اعلی کتابت نماید، محل عدم اعتنا است. نزد حنابله، ولایت قاضی بر متخاصمین مورد بحث نیست، بلکه با تفکیک کتابت نسبت به حکم اصداری و استماع تحقیقات، در اولی قائل بر پذیرش کتابت و در دومی قائل بر بطلان شده‌اند. علاوه بر ارائه تطبیقی بحث در فقه فریقین، صحت کتابت حاکم بر قاضی از جهت ولایت بر قضاء از منظر فقه اسلامی، ره‌آورد این پژوهش بوده است.

واژگان کلیدی: حاکم اسلامی، کتابت قاضی، حکم قضایی، ولایت بر قضاء.



مقدمه

مسأله کتابت حاکم بر قاضی از جمله مسائلی است که پشتوانه فقهی دارد، اما در نظام حقوقی و تقنین ما به صورت صریح و شفاف بدان پرداخته نشده است. از سویی سیره رهبر معظم انقلاب اسلامی در راستای عفو و تخفیف مجازات محکومان مثالی عملی از تحقق و اعتباربخشی به مسأله کتابت حاکم بر قاضی است. در این شیوه، ارائه ضوابطی برای روشن شدن وضعیت قضایی مزبور و ارتقای کیفی قضاوت و ترازبندی قضای اسلامی در باب کتابت قاضی که در جامع فقه اسلامی به صورت پراکنده و اندک بدان پرداخته شده است، با جمع‌بندی آرای فقیهان امامیه و اهل سنت در کنار سیره امام علی (علیه السلام) و نبی مکرم اسلام، افق‌های روشنی را فراروی پژوهندگان و بهره‌وران موضوع قضا قرار می‌دهد. درحقیقت، اینکه حاکم اسلامی حکم یا دستوری می‌دهد که در ارتباط مستقیم با قضا و قضاوت است، در یافته‌های حقوقی با خلأ جدی روبه‌روست. حتی این خلأ در باب احکام حکومتی رهبر معظم انقلاب و چگونگی سازوکار اجرای آن نیز احساس می‌شود. با این حال، استظهاراتی که از تقنین و متشرعه در این حوزه گرفته می‌شود، می‌تواند روشنگر راه در این زمینه باشد. در پی فحص در آثار فقیهان امامیه و اهل سنت، مسأله کتابت قاضی بر قاضی و در بطن آن، مسأله کتابت حاکم بر قاضی، نزدیک‌ترین و بنیادی‌ترین نگاره‌ها به‌عنوان بنیادهای زمینه مزبور هستند. در همه آثار فقهی در خصوص کتابت حاکم بر قاضی صحبت به میان نیامده، اما تا جایی که نگارندگان فقه امامیه و اهل سنت را بررسی کرده‌اند، مؤیدات مسأله را در باب یادشده لابه‌لای این متون یافته‌اند. در این خصوص، اثری که به‌صراحت در بررسی باب کتابت قاضی باشد، یافت نشد و تنها آهنگران و همکاران (۱۴۰۲) در نشریه پژوهش‌نامه حقوق اسلامی به مبنا بودن کتابت قاضی بر قاضی دیگر و احکام وارد بر آن در تدوین و اصلاح مسائل نیابت قضایی و اجرای احکام صادره اشاره کرده‌اند، اما موضوع کتابت حاکم بر قاضی تاکنون مورد عنایت حقوق‌دانان قرار نگرفته است. همچنین، بابایی (۱۴۰۲) در مقاله «تحلیل شرطیت اجتهاد در امر قضاوت با تأکید بر عنصر قانون» منتشرشده در نشریه پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، به ضوابط لزوم اجتهاد در رسیدگی‌ها پرداخته است. در این پژوهش، نگارنده به اجتهاد نسبی اعتقاد دارد و قضاوت مقلد را نیز به‌خاطر پویایی موضوع قضا می‌پذیرد. وجه تمایز پژوهش پیش رو با بقیه این است که از باب کتابت حاکم بر قاضی، بر ولایت قضایی حاکم مسلمانان و نقش رهبری و امام‌خمینی و استظهاراتی که از قانون انجام می‌شود، نظریه‌پردازی شده است و مؤلفه‌های ولایت قضایی را واجد آثار وارونه‌ای نسبت به تلقی

کردن امور قضایی به‌عنوان ولایت حاکمیتی در نظر می‌گیرد. از این جمله، تعیین وضعیت تأثیر موت و عزل حاکم بر امور ولایی در امر قضایی و امکان‌سنجی تبرع به اصدار حکم و تأمین دلایل برای اجرا و تنفیذ توسط حاکم و مجتهدان از قضات است.

۱. مفهوم‌شناسی و مبانی کتابت قاضی

۱.۱. مفهوم کتابت قاضی

۱.۱.۱. مفهوم کتابت قاضی از منظر اهل لغت

کتاب به معنی نوشته، مکتوب، نامه، اجتماع چند جزوه نوشته‌شده یا چاپ‌شده که آن‌ها را به هم منضم و به یکدیگر متصل کنند، تألیف، نامه اعمال و لوح محفوظ است (دهخدا، ۱۳۹۰، ج ۲، ص. ۲۲۴۲).

کتابت از کتاب می‌آید و هر دو کلمات مصدری هستند (صاحب‌بن‌عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص. ۲۲۸). کتابت از مشتقات کتاب نیز قلمداد شده و ناظر بر جنبه فاعلی آن است (محقق ابراهیم سامرایی و مخزومی، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص. ۳۴۱) مانند «کتب‌الرأی». در جای دیگری کتابت با صراحت حکم و رأی قلمداد شده است (مهنا، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۴۴۱). در همین راستا نیز کاتب که فاعل است، فردی است که مفاد کتابت را می‌نویسد و مختوم به مهر یا امضا می‌کند (معلوف، ۲۰۰۰م، ص. ۱۲۱۴).

۲.۱.۱. کتابت قاضی در اصطلاح

در خصوص کتابت قاضی بر قاضی دیگر معانی مختلفی مورد اشاره فقیهان امامیه و اهل سنت قرار گرفته است. عده‌ای آن را در چهار وجه بیان کرده‌اند که شامل کتابت قاضی به‌واسطه معرفی خود کتابت باشد یا آنکه اخبار قاضی از حکم صادره‌اش باشد یا آنکه بینه شهادت بر کتابت قاضی باشد یا آنکه اقرار محکوم به حکم قاضی به‌واسطه کتابت نزد قاضی دیگر باشد (رشتی، ۱۴۰۱ق، ص. ۲۹). کتابت قاضی بر قاضی^۱ در فقه شیعه و اهل سنت عمدتاً در کتاب القضا و ذیل بحث از شهادت

۱. کتابت قاضی یعنی اینکه قاضی‌ای در یک حوزه قضایی، ادله‌ای را استماع کند به‌گونه‌ای که متحمل آن شده باشد. سپس در محکمه نانی که ادله متحمل‌شده از لوازم مؤثر در آن است، مستمسک طرفین قرار گیرد و کتابت قاضی اول نسبت به تحصیل

بر شهادت یا در بایی مجزا با عنوان «کتاب قاض الی قاض» مورد بررسی قرار گرفته است. در کتاب‌های امامیه کتابت قاضی کمتر پذیرفته شده، اما در بیشتر آثار فقهی به آن پراخته و احکام و آثار آن تعیین شده است؛ البته شیخ طوسی (رحمت‌الله علیه)، اجماع در عدم پذیرش را قبول ندارد و خود را مخالف این دیدگاه معرفی می‌کند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۱۲۳).^۱

۲.۱. مبنای کتابت حاکم بر قاضی

۱.۲.۱. سیره

سیره عبارت است از استمرار روش عملی در میان مردم بر انجام دادن یا ترک کاری. استمرار شیوه و روش، اگر در میان همه عقلا باشد، آن را سیره عقلا و اگر در میان همه مسلمانان یا پیروان مذهب یا گروهی خاص از مسلمانان باشد، آن را سیره متشرعه می‌نامند (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹، ص. ۱۴۲). یکی از مصادیق سیره متشرعه سیره اصحاب ائمه است (مظفر، ۱۴۳۰ق، ص. ۷۱).

الف. مسأله ابن هرمه

ابن هرمه مسئول بازار اهواز بود. امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) بر خیانت ابن هرمه واقف شد. حضرت به رفاعه مرقوم فرمود «چون نامه‌ام را خواندی، ابن هرمه را از مسئولیتش برکنار کن و او را در برابر مردم سرپا نگاه دار و زندانی‌اش کن و بر سر او جار بزن و به همه مردمی که کارگزار آنان هستی، بنویس و نظر مرا درباره ابن هرمه به آنان ابلاغ کن و درباره ابن هرمه غفلت و تفریطی تو را نگیرد که نزد خدا هلاک خواهی شد و من تو را به بدترین شکل از کار برکنار می‌سازم و تو را از این کار در پناه خداوند قرار می‌دهم و چون روز جمعه شود، او را از زندان بیرون آر و ۳۵ تازیانه بر او بزن و او را در بازارها بگردان و هرکس علیه وی شهادی آورد، او را با شهادش سوگند ده و از درآمد ابن هرمه آنچه علیه او شهادت داده است، پرداخت کن و دستور ده که با

دلایل یا حکم صادره مورد استناد قرار گیرد و سپس ارائه شود. این انتقال کتابت خود با شهادت، کتابت و شهادت‌نامه تحقق می‌یابد. از این رو فقهای اهل سنت میان این باب و قسم دوم شهادت بر شهادت اختلاط کرده‌اند و بعضاً آن‌ها را یکی می‌دانند. بررسی این مطالب در انتهای پژوهش آورده شده است.

۲. «و لا خلاف عندنا أنه لا یقبل فیه کتاب قاض الی قاض والاجماع غیر مسلم لانا نخالف فیه».

خواری و زشتی و سرزنش او را به زندانش بیندازند و دو پایش را با بندی ببندد و به هنگام نماز بیرونش بیاورد و بین او و کسی که برای او غذا، نوشیدنی، لباس و فرش می‌آورد، مانع مشو و مگذار کسی بر او وارد شود که خصومت و جدل را به او بیاموزد و امید خلاصی را به او تلقین کند و اگر نزد تو ثابت شد که کسی به او چیزی را تلقین کرده است که با آن به مسلمانی آسیب رساند، او را با درّه [شلاق] بزن تا توبه کند و زندانی ساز و دستور ده که زندانیان را در شب به صحن زندان برای تفرج بیرون بیاورند جز ابن هرمه؛ مگر اینکه بررسی که بمیرد که در این صورت او را با زندانیان به صحن زندان بیاورد و اگر دیدی که تاب و توانی دارد، پس از ۳۰ روز، ۳۵ تازیانه بعد از ۳۵ تازیانه اولی بزن و برایم بنویس هر کاری را که در بازار می‌کنی و کسی را که پس از این خائن، برای بازار برمی‌گزینی و رزقی [حقوق و مستمری] که به این خائن داده می‌شود، از او قطع کن» (ابن حیون، ۱۳۸۳ق، ج ۲، ص. ۵۳۲؛ نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۷، ص. ۳۷۹؛ یاقوت حموی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۲۸۵). مطابق این روایت ملاحظه می‌شود حضرت علی (علیه‌السلام) که خلیفه مسلمانان بود، حکم صادر کرد و برای رفاعه که قاضی منصوب حضرت در اهواز بود، مکتوب کرد که حکم ایشان را اجرا کند. این روایت مهم‌ترین سندی است که دلالت واضح و روشن بر صدور حکم قضایی از طرف خلیفه مسلمانان دارد. از این رو هنگامی که حضرت حکمی را مکتوب کرد و آن را به رفاعه، قاضی اهواز رساند، معلوم می‌شود که ایشان حکم قضایی صادر کرده است؛ زیرا ماهیت نامه ارسال شده از سوی حضرت دلالت بر اجرای حکم دارد؛ یعنی حضرت اختیار حکم دادن را به رفاعه نداد، بلکه حکم را صادر کرد و کیفیت اجرای آن را نیز مرقوم فرمود. از این رو رفاعه تنها وظیفه اجرای حکم را بر عهده داشت. این مطلب دلالت بر صحت اعتبار حکم قضایی حاکم مسلمانان و اجرای حکم توسط ایشان دارد. در خصوص اسناد مسأله ابن هرمه، شهرت مسأله میان تمام فقهای جابر، مجهول بودن ناقلان سند است که به اسناد صاحب دعائم‌الاسلام نقل شده است. منتها هیچ‌یک از فقهایان متعرض صحت صدور آن نشده و گویی تلقی به قبول شده است. همچنین است استناد صاحب مستدرک‌الوسائل به روایت مزبور از دعائم که نوعی اعتباردهی به روایت مزبور را نشان می‌دهد.

ب. روایت ضحاک بن سفیان

روایتی نقل شده مبنی بر اینکه زن از دیه مرد ارث نمی‌برد، اما در این میان، ضحاک بن سفیان نزد

خلیفه دوم بود و پس از شنیدن این حکم، بیان نمود که رسول‌الله صلی‌الله‌علیه‌وآله در مکتوبی بر او فرموده است که زن از دیه زوج ارث می‌برد. (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۱۱۵) در روایتی که هم در شیعه نقل شده است و هم میان اهل سنت، مسأله ارث بردن زن را از دیه شوهر با استناد به روایت منسوب به «أَشِيمَ الضَّبَابِيَّ» بیان نموده‌اند. شیخ طوسی اظهار می‌دارد که «أَشِيمَ الضَّبَابِيَّ» در زمان حیات پیغمبر اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله کشته شده است. (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۱۱۵)^۲ حتی ایشان در ادامه بیان نموده‌اند که در تعبیر مفهوم اصطلاح فوق توقف نمی‌کنیم و آنچه از قصه مزبور آمده درباره آن صرفاً نقل می‌نمائیم؛ این نشان می‌دهد که آنچه که شهرت دارد بیان شده است. از طرفی، مفهوم‌شناسی موطن بیان فوق هم‌سو و هم‌تراز با وضعیت ذکرشده در روایت می‌تواند تعبیری جدید را فراروی مخاطبین قرار دهد. لذا همان وضعیت که در خصوص اَشِيم و حکم ارث بردن همسرش توسط رسول‌الله صلی‌الله‌علیه‌وآله بیان شده است، با مفهوم‌شناسی نام و صفت فرد روایت نیز به دست می‌آید که می‌تواند نشانه‌ای از ارتباط باطنی حکم پیغمبر اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله با دستوراتش باشد. در این جستار به صورت مجزا معنایی دور از آنچه درباره این اصطلاح شهرت دارد، یافت شده است. اگر بخواهیم اَشِيم که نام یک صحابی به همراه صفتی از منطقه منتسب به آن می‌باشد را مورد بررسی لغوی قرار دهیم، به نتیجه‌ای هم‌سو می‌رسیم که نگارنده سعی در تعدیل مفهوم روایت فوق به واسطه آن نموده است. در خصوص اَشِيم عنوان شده که خال یا نشان است، غیر از تعبیر فوق هیچ یک از لغت‌شناسان غیر آن را ذکر ننموده‌اند. در هر حال اَشِيم به معنای صاحب خال یا آنکه نشانی از خود دارد ذکر شده است. (خلیل‌بن‌احمد، ۱۴۰۹، ج ۶، ص ۲۹۳؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۱۱۵؛ مهنا، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۷۰۷) لازم به ذکر است که ضباب منطقه دارای قلعه در کوفه است که اهالی آن به بنی ضباب معروف شده‌اند. اما اَشِيم نیز مردی از ضباب است که ارتباطی به کوفه و قلعه آن ندارد^۳ و در هیچ‌یک از کتب رجال

۱. «و روی: أن عمر بن خطاب قال: لا ترث الزوجه من ديه زوجها، حتى سأل الصحابه فقال له الضحاک بن سفیان: ان النبي

صلى الله عليه وآله كتب إلينا بأن نورث امرأة أشيم الضبابي من ديه زوجها فورثناها، فرجع عمر عن ذلك و ورثها».

۲. «أشيم الضبابي، قتل في حياه النبي صلى الله عليه وآله، و كتب النبي صلى الله عليه وآله الى ضحاک بن سفیان في توريث زوجته من

ديه زوجها، و لم نقف على ترجمه له أكثر من ذكر اسمه و قصه التوريث».

۳. أما اشيم الضبابي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فرجل من ضباب، و لا علاق له بالكوفه و لا بقلعه الكوفه.

نامی از او برده نشده است و هیچ‌کس نمی‌داند چرا به ضبابی معروف شده است. از طرفی با توجه به وضعیت خاص کشته‌شدن اُشیم در عهد رسول اکرم (ص) که مجهول است، با اصطلاح‌شناسی اُشیم و مورد انتساب او به ضباب به نتیجه‌ای درخور رسیده‌ایم که بیان آن برای مخاطب محترم خالی از فایده نیست. لذا اگر بخواهیم با اصطلاح لغت‌شناسان، اُشیم و محل انتساب او را بررسی نمائیم نیاز است تا هر کدام به صورت مجزا مورد بررسی قرار گیرد. در این میان، حدوث خال در بدن به شکلی نامعلوم تعبیر کلمه اُشیم دانسته شده است. (بستانی، ۱۳۷۵ش، ص ۸۲) هر چند در خصوص ضباب یا ضبابی، لسان اهل لغت واحد است. همه بیانات حول محور ابرهایی مه‌آلود، شب‌نمایی یکنواخت که سراسر زمین را همانند حاله ابر پنهان نموده‌اند و یا افق دریایی در مه که نامعلوم است، هم از جهت فاصله و هم از نظر وسعت (لویس معلوف، ۲۰۰۰م، ص ۸۶۸؛ مهنا، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۵۲؛ صاحب‌بن‌عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۴۴۱). با توجه به تعبیرهای جداگانه که برای هر یک در نظر گرفته شده است، شاید نتوان بنا بر ظاهر کلمات، مفهوم جمله را تطبیق با دیه زوج توسط همسر او تطبیق داد. لذا باید بر موطن معانی تکیه زد و همسو با موازین عقلی مفهوم روایت فوق را به خوبی جست‌وجو نمود. در تعبیر اُشیم، خال یا صاحب خال یا نشان ایجادشده را بیان داشته‌اند که رسانای حادث شدن است. از طرفی ضبابی با تعبیرهای نامفهوم، ابهام‌دار یا نامعلوم که بی‌بردن به باطن آن مشکل یا غیرممکن است مورد اشاره است. لذا تنها نسی که در خصوص اصطلاح اُشیم‌الضبابی وجود دارد همان تعبیر مقتول در زمان نبی اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله می‌باشد. در این حال، وضعیت بهره زن از دیه شوهر مقتولش محل نزاع است. چه اینکه، نص غالب بر علیه آن است. با توجه به اینکه نبی اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله و حضرت امیرالمومنین علی علیه‌السلام به روایت ذکر شده قائلند، می‌توان از منظر اهل لغت و همسو با یکی از بیانات فقهی روایت را ناظر بر قتل حادث که همه چیز آن نامعلوم و نامفهوم است تعبیر نمود؛ یعنی قصد فعل قاتل مبهم است، قصد نتیجه قتل از طرف قاتل مبهم است، شواهد و قرائن نیز مبنی بر اشتباه و در زمره خطا می‌باشد. در این صورت می‌توان تنها محصول این بررسی‌ها را بر قتل خطایی تعبیر نمود. از این رو زن از دیه قتل خطایی بر علیه همسرش ارث می‌برد. البته اینکه پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله بر این طریق حکم فرمودند به جهت قتل خطایی است که برای اُشیم اتفاق افتاده است و نقل شده که اُشیم به قتل خطایی کشته شده است (ابن سعد بغدادی، ۱۹۶۸م، ج ۲،

ص ۲۶۲) ^۱. البته که هیچ فردی در صدد بیان چنین تعبیری بر نیامده است، ولی آنچه که معلوم است، خلیفه ثانی بعد از بیان روایت به قول حضرت، خود را مأخوذ دانسته و نوعی تعبد در پذیرش داشته است. این تعبد عمل به حکم حاکمی رسول مکرم اسلام صلی الله علیه و آله بوده است که در قید حیات دنیا نبوده اند. ^۲ لذا در خصوص مفهوم یادشده، صراحت حکم دادن رسول الله صلی الله علیه و آله و اجرای آن توسط خلیفه ثانی در مقام قضاوت، بر صحت اعتبار مکتوبات قضایی امام و حاکم بر قاضی دلالت دارد.

۲.۲.۱. شهرت مسأله

در خصوص کتابت قاضی مسأله شهرت، مسأله مهمی است؛ زیرا به دلیل افتراقی که در مبادی نفوذ و پذیرش کتابت قاضی در فقه امامیه و اهل سنت ذکر شده، عمل اصحاب و اینکه وقوع آن عملاً اتفاق افتاده است، یکی از مبانی کتابت قاضی است. با اینکه دلالت سند بر عدم پذیرش کتابت قاضی، به کلیت و تمامیت بسیار ضعیف است، شهرت مسأله ^۳ و ترتب احکام بر این نهاد قضایی مؤید ضعف سند تقابل با کتابت قاضی عنوان شده و در راستای پذیرش آن است (طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص. ۴۰۸)، اما بنای عدم پذیرش در فقه امامیه، آن ظنی است که متأخم به علم نباشد و علمی برای قاضی در راستای صدور کتابت از جانب قاضی دیگر با همین محتوای کتابت به وجود نیامد در حالی که عمل به آن و بیان آثار و احکام آن در نگاره‌های فقهی (حلی (علامه)، ۱۳۷۴، ج ۸، ص. ۴۴۵) مؤید این معناست که عدم پذیرش کتابت قاضی در جایی است که نتواند برای قاضی ثانی علم ایجاد کند. پس در جایی که علم ایجاد شود، پذیرش آن واجب و با مؤیدات

۱. «وكان قتل أشيم خطأً وشهد بذلك الضحاک بن سفیان عند عمر بن الخطاب»

۲. قابل ذکر است که شاید یکی از مبادی عدم وراثت از دیه شوهر، فرض تبانی پنهانی برای قتل شوهر میان قاتل و همسر باشد که در شبه عمد و عمد این فرض تقویت می شود. اما با توجه به اینکه در خطای محض با توجه به تعابیر پیش گفته این احتمال کم رنگ می شود می توان از این شبهه انتزاعی دور شد و قاتل بر وراثت زوجه از دیه قتل خطایی شد. والله العالم.

۳. این گونه شهرت در برابر روایتی است که ناقلان آن اندک و انگشت شمارند که در اصطلاح به آن «نادر شاذ» گفته می شود (شهید ثانی، ۱۳۶۸، ص. ۲۷).

مقبوله مورد بررسی قرار می‌گیرد (طباطبایی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص. ۴۰۸).^۱ مطابق فحوای بیانات فقیهان اسلامی، انتقال با بینه یا طرق دیگر از جمله اطمینان به قصد مدلول کتابت توسط کاتب از باب ولایت قاضی بر متخاصمان مود پذیرش قرار گرفته است. از سویی میان فقیهان امامیه و اهل سنت التزام به تعیین آثار و احکام کتابت قاضی باعث شهرت آن شده است؛ زیرا این شهرت عملی یعنی روایتی که در میان فقها عمل و استناد به آن مشهور است، در دو مورد استفاده شده است. یکی در مرجحات باب تعارض؛ در آنجا گفته‌اند اگر معتقد باشیم که هرچه اقربیت به واقع می‌آورد، مرجح است، پس شهرت عملی در صورتی که از قدماء و پیشینیان فقه باشد، مرجح خواهد بود. مورد دیگر در خصوص مرجحات باب تعارض است؛ و این از قاطبه فقیهان اسلامی برمی‌آید (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۷۷؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۵۸۷)؛ زیرا همگی متفق‌اند که روایت عدم پذیرش کتابت به لحاظ طریق سکونی و طلحة بن زید ایراد دارد و نیز منع مورد نظر فقها مانع عمل به حکم قاضی نخواهد بود؛ زیرا تنفیذ قضای حکم شرعی و عمل به حکم شرعی واجب است؛ به خصوص حکم قضایی امام مسلمین (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص. ۷).^۲ به عبارت دیگر، حتی اگر تشکیک در اغیار باشد، در خصوص عمل به حکم حاکم مسلمین وجود ندارد.

۲. کتابت حاکم بر قاضی از منظر فقه امامیه

۲.۱. اصل پذیرش کتابت قاضی بر قاضی و حاکم بر قاضی

در خصوص پذیرش کتابت قاضی و اصل پذیرش آن مناقشه وجود داشته (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص ۲۲۸)، اما با تشکیک و تردید نسبت به دو ضابطه بوده که یکی مربوط به صحت صدور و انتساب کتابت است و دیگری احتیاط در دما و حقوق الله که در مورد اخیر، قاعده کلی بر ستر و

۱. «لو أفاد ظنا ما كفي للاكتفاء به في الرواية المكاتبية عند القائل بحجيتها إن لم يحصل لها معارض أقوى فما ذكره من التقييد بالظن الأقوى أو المتأخراً لا وجه له أصلاً بل ينبغي أن يطلق اعتبار الكتابة كما هو ظاهر الإسكافي والأصحاب الراديين عليه في المسألة هذا و في كلامه مناقشات آخر يطول الكلام بذكره».

۲. «فأما ما كان من حقوق الناس بعضهم على بعض في الأموال و ما يجري مجراها دون الحدود في الأبدان، فجائز كتاب القضاء من قبل امام المسلمين».

پرده‌پوشی است. از این رو با رفع این دغدغه‌ها، پذیرش کتابت قاضی از لحاظ احتیاج امور مسلمانان، لزوم اثبات دعاوی و عدم تعطیلی حقوق الناس مورد پذیرش است (حسینی عاملی ۱۴۱۹ق، ج ۲۵، ص. ۴۴۶؛ آهنگران و همکاران، ۱۴۰۲، ص. ۴۱۵). در جای دیگر، پذیرش کتابت قاضی را با اختلاف در کیفیت تحمل محقق دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص. ۲۲۶). مطابق این بیان اگر در پذیرش کتابت قاضی مناقشه باشد، ناظر بر تشکیک در تحقق است که به تعبیر فقهای امامیه با علم به صحت صدور و قصد مدلول آن توسط حاکم تحقق می‌یابد (تبریزی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص. ۲۶۶)؛ منتها با قید انشا لفظ مقید شده است و صرف کتابت بدون آنکه لفظاً حکم را برای شهودی که آن مکتوب را چه برای تنفیذ رأی و چه برای فصل خصومت قرائت شده باشد جایز نیست (مؤمن قمی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۳۷۲). پس کتابت با قیودی که از لوازم آن است، پذیرفته می‌شود (نجفی، بی تا، ج ۴۰، ص ۳۰۳).^۱ از این رو نه تنها نفس کتابت قاضی بر قاضی، بلکه پذیرش کتابت قاضی بر امیر و امیر بر قاضی با پیوند مبنایی که برای آن‌ها وجود دارد، مورد پذیرش قرار گرفته است (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۵۸۷). شهید ثانی معتقد است که اگر کتابت ناظر بر اجرای حکم و ابلاغ بر قاضی دیگر باشد، می‌تواند اجرا شود یا مورد تنفیذ قرار گیرد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۴، ص ۱۳).^۲ همچنین، علامه حلی کتابت قاضی را به‌عنوان حکم هنگامی می‌پذیرد که قاضی منصوب امام مسلمانان باشد؛ زیرا ولایت قضایی رهبر و امام مسلمانان است که اجرای حکم توسط قاضی دیگر را جایز می‌کند (حلی (علامه)، ۱۳۷۴، ج ۸، ص. ۴۴۵).^۳ اما در نهایت، ملاک و ضابطه علم به صحت انتساب و صدور حکم به حاکم است که قبول آن در مرحله عمل به مفاد کتابت (با تبرع به نیابت که عمدتاً هدف از آن تأمین دلایل است و با تنفیذ حکم که غالباً هدف از آن اجرای رأی صادره است)، ترجیح می‌یابد (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۴، ص. ۳۶۵). از این رو روایتی هم که بر عدم پذیرش کتابت قاضی آمده است، هم از لحاظ سندی

۱. «لأننا نجيب عن الأول بمنع دعوى الإجماع، على خلاف موضع النزاع لأن المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض ليس منعاً من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته».

۲. «عن الأردبیلی موافقته علی ذلك مع العلم بکتابته قاصدا لمعناه...».

۳. «و إنما نجيز الحكم إذا شهد عليه شاهدان و أنهاه عند حاکم آخر، و هذا غير المتنازع».

۴. «فی الأبدان فجائز کتاب القضاء من قبل إمام المسلمین بعضهم إلى بعض».

ضعف دارد و هم اینکه ممکن است ناظر بر محل نزاع نباشد، بلکه بر منع از عمل به صحت کتابتی است که بینه از مفاد آن آگاه نیستند و نمی‌دانند که حکم از چه مفادی بهره می‌برد و اینکه نمی‌دانند قاضی صادرکننده تا آخرین لحظه جازم به اجرای قصدش بوده یا خیر و با اجرا و تنفیذ حکمی که علم به انتساب و قصد آن وجود دارد، منافاتی ندارد (طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۴۰۹).^۱ با این مقدمات، صحت پذیرش کتابت قاضی بر قاضی و حاکم بر قاضی محرز است. همچنین، در مکتوبات فقه اهل سنت حاجت مردم و نیازشان به اثبات دعاوی و عدم تعطیلی احکام به‌عنوان مبنا برای کتابت قاضی معرفی شده است؛ زیرا در نظر ایشان حضرت علی (علیه‌السلام) از باب احتیاج مسلمین آن را پذیرفته و بدان عمل کرده‌اند^۲ (النسفی، ۲۰۱۱، ص ۴۶۲؛ السرخسی، ۱۹۹۳، ص ۲۸۲؛ داماد افندی، بی تا، ج ۲، ص ۱۶۵).

۲.۲. وضعیت کتابت حاکم بر قاضی در فقه امامیه و اهل سنت

۱.۲.۲. کتابت حاکم بر قاضی در فقه امامیه و حقوق ایران

الف. کتابت حاکم بر قاضی در فقه امامیه

در فقه در مبحث کتاب قاضی، ذیل ابلاغ حکم قاضی یا صحت کتابت قاضی پایین تر نسبت به بالاتر یا برعکس، می‌توان رهیافت‌هایی را برای نوع کتابت حاکم بر قاضی استخراج کرد. شیخ طوسی کتابت قاضی شهر بر روستا و برعکس را پذیرفته است. مطابق نظر ایشان، اختلاف در موضع ولایت بر قضای قاضی تأثیری در وجوب عمل به کتابت قاضی ندارد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۱۲۳)؛ زیرا آن که متولی قضا می‌شود، فردی ثقة است که امانت‌داری او سبب اتصال بدون عیب و نقص حکم صادره یا غیر آن به محکمه ثانی است.^۳ از سویی آیه ۶۵ سوره مبارکه نساء به مسلمانان سفارش می‌کند به داوری پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه و آله) گردن نهند و کمترین ناراحتی‌ای نه تنها

۱. «لکن ضعفهما سندا و عدم جابر لهما هنا مع عدم مقاومتها لشيء من الأدلة التي قدمناها يضعف الاستناد إليهما سيما مع عدم

صراحة دلالتهما...»

۲. «أنه جَوَزَ لِحَاجَةِ النَّاسِ لِمَا رَوَى أَنَّ عَلِيًّا (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) جَوَّزَهُ كَذَلِكَ وَعَلَيْهِ أَجْمَعَ الْفُقَهَاءُ؛ «لِحَدِيثِ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ جَوَّزَ ذَلِكَ وَلِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَى ذَلِكَ.»

۳. «لأن أحدا لا يولي القضاء إلا و هو ثقة مأمون...».

در ظاهر، بلکه در باطن نداشته باشند که گویای ولایت قضایی اوست. مرحوم گلپایگانی کتابت قاضی را اگر توسط قاضی صادرکننده رأی نوشته شده باشد، به صورت قطعی محل وجوب اجرا و تنفیذ قلمداد می‌کند، اما در نظر ایشان تنها بحث مورد بررسی ظن متأخم به علم توسط قاضی ثانی نسبت به قصد مدلول مفاد مکتوب‌البه است که مورد مناقشه است (گلپایگانی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص. ۴۶۲).

علامه حلی در خصوص میزان در ولایت قاضی، ضابطه را در پذیرش کتابت قاضی شهر و بالاتر می‌داند و کتابت قاضی قریه و روستا را مورد پذیرش نمی‌داند؛ زیرا محل تحمل با معیار اعلام‌الحکم که مختص شهر است، سنجیده می‌شود. درحقیقت، در نظر علامه ولایت قاضی باید ناظر بر مرتبه اعلی یا هم‌تراز در منطقه اعلام‌الحکم باشد مانند جماعات و مقتضیات وجوب داشتن قاضی. از این رو کتابت قاضی قریه یا روستا محل وجوب نیست؛ زیرا در منطقه وجوب اعلام‌الحکم نیست؛ حتی اگر قاضی شهر در محل قریه به استماع اظهارات بپردازد و سپس آن را مکتوب کند. از این رو متوجه می‌شویم که ولایت قاضی در نظر علامه نمی‌تواند ولایت به دلیل فرد ثقه مأمون باشد، بلکه ولایتی است که ناظر بر مرتبه اعلی یا هم‌تراز و در موضع اعلام‌الحکم باشد (حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۱۱۱)، اما این نظر در سیره امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام) با خدشه مواجه می‌شود؛ به دلیل اینکه ایشان به صراحت ولایت قضایی منصوب را برای ناصب در راستای وثاقت او محل اجرا و تنفیذ می‌داند. ایشان در نامه ۵۳ به مالک اشتر، بیان فرموده‌اند که مالک به عنوان فرماندار مصر می‌تواند فردی از رعیت را که از دیگران بیشتر بفهمد و بیشتر بشناسد و مقید به خصوصیات باشد که نیک گفتن و بد گفتن دیگران از او، قاضی را متمایل بر نظر گوینده نکند، به عنوان قاضی برگزیند. از این رو حکمش را نیکو بنگرد و آن را تعهد کند (مقتدایی، بی تا، ص. ۳۹). این مطلب می‌تواند دلالت خوبی بر عمل به کتابت قاضی و حکمش به هر گونه که به او برسد توسط مقام عالی یعنی ناصب داشته باشد. از سویی اجابت قضای منصوب توسط ناصب نیز از سیره حضرت در این خصوص حکایت دارد.

ب. کتابت حاکم بر قاضی از منظر حقوقی

اول. مورد خاص عفو رهبری

در خصوص پذیرش کتابت حاکم بر قاضی شواهد بسیاری وجود دارد که شامل قوانین موضوعه و

توصیه‌های رهبر معظم انقلاب اسلامی است. در این خصوص در سیره رهبر انقلاب اسلامی نیز عمل به مفاد کتابت حاکم بر قاضی مورد استناد است از جمله در بیانات معظم‌له (حفظه‌الله تعالی) در دیدار فرماندهان، نمایندگان ولی فقیه و جمعی از کارکنان ژاندارمری، شهربانی و سازمان پلیس قضایی (۱۳۶۸/۰۳/۲۸)^۱.

«و همچنین شما برادران عزیز پلیس قضایی که مظهر دستگاه قضایی هستید در رابطه با مردم مردم باید نشانه‌های عدالت در دستگاه قضایی را از همین قدم اول که با پلیس قضایی روبه‌رو می‌شوند احساس کنند. امیرالمؤمنین (علیه‌الصلاة و السلام) - طبق آنچه در ذهن بنده است از آن حضرت - فرمودند که شما به آن کسی که محکوم به مجازات‌های سخت هم هست، نباید دشنام بدهید و او را شتم کنید. مجازات، مجازات است. دستگاه عدالت برای مجرمین، مجازات را معین می‌کند و همان اندازه مجازات باید اعمال بشود؛ نه کم نه زیاد؛ البته حاکم اسلامی می‌تواند به مقتضای شرایط عفو کند - آن مربوط به حاکم است - [اما] مجری باید همان اندازه‌ای که مقرر شده، اجرای مجازات بکند؛ یک ذره بیشتر خلاف است.»

مطابق بیانات رهبری حاکم مسلمانان اختیار عفو مجازات را دارد. درحقیقت، یک حکم قضایی جز با حکمی دیگر زایل نمی‌شود. حکم دیگر نیز منشأ اثر نیست مگر اینکه توسط قاضی در موضع ولایتش باشد حال آنکه موضع ولایت ولی امر مسلمانان، امام و خلیفه آن‌ها، همان محدوده دارالاسلام است که امروزه به ویژگی سرزمینی آن محدود می‌شود.

در خصوص اینکه کدام‌یک از اقسام عفو مشمول عمل قضایی است، باید به ماهیت عفو توجه کرد. عفو عمومی عمدتاً نمی‌تواند به‌عنوان عمل و حکم قضایی شمرده شود، اما عفو خصوصی به دلیل اینکه موردی و نسبت به یک مصداق است و نسبت به حکم اجرا شده صورت می‌پذیرد، با توجه به ماده ۹۶ قانون مجازات اسلامی («عفو یا تخفیف مجازات محکومان در حدود موازین اسلامی پس از پیشنهاد رئیس قوه قضائیه با مقام رهبری است»)، با پیشنهاد رئیس قوه قضائیه صورت می‌پذیرد و با موافقت رهبر معظم انقلاب اسلامی تحقق می‌یابد. از این رو کتابت قاضی القضاة که خود منصوب است، مورد پذیرش قرار گرفته است، اما از این ظاهر باید چشم

1. <https://farsi.khamenei.ir/speech-content?id=2100>

پوشید و به موطن معنا در این خصوص تکیه زد. درست است که پیشنهاد رئیس قوه قضائیه است، اما از لحاظ مشورت و شناسایی مضمولان عفو است که ایشان ابتدائاً درخواست می‌کند، اما پس از شناسایی مضمول تخفیف یا عفو مجازات فرد محکوم، در حقیقت این رهبر معظم انقلاب اسلامی است که حکم را می‌شکند و باقی‌مانده مدت محکومیت را می‌بخشد و بر رئیس قوه قضائیه مکتوب می‌کند. این مکتوبات از لحاظ کتابت حاکم بر قاضی به خاطر ولایت قضایی از این‌رو که ناصب است اولاً، برای اینکه مجتهد جامع‌الشرایط است، ثانیاً قضاوت بر ایشان متعین و اولی است و ثالثاً حکم ایشان در بیشتر موارد در قالب توصیه است، اما در این موارد قانوناً محل وجوب اجرا و تنفیذ است و این به خاطر ولایتی است که بر تخاصم ارائه شده دارد. از این‌رو کتابت حاکم بر قاضی مسأله‌ای است که در حقوق داخلی نیز مؤیدات آن وجود دارد و عملاً در حال وقوع است؛ از آن جمله است تساوی رهبر در حقوق مندرج در اصل ۱۰۷ قانون اساسی و صراحت اصل مزبور در بهره‌برداری از حقوق قضایی که برای همه افراد واجدالشرایط که ولایت در امر قضاء برایشان مستقر می‌گردد. البته این حقوق متصف به ولایت بر تخاصم از باب ولایت اجتهادی ایشان است نه ولایت قضات مأذون. با توجه به اینکه در اصل ۱۱۱ قانون اساسی تأثیر موت و عزل بر احکام صادره توسط حاکم مسلمانان بیان نشده و تنها مسأله جانشینی و تعیین زعامت بررسی شده و اصل ۱۰۷ نیز حقوق دیگر افراد را برای رهبر در نظر گرفته است (هاشمی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۲۴۷)، ولایت قضایی رهبر مطابق ضوابط شرعی ولایت بر متخاصمان است که منطبق با ابواب کتابت قاضی و کتابت عالی بر دانی است و مورد پذیرش است، اما کتابت دانی بر عالی محل تردید است و مقتضای اصل عدم، آن را نمی‌پذیرد و آنچه در آینده خواهد آمد، عفو رهبری تنها از لحاظ نمایندگی رهبر است که رئیس قوه قضائیه به‌عنوان دانی نسبت به رهبری و منصوب ایشان، پیشنهاد عفو محکومان را می‌دهد. در حقیقت فعل رهبر و تبرع ایشان است که ولایت عالی است و بر دیگر قضات که دانی هستند، محل وجوب اجرا است؛ زیرا ولایت عام قضایی بر متخاصمان دارد. آنچه در آینده خواهد آمد، ولایت در کتابت قاضی در موضع ولایت قاضی محل وفاق است و در غیر موضع محل تردید که این تردید در مورد رهبری که ولایتش بر همه ولایات مستقر است،

۱. «ادل الدلیل علی امکان شیء وقوعه»؛ بالاترین دلیل اعتبار یک مسئله، تحقق آن مسئله است.

منتفی است.

دوم. تفکیک عمل قضایی رهبری از دیگر اعمال ایشان؛ لزوم حفظ استقلال قوا

گفتنی است که تعیین سیاست‌های کلی نظام که در بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی آمده است، محل اصل تفکیک قوا نیست (اسماعیلی و طحان نظیف، ۱۳۹۱، ص. ۳). این استدلال می‌تواند مؤید این نظر باشد که تعیین سیاست‌های کلی که در اصل ۱۱۰ آمده، در راستای وظایف هر یک از قواست و با توجه به اینکه رهبر در رأس قوه مجریه است، احکام حکومتی ایشان از باب تنظیم حکم در رأس قوه مجریه است. از این رو عمل قضایی رهبر معظم انقلاب اسلامی به طریق اولی در راستای حفظ اصل تفکیک قوا از باب ولایت قضایی ایشان است. گفتنی است که نصب و عزل رئیس قوه قضائیه در همان اصل بند ب، در راستای وظیفه حکومتی معظم له است و منافاتی با ولایت قضایی ایشان در اجرای احکام صادره توسط ایشان ندارد.

همچنین، اختیار تعیین تعزیر که «بما یراه‌الحاکم» است، ابتدائاً در اختیار قاضی نیست، بلکه طبق آنچه در روایات آمده، ناظر بر والی است که همان حاکم مسلمانان و مختص مقام عصمت و نبوت است و پس از ایشان ولایت فقیه متصدی چنین مسئولیتی است مگر اینکه ولی امر افزون بر مقام قضایی، این کار را نیز به عهده قاضی واگذار کند (حسینی کاشانی و شریفی، ۱۳۹۹، ص. ۳۳).

سوم. مورد خاص جلوگیری از اجرای حکم توسط امام خمینی

از جمله موارد عینی ولایت قضایی در زمان امام خمینی، ولایت و اختیارات حاکم و ولی فقیه در زمینه امور کیفری بود که امام خمینی اجرای مجازات رجم را که یکی از کیفرهای حدی است، به مصلحت ندانستند و قاضیان را از اجرای آن بازداشتند. از این رو ولایت قضایی خود را اعمال و از اجرای حکم صادره جلوگیری کردند. از سویی در پاسخ به پرسش آیت الله منتظری مبنی بر اختلاف شورای نگهبان و شورای عالی قضایی در غیر موارد منوط به نظر رهبری، اعضای شورای نگهبان را حاکم و قضات را مجری احکام می‌دانند؛ زیرا اجتهاد نیز خود از موارد الزام به رأی است (بابایی، ۱۴۰۲، ص. ۲۱۲). همچنین است نظر حاکم که خاص اجتهاد و ولایت عام قضایی است. مطابق این نظریه می‌توان از ولایت مجتهدانه و عام قضایی حاکم مسلمانان جانب‌داری کرد. در این بیان، استقلال قضایی مد نظر گرفته است به شرط اجتهاد.

چهارم. لزوم اذن رهبری برای اجرای قصاص

مطابق قانون مجازات اسلامی در مواد ۴۱۷ و ۴۱۸، برای اجرای قصاص اذن مقام معظم رهبری یا نماینده ایشان لازم است.^۱ این اذن برای درستی اجرا و اطمینان از عدم تغییر و تبدیل و اجرای صحیح و منطبق با شرع است. این اصل که از مسلمات حقوق قضایی است، منشأ امتداد ولایت قاضی است که بر تخصص و طرفین دارد. ولایت رهبری نیز به نمایندگی از امام از این سنخ است و در محدوده اذن معظم‌له که در امور قضایی به نماینده خود یعنی رئیس قوه قضائیه داده است، به صورت موردی در هر دعوی ولایت جداگانه دارد و این مورد از نوع ولایتی که ایشان در امر حکومتی بر مردم دارد، متمایز است. از این رو اجرای قصاص که حق شخصی ولی دم است، با اذن رهبری باید انجام شود؛ زیرا ایشان تدبیرکننده امور مهم به نمایندگی شرعی خود از امام معصوم است و از این رو در شرایطی که اجرای قصاص به شیوه‌ای خاص جایز نباشد، معظم‌له قبل از اذن می‌تواند با اختیارات قضایی خود، نوع مجازات را تغییر دهد و تبدیل کند. بنابراین، با همان ولایت قضایی خود اجازه اجرای مجازات را خواهد داد. این طریقه بررسی واجد آثاری نیز هست؛ زیرا اگر از این طریق آسیبی به اولیای دم یا وضع روانی و عمومی جامعه وارد شود، حکم حکومتی با تشخیص مقام رهبری الزامی به جبران خسارت ادعایی هریک از طرفین یا افراد جامعه ندارد، اما در عمل قضایی خطای قاضی که مرتکب تقصیر هم نشده و منطبق با قواعد حکم به قصاص کرده است، از بیت‌المال که در ید حاکم مسلمانان و نماینده اوست، پرداخت می‌شود و این تحمیل زیان بر بیت‌المال بر پایه اذنی که در ولایت قضایی داده شده است، صورت می‌گیرد. دیه مقتول در قتل خطایی از بیت‌المال پرداخت می‌شود در حالی که هیچ دخالتی در قتل نه توسط جامعه و نه حاکم اسلامی وجود نداشته است (میرداداشی، ۱۳۹۳، صص. ۱۷۶ به بعد). از این رو اگر عمل حکم حکومتی باشد، نمی‌توان از بیت‌المال پرداخت کرد. همچنین است تحلیل این وضعیت بر پایه

۱. از آنجاکه قصاص حقی شخصی است، در جنایت مادون نفس مجنی‌علیه و در قتل، اولیای دم باید از دادگاه اجرای آن را بخواهند. در غیر این صورت امکان اجرای آن وجود نخواهد داشت. در جایی که اولیای دم متعدد باشند، بر اساس ماده ۴۲۳ قانون مجازات اسلامی «در هر حق قصاص، اگر بعضی از صاحبان آن، خواهان دیه باشند یا از قصاص مرتکب گذشت کرده باشند، کسی که خواهان قصاص است، باید نخست سهم دیه دیگران را در صورت گذشت آنان به مرتکب و در صورت درخواست دیه به خود آنان بپردازد».

