

روش‌شناسایی مصداق بنای عقلا^۱

علمی-مروری

سجاد شهباز قهفرخی*

چکیده

بنای عقلا، رفتار یا ذهنیتی عام است که در شرایط و احوال یکسان توسط عقلای عالم صرف‌نظر از آیین و مسلک فکری ایشان، مورد عمل قرار گرفته است. مفهومی که در دو سده اخیر در بین دانشمندان علم اصول فقه جایگاه ویژه‌ای یافته و در مورد حجیت و اقسام آن گفتگوها فراوان است. در بین فقهای طراز اول اختلاف‌نظرهایی در مورد شناسایی مصداق بنای عقلا مشاهده می‌شود. شناخت مصادیق این مفهوم را باید سهل‌ممتنع دانست. این مقاله در پی این است که روش‌هایی که ممکن است به عنوان روش‌شناسایی مصداق بنای عقلا مطرح شوند را معرفی و ارزیابی نماید. روش‌های مختلفی همچون رجوع به قوانین کشورهای دیگر، رجوع به قوانین نمونه و یکنواخت، اصول کلی حقوق و نظر نمایندگان مجلس در این مقاله مورد ارزیابی قرار گرفته‌اند. رد یا تایید کامل هر یک از این روش‌ها اشتباه بوده و می‌توان از برآیند تمامی این روش‌ها به عنوان راهکاری برای شناسایی مصادیق بنای عقلا استفاده نمود.

کلید واژه‌ها: بنای عقلا، مصداق شناسی، حکم شرعی، اصول کلی حقوقی، قوانین یکنواخت.

۱- تاریخ وصول: (۱۴۰۱/۰۷/۰۳) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۱/۱۱/۳۰)
* استادیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد، ایران (نویسنده مسؤول)
sajjadshahbaz@sku.ac.ir

۱- مقدمه

بنای عقلا یکی از ادله لیبی است که در دو سده اخیر در بین فقها کاربرد بیشتری یافته است. گفتگوها در مورد مفهوم بنای عقلا و حجیت آن در کتب متعدد و مقالات مختلفی مورد بحث قرار گرفته است؛ اما در مراجعه به آرا و نظرات فقهی طراز اول مشاهده می‌شود که در موارد متعددی در شناسایی مصداق بنای عقلا بین ایشان اختلاف نظر وجود دارد. از آنجایی که ممکن است هر شخصی با تکیه بر ارتکازات شخصی خویش، امری را به عنوان مصداق بنای عقلا مطرح نماید و استدلال خود را سامان دهد، ضرورت دارد تا با طرح بحث و مسئله، حساسیت پژوهشگران را برانگیخت. یافتن روشی برای شناخت مصداق بنای عقلا موضوعی است که تاکنون به صورت مستقل مطرح نشده است و این مقاله می‌تواند سرآغازی بر این موضوع باشد.

در این مقاله ابتدا با تبیین مراد از بنای عقلا و ارائه تعریف از آن، اقسام بنای عقلا بررسی شده است. در ادامه به برخی اختلافات فقهی طراز اول در شناسایی بنای عقلا به عنوان نمونه اشاره گردیده است. در پایان روش‌های قابل طرح به عنوان روش شناسایی مصداق بنای عقلا مورد تحلیل قرار گرفته است. نظر به گستردگی علم فقه و وجود ملاحظات مختلف در نحوه استناد به بنای عقلا در استکشاف حکم شرعی، در این مقاله به صورت خاص، مثال‌ها، از حوزه حقوق قراردادهای به عنوان فرد اجلی احکام امضایی طرح شده‌اند. مولف تاکید دارد که ممکن است برخی روش‌های ارائه شده در این مقاله به منظور شناسایی مصادیق بنای عقلا در سایر حوزه‌های احکام نظیر عبادات یا جزایات کاربرد نداشته باشد.

۲- مفهوم و قلمروی بنای عقلا

۲-۱- مفهوم بنای عقلا

«بنای عقلا» از ترکیب دو واژه «بِنَاء» و «عقلاء» ساخته شده است. بِنَاء کلمه‌ای عربی از ریشه‌ی «بَنی» بوده که دارای معانی مختلفی است (نک: ابن‌منظور، ۱۴/ ۸۹ تا ۹۷) و عرب از آن حیث که ساختمان در یک مکان مستقر بوده و جابجایی آن بسیار سخت است آن را «بِنَاء» می‌گوید. (زبیدی، ۲۲۲/۱۹) در فارسی نیز معنایی مشابه داشته و در معنای «بنیاد، اساس، قرار، برقراری» (معین، ۵۸۰/۱) آمده است. مراد از بناء در ترکیب «بناء عقلا» روش مستمر و رفتار عینی و عملی است که ممکن است به صورت‌های مختلفی ظهور و بروز پیدا نماید. «عقلا» جمع «عقل» در معنای اسم فاعل است و از ماده «عقل» گرفته شده است. از این رو مراد از «عقلا» افرادی است که قوه درک و تمییز دارند و از نعمت عقل برخوردارند.

نظر به اینکه مفهوم بنای عقلا به تدریج وارد ادبیات فقه و اصول شده و قرارداد وضعی در مورد آن

صورت نگرفته است (شیرازی، ۱۳۹۶: ۳۲) و فقها و اصولیین متقدم نیز تعریفی از آن به دست نداده‌اند، ارائه تعریف کامل و مقبول همگان، امر دشواری است. تعریف مجتهد تبریزی از بنای عقلا قابل بررسی است: «الاتفاق علی امر من جهة عقول المتفقین». (تبریزی، ۱۳۶۹: ۴۷۶)^۱ مفهوم استمرار و عمل در عبارت «بناء» نهفته است. عنصر «عمل و سلوک و یا رفتار یکسان مردمان» را باید جنس این تعریف شمرد.^۲ بدین معنا که گاه عقلا رفتار و سلوک یکسانی دارند، مانند عمل به ظواهر کلام و گاهی مطابق قاعده خاصی نظیر قاعده ید عمل و رفتار می‌کنند. این عمل و سلوک ایشان باید «عمومی و فراگیر» باشد پس سیره و رفتار مردم خاص یک منطقه را نمی‌توان «بنای عقلا» دانست. از دیگر سو باید عنایت داشت که این سلوک ممکن است وجودی یا عدمی باشد. به دیگر عبارت موضوع استمرار ممکن است انجام کاری یا ترک فعلی باشد.

در اینکه آیا بنای عقلا صرفاً شامل رفتارهای عینی خارجی عقلاست یا اینکه امور ارتکازی که در اندیشه‌ها رسوخ نموده و حالت درونی دارند را نیز شامل می‌شود اختلاف است. (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۲۴۹ و صدر، ۱۴۰۸: ۴ / ۲۳۴) دو مفهوم «بنای عقلا» و «ارتکازات عقلا» را می‌توان متمایز از یکدیگر دانست اما در این مقاله مراد از بنای عقلا در معنای اعم است.

عرف نیز دیگر مفهومی است که گاه با مفهوم بنای عقلا خلط می‌شود. عرف رسم و عادت است که افراد در پیوند میان خویشتن آن را پذیرفته‌اند. نویسندگان حقوقی گفته‌اند عرف، قاعده‌ایی است که به تدریج و خود به خود میان همه‌ی مردم یا گروهی از آن‌ها به عنوان قاعده الزام‌آور مرسوم شده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۷۸) برخی تصریح نموده‌اند که بین عرف و بنای عقلا تباین مفهومی وجود ندارد. (فیض، ۱۳۷۳: ۲۲۰) برخی نیز بنای عقلا را همان «عرف عام» دانسته‌اند.^۳ برخی دیگر نیز این دو عنوان را یکسان انگاشته‌اند. (انتظاری و سکوتی، ۱۳۹۴: ۳۱) تفاوت عرف و بنای عقلا را در این دانسته‌اند که برخلاف عرف، گاهی خاستگاه بنای عقلا فطرت ناخودآگاه است و بعلاوه بنای عقلا همواره باید عملی نیکو و ممدوح باشد و از این جهت بین این دو مفهوم، نسبت عام و خاص من وجه حاکم است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۳: ۲ / ۶۱-۵۹) ایضاً گفته شده که عمل برآمده از حکم بنای عقلا، سودمند و نیکوست و مبتنی بر اندیشه است اما اعمال عرفی مبتنی بر عادت مردمان بوده و اندیشه یا تفکری خاص از آن پشتیبانی نمی‌کند. (نعمان، ۱۹۷۵: ۸۸) از جمله تفاوت‌های دیگری که بین این دو

^۱ عبارت بکار رفته با تلخیص مولف است و اصل عبارت مجتهد تبریزی بدین شرح است: «إن العلماء ربما يتمسكون فی كتبهم الفقهیة و الأصولیة تارة ببناء العرف و أخرى بالسیرة و ثالثة ببناء العلاء و لهذه الأدلة الثلاثة جهة اشتراك من حیث الاتفاق علی أمر و جهة امتیاز من حیث إن اجتماع المتفقین إما من جهة اقتضاء فهمهم لذلك و إما من جهة تدینهم بدین و إما من جهة عقولهم».