تصرف در انفس که در ولایت حکومتی با ثبوت امر مستحق، ولایت در انفس را جایز و الزامی قانونی بر پرداخت دیه ندارد، و آنچه که بر جهادگران بر پایه فرمان رهبری و تصرف در انفس، پرداخت می‌شود الزام شرعی نیست بلکه متشرعه است و از باب مصلحت حکومتی. با این مقدمات به نظر می‌رسد اینکه کتابت حاکم بر قاضی را مبنای اذن، صدور و زوال احکام قضایی توسط مقام معظم رهبری در نظر بگیریم، واجد آثار متمایزی است که منطبق با عقل و منطق حقوقی و مناسب شأن ولایی مقام یادشده است. از آن جمله است امکان‌سنجی مطالبه جبران زیان در اثر اعمال مزبور از بیت‌المال و تعیین تکلیف اعمال قضایی مزبور در صورت عارض شدن موت و عزل بر حاکم مسلمانان که رهیافت‌های کتابت حاکم بر قاضی برای آن تعیین تکلیف کرده است، اما اگر آن‌ها را حکم حکومتی در نظر بگیریم، در خصوص مورد اخیر، نتیجه‌ای معکوس دریافت خواهیم کرد که تضييع حقوق بی‌شماری را در پی دارد؛ زیرا اگر موت و عزل ولی امر مسلمانان پیش بیاید، احکام صادره و تصرفات ایشان ملغالاثر می‌شوند یا آنکه میان فرمان اجرای حکم یا تقلیل و تخفیف احکام عقلاً باید قائل به تفکیک شد و مورد اخیر را به نفع محکومان ابقا کرد. برخلاف مورد برخورد و اجرای حکم که با عارض شدن موت و عزل برای ولی فقیه از احکام ایشان متوقف می‌شود در حالی که ملاک در عمل قضایی ولایت قاضی بر متخاصمان است که به محض صدور حکم ولایتش مستقر می‌شود و جز در مورد فسق قبل از اجرای حکم، موت و عزل به غیر فسق ایشان خدشه‌ای به حکم وارد نمی‌کند؛ زیرا شرعاً ولایت بر تخاصم منتقل شده و تنفید و اجرای حکمش واجب است. گفتنی است که حکم قاضی از دو خصیصه الزام‌آور و جزئی بودن بهره می‌برد (بابایی، ۱۴۰۲، ص. ۲۰۶).

۲.۲.۲. کتابت حاکم بر قاضی در فقه اهل سنت

الف. کتابت حاکم بر قاضی در فقه حنفی

سغدی از فقیهان حنفی، کتابت قاضی روستا و قریه را به صورت کلی قبول ندارد و نمی‌پذیرد. در این نظر به اعلام دین استناد شده مانند آنکه اعیاد و جماعات مانند قضاوت است و اعلام آن مختص شهر است و برای روستا و قریه تکلیفی نیست. از این رو اعلام قضا نیز توسط قضات پایین‌تر مانند قریه و روستا، برای مکتوب‌البه الزامی ایجاد نمی‌کند. درحقیقت، در استقرار ولایت کاتب تشکیک وجود دارد و از این رو اصل عدم ترجیح می‌یابد (السرخسی، ۱۹۹۳م، ج ۱۶، ص.

۹۸). حتی تا آنجا که اگر قاضی شهر باشد، اما بنا به دلیلی در خارج از شهر در قریه یا روستا باشد و نسبت به مسأله با حجت و دلیل قضاوت کند، تنفیذ و اجرای حکم قاضی شهر مورد پذیرش نیست؛ زیرا در موضع مکانی‌ای قضاوت کرده است که محل وجوب قضا نیست (البخاری الحنفی، ۲۰۰۴م، ج ۸، ص. ۱۳۸)، اما کتابت قاضی شهر بر روستا و قریه مورد استلزام است.

البته اینکه قاضی قریه نمی‌تواند بر قاضی شهر کتابت حکم یا استماع دلایل کند، به دلیل تشکیک در تنفیذ قضای مقر پایین‌تر قضایی است. از این رو اگر در شهری دو ناحیه باشد که هر ناحیه به صورت مجزا محل استقرار قضایی یکی از قاضیان باشد، مشکلی در پذیرش حکم یا استماع دلایل هریک از قاضیان پیش نمی‌آید؛ زیرا هر دو قاضی هم‌تراز و مشمول تنفیذ قضای اعلام دین هستند و از این رو ولایت ایشان از جانب امام یا مأذون از او مستقر شده است (البخاری الحنفی، ۲۰۰۴م، ج ۸، ص. ۱۳۹). پس مطابق این نظر نیز می‌توان برای مکتوب قاضی بالاتر که منصوب امام باشد، اختیار در حکم قضایی قائل شد، اما قاضی پایین‌تر نمی‌تواند برای قاضی بالاتر کتابت کند و مکتوب‌الیه مأخوذ به آن نمی‌شود (الزبلی الحنفی، ۱۳۱۳ق، ج ۴، ص. ۱۸۴). این در حالی است که استقلال قضایی اقتضای وجوب اجرا و تنفیذ آن را دارد. به تعبیر دیگر، نمی‌شود که به خاطر استقلال قضایی، موت و عزل را مؤثر در حکم صادره ندانست، اما اجازه تنفیذ قضای قاضی روستا یا قریه را در شهر نپذیرفت. این اشکالی است که در یافته‌های احناف پاسخ روشنی ندارد؛ البته بعضی مسأله عدم وجوب و پذیرش کتابت قاضی قریه و روستا را نسبت به دیگران از باب ورود مجهول در مقابل معلوم توجیه و این‌گونه استدلال کرده‌اند که در قضاوت و کتابت، قاضی شهر به دلیل اینکه می‌تواند ولایتش را منتقل و بر هم‌تراز خود کتابت کند، می‌تواند قضاوت او را معلوم دانست، اما کتابت قاضی قریه اگر پذیرفته شود، بر هریک از قضات مسلمانان لازم می‌شود در حالی که نه تنها بر قاضی روستا و شهر باشد، بلکه بر والی مسلمانان، امیران، خلیفه و امام نیز می‌توان آن را تصور کرد. بنابراین، این‌گونه کتابت، مکتوب بر مجهول است که مورد پذیرش نیست (الغیتابی الحنفی، ۲۰۰۰م، ج ۹، ص. ۴۴).

در فقه حنفی نیز نظرات مخالفی مبنی بر عدم فرق میان کتابت قاضی شهر و روستا وجود دارد به این دلیل که وقتی به طرق صحیح شرعی مفاد کتابت و علم به قصد مدلول آن توسط کاتب برای مکتوب‌الیه حاصل شود، ولایت قاضی که بر متخاصمان است، تداوم می‌یابد و به وسیله قاضی مکتوب‌الیه اجرا می‌شود (خسرو، بی‌تا، ج ۲، ص. ۴۱۳). در مجله الاحکام که قانون مدنی کشور

عثمانی بوده، در ماده ۱۸۰۵ بیان شده است که اگر قاضی خود مأذون در عزل و نصب نیز باشد، فرد یادشده، نایب اوست، اما موت و عزل او در عزل نایب مؤثر نیست، اما اگر مأذون نباشد، باز هم موت و عزل او تأثیری در سمت مکتوب‌الیه ندارد و بر نایب لازم است که دعاوی را که قاضی استماع دلایل کرده یا رأی صادر کرده است، تنفیذ و اجرا کند^۱ (مکونه من عدة علماء و فقهاء فی الخلافة العثمانية، ماده ۱۸۰۵).

ب. کتابت حاکم بر قاضی در فقه مالکی

در فقه مالکی کتابت امیر بر قاضی به عنوان حکم قضایی مورد پذیرش قرار گرفته است (التمیمی الصقلی، ۲۰۱۳م، ج ۱۵، ص ۷۴۶). همچنین، کتابت قاضی مرتبه پایین‌تر نسبت به قضات مرتبه بالاتر پذیرفته نیست؛ زیرا ولایت قاضی بالاتر بر قاضی مرتبه پایین‌تر مانع مأخوذ شدن به کتابت قاضی پایین‌تر می‌شود، اما برعکس آن یعنی کتابت قاضی مرتبه بالاتر نسبت به قاضی مرتبه پایین‌تر با احراز دیگر شرایط پذیرفته می‌شود (القرافی، ۱۹۹۴م، ج ۱۰، ص ۱۰۴). در جای دیگر، تساوی مرتبه قضایان را در کتابت قاضی شرط دانسته‌اند. در تأیید آن به تنفیذ قضای قاضی مکه در شهر مدینه استناد شده است و مرتبه آن دو را یکی دانسته‌اند (الورغمی، ۲۰۱۴م، ج ۹، ص ۱۹۲)؛ البته این مسأله مربوط به صدر اسلام است که هر شهر یک قاضی داشت.

در خصوص مبنای ولایت قاضی و خلیفه گفته شده است که اگر نایب از قاضی باشد با موت و عزل قاضی، نایب نیز عزل می‌شود. از این رو کتابت قاضی بر نایبی است که از سوی او تعیین شده است، اما موت و عزل خلیفه، تأثیری در ولایت قاضی ندارد؛ زیرا اگرچه از سوی خلیفه منصوب شده، اما برای مصلحت مسلمین بوده است تا به حق و عدل حکم کند. بنابراین، فوت و عزل خلیفه تأثیری در حکم صادره ندارد (الدمیری، ۲۰۱۳م، ج ۵، ص ۵۹). ممکن است گفته شود مطابق این مبنا اگر بخواهیم به مسأله نگاه کنیم، کتابت خلیفه بر قاضی نمی‌تواند حکم قضایی باشد؛ زیرا انتزاع عزل خلیفه از قاضی به خاطر تعیین بر مصلحت مسلمین، دلالت بر عدم ولایت قضایی دارد. در پاسخ عرضه می‌داریم که اولاً، در کتابت قاضی، ولایت قاضی بر قاضی نیست، بلکه بر متخاصمان است. از این رو هرکس این ولایت را به طریق صحیح شرعی به قاضی محل مکتوب‌الیه

۱. «إِذَا تُوَفِّيَ قَاضِي قَضَاءٍ فَلِنَائِبِهِ أَنْ يَسْتَمَعَ الدَّعَاوَى الَّتِي تَقَعُ فِي ذَلِكَ الْقَضَاءِ وَيَحْكُمَ بِهَا إِلَى أَنْ يَأْتِيَ قَاضٍ غَيْرُهُ».

برساند، ولایت تداوم و استقرار می‌یابد (آهنگران و همکاران، ۱۴۰۲، ص. ۱۴). ثانیاً، مسأله ولایت خلیفه بر امور مسلمین جدا از ولایت قاضی است، اما امکان دارد برای تنفیذ و اجرای حکم یا قرار در مجرای واحدی محل اعمال این ولایت قرار گیرند. بنابراین، این مسأله مبنایی نمی‌تواند مغل به تنفیذ و اجرای احکام خلیفه یا رهبر مسلمانان باشد. پس تغییر حالت خلیفه یا قاضی نقضی بر موضع ولایت او وارد نمی‌سازد (العبدری الغرناطی، ۱۹۹۴م، ج ۸، ص. ۶۴).

ج. کتابت حاکم بر قاضی در فقه شافعی

در فقه شافعی نیز عمل به کتابت قاضی هنگامی واجب می‌شود که قاضی منصوب امام یا مأذون از قبیل امام باشد. فارغ از اینکه امام در میان اهل سنت در امتداد خلافت که جانشین رسول‌الله‌اند، شمرده می‌شود یا نه، عمل به کتابت قاضی به خاطر اذنی که از حاکم مسلمانان دارد و مأذون از قبیل او شمرده می‌شود، ولایتش در طول ولایت اذن‌دهنده به شمار می‌آید (شیرازی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۳۷۹)، اما در شافعی به دلیل مبنایی که برای کتابت قاضی در نظر گرفته‌اند، کتابت قاضی مرتبه بالاتر و پایین‌تر را بر هریک از قضات متقابل صحیح قلمداد کرده‌اند (الرویانی، ۲۰۰۹م، ج ۱۴، ص. ۴)؛ چنان‌که کتابت قاضی شهر بر شهر دیگر، شهر بر روستا و برعکس آن یعنی کتابت قاضی روستا بر شهر را محل وجوب اجرا و تنفیذ شمرده‌اند (الرویانی، ۲۰۰۹م، ج ۱۴، ص. ۵).^۱

البته بلقینی از فقیهان تراز اول شافعی معتقد است که تعیین در کتابت هنگامی ایجاد می‌شود که در محل مکتوب‌الیه مجتهدی معد برای قضاوت نباشد. در این صورت بر دیگری اجرای حکم مکتوب محل اشکال است. این در فرضی است که کاتب نیز در مرتبه اقرب به اجتهاد باشد یا اجتهاد وی کمتر از مکتوب‌الیه نباشد. در غیر این صورت وجوب عمل به آن به شدت محل تردید است. پس آنچه متفق است، این است که نیازی نیست مکتوب‌الیه مشخص باشد، بلکه در محل مکتوب‌الیه فاضل مأخوذ به اجرا می‌شود نه مفضول. به عبارت دیگر، مقلد مأخوذ به اجرا نیست، بلکه مجتهد یا اقرب به ایشان مأخوذ به اجرای حکم می‌شود؛ البته این در جایی است که کاتب نیز دست‌کم مترادف و همسان با فاضل در محل مکتوب‌الیه باشد (الرافعی القزوینی، ۱۹۹۷م، ج ۱۲،

۱. «ثم اعلم أنه يجوز أن يكتب قاضي مصر إلى قاضي مصر، وقاضي قرية إلى قاضي قرية و قاضي بلد إلى قاضي قرية، وقاضي قرية إلى قاضي بلد لأن كل واحد من هؤلاء ينفذ قضاؤه وحكمه فيقبل كتابه».

ص. ۴۱۲؛ البته اندیشه مزبور میان فقهای شافعی ثابت نیست و عده‌ای دیگر کتابت را حتی توسط امیران و حکام ولایات چنانچه منعی برای قضاوت نداشته باشد، ولو آنکه در محل ولایت یعنی قاضی نباشد، محل وجوب اجرا و تنفیذ می‌دانند. مطابق این نظر باید کتابت قاضی چه توسط حکام ولایات باشد چه بالاتر از آن امیران بلاد باشد و چه خلیفه که ناصب آن‌هاست باشد، پذیرفته شود (النووی، ۱۹۹۱م، ج ۱۱، ص. ۱۸۴). این در حالی است که کتابت ناظر بر دو مورد است. یکی تنفیذ و ترتیب اثر دادن به تحقیقات و موارد اثبات‌شده برای کاتب و دیگری اجرای حکم صادره در بلاد دیگر، اما اشکال اینجاست که کتابت برای تنفیذ و ترتیب اثر دادن به آن اگر ناظر بر تحقیقاتی مانند استماع شهادت شهود باشد، در موضع شک و عدم وجوب قرار می‌گیرد؛ زیرا شهادت باید نزد قاضی صورت پذیرد و اگر نزد حکام و امیران باشد، شرعاً و قانوناً اعتباری ندارد و شهادت شمرده نمی‌شود. از این رو نظریه پذیرش کتابت از سوی منصوبان خلیفه یا امام‌المسلمین در غیر محل قضاوت به شدت محل تردید است.

معیار ولایت نزد شافعی ولایت هر فردی است که با احراز شرایط قاضی شده است. بنابراین، عزل و موت امام به معنی خلیفه یا حاکم مسلمین سبب عزل قاضی منصوب او نخواهد شد (البلقینی الشافعی، ۲۰۱۲م، ج ۴، ص. ۳۲۵)؛ زیرا در موضع ولایت، امام ولایت بر عموم دارد و قاضی ولایت بر متخاصمان دارد (الاسدی الشافعی ابن قاضی شبهة، ۲۰۱۱م، ج ۴، ص. ۴۴۷) مگر آنکه قاضی منصوب باشد به خاطر امر مولی که با برطرف شدن مسأله و موت و عزل مولی، قاضی نیز منعزل می‌شود (المهرانی القاهری الشافعی، ۲۰۱۱م، ج ۳، ص. ۵۵۴). در اینجا می‌بینیم که ولایت بر تحاکم میان طرفین به بیوست اتصال ولایت امام یا خلیفه است که بر امر قضایی اختیار دارد. اگر چنین نبود، از بین رفتن ولایت قاضی در نوع تعیین‌شده باز هم سبب انعزال قاضی نمی‌شد. برخی نیز بر پایه اختیار امام در عزل قاضی، حکم او را حکم قضایی قلمداد کرده و موت و عزل را پیرو ولایت امام در نظر گرفته‌اند (المنهاجی الاسیوطی، ۱۹۹۶م، ج ۲، ص. ۲۹۱)؛ البته مبنای لزوم احتیاج مسلمین به حل و فصل دعاوی و عدم تعطیلی حقوق، ملاک عدم تأثیر عزل و موت امام یا خلیفه در وضعیت قاضی قرار گرفته است (السنبکی، ۱۹۹۴م، ج ۲، ص. ۲۵۹).

۱. «فإن الإمام يستتیب القضاء فی حقوق المسلمین، فلم ینعزلوا بموته».

د. کتابت حاکم بر قاضی در فقه حنبلی

خرقی از فقیهان حنبلی سده ۵، عزل قاضی کاتب را مؤثر در وضعیت مکتوب‌الیه نمی‌داند. از این رو تنفیذ و اجرای حکم صادره را بر مکتوب‌الیه به شرطی که به طریق صحیح شرعی منتقل شده باشد، واجب می‌داند (الخرقی، ۱۴۱۳ق، ص. ۱۵۵). با این وصف اگر قاضی در شهری نسبت به موضوعی حکمی را صادر و آن را مکتوب کند و به واسطه شهودی آن را به شهر محل مکتوب‌الیه برساند، بر او واجب است تا حکم صادره را تنفیذ و اجرا کند. مطابق این بیان بدون قید اینکه کاتب اعلی باشد یا ادنی، نشان از ولایت کاتب بر متخاصمان دارد و از این رو حکم حاکم یا مأذون از قبل او به معنای حکم قضایی است (ابن قدامه مقدسی، ۲۰۰۴م، ص. ۱۴۹). در میان حنابله بیانی به صراحت مبنی بر اینکه کتابت حاکم یا امام بر قاضی چگونه است یا اینکه امر قاضی بالاتر یا مولی نسبت به حکم قضایی چیست، یافت نشده است، اما با استظهار از وضعیت تأثیر تغییر حالت قاضیان می‌توان به ولایت قاضی بر متخاصمان و صدور حکم قضایی از سوی خلیفه یا امام پی برد.

البته برخی با تفکیک محل تنفیذ و اجرا قائل بر تفصیل نوع کتابت شده‌اند. درحقیقت، در اجرای حکم، قائل بر ولایت و در تنفیذ حکم و صدور به واسطه مسموعات مکتوب، قائل بر عدم ولایت شده‌اند (ابن قدامه مقدسی، ۱۹۹۴م، ج ۴، ص. ۲۴۳).

برخی نیز در خصوص تأثیر فسق کاتب نیز میان صدور حکم برای اجرا و تنفیذ رأی برای صدور حکم، قائل به تفصیل و مورد اخیر را سبب بی‌اعتباری و ممنوعیت اصدار حکم به واسطه آن قلمداد می‌کنند (ابن تیمیة الحرانی، ۱۳۶۹ق، ج ۲، ص. ۲۱۳). تحلیلی که از این نظریه فهمیده می‌شود، این است که فسق قاضی کاتب تنها هنگامی سبب بی‌اعتباری کتابت است که مربوط به تحقیقات باشد و برای صدور حکم بخواهد مورد استناد قرار گیرد. در اینجا مشخص می‌شود که قاضی کاتب بر متخاصمان ولایت دارد و این ولایت در جایی است که حکم صادر شده باشد در حالی که در مورد اخیر یعنی تنفیذ رأی برای صدور حکم، حکم به معنای خاص آن نیست و از این رو ولایتی مستقر نشده است. پس اگر قاضی بالاتر یا امام و خلیفه حکمی صادر کنند، به معنی حکم قضایی است؛ زیرا اگر حکمشان قضایی نبود و حکومتی بود، حتی تنفیذ ایشان نیز باید مورد استناد قرار می‌گرفت؛ زیرا مبنای پذیرش آن ولایت قاضی نبود، بلکه لزوم عمل به حکم خلیفه مسلمانان بود. از این رو تأثیر فسق مطابق آنچه در بعضی منابع اهل سنت وجود دارد، زایل‌کننده سمت کاتب از بعد حکومتی نیست و آنچه زایل می‌شود، ولایت بر متخاصمان است که

در مقام قضا حکم را صادر کرده‌اند.

نتیجه‌گیری

با توجه به مطالب گفته‌شده، مسأله کتابت حاکم بر قاضی ذیل کتابت قاضی بر قاضی مورد بررسی قرار گرفت. در این طریق یافته‌های تطبیقی فقه امامیه و اهل سنت نیز مسأله یادشده را از باب کتابت اعلی بر ادنی با مصداق قاضی شهر بر روستا یا برعکس مورد نظریه‌پردازی قرار داده‌اند. با توجه به اینکه در نظام حقوقی نیز جای این مسأله خالی است و اینکه کتابت عالی بر ادنی و ادنی بر عالی در فقه فریقین مورد مناقشه است، مسأله بر این رویکرد قرار گرفت تا از لحاظ تحلیل ماهیت صحت صدور و وضعیت کتابت قاضی نسبت به اعلی و ادنی روشن شود. همچنین، در این تطبیق نوع ولایت در قضا توسط ولی فقیه نیز که واجد آثار است، روشن شد. در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران به‌خاطر استمرار ولایت قاضی بر متخاصمان و مورد دعوی، مسأله تحقق عمل قضایی عالی بر ادنی در جریان تحقق عفو رهبری در قانون ایران، لزوم احتیاج امور مسلمین، لزوم اذن در اجرای قصاص، مسأله تأثیر ولایت قضایی رهبری در صورت موت و عزل، مسأله وجوب عمل به کتابت حاکم شرع، مسأله جلوگیری از حکم خاص توسط امام خمینی و لزوم حفظ استقلال قوا، معیار صحت‌سنجی کتابت حاکم بر قاضی به‌عنوان عمل قضایی قرار گرفت. این مدل از اعتبارسنجی واجد آثاری است که از آن جمله عدم تأثیر موت و عزل در ولایت قضایی به‌خاطر ولایت بر تخاصم است، اما در ولایت حکومتی با عارض شدن حالات فوق ولایت نیز زایل و ترتب آثار یادشده محل تردید قرار می‌گیرد. در این صورت برای ولایت حکومتی، خسارت وارده بر متضرران از احکام قضایی جبران‌نشده باقی می‌ماند؛ زیرا ولایت حکومتی مطابق نظریه فقه حکومتی در موارد اعمال حاکمیت و نظم عمومی به جبران خسارت تن در نمی‌دهد. همچنین، مبحث کتابت حاکم بر قاضی در بطن کتابت قاضی بر قاضی مورد بررسی قرار گرفته است که نشان از ولایت قضایی حاکم مسلمانان در امر قضایی دارد. از این رو موارد جواز تبرع به درخواست تنفیذ و اجرا در خصوص مجتهدان از قضات و مورد تأثیر موت و عزل حاکم بر احکامی که از ایشان صادر شده است، و اینکه مورد اذن یا منع ایشان بوده نیازمند تقنین در این حوزه است. ضوابطی که در فقه امامیه و اهل سنت معرفی شد، حول محور ولایت قضایی و تفاوت آن با ولایت اجرایی و حکومتی حاکم مسلمانان، نشان از امکان‌سنجی تعیین تکلیف در این حوزه به‌واسطه

بنیادهای مطالب فوق در کتابت قاضی دارد. در فقه اهل سنت نیز چند رویه برای صحت اعتبار کتابت حاکم بر قاضی اتخاذ شده است؛ عده‌ای مانند مالکی و حنفی کتابت حاکم بر قاضی را در موضع ولایی مکانی کاتب می‌پذیرند و فسق را برای کاتب سبب زوال نمی‌دانند؛ زیرا بر حاکم و خلیفه عدالت شرط نیست. ایشان، وجوب عمل به کتابت قاضی اعلی را اگر در محدوده قضایی استقرارش باشد، می‌پذیرند و در غیر آن نمی‌پذیرند. فقهای مذهب شافعی کتابت حاکم بر قاضی را به سبب ولایت قاضی و با قید اینکه از عالی بر دانی باشد یا کتابت از مجتهد و اقرب به اجتهاد باشد را به صورت امر واجب می‌پذیرند. در حنابله نیز محل وجوب برای مکتوب‌الیه از عالی به دانی از سویی و از سوی دیگر، محل وجوب با احراز فسق در صدور حکم است نه تنفیذ مسموعات و تحقیقات.

از این رو باور بر این است که جامع فقه اسلامی ولایت قضایی را پذیرفته‌اند و در توجیه آن به غلبه حکم اعلی بر ادنی و لزوم تبعیت منصوب از ناصب یا مأذون از امام استناد شده است. سیره عملی رهبر معظم انقلاب اسلامی و حکم قانون در ماده ۹۶ قانون مجازات اسلامی به صراحت معیار تفکیک امر قضایی از امر حکومتی را معرفی کرده است.

فارغ از بحث مزبور لازم است قانون‌گذار در این خصوص تمهیداتی بیندیشد و تأثیر عزل و موت حاکم بر منصوباتش در امر قضا مورد تنقیح قرار گیرد. همچنین است چگونگی اجرای حکمی که توسط حاکم پذیرفته شده است و در اثنای آن موت یا عزل پیش می‌آید. بنابراین تنقیح مجزا در خصوص احکام صادره حاکم مسلمانان، امر قضایی ایشان و احکام مترتب بر آن حقیقتاً ضروری است.

منابع

- (۱) قرآن کریم.
- (۲) نهج البلاغه.
- (۳) آهنگران، محمدرسول، کشاورز، علی و طایفی نصرآبادی، فاطمه (۱۴۰۲). کتابت قاضی، مبنایی برای اعطای نیابت قضایی و اجرای احکام صادره از محاکم؛ با تحلیلی در فقه اسلام و رویه قضایی ایران. پژوهش‌نامه حقوق اسلامی. doi: 10.30497/law.2023.244619.3421
- (۴) ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر (۴۰۶ق). المهذب (جلد ۲). قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم.
- (۵) ابن تیمیة الحرانی، عبدالسلام بن عبدالله بن الخضر بن محمد مجدالدین (۱۳۶۹ق). المحرر فی الفقه علی مذهب الامام احمد بن حنبل (جلد ۲). مطبعة السنة المحمدية.
- (۶) ابن حیون، نعمان بن محمد (۱۳۸۳ق). دعائم الاسلام (آصف فیضی، مصحح) (جلد ۲). قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لاحیاء التراث.
- (۷) ابن قدامه مقدسی، ابو محمد موفق الدین عبدالله بن احمد بن محمد (۱۹۹۴م). الکافی فی فقه الامام احمد (جلد ۴) (چاپ ۱). بیروت: دارالکتب العلمیة.
- (۸) ابن قدامه مقدسی، ابو محمد موفق الدین عبدالله بن احمد بن محمد (۲۰۰۴م). عمدة الفقه. بیروت: المكتبة العصرية.
- (۹) أبی عبدالله یاقوت بن عبدالله الحموی الرومی البغدادی (بی تا). معجم البلدان. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- (۱۰) الاسدی الشافعی ابن قاضی شهبه، بدرالدین ابو الفضل محمد بن ابی بکر (۲۰۱۱م). بداية المحتاج فی شرح المنهاج (جلد ۴). چاپ ۱، جده: دار المنهاج للنشر والتوزیع.
- (۱۱) اسماعیلی، محسن و طحان نظیف، هادی (۱۳۹۱). نسبت سیاست‌های کلی نظام با احکام حکومتی در حقوق اساسی ایران. پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۳ (۱)، صص. ۷۳-۹۴. doi: 10.30497/law.2012.1014
- (۱۲) النووی، ابوزکریا محیی الدین یحیی بن شرف (۱۹۹۱م). روضة الطالبین و عمدة المفتین (جلد ۱۱). چاپ ۳، بیروت: المكتبة الاسلامیة.
- (۱۳) بابایی، احسان (۱۴۰۲). تحلیل شرطیت اجتهاد در امر قضاوت با تأکید بر عنصر قانون. پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۲۴ (۲)، صص. ۱۹۵-۲۲۴. doi: 10.30497/law.2023.245041.3413
- (۱۴) البخاری الحنفی، محمود بن احمد بن عبدالعزیز بن عمر بن مازة (۲۰۰۴م). المحيط البرهانی فی الفقه النعمانی (جلد ۸). چاپ ۱، بیروت: دارالکتب العلمیة.

- ۱۵) بستانی، فواد افرام (۱۳۷۵). المنجد الایجدی تهران: نشر اسلامی.
- ۱۶) البلقینی الشافعی، سراج‌الدین ابی حفص عمر بن رسلان (۲۰۱۲م). التدریب فی الفقه الشافعی المسمى به «تدریب‌المبتدی و تهذیب‌المنتهی» (جلد ۴). چاپ ۱، ریاض: دارالقبلتین.
- ۱۷) تبریزی، جواد (۱۳۷۸). تنقیح مبانی الاحکام (جلد ۱). دارالصدیقه‌الشهیده (سلام‌الله‌علیها).
- ۱۸) التمیمی الصقلی، ابوبکر محمد بن عبدالله بن یونس (۲۰۱۳م). الجامع لمسائل المدونة (جلد ۱۵). چاپ ۱، دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
- ۱۹) حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعد‌العلامه (جلد ۲۵). قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم و دفتر انتشارات اسلامی.
- ۲۰) حسینی کاشانی، سید محمد مصطفی و شریفی، مهدی (۱۳۹۹). اختیارات ولی فقیه در تغییردادن مجازات حدی در حکومت اسلامی با تأکید بر نظر امام خمینی (س). پژوهشنامه متین، ۲۲(۸۷)، ۲۵-۴۴. doi: 10.22034/matin.2020.126890
- ۲۱) حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۳۷۴). مختلف‌الشیعه فی احکام‌الشریعه (جلد ۸). جامعه‌المدرسین فی الحوزة‌العلمیه بقم.
- ۲۲) حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکره‌الفقه (ط‌الحدیثه: الطهارة الی‌الجماعة) (جلد ۴). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لاحیاء‌التراث.
- ۲۳) حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع‌الاسلام فی مسائل‌الحلال والحرام (عبدالحسین محمدعلی بقال، محقق) (جلد ۴). قم: اسماعیلیان.
- ۲۴) الخرقی، ابوالقاسم عمر بن‌الحسین بن عبدالله (۱۴۱۳ق). متن‌الخرقی علی مذهب ابی عبدالله احمد بن حنبل الشیبانی.
- ۲۵) خسرو، محمد بن فرامرزی علی (بی‌تا). در‌الحکام شرح غرر‌الاحکام (جلد ۲). دار احیاء‌الکتب‌العربیة.
- ۲۶) داماد افندی، عبدالرحمان بن محمد بن سلیمان (بی‌تا). مجمع‌الانهر فی شرح ملتقی‌الابحر (جلد ۲). دار احیاء‌التراث‌العربی.
- ۲۷) الدمیری، بهرام بن عبدالله بن عبدالعزیز (۲۰۱۳م). تحبیر‌المختصر و هو‌الشرح‌الوسط علی مختصر خلیل فی الفقه‌المالکی (جلد ۵). چاپ ۱، مرکز نجیبویه للمخطوطات و خدمة‌التراث.
- ۲۸) دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۹۰). لغت‌نامه. (جلد ۲) تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- ۲۹) الرفاعی القزوینی، عبدالکریم بن محمد بن عبدالکریم ابوالقاسم (۱۹۹۷م). العزیز شرح الوجیز‌المعروف بالشرح‌الکبیر‌العلمیه (جلد ۱۲). چاپ ۱، بیروت: دارالکتب‌العلمیه.
- ۳۰) رشتی، حبیب‌الله بن محمد علی (۱۴۰۱). کتاب‌القضاء قم: دارالقرآن‌الکریم.

- (۳۱) الرویانی، ابوالمحاسن عبدالواحد بن اسماعیل (۲۰۰۹م). بحر المذهب (فی فروع المذهب الشافعی) (جلد ۱۴). چاپ ۱، دارالکتب العلمیة.
- (۳۲) الزلیعی الحنفی، عثمان بن علی بن محجن (۱۳۱۳ق). تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق و حاشیة الشلبي (جلد ۴). چاپ ۱، قاهره: المطبعة الكبرى الامیریة.
- (۳۳) السرخسی، محمد بن احمد بن ابی سهل شمس الائمة (۱۹۹۳م). المبسوط (جلد ۱۶). بیروت: دارالمعرفة.
- (۳۴) السنیکی، محمد بن احمد بن زکریا الانصاری زین الدین ابویحیی (۱۹۹۴م). فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (جلد ۲). دارالفکر للطباعة والنشر.
- (۳۵) سمرقندی، محمد بن احمد بن ابی احمد ابوبکر علاء الدین (۱۹۹۴م). تحفة الفقها (جلد ۳). چاپ ۲، بیروت: دارالکتب العلمیة.
- (۳۶) شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۳۶۸). الدرايه فی علم مصطلح الحدیث، قم: فیروزآبادی.
- (۳۷) شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام (جلد ۱۴). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- (۳۸) شیرازی، ابواسحاق ابراهیم بن علی بن یوسف (بی تا). المهذب فی فقه الامام الشافعی (جلد ۳). دارالکتب العلمیة.
- (۳۹) صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد (۴۱۴ق). المحيط فی اللغة (محمد حسن آل یاسین، محقق). (جلد ۷). بیروت: عالم الکتب.
- (۴۰) طباطبایی کربلابی، علی بن محمد علی (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (ط. الحدیث) (جلد ۱۵). قم: مؤسسه آل البیت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
- (۴۱) طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیة (محمد تقی کشفی، محشی؛ محمد باقر بهبودی، محقق). (جلد ۸). تهران: مکتبه المرتضویة.
- (۴۲) طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف. (جلد ۴). قم: جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیة بقم.
- (۴۳) العبدری غرناطی، محمد بن یوسف بن ابی القاسم بن یوسف (۱۹۹۴م). التاج والاکلیل لمختصر خلیل (جلد ۸). چاپ ۱، دارالکتب العلمیة.
- (۴۴) الغیتابی الحنفی، ابو محمد محمود بن احمد بن موسی بن احمد بن حسین (۲۰۰۰م). البناية شرح الهدایة (جلد ۹). چاپ ۱، بیروت: دارالکتب العلمیة.
- (۴۵) فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۴۲۷ق). تفصیل الشریعة (القضا والشهادات). قم: مرکز فقه الائمة الاطهار (علیهم السلام).
- (۴۶) فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). كشف اللثام عن قواعد الاحکام (جلد ۱۰). قم: جماعة المدرسین

فی الحوزة العلمية بقم.

- ۴۷) فخرالمحققین، محمدبن حسن (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد (جلد ۴). اسماعیلیان.
- ۴۸) القرافی، أبو العباس أحمد بن إدريس (۱۹۹۴م). الذخیره (جلد ۱۰). بیروت: دارالغرب.
- ۴۹) القرافی، شهاب‌الدین احمد بن ادريس بن عبدالرحمن المالکی (۱۹۹۴م). الذخیره (جلد ۱۰). چاپ ۱، بیروت: دارالغرب الاسلامی.
- ۵۰) گلیایگانی، محمدرضا (۱۴۲۶ق). القضا والشهادات (علی حسینی میلانی، محرر). (جلد ۲). قم: السیدعلی الحسینی المیلانی.
- ۵۱) محقق ابراهیم سامرای، خلیل بن احمد و مخزومی، مهدی (۱۴۰۹ق). العین (محسن آل عصفور، گردآورنده). (جلد ۵). قم: دارالهجرة.
- ۵۲) محقق حلّی، جعفر بن حسن (۱۴۰۴ق). ریاض المسائل (جلد ۲). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم السلام).
- ۵۳) مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی (۱۳۸۹). فرهنگ‌نامه اصول فقه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- ۵۴) مظفر، محمدرضا (۱۳۷۰). اصول الفقه. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزة علمیه قم.
- ۵۵) معلوف، لويس (۲۰۰۰م). المنجد فی اللغة العربیة المعاصرة. بیروت: دارالمشرق.
- ۵۶) مقتدایی، مرتضی (بی تا) مفتاح الهدایة فی شرح تحریر الوسیلة (روح الله خمینی، نویسنده) تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- ۵۷) مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۵). انوارالأصول (جلد ۱). قم: مدرسه امیرالمومنین (علیه السلام).
- ۵۸) جمعی از نویسندگان (بی تا). مجلة الاحکام العدلیة. کارخانه تجارت کتب کراتشی.
- ۵۹) المنهاجی الاسبوطی، شمس‌الدین محمد بن احمد بن علی بن عبد الخالق (۱۹۹۶م). جواهرالعقود و معین القضاة والموقعین والشهود (جلد ۲). چاپ ۱، بیروت: دارالکتب العلمیة.
- ۶۰) مومن قمی، محمد (۱۳۸۹). مبانی تحریر الوسیلة (جلد ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- ۶۱) المهرانسی القاهری الشافعی، احمد بن عبدالرحیم بن الحسین بن عبدالرحمن (۲۰۱۱م). تحریرالفتاوی علی التنبیه والمنهاج والحاوی المسمی (النکت علی المختصرات الثلاث) (جلد ۳). چاپ ۱، جده: دارالمنهاج للنشر والتوزیع.
- ۶۲) مهنا، عبدالله علی (۱۴۱۳ق). لسان اللسان (جلدهای ۱ و ۲). بیروت: دارالکتب العلمیة.
- ۶۳) میرداداشی، سید مهدی (۱۳۹۳). تأملی در مستثنیات دین. فقه و اجتهاد، (۱۱)، ۱۵۱-۱۹۴.
- ۶۴) نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۴۲۱ق). جواهر الکلام (ط. الحدیثة) (جلد ۲۰). قم: مؤسسه دائرة المعارف

فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).

۶۵) نجفی، محمدحسن بن باقر (بی تا). جواهرالکلام (ط. القديمة) (جلد ۴۰). دار احیاء التراث العربی.

۶۶) النسفی، ابوالبرکات عبدالله بن احمد بن محمود حافظ السدین (۲۰۱۱م). کنزالدقائق. چاپ ۱، دارالبشائرالاسلامیة.

۶۷) نوری، حسین بن محمدتقی (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل (جلدهای ۱۷ و ۲۵). بیروت: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.

۶۸) الورغمی التونسی، محمد بن محمد بن عرفه، پ ابو عبدالله (۲۰۱۴م). المختصر الفقهی لابن عرف (جلد ۹). مؤسسه خلف احمد الخبتور للاعمال الخیریة.

۶۹) هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۲). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (اصول و مبانی کلی نظام) (جلد ۱). چاپ ۱۲، میزان.

References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Nahj al-Balāghah.
- 3) Abū ‘Abd Allāh Yāqūt ibn ‘Abd Allāh al-Ḥamawī al-Rūmī al-Baghdādī (n.d.). Mu‘jam al-Buldān. Beirut: Dār Ihyā’ al-Turāth al-‘Arabi [in Arabic].
- 4) Āhangarān, Moḥammad Rasūl; Keshāvarz, ‘Alī; and Ṭāyefī Naṣrābādī, Fāṭemeh (1402 SH/2023). Ketābat-e Qāzī, Mabnā’i barā-ye E’ṭā-ye Neyābat-e Qaḍā’i va Ejrā-ye Aḥkām-e Ṣādereh az Maḥākem; bā Taḥlīlī dar Feqh-e Eslām va Rūyeh Qaḍā’i-e Īrān [Judge Writing [Ketabat] as a Basis for Granting Judicial Representation and Enforcement of Court Judgments; An Analysis of Islamic Jurisprudence and Iranian Judicial Practice]. Pažūheš’name-ye Hoqūq-e Islāmī [Journal of Islamic Law Research], doi: 10.30497/law.2023.244619.3421 [in Persian].
- 5) Al-‘Abdarī al-Gharnāṭī, Muḥammad ibn Yūsuf ibn Abī al-Qāsim ibn Yūsuf (1994). al-Tāj wa al-Ikhlīl li-Mukhtaṣar Khalīl (Vol. 8) (1st ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah [in Arabic].
- 6) Al-Balqīnī al-Shāfi‘ī, Sirāj al-Dīn Abū Ḥafṣ ‘Umar ibn Raslān (2012). al-Tadrīb fi al-Fiqh al-Shāfi‘ī al-Musammā bi "Tadrīb al-Mubtadī wa Tahdhīb al-Muntahī" (Vol. 4) (1st ed.). Riyadh: Dār al-Qiblatayn [in Arabic].
- 7) Al-Bukhārī al-Ḥanafī, Maḥmūd ibn Aḥmad ibn ‘Abd al-‘Azīz ibn ‘Umar ibn Māzah (2004). al-Muḥīṭ al-Burhānī fi al-Fiqh al-Nu‘mānī (Vol. 8) (1st ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah [in Arabic].
- 8) Al-Damīrī, Bahrām ibn ‘Abd Allāh ibn ‘Abd al-‘Azīz (2013). Taḥbīr al-Mukhtaṣar wa Huwa al-Sharḥ al-Wasaṭ ‘alā Mukhtaṣar Khalīl fi al-Fiqh al-Mālikī (Vol. 5) (1st ed.). Markaz Najībawīyyah lil-Makhtūṭāt wa Khidmat al-Turāth [in Arabic].
- 9) Al-Ghīṭabī al-Ḥanafī, Abū Muḥammad Maḥmūd ibn Aḥmad ibn Mūsā ibn Aḥmad ibn Ḥusayn (2000). al-Bināyah Sharḥ al-Hidāyah (Vol. 9) (1st ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah [in Arabic].
- 10) Al-Khiraqī, Abū al-Qāsim ‘Umar ibn al-Ḥusayn ibn ‘Abd Allāh (1413 AH/1992). Matn al-Khiraqī ‘alā Madhhab Abī ‘Abd Allāh Aḥmad ibn Ḥanbal al-Shaybānī [in Arabic].
- 11) Al-Mīhrānī al-Qāhirī al-Shāfi‘ī, Aḥmad ibn ‘Abd al-Raḥīm ibn al-Ḥusayn ibn ‘Abd al-Raḥmān (2011). Taḥrīr al-Fatāwā ‘alā al-Tanbīh wa al-Mīnhāj wa al-Ḥawī al-Musammā (al-Nukat ‘alā al-Mukhtaṣarāt al-Thalāth) (Vol. 3) (1st ed.). Jeddah: Dār al-Mīnhāj li al-Nashr wa al-Tawzī‘ [in Arabic].
- 12) Al-Mīnhājī al-Asyūṭī, Shams al-Dīn Muḥammad ibn Aḥmad ibn ‘Alī ibn ‘Abd al-Khālīq (1996). Jawāhir al-‘Uqūd wa Mu‘īn al-Quḍāt wa al-Muwaqqi‘in wa al-Shuhūd (Vol. 2) (1st ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah [in Arabic].
- 13) Al-Nasafī, Abū al-Barakāt ‘Abd Allāh ibn Aḥmad ibn Maḥmūd Ḥāfiẓ al-Dīn (2011). Kanz al-Daqa‘iq (1st ed.). Dār al-Bashā’ir al-Islāmiyyah [in Arabic].
- 14) Al-Nawawī, Abū Zakariyyā Yaḥyā ibn Sharaf (1991). Rawḍat al-Ṭālibīn wa ‘Umdat al-Muftīn (Vol. 11) (3rd ed.). Beirut: al-Maktab al-Islāmī [in Arabic].
- 15) Al-Qarāfi, Abū al-‘Abbās Aḥmad ibn Idrīs (1994). al-Dhakhīrah (Vol. 10).

- Beirut: Dār al-Gharb [in Arabic].
- 16) Al-Qarāfi, Shihāb al-Dīn Aḥmad ibn Idrīs ibn ‘Abd al-Raḥmān al-Mālikī (1994). *al-Dhakhīrah* (Vol. 10) (1st ed.). Beirut: Dār al-Gharb al-Islāmī [in Arabic].
 - 17) Al-Rāfi‘ī al-Qazwīnī, ‘Abd al-Karīm ibn Muḥammad ibn ‘Abd al-Karīm Abū al-Qāsim (1997). *al-‘Azīz Sharḥ al-Wajīz al-Ma‘rūf bi-al-Sharḥ al-Kabīr al-‘Ilmiyyah* (Vol. 12) (1st ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah [in Arabic].
 - 18) Al-Rūyānī, Abū al-Maḥāsīn ‘Abd al-Wāhid ibn Ismā‘īl (2009). *Baḥr al-Madhhab (fī Furū‘ al-Madhhab al-Shāfi‘ī)* (Vol. 14) (1st ed.). Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah [in Arabic].
 - 19) Al-Sarakhsī, Muḥammad ibn Aḥmad ibn Abī Sahl Shams al-A‘immah (1993). *al-Mabsūṭ* (Vol. 16). Beirut: Dār al-Ma‘rifah [in Arabic].
 - 20) Al-Shīrāzī, Abū Ishāq Ibrāhīm ibn ‘Alī ibn Yūsuf (n.d.). *al-Muhadhdhab fī Fiqh al-Imām al-Shāfi‘ī* (Vol. 3). Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah [in Arabic].
 - 21) Al-Sunikī, Muḥammad ibn Aḥmad ibn Zakariyā al-Anṣārī Zayn al-Dīn Abū Yaḥyá (1994). *Fath al-Wahhāb bi-Sharḥ Minhāj al-Ṭullāb* (Vol. 2). Dār al-Fikr li-al-Ṭibā‘ah wa-al-Nashr [in Arabic].
 - 22) Al-Tamīmī al-Ṣiqillī, Abū Bakr Muḥammad ibn ‘Abd Allāh ibn Yūnus (2013). *al-Jāmi‘ li-Masā‘il al-Mudawwanah* (Vol. 15) (1st ed.). Dār al-Fikr li-al-Ṭibā‘ah wa-al-Nashr wa-al-Tawzī‘ [in Arabic].
 - 23) Al-Warghamī al-Tūnisī, Muḥammad ibn Muḥammad ibn ‘Arafah, Abū ‘Abd Allāh (2014). *al-Mukhtaṣar al-Fiqhī li Ibn ‘Arafah* (Vol. 9). Mu‘assasah Khalaf Aḥmad al-Khabṭūr lil-A‘māl al-Khayriyyah [in Arabic].
 - 24) Al-Zayla‘ī al-Ḥanafī, ‘Uthmān ibn ‘Alī ibn Miḥjan (1313 AH/1895). *Tabyīn al-Ḥaqā‘iq Sharḥ Kanz al-Daqā‘iq wa Ḥāshiyat al-Shilbī* (Vol. 4) (1st ed.). Cairo: al-Maṭba‘ah al-Kubrā al-Amīriyyah [in Arabic].
 - 25) Bābā‘ī, Eḥsān (1402 SH/2023). *Taḥlīl-e Shartīyat-e Ejteḥād dar Amr-e Qazāvat bā Ta‘kīd bar ‘Onṣor-e Qānūn* [Analysis of Ijtihad Requirement in Adjudication with an Emphasis on the Element of Law]. *Pažūheš-nāme-ye Hoqūq-e Islāmī* [Journal of Islamic Law Research], 24(2), pp. 195-224. doi: 10.30497/law.2023.245041.3413 [in Persian].
 - 26) Bustānī, Fu‘ād Afrām (1375 SH/1996). *Al-Munjid al-Abjadī*. Tehran: Nashr-e Eslāmī [in Persian].
 - 27) Dāmād Afandī, ‘Abd al-Raḥmān ibn Muḥammad ibn Sulaymān (n.d.). *Majma‘ al-Anhur fī Sharḥ Multaqā al-Abḥur* (Vol. 2). Dār Iḥyā‘ al-Turāth al-‘Arabī [in Arabic].
 - 28) Dehkodā, ‘Alī Akbar (1390 SH/2011). *Loghatnāmeḥ* (Vol. 2). Tehran: Mu‘assasah Intishārāt wa Chāp Dānishgāh Tehrān [in Persian].
 - 29) Esmā‘īlī, Moḥsen; and Ṭaḥḥān Nazīf, Hādī (1391 SH/2012). *Nesbat-e Siyāsāt-hā-ye Kollī-ye Neẓām bā Aḥkām-e Ḥokūmatī dar Ḥuqūq-e Asāsī-e Īrān* [Relation of the General Policies of the System with the Privileged Commandments of the Islamic Ruler in the Constitution of Iran]. *Pažūheš-nāme-ye Hoqūq-e Islāmī* [Journal of Islamic Law Research], 13(1), pp. 73-94. doi: 10.30497/law.2012.1014 [in Persian].
 - 30) Faḍīl Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan (1416 AH/1996). *Kashf al-Lithām ‘an*

- Qawā'id al-Aḥkām (Vol. 10). Qom: Jamā'at al-Mudarrisīn fī al-Ḥawzah al-'Ilmiyyah bi Qom [in Arabic].
- 31) Fāḍil Mū'menī Lankarānī, Muḥammad (1427 AH/2006). Tafṣīl al-Sharī'ah (al-Qaḍā' wa al-Shahādāt). Qom: Markaz Fiqh al-A'imma al-Aṭhār ('alayhim al-salām) [in Arabic].
- 32) Fakhr al-Muḥaqqiqīn, Muḥammad ibn Ḥasan (1387/2008). Idāḥ al-Fawā'id fī Sharḥ Ishkālāt al-Qawā'id (Vol. 4). Ismā'iliyyān [in Arabic].
- 33) Golpāygānī, Muḥammad Riḍā (1426 AH/2005). al-Qaḍā' wa al-Shahādāt ('Alī Ḥusaynī Milānī, ed.) (Vol. 2). Qom: al-Sayyid 'Alī al-Ḥusaynī al-Milānī [in Arabic].
- 34) Group of Authors (n.d.). Majallat al-Aḥkām al-'Adliyyah. Kārkhānah Tijārat Kutub Karāchī [in Arabic].
- 35) Hāshimī, Sayyid Muḥammad (1392 SH/2013). Ḥuqūq-e Asāsī-e Jumhūrī-e Islāmī-e Īrān (Uṣūl va Mabānī-ye Kullī-ye Neẓām) [Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran (Principles and General Foundations of the System)] (Vol. 1) (12th ed.). Mīzān [in Persian].
- 36) Ḥillī (al-'Allāmah), Ḥasan ibn Yūsuf (1374 SH/1995). Mukhtalaf al-Shī'ah fī Aḥkām al-Sharī'ah (Vol. 8). Jamā'at al-Mudarrisīn fī al-Ḥawzah al-'Ilmiyyah bi Qom [in Persian].
- 37) Ḥillī (al-'Allāmah), Ḥasan ibn Yūsuf (1414 AH/1994). Tadhkirat al-Fuqahā' (Ṭ al-Ḥadīthah: al-Taḥārah ilā al-Ji'ālah) (Vol. 4). Qom: Mu'assasah Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) li-Iḥyā' al-Turāth [in Arabic].
- 38) Ḥillī (al-Muḥaqqiq), Ja'far ibn Ḥasan (1408 AH/1988). Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa-al-Ḥarām ('Abd al-Ḥusayn Muḥammad 'Alī Baqqāl, ed.) (Vol. 4). Qom: Ismā'iliyyān [in Arabic].
- 39) Ḥusaynī 'Āmilī, Muḥammad Jawād ibn Muḥammad (1419 AH/1998). Miiftāḥ al-Karāmah fī Sharḥ Qawā'id al-'Allāmah (Vol. 25). Qom: Jāmi'at Mudarrisīn Ḥawzah 'Ilmiyyah Qom wa Daftar Intishārāt Islāmī [in Arabic].
- 40) Ḥusaynī Kāshānī, Sayyid Muḥammad Muṣṭafā; and Sharifī, Mahdī (1399 SH/2020). Ekhtiyārāt-e Valī-e Faqīh dar Taghyr Dādan Mojāzāt-e Ḥaddī dar Ḥokūmat-e Eslāmī bā Ta'kid bar Nazar-e Imām Khomeinī [The Authorities of the Jurisprudent Leader in Changing Ḥadd Punishments in the Islamic Government with Emphasis on Imam Khomeini's View]. Pazhūheshnāmeḥ-ye Matīn, 22(87), pp. 25–44. doi: 10.22034/matin.2020.126890 [in Persian].
- 41) Ibn Barāj, 'Abd al-'Azīz ibn Naḥrīr (1406 AH/2023). al-Muhadhdhab (Vol. 2). Qom: Jamā'at al-Mudarrisīn fī al-Ḥawzah al-'Ilmiyyah bi Qom [in Arabic].
- 42) Ibn Ḥayyūn, Nu'mān ibn Muḥammad (1383 AH/1963). Da'ā'im al-Islām (Āṣif Fayḍī, ed.) (Vol. 2). Qom: Mu'assasah Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) li-Iḥyā' al-Turāth [in Arabic].
- 43) Ibn Qāḍī Shahbah al-Asadī al-Shāfi'i, Badr al-Dīn Abū al-Faḍl Muḥammad ibn Abī Bakr (2011). Bidāyat al-Muḥtāj fī Sharḥ al-Minhāj (Vol. 4) (1st ed.). Jeddah: Dār al-Minhāj li al-Nashr wa al-Tawzī' [in Arabic].
- 44) Ibn Qudāmah al-Maqdisī, Abū Muḥammad Muwaffaq al-Dīn 'Abd Allāh ibn Aḥmad ibn Muḥammad (1994). al-Kāfi fī Fiqh al-Imām Aḥmad (Vol. 4) (1st

- ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah [in Arabic].
- 45) Ibn Qudāmah al-Maqdisī, Abū Muḥammad Muwaffaq al-Dīn ‘Abd Allāh ibn Aḥmad ibn Muḥammad (2004). ‘Umdat al-Fiḥ. Beirut: al-Maktabah al-‘Aṣriyyah [in Arabic].
- 46) Ibn Taymiyyah al-Ḥarānī, ‘Abd al-Salām ibn ‘Abd Allāh ibn al-Khaḍr ibn Muḥammad Majd al-Dīn (1369 AH/1950). al-Muḥarrar fi al-Fiḥ ‘alā Madhhab al-Imām Aḥmad ibn Ḥanbal (Vol. 2). Maṭba‘at al-Sunnah al-Muḥammadiyyah [in Arabic].
- 47) Khusraw, Muḥammad ibn Farāmarz ibn ‘Alī (n.d.). Durr al-Ḥukkām Sharḥ Ghurar al-Aḥkām (Vol. 2). Dār Iḥyā’ al-Kutub al-‘Arabiyyah [in Arabic].
- 48) Makāram Shīrāzī, Nāṣer (1385 SH/2006). Anwār al-Uṣūl (Vol. 1). Qom: Madraseh-ye Amīr al-Mu‘minīn (‘alayh al-salām) [in Arabic].
- 49) Ma‘lūf, Luwīs (2000). al-Munjid fi al-Lughah al-‘Arabiyyah al-Mu‘āshirah. Beirut: Dār al-Mashriq [in Arabic].
- 50) Markaz-e Ettlā‘āt va Madārek-e Eslāmī (1389 SH/2010). Farhangnāmeḥ-ye Uṣūl-e Fiḥ [Encyclopedia of Principles of Jurisprudence]. Qom: Pajūheshgāh-e ‘Ulūm va Farhang-e Eslāmī [in Persian].
- 51) Mīrdādāshī, Sayyid Maḥdī (1393 SH/2014). Ta‘ammulī dar Mostathnayāt-e Dīn [A Reflection on Exemptions in Debt]. Feḥ va Ejteḥād [Jurisprudence and Ijtihad], 1(1), pp. 151–194 [in Persian].
- 52) Mo‘men Qomī, Muḥammad (1389 SH/2010). Mabānī Taḥrīr al-Wasīlah (Vol. 1). Tehran: Mu‘assasah Tanzīm wa Nashr Āthār Imām Khomeinī (raḥmat Allāh ‘alayh) [in Arabic].
- 53) Moqtada‘ī, Morteżā (n.d.). Miḥṭāḥ al-Hidāyah fi Sharḥ Taḥrīr al-Wasīlah (Rūḥullāh Khomeinī, author). Tehran: Mu‘assasah Tanzīm wa Nashr Āthār Imām Khomeinī (raḥmat Allāh ‘alayh) [in Persian].
- 54) Muhannā, ‘Abd Allāh ‘Alī (1413 AH/1993). Lisān al-Lisān (Vols. 1 & 2). Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah [in Arabic].
- 55) Muḥaqqiq Ḥillī, Ja‘far ibn Ḥasan (1404 AH/1984). Riyāḍ al-Masā‘il (Vol. 2). Qom: Mu‘assasat Āl al-Bayt (‘alayhim al-salām) [in Arabic].
- 56) Muḥaqqiq Ibrāhīm Sāmarā‘ī, Khalīl ibn Aḥmad; and Makhzūmī, Maḥdī (1409 AH/1989). al-‘Ayn (Muḥsin Āl ‘Aṣfūr, compiler) (Vol. 5). Qom: Dār al-Hijrah [in Arabic].
- 57) Muẓaffar, Muḥammad Riḍā (1370 SH/1991). Uṣūl al-Fiḥ [Principles of Jurisprudence]. Qom: Markaz Intishārāt Daftar Tablighāt Islāmī Ḥawzah ‘Ilmiyyah Qom [in Arabic].
- 58) Najafī, Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir (1421 AH/2000). Jawāhir al-Kalām (Modern Edition) (Vol. 20). Qom: Mu‘assasah Dā‘irat al-Ma‘ārif Fiḥ Islāmī bar Madhhab Ahl al-Bayt (‘alayhim al-salām) [in Arabic].
- 59) Najafī, Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir (n.d.). Jawāhir al-Kalām (Old Edition) (Vol. 40). Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī [in Arabic].
- 60) Nūrī, Ḥusayn ibn Muḥammad Taqī (1408 AH/1987). Mustadrak al-Wasā‘il (Vols. 17 & 25). Beirut: Mu‘assasah Āl al-Bayt (‘alayhim al-salām) li-Iḥyā’ al-Turāth [in Arabic].

- 61) Rashtī, Ḥabībullāh ibn Muḥammad ‘Alī (1401 SH/2022). Kitāb al-Qaḍā’. Qom: Dār al-Qur’ān al-Karīm [in Persian].
- 62) Ṣāhib ibn ‘Abbād, Ismā‘īl ibn ‘Abbād (1414 AH/1993). al-Muḥīṭ fī al-Lughah (Muḥammad Ḥasan Āl Yāsīn, ed.) (Vol. 7). Beirut: ‘Ālam al-Kutub [in Arabic].
- 63) Samarkandī, Muḥammad ibn Aḥmad ibn Abī Aḥmad Abū Bakr ‘Alā’ al-Dīn (1994). Tuḥfat al-Fuqahā’ (Vol. 3) (2nd ed.). Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah [in Arabic].
- 64) Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī (1368 SH/1989). al-Darāyah fī ‘Ilm Muṣṭalaḥ al-Ḥadīth. Qom: Firūzābādī [in Arabic].
- 65) Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī (1413 AH/1993). Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā’i’ al-Islām (Vol. 14). Qom: Mu’assasat al-Ma‘ārif al-Islāmiyyah [in Arabic].
- 66) Ṭabāṭabā’ī Karbalā’ī, ‘Alī ibn Muḥammad ‘Alī (1418 AH/1997). Riyāḍ al-Masā’il (Ṭ. al-Ḥadīthah) (Vol. 15). Qom: Mu’assasat Āl al-Bayt (‘alayhim al-salām) li-Ilḥyā’ al-Turāth [in Arabic].
- 67) Tabrīzī, Jawād (1378 SH/1999). Tanqīḥ Mabānī al-Aḥkām (Vol. 1). Dār al-Ṣiddīqah al-Shahīdah (Salām Allāh ‘Alayhā) [in Persian].
- 68) Ṭūsī, Muḥammad ibn al-Ḥasan (1387 AH/1967). al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmiyyah (Muḥammad Taqī Kashfī, commentator; Muḥammad Bāqir Behbūdī, ed.) (Vol. 8). Tehran: Maktabat al-Murtaḍawiyyah [in Arabic].
- 69) Ṭūsī, Muḥammad ibn al-Ḥasan (1407 AH/1987). al-Khilāf (Vol. 4). Qom: Jamā‘at al-Mudarrisīn fī al-Ḥawzah al-‘Ilmiyyah bi Qom [in Arabic].

A Study of the Efficiency of Compensation Methods from the Perspective of Economic Analysis of Law

Reza Daryaie · Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities,
University of Guilan, Rasht, Iran. reza.daryaie@guilan.ac.ir

Jamal Nikkar · PhD Student in Private Law, Faculty of Literature and Humanities, University
of Guilan, Rasht, Iran. (Corresponding Author) jamalnikkar@phd.guilan.ac.ir

Farshid Khosravi · PhD Student in Private Law, Faculty of Literature and Humanities,
University of Guilan, Rasht, Iran. farshidkhosravi@webmail.guilan.ac.ir

Abstract

1. Introduction

The pursuit of justice is a fundamental endeavor in the realms of law and ethics, serving as a cornerstone for the creation and enforcement of legal framework that govern human societies. Throughout history, legal scholars and philosophers have grappled with the concept of justice, aiming to establish conditions that promote fairness and equity. The realization of justice often hinges on the formulation and application of effective laws, which are essential in guiding individuals towards achieving what they rightfully deserve. Among the various branches of civil law, tort law occupies a pivotal role in the quest for justice, as it addresses the legal consequences of wrongful acts and the remedies available to those who have suffered harm.

In modern society, characterized by rapid industrialization and complex economic and social interactions, the likelihood of damages and harmful conduct has increased significantly. This has amplified the relevance of tort law, which now plays a critical role in ensuring justice and protecting the rights of individuals and society as a whole. As societies evolve, the need to reform and optimize tort law to better align with contemporary realities becomes increasingly apparent. This research focuses on one of the most significant aspects of tort law – the methods of compensation – and seeks to evaluate their efficiency through the lens of economic law.



The study acknowledges that compensation for damages can be approached from different perspectives, notably the compensatory (remedial) and punitive approaches. The compensatory approach, widely adopted in various legal systems, aims to restore the victim to their original state by obliging the wrongdoer to provide monetary compensation equivalent to the damage caused. On the other hand, the punitive approach, particularly prevalent in common law jurisdictions, goes beyond mere compensation. It seeks to penalize the wrongdoer for egregious conduct and deter future misconduct by imposing financial penalties that exceed the compensatory amount. The coexistence of these two approaches raises fundamental questions about their alignment with the objectives of tort law and their effectiveness in achieving justice.

2. Research Question

The central question of this research is: How do the objectives of tort law influence the choice and application of compensation methods? Specifically, this study seeks to explore whether the integration of punitive and deterrent measures within the compensation framework can be justified within the broader goals of tort law. The research also aims to address subsidiary questions, including:

In what contexts should the objectives of tort law, such as deterrence, retribution, or victim compensation, be prioritized when determining the appropriate method of compensation?

Does the consideration of tortfeasor's behavior and intent in determining the compensation method enhance or undermine the principles of tort law?

Can an economically efficient compensation system be designed that balances the interests of the victim, the wrongdoer, and society at large, while also fulfilling the fundamental objectives of tort law?

3. Research Hypothesis

The hypothesis of this research posits that the incorporation of punitive and deterrent measures into the compensation framework is not only a necessary evolution of tort law but also one that aligns with its core objectives. This hypothesis rests on the premise that tort law serves multiple purposes, including the restoration of the victim, the punishment of the wrongdoer, and the deterrence of future harmful conduct. Therefore, a compensation system that solely focuses on remedial measures may fall short of addressing the broader societal implications of wrongful acts.

Moreover, the research hypothesizes from economic law perspective, an efficient compensation system should be designed to minimize the social costs associated with harmful conduct. This includes not only the direct costs borne by the victim but also the indirect costs to society, such as the potential for future harm if deterrent measures are not adequately enforced. The acceptance and

application of punitive and deterrent methods, when appropriate, could thus enhance the efficiency and effectiveness of tort law in achieving its goals.

4. Methodology & Framework, if Applicable

This research adopts a comparative legal analysis methodology, supplemented by an economic analysis of law framework, to examine the efficiency of compensation methods in tort law. The comparative approach involves analyzing and contrasting the compensation systems of different legal jurisdictions, particularly focusing on the dichotomy between compensatory and punitive approaches. This comparative analysis will be grounded in doctrinal legal research, drawing on primary legal sources, such as statutes, case law, and legal commentaries, from a range of jurisdictions.

The economic analysis of law framework will be employed to assess the efficiency of these compensation methods. This involves applying principles of economic theory to evaluate how different compensation systems allocate resources, incentivize behavior, and impact overall social welfare. The framework will consider factors such as the deterrent effect of punitive damages, the economic impact on tortfeasors, and the cost-benefit analysis of various compensation methods.

In addition to doctrinal and economic analysis, the research will engage with relevant legal theories concerning justice, fairness, and the objectives of tort law. This theoretical framework will provide a basis for understanding how different compensation methods align with or diverge from the principles of justice that underlie tort law.

By integrating these methodologies, the research aims to develop a nuanced understanding of the efficiency and effectiveness of compensation methods in tort law. The findings will contribute to the ongoing debate on the optimal design of compensation systems, offering insights that could inform future legal reforms aimed at enhancing the justice-delivery function of tort law.

5. Results & Discussion

The results of this study underscore the complexity and multifaceted nature of compensation methods within tort law, especially when examined through the lens of economic analysis. It is proven that no single compensation method—whether compensatory, punitive, or benefit-oriented—sufficiently addresses the comprehensive objectives of tort law in isolation. These objectives include not only compensating victims and soothing their distress but also deterring wrongful behavior and maintaining social order.

Compensatory Approach: The compensatory approach, which is predominant in many legal systems, including Iran's, focuses primarily on making the victim whole by requiring the wrongdoer to pay an amount equivalent to the damage caused. This approach aligns well with the objective of compensating victims and ensuring that they are not left bearing the costs of

harm inflicted upon them. However, the study found that this approach falls short in cases where mere compensation does not sufficiently deter the wrongdoer or others from engaging in similar harmful behavior in the future. Moreover, in situations involving intentional harm or gross negligence, compensatory damages alone do not reflect the severity of the wrongdoing, nor do they adequately address the need for social deterrence and order.

Punitive Approach: The punitive approach, widely adopted in jurisdictions such as the United States and England, introduces additional financial penalties aimed at punishing the wrongdoer and deterring future misconduct. This method is particularly effective in cases where the harm was caused intentionally or through gross negligence, as it targets the underlying motives of profit or malice. However, the research highlighted that the punitive approach is not universally effective. In cases of non-intentional negligence or where the harm was not motivated by profit, punitive damages may lead to disproportionate outcomes, potentially imposing undue burdens on defendants who did not act with malice or gross recklessness. This could result in negative consequences, such as discouraging economic activity or creating inequities in the enforcement of tort law.

Benefit-Oriented Approach: This approach, which considers the benefits accrued by the wrongdoer as a basis for determining compensation, was found to be insufficient in addressing the full spectrum of tort law's objectives. While it may be effective in ensuring that wrongdoers do not profit from their harmful actions, it does not necessarily contribute to victim compensation or societal deterrence in a meaningful way. Additionally, the application of this approach may be limited in cases where the wrongdoer does not derive a direct economic benefit from their actions, leaving gaps in the legal response to harm.

Mixed Approach: The study's analysis supports the superiority of a mixed approach, which combines elements of compensatory, punitive, and benefit-oriented methods, tailored to the specific circumstances of each case. Legal systems that employ a mixed approach are better equipped to address the diverse types of harm and the varied intentions behind harmful actions. By considering the psychological and behavioral elements of the wrongdoer's conduct, a mixed approach can more effectively achieve the goals of tort law, including deterrence, victim compensation, and social order. The economic analysis further suggests that this approach is more efficient in terms of social welfare, as it reduces the likelihood of future harm and encourages behavior that aligns with societal norms.

Application in Islamic Law: The research also delves into the principles of Islamic law, which emphasize the prohibition of harm and the necessity of compensating for damages. These principles, derived from Quranic sources and the jurisprudential concepts like "Homat-e Akl-e Mal be Batel" (the prohibition of consuming wealth unlawfully) and "La Za'rar" (no harm and no reciprocal

harm), align with the mixed approach. The study found that Islamic law supports the imposition of extra-compensatory damages in cases of intentional harm or gross negligence, thereby endorsing a method that integrates compensatory and punitive elements. Moreover, the concept of discretionary punishment as deemed appropriate by the ruler in Islamic law provides a legal basis for adopting a mixed approach in contemporary legal systems influenced by Islamic jurisprudence.

6. Conclusion

This research highlights the critical need to reevaluate and potentially reform the current compensation methods employed in tort law, particularly within systems that rely predominantly on a compensatory approach. The findings indicate that while the compensatory method effectively addresses the objective of victim compensation, it falls short in achieving broader goals such as deterrence and the maintenance of social order. Similarly, the punitive and benefit-oriented approaches, when applied in isolation, do not fully meet the comprehensive needs of tort law, particularly in addressing the varied motivations behind harmful actions.

The adoption of a mixed approach, which integrates compensatory, punitive, and benefit-oriented methods, is recommended as the most effective way to realize the full spectrum of tort law's objectives. This approach allows for a more nuanced application of legal principles, ensuring that the response to harm is proportionate to the severity of the wrongdoing and the context in which it occurred. Such an approach is not only aligned with the principles of economic analysis of law but also resonates with the foundational concepts of justice and equity in both Western and Islamic legal traditions.

The study's comparative analysis of different legal systems demonstrates that countries employing a mixed approach are better positioned to address the complex realities of modern tort law. These systems can more accurately reflect the psychological and behavioral elements of wrongful conduct, thereby enhancing the effectiveness of tort law in deterring harmful behavior, compensating victims, and preserving social order.

As such, the research advocates for a revision of tort law regulations in jurisdictions that currently adhere to a single compensation approach. It suggests that new laws be drafted to incorporate a mixed approach, allowing for a more flexible and context-sensitive application of compensation methods. This would involve distinguishing between different types of negligence—intentional, gross, and non-intentional—and applying the appropriate compensation method in each case.

In summary, this research underscores the importance of a holistic approach to tort law that balances the need for victim compensation with the broader societal objectives of deterrence and order. By adopting a mixed approach to

compensation, legal systems can more effectively fulfill the comprehensive goals of tort law, ultimately contributing to a more just and equitable society.

Keywords: Civil Liability, Tort Law, Automatic Liability, Benefit-Oriented Damage, Loss-Oriented Damage, Punitive Damage, Compensation.

تحلیل کارآمدی شیوه‌های جبران خسارت از منظر تحلیل اقتصادی حقوق

رضا دریائی • استادیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.
reza.daryaie@guilan.ac.ir
جمال نیک‌کار • دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.
jamalnikkar@phd.guilan.ac.ir (نویسنده مسئول)
فرشید خسروی • دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.
farshidkhosravi@webmail.guilan.ac.ir

چکیده

در حقوق مسئولیت مدنی شیوه‌های گوناگونی برای جبران خسارت قابل تصور است که در این میان، سنجش کارآمدی این شیوه‌ها در تحقق اهداف مسئولیت مدنی از اهمیت به‌سزایی برخوردار است. مطالعه نظام حقوقی کشورها حاکی از آن است که در نظام‌های گوناگون حقوقی از روش‌های متفاوتی در برخورد با اقدامات زیان‌بار استفاده می‌شود؛ به‌نحوی که در برخی از آن‌ها از شیوه‌ای واحد (ترمیمی) و در برخی دیگر با توجه به نحوه ورود زیان و وقوع فعل زیان‌بار، از رویکردی تلفیقی (ترمیمی - تنبیهی) تبعیت شده است. برخورد دوگانه مذکور، این پرسش را متبادر می‌کند که رویکرد اتخاذی در کدام یک از نظام‌های حقوقی به اهداف ترسیمی در حقوق مسئولیت مدنی نزدیک‌تر است؟ پاسخ به این پرسش از جهات متعدد واجد اهمیت بوده و معیاری اساسی برای سنجش عدالت در جوامع انسانی محسوب می‌شود؛ چه‌اینکه، جبران خسارت موجبات التیام آسیب وارده بر زیان‌دیدگان را فراهم می‌کند و به نوعی نظم و سلامت نظام اجتماعی متکی به کارآمدی آن است. وانگهی، در مقاله پیش‌رو، با اتخاذ روش توصیفی تحلیلی تلاش شده است با مطالعه اهداف حاکم بر نظام مسئولیت مدنی، ضمن تبیین شیوه‌های جبران خسارت و تحلیل اقتصادی کارایی آن‌ها، عملکرد قانون‌گذار در حوزه مسئولیت مدنی مورد بررسی قرار گیرد. نتایج پژوهش حاکی از آن است که به علت گسترش جوامع انسانی و پیشرفت‌های صنعتی و به‌تبع افزایش دامنه ورود زیان، صرف اتخاذ رویکرد جبرانی یا ترمیمی، پاسخگوی نیازهای امروز جوامع بشری نبوده و بازنگری در قوانین و اتخاذ رویکردی تلفیقی اجتناب‌ناپذیر است.

واژگان کلیدی: مسئولیت مدنی، ضمان قهری، خسارت نفع‌محور، خسارت زیان‌محور، خسارت تنبیهی، جبران خسارت.



مقدمه

عدالت از مفاهیم برجسته حوزه حقوق و اخلاق است که اندیشمندان تمام دوران‌ها در صدد مهبی‌کردن شرایط لازم برای تحقق آن در جوامع بشری بوده‌اند. از مهم‌ترین راهکارهای دستیابی به این مهم، ایجاد قوانین صحیح و کارآمد است تا افراد برای دستیابی به آنچه سزاوار آن هستند، امیدوار باشند و تلاش کنند. از شاخه‌های حقوق مدنی که کارآمدی آن نقش اساسی در تحقق عدالت دارد، حوزه مسئولیت مدنی با اهداف و کارکردهایی است که برای تابعان حقوق اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی اهمیت بسزایی دارد. امروزه گسترش جوامع انسانی و پیشرفت‌های صنعتی، بر روابط اشخاص در زمینه‌های تجاری، اقتصادی و اجتماعی افزوده و احتمال ورود خسارت و وقوع رفتارهای زیان‌بار دوجندان شده است. در نتیجه، هر روز اهمیت قواعد مسئولیت مدنی و وظیفه‌ای که این قواعد در تأمین عدالت و دفاع از حقوق زیان‌دیدگان و جامعه بر عهده دارند، بیشتر می‌شود و توجه به این مسئله را که قواعد مسئولیت مدنی نیز باید در راستای تحولات اجتماعی اصلاح و کارآمد شوند، به ضرورتی انکارناپذیر تبدیل کرده است.

مطالعه نحوه جبران خسارت در کشورهای مختلف حاکی است که جبران خسارت مبتنی بر اصولی مانند اصل جبرانی (ترمیمی) و تنبیهی بودن است؛ به گونه‌ای که در برخی کشورها مطلقاً رویکرد جبرانی (ترمیمی) برای پرداخت خسارت مورد توجه قرار گرفته است، اما در برخی کشورهای دیگر (مانند کشورهای تابع نظام حقوقی کامن‌لا به‌ویژه انگلستان) افزون‌بر رویکرد جبرانی از رویکرد تنبیهی نیز در برخی موارد بهره برده می‌شود. رویکرد جبرانی معمولاً وضعیت زیان‌دیده را مبنا قرار می‌دهد و با الزام زیان‌زننده به پرداخت بدل پولی می‌کوشد تا به همان میزان خسارت وارد به زیان‌دیده، زیان‌زننده را مسئول جبران خسارت کند. در مقابل، در رویکرد تنبیهی به‌عنوان خسارت فراجبرانی، وضعیت و چگونگی عملکرد مرتکب فعل زیان‌بار مبنا قرار می‌گیرد و با الزام زیان‌زننده به پرداخت مبلغی بیش از خسارت جبرانی تلاش می‌شود تا مرتکب فعل زیان‌بار متنبه شود و از تکرار رفتارهای مشابه از جانب وی و دیگران جلوگیری به عمل آید. وجود دو نظام جبرانی و تنبیهی و اختلاف در مبانی آن‌ها این پرسش‌ها را مطرح می‌کند که اهداف مسئولیت مدنی چه تأثیری بر شیوه‌های جبران خسارت می‌نهد؟ در چه مواردی هریک از اهداف مسئولیت مدنی باید مورد تأکید بیشتر قرار گیرد؟ آیا توجه به رفتار عامل زیان در شناسایی شیوه جبران خسارت با اهداف مسئولیت مدنی هماهنگی دارد؟ فرضیه نگارندگان این است که پذیرش

شیوه‌های تنبیهی و بازدارنده و اعمال آن در موارد لزوم ضرورتی انکارناپذیر و با اهداف و کارکردهای ناظر بر نظام مسئولیت مدنی هماهنگ است.

در رابطه با کارآمدی شیوه‌های جبران خسارت^۱ از منظر تحلیل اقتصادی حقوق که موضوع اصلی نوشتار حاضر است، مطالعه تحلیلی و انتقادی صورت نگرفته و در تألیفات انجام شده تنها به فلسفه، ماهیت و ویژگی شیوه‌های جبران خسارت پرداخته شده است.^۲ این در حالی است که پژوهش حاضر با ملاحظه و توجه ویژه به اهداف مسئولیت مدنی درصدد است راهکارها و اصول اتخاذی حاکم بر جبران خسارت را مطالعه و تحلیل کند و شیوه‌ای مؤثر و کارآمد را در راستای تأمین حقوق زیان‌دیدگان و اهداف مسئولیت مدنی ارائه دهد. بدین منظور، ابتدا به تبیین مفهوم تحلیل اقتصادی حقوق و غایت و اهداف مسئولیت مدنی پرداخته خواهد شد. سپس شیوه‌های جبرانی نظام‌های حقوقی مختلف مطالعه و بر اساس معیار کارایی تحلیل خواهد شد. در پایان نیز رویکرد حاکم بر نظام حقوقی ایران مورد بررسی و تحلیل قرار خواهد گرفت.

۱. مفهوم تحلیل اقتصادی حقوق و کارکرد آن در حقوق مسئولیت مدنی

تحلیل اقتصادی حقوق استفاده از مفاهیم اقتصادی برای توضیح پیامدهای قوانین، ارزیابی بهره‌وری و کارایی اقتصادی مقررات و پیش‌بینی آثار قواعد حقوقی است.^۳ (Friedman, 1987, p. 144). این رویکرد از ابزارهای تحلیل در «اقتصاد خرد» بهره می‌برد؛ بدین شکل که گاه در پی تبیین و پیش‌بینی رفتار فرد در نظام حقوقی است و به بررسی تأثیر قواعد و قوانین حقوقی بر

۱. منظور از شیوه یا نحوه جبران خسارت در مقاله حاضر هر رویکردی است که بر مبنای آن زیان وارد بر زیان‌دیده جبران شود اعم از اینکه به صورت جبران عینی باشد یا پرداخت غرامت نقدی. به عبارت دیگر، منظور از شیوه جبران، دادن عین یا مثل نیست، بلکه منظور اتخاذ رویکرد جبرانی یا فراجبرانی (پرداخت غرامت به میزان زیان یا بیشتر از آن) است.

۲. برای مثال، ر. ک به: اسدی و لطفی دوران، ۱۳۹۹؛ تقی‌زاده و همکاران، ۱۳۹۱؛ نعمت‌اللهی، ۱۳۹۸.

۳. در دهه ۱۹۶۰، آثار رونالد کوز و گایدو کالابرسی در قلمرو حقوق و اقتصاد جدید نقش پیشگام یافت و موضوع بحث را از حوزه تحلیل رابطه میان حقوق اقتصاد فراتر برد. رونالد کوز و گایدو کالابرسی با نوشتن مقاله‌های «مسئله هزینه اجتماعی» و «تأملاتی در توزیع ریسک و حقوق شبه‌جرم» روح تازه به این نگرش دمیدند و تحلیل اقتصادی حقوق را به حوزه مباحث حقوق اموال، قراردادهای، مسئولیت مدنی، حقوق جزا، حقوق خانواده و... توسعه دادند.

رفتار کنشگران در ظرف ساختار و نهادهای حقوقی جامعه می‌پردازد^۱ (Shavell, 2004, p. 1042; Brion, 2000, p. 1) و گاه درصد داوری در خصوص قواعد، نهادها و ساختار نظام حقوقی است (Mercurio & Medema, 2006, p. 45). درحقیقت، این شیوه با تحلیل و پیش‌بینی آثار درصد است نشان دهد که کدام قواعد حقوقی مطلوب و کارا هستند و برای تحقق این موضوع از دو پیش‌فرض «عقلانیت اقتصادی»^۲ و «کارایی»^۳ استفاده می‌کند؛ بدین‌گونه که تبیین و پیش‌بینی رفتار کنشگران حقوقی مبتنی بر فرض انسان اقتصادی و ارزیابی و سنجش مطلوبیت قواعد و قوانین یا نهادهای حقوقی بر پایه فرض کارایی صورت می‌گیرد.

بنابراین، منظور از تحلیل اقتصادی قواعد مسئولیت مدنی (شیوه‌های جبران خسارت)، استفاده از تکنیک‌ها، تحلیل‌ها و ارزش‌های اقتصادی برای توضیح روابط حقوقی و شناخت واکنش افراد در مقابل قواعد حقوقی است که برای دستیابی به راهکاری کارآمد (جامع اهداف مسئولیت مدنی)، به پیش‌فرض بنیادی اقتصاد خرد در باب چگونگی کنش انسان (عقلانیت اقتصادی) متوسل می‌شود و با تحلیل هزینه-فایده رفتار اشخاص^۴ درمی‌یابد انسان‌ها چگونه به انگیزه‌ها

۱. یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های رویکرد اقتصادی به حقوق، این است که کنشگران عرصه نظام حقوقی چگونه عمل می‌کنند و چگونه به دستورالعمل‌ها و اوامر قانونی واکنش نشان می‌دهند و در صورت تغییر این قواعد، چگونه تغییر رفتار می‌دهند و خود را تطبیق می‌دهند (Korobkin & Ulen, 2000, p. 1055).

۲. منظور از عقلانیت اقتصادی یا عقلانی بودن انتخاب‌ها این است که کنشگران اقتصادی، منافع و هزینه‌های هر گزینه را منظور و بر اساس آن‌ها تصمیم‌گیری می‌کنند. بر اساس این دیدگاه، شخص مجموعه نفع و ضررهای حاصل از یک اقدام را ارزیابی می‌کند و به‌عنوان محاسبه‌گر با توجه به نتایج حاصل، اقدام به انتخاب گزینه برتر می‌کند. با وجود همه انتقادات وارد بر نگرش عقلانیت اقتصادی، ریچارد پازنر به دفاع از پیش‌فرض اثباتی تحلیل اقتصادی حقوق می‌پردازد و معتقد است ضعف پیش‌فرض انسان اقتصادی به‌کارگیری آن را منتفی نمی‌کند؛ زیرا رفتارهای خارج از بازار در واقع، گیج‌کننده و به‌ت‌آور است، اما این موضوع چه از زاویه دید اقتصاددانانی که فرض می‌کنند انسان‌ها به‌گونه عقلانی عمل می‌کنند و چه از نقطه‌نظر کسانی که این پیش‌فرض را قبول ندارند، تغییری در اصل مطلب نمی‌دهد (Posner, 1990, p. 363).

۳. آنچه در نگاه اقتصادی به مبانی مسئولیت مدنی اهمیت دارد، عنصر کارایی است. یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های اقتصاددانان و یکی از موضوعات اساسی علم اقتصاد، مسئله کارایی است. کارایی حالتی است که مجموعه فواید فردی حاصل از انجام دادن عملی خاص بیشتر از ضررهای آن باشد. به‌عبارت‌دیگر، وضعیتی است که بیشترین فایده کسب می‌شود بدون اینکه بتوان میزان نفع را افزایش یا هزینه‌ها را کاهش داد.

۴. مطالعات رفتاری از اهمیت ویژه‌ای برای تجزیه و تحلیل نظام حقوقی مسئولیت مدنی برخوردار است. با وجود نوپا بودن تحلیل رفتاری از این نظام حقوقی، یافته‌های آن در حال حاضر، هم دادگاه و هم مفسران را تحت تأثیر قرار داده است. تنوع و

پاسخ می‌دهند و درنهایت، می‌کوشد با تغییر انگیزه‌ها، رفتار کنشگران را در حوزه حقوق تغییر دهد یا کنترل کند.^۱

۲. تبیین اهداف مسئولیت مدنی

در حقوق اسلام به مسئله هدف و غایات توجه شده و نظام حقوق اسلام، نظامی هدفمند است که مقصود شارع از امور پنج‌گانه در آن، حفظ دین، جان، خرد، نسل و ثروت بوده است (غزالی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۲۸۶). در فلسفه حقوق نیز شناخت هدف اهمیت بسزایی دارد و تمام مسائل این حوزه فکری سمت‌وسوی خود را وام‌دار رهبری و هدایتگری هدف است.^۲ یکی از مسائل مهم جوامع امروزی، مسئله تحلیل شیوه‌های جبران خسارت در مسئولیت مدنی است؛ زیرا تقریباً در تمام فعالیت‌های اجتماعی، مسئولیت مدنی نقش دارد و هرگاه رفتاری زیان‌بار واقع شود، محقق می‌شود. از موضوعات مورد بحث در این خصوص، هدف یا اهدافی است که این شاخه از حقوق در پی دستیابی بدان است؛ زیرا روش‌های جبران خسارت در مسئولیت مدنی که همان شیوه‌های اجرای تعهد فاعل زیان هستند، بر مبنای اهداف مسئولیت مدنی تعیین می‌شوند (صفایی و ذاکری‌نیا، ۱۳۹۴، ص. ۲۵۶). در تقسیم‌بندی‌ای کلی، نظریات مسئولیت مدنی به دو دسته نظریات ابزارگرا و مرسوم تقسیم شده است.

ابزارگرایان به مسئولیت مدنی به‌عنوان وسیله و ابزاری برای دستیابی به اهدافی که از نظر اجتماعی مستقلاً توجیه‌شدنی و مطلوب است (کارایی اقتصادی، جبران خسارت و بازداشتن افراد از در پیش گرفتن رفتار غیراجتماعی و زیان‌بار در آینده) می‌نگرند^۳ (بادینی، ۱۳۸۳، ص. ۵۸) و

استحکام سوگیری‌هایی که بر ارزیابی احتمالات افراد تأثیر می‌گذارد، دلیل دیگری در اهمیت اقتصاد رفتاری برای حقوق مسئولیت مدنی است (Halbersberg, 2014, p. 405)؛ به نقل از: قاسمی و علیاری، ۱۴۰۲.

۱. برای مطالعه بیشتر ر. ک به: نیک‌کار، ۱۴۰۰.

۲. حقوق‌دانان در این زمینه بیان داشته‌اند:

«حقوق که عمل را با یک هدف جفت‌وجور می‌کند، خصوصیت نظم‌دهندگی و محرکه خود را از هدف می‌گیرد» (دوپایه، ۱۳۳۲، ص. ۴۶۲).

«جوهره حقوق را باید در اهداف آن جست‌وجو کرد» (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۱، ص. ۱۱۶).

۳. ابزارگرایانی که از منظر حقوق عمومی به مسئولیت مدنی توجه دارند، دو رویکرد اقتصادی و اخلاقی را اتخاذ کرده‌اند. ابزارگرایان اقتصادی، مسئولیت مدنی را تنها مربوط به بازار و قرارداد دانسته‌اند و آن را ابزاری برای تحقق سیاست‌های

اصول و قواعد مسئولیت مدنی را بر طبق هدفی که در نظر دارند و احتمالاً مرتبط با آرمان‌های سیاسی، اجتماعی و فلسفی است، توجیه می‌کنند (Cane, 2007, p. 25). از نگاه ایشان، قواعد مسئولیت مدنی تا جایی اهمیت دارد که بتواند اهداف تبیین‌شده برای آن را تأمین کند. از این رو اگر قواعد مزبور در تأمین اهداف آن ناکام باشد، باید تغییر داده شود و سازوکار مناسب دیگری جایگزین آن شود (Coleman, 2002, p. 200). به عبارتی، بر اساس رویکرد ابزارگرایان به مسئولیت مدنی، این هدف است که وجود یا عدم وجود مسئولیت مدنی و قواعد ماهوی و شکلی آن را تعیین می‌کند.

در مقابل، مدافعان نظریه‌های مرسوم، به مسئولیت مدنی به‌عنوان مجموعه‌ای از اصول و هنجارهای اخلاقی مسئولیت فردی که مرتبط با چگونگی رفتار افراد است، می‌نگرند و بر آن‌اند تا مسئولیت مدنی را از طریق مفاهیم و ارزش‌های اخلاقی مانند تقصیر، عدالت، حق، آزادی، برابری و قرارداد اجتماعی توجیه کنند. ایشان معتقدند که این ساختار مسئولیت مدنی است که هدف آن را تعیین می‌کند. از این رو زمانی که زیانی به بار می‌آید، آنچه مطرح می‌شود تنها مشکل زیان‌دیده و واردکننده زیان است و وظیفه نظام مسئولیت مدنی این است که ضمانت اجرای حقوق و تکالیفی را که آن دو در مقابل هم دارند، فراهم کند (بادینی، ۱۳۸۳، ص. ۵۹).

مسئولیت مدنی از شاخه‌های حقوق مدنی است و از منظر حقوق خصوصی بدان نگریسته می‌شود، اما نباید فراموش شود که حقوق به‌عنوان علم اجتماعی در پی تحقق اهداف خاص است و بر اساس مبانی خاص شکل می‌گیرد. از این رو ضروری است در تبیین قواعد حقوقی مسئولیت مدنی افزون‌بر جبران خسارت و رفع ضرر از زیان‌دیده، به اهداف اجتماعی و فلسفی نیز توجه شود. بنابراین، مبنای اصلی مسئولیت مدنی، تضمین حقوق زیان‌دیده و حمایت از وی است (Starck, 1972, p. 90)، اما برخلاف آنچه به‌طور معمول تصور می‌شود، جبران خسارت با پرداخت مبلغی پول، تنها هدف مسئولیت مدنی نیست، بلکه در کنار آن اهداف دیگری مانند جلوگیری از ورود خسارت در آینده و رفع تجاوز نسبت به حقوق زیان‌دیده نیز مطرح است (بابایی، ۱۳۹۷، ص. ۲۷). در نتیجه، باید همسو با تغییرات جامعه و ظهور ارزش‌های نو، تحولی در حقوق مسئولیت

اقتصادی می‌دانند. در مقابل، ابزارگرایان اخلاقی آن را ابزاری برای دستیابی به اهداف سیاسی، اجتماعی یا فلسفی (مانند جبران خسارت زیان‌دیدگان، جلوگیری از رفتارهای غیراجتماعی و...) تلقی کرده‌اند (Coleman, 2002, p. 203).

مدنی به منظور برقراری عدالت اجتماعی و اخلاقی صورت گیرد و افزون بر اهداف جبرانی مسئولیت مدنی، به نقش بازدارنده آن نیز توجه شود. با وجود این، اهداف و کارکرد مسئولیت مدنی ناظر بر موارد زیر است.

۱.۲. جبران خسارت زیان‌دیده و تشریح خاطر وی

مسئلم‌ترین هدف مسئولیت مدنی اعم از قهری و قراردادی، تدارک شیوه‌ای برای جبران خسارت وارد بر زیان‌دیده است تا بدین طریق از جان، مال و آبرو و حیثیت افراد حمایت و موجبات تشریح خاطر آن‌ها فراهم شود. در گذشته نظام‌های حقوقی تنها خسارات ناشی از تلف و نقصان وارد بر مال (اعم از عین و منفعت) و خسارات جانی را جبران‌پذیر می‌دانستند، اما به واسطه تحولات اجتماعی و اقتصادی، امروزه طیف گسترده‌ای از خسارات در زمره خسارات جبران‌پذیر قرار گرفته است.

برخی حقوق‌دانان جبران خسارت را تنها هدف توجیه‌پذیر این شاخه از حقوق خصوصی دانسته و بیان داشته‌اند «مسئله مسئولیت چیزی جز مسئله جبران خسارت نیست... و حقوق کنونی تمایل به آن دارد تا اندیشه جبران خسارت را جایگزین اندیشه مسئولیت کند» (ریپر، ۱۹۴۸؛ به نقل از: بادینی، ۱۳۸۳، ص. ۶۴). برخی دیگر، هدف سنتی جبران خسارت را برقراری مجدد توازن می‌دانند که بر اثر ورود زیان بر هم خورده و موجب قرار گرفتن زیان‌دیده در وضعیتی نامساعد شده است. از این رو در ارزیابی خسارت تلاش می‌شود تا اندازه ممکن، همه خسارت جبران شود و به گونه‌ای عمل نشود تا بخشی از خسارت بدون جبران باقی بماند یا چیزی بیش از مقدار ضرر به زیان‌دیده داده شود (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷، ص. ۲۵۶). عده‌ای نیز جبران خسارت را سبب معطل نماندن خسارت زیان‌دیده و حمایت هر چه تمام‌تر از وی (خادم سربخش و سلطانی‌نژاد، ۱۳۹۲، ص. ۳۴)، افزایش حس امنیت در اشخاص و حفظ منافع آن‌ها (داراب‌پور، ۱۳۸۷، ص. ۷۲) و در نهایت، برقراری عدالت در جامعه عنوان کرده‌اند (موسی‌حسینی، ۱۳۹۶، ص. ۲). از نظر این گروه، جبران عینی یا پرداخت قیمت یا الزام به انجام دادن کار یا عذرخواهی و... که در راستای ورود زیان و جبران خسارت زیان‌دیده مورد حکم واقع می‌شوند، جملگی به منظور اعاده وضع پیشین زیان‌دیده و تشریح خاطر وی انجام می‌گیرد.

۲.۲. پیشگیری و بازدارندگی

هدف دیگری که می‌توان برای مسئولیت مدنی اعم از قراردادی و قهری قائل شد، جنبه بازدارندگی آن نسبت به واردکننده زیان است (Cooter & Ulen, 2012, p. 199) که از منظر تحلیل اقتصادی حقوق به‌عنوان کارکرد اصلی مسئولیت مدنی شمرده می‌شود^۱ (بابایی، ۱۳۹۷، ص. ۲۰). این کارکرد موجب کاهش رفتارهای خطرناک و افزایش مراقبت و احتیاط به‌منظور جلوگیری از ورود زیان است (بادینی، ۱۳۸۴، ص. ۳۵۴) و به دو نوع عام و خاص تقسیم می‌شود. منظور از بازدارندگی خاص (فردی) آثاری است که مسئولیت مدنی بر رفتار و عملکرد واردکننده زیان (محکوم‌علیه دعوی مسئولیت مدنی) نسبت به آینده خواهد داشت و منظور از بازدارندگی عام نیز بازداشتن سایر افراد جامعه، غیر از واردکننده زیان، از اتخاذ رفتارهای زیان‌بار و خطرناک است (Anthony, 2009, p. 175).