^۲ کما اینکه از تعبیرات علما نیز همین مفهوم برداشت می‌شود. گفته شده است: «لا معنی للبناء العقلایی الا العمل» (اصفهان، ۱۳۷۴: ۳۳) و یا «ضرورة ان بناء العقلا عملی». (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۳ / ۹۹)

^۳ و قد یعبر عن الطریقیة العقلاییة ببناء العرف و المراد منه العرف العام، کما یقال: إن بناء العرف فی المعامله الکذائیة علی کذا و لیس بناء العرف شیئا یقابل الطریقه العقلاییة. (نابینی، ۱۴۰۶: ۳ / ۱۹۲)

عنوان وجود دارد می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود:

عرف، لزوماً رفتاری شکل گرفته و به اجرا درآمده بین عموم مردم است اما بنای عقلا ممکن است فرضی بوده و یا در پاسخ عقلا به سوالی علمی شکل گرفته باشد. گاه بنای عقلا ایجاد کننده و خالق رفتاری است اما عرف و عادت در پی تکرار عملی از سوی مردمان و در گذر زمان سامان می‌یابد. به عنوان مثال عقلا در پاسخ به سوال مشروعیت عقدی که به موجب آن یک طرف، در برابر اخذ مبلغی مشخص، متعهد جبران خسارات احتمالی وارده بر دیگری در آینده شود، پاسخ مثبت داده‌اند و عقد بیمه را مشروع دانسته‌اند. این در حالی است که سابق بر آن چنین عقدی وجود نداشته ولی بعد از طراحی آن توسط حقوق‌دانان یا اقتصاددانان، عقلا مشروعیت آن را پذیرفته‌اند.

چه بسا عرف‌ها در مناطق و مکان‌های مختلف متنوع باشند. مثلاً در مورد تعیین محل تسلیم مبیع که در ماده ۳۸۲ قانون مدنی ذکر شده است، در مکان‌های مختلف کشور، عرف‌های متفاوتی وجود دارد اما حکم برآمده از بنای عقلا در مکان‌ها و ازمه متفاوت یکسان است. عقلا در شرایط ویژه تصمیمات یکسان اتخاذ خواهند نمود اما در موضوعات عرفی، هم ایشان، به رفتار و عادت مردمان خود می‌نگرند و بر این اساس تصمیم هر شخص می‌تواند متفاوت از دیگری باشد.

ممکن است از نظر عقلا احکام متعارض عرف راجع به موضوع واحد بلاایراد باشد. مثلاً عقل در مورد تحمیل هزینه معامله بر خریدار یا فروشنده حکم خاصی ندارد اما در عین حال، عرف هر مکان یا زمان یا صنفی ممکن است حکمی متفاوت داشته باشد؛ اما حکم برآمده از بنای عقلا اینچنین نیست بلکه مبتنی بر اندیشه و یا مبنایی علمی یا تئوریک است که عقلا در شرایط یکسان همان رفتار را دارند.

از این رو یکسان بودن برخی مصداق عرف و بنای عقلا نباید اندیشه یکسانی این دو مفهوم را بیافزیند. از نظر منطقی بین این دو عنوان، رابطه عموم و خصوص من وجه وجود دارد.

از دیگر سو در مطالعه متون فقهی-اصولی باید دقت داشت که گاه عرف و بنای عقلا بجای یکدیگر بکار رفته‌اند و پژوهشگر باید با توجه به موضوع بحث، تشخیص دهد که دقیقاً کدام معنا مد نظر مولف بوده است.

دومین قیدی که در تعریف آمده قید «من جهة عقول المتفقین» است که به منزله فصل تعریف محقق تبریزی تلقی می‌شود و بدین سان باید آن را انشعابی از عقل دانست. برخی دیگر نیز کاشف بودن از حکم عقل را شاخصه بنای عقلا شمرده‌اند. (آشتیانی، ۱۴۰۳: ۱/ ۱۷۱؛ همو، ۱۴۰۳: ۳/ ۵۲ و بروجردی، ۱۴۱۵: ۴۷۱) با این بیان، بنایی که منشا آن «عقل یا امور عقلایی» نباشد بلکه اموری همچون «عدم مبالغت»، «راحت طلبی»، «منفعت طلبی»، «عادت» یا «تقلید از دیگران» باشد، تخصصاً از بنای عقلا خارج است.

اعتبار قیودی مانند «مفید بودن و یا مستحسن بودن عمل»، (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۲/ ۶۰) «نبود منشا دینی» و یا «ناخودآگاه بودن» در تحقق بنای عقلا مورد تردید قرار گرفته است. (شیرازی، ۱۳۹۶:

۳۹) چه بسا عمل و سلوکی آگاهانه پدید آمده باشد و در طول دوره زمانی بعد از ایجاد توسط همه عقلا مورد عمل قرار گرفته باشد؛ مانند تعطیلی یک روز در هفته برای عموم جامعه؛ منشا پیدایش این تعطیلی کاملاً مشخص نیست و حتی نمی‌توان آن را منتسب به اسلام نمود. (چه این که در سوره جمعه به دنبال روزی رفتن بعد از نماز جمعه تصریح شده است)^۱ بدین ترتیب ارکان و عناصر بنای عقلا را می‌توان از قرار ذیل نام برد:

۱. وجود اتفاق نظر بین عقلا.

۲. وجود رفتار یا ذهنیتی عام که در فرض تصور توسط عقلا تصدیق شود.

۳. استمرار و تکرار رفتار یا ذهنیت عام در شرایط و اوضاع و احوال یکسان توسط عقلا.

۴. نداشتن منشاء دینی.

در این پژوهش مراد از بنای عقلا، رفتار یا ذهنیتی عام است که در شرایط و اوضاع و احوال یکسان توسط همه‌ی عقلای عالم صرف‌نظر از آیین و مسلک فکری ایشان، مورد عمل قرار گرفته است.

۲-۲- اقسام بنای عقلا

۱-۲-۲- بنای عقلای تشریح کننده حکم

هنگام بحث از حجیت بنای عقلا در بین مباحث علم اصول فقه، این گونه از بنای عقلا مدنظر بوده و فقها نسبت به مشروعیت و حجیت چنین بنایی اختلاف نظر دارند. آنگاه که قرار باشد امری به عنوان حکم شرعی به معنای «منجزیت» و «معذرت» توسط فقیه به شارع نسبت داده شود، حساسیت‌ها آغاز می‌شود. انتساب هر گونه حکمی به خداوند متعال و شارع بدون داشتن دلیل شرعی ذیل عنوان «افترا»^۲ قرار خواهد گرفت و حرمت شرعی دارد. از این رو فقیه بر لبه شمشیری حرکت می‌نماید که هرگونه لغزش وی منجر به دور شدن از احکام الهی خواهد شد. در مورد حجیت این قسم از بنای عقلا گفتگوها فراوان است. برخی قائل به ذاتی بودن حجیت آن هستند (آشتیانی، ۱۴۰۳: ۱/ ۱۷۱؛ طباطبایی، بی‌تا: ۲/ ۲۰۵)؛ برخی دیگر گفته‌اند قاعده اولیه در سیره‌های عام عقلایی جدید در قلمرو

^۱ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ (سوره جمعه/ آیه ۱۰)
^۲ آیات قرآنی متعددی دال بر حرمت این موضوع است. از جمله می‌توان به آیه ۲۰ سوره انعام «وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ افْتَرَىٰ عَلَى اللَّهِ كَذِبًا أَوْ كَذَّبَ بِآيَاتِهِ إِنَّهُ لَا يُفْلِحُ الظَّالِمُونَ» و آیه ۳۸ سوره یونس «أَمْ يَقُولُونَ افْتَرَاهُ قُلْ فَاتُوا بِسُورَةٍ مِثْلِهِ وَادْعُوا مَنِ اسْتَضَعْتُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ» و آیه ۸ سوره سبا «افْتَرَىٰ عَلَى اللَّهِ كَذِبًا أَمْ بِهِ جِنَّةٌ بَلِ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالْآخِرَةِ فِي الْعَذَابِ وَالضَّلَالِ الْبَعِيدِ»