در میان حقوق‌دانان برخی به این کارکرد مسئولیت مدنی توجهی ویژه داشته و پیشگیری از روی دادن حادثه و ورود زیان را مهم‌تر از جبران خسارت دانسته‌اند و معتقدند «همان‌گونه که در پزشکی، بهداشت و پیشگیری اهمیت بیشتری از درمان دارد، در امور اجتماعی و اقتصادی نیز پرهیز از خطر و دفع ضرر مقدم بر نهاد جبران خسارت است» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص. ۱۷). بررسی تاریخی نیز حاکی است به علت اختلاف مسئولیت مدنی و کیفری در نظام‌های قدیم، نقش بازدارنده مسئولیت مدنی اهمیت بسزایی داشته است و در دنیای امروز نیز گسترش نگرش اقتصادی به مسئولیت مدنی و توجه به بازدارندگی اقتصادی آن، بر اهمیتش می‌افزاید و موجب می‌شود مسئولیت مدنی به‌رغم اینکه سازوکاری برای جبران خسارت است، نظام بازدارنده و راهکاری برای کنترل رفتار در آینده هم باشد تا از این طریق، سامان‌دهی رفتار افراد محقق شود. جرمی بنتام^۲، حقوق‌دان انگلیسی، با مورد توجه قرار دادن اثر بازدارندگی مسئولیت عامل زیان معتقد بود هدف حقوق جزا و مسئولیت مدنی یکی است؛ هم اعمال کیفر در حقوق جزا و هم الزام به جبران خسارت در مسئولیت مدنی، درصدد فراهم کردن موجبات پیروی از قوانین هستند. از این‌رو ضمانت اجرای مدنی دارای دو هدف است که هدف مستقیم آن جبران خسارت زیان‌دیده

۱. برای مطالعه ر. ک به: شاول، ۱۳۸۸.

2. Jeremy Bentham

و هدف غیرمستقیم آن همان هدف ضمانت اجرای جزایی یعنی پیشگیری از جرائم است (بنتام، ۱۸۲۳؛ به نقل از: بادینی، ۱۳۸۴، ص. ۳۵۸).

۳.۲. انتظام اجتماعی

از دیگر اهداف مسئولیت مدنی، اجرای قواعد و اصول مسلم حقوقی (مانند عدالت، انصاف، منع سوءاستفاده از حق و...) در روابط اشخاص است. این هدف با تدوین قانون از جانب قانون‌گذار محقق می‌شود تا هر شخص، حریم حقوق خود و دیگر افراد را بشناسد و حقوق خود را بدون تعرض به حقوق دیگران اجرا کند. حقوق خصوصی با تعیین چهارچوب و حدود حقوق و آزادی شهروندان از این طریق، نقش نظارتی حقوق عمومی را بر عهده داشته و با تعیین ضمانت اجرای مدنی موجب شده است اشخاص حریم حقوق خویش را در گروی احترام گذاشتن به حقوق دیگران قرار دهند. درحقیقت، قانون‌گذار با استفاده از این کارکرد مسئولیت مدنی، از بروز هرگونه بی‌نظمی و هرج و مرج در جامعه و از بین رفتن قواعد و اصول مسلم و پذیرفته شده حقوقی جلوگیری می‌کند. در نتیجه، ایجاد نظم و انضباط در اجتماع از جمله کارکردهای مسئولیت مدنی است که با برقراری عدالت اجتماعی مرتبط است و تحقق آن‌ها در گرو رعایت ضمانت اجرای مدنی خواهد بود (آقابابا، ۱۳۹۷، ص. ۵۶).

به نظر می‌رسد هیچ‌یک از اهداف یاده شده به‌تنهایی کافی نیستند و جملگی آن‌ها برای نیل به عدالت مورد توجه خواهد بود؛ زیرا امروزه همسو با تغییرات اجتماعی و اقتصادی، به‌منظور مقابله با مخاطراتی که نفوس و اموال مردم و نسل‌های آینده را تهدید می‌کند، اهداف و کارکردهای مسئولیت مدنی متحول شده و افزون‌بر جبران خسارت زیان‌دیده و تسلی خاطر وی، مجازات مرتکب فعل زیان‌بار و بازداشتن وی و دیگران و ایجاد ثبات و برقراری نظم در جامعه نیز به‌عنوان اهداف مسئولیت مدنی مورد توجه قرار گرفته است. بنابراین، ضروری است شیوه‌های جبرانی نیز به‌گونه‌ای پیش‌بینی شود که همه اهداف یادشده را محقق کند؛ زیرا اشخاص از قانون‌گذاران انتظار دارند که قوانین را به‌گونه‌ای تدوین کنند که ضمن حمایت از حقوق و آزادی‌های آن‌ها، از اقدامات خلاف قانونی که ممکن است اموال و دارایی‌های ایشان را در معرض خطر و آسیب قرار دهد، ممانعت کنند.

۳. شیوه‌های جبران خسارت در نظام‌های حقوقی مختلف

مطالعه و بررسی نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف حاکی است که شیوه‌های جبرانی متفاوتی (خسارت زیان‌محور^۱، خسارت نفع‌محور^۲ و خسارت تنبیهی^۳) از سوی آن‌ها اتخاذ شده است؛ به‌گونه‌ای که در برخی کشورها مانند ایران مطلقاً رویکردی جبرانی اتخاذ می‌شود و صرفاً زیان وارد بر خواهان مبنا قرار می‌گیرد، اما در برخی کشورهای دیگر مانند آمریکا، انگلیس و...، به‌رغم زیان وارد بر خواهان، گاه به منافعی که خواننده از نقض تعهد به دست آورده است نیز توجه می‌شود و رویکردی تلفیقی اتخاذ شده است (Osullivan & Hilliard, 2012, p. 453). صادقی مقدم و نوری یوشانلوئی، ۱۳۹۰، ص. ۲۴۸). این تفاوت در رفتار این پرسش را ایجاد می‌کند که کدام‌یک از این رویکردها به‌گونه مناسب‌تری اهداف تبیین‌شده برای مسئولیت مدنی را تأمین کرده است؟ پاسخ به این پرسش مستلزم بررسی و تحلیل هر یک از شیوه‌های جبرانی است.

۱.۳. خسارت جبرانی

بر اساس اصل جبرانی بودن، هدف، پرداخت خساراتی است که به‌واسطه نقض تعهد به زیان‌دیده وارد آمده است. این قاعده که خسارت را مساوی با ضرر زیان‌دیده می‌داند، هم در مورد قراردادهای و هم در مورد حقوق مسئولیت مدنی اعمال می‌شود (Caggiano, 2016, p. 1) و به دنبال جبران زیان‌هایی است که به خواهان وارد شده است نه تنبیه طرف ناقض و محروم کردن وی از سود نامشروع حاصل از نقض تعهد (Beatson et al, 2010, p. 534). بر مبنای این اصل اولاً، خواهان باید متحمل زیان شده باشد. ثانیاً، پرداخت خسارت باید مبتنی بر زیان خواهان باشد و نه مبتنی بر سود خواننده. ثالثاً، پرداخت خسارت نباید از زیان تجاوز کند و موجب افزایش دارایی زیان‌دیده شود. از این‌رو مقصود از خسارت جبرانی، دادن مقداری پول به زیان‌دیده است تا میزان خسارت وارد به او جبران شود. بر همین اساس، در مسئولیت قراردادی، هدف، قرار دادن زیان‌دیده در وضعیتی است که اگر قرارداد اجرا می‌شد، در آن وضعیت قرار می‌گرفت (Edelman, 2002, p. 6). خسارت جبرانی که نوعی خسارت زیان‌محور شمرده می‌شود، در تقسیم‌بندی‌ای به خسارت

-
1. Loss-Based Damages
 2. Gain-Based Damages
 3. Punitive Damages

انتظار^۱، خسارت اعتماد^۲ و خسارت استرداد^۳ تقسیم شده است (Treitel, 2003, p. 938). خسارت انتظار، منافعی است که طرف قرارداد یا زیان‌دیده (خواهان) انتظار به دست آوردن آن‌ها را در سیر طبیعی امور داشته، اما به دلیل فعل یا ترک فعل دیگری (خواننده) از آن‌ها محروم شده است. خسارت اعتماد هزینه‌هایی است که زیان‌دیده در اثر اعتماد به طرف قرارداد متحمل می‌شود. در خسارت استرداد هم عوضی که زیان‌دیده به طرف مقابل پرداخت کرده است، به وی بازگردانده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۴، ص. ۲۳۳؛ نعمت‌اللهی، ۱۳۹۵، ص. ۱۳۳).

۲.۳. خسارت نفع‌محور

در حقوق آمریکا محاسبه منافع تحصیل‌شده شیوه جبرانی مبتنی بر انصاف است که در مواردی خاص مانند نقض وظیفه امانی مورد حکم واقع می‌شود و بر اساس آن، طرف ناقض باید منافعی را که با نقض وظیفه به دست آورده است، بازپس دهد (Garner, 2009, p. 22). به نظر می‌رسد محاسبه منافع مصداقی از خسارت نفع‌محور شمرده می‌شود؛ زیرا خسارت نفع‌محور نیز شیوه جبرانی مبتنی بر انصاف است که هدف از آن، جلوگیری از نقض قوانین در آینده و محروم کردن خواننده از درآمد حاصل از رفتارهای غیرقانونی و نامشروع است. از این‌رو منافع حاصل برای خواننده به دلیل اینکه مصداق بارزی از دارا شدن ناعادلانه شمرده می‌شود، باید بازگردانده شود. درحقیقت، در سیستم‌های حقوقی مبتنی بر خسارت نفع‌محور، معیار ارزیابی دادگاه، منفعتی است که خواننده از نقض تعهد به دست می‌آورد و به آنچه ممکن است از خواهان به خواننده منتقل شود، توجه نمی‌شود. به عبارتی، ویژگی متمایز این شیوه آن است که به زیان خواهان و به این موضوع که نفع یا ارزشی از دارایی خواهان به دارایی خواننده منتقل شده است یا نه توجهی نمی‌شود، بلکه به نفعی که خواننده از رفتار متخلفانه‌اش به دست آورده، معطوف است (Edelman, 2002, p. 81). حقوق آمریکا، بند ۱ ماده ۳۰۵-۱ قانون متحدالشکل تجاری، اصل جبرانی بودن خسارت را به‌عنوان قاعده کلی پذیرفته است^۴، اما در برخی قوانین خاص مانند قانون مبادله اوراق بهادار

1. Expected Damages
2. Reliance Damages
3. Restitution Damages

۴. به‌موجب این ماده «خسارت‌های مقرر در این قانون باید با توجه به این هدف اداره شوند که زیان‌دیده در همان وضعیتی قرار داده شود که اگر طرف دیگر (تعهد خود) را به‌صورت کامل اجرا می‌کرد، در همان وضعیت قرار می‌گرفت، اما خسارت‌های

۱۹۳۴ و قانون مبادله کالا^۲، جبران خسارت بر مبنای شیوه نفع‌محور را مورد حکم قرار داده و منافعی را که خواننده به واسطه نقض فرصت‌طلبانه و غیرمشروع تحصیل کرده است، از وی مسترد می‌کند.

۳.۳. خسارت تنبیهی

در نظام حقوقی کامن‌لا، نوعی جبران زیان با عنوان «خسارت تنبیهی» وجود دارد که به دلیل سوءرفتار خواننده (مرتکب فعل زیان‌بار) مورد حکم قرار داده می‌شود. در تعریف این خسارت آمده است «درجه افزایش‌یافته‌ای از خسارت است و در مواردی که خواننده در ایراد زیان، رفتاری توأم با بی‌احتیاطی، سوءنیت یا خدعه از خود بروز داده است، مورد حکم قرار می‌گیرد» (Garner, 2009, p. 164). در حقوق داخلی نیز تعاریفی از این تأسیس حقوقی ارائه شده است؛ بدین‌گونه که «خسارت تنبیهی، خسارتی است که دارای ماهیت ترمیمی نیست و برای تنبیه و جلوگیری از تکرار رفتار قابل سرزنش خواننده مورد حکم قرار می‌گیرد. این در فرضی است که رفتار خواننده افزون‌بر خسارت نسبت به خواهان، اهانت‌آمیز باشد یا بی‌اعتنایی او را نسبت به ایمنی دیگران نشان دهد یا همراه با تمهیدی برای خودداری از جبران خسارت باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص. ۱۰۲). برخی نیز آن را مبلغی عنوان کرده‌اند که افزون‌بر خسارت ترمیمی به دلیل وقوع عمد یا سوءرفتار خواننده به نفع خواهان مورد حکم قرار می‌گیرد (مقصودی پاشاکی، ۱۳۸۸، ص. ۱۶۲). خاستگاه خسارت تنبیهی حقوق انگلستان است، اما این نهاد به سرعت در دیگر کشورهای تابع

تبعی، خسارت‌های خاص و خسارت‌های کیفری تنها در صورتی وجود دارند که به‌طور خاص در این قانون یا دیگر مقررات حقوقی مقرر شده باشند».

۱. به‌موجب ماده ۱۶ (ب) قانون مبادله اوراق بهادار ۱۹۳۴ «به منظور جلوگیری از استفاده غیرمنصفانه از اطلاعاتی که مدیر یا مأمور ذی‌نفعی به دلیل ارتباط با صادرکننده به دست آورده است، هر نوع منفعتی که وی از هرگونه خریدوفروش یا فروش و خرید اوراق انصافی چنین صادرکننده‌ای تحصیل کرده است، باید به صادرکننده مسترد شود».

۲. بر اساس ماده ۶ ج، (د) (۳) قانون مبادله کالا «در تمام دعاوی‌ای که بر اساس این ماده اقامه می‌شود... دادگاه می‌تواند... شیوه‌های جبرانی مبتنی بر انصاف از جمله موارد زیر را اعمال کند.

- پرداخت خسارت به اشخاصی که در نتیجه چنین نقضی متحمل زیان‌های بی‌واسطه شده‌اند.

- پس‌دادن منافعی که در مورد چنین نقضی دریافت شده‌اند».

نظام کامن‌لا^۱ تسری یافت. حتی بعضی کشورهای پیرو نظام رومی-ژرمنی مانند فرانسه و مصر به علت فواید اجتماعی آن، این تأسیس حقوقی را پذیرفتند؛ به گونه‌ای که در دیوان کشور فرانسه در مواردی به منظور مصادره سود نامشروع یا تنبیه رفتار قابل سرزنش، جبران خسارت جنبه تنبیهی یافته است (صادقی مقدم و نوری یوشانلوئی، ۱۳۹۰، ص. ۲۴۸). در حقوق مصر نیز «خسارت تنبیهی» با عنوان «تعویض تکمیلی» مورد توجه قرار گرفته است که مازاد بر خسارات ناشی از نقض قرارداد بوده (ماده ۲۳ قانون مدنی مصر) و مبنای آن سوءنیت متعهد است (رودیجانی، ۱۳۸۵، ص. ۲۱۸). تفاوت میان این شیوه پرداخت خسارت و خساراتی که به تبع ایجاد مسئولیت مدنی ایجاد می‌شود، این است که خسارت ناشی از ورود ضرر جنبه ترمیمی دارد و زیان وارد را جبران می‌کند، اما در خسارت تنبیهی جبران زیان وارد مورد نظر نیست، بلکه مجازات فاعل فعل زیان‌بار هدف است و میزان خسارت بر مبنای ماهیت اقدام مرتکب و درجه نفرت‌انگیزی و نزاکت رفتار وی تعیین می‌شود^۲ (عباسلو، ۱۳۹۴، ص. ۲۲۹). درحقیقت، این شیوه از ارتکاب رفتار زیان‌بار در آینده (توسط مرتکب و خطاکاران احتمالی) جلوگیری می‌کند و حاوی این پیام برای افراد است که ارتکاب رفتار زیان‌بار در مقایسه با مسئولیت ناشی از آن، سودی برای ایشان ندارد (Meurkens, 2012, p. 6).

در خصوص ماهیت این شیوه اختلافاتی مطرح است. برخی آن را نوعی ضمانت اجرای مدنی (Curcio, 1996, p. 343) و برخی دیگر آن را زمینه‌ای کیفری در حقوق مدنی (خدابخشی، ۱۳۹۲، ص. ۶۳) دانسته‌اند، اما آنچه مسلم است، این خسارت نوعی مجازات شمرده نمی‌شود؛ زیرا اولاً، مجازات به معنای خاص، تفاوت‌هایی با مفهوم و ماهیت خسارت تنبیهی دارد. مجازات به معنای خاص، به خاطر ارتکاب جرم است درحالی‌که خسارت تنبیهی در مباحث مسئولیت مدنی و

۱. در کانادا، احکام خسارت تنبیهی در شرایطی که شخص مرتکب رفتاری توأم با سوءنیت یا عملی که بی‌نهایت سزاوار سرزنش است، شده باشد، صادر می‌شود (Hanrahan & fudin, 2007, p. 3). در اتحادیه اروپا نیز برخی کشورها مانند انگلیس، ولز، ایرلند، ایرلند شمالی و قبرس، این شیوه جبران خسارت را در نظام مسئولیت مدنی به رسمیت شناخته‌اند (Cedric, 2016, p. 1).

۲. در کتب و متون حقوقی از اصطلاحاتی مانند سوءنیت (Garner, 2009, p. 164)، بی‌احتیاطی (Sanderse, 2008, p. 1) و رفتار همراه با تجری (ره‌پیک، ۱۳۸۸، ص. ۲۲) برای توصیف اقدام مرتکب فعل زیان‌بار استفاده شده است.

قراردادی مطرح می‌شود. ثانیاً، آنچه به‌عنوان مجازات و کیفر بر عهده مجرم قرار می‌گیرد، به زیان‌دیده یا قربانی جرم پرداخت نمی‌شود، اما خسارت تنبیهی مبلغی است که به زیان‌دیده پرداخت خواهد شد. ثالثاً، تعیین مقدار مجازات با توجه به اصل قانونی بودن جرائم و مجازات، بر عهده قانون است درحالی‌که مقدار خسارت تنبیهی را دادگاه مشخص می‌کند. بنابراین، در بیان ماهیت خسارت تنبیهی نباید به‌طور مطلق آن را مجازات تلقی کرد و به‌درستی از نظر برخی محققان این نوع خسارت به مباحث مدنی نزدیک‌تر دانست (داراب‌پور و سلطانی احمدآباد، ۱۳۹۴، ص. ۶۶).

خسارت تنبیهی دارای آثار اخلاقی-اجتماعی شایان توجهی است که سبب می‌شود رفتارهای انسان در حوزه‌های فردی و اجتماعی، جنبه‌های اخلاقی و تکاملی یابد و وقوع اعمال زیان‌بار و ورود خسارت‌های ناشی از ضرورت‌های اجتماعی به حداقل برسند (اسدی و لطفی دوران، ۱۳۹۹، ص. ۶۶۸). این شیوه نوین افزون‌بر آثار اخلاقی واجد آثار اقتصادی نیز هست و مورد توجه صاحب‌نظران اقتصادی قرار گرفته است. این صاحب‌نظران مجازات و بازدارندگی را به‌عنوان هدف و کارکرد خسارت تنبیهی معرفی و برای توجیه صدور و تعیین روش محاسبه آن، به دو نظریه اصلی (نظریه بازدارندگی مطلوب و نظریه منفعت‌زدایی) استناد کرده‌اند^۱ (Ellis, 1998, p. 31).

۴. تحلیل کارآمدی شیوه‌های جبران خسارت و سنجش موفقیت آن‌ها در تحقق اهداف مسئولیت مدنی

مطالعه و بررسی شیوه‌های جبران خسارت حاکی است که اتخاذ شیوه‌ای مطلق و واحد (اعم از جبرانی، نفع‌محور یا تنبیهی) در نظام‌های حقوقی صحیح نیست و نه تنها اهداف تبیین‌شده برای مسئولیت مدنی (جبران خسارت، بازدارندگی و انتظام اجتماعی) را تأمین نمی‌کند، بلکه ممکن است آثار مخربی مانند بی‌عدالتی و دارا شدن ناعادلانه را نیز به همراه داشته باشد؛ زیرا در سال‌های اخیر به دلیل گسترش جوامع انسانی و پیشرفت‌های صنعتی، بر روابط اشخاص در زمینه‌های تجاری، اقتصادی و اجتماعی افزوده شده و به تبع آن، دامنه ورود خسارت و وقوع رفتارهای زیان‌بار افزایش یافته است.

۱. به نقل از: امینی و ابک، ۱۳۹۳.

۱.۴. ناکارآمدی شیوه صرفاً جبرانی

امروزه افراد در زندگی روزمره - خودآگاه یا ناخودآگاه - بر اساس اصل «تناسب هزینه-فایده» اقدام می‌کنند و گاه با انگیزه کسب سود مرتکب اعمالی می‌شوند که دارای آثار جانبی منفی است و بر دارایی دیگر افراد جامعه تأثیر منفی می‌گذارد و رویکرد جبرانی نمی‌تواند مانع ارتکاب چنین اعمالی شود و از حقوق افراد و جامعه به‌گونه شایسته حمایت کند. مصداق بارز این مسئله فرضی است که شرکت تولیدی رب گوجه‌فرنگی یا مربا اقدام به کم‌فروشی می‌کند و محصول خود را در ظروف ۹۰۰ گرمی بسته‌بندی، اما به‌عنوان محصول یک کیلویی به بازار عرضه می‌کند و با این عمل خود اقدام به تحصیل سود به‌گونه غیراخلاقی می‌کند. در چنین وضعیتی، افراد بسیاری (به‌عنوان مصرف‌کننده) اقدام به خرید کالا می‌کنند و متحمل زیان می‌شوند، اما به دلایلی مانند هزینه زیاد و طولانی بودن فرایند دادرسی و اندک بودن خسارت پرداختی (به‌واسطه حاکمیت شیوه جبرانی)، انگیزه‌ای برای طرح دعوی نخواهند داشت؛ زیرا ایشان نیز بر اساس اصل هزینه-فایده اقدام به تحلیل وضعیت خود می‌کنند و به این نتیجه می‌رسند با طرح دعوی، مستحق دریافت خسارتی ناچیز خواهند شد و این جبران خسارت با مدت زمانی که برای پیگیری در دستگاه قضایی صرف خواهند کرد، شایان قیاس نیست. در نتیجه، احتمال طرح دعوی و مطالبه خسارت به‌شدت کاهش می‌یابد. از سوی دیگر، در فرض طرح دعوی نیز میزان خسارت مورد حکم از سوی محاکم با میزان سود حاصل از فعل زیان‌بار تناسب ندارد و در نتیجه، ارتکاب چنین اعمال زیان‌باری برای مرتکب توجیه اقتصادی خواهد داشت و اشخاص سودجو انگیزه لازم را برای انجام دادن و تکرار چنین رفتارهایی می‌یابند.

بنابراین، اتخاذ رویکرد جبرانی صرف دست‌کم در برخی حوزه‌ها کارآمد نیست و نمی‌تواند پاسخ‌گوی نیازهای جوامع امروزی باشد؛ زیرا باعث افزایش رفتارهای ضد اجتماعی در جامعه و تضییع حقوق شهروندان می‌شود و به‌گونه‌ای موجبات سوءاستفاده اشخاص (ارائه‌دهندگان کالا و خدمات و...) از عدم جامعیت قانون و دارا شدن بی‌جهت ایشان را فراهم می‌کند.^۱

۱. این موضوع در عرصه‌های دارای انحصار بسیار محسوس تر است.

۲.۴. ناکارآمدی شیوه صرفاً نفع‌محور

اتخاذ رویکرد نفع‌محور و مبنا قرار گرفتن سود حاصل از رفتار غیرقانونی و نامشروع، تأمین‌کننده اهداف تبیین‌شده برای مسئولیت مدنی در تمام موارد نیست؛ زیرا بر مبنای این شیوه، میزان خسارتی که مرتکب به موجب قانون مکلف به پرداخت آن می‌شود با سود نامشروعی که تحصیل می‌کند، برابر است (به نوعی بر هزینه‌های رفتار زیان‌بار می‌افزاید و انگیزه وی را کاهش می‌دهد)، اما زمانی که احتمال مسئول دانسته شدن فرد مرتکب اندک است، مرتکب همچنان انگیزه کافی برای اجتناب از زیان را نخواهد داشت و اهداف بازدارندگی و انتظام‌بخشی محقق نخواهد شد. به عبارتی، در مواردی که قطعیت مسئول دانسته شدن فرد مرتکب اندک است، افزایش میزان خسارت به اندازه منافع تحصیل‌شده کافی نیست و نمی‌تواند بازدارندگی لازم را داشته باشد^۱.

۳.۴. ناکارآمدی شیوه صرفاً تنبیهی

بر شیوه تنبیهی صرف نیز مانند دو مورد قبل ایراداتی وارد است که موجب می‌شود انتخاب آن به‌عنوان رویکرد مطلق برای جبران خسارت عقلایی نباشد؛ زیرا رفتار زیان‌بار و به تبع آن، ورود زیان به غیر، همیشه با سوءنیت و عامدانه نیست و در بسیاری موارد ناشی از تقصیر غیرعمدی است. از این رو شایسته نیست که در این موارد (که ورود زیان به صورت غیرعمدی و به واسطه الزامات زندگی اجتماعی رخ داده است) اشخاص، مکلف به جبران خسارتی بیش از زیان وارد شوند. از سوی دیگر، اتخاذ چنین رویکردی موجب می‌شود که افراد به طمع دستیابی به پول و ثروت اقدام به طرح دعاوی گسترده در محاکم قضایی کنند و به تشدید معضل اطاله داری و ایجاد بی‌نظمی و هرج‌ومرج در جامعه دامن زنند.

به جرئت می‌توان گفت که اتخاذ هر یک از کارکردهای جبرانی، تنبیهی و نفع‌محور به تنهایی کافی نیست و نمی‌تواند به اهداف تبیین‌شده برای مسئولیت مدنی جامع عمل ببوشاند. به نظر می‌رسد با وجود پیشرفت صنایع و تحولات اجتماعی و اقتصادی و به تبع، توسعه دامنه ورود زیان، دستیابی به رویکردی کارآمد و جامع مستلزم توجه به همه جوانب موضوع از جمله چگونگی وقوع

۱. مشابه این مسئله در تحلیل اقتصادی پیشگیری از جرم نیز وجود دارد و افزایش شدت مجازات بدون توجه به میزان قطعیت آن ناکارآمد تلقی شده است. برای مطالعه بیشتر ر.ک به: آشوری و صبوری‌پور، ۱۳۹۴.

رفتار زیان‌بار اعم از همراه با بی‌احتیاطی یا عمد یا تقصیر (سنگین و سبک)^۱، انگیزه و هدف افراد در ارتکاب رفتار زیان‌بار و... است. از این‌رو ضروری است خسارات غیر عمدی و ناشی از بی‌احتیاطی یا تقصیر سبک از خسارات عمدی و ناشی از تقصیر سنگین تفکیک شود و در هر یک از این موارد رویکردی متناسب با اهداف تبیین‌شده برای مسئولیت مدنی اتخاذ شود؛ بدین‌گونه که در خسارت غیر عمدی که معمولاً نتیجه تقصیرهای سبک و بی‌احتیاطی‌های معمول زندگی اجتماعی است، شیوه‌های ترمیمی (جبرانی) مبنا قرار گیرد، اما در خسارت عمدی که فرد با قصد سودجویی و بدون توجه به حقوق دیگران به تضییع حقوق آن‌ها اقدام و از هنجارهای اجتماعی تخطی می‌کند، بر مبنای شیوه‌های مبتنی بر تنبیه و بازدارندگی مانند خسارت تنبیهی یا نفع‌محور اقدام شود تا بدین طریق مطلوبیت ارتکاب رفتار زیان‌بار برای افراد از بین برود. به عبارت دیگر، در خسارت غیر عمدی که وجود انگیزه سودجویی و اضرار متصور نیست، صرف جبران خسارت وارد کافی است؛ زیرا هم به تشفی خاطر زیان‌دیده و اعاده وضع وی منجر می‌شود و هم دارای بازدارندگی مطلوب و متناسب است که مرتکب را به احتیاط بیشتر ترغیب می‌کند، اما در موارد خسارت عمدی (که اراده ایراد زیان وجود دارد) یا خسارت ناشی از تقصیر سنگین (که بی‌مبالاتی چنان شدید است که گویی کار به‌عمد انجام شده است) صرف جبران خسارت کافی نیست و نمی‌تواند بازدارندگی لازم را در نظر مرتکب و جامعه ایجاد کند و به تحقق اهداف پیش‌گفته منجر شود. از این‌رو لازم است در چنین مواردی با اتخاذ رویکردی مناسب (شیوه‌های مبتنی بر تنبیه)،

۱. تقسیم تقصیر غیر عمدی به تقصیر سنگین و سبک مربوط به حقوق قدیم فرانسه است که برحسب شدت و ضعف صورت گرفته است. تقصیر سبک، تقصیری که شخص با احتیاط متوسط مرتکب آن نمی‌شود، تعریف شده است، اما در مورد تعریف تقصیر سنگین اتفاق نظر وجود ندارد و تعاریف مختلفی برای آن ارائه شده است؛ به‌گونه‌ای که:

مازو، حقوق‌دان بزرگ فرانسوی، آن را چنین تعریف کرده است «تقصیر سنگین، تقصیری نه عمدی و نه ارادی، اما سخت فاحش است. مرتکب آن، ایراد ضرر یا عدم اجرای قرارداد را نخواست، اما چنان رفتار کرده است که گویا آن را خواسته است» (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷، ص. ۱۵۲).

در آرای دادگاه‌های ایالت متحده آمریکا چنین تعریف شده است «تقصیر سنگین عبارت است از تجاوز شدید از معیار عادی رفتار یا تقصیری شدیدتر از رفتار عادی» (صفایی، ۱۳۹۲، ص. ۱۹).

برخی نیز آن را نوعی تخطی تعریف کرده‌اند که انسان فاقد مهارت کافی هم، آن‌چنان تخطی را مرتکب نشود (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ص. ۱۰۵۱).

برای تحقق هرچه شایسته‌تر اهداف مسئولیت مدنی تلاش شود.

۵. ضرورت بازنگری در رویکرد جبران خسارت در حقوق ایران

در نظام حقوقی ایران اصل بر ترمیمی بودن و اعاده وضع زیان‌دیده به حال سابق است و جبران خسارت در تمام حوزه‌های ورود زیان مانند حقوق مصرف، حقوق قراردادی، حقوق رقابت و... بر مبنای رویکرد ترمیمی صورت می‌گیرد. این در حالی است که امروزه به واسطه گسترش دامنه ورود زیان و وقوع رفتارهای زیان‌بار، دیگر رویکرد ترمیمی صرف پاسخ‌گوی نیازهای جامعه نیست. افزون‌براین، وجود انحصار یا شبه‌انحصار (دست‌کم در برخی حوزه‌ها)^۱ به تشدید بیش‌ازپیش این ضعف و ناکارآمدی دامن زده و بازنگری در اصول حاکم بر جبران خسارت و توجه به نقش بازدارنده آن را به موضوعی ضروری تبدیل کرده است. نباید از یاد برد ضمان قهری و مسئولیت مدنی اعتباری عقلایی است که در پاسخ به نیازی طراحی شده است. به همین منظور، قواعد آن باید به‌گونه‌ای باشد که توان پاسخ‌گویی به نیازها و مصالح مدنظر را داشته باشد. نظر به لغوپذیری امور اعتباری و امکان انطباق آن با نیازها، مانعی در مسیر تحول تقنینی و ایجاد قواعد جدید وجود ندارد (طباطبایی، ۱۳۹۳، ج ۲، صص. ۱۴۳-۱۴۴ و ۱۶۷). براین اساس، باید شیوه‌های جبران خسارت را به‌گونه‌ای طراحی کرد تا به نیازهایی مانند جبران خسارت و بازدارندگی که منشأ خیر جمعی خواهد بود، پاسخ دهد.

به‌جرت می‌توان گفت عدم توجه به انگیزه و قصد مرتکب فعل زیان‌بار و عدم استفاده از شیوه‌های نوین جبران خسارت مانند شیوه تنبیهی و اصلاحی از کاستی‌های نظام مسئولیت مدنی ایران به شمار می‌رود و ضروری است حقوق ایران نیز مانند کشورهای تابع نظام کامن‌لا از رویکرد تلفیقی تبعیت کند و با تقسیم‌بندی چگونگی ارتکاب فعل زیان‌بار به عمدی و غیرعمدی از شیوه‌ای مناسب و کارآمد بهره برد و بدین طریق به اهداف تبیین‌شده برای مسئولیت مدنی جامع عمل پیوشاند؛ زیرا در جهان امروز توجه به عنصر روانی در بحث خسارت و قابلیت جبران آن

۱. در مواردی که در تولید محصول و کالا انحصار وجود دارد، مصرف‌کننده قدرت انتخاب ندارد و چاره‌ای جز خرید کالا معیوب یا بی‌کیفیت نخواهد داشت. این مسئله به همراه اتخاذ رویکرد صرفاً جبرانی موجب می‌شود که اقدامات زیان‌بار مانند کم‌فروشی، تقلب، تولید کالای بی‌کیفیت و... برای تولیدکنندگان به‌صرفه باشد و بتوانند با رفتار خود حقوق دیگران را تضییع کنند.

ضرورتی انکارناپذیر است^۱ و قبح عمل شخصی که به صورت عمدی به دیگران ضرر می‌زند، این اقتضا را دارد تا میزان مسئولیت او با شخصی که تنها مرتکب تقصیر جزئی می‌شود، متفاوت باشد^۲ (امینی و دریایی، ۱۳۹۸، ص. ۱۸۶). مطالعه قواعد حاکم در حقوق اسلامی حاکی است که برخی قواعد مانند «حرمت اکل مال به باطل»، «لاضرر و لاضرار» و «التعزیر به ما یراه‌الحاکم من المصلحة» بر امکان و جواز پرداخت خسارت فراجبرانی در موارد تبیین شده (خسارات ناشی از عمد و تقصیر سنگین) دلالت دارد؛ زیرا:

اولاً، قاعده حرمت اکل مال به باطل بیان‌کننده این اصل حقوقی است که هیچ‌کس نباید از عمل خلاف خویش سود ببرد. اصل مزبور رد پای کم‌رنگی در دکترین دارد، اما به‌عنوان اصل مسلم اخلاقی، قانونی و عقلی قابل استناد است و ماده ۳۱۴ قانون مدنی نیز در همین راستا تنظیم شده است.

ثانیاً، قاعده لاضرر به‌عنوان قاعده آمره، مبنایی برای نفی ضرر و لزوم جبران خسارت در حقوق موضوعه شمرده می‌شود^۳ که بر اساس آن و سایر مبانی مسئولیت در حقوق اسلام هیچ‌زیانی

۱. در نظریات رفتار غیرنگر و قاعده طلایی نیز به حسن نیت یا سوءنیت (عنصر روانی) افراد در فعل زیان‌بار توجه شده است. این نظریات اساس و مبنای خود را برای احراز مسئولیت عامل زیان، عدم توجه مناسب فرد به رفاه دیگران، منفعت‌طلبی و در نظر نگرفتن طرح‌ها و اولویت قربانی می‌دانند (میرشکاری و رمضانی، ۱۴۰۳، ص. ۳۹).

۲. قانون‌گذار در مواد ۳ و ۴ قانون مسئولیت مدنی به‌طور ضمنی به عنصر روانی نظر داشته و در تعیین میزان خسارت و اعمال تخفیف عواملی مانند وضعیت زیان‌زننده، قابل اغماض بودن غفلت صورت‌گرفته و چگونگی همکاری وی پس از وقوع حادثه را مورد توجه قرار داده است.

۳. در اینکه لزوم جبران ضرر یا مسئولیت مدنی را می‌توان از قاعده لاضرر استنباط کرد، اختلاف است. به عقیده شیخ انصاری قاعده لاضرر اثبات ضمان نمی‌کند؛ زیرا نقش لاضرر این است که حکمی را بردارد نه اینکه حکمی را ثابت کند (انصاری، بی‌تا، ص. ۱۱۸؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۵۰). مرحوم نائینی نیز به پیروی از شیخ انصاری معتقد است که قاعده لاضرر همیشه به‌صورت معارض و مخالف عمومات دیگر وارد صحنه می‌شود و بر آن‌ها غلبه می‌کند. پس باید همواره حکم ثابتی به‌نحو عموم وجود داشته باشد و بعضی مصادیق آن ضرری باشد تا به‌موجب قاعده لاضرر شمول آن حکم عام نسبت به آن مصداق برطرف شود. از این‌رو قاعده لاضرر نقش بازدارنده دارد نه نقش سازنده (نجفی خوانساری، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص. ۴۲۰). در مقابل، سیدعلی طباطبایی و کسانی که مفاد قاعده را نفی ضرر جبران‌نشده یا نهی از اضرار به غیر می‌دانند، از این قاعده برای اثبات مسئولیت کسی که عامل ورود زیان بوده است، استفاده می‌کنند و معتقد به اثبات ضمان هستند؛ زیرا اگر مقصود نفی ضرر جبران‌نشده یا نهی از اضرار باشد، تدارک ضرر از لوازم این نفی است (طباطبایی، ۱۳۷۰، ج ۲، ص. ۳۰۲؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸ق، ص. ۱۹۸).

نباید بدون جبران باقی بماند. در منابع قرآنی که برای قاعده لاضرر بیان شده است از جمله آیات ۲۳۱، ۲۳۳ و ۲۸۲ سوره بقره، آیه ۶ سوره طلاق و ۱۲ سوره نساء، خداوند انسان‌ها را در وضعیت‌های مختلف از اضرار به غیر منع کرده است. آیات فوق شأن نزول دیگری دارند، اما آنچه مسلم است، اهمیت پیشگیری از اضرار است که خداوند در این آیات بیان می‌کند. مطابق با این قاعده همراه با حکم به منع اضرار و جبران در صورت ضرر، از باب مقدمه مکلف ملزم به پیشگیری از وقوع خسارت است. در نتیجه، هر تلاشی که برای جلوگیری از اضرار باشد نه تنها منع قرآنی ندارد، بلکه ستوده است. از سویی از باب ممنوعیت ضرر به‌عنوان نتیجه می‌توان به وجوب مقدمه (پیشگیری) حکم کرد (احمدی فر، ۱۴۰۲، ص. ۱۷).

ثالثاً، تعزیر به‌عنوان شیوه‌ای برای مقابله با عامل زیان در راستای جبران خسارت زیان‌دیده قابل استفاده است و محدود به تحقق جرم و اعمال آن به‌عنوان مجازات نیست. از این رو در صورت عمل زیان‌بار همراه با تقصیر که موجب اخلال در نظم اجتماع می‌شود، می‌توان با اعمال تعزیر به طریق توبیخ، جریمه مال یا روش‌های دیگر، به اهداف مسئولیت مدنی مانند جبران خسارت، بازدارندگی، خشنودی زیان‌دیده، تنبیه و اصلاح رفتار مقصر دست یافت (دریایی و کربلایی آقازاده، ۱۳۹۹، ص. ۱۱۱).

رابعاً، نظریات حقوقی و قواعد فقهی مرتبطی مانند قاعده دفع منکر یا ضرر، قاعده حسبه و قاعده احترام مال مردم در این باره وجود دارد که پیشگیری از ورود زیان از نتایج مستقیم آن‌هاست (احمدی فر، ۱۴۰۲، ص. ۱۲). همچنین، مفاد قاعده «وجوب دفع ضرر محتمل» تا اندازه‌ای قائل به این موضوع هستند (لطفی، ۱۳۹۱، ص. ۲۲۸).

خامساً، مستقلات عقلی نیز به‌عنوان یکی از ادله احکام، به‌طور مستقیم بر نفی ضرر و ممنوعیت اضرار به دیگران دلالت دارد و اضرار به غیر را قبیح می‌داند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص. ۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۸، ص. ۱۳۱). به‌خاطر اینکه عقل ضرر رساندن را منع می‌کند، از باب مقدمه بر هر انسانی واجب است که افعال یا ترک افعالی را برای جلوگیری از اضرار و ضرر رساندن انجام دهد. آیات متعددی از قرآن نیز بر نهی اضرار به غیر دلالت دارند که از آن‌ها می‌توان به‌عنوان شاهدی بر تأیید حکم عقل در این خصوص استفاده کرد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص. ۱۴۱). بنابراین، ضروری است با توجه به فلسفه اجتماعی قانون، مقنن سیاست‌های تقنینی را به‌گونه‌ای تدوین کند که افزون‌بر جبران خسارت وارد به افراد (رفع ضرر

و زیان)، انگیزه مرتکبان برای ارتکاب اعمال زیان‌بار کاهش یابد (نفسی ضرر و اضرار) و از بروز رفتارهای ضد اجتماعی جلوگیری شود. به عبارتی، از حکم نفی ضرر می‌توان ضرورت پیشگیری از ورود زیان و خسارت را استنباط کرد و در همین راستا، به‌منظور جلوگیری از ورود خسارت، در مواردی بر مسئولیت مرتکب فعل زیان‌بار افزود.

نتیجه‌گیری

به‌طورکلی، قواعد مسئولیت مدنی تحقق سه هدف عمده جبران خسارت، تشریف خاطر زیان‌دیده و بازدارندگی و انتظام‌بخشی اجتماعی را دنبال می‌کنند و بی‌شک رویکردی که به تحقق این اهداف منجر شود، کارا شمرده می‌شود. مطالعه نظام‌های حقوقی حاکی است که کشورهای مختلف برای تحقق اهداف پیش‌گفته شیوه‌های متفاوتی را در پیش گرفته‌اند؛ به‌گونه‌ای که برخی مانند نظام حقوقی ایران از رویکرد واحد (ترمیمی) و برخی مانند آمریکا، انگلیس و... از رویکرد تلفیقی (ترمیمی-تنبیهی) تبعیت می‌کنند. مطالعه و تحلیل شیوه‌های مختلف جبران خسارت (جبرانی، نفع‌محور و تنبیهی) با استفاده از ابزارهای اقتصاد خرد (هزینه-فایده و اقتصاد رفتاری) حاکی است هیچ‌یک از این شیوه‌ها به‌تنهایی پاسخ‌گوی نیازهای جوامع بشری نیست و اهداف تبیین‌شده برای مسئولیت مدنی را تأمین نمی‌کند؛ زیرا از سویی در برخی موارد مانند حوزه حقوق مصرف و... اتخاذ شیوه جبرانی یا نفع‌محور ناکارآمد است و نمی‌تواند به تحقق کامل اهداف مسئولیت مدنی منجر شود. از سوی دیگر، اتخاذ شیوه تنبیهی نیز در بسیاری از موارد مانند زیان‌های ناشی از تقصیر غیر عمدی ناکارآمد است و تالی فاسد به همراه خواهد داشت. در نتیجه، اتخاذ هیچ‌یک از شیوه‌های جبران خسارت به‌تنهایی (رویکرد واحد) صحیح نیست و توجه به نوع و چگونگی ورود زیان و همچنین زمینه ورود زیان برای اتخاذ شیوه‌ای متناسب و کارآمد ضروری است. به نظر می‌رسد نظام‌های تابع رویکرد تلفیقی نسبت به نظام‌های تابع رویکرد واحد، عملکردی بهتری داشته و توانسته‌اند با دقت به رفتار مرتکبان فعل زیان‌بار (عنصر روانی) و اتخاذ شیوه‌ای متناسب با رفتار ایشان، به‌گونه شایسته‌تر به تحقق اهداف مسئولیت مدنی جامع عمل ببوشانند. بنابراین، از منظر تحلیل اقتصادی حقوق ضروری است در رویکرد اتخاذی در نظام مسئولیت مدنی حاکم بر کشور (رویکرد جبرانی) تجدیدنظر شود و در راستای تحقق هرچه شایسته‌تر اهداف مسئولیت مدنی از رویکرد تلفیقی تبعیت شود.

قواعد حاکم در حقوق اسلامی مانند «حرمت اکل مال به باطل»، «لاضرر و لاضرار» و منابع قرآنی نیز با جواز اتخاذ رویکرد تلفیقی و پرداخت خسارت فراجبرانی در موارد تبیین شده (خسارات ناشی از عمد و تقصیر سنگین) موافق است؛ زیرا اولاً، مطالعه و بررسی این قواعد بیان‌کننده این است که در حقوق اسلام بر منع اضرار و ضرورت جبران زیان تأکید بسیار شده و از این تأکید، ضرورت پیشگیری از ورود زیان و خسارت (مشروعیت اتخاذ سیاست‌های پیشگیرانه) شایان استنباط است. ثانیاً، بر اساس قاعده «التعزیر به ما یراه الحاکم من المصلحه»، در مواردی که اشخاص با عمل زیان‌بار همراه با تقصیر موجب اخلال در نظم اجتماع می‌شوند، اعمال تعزیر به طریق توبیخ، جریمه مال یا روش‌های دیگر تجویز شده است. از این رو پیشنهادهای زیر ارائه می‌شود.

۱. قوانین حوزه مسئولیت مدنی بازنگری و قوانین جدید به گونه‌ای تدوین شود که تمام اهداف تبیین شده این شاخه حقوق خصوصی (جبران، بازدارندگی و انتظام‌بخشی) تحقق یابد.
۲. مانند کشورهای تابع نظام کامن‌لا، رویکرد تلفیقی اتخاذ شود و میان خسارت ناشی از تقصیر غیرعمدی (متعارف و سبک) با خسارات ناشی از عمد، خدعه و تقصیر سنگین تفکیک شود و برای هر یک از این حوزه‌ها رویکردی مناسب و کارآمد اتخاذ شود.
۳. نسبت به خسارت غیرعمدی که به واسطه بی‌احتیاطی واقع می‌شود و مرتکب در آن فاقد قصد ایراد زیان و سودجویی است، رویکرد جبرانی (ترمیمی) اتخاذ شود؛ زیرا در چنین مواردی پرداخت خسارت به میزان زیان وارد ضمانت اجرایی مناسبی است و می‌تواند اهداف تبیین شده برای مسئولیت مدنی را تأمین کند.
۴. در خصوص خسارات عمدی و همراه با خدعه که معمولاً با بی‌اعتنایی نسبت به ایمنی و حقوق دیگران و اهدافی چون سودجویی و اهانت و تحقیر روی می‌دهد، رویکرد تنبیهی اتخاذ شود؛ زیرا این رویکرد با هدف قرار دادن قوه محرکه و انگیزه مرتکب (سود)، از ارتکاب رفتارهای زیان‌بار جلوگیری می‌کند و تحقق اهداف حوزه مسئولیت مدنی را بهبود می‌بخشد.

منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) آشوری، محمد و صبوری‌پور، مهدی (۱۳۹۴). مقایسه اثر شدت و قطعیت حبس بر بازدارندگی آن. مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۲، شماره ۳. doi: JQCLCS-201508-1045
- ۳) آقابابا، زهرا (۱۳۹۷). بررسی شیوه‌های جبران خسارت در مسئولیت مدنی در ایران و حقوق نوین اروپا. فصلنامه مطالعات حقوقی، شماره ۱۹.
- ۴) احمدی‌فر، رسول (۱۴۰۲). نظریه پیشگیری از مسئولیت قهری بر اساس مبانی فقهی و حقوقی. فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۱۹. doi: 10.22034/law.2023.2000419.1236
- ۵) اسدی، حبیب و لطفی‌دوران، علیرضا (۱۳۹۹). ماهیت و مبانی خسارت تنبیهی و نهادهای حقوقی مشابه در فقه و حقوق ایران. پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۶، شماره ۴. doi: 10.22059/jorr.2020.304918.1008860
- ۶) امینی، اعظم و ابک، صدیقه (۱۳۹۳). بررسی نظریات بازدارندگی و منفعت‌زدایی راجع به خسارت تنبیهی در دعاوی مسئولیت مدنی (با تمرکز بر آرای دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا). دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، شماره ۶. doi: 10.22067/le.v21i6.46545
- ۷) امینی، منصور و دریایی، رضا (۱۳۹۸). تحلیل اقتصادی خسارات صرفاً اقتصادی. تحقیقات حقوقی، دوره ۲۲، شماره ۸۶. doi: 10.29252/lawresearch.22.86.169
- ۸) انصاری، مرتضی (بی‌تا). رسائل فقهیه. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ۹) بابایی، ایرج (۱۳۹۷). حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد. تهران: میزان.
- ۱۰) بادینی حسن (۱۳۸۳). هدف مسئولیت مدنی. نشریه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۶.
- ۱۱) بادینی حسن (۱۳۸۴). فلسفه مسئولیت مدنی. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۱۲) تقی‌زاده، ابراهیم، خسروی فارسانی، علی و موسی‌پور، میثم (۱۳۹۱). ماهیت و آثار خسارت تنبیهی در حقوق کامن‌لا. نشریه دانش حقوق مدنی، شماره ۱.
- ۱۳) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۷). دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت.
- ۱۴) حسینی مراغی، سیدمیر عبدالفتاح بن علی (۱۴۱۸ق). العناوین الفقهیه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۱۵) خادم سربخش، مهدی و سلطانی‌نژاد، هدایت‌الله (۱۳۹۲). اصل قابلیت جبران کلیه خسارات. پژوهش‌نامه فقه و حقوق اسلامی، دوره ۶، شماره ۱۲.
- ۱۶) خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۲). تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری. چاپ ۲، تهران: شهر دانش.
- ۱۷) داراب‌پور، مهرباب (۱۳۸۷). اصول کلی مسئولیت مدنی در سیستم حقوقی انگلستان. فصلنامه

دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۴۴.

۱۸) داراب‌پور، مهرباب و سلطانی احمدآباد، سعید (۱۳۹۴). فلسفه حقوقی و ماهیت خسارت تنبیهی. مجله

حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۲. doi: 10.22066/cilamag.2015.15748

۱۹) دریایی، رضا و کربلایی آقازاده، مصطفی (۱۳۹۹). تأملی بر رابطه قانون مسئولیت مدنی با موجبات

ضمان قه‌ری در حقوق ایران. مطالعات حقوقی، دوره ۱۲، شماره ۳. doi:

10.22099/jls.2020.32934.3353

۲۰) دوپاکیه، کلود (۱۳۳۲). مقدمه تئوری کلی و فلسفه حقوق (علی محمد طباطبایی، مترجم). تهران:

چاپخانه بوذرجمهری.

۲۱) ره‌پیک، حسن (۱۳۸۸). تقریرات درس مسئولیت مدنی (مقطع کارشناسی ارشد حقوق خصوصی).

دانشگاه علوم قضایی.

۲۲) رودیجانی، محمدمجتبی (۱۳۸۵). ضمانت‌های اجرای مفاد قرارداد (پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق

خصوصی). دانشگاه شیراز.

۲۳) شاول، استیون (۱۳۸۸). مبانی تحلیل اقتصادی حقوق (محسن اسماعیلی، مترجم). تهران: مرکز

پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

۲۴) صادقی مقدم، محمدحسن و نوری یوشانلوئی، جعفر (۱۳۹۰). تحول مسئولیت مدنی ایران و فرانسه

با تأکید بر شناسایی خسارات غیرترمیمی. فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱،

شماره ۴.

۲۵) صفایی، سید حسین و ذاکری‌نیا، حانیه (۱۳۹۴). بررسی تطبیقی شیوه‌های جبران خسارت در

مسئولیت مدنی غیر قراردادی. مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، شماره ۲. doi:

10.22059/jlq.2015.54448

۲۶) صفایی، سیدحسین (۱۳۹۲). تأثیر تقصیر عمدی یا سنگین در شرط عدم مسئولیت. فصلنامه رأی،

دوره ۲، شماره ۳. doi: 10.22106/jcr.2013.21517

۲۷) صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۷). مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد). تهران:

سمت.

۲۸) طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۳۹۳). اصول فلسفه و روش رئالیسم (جلد ۲). قم: صدرا.

۲۹) طباطبایی، علی‌بن محمد (۱۳۷۰). ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل (جلد ۲). قم: مؤسسه نشر

اسلامی.

۳۰) عباسلو، بختیار (۱۳۹۴). مسئولیت مدنی. چاپ ۲، تهران: میزان.

۳۱) غزالی، ابو‌حامد (۱۴۱۰ق). المستصفی فی علم الاصول (جلد ۱). بغداد: المثنی.

- ۳۲) قاسمی، مجتبی و علیاری، یاس (۱۴۰۲). جایگاه و کاربرد اقتصاد رفتاری در تحلیل اقتصادی حقوق. فصلنامه پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری، شماره ۲. doi: 10.48308/eclr.2023.103772
- ۳۳) قسمتی تبریزی، علی (۱۳۹۴). اصل جبران کامل زیان. فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۳.
- ۳۴) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۴). تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۳۵) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). مسئولیت ناشی از عیب تولید. چاپ ۲، تهران: دانشگاه تهران.
- ۳۶) کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۱). فلسفه حقوق (جلد ۱). تهران: گنج دانش.
- ۳۷) لطفی، اسدالله (۱۳۹۱). قاعده وجوب دفع ضرر محتمل و کاربرد آن در قانون آیین دادرسی مدنی. فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۷، شماره ۵۹.
- ۳۸) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۸). قواعد فقه (بخش مدنی)؛ مالکیت-مسئولیت: تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۳۹) مقصودی پاشاکی، رضا (۱۳۸۸). مطالعه تطبیقی وجه التزام (رساله دکتری حقوق خصوصی). دانشگاه شهید بهشتی.
- ۴۰) مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهیه (جلد ۳). قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین (علیه‌السلام).
- ۴۱) موسی حسینی، افسانه (۱۳۹۶). مسئولیت مدنی و مطالعه تطبیقی آن در حقوق ایران و فرانسه. همایش پژوهش‌های نوین ایران و جهان در مدیریت، اقتصاد، حسابداری و علوم انسانی، شیراز.
- ۴۲) میرشکاری، عباس و رمضانی، فاطمه (۱۴۰۳). تبیین نسبت قاعده طلایی با مسئولیت مدنی. پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۲۵، شماره ۱. doi: 10.30497/law.2024.245349.3441
- ۴۳) نجفی خوانساری، شیخ موسی (۱۴۲۱ق). منیة الطالب فی الحاشیة المکاسب (جلد ۳). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- ۴۴) نراقی، مولا احمدین محمد مهدی (۱۴۱۷ق). عوائد الایام فی البیان قواعد الاحکام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ۴۵) نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۹۵). بررسی خسارت انتظار ناشی از نقض قرارداد در کامن‌لا و حقوق ایران. فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال ۳، شماره ۳. doi: 10.22091/csiw.2017.1937.1187
- ۴۶) نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۹۸). اصل جبرانی بودن خسارت و کارکردهای آن در کامن‌لا و حقوق ایران. نشریه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۴.
- ۴۷) نیک‌کار، جمال (۱۴۰۰). عدالت در نسبت با حقوق و اقتصاد (پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق

- 48) Beatson, J., Burrows, A., & Cartwright, J. (2010). Anson's law of contract (29th ed.). Oxford University Press.
- 49) Brion, D. J. (2000). Norms and values in law and economics. In B. Bouckaert & G. De Geest (Eds.), *Encyclopedia of law and economics* (Vol. I). Edward Elgar, Cheltenham.
- 50) Caggiano, I. A. (2016). Disgorgement, compensation, and restitution: A comparative approach. *Global Jurist*, 16(2).
- 51) Cane, P. (2007). *The anatomy of tort law*. Hart Publishing.
- 52) Coleman, J. L. (2002). *Risks and wrongs*. Cambridge University Press, Cambridge.
- 53) Cooter, R., & Ulen, T. (2012). *Law and economics* (6th ed.). Addison Wesley, Boston.
- 54) Curcio, A. A. (1996). Painful publicity: An alternative punitive damage sanction. *DePaul Law Review*, 45(2), 341. <https://via.library.depaul.edu/law-review/vol45/iss2/4>
- 55) Edelman, J. (2002). *Gain-based damages*. Hart Publishing, Oxford-Portland, OR.
- 56) Friedman, D. (1987). Law and economics. In *The New Palgrave: A dictionary of economics*.
- 57) Garner, B. A. (Ed.). (2009). *Black's law dictionary*. Thomson Reuters, St. Paul, MN.
- 58) Hanrahan, T. J., & Fudim, D. (2007). An insurer's approach to defending punitive damages. Presented at an industry seminar.
- 59) Korobkin, R. B., & Ulen, T. S. (2000). Law and behavioral science: Removing the rationality assumption from law and economics. *California Law Review*, 88(4), 1051-1144.
- 60) Mercurio, N., & Medema, S. G. (2006). *Economics and the law: From Posner to postmodernism and beyond* (2nd ed.). Princeton University Press, Princeton.
- 61) Meurkens, L. (2012). The punitive damages debate in continental Europe: Food for thought. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2380554
- 62) O'Sullivan, J., & Hilliard, J. (2012). *The law of contract* (5th ed.). Oxford University Press, Oxford.
- 63) Posner, R. A. (1990). *The problems of jurisprudence*. Harvard University Press, Cambridge, MA.
- 64) Sanderse, J. (2008). In consumer action. *Texas Consumer Law*. <http://www.jtexconsumerlaw.com>
- 65) Sebok, A. J. (2009). Punitive damages in the United States. ResearchGate. https://www.researchgate.net/publication/251161896_Punitive_Damages_in_the_United_States
- 66) Shavell, S. (2004). *Foundations of economic analysis of law*. Harvard University Press, Cambridge, MA.
- 67) Starck, B. (1972). *Droit civil: Obligations*. Librairie Techniques, Paris.

- 68) Treitel, G. H. (2003). The law of contract (11th ed.). Sweet & Maxwell, London.
69) Vanleenhove, C. (2016). Punitive damages in private international law: Lessons for the European Union.

References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Abbās-lū, B. (1394 SH/2015). Mas'ūliyat-e madanī [Civil Liability] (2nd ed.). Tehran: Mizān [in Persian].
- 3) Aḥmadīfar, Rasūl (1402 SH/2023). Nazariyeh-ye Pishgiri az Mas'ūliyat-e Qahri bar Asās-e Mabāni-ye Feqhī va Ḥuqūqī [A Theory of Preventing Tort Liability Based on Jurisprudential and Legal Principles]. Faslnāmeḥ-ye Taḥqīq va Tose'eh dar Ḥuqūq-e Taṭbīqī [Research and Development in Comparative Law Quarterly], 6(19). doi: 10.22034/law.2023.2000419.1236 [in Persian].
- 4) Aminī, A'zam & Abak, Şedīqe (1393 SH/2014). Barrasī-ye Nazariyāt-e Bāzdārandegī va Manfa'at-zodā'i Rāje' be Khesārat-e Tanbīhī dar Dā'āvī-ye Mas'ūliyat-e Madanī (bā Tamarkoz bar Ārā-ye Dādghāhā-ye Īlālāt-e Motaḥeddek-ye Amrikā) [Examining Deterrence and Disgorgement Theories Concerning Punitive Damages in Civil Liability Cases (Focusing on U.S. Court Judgments)]. Dūfaslnāmeḥ-ye Dāneshnāmeḥ-ye Ḥuqūq-e Eqteşādī [Semi-annual Encyclopedia of Economic Law], No. 6. doi: 10.22067/le.v21i6.46545 [in Persian].
- 5) Aminī, Maṣṣūr & Dariyā'ī, Rezā (1398 SH/2019). Taḥlīl-e Eqteşādī-ye Khesārat-e Şarfan Eqteşādī [An Economic Analysis of Purely Economic Loss]. Taḥqīqāt-e Ḥuqūqī [Legal Research], 22(86). doi: 10.29252/lawresearch.22.86.169 [in Persian].
- 6) Anşārī, Morteżā (n.d.). Rasā'il Fiqhīyeh. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī [in Arabic].
- 7) Āqābābā, Zahra (1397 SH/2018). Barrasī-ye Shīveh-hā-ye Jabrān-e Khesārat dar Mas'ūliyat-e Madanī dar Īrān va Ḥuqūq-e Nowīn-e Orupā [Examining Methods of Compensation in Civil Liability in Iran and Modern European Law]. Faslnāmeḥ-ye Moṭāla'āt-e Ḥuqūqī [Legal Studies Quarterly], No. 19 [in Persian].
- 8) Asadī, Ḥabīb & Loṭfī Dourān, 'Alī Rezā (1399 SH/2020). Māhīyat va Mabāni-ye Khesārat-e Tanbīhī va Nahādihā-ye Ḥuqūqī-ye Moşābeh dar Feqh va Ḥuqūq-e Īrān [The Nature and Foundations of Punitive Damages and Similar Legal Institutions in Iranian Jurisprudence and Law]. Pizhūhesh-hā-ye Feqhī [Jurisprudential Research], 16(4). doi: 10.22059/jorr.2020.304918.1008860 [in Persian].
- 9) Āshūrī, Moḥammad & Şabūrīpūr, Maḥdī (1394 SH/2015). Moqāyeseh-ye Asar-e Şeddat va Qaṭ'iyat-e Ḥabs bar Bāzdārandegī-ye Ān [Comparing the Effect of the Severity and Certainty of Imprisonment on Its Deterrence]. Moṭāla'āt-e Ḥuqūq-e Keyfarī va Jormşenāsī [Criminal Law and Criminology Studies], 2(3). doi: JQCLCS-201508-1045 [in Persian].
- 10) Bābā'ī, Īraj (1397 SH/2018). Ḥuqūq-e Mas'ūliyat-e Madanī va Elzāmāt-e Khārej az Qarārdād [Civil Liability Law and Non-Contractual Obligations]. Tehran: Mizān [in Persian].
- 11) Bādīnī, Ḥasan (1383 SH/2004). Hadaf-e Mas'ūliyat-e Madanī [The Purpose of Civil Liability]. Naşriyeh-ye Ḥuqūq va 'Ulūm-e Siyāsī Dāneşgāh-e Tehrān [University of Tehran Journal of Law and Political Science], No. 66 [in Persian].
- 12) Bādīnī, Ḥasan (1384 SH/2005). Falsafeh-ye Mas'ūliyat-e Madanī [The

- Philosophy of Civil Liability]. Tehran: Sherkat-e Sahāmī-ye Enteshār [in Persian].
- 13) Beatson, J., Burrows, A., & Cartwright, J. (2010). Anson's law of contract (29th ed.). Oxford University Press.
 - 14) Brion, D. J. (2000). Norms and values in law and economics. In B. Bouckaert & G. De Geest (Eds.), Encyclopedia of law and economics (Vol. I). Edward Elgar, Cheltenham.
 - 15) Caggiano, I. A. (2016). Disgorgement, compensation, and restitution: A comparative approach. *Global Jurist*, 16(2).
 - 16) Cane, P. (2007). *The anatomy of tort law*. Hart Publishing.
 - 17) Coleman, J. L. (2002). *Risks and wrongs*. Cambridge University Press, Cambridge.
 - 18) Cooter, R., & Ulen, T. (2012). *Law and economics* (6th ed.). Addison Wesley, Boston.
 - 19) Curcio, A. A. (1996). Painful publicity: An alternative punitive damage sanction. *DePaul Law Review*, 45(2), 341. <https://via.library.depaul.edu/law-review/vol45/iss2/4>
 - 20) Dārābpūr, Mehrāb & Solṭānī Aḥmadābād, Sa'īd (1394 SH/2015). Falsafeh-ye Ḥuqūqī va Māhiyat-e Khesārat-e Tanbihī [The Legal Philosophy and Nature of Punitive Damages]. *Majalleh-ye Ḥuqūqī-ye Beyn al-Melalī* [International Law Journal], No. 52. doi: 10.22066/cilamag.2015.15748 [in Persian].
 - 21) Dārābpūr, Mehrāb (1387 SH/2008). Oṣūl-e Kollī-ye Mas'ūliyat-e Madanī dar Sistem-e Ḥuqūqī-ye Engelestān [General Principles of Civil Liability in the Legal System of England]. *Faslnāmeḥ-ye Dīdgāhhā-ye Ḥuqūqī* [Legal Views Quarterly], No. 44 [in Persian].
 - 22) Dariyā'ī, Rezā & Karbalā'ī Āqāzādeh, Moṣṭafā (1399 SH/2020). Ta'amolī bar Rabṭeh-ye Qānūn-e Mas'ūliyat-e Madanī bā Mūjebbat-e Zāmān-e Qahrī dar Ḥuqūq-e Īrān [A Reflection on the Relationship Between the Civil Liability Law and the Grounds for Extracontractual Liability in Iranian Law]. *Motāla'āt-e Ḥuqūqī* [Legal Studies], 12(3). doi: 10.22099/jls.2020.32934.3353 [in Persian].
 - 23) Dūpākīeh, Klūd (1332 SH/1953). Moqaddameh-ye Te'ūrī-ye Kollī va Falsafeh-ye Ḥuqūq [Introduction to the General Theory and Philosophy of Law] ('Alī Muḥammad Ṭabāṭabā'ī, Trans.). Tehran: Chāpkhāneh-ye Būzarjumeḥrī [in Persian].
 - 24) Edelman, J. (2002). *Gain-based damages*. Hart Publishing, Oxford-Portland, OR.
 - 25) Friedman, D. (1987). Law and economics. In *The New Palgrave: A dictionary of economics*.
 - 26) Garner, B. A. (Ed.). (2009). *Black's law dictionary*. Thomson Reuters, St. Paul, MN.
 - 27) Ghazzālī, Abū Ḥāmid. (1410 AH/1989). *Al-Mustaṣfā fī 'Ilm al-Uṣūl* (Vol 1). Baghdad: al-Muthannā [in Arabic].
 - 28) Hanrahan, T. J., & Fudim, D. (2007). An insurer's approach to defending punitive damages. Presented at an industry seminar.

- 29) Ḥosaynī Marāghī, Sayyed Mīr ‘Abd al-Fattāḥ ibn ‘Alī (1418 AH/1997). al-‘Anāwīn al-Fiqhīya. Qom: Mu’assasat al-Nashr al-Islāmī [in Arabic].
- 30) Ja‘farī Langarūdī, Moḥammad Ja‘far (1357 SH/1978). Dā‘erat al-Ma‘ārif-e Ḥuqūq-e Madanī va Tejārat [Encyclopedia of Civil Law and Commerce] [in Persian].
- 31) Kātūziyān, Nāṣer. (1383 SH/2004). Qawā‘id-e ‘umūmī-ye qarārdād-hā (jild 4) [General Rules of Contracts (Vol. 4)]. Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar [in Persian].
- 32) Kātūziyān, Nāṣer. (1384 SH/2005). Mas’ūliyat-e nāshī az ‘ayb-e tolīd [Liability Arising from Product Defect] (2nd ed.). Tehran: Tehran University [in Persian].
- 33) Kātūziyān, Nāṣer. (1401 SH/2022). Falsafeh-ye ḥuqūq (jild 1) [Philosophy of Law (Vol. 1)]. Tehran: Ganj-e Dānish [in Persian].
- 34) Khādem-e Sarbakhsh, Mahdī & Solṭānīnejād, Hedāyatullāh (1392 SH/2013). Aṣl-e Qābiliyat-e Jabrān-e Kolleye Khesārāt [The Principle of the Compensability of All Damages]. Pizhūhesh-nāmeḥ-ye Feqh va Ḥuqūq-e Eslāmī [Journal of Islamic Jurisprudence and Law], 6(12) [in Persian].
- 35) Khudābakhshī, ‘Abdullāh (1392 SH/2013). Tamāyaz-e Bunyādīn-e Ḥuqūq-e Madanī va Ḥuqūq-e Keyfarī [The Fundamental Distinction Between Civil Law and Criminal Law] (2nd ed.). Tehran: Shahr-e Dāneš [in Persian].
- 36) Korobkin, R. B., & Ulen, T. S. (2000). Law and behavioral science: Removing the rationality assumption from law and economics. *California Law Review*, 88(4), 1051-1144.
- 37) Loṭfī, A. (1391 SH/2012). Qā‘idah-ye wujūb-e daf‘-e ḍarar-e muḥtamal va kārbord-e ān dar qānūn-e ā‘īn-e dādrasī-ye madanī [The Rule of the Necessity to Prevent Potential Harm and Its Application in Civil Procedure Code]. Faṣl-nāmeḥ-ye Didgāh-hā-ye Ḥuqūq-e Qaḍā‘ī [Judicial Legal Perspectives Quarterly], 17(59) [in Persian].
- 38) Makarim Shirazi, Nāṣer. (1411 AH/1991). Al-Qawā‘id al-fiqhīyyah (Vol 3). Qom: Madrasat-e Imām Amīr al-Mu‘minīn (‘a) [in Arabic].
- 39) Maqṣūdī Pāshāki, R. (1388 SH/2009). Moṭāle‘eh-ye taṭbīqī-ye vaje al-iltizām [Comparative Study of Liquidated Damages] (Ph.D. dissertation in Private Law). Tehran: Shahid Beheshti University [in Persian].
- 40) Mercurio, N., & Medema, S. G. (2006). Economics and the law: From Posner to postmodernism and beyond (2nd ed.). Princeton University Press, Princeton.
- 41) Meurkens, L. (2012). The punitive damages debate in continental Europe: Food for thought. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2380554
- 42) Mīrshakarī, ‘A., & Ramazānī, F. (1403 SH/2024). Tabyīn-e nesbat-e qā‘idah-ye talā‘ī bā mas’ūliyat-e madanī [Elucidating the Relationship between the "Golden Rule" and Civil Liability]. Pazhūhesh-nāmeḥ-ye Ḥuqūq-e Eslāmī [Journal of Islamic Law Research], 25(1). doi: 10.30497/law.2024.245349.3441 [in Persian].
- 43) Moḥaqqueq Dāmād, S. M. (1388 SH/2009). Qawā‘id-e fiqh (bakhsh-e madanī); mālekiyat-mas’ūliyat [Principles of Jurisprudence (Civil Section); Ownership-Liability]. Tehran: Markaz-e Nashr-e ‘Ulūm-e Islāmī [in Persian].

- 44) Mūsa Ḥoseynī, A. (1396 SH/2017). Mas'uliyat-e madanī va moṭāle'eh-ye taṭbīqī-ye ān dar ḥuqūq-e Irān va Farānseh [Civil Liability and Its Comparative Study in the Laws of Iran and France]. Hamāyesh-e Pizhūhish-hā-ye Nowīn-e Irān va Jahān dar Modiriyat, Eqtiṣād, Ḥesābdārī va 'Ulūm-e Ensānī [Conference on New Researches of Iran and the World in Management, Economics, Accounting, and Human Sciences], Shiraz [in Persian].
- 45) Najafī Khwānsārī, Shaykh M. (1421 AH/2000). Muniyat al-tālib fi al-ḥāshiyah al-makāsib (Vol 3). Qom: Mu'assasah-ye Nashr-e Islāmī [in Arabic].
- 46) Narāqī, M. A. ibn M. (1417 AH/1997). 'Awā'id al-ayyām fi bayān qawā'id al-aḥkām. Qom: Daftar-e Tablighāts-e Islāmī-ye Ḥowzeh-ye 'Elmiyeh-ye Qom [in Arabic].
- 47) Ne'mat'allāhī, E. (1395 SH/2016). Barrasī-ye khesārat-e entezār nāshī az naqs-e qarārdād dar kāmen-lā va ḥuqūq-e Irān [Examining Expectation Damages Resulting from Breach of Contract in Common Law and Iranian Law]. Faṣl-nāmeḥ-ye Pizhūhesh-e Taṭbīqī-ye Ḥuqūq-e Eslām va Gharb [Journal of Comparative Research on Islamic and Western Law], 3(3). doi: 10.22091/csiw.2017.1937.1187 [in Persian].
- 48) Ne'mat'allāhī, E. (1398 SH/2019). Aṣl-e jabrānī būdan-e khesārat va kārkard-hā-ye ān dar kāmen-lā va ḥuqūq-e Irān [The Compensatory Nature of Damages and Its Functions in Common Law and Iranian Law]. Nashriye-ye Pizhūhesh-hā-ye Ḥuqūq-e Taṭbīqī [Comparative Law Researches Journal], (4) [in Persian].
- 49) Nīk-kār, J. (1400 SH/2021). 'Adālat dar nesbat bā ḥuqūq va eqtiṣād [Justice in Relation to Law and Economics] (Master's thesis in Economic Law). Tehran: Shahid Beheshti University [in Persian].
- 50) O'Sullivan, J., & Hilliard, J. (2012). The law of contract (5th ed.). Oxford University Press, Oxford.
- 51) Posner, R. A. (1990). The problems of jurisprudence. Harvard University Press, Cambridge, MA.
- 52) Qāsemī, M., & 'Aliyārī, Y. (1402 SH/2023). Jāygāh va kārbord-e eqtiṣād-e raftārī dar taḥlīl-e eqtiṣādī-ye ḥuqūq [The Position and Application of Behavioral Economics in the Economic Analysis of Law]. Faṣl-nāmeḥ-ye Pizhūhish-hā-ye Ḥuqūq-e Eqtiṣādī va Tejārī [Quarterly of Economic and Commercial Law Researches], (2). doi: 10.48308/eclr.2023.103772 [in Persian].
- 53) Qesmatī Tabrīzī, 'A. (1394 SH/2015). Aṣl-e jabrān-e kāmel-e ziyān [The Principle of Complete Compensation of Loss]. Faṣl-nāmeḥ-ye Muṭāla'āt-e Fiqh va Ḥuqūq-e Islāmī [Quarterly of Studies in Islamic Jurisprudence and Law], (13) [in Persian].
- 54) Rahpeik, Ḥasan (1388 SH/2009). Taqrīrāt-e Dars-e Mas'uliyat-e Madanī (Maqta'e Kārshenāsī Arshad-e Ḥuqūq-e Khuṣūṣī) [Lecture Notes on Civil Liability (Master's Level in Private Law)]. Dāneshgāh-e 'Ulūm-e Qazā'i [in Persian].
- 55) Rūdjānī, Moḥammad Mojtabā (1385 SH/2006). Żamānathā-ye Ejrā-ye Mofād-e Qarārdād (Pāyānnāmeḥ-ye Kārshenāsī-ye Arshad-e Ḥuqūq-e Khuṣūṣī) [Enforcement Guarantees of Contract Terms (Master's Thesis in Private Law)].

- Dāneshgāh-e Shirāz [in Persian].
- 56) Şādeqī Moqaddam, Moḥammad Ḥasan & Nūrī Yūshānlū'ī, Ja'far (1390 SH/2011). Taḥavvol-e Mas'ūliyat-e Madanī-ye Īrān va Farānseh bā Ta'kid bar Şenāsā'ī-ye Khesārāt-e Gheyre Tarmīmī [The Evolution of Civil Liability in Iran and France with Emphasis on Recognizing Non-Compensatory Damages]. Faslnāmeḥ-ye Ḥuqūq, Dāneškadeh-ye Ḥuqūq va 'Ulūm-e Sīyāsī [Law Quarterly, Faculty of Law and Political Science], 41(4) [in Persian].
 - 57) Şafā'ī, S. Ḥ. (1392 SH/2013). Ta'thīr-e taqşīr-e 'amdi yā sangīn dar shart-e 'adam-e mas'ūliyyat [Effect of Intentional or Severe Fault in the Condition of Non-Responsibility]. Faşl-nāmeḥ-ye Ra'y [Ray Quarterly], 2(3). doi: 10.22106/jcr.2013.21517 [in Persian].
 - 58) Şafā'ī, S. Ḥ., & Raḥīmī, Ḥ. (1397 SH/2018). Mas'ūliyat-e madanī (alzamāt-khārej az qarārdād) [Civil Liability (Non-Contractual Obligations)]. Tehran: Samt [in Persian].
 - 59) Şafā'ī, Sayyed Ḥusayn & Zākerī-nīyā, Ḥāniyeh (1394 SH/2015). Barrasī-ye Taṭbīqī-ye Shīveh-hā-ye Jabrān-e Khesārat dar Mas'ūliyat-e Madanī-ye Gheyre Qarārdādī [A Comparative Analysis of Compensation Methods in Non-Contractual Civil Liability]. Motāla'āt-e Ḥuqūq-e Khuşūşī [Private Law Studies], 45(2). doi: 10.22059/jlq.2015.54448 [in Persian].
 - 60) Sanderse, J. (2008). In consumer action. Texas Consumer Law. <http://www.jtexconsumerlaw.com>
 - 61) Sebok, A. J. (2009). Punitive damages in the United States. ResearchGate. https://www.researchgate.net/publication/251161896_Punitive_Damages_in_the_United_States
 - 62) Shāvell, Estīvān (1388 SH/2009). Mabānī-ye Taḥlīl-e Eqteşādī-ye Ḥuqūq [Foundations of Economic Analysis of Law] (Moḥsen Esmā'īlī, Trans.). Tehran: Markaz-e Pizhūhesh-hā-ye Majles-e Şūrā-ye Eslāmī [in Persian].
 - 63) Shavell, S. (2004). Foundations of economic analysis of law. Harvard University Press, Cambridge, MA.
 - 64) Starck, B. (1972). Droit civil: Obligations. Libraries Techniques, Paris.
 - 65) Ṭabāṭabā'ī, 'Alī ibn Muḥammad. (1370 SH/1991). Riyāz al-masā'il fī bayān al-aḥkām bi al-dalā'il (Vol 2). Qom: Mu'assasah-ye Nashr-e Islāmī [in Arabic].
 - 66) Ṭabāṭabā'ī, S. M. Ḥ. (1393 SH/2014). Uşūl-e falsafeh va rāh-e ri'ālism (jild 2) [Principles of Philosophy and the Method of Realism (Vol. 2)]. Qom: Sadra [in Persian].
 - 67) Taqīzādeh, Ebrāhīm; Khosravī Fārsānī, 'Alī & Mūsāpūr, Meysam (1391 SH/2012). Māhiyat va Āsār-e Khesārat-e Tanbīhī dar Ḥuqūq-e Kāmenlā [The Nature and Effects of Punitive Damages in Common Law]. Naşrīyeh-ye Dāneş-e Ḥuqūq-e Madanī [Journal of Civil Law Studies], No. 1 [in Persian].
 - 68) Treitel, G. H. (2003). The law of contract (11th ed.). Sweet & Maxwell, London.
 - 69) Vanleenhove, C. (2016). Punitive damages in private international law: Lessons for the European Union.

Ownership of Artificial Intelligence-Generated Works: An Overview of the Emerging Intellectual Property Challenges in the Technology Era

Ahmad Fadavi · Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Social Sciences, Payame
Noor University, Tehran, Iran. fadavi@pnu.ac.ir

Mohsen La'l Alizadeh · Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Social Sciences,
Payame Noor University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) mla1357@pnu.ac.ir

Abstract

1. Introduction

The inception of artificial intelligence (AI) as a transformative force in modern society has presented novel challenges across various domains, particularly within the realm of intellectual property (IP) law. Traditionally, IP laws have been predicated on the notion that creativity and invention are inherently human attributes, thereby granting protection exclusively to works generated by human authors. However, the rapid evolution and sophistication of AI has alleviated the gap between human and machine-generated outputs, challenging the foundational principles upon which IP law is built. As AI systems increasingly demonstrate capabilities akin to human creativity, such as generating artworks, music, literature, and even innovative technological solutions, the question of ownership and protection of these AI-generated works becomes more pressing.

Historically, the attribution of authorship in computer-generated outputs was straightforward; the person who legally utilized the computer system was considered the author. However, with AI's capacity to autonomously generate complex and creative works, this traditional approach to authorship is no longer adequate. AI's role in the creation process varies from being a mere tool used by human creators to being an independent creator of works with minimal human intervention. As AI continues to develop and integrate into more aspects of society, the implications for IP law become increasingly complex and far-reaching.



This paper seeks to explore these complexities and offer a comprehensive analysis of the ownership issues related to AI-generated works. The discussion delves into the theoretical underpinnings of IP law, the economic implications of AI innovations, and the potential need for legal reforms to address the challenges posed by non-human creators. By examining these issues, the article aims to provide clarity and propose solutions that balance the interests of creators, innovators, and society at large.

2. Research Question

The central research question guiding this study is: who owns the intellectual property rights to works generated by artificial intelligence? This question is further subdivided into several key inquiries:

Can AI be recognized as the owner of the intellectual property it generates?

If not, who should be considered the rightful owner of these AI-generated works – the developer, the user, or some other party?

How do existing IP frameworks across different legal systems address or fail to address the issue of AI-generated works?

What are the potential economic and commercial implications of the lack of clear ownership rights for AI-generated works?

These questions are critical as they address the foundational elements of IP law and its application to emerging technologies. The resolution of these questions will have significant implications not only for legal theory but also for the practical aspects of innovation, investment, and the development of AI technologies.

3. Research Hypothesis

The research is grounded in the hypothesis that the ownership of AI-generated works should be legally recognized to promote innovation and economic growth. This hypothesis is based on the premise that recognizing ownership rights in AI-generated works is essential for several reasons:

Incentivizing innovation: legal recognition of ownership rights is crucial for encouraging further investment in AI. Without such recognition, the risk of investing in AI may outweigh the potential rewards, leading to a slowdown in technological advancement.

Economic Fairness: companies and individuals who invest significant resources into developing AI technologies should have their investments protected. If AI-generated works are not protected, these entities could face unfair competition from others who freely use their innovations without compensation.

Legal Clarity: The current ambiguity in IP law regarding AI-generated works could lead to legal disputes and inconsistencies in court rulings. Establishing

clear ownership rules will provide legal certainty and reduce the potential for litigation.

4. Methodology & Framework, if Applicable

This research adopts a comparative-doctrinal methodology to analyze the treatment of AI-generated works across different legal systems. The study is structured to explore both theoretical and practical dimensions of the issue, with a focus on how various jurisdictions are addressing – or failing to address – the ownership of AI-generated intellectual property.

Comparative Analysis: The research begins with a comparative analysis of IP laws in several jurisdictions, including the United States, European Union, Japan, and others. By examining how different legal systems approach the question of AI-generated works, the study aims to identify commonalities, differences, and potential gaps in the current legal frameworks.

Doctrinal Approach: The doctrinal approach involves a detailed examination of legal texts, case law, and statutes relevant to IP law and AI-generated works. This approach is essential for understanding how existing laws might be interpreted or adapted to address the new challenges posed by AI. The research critically analyzes legal doctrines such as authorship, originality, and creativity, assessing their applicability to AI-generated works.

Economic and Investment Justifications: In addition to the legal analysis, the research also considers the economic and investment implications of recognizing or not recognizing ownership rights in AI-generated works. This aspect of the study involves an analysis of market trends, investment patterns in AI technologies, and the potential economic impact of different legal approaches to AI-generated works.

5. Results & Discussion

The analysis of AI-generated works under current intellectual property (IP) laws reveals a significant gap between the traditional legal frameworks and the challenges posed by emerging technologies. The results of this study indicate that existing IP laws are inadequate to address the complexities associated with works created by artificial intelligence, primarily because these laws are predicated on the notion of human authorship. The inability of traditional IP law to recognize non-human entities as creators or authors leads to significant ambiguity regarding the ownership and protection of AI-generated works.

Ownership and Authorship of AI-Generated Works: One of the key findings of this paper is that the traditional concept of authorship, which ties the creation of a work to human ingenuity and effort, is becoming increasingly problematic in the context of AI-generated works. As AI systems become more autonomous in their creative processes, the distinction between human-created and machine-generated works blurs. This blurring raises the question of whether the law

should adapt to recognize AI as a potential author or whether the law should continue to focus on the human elements in the creation process.

It is shown that the British model, which grants ownership rights to the person who enables the operation of the AI, appears to be the most practical and effective approach. This model ensures that the entities investing in AI technology are rewarded for their contributions, thereby encouraging continued innovation and investment. By recognizing the programmer, user, or entity that initiates the AI's creative process as the owner of the resulting work, the law can maintain the incentive structures that underpin IP law.

However, this approach is challenging. One of the key concerns is determining the extent of human involvement necessary to claim ownership. In scenarios where the human contribution is minimal – such as merely pressing a button to initiate the AI's creative process – there is debate over whether this should be sufficient to warrant full ownership rights. This issue becomes even more complex when considering AI systems that are capable of learning and evolving independently of human input, potentially leading to the creation of works without any direct human intervention.

Economic and Legal Implications: The research also highlights the significant economic and legal implications of not adequately addressing the issue of AI-generated works. Without clear ownership rights, the economic incentives for investing in AI technologies could be undermined. Companies and individuals may be less willing to invest in AI research and development if the outputs of their investments are not protected under IP law. This could slow down technological progress and innovation, particularly in sectors where AI has the potential to drive significant advancements.

Additionally, the lack of clear legal guidelines could lead to an increase in litigation as parties seek to assert ownership over AI-generated works. The study suggests that resolving disputes on a case-by-case basis, as seen in judicial practices like the "Nova Productions Ltd. v. Mazooma Games Ltd." case, may provide a temporary solution. However, relying on case-by-case adjudication is likely to result in inconsistent outcomes and could contribute to legal uncertainty, making it difficult for businesses to navigate the landscape of AI-generated works.

Judicial and Legislative Approaches: The research finds that judicial approaches to AI-generated works have thus far been limited and inconsistent. Courts have generally been hesitant to extend IP protection to non-human creators, often defaulting to traditional interpretations of authorship and creativity. However, as AI becomes more prevalent, there is a growing recognition that legislative reform may be necessary to address these challenges systematically.

One possible legislative approach is to create a new category of IP that specifically addresses AI-generated works. This new category could establish

criteria for determining ownership based on the level of human involvement, the nature of the AI's creative process, and the economic impact of the work. Such legislation would need to balance the need for innovation and investment with the principles of fairness and equity, ensuring that all stakeholders – developers, users, and society at large – are adequately protected and rewarded.

6. Conclusion

In conclusion, the rapid development of AI technologies presents significant challenges to the current intellectual property framework, particularly in the context of ownership and authorship of AI-generated works. The study underscores the necessity of adapting IP laws to address these challenges, as the traditional concept of human authorship becomes increasingly difficult to apply in the digital age.

The British model, which attributes ownership to the person or entity that enables the AI's creative process, emerges as a viable solution. This approach balances the need to protect investments in AI technology with the recognition that human involvement in the creative process may vary significantly. By granting ownership rights to those who initiate the AI's operations, the law can ensure that innovation continues to be incentivized while also providing a clear legal framework for AI-generated works.

However, the study also recognizes that this approach has its limitations. The minimal human intervention required in some AI-generated works raises questions about the adequacy of this model in all cases. There is a need for further refinement of the legal framework to address scenarios where AI operates with significant autonomy, potentially creating works with little to no human input.

The economic implications of failing to address these issues are considerable. Without clear ownership rights, the incentive for investment in AI technologies could be diminished, slowing the pace of innovation and potentially stifling the development of new technologies that have the potential to benefit society as a whole. Moreover, the lack of legal clarity could lead to increased litigation, creating further uncertainty and potentially hindering the growth of industries reliant on AI.

As AI continues to evolve, so too must the laws that govern the ownership and protection of the works it generates. The study suggests that a combination of legislative reform and judicial interpretation will be necessary to create a robust and adaptable IP framework capable of addressing the unique challenges posed by AI-generated works. By doing so, the law can ensure that the benefits of AI technology are realized while also protecting the rights and interests of all stakeholders involved.

Keywords: Artificial Intelligence, Intellectual Property, Copyright, Patent, Publication Rights.

مالکیت آفریده‌های هوش مصنوعی؛ مروری بر چالش نوین حقوق مالکیت فکری در عصر فناوری

احمد فدوی • استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.
fadavi@pnu.ac.ir
محسن لعل‌علیزاده • استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)
mla1357@pnu.ac.ir

چکیده

با مشاهده انبوه محتوای تولید شده از سوی هوش مصنوعی، این سوال اساسی متبادر می‌شود که مالکیت این آفریده‌ها متعلق به کیست؟ آیا هوش مصنوعی می‌تواند مالک دارایی‌های معنوی تولید شده باشد؟ برای پاسخ به این سوالات، پارادایم‌های کنونی حقوق مالکیت فکری به چالش کشیده شده است و از سوی دیگر، نحوه رویارویی قوانین با خلاقیت‌های نوین ماشین‌محور می‌تواند حاوی پیامدهای اقتصادی و تجاری گسترده باشد. هوش مصنوعی در حال حاضر برای تولید آثار مختلف هنری، علمی، رسانه‌ای، کامپیوتری و امثال آن به‌کار گرفته شده است. از بُعد نظری، این آثار می‌توانند متعلق حق تلقی نشوند؛ زیرا توسط نویسنده انسانی خلق نشده و در نتیجه می‌توانند آزادانه مورد استفاده قرار گیرند. اما این امر پیامدهای اقتصادی ناخوشایندی خواهد داشت، چه آنکه اشخاص حقیقی و شرکت‌ها میلیون‌ها دلار بر سیستم‌هایی سرمایه‌گذاری کرده‌اند که محصولات آن توسط قانون مورد حمایت واقع نشده و می‌تواند بدون پرداخت هزینه توسط هر کسی در جهان به‌کار گرفته شود. این چالش بی‌تردید آینده هوش مصنوعی را تضعیف کرده و سرمایه‌گذاری بر روی آن را مخاطره‌آمیز خواهد کرد. برای حل چالش مالکیت فکری تولیدات هوش مصنوعی، راهکارهایی در سراسر جهان ارائه شده است؛ این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی در ضمن مطالعه و ارائه رویکردهای مختلف، به این نتیجه رسیده است که اعطای حقوق مادی و معنوی به شخصی که عملیات هوش مصنوعی را ممکن کرده است، معقول‌ترین رویکرد است که تضمین‌گر تداوم سرمایه‌گذاری شرکت‌ها در حوزه فناوری خواهد بود.

واژگان کلیدی: هوش مصنوعی، مالکیت معنوی، حق تألیف، حق اختراع، حق چاپ.



مقدمه

تا وقتی که بشر با سیستم‌های رایانه‌ای معمولی سروکار داشت؛ یعنی سیستم‌هایی که کارهای متعارف و استاندارد ورودی، پردازش و خروجی را انجام می‌دادند، تعیین پدیدآورنده خروجی‌های رایانه‌ای مشکل چندانی ایجاد نمی‌کرد؛ زیرا شخصی که به‌طور مجاز از سیستم استفاده می‌کرد، معمولاً به‌عنوان پدیدآورنده تلقی می‌شد (شیرری، ۱۳۸۹، ص. ۱۵۹)، اما امروزه هوش مصنوعی با ابعاد و پیچیدگی‌های متنوع وارد زندگی بشر شده است. این فناوری حوزه بسیار گسترده‌ای را دربرمی‌گیرد که فرصت‌ها و تهدیدهایی را پیش روی جوامع قرار داده است. فناوری یادشده در سال‌های اخیر همگانی شده است، اما پیشینه آن دست‌کم به چند دهه پیش بازمی‌گردد. به‌طور مشخص، از ابتدای دهه ۱۹۵۰، هوش مصنوعی در سه زمینه مختلف توسعه یافته است. نخستین زمینه که در اصطلاح موسوم به «فرضیه پردازش نماد»^۱ است، توسط «آلن تورینگ»، پدر و بنیان‌گذار هوش مصنوعی ایجاد شده است (Turing, 2009, p. 23). دومین شاخه که توجه فزاینده‌ای را به خود جلب کرده، «ریاتیک» است؛ یعنی اعطای قابلیت‌های انسانی به ربات‌ها به‌گونه‌ای که بتوانند وظایف انسانی و حتی فراتر از آن را به انجام برسانند. سومین مورد هم جریان تحقیقات روی «رویکرد یادگیری» است (Hinton & Salakhutdinov, 2006, p. 504). به‌طور خاص، این شاخه به‌عنوان «یادگیری ماشین»^۲ نیز شناخته می‌شود. یادگیری ماشینی نوعی هوش مصنوعی است که بر آن دسته از سیستم‌های رایانه‌ای متمرکز است که از داده‌ها یاد می‌گیرند. این نوع یادگیری در اواسط دهه ۲۰۰۰ با چنان مقیاس و گستره‌ای توسعه یافت که معمولاً به‌عنوان «فناوری همه‌منظوره»^۳ شناخته و مهم‌ترین زمینه توسعه این نوع فناوری شمرده می‌شود.

۱. فرضیه پردازش نماد (Symbol Processing Hypothesis) بیان می‌کند که ساختارهای پردازش نمادها، ابزار لازم و کافی برای کنش هوشمند است که اصولاً برای تولید هوش مصنوعی در رایانه دیجیتال کافی است. افزون‌براین، هوش انسانی نتیجه همین دست‌کاری‌های نمادین است.

2. Machine Learning (ML)

۳. فناوری همه‌منظوره (General Purpose Technology) به‌اختصار (GPT)، فناوری‌هایی هستند که می‌توانند کل اقتصاد (معمولاً در سطح ملی یا جهانی) را تحت تأثیر قرار دهند. فناوری‌های همه‌منظوره می‌توانند جوامع را از طریق تأثیر بر ساختارهای اقتصادی و اجتماعی از پیش موجود تغییر دهند. در حال حاضر بسیاری از مردم در ایران با چت یا گفت‌وگوی جی‌بی‌تی آشنایی نسبی دارند. گفت‌وگوی جی‌بی‌تی پردازشگر هوشمند زبان است که برای نخستین بار در دسامبر

پیشرفت در مدل‌های هوش مصنوعی، در بسیاری از زمینه‌های زندگی ما انقلابی ایجاد کرده است و ثابت می‌کند که ابزاری قدرتمند برای نوآوری و خلق آثار است (Wipo Conversation, IP & Frontier Technologies, 2023). استفاده از هوش مصنوعی توسط هنرمندان به گونه‌ای در حال گسترش است که تمایز میان آثار خلق‌شده توسط انسان و رایانه را تقریباً غیرممکن ساخته است. بدیهی است که این تحولات پیامدهای جالبی برای حقوق چاپ و نشر دارد؛ حقوقی که تنها آثار ایجادشده توسط انسان را مورد حمایت قرار می‌دهد.