غیر عبادات (احکام امضایی) حجیت است (ضیایی فر، ۱۳۹۸: ۷)؛ بسیاری نیز حجیت آن را غیر استقلالی دانسته و برای حجیت داشتن بنای عقلا قائل به شرایطی گردیده‌اند. ایشان دو دسته شده‌اند. مشهور اصولیین احراز عدم منع شارع از سیره عقلایی را لازم اعلام نموده‌اند. (عراقی، ۱۴۱۷: ۳/ ۳۳؛ حائری یزدی، بی تا: ۲/ ۲۳۹ و ۳۳؛ نایینی، ۱۴۰۶: ۳/ ۱۹۳؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۶/ ۳۳ و تبریزی، ۱۳۶۹: ۴۶۸؛ صدر، ۱۴۰۸: ۲/ ۱۰۱) از منظر ایشان سکوت و عدم منع و ردع معصومین در مورد مودای سیره عقلا کاشف از موافقت شارع با آن بنا است. (صدر، ۱۴۰۸: ۲/ ۱۰۱) برخی دیگر نیز بیان داشته‌اند اگر سیره عقلایی مغایرتی با اصول و ضوابط شریعت نداشته باشد اصولاً دارای حجیت و اعتبار است و تاکید نموده‌اند: «هر گاه بنای عقلا اثبات شود، مانند سایر ادله شرعی حجیت دارد.» (اصفهان‌ی، ۱۳۷۴: ۳/ ۶) و افزوده‌اند که چون شارع با عقلا متحد‌المسلک است، صرف عدم اثبات منع از ناحیه وی، دلیل بر حجیت سیره خواهد بود.^۱

۲-۲-۲- بنای عقلائی موثر در شناسایی موضوع حکم

گاه برای مشخص نمودن حدود و ثغور و احراز خارجی موضوع از بنای عقلا استفاده می‌شود. با دخالت دادن بنای عقلا، دایره مفهومی موضوع موسع یا مضیق می‌شود. به تعبیر شهید صدر در این موارد بنای عقلا در «ثبوت موضوع» دخیل است. (صدر، ۱۴۱۷: ۹/ ۱۹۴) گاهی نیز بنای عقلا از باب کشف و اثبات در تنقیح موضوع دخالت می‌یابد و مبین موضوع در مرحله اثبات است؛ نه این که خود مستقلاً ایجاد کننده موضوع باشد. (برعکس فرض قبلی) در این مورد عقلا وجود قبلی امری را محرز دانسته و با تامل آن را کشف می‌کنند. تفاوت تنقیح ثبوتی با تنقیح اثباتی در این مهم نهفته است که گاه موضوع در خارج به نحو قضیه خارجی وجود دارد و بنای عقلا آنرا احراز می‌کند (تنقیح اثباتی) و لکن گاه موضوع به عنوان امر روشن و مشخص وجود ندارد بلکه بنای عقلا آن را سامان داده و ایجاد می‌کند و سپس حکم شرعی بر «موضوع آفریده شده توسط بنای عقلا» مترتب می‌شود. (تنقیح ثبوتی)^۲

۲-۲-۳- بنای عقلائی موثر در دلالت دلیل لفظی

عمده احکام شرعی فرعی از ادله لفظیه (قرآن و سنت) استخراج و استنباط می‌گردد. ادله لفظی نیز در بسیاری موارد نص بر معنا نیستند بلکه ظهور لفظی آنها قابل استفاده و استناد است. از این رو اثبات

^۱ آن لازم- فی حجة السيرة العقلاییة- مجرد عدم ثبوت الردع عنها من الشارع و لا يجب إحرار الإمضاء و إثبات عدم الردع، حتی يجب البناء علی عدم حجیتها بمجرد عدم العلم بالإمضاء، أو الجهل بعدم الردع، لما ذکرنا هناک من أن الشارع- بما هو عاقل بل رئیس العقلاء- متحد المسلک معهم، إلا إذا أحرز اختلاف مسلک معهم بما هو شارع. (اصفهان‌ی، ۱۳۷۴، ج ۳، ۳۰ و ۲۹)
^۲ در مقاله مستقلی تحت عنوان «نقش بنای عقلا در شناسایی موضوع حکم» به این موضوع پرداخته شده است.

حجیت اصله الظهور به عنوان یکی از ادله محل بحث قرار گرفته است و اکثر اصولیین حجیت ظواهر را مبتنی بر سیره و بنای عقلا می‌دانند. (مفید، ۱۴۱۳: ۲۹؛ آخوندخراسانی، ۱۴۲۷: ۲/ ۲۹۰؛ بروجردی، ۱۴۱۵: ۴۷۱)

در سامان یافتن ظهور الفاظ و ظهور جملات باید هم به قرائن لفظیه توجه داشت و هم به قرائن عقلی و دلیل عقلی (به تعبیر اصولی دلیل لئی_ که اعم از دلیل عقل تلقی می‌گردد). یکی از عوامل موثر در شکل‌گیری ظهور الفاظ، مرتکزات عرفی و بناهای عقلاییه است. این بناهای عقلایی و مرتکزات عرفی به مثابه قرینه لئی متصله به کلام متکلم هستند که در توسعه و تضييق مفهومی کلام موثر است. این قرائن می‌توانند موجب تغییر در معنای لفظ یا جمله گردند؛ بنابراین با استفاده از بنای عقلا ممکن است معنای الفاظ و ظهور آن تغییر یابد. گام بعدی استدلال این است که با تغییر ظهور دلیل، دلالت آن نیز دستخوش تغییر شده و حکم برآمده از آن دلیل نیز متفاوت خواهد شد. در اینجا نیز از بنای عقلا به عنوان دلیل بر حکم شرعی کلی استفاده نشده، بلکه صرفاً با استفاده از این ظرفیت، ظهور دلیل تغییر خواهد یافت و بدین‌سان دلالت آن دستخوش تحول خواهد شد. فهمی جدید که از سویی منطبق با شیوه استنباطی مالوف فقهی است و از دیگر سو به دنبال خود حکم یا احکام جدید و چه بسا متعارض یا متضاد با احکام قبلی را دلالت خواهد نمود.^۱

۳- اختلاف در شناسایی مصادیق بنای عقلا

فقه‌ها در شناسایی مصداق بنای عقلا در موارد مختلفی با یکدیگر اختلاف نظر دارند. گاهی در استدلال هر دو نظر مختلف و متعارض، استناد به بنای عقلا دیده می‌شود. به درستی توهم وجود بنای عقلا و مراجعه به ذهنیت خود و و ارتکاز شخصی را آسیبی در راه کشف شریعت الهی دانسته‌اند. (علیدوست، ۱۳۸۴: ۴۳۹)

در ادامه به ذکر چند مورد از نظرات فقهی متعارض مطرح خواهد شد که هر فقیه‌ی در استدلال خود به گونه‌ای به بنای عقلا استناد جسته است.

الف: نحوه استناد به بنای عقلا در مورد حکم معاملات کودک ممیز

در مورد بطلان معاملات صغیر غیرممیز به دلیل عدم وجود قصد از سوی وی تردیدی نیست؛ اما صغیر ممیز می‌تواند قصد انشاء داشته باشد و از این رو حکم معاملات وی در ذیل بحث از اهلیت و شرطیت بلوغ مطرح است. نظرات مختلفی که در این زمینه وجود دارد و از دلیل بنای عقلا حکم

^۱ جهت مطالعه تفصیلی رجوع شود: شهباز قهفرخی، سجاد؛ انصاری پور، محمدعلی (۱۴۰۱). نقش بنای عقلا در تنقیح دلیل لفظی حکم شرعی، مجله علمی فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۵۲؛ ۳۴۵-۳۴۹

معامله صغیر ممیز را استفاده نموده‌اند به طور خلاصه از قرار ذیل است:^۱

۱. بطلان معاملات صغیر ممیز (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۹۸ و ۷-۲۰۶؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۳/ ۲۸۸)
۲. صحت معاملات صغیر ممیز در معاملات با اذن ولی (موسوی‌خمینی، ۱۴۱۰: ۲/ ۴۹)
۳. صحت استقلالی معاملات صغیر ممیز در معاملات خرد (فیض‌کاشانی، بی‌تا: ۳/ ۴۶)
۴. صحت غیر استقلالی معاملات صغیر ممیز (طباطبایی‌حائری، ۱۴۱۸: ۸/ ۲۱۷)
۵. مفید اباحه در تصرف بودن معاملات صغیر ممیز (خوانساری، بی‌تا: ۱۹۷)

هر یک از فقها مصداق خارجی بنای عقلا در مورد معاملات صغیر را به گونه‌ای ترسیم نموده‌اند:

۱. صاحب ریاض معتقد است در دوران مختلف تاریخی متداول بوده که صغیر را به مثابه وسیله تلقی نموده و معاملات وی را در این قالب می‌پذیرفتند. (طباطبایی‌حائری، ۱۴۱۸: ۸/ ۲۱۷) مرحوم خوانساری نیز معتقد است عقلا، صغیر را صرفاً وسیله‌ای برای رساندن عوضین می‌دانند. (خوانساری، بی‌تا: ۱۹۷)
۲. مرحوم فیض کاشانی به استناد قاعده لاجرج معاملات صغیر ممیز را در سطح خرد صحیح دانسته است. در واقع ایشان بطلان معاملات خرد توسط صغیر ممیز را که در جامعه رواج داشته است و مورد تایید عقلا بوده را موجب به حرج افتادن مردم دانسته و از این رو کارکرد بنای عقلا در نظر ایشان به صورت موضوعی _ موضوع لاجرج _ بوده است. (فیض کاشانی، بی‌تا: ۳/ ۴۶)
۳. میرزای نایینی می‌نگارد: «سیره اهل عرف در هر ملت و نحله‌ای این است که در معاملات مختلف به اندازه‌های متفاوتی به صغیر اعتماد دارند. به صغیر چهار ساله در حد معاملات خرد سبزیجات، صغیر هشت ساله در حد معامله نمودن گوشت و صغیر ده ساله در حد خرید و فروش لباس اعتماد دارند.» (نایینی، ۱۳۷۳: ۱/ ۱۷۵) فقیه دیگری نیز گفته عقلا بین معاملات مهم و غیرمهم صغیر تفاوت و تفکیک قائل هستند. (حکیم، بی‌تا: ۱۸۴)
۴. امام خمینی با رد تمام سخنان میرزای نایینی معتقد است که عقلا در معاملات صغیر، خود صغیر را طرف معامله می‌دانند و وسیله بودن صغیر در ذهن عقلا خطور نمی‌کند. (موسوی‌خمینی، ۱۴۱۰: ۲/ ۴۹)

^۱ در اینجا به نظر نهایی فقیه که برآمد تحلیل تمام ادله است پرداخته نمی‌شود؛ بلکه مراد آن است تا نحوه دلالت بنای عقلا در مورد مسئله از نظر برخی فقها مورد بررسی قرار گیرد.

ب: اثر اعراض از مال

در مورد مسئله اثر اعراض در از بین رفتن مالکیت نیز نظرات متعارضی از شناسایی مصداق بنای عقلا می‌توان مشاهده نمود:

۱. اعراض از مال، مالکیت مالک را از بین نمی‌برد.

آیه‌الله خوبی معتقد است بنای عقلا بر این است که اعراض باعث از بین رفتن علقه مالکیت نمی‌شود و ادامه می‌دهد که در بین عموم مشاهده می‌شود که اگر مالک بعد از اعراض، پشیمان شد و مال خود را از متصرف مطالبه نمود، متصرف توان معارضه با مالک را ندارد و نمی‌تواند ادعا کند که با اعراض، مالکیت تو از بین رفته و من با سبقت در تصرف مال مباح، مالک آن شده‌ام؛ بلکه عقلا وی را مکلف به رفع ید و استرداد مال به مالک می‌کنند. (خوبی، ۱۴۱۸: ۴۵۹)

۲. بنای عقلا بر این است که با اعراض مال از مالکیت خارج می‌گردد. (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۸: ۲/ ۶۵۷)

ج: تعمیم قاعده «تلف المبیع قبل قبضه من مال بایعه» به سایر معاوضات

آیه‌الله خوبی تنها سند معتبر قاعده «تلف المبیع قبل قبضه من مال بایعه» را سیره قطعیه عقلائی دانسته و به همین دلیل حکم را به غیر بیع و همچنین تلف ثمن نیز سرایت داده و نگاشته است: «لا یفرق فی ذلک بین الثمن و المثل و لا بین البیع و بقیة المعاملات المعاوضیة و ان ذکر المصنّف انی لم أجد مصرحاً بذلک فإن السیرة جاریة فی کلها فان الغرض من المعاوضه هو الأخذ و الإعطاء الذی یعبر عنه بالفارسیة (به داد و ستد) و یقال فی العرف و بین أهل السوق أنك لم تعطی لی شیئا حتی تأخذ شیئا آخر فی مقابله.» (موسوی‌خوبی، ۱۳۶۸: ۷/ ۶۰۵)

این در حالی است که امام خمینی چنین بنایی را به صورت موضوعی رد نموده و وجود بنای عقلا را در این زمینه ثابت نمی‌داند و در نتیجه رای بر عدم جواز تجاوز از مورد نص و افتا به ضمان در غیر مورد قاعده داده است. (موسوی‌خیمینی، ۱۴۱۰: ۵/ ۵۹۱)

د: رجوع به اعلم در تقلید

مسئله رجوع به اعلم بستر طرح بحث از بنای عقلا توسط دانشیان اصول است. با این حال در همین

مسئله نیز در شناسایی مصداق بنای عقلا اختلاف نظر وجود دارد. در حالی که برخی رجوع به اعلم را مصداق بنای عقلا دانسته‌اند، (تبریزی، ۱۴۲۵: ۱۴۲۵ / ۵) برخی دیگر اعلام می‌دارند که بنای عقلا بر این است که عقلا در امور مختلف با وجود شخص خیره‌تر (اعلم)، به شخص خبره (عالم) نیز رجوع می‌کنند. (طباطبایی، بی‌تا: ۲ / ۳۰۸ و صدر، ۱۴۲۰: ۱۷۱) برخی دیگر نیز گفته‌اند بنای عقلا بر این است که بین امور مهم و غیر مهم تفکیک قائل می‌شوند و در امور مهمی همچون یافتن حکم‌الله به اعلم رجوع می‌کنند. (منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۰۹: ۲ / ۱۸۴)

۴- در جستجوی معیاری برای شناخت مصداق بنای عقلا

بعد از شناخت مفهوم و قلمرو بنای عقلا و توجه به اختلافات در تشخیص مصداق بنای عقلا بین فقها، لازم است با بیان و ارزیابی معیارهای گوناگونی که ممکن است مطرح باشند، در پی شناخت معیاری برای تشخیص مصداق بنای عقلا برآییم. حسب استقراء ناقص در کتب فقهی هیچ یک از فقها در مورد نحوه شناسایی و تشخیص مصداق بنای عقلا مطلبی نگفته‌اند. هر کس بر اساس فهم و ارتکاز خود امری را مصداق بنای عقلا دانسته است در حالی که قاعدتاً جهت یافتن مصداق، باید ضابطه و معیاری برای تشخیص آن اعلام شود.

یکی از پژوهشگران^۱ در مکاتبه با پانزده تن از فقها و مراجع معاصر در مورد ضابطه کشف مصداق بنای عقلا طرح پرسش نموده است.^۲ متن سوال بدین شرح است:

«حضرت آیت الله العظمی... سلام علیکم؛ احتراماً همچنان که مستحضرید علمای اسلام از صدها سال پیش در برخی استدلالهای حوزه فقه و اصول به سیره‌ی عقلا استناد می‌فرمایند از جمله رجوع به خبر ثقه؛ قاعده لزوم در معاملات؛ قاعده اقرار. برای انجام یک تحقیق دانشگاهی خواشمنم در صورت امکان به دو سؤال زیر پاسخ دهید:

۱. حضرتعالی شخصاً در کشف سیره‌ی عقلا چگونه و با چه وسیله‌ای اقدام می‌فرمایید؟ به چه تعداد از افراد جامعه مراجعه می‌فرمایید؟ آیا از روشهای نظرسنجی و مصاحبه استفاده می‌فرمایید؟
۲. به نظر حضرتعالی سایر علمای محترم چگونه و با چه روشی سیره‌ی عقلا را کشف کرده و بدان دست پیدا می‌کنند؟»

^۱ نویسنده مسئول مقاله مورد استناد جناب آقای دکتر محمد امین فرد دانشیار دانشگاه تبریز بوده و به لحاظ اعتبار علمی شخص محقق و منبع انتشار مقاله علمی ایشان، قابلیت استناد وجود دارد.

^۲ منبع مورد استفاده در مورد متن سوال و پاسخهای مراجع که با رعایت امانت نقل می‌گردد به شرح: امین فرد، محمد و سمیه آقایی (۱۳۹۹). بررسی روش شناختی چگونگی کشف سیره عقلا در مجله علمی پژوهش های عالی فقه و اصول، ص ۲۳-۲۰ می‌باشد.