امروزه در آستانه ورود به دورانی هستیم که موجوداتی به‌جز انسان‌ها می‌توانند خلاقیت داشته باشند، اختراع و استدلال کنند. به عبارت دیگر، اکثریت قریب به اتفاق توانمندی‌های ذهنی و هوشی انسان را دارا هستند. هوش مصنوعی ابزاری با ظرفیت بالا برای سرعت بخشیدن به نوآوری است. در واقع، ماده خام و اولیه هر هوش مصنوعی الگوریتمی است که به‌عنوان خوراک (ورودی) به آن داده و از این الگوریتم، فرایندها یا فرآورده‌هایی (خروجی) خلق یا حاصل می‌شود (حبیبی و مهرداد قائم‌مقامی، ۱۴۰۱، ص. ۸۷). سیستم‌های هوش مصنوعی در تشخیص صدا، متن و تصویر بسیار کارآمد شده‌اند. آن‌ها با پردازش حجم وسیعی از داده‌ها، درک و آگاهی به دست می‌آورند (Bibi et al, 2023, p. 1525). پس از این مقدمه، در این مقاله به این پرسش پرداخته می‌شود که آیا حفاظت و حمایت از مالکیت فکری برای ابزارهای هوش مصنوعی و خروجی‌ها و محصولات تولیدشده توسط یا با کمک این ابزارها تحت تئوری‌های مالکیت فکری سنتی توجیه‌پذیر است یا خیر؟

۱. هوش مصنوعی به‌عنوان تولیدکننده محتوا

تولید آثار با رایانه محدود به آنچه امروز مطرح می‌شود، نیست، بلکه خبرگان هنرمند حوزه

سال ۲۰۲۲ معرفی شد. این فناوری هوش مصنوعی سریع‌تر از هر فناوری مبتنی بر اینترنت دیگری محبوبیت یافت و در کمتر از دو ماه حدود ۱۰۰ میلیون کاربر فعال یافت؛ دستاوردی که رسیدن به آن برای اینستاگرام دو سال و برای تیک‌تاک نه ماه طول کشید. برگرفته از پایگاه اینترنتی روزنامه گاردین، ۲ فوریه ۲۰۲۳ در نشانی <https://www.theguardian.com/technology/2023/feb/02/chatgpt-100-million-users-open-ai-fastest-growing-app> گفت‌وگوی جی‌بی‌تی در کنار رهاوردهای مثبت، چالش‌هایی را در آموزش ایجاد می‌کند. تقلب در تکالیف دانش‌آموزی و دانشجویی یکی از این چالش‌هاست (Adeshola & Adepoju, 2023).

ریابتیک از گذشته درگیر انواع کارهای خلاقانه بوده‌اند. از دهه ۱۹۷۰، رایانه‌ها آثار هنری خام^۱ تولید می‌کردند که این تلاش‌ها تا امروز ادامه داشته است. بسیاری از این آثار هنری رایانه‌ای به‌شدت به ورودی خلاقانه برنامه‌نویس متکی بودند. در این حالت، ماشین بیشتر وسیله یا ابزاری قلمداد می‌شود که شبیه قلم‌مو یا بوم است. امروز در بحبوحه انقلاب فناوری‌ای هستیم که ممکن است ما را ملزم به بازنگری در مورد تعامل میان رایانه و فرایند خلاقیت کند. این انقلاب با توسعه سریع نرم‌افزار یادگیری ماشین به‌عنوان زیرمجموعه‌ای از هوش مصنوعی که سیستم‌های مستقلی را تولید می‌کند و قادر به یادگیری بدون برنامه‌ریزی خاص توسط انسان است، همراه است.

برنامه رایانه‌ای که برای اهداف یادگیری ماشینی توسعه یافته است، الگوریتمی داخلی دارد که به آن امکان می‌دهد از ورود داده‌ها یاد بگیرد، تکامل یابد و تصمیم‌هایی برای آینده بگیرد. هنگامی که الگوریتم‌های یادگیری ماشینی در هنر، موسیقی و آثار ادبی به کار روند، در واقع از ورودی‌های ارائه‌شده توسط برنامه‌نویس یاد می‌گیرند. آن‌ها از این داده‌ها یاد می‌گیرند که کار جدیدی تولید کنند و در طول فرایند، تصمیم مستقلی بگیرند و تعیین کنند که کار جدید چگونه باشد. ویژگی مهم این نوع هوش مصنوعی این است که برنامه‌نویسان می‌توانند پارامترها را تنظیم کنند، اما کار در عمل با برنامه رایانه‌ای - که به‌عنوان شبکه عصبی شناخته می‌شود - در فرایندی شبیه به فرایندهای فکری انسان تولید می‌شود. در ادامه، به چند مثال از چنین فناوری‌های هوشمند اشاره می‌شود.

گوگل به‌تازگی بودجه‌ای را برای برنامه هوش مصنوعی تعیین کرده است که مقالات خبری محلی می‌نویسد. در سال ۲۰۱۶، گروهی از موزه‌داران و محققان در هلند، از نقاشی چهره‌ای با عنوان «رامبراند بعدی»^۲ رونمایی کردند. این اثر هنری جدید با رایانه‌ای تولید شده بود که هزاران اثر هنرمند قرن ۱۷، «رامبراند» را مورد تجزیه و تحلیل قرار داده و الگوهای هنری آثار او را شناسایی و بر اساس آن‌ها، نقاشی جدیدی مشابه آثار وی تولید کرده بود (Betancourt, 2021, p. 12). در ژاپن، رمان کوتاهی که با برنامه رایانه‌ای در سال ۲۰۱۶ نوشته شده بود، به دور دوم جایزه ادبی ملی رسید. این نوع رمان‌نویسی در ژاپن استمرار یافته و تاکنون چندین جایزه ادبی را نیز به

1. Crude Works of Art
2. The Next Rembrandt

خود اختصاص داده است (Lundin & Eriksson, 2016, p. 15). شرکت هوش مصنوعی دیپ‌ماینده^۱ که متعلق به گوگل است، نرم‌افزاری ایجاد کرده است که با گوش دادن به فایل‌های ضبط‌شده، موسیقی تولید می‌کند (Powles & Hodson, 2017, p. 357). در طرح‌های دیگر، رایانه‌ها شعر می‌نویسند، عکس‌ها را ویرایش می‌کنند و حتی اثر موسیقایی می‌سازند.

پیشرفت در قدرت محاسباتی، قابلیت‌های الگوریتمی و در دسترس بودن روبه‌رشد داده‌ها، نوآوری‌های هوش مصنوعی را در بسیاری از زمینه‌ها وارد زندگی انسان کرده است. هوش مصنوعی عنصر کلیدی فناوری‌های نوظهور است. در واقع، هوش مصنوعی حوزه‌ای پرشتاب برای سیاست‌گذاران حقوقی است. درخواست‌های ثبت اختراع در زمینه هوش مصنوعی افزایش یافته است؛ به‌گونه‌ای که میان سال‌های ۲۰۱۶ تا ۲۰۲۲، ۷۱۸ درصد افزایش را شاهد بودیم. انتظار می‌رود بازار هوش مصنوعی تا سال ۲۰۲۴، به ۱۹۱ میلیارد دلار افزایش یابد.

با این حال، بسیاری از دانشمندان، سیستم‌های هوش مصنوعی کنونی را غیرهوشمند می‌دانند. آن‌ها بر این باورند که هوش مصنوعی به‌عنوان تولیدکننده آثار و اختراعات، با چند انتقاد روبه‌روست.

الف. هوش مصنوعی سازگار نیست و نمی‌تواند اقتضائات هر مسئله را به‌طور مستقل شناسایی کند.

ب. هوش مصنوعی هنوز فاقد درک واقعی از جهان است.

ج. هوش مصنوعی باید برای حل وظایف خاص و از پیش تعیین‌شده طراحی شود.

د. پیش‌بینی‌های هوش مصنوعی تحت تأثیر کیفیت مدل و داده‌هاست.

ه. مفروضات نادرست منجر به سوگیری و نتایج نادرست می‌شود؛ به‌گونه‌ای که هوش مصنوعی را مصداق این جمله «آشغال تحویل بدهی، زباله هم تحویل می‌گیری»^۲ تلقی می‌کنند (Hilty et al, 2020, p. 13).

1. Deep Mind

۲. جمله «Garbage in, Garbage out» اصطلاحی است که در حوزه علوم رایانه شهرت دارد و به این معنی است که اگر داده‌های نامعتبر و نادرست به سیستم وارد شود، خروجی آن نیز نامعتبر خواهد بود.

۲. امکان ثبت اختراع به نام مدل‌های هوش مصنوعی

در کنار آفرینش‌های فکری در حوزه آثار هنری و محتوای خلاقانه مانند موسیقی، آثار ادبی، طرح‌های معماری و...، هوش مصنوعی قادر به اختراع نیز است. برای حمایت از اختراعات، از گذشته این آثار به نام افراد یا شرکت‌های تولیدکننده ثبت می‌شد و مورد حمایت قرار می‌گرفت. سیستم ثبت اختراع، معامله‌ای میان مخترع و عموم ایجاد می‌کند و در ازای افشای اختراع، مخترع دارای حقوق انحصاری با مدت زمان محدود برای بهره‌برداری از آن است و پس از آن، اختراع به مالکیت عمومی می‌رسد.

پرسش این است که آیا اختراعات تولیدشده با هوش مصنوعی نیز مورد حمایت قرار می‌گیرد؟ آیا هوش مصنوعی اصلاً به مشوق‌های مالکیت فکری نیاز دارد؟ چه کسی باید صاحب اختراع تولیدشده با هوش مصنوعی باشد؟ آیا ثبت اختراع به‌گونه مشترک میان هوش مصنوعی و مخترع انسانی می‌تواند راهکاری بر حل این چالش دشوار باشد؟ برای پاسخ به پرسش صاحب حق اختراع یا مخترع قلمداد شدن هوش مصنوعی، راه‌حلی ارائه شده است که عبارت‌اند از حذف کامل الزام برای نام بردن از مخترع، نام‌گذاری به نام فردی که نزدیک‌ترین ارتباط را با هوش مصنوعی به‌عنوان مخترع دارد، نام‌گذاری به نام مخترع انسانی البته با افزودن توضیحی برای روشن کردن دخالت هوش مصنوعی یا یک جایگزین منحصر به فرد مناسب برای اختراعات هوش مصنوعی (Kim, 2020, p. 453). از نقطه‌نظر اقتصادی، سیستم ثبت اختراع به‌عنوان ابزار سیاستی برای تشویق سرمایه‌گذاری در نظر گرفته می‌شود؛ زیرا هوش مصنوعی را نمی‌توان از طریق تضمین مالکیت فکری تشویق کرد، اما حفاظت از مالکیت فکری می‌تواند مخترعان را تشویق کند تا ماشین‌های اختراع هوش مصنوعی را توسعه دهند.

در مالکیت صنعتی و تجاری به‌خاطر توجه به کارکردها و منافع تجاری، حقوق معنوی اهمیت کمتری نسبت به آثار ادبی و هنری دارد. این موضوع به دلیل ماهیت و نظام حمایتی خاص اسرار تجاری، در خصوص آن‌ها شدت یافته است؛ زیرا در تحقق آن‌ها، خلاقیت، اصالت و حتی نو بودن اثر فکری واجد اهمیت نیست، بلکه اتخاذ تدابیر حفاظتی متعارف برای محرمانه نگه داشتن آن‌ها کفایت می‌کند. با این وصف، در منابع مکتوب اثری از موضوع حقوق معنوی صاحبان اسرار تجاری دیده نمی‌شود. اسرار تجاری^۱ در قلمرو شرکت‌ها، تکنیکی مخفیانه است که از سوی

1. Trade Secrets

شرکت در تولید محصولاتش استفاده می‌شود. اسرار تجاری نوعی مالکیت فکری است که شامل فرمول‌ها، شیوه‌ها، فرایندها، طرح‌ها، ابزارها، الگوها یا مجموعه‌ای از اطلاعات می‌شود که ارزش اقتصادی ذاتی دارند؛ زیرا توسط دیگران شناخته شده‌اند یا به آسانی قابل تشخیص نیستند. حقوق مالکیت معنوی به صاحب اسرار تجاری این حق را می‌دهد که مانع افشای آن توسط دیگران شود. در برخی کشورها، اسرار تجاری به‌عنوان اطلاعات محرمانه شناخته می‌شود (Nashkova, 2023, p. 367). اسرار تجاری به‌عنوان جایگزینی برای ثبت اختراع مخترعان نوآوری‌های هوش مصنوعی (شامل مدل‌ها و الگوریتم‌های هوش مصنوعی) شمرده می‌شود. به‌عبارت‌دیگر، به‌جای تلاش برای ثبت اختراعات خود، آن را به‌عنوان اسرار تجاری در نظر می‌گیرند. اگرچه ورقه‌های اختراع از نظر اجرایی ابزارهای ساده‌تری هستند، قابلیت ثبت اختراع نوآوری‌های هوش مصنوعی نامشخص است و در مقابل، اسرار تجاری به‌عنوان گزینه‌ای ارزان‌تر مورد قبول قرار می‌گیرد. از مزایای اسرار تجاری این است که مدت زمان آن نامحدود است و هرگز وارد حوزه عمومی نمی‌شود، اما در مقابل، امکان مهندسی معکوس و به دست آوردن اسرار تجاری از سوی رقبا وجود دارد و نقل‌وانتقال آن نیز راحت است (Lin, 2011, p. 911). جدول زیر مزایا و معایب استفاده از اسرار تجاری برای محافظت از حقوق مالکیت فکری را نشان می‌دهد.

جدول «یک»: مزایا و معایب در نظر گرفتن هوش مصنوعی به‌عنوان اسرار تجاری

مزایای اسرار تجاری	معایب اسرار تجاری
افشاگری لازم نیست. بنابراین، اختراع هرگز وارد حوزه عمومی نمی‌شود.	منعی برای تولید محصول از طریق مهندسی معکوس وجود ندارد.
مدت زمان نامحدود است.	تشخیص تخلف مشکل است.
ثبت‌نام آن فاقد هزینه است.	اجرای آن دشوار است.
از عدم قطعیت در ثبت اختراعات هوش مصنوعی جلوگیری می‌کند.	انتقال آن دشوارتر است.
	کاهش افشا و شفافیت برای عموم را در پی دارد.
	راه‌های جبران خسارات محدود است.

۳. انواع خروجی‌ها یا تولیدات هوش مصنوعی

برای اینکه حق مالکیت هوش مصنوعی بر تولیداتش مورد شناسایی قرار گیرد، نخست باید انواع خروجی‌ها یا تولیدات هوش مصنوعی را شناخت. در ادامه، انواع مدل‌ها یا الگوریتم‌های هوش مصنوعی معرفی می‌شود (Pearlman, 2018, p. 148).

الف. به‌طور کلی، تولیدات هوش مصنوعی شامل اختراعات در درون یا روی فناوری هوش مصنوعی است. همه تکنیک‌ها، مدل‌ها، الگوریتم‌های جدید یا بهبود یافته هوش مصنوعی در این حوزه قرار می‌گیرند. برخی پرسش‌های کلی که در این خصوص مطرح می‌شوند موارد زیر است.

آیا می‌توان مدل هوش مصنوعی را ثبت اختراع کرد یا چنین مدلی تنها یک روش ریاضی است؟ آیا کی‌رایت به‌گونه کافی از مدل‌ها و الگوریتم‌های هوش مصنوعی حمایت می‌کند؟ آیا مدل‌های هوش مصنوعی مانند اختراعات رایانه‌ای هستند؟ چه اندازه اثرگذاری فنی برای ثبت اختراع مورد نیاز است؟

ب. دسته‌ای از اختراعات به کمک هوش مصنوعی^۱ به وجود می‌آیند. این دسته، اختراعاتی هستند که با استفاده از هوش مصنوعی به‌عنوان ابزاری در فرایند خلاقانه ایجاد شده‌اند. برای مثال، استفاده از هوش مصنوعی در کشف دارو. پرسش‌هایی که در قبال این تولیدات مطرح می‌شود، موارد زیر است.

مخترع کیست؛ ارائه‌دهنده داده یا توسعه‌دهنده مدل هوش مصنوعی یا صاحب هوش مصنوعی؟ به دلیل استفاده گسترده‌تر از ابزارهای هوش مصنوعی، تعریف فرد ماهر در این اختراع چگونه تغییر می‌کند؟ آیا استفاده از هوش مصنوعی به‌عنوان ابزار، سطح خلاقیت را بالا می‌برد؟

ج. دسته دیگر، اختراعات مبتنی بر هوش مصنوعی^۲ است. این گروه اختراعاتی را شامل می‌شود که در آن‌ها هوش مصنوعی بخشی از مفهوم و ایده خلاقانه است. برای مثال، یک دستگاه ترجمه شامل یادگیری عمیق هوش مصنوعی. پرسش‌هایی که در قبال این دسته آثار مطرح می‌شود شامل موارد زیر است.

1. AI-Assisted Inventions
2. AI-Based Inventions

الزامات آشکارسازی فعال برای مدل هوش مصنوعی و داده‌های آموزشی چیست؟ آیا فرد ماهر می‌تواند اختراع را تکرار کند؟

د. سرانجام دسته‌ای از اختراعات هستند که مولود هوش مصنوعی یا ایجادشده با هوش مصنوعی^۱ قلمداد می‌شوند. این دسته شامل اختراعاتی است که به‌طور مستقل با هوش مصنوعی و بدون دخالت انسان ساخته شده‌اند. برای مثال، برنامه‌های کاربردی «دابس»^۲ که در آن سیستم هوش مصنوعی، مفاهیم ابتکاری جدیدی ایجاد کرده است. دابس هوش مصنوعی‌ای است که بر پایه آنچه گزارش شده، دو اختراع را رقم زده است. درخواست‌های ثبت اختراع دابس در سراسر جهان ثبت شده است و ادعا می‌شود که این اختراعات توسط دابس و بدون مداخله و کمک انسان انجام شده است. پرسش‌های تبیین‌کننده مالکیت فکری در خصوص این آثار شامل موارد زیر است.

آیا اختراعات تولیدشده با هوش مصنوعی باید از حمایت «حق اختراع» بهره‌مند شوند؟ آیا از منظر قانون ثبت اختراع، وجود مخترع انسانی ضروری است یا می‌توان سیستم هوش مصنوعی را برای ثبت اختراع به رسمیت شناخت؟ چه دلایلی برای شناخت و تمایز هوش مصنوعی به‌عنوان مخترع و انسان به‌عنوان مخترع وجود دارد؟ چه تدابیر و راه‌حل‌های جایگزینی برای مالکیت فکری در این حوزه می‌توان پیش‌بینی کرد؟ سرانجام این پرسش بنیادی مطرح است که آیا هوش مصنوعی می‌تواند به‌طور مستقل دست به اختراع بزند؟ (Pearlman, 2018, p. 32).

۴.۱ ارزیابی سهم انسان در هوش مصنوعی در وضعیت کنونی فناوری

در حال حاضر هنوز انسان فرایندهای مرتبط با هوش مصنوعی را هدایت می‌کند. حقوق معنوی مؤلف در فضای فناوری‌های نوین باید بیشتر از هر چیز در پی ایجاد توازن میان حقوق مؤلف و اقتضائات خاص این فناوری‌ها بر اساس معیارهایی مانند میزان اصالت و لطمه به حیثیت و شهرت مؤلف باشد (شاگری و جعفریور، ۱۴۰۱، ص. ۱۵). به‌طورکلی، توسعه و طراحی ابزار هوش مصنوعی و استفاده از ابزار توسعه‌یافته هوش مصنوعی برای تولید دارایی‌های نامحسوس جدید نیاز به مشارکت انسانی شایان توجهی دارد، اما میزان این سهم در ابزارهای مختلف از کم تا زیاد

1. AI-Generated Inventions

2. DABUS (Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience)

در نوسان است. در ادامه، به سهم انسان در هوش مصنوعی در وضعیت کنونی پرداخته می‌شود.

۱.۴. ابزارهای هوش مصنوعی

هر ابزار هوش مصنوعی اعم از یادگیری ماشین، الگوریتم‌های تکاملی^۱ یا دیگر فناوری‌ها، ابتدا بر اساس نرم‌افزارهای سنتی برنامه‌ریزی شده توسط انسان ساخته می‌شود. به این ترتیب که انسان‌ها الگوریتم‌های جدید را می‌نویسند یا موارد موجود را از «یادگیری ماشین یا کتابخانه‌های هوش مصنوعی»^۲ انتخاب می‌کنند.

در یادگیری ماشین، برنامه‌نویسان، معماری شبکه‌های عصبی را بر عهده دارند. با این حال، اگر نرم‌افزار، پیشرفت و توسعه بیشتری بیابد و این توسعه مشخص بدون اینکه توسط برنامه‌نویس هدایت یا دست‌کم پیش‌بینی شده باشد، تغییر کند، «پیوند انسانی»^۳ محو یا بهتر است بگوییم به علیت اولیه محدود می‌شود. در قلمرو یادگیری ماشین و به طور خاص در یادگیری تحت نظارت، انسان‌ها داده‌های آموزشی را انتخاب و برچسب‌گذاری می‌کنند (در مورد یادگیری تحت نظارت). در برخی روش‌ها، افزون‌بر برنامه‌نویس، اشخاص دیگری نیز می‌توانند در توسعه ابزار هوش مصنوعی مشارکت داشته باشند. آن‌ها درجه خاصی از فرایند یا تکنیک‌های اکتشافی را تعریف و سپس خروجی به دست آمده را تفسیر می‌کنند (مورد دوم به ویژه در یادگیری بدون نظارت) (Walsh, 2017, pp. 12-18). همچنین، در زمینه الگوریتم‌های تکاملی، انسان‌ها راه‌حلهایی را که الگوریتم از میان جمعیت اولیه به طور تصادفی از راه‌حل‌های ممکن انتخاب می‌کند، تفسیر و ارزیابی می‌کنند (Thompson, 2010, p. 9).

۱. الگوریتم تکاملی (Evolutionary Algorithm)، الگوریتمی است که از سازوکارهای طبیعت استفاده می‌کند و مشکلات را از طریق فرایندهایی که رفتارهای موجودات زنده را تقلید می‌کنند، حل می‌کند. الگوریتم‌های تکاملی (EA) جزو محاسبات تکاملی هستند و از الگوهای زیستی و مفاهیم موجود در تکامل داروینی الهام گرفته‌اند.

۲. کتابخانه‌های هوش مصنوعی یا یادگیری ماشین (AI/ML Libraries) چهارچوبی هستند که شامل مجموعه‌ای از روال‌ها و توابع از پیش تعریف شده می‌شوند که در زبان‌های برنامه‌نویسی رایج هستند. این کتابخانه‌ها، نرم‌افزارهای سرتاسری و فناوری‌های توسعه اپلیکیشن را با هوش مصنوعی و یادگیری ماشین برای مصارف تجاری ارائه می‌دهند.

3. Human Link

۲.۴. خروجی‌ها یا محصولات هوش مصنوعی

نخست باید تأکید کرد که در وضعیت کنونی دانش، رایانه‌هایی که واقعاً مستقل عمل کنند، وجود ندارند. اینکه آیا سیستم‌های هوش مصنوعی در جاتی از «خودمختاری»^۱ را دارند یا نه، تا اندازه زیادی به تعریف فرد از مفهوم خودمختاری بستگی دارد. با این حال، در حال حاضر عباراتی که حاکی از فقدان هرگونه تأثیر انسانی است، گمراه کننده است؛ زیرا این انسان‌ها هستند که از ابزار هوش مصنوعی برای به دست آوردن خروجی بالقوه خلاقانه یا نوآورانه استفاده می‌کنند.

در این حوزه دو مشکل اصلی وجود دارد. نخست، ممکن است انسان به هیچ وجه خلاقیت یا نوآوری و حتی کوشش فکری در استفاده از ابزار هوش مصنوعی از خود بروز ندهد. برای مثال، ترجمه با استفاده از برنامه دیپال^۲ که به مثابه رانندگی با خودروست و اقدام استفاده‌کننده از برنامه ارتباطی به مالکیت فکری نمی‌یابد. برعکس، پژوهشگری که از ابزار هوش مصنوعی برای توسعه ترکیب پزشکی جدید استفاده می‌کند، ممکن است این کار را به روشی نوآورانه در طول طراحی و استفاده از جعبه ابزار تحقیقاتی خود انجام دهد. دوم اینکه، سطح جزئیات و در نتیجه، تعیین پیش از موعد نوع و سطح خروجی با دستورالعمل‌های انسانی به‌طور عمده‌ای متفاوت است (Mc Farland, 2016, p. 6). هرچه دستورالعمل‌های ورودی دقیق‌تر باشد و الگوهای بیشتری یافت شود که انسان کشف نکرده باشد، ارتباط فکری و جهت‌گیری خروجی توسط انسان کمتر است. در این حوزه گاه عدم توانایی انسان برای پردازش یا تفسیر مقادیر زیادی از داده‌ها در مدت زمان محدود در مقایسه با رایانه ممکن است منجر به چیزی شود که معمولاً به‌عنوان پدیده «جعبه سیاه»^۳ شناخته می‌شود (Bridy, 2016, pp. 395-402).

۵. اعمال قانون کپی‌رایت برای دستاوردهای فناوری هوش مصنوعی

ایجاد آثار با استفاده از هوش مصنوعی پیامدهای بسیار مهمی برای حقوق مالکیت فکری دارد. در

1. Autonomy

۲. دیپال (DeepL) ابزار نوشتاری و ترجمه‌ای هوش مصنوعی که با ارائه پیشنهادهایی در مورد عبارات، لحن، سبک و انتخاب کلمه، کنترل و اعمال نظر اشخاص را بر نوشتار بیشتر می‌کند.

۳. در محاسبات و مهندسی، جعبه سیاه دستگاه، سیستمی است که اطلاعات مفیدی را بدون فاش کردن هیچ‌گونه اطلاعاتی در مورد عملکرد داخلی خود تولید می‌کند و توضیحات برای نتیجه‌گیری آن مبهم یا سیاه باقی می‌ماند.

گذشته، مالکیت کپی‌رایت در آثار تولیدشده با رایانه زیر سؤال نمی‌رفت؛ زیرا این برنامه‌ها تنها ابزاری بودند که از فرایند خلاقانه انسانی پشتیبانی می‌کردند. در این روند سنتی، برنامه‌ها چیزی شبیه قلم و کاغذ تلقی می‌شدند، اما با هوشمندتر شدن این ابزارها، پیروی از روند گذشته امکان‌پذیر نیست.

گفته می‌شود که اگر آثار اصالت داشته باشند، واجد شرایط حمایت از حق مؤلف هستند. در بیشتر تعاریف ارائه‌شده، داشتن اصالت نیازمند مؤلف انسانی است (Pearlman, 2018, p. 38). قوانین بیشتر کشورها از جمله اسپانیا، آلمان و آمریکا تصریح دارند به اینکه تنها آثاری که انسان خلق کرده است، می‌تواند تحت حمایت مقررات و تضمینات کپی‌رایت قرار گیرند (Hilty et al, 2020, p. 18)، اما با هوش مصنوعی جدید، برنامه‌های رایانه‌ای دیگر ابزار نیست، بلکه این برنامه‌ها بسیاری از تصمیمات مربوط به فرایند خلاقیت را بدون دخالت انسان اتخاذ می‌کند.

تعیین دقیق مالکیت اثر در راستای اختصاص حق مالکیت برای هوش مصنوعی در اقتصاد دشوار است، اما امتناع از این کار تأثیر منفی بر سرمایه‌گذاری در فناوری‌های خودکار که بی‌نیاز از کاربر انسانی هستند، دارد. به عبارت دیگر، به این دلیل که هوش مصنوعی مالک تولیدات خود نمی‌شود، سرمایه‌گذاری روی آن از لحاظ اقتصادی به صرفه نخواهد بود. با توجه به صرفه‌جویی در هزینه‌های کارکنان، استقرار هوش مصنوعی برای مدیریت و انجام دادن کارهای وقت‌گیر هنوز هم از نظر اقتصادی توجیه‌پذیر است، اما اگر تولیدکنندگان و توسعه‌دهندگان درباره پوشش حمایت‌های مبتنی بر مقررات کپی‌رایت از خلاقیت‌های ایجادشده از طریق یادگیری ماشینی تردید داشته باشند، این پرسش پیش می‌آید که در این صورت، انگیزه سرمایه‌گذاری در چنین سیستم‌هایی چیست؟ حمایت از مالکیت فکری هوش مصنوعی از هر دو دیدگاه حقوقی و اقتصادی دارای چالش‌هایی است که در ادامه مورد بررسی قرار گرفته است.

۱.۵. پیامدهای اقتصادی عدم اعمال مقررات کپی‌رایت در قلمرو هوش مصنوعی

از گذشته موضوع عدم سرمایه‌گذاری در تولید دانش جدید از طریق مداخله مستقیم در بازار یا اعطای یارانه برای تحقیق و توسعه یا با تبدیل کالاهای عمومی به کالای خصوصی از طریق اعطای حقوق مالکیت معنوی مورد توجه بوده است. در دهه‌های گذشته، رواج فناوری‌های جدید از جمله هوش مصنوعی، تمایل به اشکال خاصی از حفاظت از مالکیت ابزارهایی مانند برنامه‌های

رایانه‌ای یا پایگاه‌های اطلاعاتی را تقویت کرده‌اند. این حرکت متمایل به «کنشگری سیاست‌محور»^۱ مورد انتقادهایی هم قرار گرفته است (Ullrich, 2012, p. 438).

چگونگی برخورد قانون با خلاقیت‌های ماشین‌محور پیامدهای اقتصادی و تجاری گسترده‌ای دارد. همان‌طور که گفته شد، هوش مصنوعی در حال حاضر برای تولید آثار در عرصه‌های مختلف کاربرد دارد. از بعد نظری، این آثار می‌توانند عاری از حق مالکیت تلقی شوند؛ زیرا توسط خالق انسانی خلق نشده‌اند و در نتیجه، آزادانه توسط هر شخصی بارها مورد استفاده قرار می‌گیرند. این موضوع پیامد خوشایندی برای شرکت‌های فروش آثار نخواهد داشت؛ زیرا آنان میلیون‌ها دلار روی سیستم‌هایی سرمایه‌گذاری می‌کنند که نتایج و محصولات آن‌ها توسط قانون مورد حمایت قرار نگرفته است و بدون پرداخت هزینه توسط هرکس در جهان استفاده می‌شود. این موضوع ممکن است آینده هوش مصنوعی را تضعیف و سرمایه‌گذاری روی آن را با مشکل مواجه کند.

از منظر برخی صاحب‌نظران، این فرض که حقوق مالکیت فکری متداول، مشوق‌هایی برای نوآوری فراهم می‌کند، شایان دفاع نیست؛ زیرا باید آثار بالقوه حمایت بیش از حد مالکیت فکری و رفاه ازدست‌رفته^۲ جامعه در اثر انحصاری ساختن فناوری‌ها و محصولات مرتبط را هم در نظر هم داشت. در دیدگاه مقابل، هوش مصنوعی نمونه‌ای از توسعه فناوری است که در آن ملاحظات، سیاست‌ها و تدابیر صنعتی با اصرار برای مداخلات مستقیم در بازار همراه است. در این زمینه، ارزیابی مجدد حفاظت از مالکیت فکری و توجیه نظری آن ضروری به نظر می‌رسد. لازم به یادآوری است که در جامعه لیبرال مبتنی بر اقتصاد بازار، نیازی به توجیه عدم اعطای حمایت از حقوق مالکیت فکری نیست. برعکس، پرسش این است که چرا و تحت چه شرایطی وجود حقوق مالکیت فکری ضروری است؟

حقوق مالکیت فکری باید به‌عنوان سیستم نظارتی برای تحریک خلق و نوآوری با استفاده از

1. Policy Driven Activism

۲. رفاه ازدست‌رفته (Deadweight Loss) در علم اقتصاد به از دست دادن بهره‌وری اقتصادی اطلاق می‌شود که حاصل عواملی مانند انحصار، آثار جانبی یا دستمزد کم است. رفاه ازدست‌رفته عبارت است از میزان کاهش رفاه اجتماعی در هر حالت نسبت به حالت حداکثری رفاه که در شرایط رقابت کامل حاصل می‌شود. بهره‌وری اقتصادی برای اشاره به استفاده از منابع به‌گونه‌ای که تولید کالا و خدمات بیشینه شود، به کار می‌رود. سیستم اقتصادی هنگامی از دیگر سیستم‌های اقتصادی مؤثرتر است و بهره‌وری بیشتری دارد که کالاها و خدمات بیشتری بدون استفاده از منابع بیشتر تولید کند.

نیروهای بازار برای رسیدن به این هدف عمل کند. با این حال، در وضعیت دانش کنونی به نظر می‌رسد که پیامدهای تجاری استفاده گسترده از برنامه‌های کاربردی هوش مصنوعی ممکن است توجیه حمایت مالکیت فکری مرتبط با هوش مصنوعی را در موارد خاص تغییر دهد یا کم‌رنگ سازد.

۲.۵. راهکارهای بالقوه قانونی برای حل مشکل کپی‌رایت در قلمرو هوش مصنوعی

دو راهکار قانونی در برخورد با آثاری که در آن‌ها سهم عامل انسانی اندک است یا تقریباً وجود ندارد، متصور است. راه نخست اینکه، قوانین حمایت از کپی‌رایت، حق نسخه‌برداری از آثاری را که هوش مصنوعی تولید کرده است، مورد پذیرش قرار ندهد. راه دوم این است که قانون، مالکیت حقوق چنین آثاری را به خالق برنامه^۱ نسبت دهد (Guadamuz, 2017, p. 473). در ادامه، هریک از دو راهکار بررسی می‌شود.

در راهکار نخست، حق مالکیت برای هوش مصنوعی در نظر گرفته نمی‌شود. در این باره بررسی قوانین بسیاری از کشورها حاکی است که اعطای حق مالکیت در آثار تولیدشده هوش مصنوعی هرگز به‌طور خاص و صریح ممنوع نشده است (Schuster, 2018, p. 1945)، اما قوانین بسیاری از کشورها حق چاپ و نشر غیرانسانی^۲ را به رسمیت نشناخته‌اند. برای مثال، در ایالات متحده اداره کپی‌رایت اعلام کرده است که «اثر اصلی را به شرطی ثبت می‌کند که توسط انسان خلق شده باشد». این موضع مبتنی بر رویه قضایی آمریکاست. برای مثال، در دعوی «انتشارات فایست علیه خدمات مخابرات منطقه‌ای» در سال ۱۹۹۱^۳، دادگاه در متن رأی این پرونده تصریح کرد که قانون کپی‌رایت تنها از «ثمرات کار فکری»^۴ که در قدرت خلاق ذهن انسان پایه‌گذاری شده‌اند، محافظت می‌کند. به همین ترتیب، در دعوی «شرکت آکوز علیه شرکت یوکرپ»^۵ در استرالیا، دادگاه اعلام کرد که اثری که با مداخله رایانه تولید می‌شود، نمی‌تواند مورد حمایت قانون کپی‌رایت قرار گیرد؛ زیرا توسط انسان تولید نشده است (Tomlinson et al, 2011, p. 383). در

1. Creator of The Program
2. Non-Human Copyright
3. Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340 (1991).
4. The Fruits of Intellectual Labor
5. Acohs Pty Ltd v. Ucorp Pty Ltd

اروپا نیز دیوان دادگستری اتحادیه اروپا در موقعیت‌های مختلف به‌ویژه در تصمیم مهم اینفویک^۱ اعلام کرده است که حق تکثیر تنها برای آثار اصیل اعمال می‌شود و این اصالت باید منعکس‌کننده «آفرینش فکری خود نویسنده»^۲ باشد (Lekhawatthanapong, 2018, pp. 21-25). این طرز تفکر معمولاً به این معنی است که نخست، اثر اصلی باید شخصیت نویسنده را منعکس کند و دوم، وجود نویسنده انسانی برای ایجاد اثر مورد حمایت مقررات کپی‌رایت ضرورت دارد.

در راستای راهکار نخست، بسیاری از کشورها درخواست‌های دابس را رد کرده‌اند؛ زیرا قوانین برای ثبت اختراع، وجود مخترع انسانی را شرط ضروری قلمداد کرده‌اند. حال این پرسش‌ها به ذهن متبادر می‌شود که آیا مقررات مالکیت فکری باید همچنان مستلزم این باشد که مخترع انسان باشد؟ آیا به هوش مصنوعی که دست به اختراع می‌زند، اجازه نام‌گذاری داده شود؟ آیا می‌توان اختراع را افزون‌بر انسان، به نام هوش مصنوعی ثبت کرد یا راه‌حل‌های جایگزینی وجود دارد؟ راهکار دوم به برخی از این پرسش‌ها پاسخ می‌دهد.

راهکار دوم، یعنی دادن عنوان نویسنده یا مؤلف به «برنامه‌نویس»^۳ در مقررات چند کشور مانند هنگ‌کنگ، هند، ایرلند، نیوزیلند و بریتانیا به اجرا درآمده است. این رویکرد به بهترین وجه در قانون کپی‌رایت انگلستان، ماده ۹ (۳) قانون حق چاپ و نشر طرح‌ها و ثبت اختراعات^۴ گنجانده شده است. قانون‌گذار انگلیسی در این بخش مقرر می‌دارد «در مورد اثر ادبی، نمایشی، موسیقایی یا هنری که با رایانه تولید می‌شود، مؤلف به شخصی اطلاق می‌شود که مقدمات لازم برای خلق اثر توسط او انجام شده است». همچنین، ماده ۱۷۸ قانون اخیر، اثر تولیدشده با رایانه را به‌عنوان اثری تعریف می‌کند که «در شرایطی با رایانه تولید می‌شود که هیچ نویسنده انسانی برای آن اثر وجود نداشته باشد» (Pearlman, 2018, p. 41)؛ یعنی اصل بر این است که ایجاد برنامه‌هایی که خود قادر به تولید آثار باشند، مستلزم مداخله انسانی است. در نتیجه، مداخله حداقلی انسان در حوزه تمهیدات و پی‌ریزی اولیه به معنای پذیرش حق برای آن شخص است حتی اگر جرعه خلاقیت با ماشین انجام شود.

1. Case C-5/08, Infopaq Int'l A/S v. Danske Dagblades Forening [19 July 2009] ECR I-6569.

2. Author's Own Intellectual Creation

3. Programmer

4. The Copyright, Designs and Patents Act (CDPA)

۶. توجیه مالکیت فکری هوش مصنوعی از منظر فلسفه اخلاق

حمایت از حقوق مالکیت فکری با مبانی بسیاری شایان توجیه و پذیرش است. به‌طور سنتی، حقوق مالکیت فکری بر مبانی و زمینه‌های اخلاق و وظیفه‌گرا^۱ یا فایده‌گرا^۲ نیز توجیه‌شدنی است. بر همین اساس، می‌توان دو دیدگاه و فلسفه کلی برای توجیه مالکیت در نظر گرفت؛ وظیفه‌گرایی و فایده‌گرایی. آنچه این نظریه‌ها را متحد می‌کند، انسان‌محوری آن‌هاست. به این مفهوم که حمایت از مالکیت فکری تنها به انسان اعطا می‌شود (Metz, 2016, p. 386)، اما ظهور هوش مصنوعی ممکن است این پارادایم‌های اساسی را تغییر دهد. از سویی هوش مصنوعی منجر به کاهش بالقوه تلاش انسانی برای تولید اموال ناملموس می‌شود. این موضوع بر توجیهات نظریه‌های فضیلت‌گرایانه انسان‌محور^۳ تأثیر می‌گذارد. از سوی دیگر، هوش مصنوعی شرایط بازار را تغییر می‌دهد و در نتیجه، بر نظریه‌های رفاهی فایده‌گرایانه تأثیر می‌گذارد. در ادامه، هر دیدگاه به تفصیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱.۶. توجیه از دیدگاه اخلاق وظیفه‌گرا

به‌طور سنتی، مالکیت فکری بر مبنای استدلال اخلاق وظیفه‌گرا توجیه می‌شود که بر اساس آن، تلاش‌های خلاقانه و آفرینش‌های فکری اشخاص برای آنان حقوقی ایجاد می‌کند که باید مورد حمایت واقع شود. از دیدگاه اقتصادی، باید حقوق انحصاری در کالاهای غیرمحمسوس و معنوی هم ایجاد شود تا نارسایی یا اخلاق در تعادل در بازارهای کالاهای عمومی برطرف شود. سیاست‌گذاری اقتصادی اساساً بر نوعی رویکرد اخلاقی مبتنی است که هدف و جهت آن

۱. اخلاق وظیفه‌گرا (Ethics Deontological) شاخه‌ای از اخلاق مربوط به ماهیت تکلیف، وظیفه و تعهد است. رویکرد نظری به مسائل اخلاقی که در آن تعهد اخلاقی ناشی از برخی قوانین و اصول غیرمتغیر تلقی می‌شود که جهانی هستند؛ یعنی باید بدون توجه به پیامدها از آن‌ها پیروی کرد.
۲. فایده‌گرایی (Utilitarianism) نظریه‌ای اخلاقی است که از اعمالی حمایت می‌کند که باعث شادی یا لذت می‌شوند و مخالف اعمالی است که باعث ناراحتی یا آسیب می‌شوند. هنگامی که فلسفه سودگرایانه به سمت تصمیم‌گیری‌های اجتماعی، اقتصادی یا سیاسی هدایت شود، بهبود کل جامعه را مدنظر قرار می‌دهد.
۳. اخلاق‌گرایی انسان‌محور (Deontological Anthropocentrism) عمدتاً به حقوق و وظایفی می‌پردازد که توسط موضوعات اخلاقی یا افرادی که تحت تأثیر اعمال مورد نظر قرار می‌گیرند، انجام می‌شود. مسئله مهم این است که چه کسی یا چه چیزی ممکن است به‌عنوان موضوع اخلاقی به شمار آید. تنها انسان‌ها وظایف و حقوق اخلاقی دارند.

سیاست را تعیین می‌کند. در اقتصاد به‌طور معمول، دیدگاه «فایده‌گرایی» بنیان اخلاقی سیاست‌ها را شکل می‌دهد. فایده‌گرایی، رقیبان دیگری از جمله «فضیلت‌گرایی» دارد که ابتدای سیاست‌ها بر آن‌ها، نتایج متفاوتی به دنبال دارد. در این مقاله، به فضیلت‌گرایی به‌عنوان بدیلی برای فایده‌گرایی در سیاست‌گذاری اقتصادی نگریسته و به این پرسش پرداخته شده است که این رویکرد اخلاقی چگونه در عرض فایده‌گرایی به ایفای نقش و اثرگذاری در سیاست‌ها می‌پردازد. در این خصوص، نظام ارزشی حاکم بر جامعه بستر ساز بسیار مهمی برای سیاست‌های اقتصادی است و فایده‌گرا یا فضیلت‌گرا بودن افراد جامعه تا اندازه زیادی در این نظام رقم می‌خورد و زمینه را برای سیاست‌های اقتصادی فایده‌گرا یا فضیلت‌گرا فراهم می‌کند. سیاست‌های اقتصادی می‌توانند به‌طور مستقیم فضایل را در جامعه ترویج یا آن‌ها را تضعیف و حتی تخریب کنند که در این صورت جامعه مجبور به پرداخت هزینه‌های اخلاقی و مالی فراوانی برای جبران کارکردهای از دست‌رفته فضایل است. رویکرد فضیلت‌گرا در اخلاق به دلیل قرابت‌هایی که در مبانی خود با تعالیم اسلامی دارد، می‌تواند در پاره‌ای موارد با راهبردهای اقتصاد اسلامی هم‌راستا باشد. از منظر حقوق اسلام، مؤلف یا مخترع، مالک محصولات و تولیدات ناشی از فکر و اندیشه خود است و می‌تواند نسبت به آن هرگونه تصرفات مالکانه داشته باشد. در این زمینه گفته شده است که «مالکیت فکری فقط توسعه در مصادیق است و از این جهت در نظام حقوق اسلام، دارای احترام است» (حکمت‌نیا، ۱۳۸۸، صص. ۱۹ و ۲۰).

از بعد اخلاقی، نظریات برخورداری هوش مصنوعی از مالکیت معنوی مبتنی بر فلسفه‌های شناخته‌شده وظیفه‌گرا و فایده‌گراست. این نظریات ریشه در دوره‌هایی دارند که هوش مصنوعی در دسترس نبود. بنابراین، نمی‌توان آن‌ها را به‌عنوان مبنا و اساسی برای تفسیر رفتار فناوری‌های جدید به کار گرفت (Abbott, 2016, p. 1079). در عین حال، نباید احتمال را با مطلوبیت حمایت از مالکیت فکری اشتباه گرفت. بنابراین، تلاش‌ها برای کاربرد مفاهیم تألیف و اختراع در قلمرو هوش مصنوعی از نظر مفهومی نادرست به نظر می‌رسد. در اخلاق وظیفه‌گرا سه شاخه نظری اصلی از نظریه‌های توجیه‌کننده وجود دارد که می‌توان آن‌ها را به‌رغم هم‌پوشانی‌های شایان توجه متمایز کرد؛ «نظریه کار، نظریه شخصیت و نظریه پاداش». این نظریه‌ها در حوزه کی‌رایت که با بالاترین درجه انسان‌محوری مشخص می‌شود، اهمیت ویژه‌ای دارند. این نظریات مقررات مالکیت فکری را

به‌طورکلی با تفاوت‌های زیاد فرامی‌گیرند. به همین ترتیب، خروجی‌ها یا محصولات هوش مصنوعی مسائلی را تحت استدلال اخلاق‌گرایی غیرنتیجه‌گرا مطرح می‌کنند.

در دیدگاه وظیفه‌گرا برای توجیه مالکیت معنوی هوش مصنوعی ممکن است استدلال شود که نظریه کار بیشتر بر «کمیت» کار انجام‌شده تمرکز دارد. نظریه شخصیت بیشتر در مورد «کیفیت» ابراز یا عدم ابراز ویژگی‌های شخصیتی مطرح شده و نظریه پاداش نیز بیشتر بر ویژگی‌های خروجی (برای مثال، آیا برای جامعه مفید است؟) متمرکز است (Dornis, 2019, p. 1258). به‌رغم این تفاوت‌ها در جزئیات، چالش‌های ناشی از هوش مصنوعی برای همه این نظریه‌ها در نهایت به سطح مشارکت و مداخله انسان‌ها مرتبط است. تا هنگامی که هوش مصنوعی به‌عنوان ابزاری تحت هدایت انسان استفاده می‌شود، توجیه مالکیت فکری با مشکل عمده‌ای مواجه نمی‌شود؛ همان‌طور که استفاده نقاش از قلم‌مو، استحقاق او را برای داشتن حق تکثیر تحت تئوری‌های اخلاقی وظیفه‌گرا زیر سؤال نمی‌برد. در مجموع، تا هنگامی که «پیوند انسانی» وجود داشته و انسانی در خلق نوآوری نقش داشته باشد، هم کار انجام می‌شود، هم شایسته پاداش است، اما هنگامی که تأثیر و سهم انسان از سطح معینی پایین می‌آید، دیگر این استدلال‌ها از کار می‌افتد و توجیه اخلاق وظیفه‌گرا شکست می‌خورد. حال این پرسش پیش می‌آید که در فلسفه وظیفه‌گرا، حمایت از مالکیت فکری برای نرم‌افزارها و به‌طورکلی هوش مصنوعی، توجیه‌پذیر است یا خیر؟ در پاسخ باید گفت که در بسیاری موارد، نرم‌افزار یا هوش مصنوعی برای خلق اثر به تلاش و کار زیاد نیاز ندارد. همچنین، نمی‌توان آن را به‌عنوان ابراز متجلی‌کننده ویژگی‌های شخصیت توصیف کرد. جدا از این، مشکل همیشگی توجیه حمایت از مالکیت فکری برای هوش مصنوعی از منظر وظیفه‌گرایان این است که به‌محض اینکه این ابزار تغییر کند، توسعه یابد یا فراتر از نرم‌افزار اولیه بدون راهنمایی کافی انسانی تکامل یابد، این توجیه شکست می‌خورد (Ramalho, 2017, p. 20). در همه موارد، حمایت از مالکیت هوش مصنوعی نه معطوف به خلاقان و مخترعان تولیدکننده، بلکه معطوف به سرمایه‌گذاران آن است.