در پاسخ به این پرسش، دفتر آیه‌الله مکارم شیرازی راه کشف سیره عقلا را رجوع به «موازین متعارف» در میان مردم دانسته‌اند و در پاسخ به پرسش از روش شناخت «موازین متعارف»، اعلام نموده که سیره عقلا از طریق معاشرت و زندگی با مردم قابل کشف است. دفتر آیه‌الله شبیری زنجانی اعلام داشته: «کشف سیره و موازین آن، نیازمند سال‌های متمادی تلاش علمی است.»

دفتر آیه‌الله صافی گلپایگانی اعلام کرده: «آنچه در مورد سیره عقلا بمانم عقلا است جلی و آشکار است و در میان ملل و اقوام در طول اعصار و در امصار متداول و رایج است و نیاز به استقراء و نظرسنجی از آحاد جامعه نمی‌باشد.»

دفتر آیه‌الله محمدجواد فاضل لنکرانی اعلام داشته «سیره عقلا در همه موارد و یا در غالب موارد یک امر واضح و آشکار و رایج بین آنان است؛ به عبارت دیگر نیاز به کشف و استکشاف ندارد... در برخی موارد سیره عقلا مبتنی بر ارتکاز است که هر کس با مراجعه به وجدان خویش می‌تواند این ارتکاز را درک کند.» (امین فرد و آقایی، ۱۳۹۹: ۲۳-۲۰)

در پاسخ دفتر آیه‌الله مکارم شیرازی در معیار شناخت مصداق بنای عقلا به «موازین متعارف» اشاره شده است. در این رابطه این سوال پیش می‌آید که آیا مراد از «موازین متعارف»، همان عرف است؟ در این صورت تفاوت بین عرف و بنای عقلا را چگونه باید تبیین نمود؟ سوال دیگری که ذهن را به چالش می‌کشد این‌که حال که «موازین متعارف» در طول تاریخ تغییر کرده‌اند، «موازین متعارف» زمان گذشته باید معیار قرار گیرد یا زمان صدور فتوا؟

از پاسخ دفتر آیه‌الله شبیری زنجانی هیچ معیاری قابل برداشت نیست و پاسخ بسیار کلی بنظر می‌رسد. پاسخ دفتر آیه‌الله صافی گلپایگانی نیز قانع کننده نیست چه اینکه اگر سیره عقلا جلی و آشکار بود، اختلاف فقها در شناخت مصداق آن در موارد متعدد نباید روی می‌داد. در پاسخ دفتر آیه‌الله محمدجواد فاضل لنکرانی نیز علاوه بر ایراد بالا، باید افزود ارجاع شناسایی مصداق بنای عقلا به ارتکاز شخصی فقیه، می‌تواند آسیب‌های مختلفی را ایجاد کند. اولاً با اتخاذ این مینا، همان‌گونه که شهید مطهری هشدار داده‌اند سابقه فرهنگی_اجتماعی_سیاسی فقیه بر رای او اثر خواهد گذارد و فتوا تابع خواست فقیه خواهد شد که بعید است کسی به این نتیجه ملتزم گردد؛ ثانیاً آیا بهتر نیست برای شناخت بنای عقلا که امری بیرونی و به تعبیر خود ایشان آشکار است به عقلای تمام عالم و یا حداقل اکثر عالم رجوع شود؟

آنچه از مجموع این نظرات قابل استفاده است این‌که در مواردی که مصداق ادعایی بنای عقلا بین عقلا اختلافی است، نمی‌توان فتوا را مستند به آن نمود؛ اما پرسش همچنان پابرجاست که چرا علیرغم وجود اختلاف و اطلاع فقها از اختلاف باز هم در یک مسئله به نحو متعارض به بنای

عقلا استناد شده است؟

در ادامه همین بحث، معیارهای مختلفی که برای شناسایی مصداق بنای عقلا قابلیت طرح دارند مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۴- بی‌نیازی از معیار جستجو

مراد از بنای عقلا رفتاری همه‌گیر و عقلایی و عادی است که اگر به طبع اولیه عقلایی رجوع شود می‌توان مصداق آن را یافت. بنای عقلایی امری مکتوم و پنهان نیست تا برای شناسایی آن به تامل و تفحص و معیار نیاز باشد. در ادبیات فقها و اصولیین شیعه نیز همین نظر قابل اصطیاد است. در موارد مختلفی که به بنای عقلا استناد گردیده است با اینگونه ادبیات مواجه می‌شویم که می‌نگارند: «أما السيرة العقلائية، فيكفي أن نُثبت الطباع العقلائية لو خُلّيت و نفسها و لم تردع لكان هذا هو مسلکها و طريقتها...» (صدر، ۱۴۱۷: ۹/ ۲۳۵) در این ادبیات رجوع به طبع اولیه عقلایی برای احراز مصداق بنای عقلا کافی انگاشته شده است. در پاسخ دفتر آیه‌الله صافی گلپایگانی و محمدجواد فاضل لنکرانی نیز ظاهراً همین نظر پذیرفته شده است.

ممکن است برخی مصداق بنای عقلا با همین روش قابل کشف باشند اما پرسش این است اگر به واقع کشف مصداق بنای عقلا اینچنین جلی و آشکار بود، چگونه است که دفتر آیه‌الله شبیری زنجانی اعلام داشته: «کشف سیره و موازین آن، نیازمند سال‌های متمادی تلاش علمی است.»؟ از دیگر سو اگر امری جلی و آشکار باشد، اختلاف فقها در مورد آن مصداق به چه دلیل است؟

۲-۴- استفاده از روش‌های مطالعه میدانی

برخی پژوهشگران پیشنهاد داده‌اند برای شناسایی مصداق بنای عقلا به روش‌های اطمینان‌بخش پژوهش‌های امروزی نظیر مشاهده علمی، مصاحبه و پرسشنامه رجوع شود تا امکان استناد سیره به عقلای عالم قابل اعتمادتر بوده و قابلیت راستی‌آزمایی نیز داشته باشد. (امین‌فرد و آقای، ۱۳۹۹: ۲۵) پژوهشگر با برقراری ارتباط با افراد مورد بررسی، به تحقیق میدانی می‌پردازد. تحقیق میدانی به طور اخص به منظور مطالعه فرایندهای اجتماعی مناسب است و نقطه قوت آن جامعیتی است که بواسطه آن در اختیار محقق قرار می‌گیرد. این جامعیت نتیجه رویایی مستقیم با پدیده‌ی مورد مطالعه و مشاهده کامل آن توسط محقق است که می‌تواند در ایجاد درک عمیق و کامل از آن پدیده یاری‌رسان باشد. (ببی، ۱۳۸۷: ۵۸۸) تحقیق میدانی را بررسی و مشاهده مستقیم رویدادی که بطور طبیعی در

حال بروز است، می‌دانند. محقق رویداد را در هنگام اتفاق و بدون دخالت در خلق، ادامه یا قطع آن بررسی خواهد کرد. (عالمی، ۱۳۹۸: ۱۱۰)

نقش مطالعات میدانی و مصاحبه در شناسایی بنای عقلا و سیره ایشان قابل انکار نیست. حقوقدان یا فقیه در مقام قانون‌گذاری یا افتا ناگزیر از شناسایی بنا و سیره عقلا است و نمی‌تواند به فهم خود یا اطرافیان خویش در این مورد اکتفا کند. باید همانند سایر دانشمندان علوم اجتماعی در میان مردم باشد تا بتواند برای ایشان بیان حکم نماید. واگذاری شناخت موضوع به عهده مکلف توسط فقها نیز دلالت بر همین نکته ظریف دارد که ایشان نمی‌خواستند فهم خود از موضوعات را بر جامعه تحمیل نمایند.