۲.۶. توجیه از دیدگاه اخلاق فایده‌گرا

یکی از متداول‌ترین بنیان‌های حقوق مالکیت فکری از گذشته، ابتدای آن بر فلسفه فایده‌گراست. در این دیدگاه، هیچ‌یک از طرفین یعنی هوش مصنوعی یا کاربر انسانی آن به‌خودی‌خود صاحب

حق نیستند، بلکه بر اساس نتایج کلی که حمایت از هر طرف دارد، باید در خصوص طرف صاحب حق تصمیم گرفت. طبق این دیدگاه، حقوق دانان باید در خصوص مالکیت فکری هوش مصنوعی تصمیمی بگیرند که رفاه اجتماعی را در مجموع بیشتر کند. در این حالت باید توازن میان منافع تولیدکنندگان یا توسعه‌دهندگان محصولات و منافع استفاده‌کنندگان از آن‌ها را مدنظر قرار داد و تصمیمی گرفت که در مجموع، منافع جامعه بهتر تأمین شود (Hilty et al, 2020, p. 25).

در مقابل دیدگاه وظیفه‌گرا، دیدگاه سودگرا یا فایده‌گرا به‌طور یک‌جانبه محدود به فردی نیست که کالای نامحسوس تولید می‌کند، بلکه تأکید ویژه‌ای بر سودمندی آن برای جامعه دارد. در این دیدگاه، سودمندی و فایده محصول تولیدشده برای جامعه ملاک قضاوت قرار می‌گیرد. به‌عبارت‌دیگر، اخلاقی بودن با توجه به پیامدها و نتایج تعیین می‌شود. در این دیدگاه باید میان تولیدات و ابزارهای هوش مصنوعی تفاوت قائل شد. وقتی هوش مصنوعی به‌عنوان ابزار مورد استفاده قرار می‌گیرد، احتمال انتساب نادرست مالکیت کمتر است؛ زیرا در این حالت عامل انسانی آن را کنترل و جهت‌دهی کرده است. در این حالت نمی‌توان هوش مصنوعی را مالک دانست و حق مالکیت برای آن قائل شد، اما وقتی هوش مصنوعی به‌عنوان تولید یا خروجی یا محصول شمرده شود، با توجه به سرمایه‌گذاری‌های صرف‌شده برای آن، می‌تواند از حمایت حقوقی برخوردار شود (Hilty et al, 2020, pp. 28-30).

در این فلسفه، تجزیه و تحلیل توجیه مالکیت فکری برای ابزارها و خروجی‌های هوش مصنوعی بر اساس دو دسته نظریات شامل نظریه‌های انگیزشی (نظریه انگیزه عمومی و نظریه حمایت از سرمایه‌گذاری) و نظریه‌های مربوط به بهینه‌سازی الگوهای بهره‌وری (نظریه بازار آزاد، نظریه چشم‌انداز و نظریه افشا یا آشکارسازی یا شفافیت) صورت می‌گیرد. برای مثال، در دیدگاه حمایت از سرمایه‌گذاری بیان می‌شود که دلیل اصلی اعطای انحصار به تولیدات فکری، ماهیت منحصر به فرد این کالاها و محصولات است. این کالاهای عمومی و غیرانحصاری به‌آسانی توسط تعداد زیادی از افراد به‌طور هم‌زمان مورد استفاده قرار می‌گیرند و نفع یک شخص، مانع لذت بردن و بهره‌مند شدن دیگران نمی‌شود. تلقی این تولیدات به‌عنوان کالای عمومی باعث می‌شود که سرمایه‌گذاری برای تولید آن‌ها صورت نگیرد و از این رو تولید آن‌ها در آینده کمتر شود. در نتیجه، رفاه عمومی جامعه به‌مرور زمان کاهش می‌یابد. بنابراین، عدم حمایت از کالاها و تولیدات در

درازمدت باعث کاهش رفاه جمعی می‌شود.

این نکته را هم باید در نظر داشت که طرح حقوقی هر رژیم مالکیت فکری متکی بر اراده سیاسی در نظم حقوقی مربوط به خود، در محدوده قانون اساسی مربوط به خود و دیگر قوانین فرادستی است (Yu, 2017, p. 11).

نتیجه‌گیری

با فراگیر شدن استفاده از هوش مصنوعی توسط پدیدآورندگان، در آینده همه چیز پیچیده‌تر خواهد شد. از آنجاکه ماشین‌ها در تولید آثار خلاقانه روزبه‌روز عملکردشان ارتقا می‌یابد و بهتر می‌شود، تمایز میان حق مالکیت در اموری که توسط انسان انجام می‌شود و کارهایی که توسط رایانه انجام می‌شود، بسیار دشوار و گاه ناممکن خواهد شد؛ زیرا وقتی به ماشین ظرفیت یادگیری سبک‌های مختلف از مجموعه داده‌ها و محتوای گسترده ارائه می‌شود، این ماشین در تقلید از انسان بهتر عمل خواهد کرد و با توجه به قدرت محاسباتی کافی، به‌زودی ممکن است نتوان به‌گونه اطمینان‌آوری میان محتوای تولیدشده توسط انسان و ماشین تمایز قائل شد. ما هنوز در آن مرحله قرار نداریم و ممکن است در آستانه ورود به آن باشیم، اما اکنون زمانی است که باید تصمیم بگیریم که چه نوع حمایتی را باید برای کارها و آثار نوظهور ایجادشده توسط الگوریتم‌های هوشمند، خواه با دخالت کم انسان و خواه بدون دخالت او اتخاذ کنیم.

این پرسش مطرح می‌شود که قانون چه کسی را به‌عنوان شخصی که مقدمات تولید اثر را فراهم می‌کند، در نظر می‌گیرد؟ آیا قانون باید سهم برنامه‌نویس یا کاربر برنامه را به رسمیت بشناسد؟ این موضوع در دنیای آنالوگ مانند این است که بپرسیم آیا کپی‌رایت باید به سازنده قلم اعطا شود یا نویسنده؟ در این حالت پاسخ بسیار واضح است، اما چرا ابهام موجود در دنیای دیجیتال مشکل‌ساز است؟ مورد «مایکروسافت ورد» را در نظر بگیرید. شرکت مایکروسافت برنامه ورد^۱ را توسعه داده، اما واضح است که مالک تمام کارهای تولیدشده با استفاده از آن، این نرم‌افزار نیست و کپی‌رایت متعلق به کاربر است؛ یعنی نویسنده‌ای که از برنامه ورد برای نوشتن یا ایجاد اثر خود استفاده کرده است، اما وقتی صحبت از الگوریتم‌های هوش مصنوعی می‌شود که قادر به تولید اثر

1. Microsoft Word

هستند، سهم کاربر در فرایند خلاقانه ممکن است تنها فشار دادن یک دکمه باشد تا دستگاه بتواند کار خود را انجام دهد. در حال حاضر چندین برنامه یادگیری ماشینی تولید متن وجود دارد و چون این حوزه پیوسته دستخوش تحقیق و توسعه است، از این رو نتایج می‌تواند شگفت‌انگیز باشد (Pearlman, 2018, p. 38).

قوانین کی‌رایت از استانداردهای اصالت - که به مهارت، کار و تلاش پاداش می‌دهد - دور می‌شوند، اما شاید بتوان در مورد ثمرات هوش مصنوعی پیچیده استثنا قائل شد. با مطالعه رویکردهای مختلف، به نظر می‌رسد اعطای حق مالکیت به شخصی که عملیات هوش مصنوعی را ممکن کرده است، معقول‌ترین رویکرد باشد و مدل بریتانیایی کارآمدترین رویکرد به نظر می‌رسد. از مزایای عمده این رویکرد این است که تداوم سرمایه‌گذاری شرکت‌ها را در فناوری تضمین و آن‌ها را مطمئن می‌کند که بازده سرمایه‌گذاری خود را دریافت خواهند کرد.

برخی از رویه‌های قضایی نشان می‌دهد که این پرسش می‌تواند به صورت موردی حل شود. در پرونده «شرکت نووا پروداکشن علیه شرکت مزوما گیمز»^۱ دادگاه باید درباره ابداع یا تألیف^۲ در بازی رایانه‌ای تصمیم می‌گرفت و اعلام می‌کرد که ورود بازیکن در بازی رایانه‌ای مطرح در پرونده، ماهیت هنری ندارد و او هیچ مهارت یا کار هنری ارائه نکرده است. بنابراین، در نظر گرفتن عملکرد کاربر به صورت موردی و خاص در هر قضیه می‌تواند یکی از راه‌حل‌های ممکن برای حل چالش باشد. بدیهی است که در فرایند دادرسی، بهره‌گیری از آرای خبرگان فناوری در هر حوزه برای حصول به تصمیمات صائب ضرورت دارد.

همان‌طور که گفته شد، اعطای مالکیت معنوی به هوش مصنوعی به مسائلی مانند میزان فناوری رایج در جامعه، ساختارهای سرمایه‌ای، میزان اشتغال و بیکاری، نظام حقوقی و فلسفه اخلاقی هر جامعه بستگی دارد. از این رو در این زمینه نه تنها باید به تجربیات دیگر کشورها توجه کرد، بلکه ویژگی‌های هر کشور نیز باید مدنظر قرار گیرد. از سوی دیگر، هر یک از رویکردهای ممکن برای هوش مصنوعی به عنوان مخترع، پیامدهای بالقوه‌ای در چهارچوب پیچیده حقوقی

1. Nova Productions v Mazooma Games [2007] EWCA Civ 219.

شرح و تفسیر مربوط به این پرونده را می‌توان در مقاله هارینگتون (۲۰۰۷) به‌طور مفصل ملاحظه کرد.

2. Authorship

مالکیت فکری دارد. از این رو گزینه‌ها باید در زمینه زیست‌بوم‌های نوآوری و به صورت بومی شده در نظر گرفته شوند.

چالش مهم بعدی این است که آیا باید به رایانه‌ها، جایگاه و حقوقی که به مردم اختصاص دارد، داده شود؟ اعطای شخصیت حقیقی به رایانه‌ها از گذشته دست‌مایه ادبیات و فیلم‌ها بوده و ابعاد مختلف آن مدنظر قرار گرفته است، اما امروزه بیش از هر زمانی به چنین وضعیتی نزدیک شده‌ایم. این بحث موضوع بسیار مهمی است که توصیه می‌شود پژوهشگران این پرسش‌ها و مباحث را مدنظر قرار دهند.

منابع

- ۱) حبیبیا، سعید و مهرداد قائم‌مقامی، گلریز (۱۴۰۱). امکان‌سنجی حمایت از الگوریتم‌های به‌کاررفته در هوش مصنوعی در قالب کی‌رایت؛ مطالعه تطبیقی در اتحادیه اروپا و آمریکا. فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۲۵ (۱۰۰)، صص. ۸۷-۱۱۰. doi: 10.52547/jlr.2023.230675.2453
- ۲) حکمت‌نیا، محمود (۱۳۸۸). اصل سرزمینی؛ مبنای نظری و آثار آن در نظام حقوق مالکیت فکری. حقوق اسلامی، ۶ (۲۰)، صص. ۷-۳۶.
- ۳) شاکری، زهرا و جعفریور، یاسمن (۱۴۰۱). امکان‌سنجی اعمال حقوق معنوی مؤلف تحت فناوری‌های نوین اطلاعات و ارتباطات. حقوق فناوری‌های نوین، ۳ (۶)، صص. ۱۵-۲۹. doi: 10.22133/mtlj.2022.360779.1120
- ۴) شبیری، سیدحسین (۱۳۸۹). حقوق مالکیت فکری در آثار مبتنی بر رایانه (برگرفته از رایانه). پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۴، شماره ۲، صص. ۱۵۷-۱۹۳.
- 5) Abbott, R. (2016). I think, therefore I invent: Creative computers and the future of patent law. *Boston College Law Review*, 57(4).
- 6) Adeshola, I., & Adepoju, A. P. (2023). The opportunities and challenges of ChatGPT in education. *Interactive Learning Environments*, 1-14.
- 7) Betancourt, M. (2021). A note on AI and the ideology of creativity. *Academia Letters*.
- 8) Bibi, K., Quddus, U., & Amiruddin, N. (2023). Artificial intelligence and its impact on intellectual property law. *Baltic Journal of Law & Politics*, 16(1), 1-15.
- 9) Blok, P. (2017). The inventor's new tool: Artificial intelligence – How does it fit in the European patent system? *European Intellectual Property Review*, 39(2).
- 10) Bridy, A. (2016). The evolution of authorship: Work made by code. *Columbia Journal of Law & the Arts*, 39, 395-402.
- 11) Dornis, T. W. (2019). Der Schutz künstlicher Kreativität im Immaterialgüterrecht. *GRUR - Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 121(12), 1252-1264.
- 12) Drexler, J., Hilty, R., Beneke, F., Desautelles-Barbero, L., Finck, M., Globocnik, J., ... & Thonemann, J. (2019). Technical aspects of artificial intelligence: An understanding from an intellectual property law perspective. *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper*, 9-13.
- 13) Guadamuz, A. (2017). Do androids dream of electric copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence-generated works. *Intellectual Property Quarterly*.
- 14) Harrington, J. (2007). The games people play: *Nova Productions v Mazooma* [2007] EWCA Civ 219 in the Court of the Appeal. *Computer Law & Security Review*, 23(5), 471-475.
- 15) Hilty, R., Hoffmann, J., & Scheuerer, S. (2020). Intellectual property justification for artificial intelligence. *Max Planck Institute for Innovation & Competition*

- Research Paper, 1–30.
- 16) Hinton, G. E., & Salakhutdinov, R. R. (2006). Reducing the dimensionality of data with neural networks. *Science*, 313(5786), 504–507.
 - 17) Kim, D. (2020). 'AI-generated inventions': Time to get the record straight? *GRUR International*, 69(5), 443–456.
 - 18) Lekhawattanapong, T. (2018). Establishing statutory ground for the public interest defence under international copyright law (Doctoral dissertation). University of Nottingham.
 - 19) Lin, T. C. (2011). Executive trade secrets. *Notre Dame Law Review*, 87, 911.
 - 20) Lundin, M., & Eriksson, S. (2016). Artificial intelligence in Japan (R&D, market, and industry analysis). EU-Japan Centre for Industrial Cooperation.
 - 21) McFarland, M. (2016). Google's computers are creating songs. Making music may never be the same. *The Washington Post*.
<https://www.washingtonpost.com/news/innovations/wp/2016/06/06/google-computers-are-creating-songs-making-music-may-never-be-the-same/>
 - 22) Metz, C. (2016). What the AI behind AlphaGo can teach us about being human. *Wired*.
<https://www.wired.com/2016/05/google-alpha-go-ai/>
 - 23) Nashkova, S. (2023). Defining trade secrets in the United States: Past and present challenges—A way forward? *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 54(5), 634–672.
 - 24) Pearlman, R. (2018). Recognizing artificial intelligence (AI) as authors and inventors under US intellectual property law. *Journal of Law and Technology*, 52, 1–40.
 - 25) Powles, J., & Hodson, H. (2017). Google DeepMind and healthcare in an age of algorithms. *Health and Technology*, 7(4), 351–367.
 - 26) Ramalho, A. (2017). Will robots rule the (artistic) world? A proposed model for the legal status of creations by artificial intelligence systems. SSRN.
<https://ssrn.com/abstract=2987757>
 - 27) Schuster, W. M. (2018). Artificial intelligence and patent ownership. *Washington & Lee Law Review*, 75, 1945.
 - 28) Thompson, C. (2010). What is I.B.M.'s Watson? *The New York Times Magazine*.
<http://www.nytimes.com/2010/06/20/magazine/20Computer-t.html>
 - 29) Tomlinson, B., Ball, E., & Luu, L. (2011). Update on cyberspace law from an Australian perspective. *The Business Lawyer*, 67, 383.
 - 30) Turing, A. M. (2009). *Computing machinery and intelligence*. Springer Netherlands, 23–65.
 - 31) Ullrich, H. (2012). Intellectual property: Exclusive rights for a purpose—The case of technology protection by patents and copyright. *Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper*, 13–01, 425–459.
 - 32) Walsh, T. (2017). First chess, then Jeopardy, then Go. Now poker too has fallen to AI. *The Straits Times*.
<https://perma.cc/BC2K-5ECT>
 - 33) Wipo Conversation, IP, and Frontier Technologies. (2023). Artificial intelligence

and intellectual property. World Intellectual Property Organization.

https://www.wipo.int/about-ip/en/frontier_technologies/ai_and_ip.html

34) Yu, R. (2017). The machine author. *University of Pennsylvania Law Review*, 165(5).

https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol165/iss5/5

References

- 1) Abbott, R. (2016). I think, therefore I invent: Creative computers and the future of patent law. *Boston College Law Review*, 57(4).
- 2) Adeshola, I., & Adepoju, A. P. (2023). The opportunities and challenges of ChatGPT in education. *Interactive Learning Environments*, 1-14.
- 3) Betancourt, M. (2021). A note on AI and the ideology of creativity. *Academia Letters*.
- 4) Bibi, K., Quddus, U., & Amiruddin, N. (2023). Artificial intelligence and its impact on intellectual property law. *Baltic Journal of Law & Politics*, 16(1), 1-15.
- 5) Blok, P. (2017). The inventor's new tool: Artificial intelligence – How does it fit in the European patent system? *European Intellectual Property Review*, 39(2).
- 6) Bridy, A. (2016). The evolution of authorship: Work made by code. *Columbia Journal of Law & the Arts*, 39, 395-402.
- 7) Dornis, T. W. (2019). Der Schutz künstlicher Kreativität im Immaterialgüterrecht. *GRUR - Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 121(12), 1252-1264.
- 8) Drexl, J., Hilty, R., Beneke, F., Desautettes-Barbero, L., Finck, M., Globocnik, J., ... & Thonemann, J. (2019). Technical aspects of artificial intelligence: An understanding from an intellectual property law perspective. *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper*, 9-13.
- 9) Guadamuz, A. (2017). Do androids dream of electric copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence-generated works. *Intellectual Property Quarterly*.
- 10) Habībā, Sa'īd, & Mehrdār Qā'em-Maqāmī, Golrīz (1401 SH/2022). Emkān-sanji-ye ḥemāyat az algūrītm-hā-ye be-kār-rafte dar ḥūsh-e mošnū'ī dar qāleb-e kopi-rāyt; motāle'e-ye taṭbīqī dar Eteḥādīye-ye Urūpā va Āmrīkā [Feasibility of Protecting Algorithms Used in Artificial Intelligence Under Copyright: A Comparative Study in the European Union and the USA]. *Faslnāme-ye Taḥqīqāt-e Ḥoqūqī [Legal Research Quarterly]*, 25 (100), pp. 87-110. doi: 10.52547/jlr.2023.230675.2453 [in Persian].
- 11) Harrington, J. (2007). The games people play: *Nova Productions v Mazooma* [2007] EWCA Civ 219 in the Court of the Appeal. *Computer Law & Security Review*, 23(5), 471-475.
- 12) Ḥekmat-Niā, Maḥmūd (1388 SH/2009). Aṣl-e Sarzamīnī; Mabnā-ye Nazārī va Āthār-e Ān dar Neẓām-e Ḥoqūq-e Mālkiyat-e Fikrī [Territoriality Principle: Theoretical Basis and Its Implications in the Intellectual Property Law System]. *Ḥoqūq-e Eslāmī [Islamic Law]*, 6 (20), pp. 7-36 [in Persian].
- 13) Hilty, R., Hoffmann, J., & Scheuerer, S. (2020). Intellectual property justification for artificial intelligence. *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper*, 1-30.
- 14) Hinton, G. E., & Salakhutdinov, R. R. (2006). Reducing the dimensionality of data with neural networks. *Science*, 313(5786), 504-507.
- 15) Kim, D. (2020). 'AI-generated inventions': Time to get the record straight? *GRUR International*, 69(5), 443-456.

- 16) Lekhawatthanapong, T. (2018). Establishing statutory ground for the public interest defence under international copyright law (Doctoral dissertation). University of Nottingham.
- 17) Lin, T. C. (2011). Executive trade secrets. *Notre Dame Law Review*, 87, 911.
- 18) Lundin, M., & Eriksson, S. (2016). Artificial intelligence in Japan (R&D, market, and industry analysis). EU-Japan Centre for Industrial Cooperation.
- 19) McFarland, M. (2016). Google's computers are creating songs. Making music may never be the same. *The Washington Post*.
<https://www.washingtonpost.com/news/innovations/wp/2016/06/06/googles-computers-are-creating-songs-making-music-may-never-be-the-same/>
- 20) Metz, C. (2016). What the AI behind AlphaGo can teach us about being human. *Wired*.
<https://www.wired.com/2016/05/google-alpha-go-ai/>
- 21) Nashkova, S. (2023). Defining trade secrets in the United States: Past and present challenges—A way forward? *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 54(5), 634–672.
- 22) Pearlman, R. (2018). Recognizing artificial intelligence (AI) as authors and inventors under US intellectual property law. *Journal of Law and Technology*, 52, 1–40.
- 23) Powles, J., & Hodson, H. (2017). Google DeepMind and healthcare in an age of algorithms. *Health and Technology*, 7(4), 351–367.
- 24) Ramalho, A. (2017). Will robots rule the (artistic) world? A proposed model for the legal status of creations by artificial intelligence systems. SSRN.
<https://ssrn.com/abstract=2987757>
- 25) Schuster, W. M. (2018). Artificial intelligence and patent ownership. *Washington & Lee Law Review*, 75, 1945.
- 26) Shākerī, Zahra, & Ja'farpūr, Yāsaman (1401 SH/2022). Emkān-sanji-ye A'māl-e Ḥoqūq-e Ma'navī-ye Mo'allef Taht-e Fanāvārī-hā-ye Novīn-e Etelā'āt va Ertebātāt [Feasibility of Applying Author's Moral Rights Under Modern Information and Communication Technologies]. *Ḥoqūq-e Fanāvārī-hā-ye Novīn [New Technologies Law]*, 3 (6), pp. 15–29. doi: 10.22133/mtlj.2022.360779.1120 [in Persian].
- 27) Shobeirī, Sayyed-Ḥasan (1389 SH/2010). Ḥoqūq-e Mālkiyat-e Fikrī dar Āthār-e Mobtanī bar Rāyāneh [Intellectual Property Law in Computer-Based Works]. *Pizhūhesh-hā-ye Ḥoqūq-e Taṭbīqī [Comparative Law Research]*, 14 (2), pp. 157–193 [in Persian].
- 28) Thompson, C. (2010). What is I.B.M.'s Watson? *The New York Times Magazine*.
<http://www.nytimes.com/2010/06/20/magazine/20Computer-t.html>
- 29) Tomlinson, B., Ball, E., & Luu, L. (2011). Update on cyberspace law from an Australian perspective. *The Business Lawyer*, 67, 383.
- 30) Turing, A. M. (2009). Computing machinery and intelligence. *Springer Netherlands*, 23–65.
- 31) Ullrich, H. (2012). Intellectual property: Exclusive rights for a purpose—The case

- of technology protection by patents and copyright. Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper, 13-01, 425-459.
- 32) Walsh, T. (2017). First chess, then Jeopardy, then Go. Now poker too has fallen to AI. The Straits Times.
<https://perma.cc/BC2K-5ECT>
- 33) Wipo Conversation, IP, and Frontier Technologies. (2023). Artificial intelligence and intellectual property. World Intellectual Property Organization.
https://www.wipo.int/about-ip/en/frontier_technologies/ai_and_ip.html
- 34) Yu, R. (2017). The machine author. University of Pennsylvania Law Review, 165(5).
https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol165/iss5/5

An Economic Analysis of the Interaction between Third-Party Liability for Breach of Contract and Specific Performance: A Comparative Study of United States and Iranian Law

Hasan Alipour · PhD in Private Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran.
(Corresponding Author) dr.h.alipour@gmail.com

Ahad Shahi Damanjani · PhD in Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Kharazmi University, Tehran, Iran. ahadshahi@yahoo.com

Abstract

1. Introduction

The interaction between third-party liability in breach of contract and the enforcement of specific performance represents a significant area of inquiry in the economic analysis of law. The core concern in contractual remedies, from an economic perspective, is to protect the interests of the contracting parties in a way that minimizes costs, thereby promoting efficient resource allocation and enhancing social welfare. Specific performance, as a remedy for breach of contract, ensures that the contract is executed as agreed, thereby safeguarding the promisees' expectations. Conversely, third-party liability arises when an external party induces a breach of contract, leading to potential conflicts with the enforcement of specific performance. The legal systems in the United States and Iran offer distinct approaches to these issues, making a comparative study both relevant and insightful.

This paper explores the interaction between third-party liability in breach of contract and the enforcement of specific performance through the lens of economic analysis. It delves into the economic rationale behind holding third parties liable for inducing breaches and the implications of prioritizing specific performance over contract termination and damages. The discussion also addresses the inherent conflict between these remedies and seeks to identify economically compatible solutions that align with the principles of justice and efficiency.



2. Research Question

The central research question addressed in this paper is: How do third-party liability in breach of contract and the enforcement of specific performance interact, and what are the economically compatible solutions to the consequences arising from their application?

This question arises from the recognition that both third-party liability and specific performance serve as mechanisms for efficient resource allocation within a legal framework, but they may also be in conflict. Specifically, the research aims to understand whether the prioritization of specific performance over contract termination and damages undermines the basis for third-party liability in breach of contract. Conversely, the study also examines whether prioritizing third-party liability disrupts the enforcement of specific performance, and how these legal institutions can coexist or be reconciled within an economically efficient legal system.

3. Research Hypothesis

This paper posits the hypothesis that the prioritization of specific performance over contract termination and damages, as a general rule, may eliminate the grounds for third-party liability in breach of contract. This hypothesis challenges the prevailing economic view that third-party liability in breach of contract is essential for optimal resource allocation. The research hypothesizes that if specific performance is consistently prioritized, third parties would lack the incentive to induce a breach, as the promisor would be legally bound to perform the contract. Consequently, the need for third-party liability would diminish, potentially leading to a more straightforward and efficient legal framework that prioritizes the fulfillment of contractual obligations.

The hypothesis further suggests that in legal systems where specific performance is favored, the efficiency gains from third-party liability may be limited or even negated. This would imply that the interaction between these remedies is not just a matter of legal doctrine but also of economic efficiency, with significant implications for the design of contractual remedies.

4. Methodology & Framework, if Applicable

The research methodology employed here is primarily doctrinal and comparative, with a strong emphasis on the economic analysis of law. The study systematically examines the legal theories and doctrines surrounding third-party liability in breach of contract and specific performance in both the United States and Iranian legal systems. By comparing these two distinct legal frameworks, the research aims to uncover the underlying principles that govern the interaction between these remedies and to assess their economic implications.

Doctrinal Analysis: This paper begins by conducting a detailed doctrinal analysis of third-party liability in breach of contract and specific performance in both U.S. and Iranian law. This involves examining statutory provisions, case law, and the opinions of legal scholars to understand how these remedies are conceptualized and applied in each jurisdiction. The doctrinal analysis is crucial for identifying the legal basis for these remedies and understanding their role within the broader legal system.

Comparative Analysis: This paper then undertakes a comparative analysis to highlight the similarities and differences between the U.S. and Iranian approaches to third-party liability and specific performance. This comparative approach is essential for understanding how different legal traditions address the interaction between these remedies and for identifying potential areas of convergence or divergence. The comparison also sheds light on the cultural and legal factors that influence the prioritization of specific performance or third-party liability in different jurisdictions.

Economic Analysis: Central to the methodology is the application of economic analysis of law. This involves assessing the efficiency implications of different legal rules and remedies, with a focus on resource allocation, transaction costs, and social welfare. The economic analysis is used to evaluate the extent to which third-party liability and specific performance contribute to or hinder economic efficiency. It also helps to identify potential trade-offs between these remedies and to propose economically viable solutions that align with the goals of the legal system.

Theoretical Framework: The theoretical framework for the research is grounded in the principles of law and economics, particularly the theories of efficient breach, optimal resource allocation, and social welfare maximization. The framework also incorporates elements of contract theory, particularly the concepts of expectation damages, reliance damages, and specific performance as mechanisms for enforcing contractual obligations. This interdisciplinary approach allows for a more nuanced understanding of the interaction between third-party liability and specific performance and provides a robust foundation for the analysis.

5. Results & Discussion

The analysis conducted in this study reveals significant insights into the interaction between third-party liability in breach of contract and the enforcement of specific performance within the legal frameworks of the United States and Iran. The findings underscore the complexities involved in reconciling these two legal remedies, particularly from the perspective of economic efficiency and justice.

In the context of the U.S. law, third-party liability in breach of contract is predominantly viewed as a mechanism that facilitates the optimal allocation of

scarce resources. The economic rationale behind this legal construct is grounded in the principle that resources should be allocated to those who value them the most, thereby enhancing overall social welfare. The concept of efficient breach underpins this approach, suggesting that if a third party is willing to offer a higher price for the subject matter of the contract than the original promisee, the breach may be economically justified. The promisor compensates the promisee for any damages incurred, while also securing a higher profit, which theoretically leads to a Pareto improvement—where at least one party is better off without making anyone else worse off.

The discussion further reveals that in U.S. law, when a conflict arises between the enforcement of specific performance and third-party liability in breach of contract, the legal system generally favors the latter. This preference is justified on the grounds that third-party liability contributes to efficient resource allocation and encourages market dynamism. However, this is not an absolute rule. The priority shifts towards specific performance in situations where the promisee cannot easily obtain substitute goods or services in the market. Moreover, the law aims to prevent third-party opportunism—where a third party induces a breach solely to capitalize on the situation without contributing to overall economic efficiency. This nuanced approach reflects a balancing act between protecting contractual expectations and promoting economic efficiency.

In contrast, Iranian law presents a different set of challenges and considerations. The study highlights the need for a more structured and nuanced approach to the prioritization of specific performance and third-party liability. The current legal framework in Iran does not clearly establish a hierarchy between these remedies, which can lead to inconsistencies and inefficiencies in contractual enforcement. The results suggest that a revision of the contractual remedy system is necessary to address these issues.

The research advocates for a differentiated approach in Iranian law, where the prioritization of specific performance or third-party liability is determined by the nature of the contract and the subject matter involved. For instance, in consumer contracts, where the protection of the consumer is paramount, specific performance should take precedence to safeguard the interests of the weaker party. On the other hand, in commercial or ordinary contracts, third-party liability should generally be prioritized, reflecting the principles of economic efficiency and market operation, unless specific circumstances—such as the non-availability of substitute goods or the critical role of the promisor's expertise—warrant the enforcement of specific performance to prevent opportunistic behavior.

The discussion also emphasizes the importance of tailoring legal remedies to the specific context of the contract, considering factors such as the market availability of the subject matter, the nature of the goods or services, and the

relative bargaining power of the parties involved. This tailored approach not only enhances the efficiency of contractual remedies but also aligns with the broader objectives of justice and fairness in the legal system.

6. Conclusion

The conclusion drawn from this comparative study underscores the importance of aligning legal remedies with the principles of economic efficiency and justice. In U.S. law, the preference for third-party liability in breach of contract reflects an economic approach that prioritizes resource allocation to those who value them the most. This approach, grounded in the theory of efficient breach, suggests that when a third party values the contract's subject matter more than the original promisee, inducing a breach can lead to a Pareto-efficient outcome. However, this principle is moderated by the need to protect promisees in situations where substitutes are not readily available or where the third party's actions constitute opportunism.

In contrast, the Iranian legal framework requires a more systematic revision to clearly delineate the conditions under which specific performance or third-party liability should be prioritized. The study proposes that the Iranian legislator adopt a differentiated approach, taking into account the nature of the contract and its subject matter. Specifically, consumer contracts should prioritize specific performance to protect the weaker party, while commercial contracts should generally favor third-party liability, except in cases where specific performance is necessary to prevent opportunistic breaches.

This research highlights the potential for legal systems to enhance both economic efficiency and justice by adopting flexible, context-sensitive approaches to contractual remedies. The findings suggest that a one-size-fits-all approach may not be suitable for addressing the complexities of modern contractual relationships. Instead, a nuanced, case-by-case analysis that considers the economic implications and the specific circumstances of each contract can lead to more equitable and efficient outcomes.

Ultimately, this study contributes to the ongoing discourse on the economic analysis of law by demonstrating how legal principles can be harmonized with economic theory to achieve optimal resource allocation and social welfare. It also provides a valuable comparative perspective that can inform future legal reforms in both U.S. and Iranian law, particularly in the area of contractual remedies. By integrating economic considerations into the legal analysis, this research offers a pathway towards more effective and just legal frameworks that can better serve the needs of contracting parties in a complex and dynamic market environment.

Keywords: Third-Party Interference, Pareto Efficiency, Social Welfare, Efficient Resource Allocation.

تحلیل اقتصادی تعامل مسؤولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد و انجام عین تعهد؛ مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا و ایران

حسن علی پور • دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)
dr.h.alipour@gmail.com
احد شاهی دامن‌جانی • دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.
ahadshahi@yahoo.com

چکیده

از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، هر یک از نهادهای مسؤولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد و انجام عین تعهد وسیله‌ای برای تخصیص کارای منابع و افزایش رفاه اجتماعی می‌باشند. چنان‌چه قاعده کلی، بر تقدم الزام به انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات باشد، زمینه بروز مسؤولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد از بین می‌رود؛ درحالی‌که، با تقدم مسؤولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد، امکان الزام به انجام عین تعهد وجود نخواهد داشت. بنابراین، بین نهادهای حقوقی مذکور در نیل به عدالت و کارایی اقتصادی، تعارض به وجود می‌آید که رفع این تعارض نیازمند تحلیل اقتصادی خواهد بود. مطابق یافته‌های مطالعات اقتصادی حقوق در آمریکا، مسؤولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد، خلأهای نظام ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی را جبران می‌کند و چنان‌چه کارایی پارتویی (Pareto Efficiency) وجود داشته باشد، می‌بایست تقدم با مسؤولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد باشد. با این همه، ساختار نظام ضمانت‌اجراهای قراردادی در حقوق ایران به گونه‌ای است که استقلال مسؤولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد و انجام عین تعهد از یکدیگر قابل برداشت است. از جمله یافته‌های این مقاله که از رهگذر آراء اندیشمندان حقوق اقتصادی حاصل آمده، ارائه پیشنهاداتی برای اصلاح و تعدیل مواد قانون مدنی در زمینه تقدم الزام به انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد، با توجه به مسؤولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد است.

واژگان کلیدی: مداخله‌گر ثالث، کارایی پارتویی، رفاه اجتماعی، تخصیص کارای منابع.



مقدمه

از چشم‌انداز تحلیل اقتصادی حقوق، در صورتی ضمانت اجرای قراردادی کارایی دارند که در فرض نقض تعهدات، با کمترین هزینه بیشترین حمایت را از منافع طرفین قرارداد کنند و منجر به تخصیص کارایی منابع و افزایش رفاه اجتماعی شوند. بنابراین، از جمله ضمانت اجرای قراردادی، الزام به انجام عین تعهد^۱ است که با اغلب نهادها مانند مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد^۲، نقض کارآمد قراردادها، قاعده بازی در اجرا یا نقض قراردادها و قابلیت شیوه‌های جمع ضمانت اجراها ارتباط نزدیکی دارد. در این مقاله به مطالعه تعامل مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد و الزام به انجام عین تعهد پرداخته می‌شود که برای نخستین بار در نظام حقوقی ایران مطرح می‌شود.

مطابق عقیده مرسوم میان استادان حقوق، چنانچه بین دو شخص قرارداد معتبر وجود داشته باشد و ثالث با وصف علم به آن قرارداد منعقد، متعهد را ترغیب به نقض قرارداد کند و در نتیجه، به متعهدله ضرر وارد شود، ثالث به دلیل مداخله در نقض قرارداد، مسئولیت مدنی خواهد داشت (Varadarajan, 2001, pp. 741-742)؛ البته مبنای عمده مداخله ثالث در نقض قرارداد این است که مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد تمایل به پرداخت مبلغ بیشتر از بهای قراردادی دارد و به همین دلیل، ثالث قیمت پیشنهادی بیشتری از قیمت متعهدله برای انجام عین تعهد به متعهد می‌دهد و چون قیمت پیشنهادی ثالث به گونه‌ای است که متعهد با دریافت آن، افزون‌بر جبران کامل خسارات وارد به متعهدله، سود بیشتری نیز عاید خودش می‌شود، اقدام به نقض قرارداد می‌کند. بنابراین، از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث با استفاده بهینه از منابع، قرار گرفتن منابع در اختیار افرادی که بیشترین ارزش را برای آن‌ها قائل‌اند، اجرای باانگیزه تعهدات قراردادی به وسیله طرفین و مانند این‌ها سازگاری دارد. با وجود این، برخی استادان تحلیل اقتصادی حقوق، اعتقاد به کارایی تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارت دارند و به منظور اثبات نظریه خود به دلایل گوناگونی استناد کرده‌اند (Schwartz, 1979, pp. 276-278; Kronman, 1978, pp. 366-369; Eisenberg, 2005, pp. 1018-1019).

1. Specific Performance
2. Tortious Interference with Contract

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، چنانچه انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارات تقدم داشته باشد و قاعده کلی به شمار آید، شخص ثالث در ترغیب متعهد به نقض قرارداد و حتی خود متعهد در عهدشکنی انگیزه‌ای نخواهد داشت؛ زیرا در هر حال اولویت با انجام عین تعهد است و نوبت به فسخ قرارداد و پرداخت خسارات نمی‌رسد تا زمینه بررسی مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد فراهم باشد.

با توجه به مطالب گفته‌شده، پرسش اساسی در این مقاله این است که تعامل میان مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد و الزام به انجام عین تعهد چگونه است و از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، راهکارهای سازگاری پیامدهای ناشی از آن‌ها چیست؟ برای پاسخ به این پرسش، نظریه‌های استادان حقوق آمریکا و ایران محور بررسی قرار گرفته است.

۱. تبیین حقوقی و اقتصادی موضوع

پیش از ورود به بحث تعامل مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد و الزام به انجام عین تعهد، تبیین حقوقی و اقتصادی نهادهای حقوقی یادشده ضروری به نظر می‌رسد. از نظر تحلیل حقوقی، همان‌گونه که از عنوان «مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد» برمی‌آید، ثالث در قرارداد دیگران دخالت می‌کند و متعهد را ترغیب به نقض قرارداد منعقد می‌کند که منجر به ورود خسارت به متعهد می‌شود و به همین دلیل، ثالث با وجود شرایطی مکلف به جبران خسارت وارد به متعهد است؛ البته شرایط تحقق مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد عبارت‌اند از ۱) وجود قرارداد معتبر میان متعهد و طرف ناقض (متعهد)، ۲) علم ثالث به وجود قرارداد، ۳) ترغیب به نقض قرارداد به وسیله ثالث و ۴) ورود خسارت به متعهد به واسطه ترغیب ثالث به نقض قرارداد (Varadaraja, 2001, pp. 741-742).

۱. باید توجه داشت که مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد مربوط به مرحله بعد از تشکیل قرارداد است و ناظر به دخالت ثالث در مذاکرات ابتدایی میان اشخاص به منظور انعقاد قرارداد نیست؛ چنان‌که در حقوق اسلام، عدم جواز ورود به معامله دیگران به وسیله اشخاص ثالث (نهی النبی (صلی‌الله علیه و آله) أَنْ يَدْخُلَ الرَّجُلُ فِي سَوْمِ أَخِيهِ الْمُسْلِمِ) شامل موردی می‌شود که قرارداد میان طرفین منعقد شده باشد (وجدانی فخر، ۱۴۲۶ق، ج ۶، ص ۳۳۲). در غیر این صورت ورود ثالث در مذاکرات ابتدایی میان اشخاص برای خرید یا فروش کالایی متعلق مورد نهی قرار نگرفته است و معمولاً موجب مسؤلیت مدنی نمی‌شود.

برای مثال، «الف» یک دستگاه چمن‌زنی به قیمت ۱۰۰۰ دلار به «ب» می‌فروشد و پیش از تسلیم آن، «ج» به دلایل مختلف پیشنهاد خرید همان دستگاه را به مبلغ ۱۵۰۰ دلار به «الف» می‌دهد که بهای متعارف دستگاه فروخته‌شده در بازار ۱۲۵۰ دلار است؛ چنان‌که ملاحظه می‌شود، از حیث مبنایی، «ج» چون ارزش بیشتری برای دستگاه چمن‌زنی در مقایسه با «ب» قائل است و به دلایل گوناگون از قبیل عدم امکان مراجعه به بازار برای تهیه آن دستگاه، تخصص نداشتن در خرید دستگاه چمن‌زنی از بازار و اعتماد به شخص «الف» و مانند این‌ها، خرید دستگاه را از او مقرون‌به‌صرفه می‌داند و از نظر تحلیل اقتصادی، اساساً نقض قرارداد میان «الف» و «ب» به نفع طرفین و ثالث است؛ زیرا با نقض قرارداد و پرداخت خسارت به «ب» (متعهدله)، زیان ناشی از نقض قرارداد وارد به او به‌طور کامل جبران می‌شود و نیز «الف» (متعهد) ۲۵۰ دلار بیشتر از فرض اجرای تعهد با «ب» سود می‌برد و در نهایت، «ج» (ثالث) به کالای مورد نیازش می‌رسد؛^۱ البته پیامد مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد به معنای نفوذ قرارداد دوم (در مثال گفته‌شده قرارداد میان «الف» و «ج») و پرداخت بهای آن به متعهد برای سرشکن کردن میان جبران خسارت وارد به متعهدله قرارداد اول (در مثال بالا شخص «ب») و تحصیل سود بیشتر برای خودش است. به تعبیر اقتصادی، بی‌آنکه وضعیت «ب» بدتر شود، وضعیت «الف» و «ج» بهتر می‌شود (کارایی پارتویی)^۲ (Mc Chesney, 1996, pp. 134-135).^۳ بنابراین، مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد با تخصیص کارای منابع و افزایش رفاه اجتماعی، قرار گرفتن منابع در اختیار افرادی که بیشترین ارزش را برای آن قائل‌اند و اجرای بانگیزه تعهدات قراردادی به‌وسیله طرفین سازگاری دارد. با وجود این، امکان طرح مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض

۱. البته مثال متعارف در میان استادان تحلیل اقتصادی حقوق آمریکا برای مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد، دعوی لوملی علیه گای (Lumley v. Gye) در سال ۱۸۵۳ است. مطابق این پرونده، لوملی، به‌عنوان مالک تئاتر، با واگنر (Wagner) که از آوازخوان‌های مشهور بود، قرارداد آوازخوانی منعقد می‌کند و گای که رقیب حرفه‌ای لوملی بود، پیشنهاد حق‌الزحمه بیشتری در مقایسه با پیشنهاد لوملی به واگنر می‌دهد و او را ترغیب به نقض قرارداد اولیه‌اش با لوملی می‌کند (Zerbe Jr, 2001, pp.1104-1106)؛ البته برای مطالعه سیر تاریخی دعوی مسئولیت مدنی مداخله‌گر در نظام حقوقی کامن‌لا ر. ک به: Varadarajan, 2001, pp. 746.

2. Pareto Efficiency

۳. به‌منظور مطالعه کارایی پارتویی ر. ک به: کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۳، صص ۳-۴.

قرارداد بستگی کامل به چگونگی چیدمان ضمانت اجراهای الزام به انجام عین تعهد و فسخ قرارداد و پرداخت خسارت دارد.

در حقوق ضمانت اجراهای قراردادی، الزام به انجام عین تعهد بدین معناست که متعهد ملزم به اجرای تعهد است و اصولاً فسخ قرارداد و پرداخت نمی‌تواند جایگزین انجام عین تعهد شود و باید فسخ ابتدایی قرارداد و پرداخت خسارت به‌طور استثنایی در قراردادها پذیرفته شود.

وانگهی، از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، هریک از نهادهای مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد و الزام به انجام عین تعهد، کارایی ویژه‌ای در حقوق تعهدات دارند و وجود آن‌ها ضروری است. بنابراین، دلیل اساسی که موجب پرداختن به بررسی تعامل دو نهاد حقوقی بالا می‌شود، این است که چنانچه الزام به انجام عین تعهد به‌عنوان قاعده کلی در قراردادها پیش‌بینی شود، دیگر مجالی برای طرح مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد وجود نخواهد داشت (Varadarajan, 2001, p. 741)؛ البته در صورتی که مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد پذیرفته شود، دیگر نباید قائل به تقدم الزام به انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارت شد.

۲. نظریه‌های مربوط به تعامل مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد و انجام عین تعهد

استادان حقوق مدنی ایران عموماً به تحلیل حقوقی مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد توجه داشته و به تبیین و توجیه شرایط و مبانی این مسؤلیت پرداخته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۳، صص. ۳۲۰-۳۲۲؛ شهیدی، ۱۳۹۳، ج ۳، صص. ۲۱۷-۲۲۲)؛ البته برخی نویسندگان تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها به «مسؤلیت اشخاص ثالث سهیم در نقض قرارداد» اشاره کرده‌اند (انصاری، ۱۳۹۳، صص. ۵۶۸-۵۷۰). با وجود این، نهاد حقوقی مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد در حقوق آمریکا نسبت به حقوق ایران ریشه‌دارتر است و حقوق‌دانان و اقتصاددانان آمریکایی افزون‌بر تحلیل حقوقی نهاد بالا، تعامل آن با الزام به انجام عین تعهد از منظر اقتصادی را مطالعه کرده‌اند (Varadarajan, 2001, p. 760). در واقع، در حقوق آمریکا دو نظریه در خصوص تعامل مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد با نظام ضمانت اجراهای قراردادی از جمله الزام به انجام عین تعهد دیده می‌شود.

۱.۱.۲ استقلال

منظور از استقلال مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد در حقوق آمریکا این است که مسئولیت مدنی اخیر مقوله «مسئولیت مدنی محور»^۱ است که ارتباطی با ضمانت اجرای نقض قرارداد (الزام به انجام عین تعهد) - که در حوزه حقوق تعهدات قراردادی به آن پرداخته می‌شود - ندارد. به دیگر سخن، با توجه به عنوان مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد که از مصادیق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد به حساب می‌آید، با استفاده از قواعد عمومی مسئولیت مدنی و ارائه «معیار اعمال غیرقانونی»^۲، در مقام تبیین مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد برآمد (Perlman, 1982, p. 70).

بدین ترتیب، به دلایل زیر، مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد مستقل از الزام به انجام عین تعهد است و ثالث انگیزه‌ای در ترغیب به نقض قرارداد و متعهد در عهدشکنی نخواهد داشت.