با تفکیکی که بین اقسام مختلف بنای عقلا ترسیم گردید باید گفت که از این روش‌ها در مواردی که بنای عقلا منقح موضوع باشد می‌توان بهره برد. برای نمونه در ادامه به نظرسنجی که یکی از پژوهشگران که در خصوص «ضمانت اجرای نقض تعهدات پولی» پژوهش نموده است اشاره شود. دغدغه این پژوهشگر شناسایی روشی بهینه و کارآمد به منظور کاهش نقض تعهدات پولی توسط مدیونین بوده است. وی واکنش‌های حقوقی به نقض تعهدات پولی را در جبران مبلغ اسمی، جبران کاهش ارزش پول، خسارت تنبیهی و جریمه دیرکرد معرفی نموده و جریمه دیرکرد را به عنوان کارآمدترین روش حقوقی به نقض تعهدات پولی می‌داند. (محبی، ۱۳۹۳: ۱۱۳) ایشان پرسش خود که در واقع نظر خود وی بوده است را به عقلا عرضه داشته است. پرسش ایشان این است که «آیا موافقید که ترس از محکوم شدن به تادیه جریمه دیرکرد موجب کاهش نقض تعهدات پولی است؟» و برای پاسخ به گروه‌های مختلفی از عقلا مراجعه نموده است. ایشان نظر اساتید حقوق، اساتید اقتصاد، قضات و وکلا؛ حوزویان؛ اشخاص درگیر موضوع (دایره وصول مطالبات بانک‌ها و متعهدین)؛ عموم مردم و تجار را به عنوان نمونه‌ایی از عقلا که در پنج دسته نیز تقسیم شده‌اند اخذ نموده است. (محبی، ۱۳۹۳: ۱۳۸)

انتخاب روش مناسب جهت گردآوری داده‌ها، تابع مفروضات شخصی محقق از ماهیت واقعیت‌ها و چگونگی درک آنهاست. (گروت و وانگ، ۱۳۹۰: ۲۱) از این‌رو ممکن است به نحوه طرح پرسش ایشان اشکال شود که این پژوهشگر نظر خود را به عنوان پرسش محوری در نظر گرفته است و حتی اگر پرسش به گونه‌ایی دیگر تغییر می‌یافت و به عنوان مثال این‌گونه مطرح می‌گردید که «آیا موافقید که ترس از محکوم شدن به تادیه خسارت تنبیهی موجب کاهش نقض تعهدات پولی است؟» باز هم به نظری قریب به همین نظر منتهی می‌گردید.

به نظر می‌رسد ایراد وارد است؛ اما آنچه در اینجا باید مورد توجه قرار گیرد این است که اولاً صرف

رجوع به عقلا با روش نظرسنجی می‌تواند در کشف بنای عقلا موثر باشد؛ ثانیاً این آسیب که هر پژوهشگر نظر خود را به عنوان پرسش محوری در نظرسنجی قرار دهد، آسیبی شناخته شده در روش تحقیق علوم اجتماعی به شمار می‌رود و راه برون‌رفت از آن نیز مورد بحث قرار گرفته است و این‌گونه آسیب‌ها را می‌توان با روش‌های علمی کاهش داده و یا حذف نمود.^۱

۳-۴- رجوع به قوانین سایر کشورها برای کشف بنای عقلا

مراجعه به قوانین موضوعه بشری نیز به عنوان راه اطمینان‌بخش به منظور شناسایی بنای عقلا پیشنهاد شده است. (علیدوست، ۱۳۸۴: ۴۳۹ و ۴۴۴) به نظر می‌رسد این روش در عمل بی‌فایده باشد؛ زیرا اولاً هر کشوری با توجه به عوامل متعددی نظیر فرهنگ، اقتصاد و سیاست خاص خود اقدام به قانون‌گذاری می‌کند؛ ثانیاً چهار نظام عمده حقوقی مختلف وجود دارد^۲ که حتی در درون هر نظام حقوقی نیز کشورهای مختلف عضو آن نظام با یکدیگر اختلافات متعددی دارند و در بسیاری موارد امکان تحصیل و احراز بنای عقلا سخت است؛ ثالثاً هر کشوری متناسب با شرایط اقتصادی و تجاری و سیاست‌گذاری‌های کلان خود اقدام به قانون‌گذاری می‌نماید، از این رو باید این ملاحظات نیز مورد توجه قرار گیرد.

البته می‌توان از دستاورد مطالعات حقوق تطبیقی بهره جست و اگر در برآیند مطالعات تطبیقی، امری به عنوان بنای تمام یا اکثر نظام‌های حقوقی مورد پذیرش قرار گرفت را می‌توان به عنوان مصداق بنای عقلا مورد توجه قرار داد. همچنین در مواردی که تمامی نظام‌های حقوقی و قوانین ملی نوع خاصی از قرارداد را به رسمیت شناخته‌اند و یا اینکه در فرض خاصی حکمی ویژه مقرر کرده‌اند می‌توان بنای عقلا را احراز نمود.

به عنوان نمونه می‌توان به موضوع «تعدیل وجه التزام نامتناسب» اشاره نمود. حسب گزارش یکی از پژوهشگران ماده ۳۴۳ قانون مدنی آلمان، مواد ۱۶۱ و ۱۶۳ قانون تعهدات سوئیس، ماده ۱۳۳۶ قانون مدنی اتریش، ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی ایتالیا، ماده ۳۳۳ قانون مدنی روسیه مصوب ۱۹۹۵، ماده ۴۸۴ قانون مدنی لهستان، ماده ۹۷ قانون تعهدات بلغارستان، ماده ۲۴۷ قانون مدنی مجارستان، مواد ۲۲۴ و

^۱ جهت ملاحظه انواع انتقادات به روش‌های تحقیق در علوم اجتماعی و پاسخ آن رجوع شود به: گروت، لیندا و وانگ، دیوید (۱۳۹۰).

مجموعه مقالات روش‌های مطالعه کیفی در پژوهش‌های اجتماعی، مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، تهران.

^۲ جهت مطالعه در خصوص تعداد و تفاوت‌های نظام‌های حقوقی مختلف رجوع کنید به: داوید، رنه (۱۳۹۳). نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه دکتر سید حسین صفایی، دکتر محمد آشوری، دکتر سید عزت‌الله عراقی، نشر مجد، تهران؛ عبدالحسین شیروی (۱۳۹۸). حقوق تطبیقی، نشر سمت، تهران.

۲۲۵ قانون مدنی مصر، ماده ۲۶۷ قانون تعهدات لبنان، ماده ۱۷۰ قانون مدنی عراق، مواد ۲۲۶ و ۲۲۷ قانون مدنی سوریه و مواد ۲۲۷ و ۲۲۸ قانون مدنی لیبی متناسب‌سازی و تعدیل وجه التزام را به رسمیت شناخته‌اند. (به نقل از شعاریان، ۱۳۹۳: ۱۴۶ تا ۱۵۴)^۱ همچنین در نظام حقوقی انگلستان نیز بین «شرط کیفری»^۲ و «شرط خسارت مقطوع»^۳ تفکیک وجود دارد و هر گاه توافق بر خسارت دارای جنبه‌ی تنبیهی و کیفری باشد، شرط، کیفری تلقی شده و در صورت وجود شرایطی از جمله گزاف بودن، با حکم قضایی قابل ابطال است. (Beatson, ۱۹۸۸: ۵۶۵-۵۶۶ And Treitel, ۲۰۱۵: ۶۸۲) در اصلاحات اخیر قانون مدنی فرانسه نیز در ماده ۱۲۳۱-۵ به موضوع تعدیل وجه التزام نامتناسب به عنوان قاعده‌ایی امری تصریح شده است.^۴

اگرچه راه حل‌ها، شرایط تعدیل و استثنای‌های وارده در کشورهای مختلف، متفاوت است؛ اما سوال این است که آیا بنای عقلا بر این مستقر نشده است که دایره اصل آزادی قراردادها و اصل لزوم قراردادها در این مورد محدود گردد و این حد از آزادی را عقلا نمی‌پسندند؟ اگرچه اصل آزادی و حاکمیت اراده همه جا قابل احترام است اما عقلای عالم در مواردی که شخص خود را به تعهدی بسیار گزاف یا خیلی ناچیز متعهد نموده، این آزادی و حاکمیت اراده را محدود کرده و مکلف نمودن شخص به اجرای تعهدی بسیار نامتناسب را تقبیح نموده‌اند. محدودسازی اصل آزادی قراردادی در این مورد مخالفی نیز با قواعد کلی حاکم بر فقه شیعه ندارد. از دیگر سو چه بسا ادعا شود صحت مطلق شرط وجه التزام نامتناسب برخلاف اصولی همچون لزوم رعایت عدل و انصاف است.

^۱ در ضمن برخی مواد قانونی مورد اشاره شخصاً مورد جستجو قرار گرفته و گزارش پژوهشگر مقاله استنادی کاملاً صحیح بوده است.

^۲ Penalty Clause

^۳ Liquidated Damages Clause

^۴ Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite. Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure.

در این نمونه، می‌توان گفت بنای عقلا بر «باطل بودن شرط وجه التزام نامتناسب به ویژه در قراردادهای مصرف کننده» مستقر شده است.^۱ این حکم عقلا، حکمی جدید است که باید با توجه به مبنای انتخابی در بحث حجیت بنای عقلا با آن مواجهه نمود.

۴-۴- رجوع به قوانین نمونه و یکنواخت

در حوزه حقوق قراردادهای تلاش‌های متعددی برای یکسان‌سازی شده است. تلاش‌هایی که گاه بی‌ثمر بوده و گاهی نیز با استقبال کشورها روبرو شده و اسناد آن به امضا رسیده‌اند. کنوانسیون ۱۵ آوریل ۱۹۶۴ لاهه با عنوان «قانون یکنواخت راجع به بیع بین‌المللی اشیاء منقول مادی»^۲ که در مورد تعهدات بایع و مشتری و به تعبیری پیرامون آثار بیع است و کنوانسیون ۱ ژوئیه ۱۹۶۴ با عنوان «قانون یکنواخت راجع به تشکیل قرارداد بیع بین‌المللی اشیاء منقول مادی»^۳ پیرامون نحوه انعقاد قرارداد بیع، دو نمونه از کنوانسیون‌هایی است که علیرغم آماده بودن برای امضا مورد استقبال کشورها قرار نگرفتند. (شعاریان و ترابی، ۱۳۹۱: ۱۹) «کنوانسیون بیع بین‌الملل کالا» که تاکنون توسط ۹۵ کشور مورد امضا قرار گرفته است^۴ را می‌توان نمونه موفق تلاش بین‌المللی دانست.

«مؤسسه یکنواخت کردن حقوق خصوصی»^۵ که ایران نیز در سال ۱۳۴۳ به آن ملحق شده است^۶ و «کمیسیون حقوق خصوصی اروپا»^۷ دو موسسه‌ایی هستند که برای ایجاد مجموعه مدون مقررات حقوق مدنی تلاش می‌کنند. این اسناد در تنظیم قوانین جدید و یا اصلاح مقررات حقوقی موجود توسط کشورهای مختلف به عنوان الگو مطرح هستند. برای مثال در اصلاحات ۲۰۱۶ قانون مدنی فرانسه از مقررات این اسناد بهره برده شده است. (پاکباز، ۱۴۰۱: ۱۷)^۸

اما آیا مقررات تنظیمی در این اسناد را می‌توان به عنوان مصداقی برای بنای عقلا دانست؟ از این

^۱ در اینجا تمامی قیود و فروض مربوط به وجه التزام مطرح نخواهد شد. به عنوان نمونه در فرض اجرای جزئی تعهد یا فرض عدم اجرای تعهد ممکن است بنای عقلایی دیگری احراز شود. در این صورت، برای هر فرض باید حکمی دیگر از بنای عقلا استخراج نمود.

^۲ Uniform law on the international sale of goods (ULIS)

^۳ UNIFORM LAW ON THE FORMATION OF CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (ULFC)

^۴ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-۱۰&chapter=۱۰&clang=_en

^۵ International Institute for the Unification of Private Law

^۶ <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/۹۵۷۶۷>

^۷ The Commission on European Private Law

^۸ این نظر متعلق به دکتر سیدحسین صفایی استاد حقوق تطبیقی و حقوق مدنی است که در دیباچه منبع استنادی بیان شده است.

جهت که این تلاش‌ها توسط عقلای عالم و با در نظر گرفتن اوضاع و احوال اقتصادی_تجاری، عرف و اقتضائات روز تنظیم شده‌اند می‌توان به عنوان منبعی برای شناخت بنای عقلا بدانها نگریست. در تنظیم این اسناد از حقوق‌دانان برجسته دنیا استفاده شده و این اسناد محصول کار تیمی هستند^۱ از این رو احتمال سوءگیری در آنها کمتر است.

اما دشواری در آنجاست که در برخی موارد اسناد مختلف حقوقی با یکدیگر تفاوت‌های حکمی دارند. به عنوان نمونه در دو سند اصول حقوق قراردادهای اروپا و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در قواعد حاکم بر تعدیل قراردادهای کتبی، زمان تاثیر اخطار، تفاوت در طرق جبران عدم انجام تعهدات، تعیین مبلغ قرارداد توسط شخص ثالث، قواعد مربوط به عذر موجه استثنای وارده بر قابلیت پیش‌بینی ضرر، انتقالات متوالی حقوق قراردادی و برخی از قواعد مرور زمان تفاوت‌های حکمی وجود دارد. (شعاریان و ترابی، ۱۳۹۱: ۲۹)

در عین حال مشابهت‌های بین اسناد مختلف و مقررات کشورهای پیشرفته با یکدیگر به اندازه‌ای فراوان است که می‌توان در موارد مشابه بنای عقلا را در آن موارد کشف نمود. باید توجه داشت که تفاوت در تحلیل و تفاوت ایشان در دلیل حکم نباید ما را از اصل موضوع دور نماید.

۵-۴- اصول کلی حقوق و بنای عقلا

در زبان فلاسفه، اصول حقوقی مجموعه ارزش‌های حاکم بر نظام حقوقی است. اصل عبارت است از ایده اصلی که مجموعه مواد قانونی حول آن ارائه می‌شود؛ به عبارت دیگر روح قانون یا برآیند نظرات حقوق‌دانان یا نظم خاصی است که بر اساس آن، قواعد، حقوق را تشکیل می‌دهد. اصول، پایه‌های ساختارهای حقوقی را تشکیل می‌دهد. (بولانژه، ۱۳۷۶: ۷۳)

اصطلاح «اصول کلی حقوقی» در بند نخست ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری لاهه پیش‌بینی شده است^۲ که به موجب آن، «اصول کلی حقوقی مورد قبول ملل متمدن» به عنوان یکی

^۱ برای نمونه نگاه کنید به اعضای کمیسیون تهیه کننده اصول حقوق قراردادهای اروپا:

Ole Lando, Hugh Beale, André Prüm, Reinhard Zimmermann, Eric Clive, Kluwe (۲۰۱۹). Principles of European Contract Law: Parts ۱ and ۲. P. ۱۷,۱۹

^۲ Article ۳۸(۱). The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b) international

از منابعی معرفی شده است که قاضی بین‌المللی می‌تواند به آن استناد نماید. منظور از «اصول کلی حقوقی» اصولی آنچنان «بهم بافته» و «پیوسته به تفکر حقوقی» است که عملاً در تمام نظام‌های بزرگ حقوقی دنیا یافت شوند. این اصول مشترک که انعکاسی از مفاهیم حقوقی نظام‌های حقوق ملی هستند، توسط قضات دیوان مطابق ماده ۹ اساسنامه بعد از بررسی و استخراج از نظام‌های حقوقی ملی، تبیین خواهند شد. (ویرالی، ۱۳۶۴: ۱۰۱ و ۱۰۲) ایجاد، کشف و اعمال «اصول کلی حقوقی» در عرصه حقوق بین‌الملل عمومی به دلیل وجود عناصری همچون «قدرت سیاسی»، «مصالح ملی» و «اصول حاکم بر روابط بین‌الملل» دشوار بنظر می‌رسد؛ اما در حوزه روابط خصوصی اشخاص نظیر حقوق قراردادهای، امکان شناسایی «اصول کلی حقوقی» بیشتر است. (نک: جنیدی، ۱۳۹۰: ۱۳۵ و ویرالی، ۱۳۶۴: ۱۰۱ تا ۱۰۶) در مورد نحوه استخراج اصول کلی حقوقی دو روش «مبتنی بر فهرست»^۱ و «مبتنی بر کارایی»^۲ وجود دارد. در روش نخست فهرست اصول و قواعد جمع‌آوری شده و در مجموعه‌هایی نظیر اصول حقوق قراردادهای اروپا^۳ و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۴ منعکس شده‌اند. در روش دوم بانک داده‌ها تهیه شده و با وقوع هر مسئله یا دعوی خاص باید قاعده ویژه و مرتبط حقوق فراملی بازرگانی را در آن مورد خاص شناسایی کرد. صرف‌نظر از اینکه آیا این اصول نظام حقوقی مستقلی را تشکیل می‌دهند یا مجموعه‌ایی از قواعد هستند که برای پر کردن خلاءهای قراردادی مورد استفاده قرار می‌گیرند، قابلیت آنها برای رفع نقص‌ها و اختلافات قراردادی مورد انتقاد قرار دارد. (جنیدی، ۱۳۹۰: ۱۳۶) همچنین در عمل، داوران نیز تمایلی به استناد مستقیم به «اصول کلی حقوقی» ندارند، بلکه تلاش می‌کنند تا دعاوی را با ارجاع به نظام حقوقی مرتبط با آن حل و فصل نمایند. (Lando, ۱۹۹۱: ۱۴۵)

در این‌باره سوالاتی به ذهن می‌رسد: آیا اصل کلی حقوقی که مورد اتفاق تمام عقلائی عالم باشد وجود دارد؟ اگر پاسخ مثبت داده شود، سوال بعد این است که آیا قلمرو و گستره این اصول نیز مورد اتفاق تمامی عقلاست؟ به عنوان نمونه آیا اصل "Pacta sunt servanda" در کامن‌لو: (see more in: (Hyland, ۱۹۹۴: ۲/ ۴۰۵-۴۳۳) دقیقاً همان مینا، کاربرد و قلمروی «اصل لزوم قراردادهای» در حقوق اسلامی را دارد؟

custom, as evidence of a general practice accepted as law; c) the general principles of law recognized by civilized nations; d) subject to the provisions of Article ۵۹, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