۱.۱.۲.۱ جرم‌انگاری نقض تعهدات و مداخله ثالث در نقض قرارداد

ورود قانون‌گذار و پیش‌بینی ضمانت اجرای کیفری و جرم‌انگاری نقض قرارداد چه از سوی اطراف قرارداد و چه از سوی اشخاص ثالث، از عوامل بازدارنده مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد به شمار می‌رود؛ زیرا هنگامی که متعهد و شخص ثالث از بابت نقض قرارداد و انتقال و دریافت موضوع قرارداد به‌عنوان مال غیر (متعهد) تحت تعقیب کیفری قرار گیرند و با مجازات حبس و جزای نقدی مواجه شوند، هیچ‌گاه نه متعهد انگیزه‌ای برای نقض قرارداد و نه ثالث برای ترغیب متعهد به نقض قرارداد خواهد داشت.

چنان‌که ملاحظه می‌شود، از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، قرارداد ابرازی برای تخصیص کارای منابع و افزایش رفاه اجتماعی است و چنانچه با پیش‌بینی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد بتوان وضعیت اشخاص درگیر (متعهد، متعهدله و ثالث) را بهبود بخشید، کارایی پارتویی تحقق یافته است و به‌سختی مبنایی برای جرم‌انگاری نقض تعهدات و مداخله ثالث در نقض قرارداد به ذهن متبادر می‌شود که این‌گونه موارد با کارایی تعارض دارند.

1. Tort-Based
2. Unlawful Means Test

۲.۱.۲. تقدم الزام به انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارت

هنگامی می‌توان مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد را مطالعه کرد که انجام عین تعهد در عرض فسخ قرارداد و پرداخت خسارت بسته به انتخاب متعهد باشد تا ثالث انگیزه‌ای در ترغیب متعهد به نقض قرارداد و متعهد در عهدشکنی داشته باشد. بنابراین، در چنین فضایی از نظام حقوقی، سخن از پیوند و ارتباط مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد و الزام به انجام عین تعهد منطقی می‌نماید؛ زیرا در این فضا از نظام حقوقی به‌عنوان قاعده کلی، چنانچه متعهد به قرارداد وفادار نباشد، باید خسارت پرداخت کند و ملزم به اجرای عین تعهد نیست^۱ (Perillo, 2000, p. 1085) و تنها انجام عین تعهد در موردی قابل اجراست که پرداخت خسارت ناعادلانه است (Perillo, 2000, p. 1085; Schwartz, 1990, pp. 387-390).

در حقوق ایران نیز عبارات استادان حقوق مدنی بیش‌تر هماهنگ با استقلال مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث از الزام به انجام عین تعهد و استنباط آن از قواعد عمومی قراردادها یا مسؤلیت مدنی است. در واقع، به باور برخی حقوق‌دانان، بر اساس «قابلیت استناد قرارداد در برابر اشخاص ثالث»، آن‌ها مکلف‌اند که به قراردادهای دیگران به دیده احترام بنگرند و چنانچه با ترغیب متعهدله در نقض قرارداد شرکت کنند، «این اقدام نوعی تقصیر و اقدامی نامتعارف است» (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۳، ص. ۳۲۰).

همچنین، بعضی استادان حقوق، به مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد با استفاده از قاعده «اجتماع سبب و مباشر» پرداخته‌اند و از آنجا که ثالث در نقض قرارداد سبب اقوی از مباشر (متعهد) نیست، مسؤلیت ثالث در نقض قرارداد را نفی کرده‌اند^۲ (شهیدی، ۱۳۹۳، ص. ۲۲۲).

با وجود این، نظریه اخیر قابل انتقاد می‌نماید؛ زیرا سبب اقوی از مباشر، ناظر به جایی است که مباشر به واسطه اکراه یا تهدید در حکم وسیله باشد تا عرفاً خسارت مستند به سبب باشد

1. The Rule of Breach Now, Pay Later

۲. البته در پاره‌ای از تحقیقات، به استناد قاعده حرمت اعانت در اثم و عدوان و انتساب عرفی خسارت، همکاری ثالث در نقض قرارداد از مصادیق اعانت در اثم و عدوان شمرده شده و عرفاً خسارت مستند به متعهد (مباشر) و سبب (ثالث) تلقی شده است (شیرخانی و همکاران، ۱۳۹۴، ص. ۵۵).

در حالی که مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد، تنها ثالث متعهد را ترغیب به نقض قرارداد می‌کند و پیشنهاد آن را به او می‌دهد و در فضایی تعاملی، نقض یا وفای قرارداد و سبک و سنگین کردن آن حسب منافع اقتصادی بسته به اراده متعهد است.

در قوانین ایران دلایل استقلال مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد از الزام به انجام عین تعهد وجود دارد؛ زیرا قانون‌گذار با تصویب قوانینی از قبیل ماده ۱ قانون راجع به انتقال مال غیر^۱ و ماده ۱۱۷ قانون ثبت اسناد و املاک^۲ و مانند این‌ها، مبادرت به جرم‌انگاری نقض تعهدات و مداخله ثالث در نقض قرارداد کرده است. بر همین پایه، متعهد انگیزه‌ای در نقض قرارداد ندارد و ثالث نیز متعهد را ترغیب به نقض قرارداد نمی‌کند. بنابراین، با وجود قوانین یادشده - که متعهد و ثالث را در معرض تعقیب کیفری و مجازات‌های شدید قرار می‌دهند - حسب مورد، آن‌ها انگیزه نقض یا ورود به قرارداد اولیه را نخواهند داشت و این قوانین با کارایی پارتویی تعارض دارند.

افزون بر این‌ها، در حقوق ایران، قاعده کلی با تقدم الزام به انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد و پرداخت خسارت است و متعهدله باید الزام متعهد به انجام عین تعهد را از دادگاه بخواهد (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی) و تقدم اخیر با مداخله شخص ثالث در نقض قرارداد قابل جمع نیست.

۲.۲. پیوند و ارتباط

به موجب این نظریه - که برخی استادان تحلیل اقتصادی حقوق آمریکا به آن اعتقاد دارند - اساساً مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد موضوعی «قراردادمحور»^۳ است و در عمل این مسئولیت خلأهای نظام ضمانت اجراهای قراردادی را پوشش می‌دهد (Varadarajan, 2001, p. 749)؛ زیرا ضمانت اجراهای قراردادی متناسب میان دو طرف قرارداد است (طرفینی بودن ضمانت

۱. مطابق ماده ۱ قانون راجع به انتقال مال غیر، «هر کسی که مال غیر را با علم به اینکه مال غیر است به نحوی از انحاء عیناً یا منفعتاً بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل کند، کلاهبردار محسوب [می‌شود] و همچنین است انتقال‌گیرنده که در حین معامله عالم به عدم مالکیت انتقال‌دهنده باشد».

۲. به استناد ماده ۱۱۷ قانون ثبت اسناد و املاک، «هر کس به موجب سند رسمی یا عادی نسبت به عین یا منفعت مالی (اعم از منقول یا غیرمنقول) حقی به شخص یا اشخاص داده و بعد نسبت به همان عین یا منفعت به موجب سند رسمی، معامله یا تعهدی معارض با حق مزبور بنماید، به حبس با اعمال شاقه از سه تا ده سال محکوم خواهد شد».

3. Contract-Based

اجراهای نقض تعهدات قراردادی) و چنانچه آن ضمانت اجراها کارایی لازم نسبت به ترغیب ثالث در نقض قرارداد را نداشته باشند، با توجه به ورود ثالث و سه‌طرفه شدن موضوع (متعهد، متعهدله و ثالث)، باید ضمانت اجراهای قراردادی اصلاح و بازنگری شوند. بنابراین، راهکارهای پوشش خلأهای نظام ضمانت اجراهای قراردادی در ارتباط با مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد چیست؟ آیا برای پوشش این‌گونه خلأها، تغییر نظام ضمانت اجرای قراردادی در خصوص الزام به انجام عین تعهد ضروری است یا بدون نیاز به تغییر و بازنگری، می‌توان مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد را به‌عنوان قاعده کلی پذیرفت و از موارد الزام به انجام عین تعهد در قراردادها کاست؟ آیا می‌توان به راهکار میانه‌ای برای سازگاری میان مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد و الزام به انجام عین تعهد رسید؟ از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، هریک از نهادهای حقوقی یادشده کارایی و کارویژه خود را دارند و نویسندگان تحلیل اقتصادی حقوق در مقام ارائه نظریه‌های مختلف به‌منظور سازگاری میان مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد و الزام به انجام عین تعهد با هدف تخصیص کارای منابع و افزایش رفاه اجتماعی و کاهش هزینه‌های معاملات برآمده‌اند.

۳. نظریه‌های مربوط به سازگاری

در ابتدا به نظریه‌های مربوط به سازگاری مسؤلیت مدنی مداخله‌گر در نقض قرارداد و الزام به انجام عین تعهد در حقوق آمریکا پرداخته می‌شود و سپس، نظریه مناسبی در این خصوص به قانون‌گذار ایرانی پیشنهاد می‌شود.

۱.۳. نظریه پرلمن (Perlman)

مطابق نظریه پرلمن که مسؤلیت مدنی مداخله‌گر در نقض قرارداد یک موضوع «مسؤلیت مدنی محور» است و به‌موجب معیار اعمال غیرقانونی^۱ در نقض قراردادها، در نتیجه ترغیب ثالث زمینه بروز مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد از بین می‌رود و نوبت به بررسی ارتباط مسؤلیت اخیر با نظام ضمانت اجراهای قراردادی (و الزام به انجام عین تعهد) و اصلاح و بازنگری ضمانت اجراها نمی‌رسد.

بنابراین، مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد باید به مواردی محدود شود که فعل ثالث عنوان مستقل شبه‌جرم^۱ مانند تدلیس داشته باشد (Dowling Jr, Perlman, 1982, p. 98; 1986, pp. 510-512). برای مثال، «الف» قرارداد استخدام با «ب» منعقد می‌کند و «ج» به‌عنوان ثالث «الف» را فریب می‌دهد تا قرارداد را نقض کند. بر همین مبنا، او اقدام به نقض قرارداد می‌کند. در این مثال، باید «ب» به دلیل نقض قرارداد علیه «الف» اقامه دعوی کند و «الف» نیز از بابت تدلیس در نقض قرارداد می‌تواند به «ج» رجوع کند.

البته چنان‌که پرلمن نیز اذعان دارد، بر گسترش شبه‌جرم سنتی تدلیس، ایراد وسعت دامنه خسارت و تحمیل هزینه‌های سنگین به دلیل اقامه دعاوی چندگانه وارد است که به تبیین آن‌ها پرداخته می‌شود.

۱. وسعت دامنه خسارات: شبه‌جرم سنتی تدلیس در زمینه خسارت تمایزی میان خسارت مستقیم وارد به متعهدله و خسارت غیرمستقیم وارد به دیگر ذی‌نفعان در فرض اجرای تعهد ارائه نمی‌دهد و معیاری در مورد شرط جبران‌پذیر بودن خسارات غیرمستقیم ندارد.

برای مثال، «الف» تعهد به تدارک علوفه‌های دامی را به گروهی از دامداران در ازای مبلغ معینی می‌دهد و «ب» با ورود به قرارداد تدارک علوفه‌های دامی و ارائه پیشنهاد بیشتر، «ب» را ترغیب به نقض قرارداد منعقد می‌کند؛ چنان‌که ملاحظه می‌شود، در قرارداد اخیر می‌توان جامعه گسترده‌ای از جامعه هدف به‌عنوان ذی‌نفعان، از قبیل فروشندگان لبنیات دامی، فراورده‌های گوشتی و پروتئینی، تولیدهای چرمی و مانند این‌ها را در صورت اجرای قرارداد تصور کرد، چه‌بسا از بابت نقض قرارداد حتی به خود دامداران خساراتی از قبیل تلف دام به‌واسطه نرسیدن علوفه به آن‌ها، وارد فرایند اجرا و کارشناسی و مزایده شدن دامداری و برنده مزایده شناخته شدن بانک تسهیلات‌دهنده و تنظیم سند انتقال اجرایی آن به نام بانک در فرض اخذ تسهیلات و در رهن قرار دادن دامداری به‌عنوان توثیق برای اخذ تسهیلات بانکی از ناحیه دامداران وارد شود.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، شبه‌جرم سنتی تدلیس معیار دقیقی در زمینه تفکیک خسارت مستقیم و غیرمستقیم وارد به متعهدله و نیز خسارت غیرمستقیم وارد به دیگر ذی‌نفعان و حتی

اینکه ملاک تفکیک ذی‌نفع از غیرذی‌نفع چیست، ارائه نمی‌دهد. پس از جمله اشکال‌هایی که می‌توان به نظریه پرلمن وارد کرد، این است که در عمل چه‌بسا اشخاص مختلفی از بابت خواسته‌های متعدد علیه ثالث اقامه دعوی کنند (Perlman, 1982, p. 76-77) و دادگستری را با انبوه گسترده‌ای از دعاوی روبه‌رو سازد. بر همین پایه، از نظر تحلیل اقتصادی، ایرادهای مورد اشاره نوعی کارکرد ضد اقتصادی ایفا می‌کنند و حسب مورد، متعهد را از نقض قرارداد و ثالث را از ورود به قرارداد باز می‌دارند. در صورتی که در مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد، شرایط تحقق مسؤلیت و دامنه مسؤل شناخته شدن ثالث روشن است و به‌موجب آن، تنها ثالث می‌تواند در برابر متعهدله مسؤلیت داشته باشد.

۲. تحمیل هزینه‌های سنگین به دلیل اقامه دعاوی چندگانه: نتیجه مستقیم شبه‌جرم تدلیس این است که متعهدله علیه متعهد به دلیل نقض قرارداد اقامه دعوی کند و سپس، متعهد نیز به طرفیت ثالث طرح دعوی کند. اقامه این‌گونه دعاوی موجب می‌شود تا هزینه‌های گزاف به طرفین قرارداد و ثالث تحمیل شود و این تحمیل هزینه‌ها با کارایی پارتویی تعارض دارد. با وجود این، با پیش‌بینی نهاد حقوقی مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث، متعهدله می‌تواند مستقیماً به ثالث رجوع کند (Varadarajan, 2001, p. 748).

۲.۳. نظریه مک‌چسنی (Mc Chesney)

نظریه مک‌چسنی در خصوص ارتباط مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد با نظام ضمانت اجرای قراردادی از جمله الزام به انجام عین تعهد و پرداخت خسارت مبتنی بر چند فرض است.

اول اینکه، شبه‌جرم اغوا^۱ مربوط به جایی است که نظام ضمانت اجرای قراردادی جبران‌کننده کامل خسارات متعهدله باشد و قاعده نقض قرارداد و پرداخت خسارات متناسب با رابطه طرفین قرارداد است که منجر به کاهش هزینه معاملات می‌شود و نمی‌تواند کارایی لازم را بین سه طرف - متعهد، متعهدله و ثالث - داشته باشد.

دوم اینکه، عدم پذیرش مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد در رابطه سه طرف -

متعهد، متعهدله و ثالث - پذیرفته نیست؛ زیرا متعهد انگیزه‌ای در نقض قرارداد نخواهد داشت مگر اینکه ثالث قیمت بیشتری در مقایسه با قیمت متعهدله پیشنهاد دهد که لازمه آن، مذاکره میان متعهد و ثالث پیش از نقض قرارداد است.

سوم اینکه، پیش‌فرض نظریه نقض کارآمد قرارداد این است که خسارت وارد به متعهدله به‌طور خودکار و بدون نیاز به مذاکره با متعهدله و به صرف اراده متعهد قابل جبران است^۱ و می‌توان به راحتی رضایت متعهدله را تحصیل کرد، اشکال دارد؛ زیرا تحصیل رضایت متعهدله منوط به مذاکره پس از نقض میان متعهد و متعهدله است که این موضوع بر هزینه‌های معاملات می‌افزاید و هزینه‌های گزافی را به متعهد تحمیل می‌کند.

بنابراین، پیش‌بینی مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد منجر به کاهش مذاکرات چندباره (مرتب‌ه نخست، میان ثالث و متعهد پیش از نقض قرارداد و مرتبه دوم، میان متعهد و متعهدله پس از نقض قرارداد) به مذاکره واحد می‌شود. در واقع، به باور مک‌چسنی باید مذاکره مستقیم میان ثالث و متعهدله صورت گیرد (Mc Chesney, 1996, p. 150-152) و از این طریق، می‌توان میان مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد و انجام عین تعهد سازگاری ایجاد کرد.

با وجود این، ایرادهای گوناگونی به نظریه مک‌چسنی وارد به نظر می‌رسد که در زیر به آن‌ها اشاره می‌شود.

۱. ایراد قابلیت واگذاری^۲ حقوق به دیگری: شرط توجیه مذاکره مستقیم میان ثالث و متعهدله این است که حقوق قراردادی متعهدله قابلیت واگذاری به دیگری داشته باشد تا ثالث بتواند با متعهدله پیش از نقض وارد مذاکره شود در حالی که بسیاری از حقوق قراردادی، به‌ویژه حقوقی که انجام آن‌ها قائم به تخصص متعهد است و شخص متعهد در فرایند اجرای تعهد نقش قابل توجه و اساسی دارد، قابلیت واگذاری به دیگری ندارند و در عمل، ثالث پس از توافق با متعهدله و مذاکره موفق با او، ناچار به اقامه دعوی علیه متعهد با خواسته اجرای عین تعهد می‌شود (Varadarajan, 2001, p. 751).

1. Automatic and Voluntary Compensation
2. Assignability

به‌طور کلی، نظریه مک‌چسنی مبنی بر کاهش مذاکرات چندباره به مذاکره واحد - که هدف آن کاستن از هزینه‌های معاملات است - شایان دفاع نیست؛ زیرا در عمل به‌جای مرحله مذاکره میان متعهد و ثالث پیش از نقض، مرحله اقامه دعوی علیه متعهد بعد از واگذاری حقوق از سوی ثالث (و مذاکره موفق میان ثالث و متعهدله) افزوده می‌شود که هزینه‌های سنگینی به ثالث تحمیل می‌کند.

۲. تعارض با کارایی پارتویی: چنان‌که ملاحظه شد، از نتیجه‌های نظریه مک‌چسنی مبنی بر مذاکره مستقیم میان ثالث و متعهدله، تحمیل دو هزینه به ثالث - هزینه‌های مذاکره پیشینی^۱ پیش از نقض قرارداد با متعهدله و هزینه‌های پسینی اقامه دعوی^۲ انجام عین تعهد علیه متعهد - است. پس این‌گونه هزینه‌ها موجب افزایش هزینه معاملات می‌شود و با کارایی پارتویی (افزودن بر ثروت یک طرف قرارداد بدون اینکه طرف دیگر متضرر شود) و تخصیص کارای منابع و افزایش رفاه اجتماعی تعارض دارد.

۳.۳. نظریه بیویر (BeVier)

به استناد این نظریه، باید منابع در اختیار اشخاصی قرار گیرد که بیشترین ارزش را برای آن قائل‌اند و پیش‌بینی مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد موجب تخصیص کارای منابع و افزایش رفاه اجتماعی می‌شود. بنابراین، برای مسؤلیت مدنی مداخله‌گر در نقض قرارداد و الزام به انجام عین تعهد باید میان قراردادهای ساده و پیچیده تفاوت گذاشت.

۱. منظور از قراردادهای ساده، قراردادهایی است که به راحتی می‌توان مشابه کالاها یا خدمات موضوع تعهد را در بازار تهیه کرد و در آن‌ها، ترجیح پرداخت خسارت بر انجام عین تعهد منطقی به نظر می‌رسد. در این‌گونه قراردادهای، اولویت با مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد است و انجام عین تعهد، توجیه اقتصادی ندارد؛ زیرا در نتیجه مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد، از سویی متعهد با اجرای تعهد برای ثالث سود بیشتری عایدش می‌شود و از محل قیمت پیشنهادی ثالث خسارت متعهدله را نیز جبران می‌کند و از سوی دیگر، ثالث به کالاها یا خدمات مطلوب خودش می‌رسد.

1. Ex Ante Negotiation Costs
2. EX Post Litigation Costs

۲. این قراردادهای پیچیده که به راحتی نمی‌توان مشابه کالاها یا خدمات موضوع تعهد را از بازار تهیه کرد، به قراردادهای اطلاعات و رابطه‌محور^۱ تقسیم می‌شود.

منظور از قراردادهای اطلاعات‌محور، قراردادهایی است که متعهدله پیش از ورود به قرارداد، اطلاعات خاص ارزشمندی به وجود آورده است که به آن «اطلاعات قراردادی خاص»^۲ می‌گویند. این اطلاعات مبنای اساسی انعقاد قرارداد شمرده می‌شود. برای مثال، شرکت «الف» در راستای کنترل بخشی از شرکت «ب» و تعیین شرایط ضمن خرید سهام آن، اطلاعات بی‌بدیلی در خصوص آن شرکت مانند ارزش دارایی و معاملات سهامش ایجاد کرده است (BeVier, 1990, p. 899). در مثال یادشده، چنانچه شرکت «ب» به واسطه مداخله ثالث در قرارداد انتقال سهام، آن را نقض کند، اولویت با اجرای عین تعهد است و نوبت به مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد و پرداخت خسارت نمی‌رسد (BeVier, 1990, pp. 916-917)؛ زیرا اجرای مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث موجب می‌شود تا او با ترغیب شرکت «ب» از اطلاعات خاص ایجاد شرکت «الف» بدون پرداخت هزینه‌ای، استفاده کند که در اصطلاح اقتصادی به آن «بهره‌وری بدون هزینه»^۳ گفته می‌شود و این‌گونه بهره‌وری‌ها پذیرفته نیست.

با وجود این، در قراردادهای رابطه‌محور یا مبتنی بر رابطه نمایندگی مانند وکالت و قراردادهای استخدام که از قراردادهای مبتنی بر روابط مدت‌دار - و نه حقوق و تعهدات مستقل - هستند، به دلیل دشواری تعیین انجام عین تعهد در آن‌ها، مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد کارایی دارد؛ البته به منظور جلوگیری از فرصت‌گرایی و بهره‌وری بدون هزینه ثالث، باید مذاکره میان او و متعهدله انجام شود (BeVier, 1990, pp. 909-910).

البته در مقام ارزیابی نظریه بیویر می‌توان گفت نکته قابل ملاحظه آن، تلقی ارتباط مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد با نظام ضمانت اجرای قراردادی از جمله الزام به انجام عین تعهد و پوشش دادن خلأهای آن نظام است (موضوع قراردادمحور).

با این وصف، اشکالی که می‌توان به نظریه یادشده گرفت، این است که در قراردادهای اطلاعات‌محور نیز می‌توان فرصت‌گرایی و بهره‌وری بدون هزینه ثالث را با توسل به سازوکار

1. Informational and Relational Contracts
2. Contract - Specific Information
3. Free-Rider

پیش‌بینی مذاکره میان او و متعهدله از بین برد تا در این‌گونه قراردادها نیز منابع در اختیار اشخاصی قرار گیرد که بیشترین ارزش را برای آن قائل‌اند؛ زیرا مبنای تلاش نویسندگان برای سازگاری میان مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد و الزام به انجام عین تعهد، دست یافتن به کارایی پارتویی است و در قراردادهای اطلاعات‌محور نیز با مذاکره میان ثالث و متعهدله این کارایی به دست می‌آید.

۴.۳. نظریه برگزیده در حقوق ایران

برخلاف نظریه مشهور استادان تحلیل اقتصادی آمریکایی، در حقوق ایران به‌منظور سازگاری میان پیامدهای ناشی از مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد و الزام به انجام عین تعهد، تغییر نظام ضمانت اجرای قراردادی در خصوص الزام به انجام عین تعهد، فسخ قرارداد و پرداخت خسارت ضروری به نظر می‌رسد. بنابراین، چنانچه قانون‌گذار ایرانی در مقام توجیه‌پذیری نظام ضمانت اجرای با تحلیل اقتصادی حقوق باشد تا زمینه بروز نقض کارآمد قراردادها و مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد فراهم شود، باید در عرض انجام عین تعهد، امکان فسخ قرارداد و پرداخت خسارت بسته به انتخاب متعهد را نیز پیش‌بینی کند؛ زیرا تا وقتی که در حقوق ایران، تقدم با انجام عین تعهد در قراردادها باشد و متعهدله بتواند الزام او به انجام عین تعهد را از دادگاه بخواهد، ثالث انگیزه‌ای در ورود به قرارداد و نیز متعهد در نقض آن نخواهد داشت.

افزون‌براین، از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، پیش‌بینی نهاد حقوقی مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد به معنای مرسوم در حقوق آمریکا در نظام حقوقی ایران ضروری می‌نماید؛ البته پس از اصلاح نظام ضمانت اجرای قراردادی (امکان فسخ قرارداد و پرداخت خسارات در عرض انجام عین تعهد بسته به انتخاب متعهد)، نوبت به بررسی سازگاری مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد و الزام به انجام عین تعهد می‌رسد.

در قراردادهای مربوط به حقوق مصرف‌کنندگان، حمایت از آنها ایجاب می‌کند که الزام به انجام عین تعهد بر مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث تقدم داشته باشد. باوجوداین، در قراردادهای تجارتي که موضوع آنها اموال است و در قراردادهای انتقال کالاهای موجود که عین کلی یا کلی

در معین هستند^۱، تقدم مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قراردادها بر الزام به انجام عین تعهد کارایی بیشتری دارد.

البته در قراردادهای ساخت و سفارش کالاها و عرضه خدمات باید میان دو حالت تفاوت گذاشت.

۱. مشابه کالاها و خدمات مورد سفارش در بازار به سهولت قابل تهیه است. در این حالت، مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قراردادها کارا تر است و منجر به تخصیص کارایی منابع و در نهایت، کارایی پارتویی می‌شود و به تعبیر حقوق اقتصادی، نقض کارآمد است؛ زیرا متعهد با دریافت قیمت پیشنهادی، هم خسارت وارد به متعهدله را جبران می‌کند و هم سود بیشتر در مقایسه با اجرای قرارداد اولیه عایدش می‌شود و ثالث نیز به مطلوب خودش می‌رسد.
۲. مشابه کالاها و خدمات مورد سفارش در بازار به راحتی قابل تهیه نیست. در این حالت، کارایی با تقدم الزام به انجام عین تعهد است؛ زیرا تقدم مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد موجب می‌شود تا بهتر شدن وضعیت متعهد با بدتر شدن وضعیت متعهدله همراه باشد و اساساً با کارایی پارتویی تعارض دارد و این‌گونه نقض‌ها فرصت‌گرایانه شمرده می‌شوند.

نتیجه‌گیری

از نگاه تحلیل اقتصادی حقوق، باید منابع به دلیل کمیابی آن‌ها در اختیار اشخاصی قرار گیرد که بیشترین بها را به منابع می‌دهند. بررسی مسئولیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد در حقوق آمریکا نشان می‌دهد که این مسئولیت می‌تواند نقش اساسی در تخصیص کارایی منابع و در نهایت، کارایی پارتویی داشته باشد؛ زیرا دلیل دخالت ثالث در قرارداد دیگران این است که او ارزش بیشتر از متعهدله برای موضوع تعهد قائل است و به همین دلیل، قیمت پیشنهادی او بیشتر از قیمت متعهدله است و در صورت فرض نقض قرارداد، متعهد از محل مبلغ دریافتی هم خسارت وارد به متعهدله را جبران می‌کند و هم سود بیشتری به دست می‌آورد. در حقوق آمریکا در تعارض میان

۱. در حقوق ایران، چنانچه مبیع عین معین باشد، به محض انعقاد قرارداد، مبیع به خریدار انتقال می‌یابد و در آن، الزام به انجام عین تعهد قابل بحث نیست. به همین دلیل، قراردادهای انتقال کالاهای موجود به عین کلی یا کلی در معین اختصاص یافته است.

مسئولیت مدنی مداخله‌گر در نقض قرارداد و الزام به انجام عین تعهد، اصولاً تقدم با مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد است مگر اینکه متعهدله نتواند به راحتی کالا یا خدمات موضوع تعهد را در بازار تهیه کند یا نتیجه مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد، بهره‌وری بدون هزینه و فرصت‌گرایی ثالث در نقض قرارداد باشد.

با وجود این، در حقوق ایران در ابتدا تغییر نظام ضمانت اجرای قراردادی در زمینه الزام به انجام عین تعهد و فسخ قرارداد ضروری است و سپس، قانون‌گذار با پیش‌بینی مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد، بر حسب جنبه قراردادها (تجارتی یا عادی یا مصرفی) و موضوع آنها (انتقال کالاهای موجود یا سفارش و ساخت کالاها یا عرصه خدمات) به شرح زیر قائل به تقدم مسؤلیت مدنی مداخله‌گر در نقض قرارداد یا الزام به انجام عین تعهد شود.

در قراردادهای مربوط به مصرف‌کنندگان، لزوم حمایت از آنها به عنوان طرف ضعیف قراردادها، ایجاب می‌کند که تقدم با الزام به انجام عین تعهد باشد. با وجود این، در قراردادهای تجارتي یا عادی به عنوان قاعده کلی، تقدم با مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد است مگر اینکه کالاهای مورد تعهد به سهولت در بازار قابل تهیه نباشد یا اینکه تخصص متعهد نقش اساسی در انعقاد قرارداد سفارش و ساخت کالاها یا عرضه خدمات داشته باشد و نقض قرارداد به واسطه مداخله ثالث جنبه فرصت‌گرایی داشته باشد.

منابع

- ۱) انصاری، مهدی (۱۳۹۳). تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها. چاپ ۲، تهران: جنگل.
- ۲) شهیدی، مهدی (۱۳۹۳). حقوق مدنی؛ آثار قراردادها و تعهدات (جلد ۳). چاپ ۶، تهران: مجد.
- ۳) شیرخانی، پوریا؛ موحدی‌فرد، محمد و قبولی درافشان، محمد مهدی (۱۳۹۴). مسئولیت مدنی ناشی از همکاری ثالث در نقض تعهدات قراردادی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، بلژیک و ایران با رویکرد فقهی. پژوهشنامه حقوق اسلامی، پیاپی ۴۲، صص. ۴۷-۶۸. doi: 10.30497/law.2016.1821
- ۴) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها (جلد ۳). چاپ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۵) وجدانی فخر، قدرت‌الله (۱۴۲۶ق). الجواهر الفخریة فی شرح الروضة البهیة (جلد ۶). چاپ ۲، تهران: سمای قلم.
- 6) Arbel, Y. A. (2015). Contract remedies in action: Specific performance. West Virginia Law Review, 118.
- 7) BeVier, L. R. (1990). Reconsidering inducement. Virginia Law Review, 76(5), August.
- 8) Dowling Jr, D. (1986). A contract theory for a complex tort: Limiting interference with contract beyond the unlawful means test. University of Miami Law Review, 40.
- 9) Eisenberg, M. A. (2005). Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law. California Law Review, 93.
- 10) Kronman, A. T. (1978). Specific performance. The University of Chicago Law Review, 45.
- 11) McChesney, F. S. (1999). Tortious interference with contract versus "efficient" breach: Theory and empirical evidence. Journal of Legal Studies, University of Chicago, 28.
- 12) Perillo, J. M. (2000). Misreading Oliver Wendell Holmes on efficient breach and tortious interference. Fordham Law Review, 68.
- 13) Perlman, H. S. (1982). Interference with contract and other economic expectancies: A clash of tort and contract doctrine. The University of Chicago Law Review, 49.
- 14) Schwartz, A. (1979). The case for specific performance. Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series.
- 15) Schwartz, A. (1990). The myth that promisees prefer supra-compensatory remedies: An analysis of contracting for damage measure. The Yale Law Journal, 100.
- 16) Varadarajan, D. (2001). Tortious interference and the law of contract: The case for specific performance revisited. The Yale University of Law, 111. New York.
- 17) Woodward Jr, W. J. (1996). Contractarians, community, and the tort of

interference with contract. *Minnesota Law Review*, 80.

18) Zerbe Jr, R. O. (2001). *Economic efficiency in law and economics*. Edward Elgar. Great Britain.

References

- 1) Anṣārī, Maḥdī (1393 SH/2014). Taḥlīl-i Iqtisādī-yi Ḥuqūq-i Qarārdādḥā [Economic Analysis of Contract Law]. Chāp 2, Tehran: Jangal [in Persian].
- 2) Arbel, Y. A. (2015). Contract remedies in action: Specific performance. *West Virginia Law Review*, 118.
- 3) BeVier, L. R. (1990). Reconsidering inducement. *Virginia Law Review*, 76(5), August.
- 4) Dowling Jr, D. (1986). A contract theory for a complex tort: Limiting interference with contract beyond the unlawful means test. *University of Miami Law Review*, 40.
- 5) Eisenberg, M. A. (2005). Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law. *California Law Review*, 93.
- 6) Kātūzīyān, Nāṣir (1380 SH/2001). Ḥuqūq-i Madanī; Qavā'id-i 'Umūmī-yi Qarārdādḥā (Vol. 3) [Civil Law; General Principles of Contracts]. Chāp 3, Tehran: Shirkat-i Sahāmī-yi Intishār [in Persian].
- 7) Kronman, A. T. (1978). Specific performance. *The University of Chicago Law Review*, 45.
- 8) McChesney, F. S. (1999). Tortious interference with contract versus "efficient" breach: Theory and empirical evidence. *Journal of Legal Studies*, University of Chicago, 28.
- 9) Perillo, J. M. (2000). Misreading Oliver Wendell Holmes on efficient breach and tortious interference. *Fordham Law Review*, 68.
- 10) Perlman, H. S. (1982). Interference with contract and other economic expectancies: A clash of tort and contract doctrine. *The University of Chicago Law Review*, 49.
- 11) Schwartz, A. (1979). The case for specific performance. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Faculty Scholarship Series.
- 12) Schwartz, A. (1990). The myth that promisees prefer supracompensatory remedies: An analysis of contracting for damage measure. *The Yale Law Journal*, 100.
- 13) Shahīdī, Maḥdī (1393 SH/2014). Ḥuqūq-i Madanī; Āthār-i Qarārdādḥā va Ta'ahhūdāt (Vol. 3) [Civil Law; Effects of Contracts and Obligations]. Chāp 6, Tehran: Majd [in Persian].
- 14) Shīrkhānī, Pūryā; Mūḥādī-Fard, Muḥammad; Qabūli Dorrāfshān, Muḥammad-Maḥdī (1394 SH/2015). Mas'ūliyat-i Madanī Nāshī az Hamkāri-i Ṣālis dar Naqz-i Ta'ahhūdāt-i Qarārdādī; Mutāla'a-yi Taṭbīqī dar Ḥuqūq-i Farānsa, Bālzḥik va Īrān bā Rūykard-i Fiqhī [The Civil Liability of Third-party Cooperation in Breach of Contractual Obligations (A Comparative Study in Legal Systems of France, Belgium and Iran with Regard to Imāmyyah Jurisprudence)]. *Pazūhishnāma-ye Ḥuqūq-i Islāmī* [Journal of Islamic Law Research], No. 42, pp. 47-68. doi: 10.30497/law.2016.1821 [in Persian].
- 15) Varadarajan, D. (2001). Tortious interference and the law of contract: The case for specific performance revisited. *The Yale University of Law*, 111. New York.

- 16) Wijdānī Fakhr, Qudrat-Allāh (1426 AH/2005). Al-Jawāhir al-Fakhrīyah fi Sharḥ al-Rawḍah al-Bahīyah (Vol. 6). Chāp 2, Tehran: Samā-yi Qalam [in Arabic].
- 17) Woodward Jr, W. J. (1996). Contractarians, community, and the tort of interference with contract. *Minnesota Law Review*, 80.
- 18) Zerbe Jr, R. O. (2001). *Economic efficiency in law and economics*. Edward Elgar. Great Britain.

فهرست مقالات

- ۷۴۳ مقاله پژوهشی | همراهی، سکوت یا مدارای شارع با سیره‌های عقلا | مقاله پژوهشی
• مهدی منتظر قائم
- ۷۸۳ مقاله پژوهشی | پیوندزنی حقوقی به جهان اسلام؛ مطالعه موردی قانون مدنی عراق با تکیه بر رویکردهای حقوقی
السنهوری [به زبان انگلیسی] | مقاله پژوهشی
• عمار کریم کاظم الفتلاوی و قاسم هیال رسن العبیدی
- ۸۱۱ مقاله پژوهشی | تلاقی قانون الهی و نظام‌های حقوقی مدرن؛ ارائه دیدگاهی نوین از حقوق اسلام برای دستیابی به
توازن میان عدالت و انصاف [به زبان انگلیسی] | مقاله پژوهشی
• اشتیاق احمد، تسنیم حسن سارا و ام‌تریتا حسین الما
- ۸۳۷ مقاله پژوهشی | کاوشی نو در گستره مفهومی قاعده «نفی غرر» و انطباق‌سنجی خرید و فروش «ارزهای رمزیابه» با
آن | مقاله پژوهشی
• جواد سلطانی فرد و احمد محمدی
- ۸۸۳ مقاله پژوهشی | اعتبارسنجی اعمال قضایی حاکم اسلامی؛ مطالعه تطبیقی «کتابت حاکم بر قاضی» در فقه امامیه و
عامه | مقاله پژوهشی
• سیدمهدی میرداداشی، سیامک قیاسی و علی کشاورز
- ۹۱۷ مقاله پژوهشی | تحلیل کارآمدی شیوه‌های جبران خسارت از منظر تحلیل اقتصادی حقوق | مقاله پژوهشی
• رضا دریائی، جمال نیک‌کار و فرشید خسروی
- ۹۴۹ مقاله مروری | مالکیت آفریده‌های هوش مصنوعی؛ مروری بر چالش نوین حقوق مالکیت فکری در عصر فناوری |
مقاله مروری
• احمد فدوی و محسن لعل‌علیزاده
- ۹۷۷ مقاله مروری | تحلیل اقتصادی تعامل مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد و انجام عین تعهد؛ مطالعه
تطبیقی در حقوق آمریکا و ایران | مقاله مروری
• حسن علی‌پور و احد شاهی دامن‌جانی

باسمه تعالی

پژوهش نامه حقوق اسلامی



فصلنامه علمی «پژوهش نامه حقوق اسلامی»

دوران دوره بیست و پنجم | سال ۱۴۰۳

به ترتیب حروف الفبا

نام خانوادگی	نام	وابستگی سازمانی
آقای طوق	مسلم	دانش آموخته دکتری تخصصی
احسانی فر	احمد	عضو هیأت علمی پژوهشگاه قوه قضائیه
احمدی	محمدحسین	دانش آموخته دکتری تخصصی
احمدی ابهری	سید محمدعلی	دانش آموخته دکتری تخصصی
احمدی فر	رسول	عضو هیأت علمی دانشگاه ملایر
استوارسنگری	کوروش	عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی
اصغری شورستانی	محمدرضا	عضو هیأت علمی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
افشاری	فاطمه	عضو هیأت علمی پژوهشگاه قوه قضائیه
اکبری	محمود	عضو هیأت علمی دانشگاه آیت الله العظمی بروجردی
برزگر خسروی	محمد	عضو هیأت علمی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی
بهرامی	احسان	دانش آموخته دکتری تخصصی
بهره‌مند	حمید	عضو هیأت علمی دانشگاه تهران
بیگدلی	عطاءالله	عضو هیأت علمی دانشگاه جامع امام حسین علیه السلام
بیگدلی	سعید	عضو هیأت علمی دانشگاه زنجان
بیگی	محمدحسن	عضو هیأت علمی دانشگاه اراک
پتفت	آرین	عضو هیأت علمی دانشگاه علوم پزشکی شهید بهشتی
پور امینی	محمدحسین	دانش آموخته دکتری تخصصی
پور عبدالله	کبری	عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه السلام
پیری	مهدی	عضو هیأت علمی دانشگاه تهران
پیوندی	غلامرضا	عضو هیأت علمی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

نام خانوادگی	نام	وابستگی سازمانی
۲۱	توحیدی	احمد رضا
۲۲	توکل پور	محمد هادی
۲۳	جاویدی	مجتبی
۲۴	جعفری	امین
۲۵	جعفری خسروآبادی	نصرالله
۲۶	جهان بین	فرزاد
۲۷	جواهر کلام	محمد هادی
۲۸	حاجی ده آبادی	محمد علی
۲۹	حاجی ده آبادی	احمد
۳۰	حاجی علی خمسه	مرتضی
۳۱	حبیب زاده	ظاهر
۳۲	حبیب نژاد	سید احمد
۳۳	حسن زاده	مهدی
۳۴	حسینی	سید امراله
۳۵	حیاتی	علی عباس
۳۶	خدارحمی	نسربین
۳۷	خسروشاهی	قدرت الله
۳۸	خسروی	احمد
۳۹	خلف رضایی	حسین
۴۰	داوری	محسن
۴۱	راجی	سید محمد هادی
۴۲	ربیع زاده	علی
۴۳	رستمی غازی	امید
۴۴	روانپخش	مسلم
۴۵	زرکلام	ستار
۴۶	ساعتچی	علی
۴۷	سرمدی	پگاه

نام خانوادگی	نام	وابستگی سازمانی
۴۸	سلطانی	عضو هیأت علمی دانشگاه تهران
۴۹	سیاه‌بیدی کرمانشاهی	دانش‌آموخته دکتری تخصصی
۵۰	شاه‌سنایی	عضو هیأت علمی مجتمع آموزش عالی شهید محلاتی
۵۱	شاهنوش فروشانی	عضو هیأت علمی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
۵۲	شریف‌زاد	دانش‌آموخته دکتری تخصصی
۵۳	شمشیری	عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی
۵۴	شهابی	عضو هیأت علمی دانشگاه اصفهان
۵۵	صابری تولایی	عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
۵۶	طحان‌نظیف	عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
۵۷	عابدینی	عضو هیأت علمی دانشگاه مبین
۵۸	عالی‌پناه	عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی
۵۹	عظیم‌زاده اردبیلی	عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
۶۰	عمرانی	عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
۶۱	غمامی	عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
۶۲	فاضلی‌نژاد	دانش‌آموخته دکتری تخصصی
۶۳	فراهانی	دانش‌آموخته دکتری تخصصی
۶۴	فراهانی‌فرد	عضو هیأت علمی دانشگاه قم
۶۵	فقیه‌لاریجانی	عضو هیأت علمی دانشگاه مازندران
۶۶	فلاح‌زاده	عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبائی
۶۷	قانع	عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
۶۸	قبولی‌درافشان	عضو هیأت علمی دانشگاه فردوسی مشهد
۶۹	قدیر	عضو هیأت علمی دانشگاه قم
۷۰	کاظمی	دانش‌آموخته دکتری تخصصی
۷۱	کوشکی	عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبائی
۷۲	کوهی اصفهانی	عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
۷۳	مبین	عضو هیأت علمی دانشگاه شیراز
۷۴	محسنیان	دانش‌آموخته دکتری تخصصی

نام خانوادگی	نام	وابستگی سازمانی
۷۵	مریم‌السادات	عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
۷۶	غلامرضا	عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی
۷۷	احمد	دانش‌آموخته دکتری تخصصی
۷۸	خدیجه	عضو هیأت علمی دانشگاه رازی
۷۹	حمید	عضو هیأت علمی دانشگاه سمنان
۸۰	مصطفی	عضو هیأت علمی دانشگاه شاهد
۸۱	علیرضا	عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی
۸۲	امیرمسعود	دانش‌آموخته دکتری تخصصی
۸۳	مصطفی	عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی
۸۴	سیدمحمدحسن	عضو هیأت علمی دانشگاه شهید چمران اهواز
۸۵	مصطفی	عضو هیأت علمی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
۸۶	مریم	دانش‌آموخته دکتری تخصصی
۸۷	اصغرآقا	عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
۸۸	ابراهیم	عضو هیأت علمی دانشگاه تهران
۸۹	آیت	عضو هیأت علمی دانشگاه تبریز
۹۰	عباس	عضو هیأت علمی دانشگاه تهران
۹۱	مرتضی	عضو هیأت علمی دانشگاه مازندران
۹۲	مصطفی	عضو هیأت علمی دانشگاه شهید مطهری
۹۳	محمدجعفر	دانش‌آموخته دکتری تخصصی
۹۴	مهدی	دانش‌آموخته دکتری تخصصی
۹۵	سید محمود	عضو هیأت علمی دانشگاه تهران
۹۶	حسین	عضو هیأت علمی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

• 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 ۲۵۶ صفحه	

بهاء: ۱,۷۵۰,۰۰۰ ریال



پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۶۶

سال بیست و پنجم • شماره چهارم • پیاپی ۶۶

زمستان 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 | انگلستان

طارق جمعه السید راشد | دانشیار | حقوق مالکیت فکری | دانشگاه قطر | قطر

ژرژ کاولیه | دانشیار | حقوق تطبیقی | دانشگاه لیون «۳» | فرانسه

حمیدرضا یونسی | استادیار | حقوق تجارت بین‌الملل | دانشگاه یورک | انگلستان

اعتبار نشریه • واجد اعتبار «نشریه علمی»

آغاز انتشار • زمستان ۱۳۷۹

مجموع شماره ۳/۱۹۶۱۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۰۹/۲۲

مجموع شماره ۱۷۲۶۰ مورخ ۱۳۷۹/۰۹/۰۷

وزارت علوم، تحقیقات و فناوری

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

پژوهش‌ها در حقوق اسلامی

سال بیست و پنجم | شماره چهارم | پایانی ۶۶ | زمستان ۱۴۰۳

ع ع

- همراهی، سکوت یا مدارای شارع با سیره‌های عقلا
مهدی منتظر قائم
- پیوندزنی حقوقی به جهان اسلام؛
مطالعه موردی قانون مدنی عراق با تکیه بر رویکردهای حقوقی السنهوری
عمار کریم کاظم الفتلاوی | قاسم هیال رسن العبیدی
- تلاقی قانون الهی و نظام‌های حقوقی مدرن؛
ارائه دیدگاهی نوین از حقوق اسلام برای دستیابی به توازن میان عدالت و انصاف
اشتیاق احمد | تسنیم حسن سارا | امترینا حسین الما
- کاوشی نو در گستره مفهومی قاعده «نفی غرر»
و انطباق سنجی خرید و فروش «ارزهای رمزیاب» با آن
جواد سلطانی فرد | احمد محمدی
- اعتبار سنجی اعمال قضایی حاکم اسلامی؛
مطالعه تطبیقی «کتابت حاکم بر قاضی» در فقه امامیه و عامه
سیدمهدی میرداداشی | سیامک قیاسی | علی کشاورز
- تحلیل کارآمدی شیوه‌های جبران خسارت از منظر تحلیل اقتصادی حقوق
رضا دریائی | جمال نیک‌کار | فرشید خسروی
- مالکیت آفریده‌های هوش مصنوعی؛
مروری بر چالش نوین حقوق مالکیت فکری در عصر فناوری
احمد فدوی | محسن لعل علیزاده
- تحلیل اقتصادی تعامل مسؤلیت مدنی مداخله‌گر ثالث در نقض قرارداد
و انجام عین تعهد؛ مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا و ایران
حسن علی‌پور | احد شاهی دامن‌جانی

شاپا الکترونیکی | ۶۶۷۳ - ۲۵۸۸

شاپا چاپی | ۹۸۵۸ - ۲۲۵۱



DOAJ

ISC

HEINONLINE