^۱ The List Method

^۲ The Functional Method

^۳ PECL

^۴ UNIDROIT PICC

این مطلب که به صورت خاص در حوزه حقوق قراردادهای، چند اصل به عنوان اصل کلی حقوقی پذیرفته شده در تمام نظام‌های حقوقی وجود دارد را نمی‌توان انکار نمود؛ اما پرسش اینجاست که آیا با گردآوری این اصول، برگی بر گنجینه میراث فقهی_حقوقی ما افزوده می‌شود و می‌توان برآمد این مطالعات را به عنوان مصداق بنای عقلا مطرح نمود؟ آیا آنچه را سایر نظام‌های حقوقی بیان داشته‌اند با همان جزئیات مورد قبول نظام حقوقی مبتنی بر فقه شیعی است؟ بنظر می‌رسد بحث کلی بی‌فایده باشد؛ زیرا بسیاری از اصولی که به عنوان «اصول کلی حقوقی» در معرض معرفی هستند در نظام حقوقی داخلی نیز وجود دارند.^۱ محور بحث را باید بر فروع این اصول متمرکز نمود. هر گاه پژوهشگر حقوق تطبیقی در فرع خاصی، تمام نظام‌های حقوقی را یکسان یافت می‌تواند نتیجه مطالعه خود را به عنوان یکی از مصادیق بنای عقلا مطرح نماید.

۶-۴- مجلس نمایندگان به مثابه‌ی بنای عقلا

گفته‌اند «هر گروه هم‌سود اجتماعی، عقلای خاص خود را دارد که منافع و مصالح دراز مدت آن گروه را تشخیص می‌دهند و مبنای اعتبار که به مصالح نوعیه راجع است، عرف همین عقلاست. مثلاً مجالس قانونگذاری و سیستم حزبی و پارلمانی، مکانیزم‌هایی هستند برای استخراج عرف عقلا. بسته به اینکه عقلا را چه کسانی بدانیم، مقوله عرف نیز ضیق و سعه پیدا می‌کند. مثلاً در دموکراسی مستقیم، عموم مردم جزء عقلا شمرده می‌شوند که قادر به تشخیص مصالح و منافع آتی و آنی خود هستند، اما در دموکراسی‌های نمایندگی، خبرگان و نمایندگان مردم، عقلای قوم شمرده می‌شوند.» (صالح پور، ۱۳۷۴: ۱۹)

اگرچه عمومیت این سخن قابل قبول نیست اما به نحو موجهه جزئی می‌توان پذیرفت که در موارد متعددی نمایندگان مجلس شورا_ به عنوان برآمد عقلا_ با در نظر گرفتن مصالح و مفاسد نوعیه و بلند مدت، حکمی را مورد پذیرش قرار می‌دهند و وجود آن را برای عموم مردم به مصلحت می‌شمارند. چه اینکه در تصمیم‌گیری نمایندگان مجلس که سیاسی‌ترین رکن هر نظام حقوقی نیز شمرده می‌شود ملاحظات مختلف و متنوعی در نظر گرفته می‌شود که هر نماینده به عنوان دارند حق رای با در نظر گرفتن این مصلحت‌بینی‌ها و یا ملاحظات اتخاذ تصمیم می‌کند.

^۱ برای نمونه در دعوی شرکت آناکندا-ایران علیه ایران آمده است: «...اگر نگوئیم در همه نظام‌های حقوقی_دست کم_ در اکثریت نظام‌های حقوقی، فورس ماژور تحت عناوین و اسامی مختلف مطرح گردیده و به عنوان عذری برای عدم انجام قرارداد مورد شناسایی قرار گرفته است؛ بنابراین، فورس ماژور می‌تواند یک اصل کلی حقوقی تلقی شود...» (به نقل از جنیدی، لیا (۱۳۹۰). نظریه حقوق فراملی بازرگانی، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۱، شماره ۱، ص ۱۲۷).

۷-۴- نظر برگزیده: ترکیب بین روش‌های پیش‌گفت

اغلب پیدا کردن و تنظیم یک مساله از حل کردن آن مشکل‌تر است. (میننی، ۱۳۹۵: ۱۴۴) ترسیم فروعات مختلف و بیان تفاوت هر فرض با فرضی دیگر توسط محقق حلی در شرائع الاسلام، شیخ انصاری در مکاسب و یا سیدمحمدکاظم یزدی در العروه الوثقی باعث گردیده تا بسیاری از فقهای بعد از ایشان با معیار قرار دادن کتاب ایشان به اظهارنظر در مورد فروعات مزبور و طرح فروعات جدید بپردازند و بر غنای مطالب بیفزایند؛ اما با این وجود، مسائل و موضوعات حقوق قراردادها دارای گستردگی و تنوع بسیار زیادی هستند. وجود فروعات مختلف و پرسش‌های بی پایان به این دلیل است که حقوق، علم حاکم بر تنظیم روابط بین اشخاص و حفظ نظم است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۳) و روابط اشخاص نیز اصولاً آزاد، سیال و متکثر است. از این رو آزادی انسان‌ها و سیالیت ذهن ایشان هر روز فرعی جدید می‌آفریند که شاید چندی پیش نه تنها وجود نداشته، بلکه به مخیله بشر نیز خطور نکرده است؛ بنابراین لازم است ابتدا صورت مسئله به نحو دقیق طراحی شود تا بتوان محل نزاع را به خوبی ترسیم نمود و در مرحله بعد به دنبال پاسخ عقلا و احراز بنای ایشان برآمد.

چه بسا در بستر تحولات بنایی جدید از عقلا ایجاد شود و یا به دلیل تحول در فرهنگ، سیاست، اقتصاد و یا اخلاق حاکم بر جوامع بشری، صورت مسئله سابق تغییر یافته و امکان استناد به بنای عقلای قبلی وجود نداشته باشد.

از این رو پژوهشگر حقوق قراردادها و یا فقیه در جستجوی بنای عقلا باید از تمامی روش‌های فوق استفاده کرده و اگر امری به عنوان برآیند این روش‌ها مورد شناسایی قرار گرفت می‌توان آن را به عنوان مصداقی از مصداق بنای عقلا مورد توجه قرار داد.

۵- ملاحظات ویژه

بستر ایجاد و شکل‌گیری بنای عقلا اجتماعات بشری است. گروه‌های انسانی نیز به دلیل وجود تفاوت‌های مختلف از قبیل فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و اقتصادی دارای رفتارهای متعدد و گاه متعارضی هستند. ممکن است رفتاری وجود داشته باشد که در بین چندین کشور مرسوم بوده و رویه غالب مردمان قرار گرفته و به صورت ارتكازی مورد عمل افراد آن جوامع قرار داشته باشد. در شناسایی مصداق بنای عقلا ملاحظات مختلفی را باید مد نظر قرار داد.

چه بسا در بین عموم مردم رویه‌ها و رفتارهایی به صورت مشترک و همگانی ایجاد شده باشد که در

تعارض با قواعد و اصول مسلم فقهی باشند (نظیر فراگیری احتکار)؛ یا صرفاً برآمده از راحت‌طلبی مطلق و لذت‌جویی اشخاص باشد (نظیر روابط جنسی آزاد)؛ و یا رفتاری باشد که علیرغم صورت پذیرفتن آن توسط عموم هم ایشان بر اشتباه بودن آن اعتراف دارند (نظیر نقض جزیی مقررات راهنمایی رانندگی). در این موارد بناهای مزبور از حیث عاقل بودن اشخاص سامان نیافته است و به همین جهت نیز نمی‌توان تحت عموم بنای عقلا آنها را وارد نمود. با توجه نمودن به منشا پیدایش و خاستگاه بنای عقلا می‌توان از این آسیب جلوگیری کرد.

بدیهی است در هر مورد که امری به عنوان مصداق بنای عقلا معرفی می‌گردد، باید شرایط حجیت بنای عقلا را نیز دارا باشد و نمی‌توان به صرف احراز بنا، آن را دلیل بر حکم شرعی انگاشت. به دیگر عبارت شناسایی مصداق بنای عقلا گام نخست در استدلال بوده و در گام بعدی باید در مورد حجیت مصداق مزبور بحث نمود.

همچنین لازم به تصریح است که مباحث مطروحه در این مقاله، فقط ناظر بر نحوه و چگونگی شناسایی بنای عقلا در حوزه حقوق قراردادهاست و الا هنگام استناد به بنای عقلا در قوانین حوزه خانواده یا احکام جزایی ملاحظات ویژه‌ای باید مورد لحاظ قرار گیرد.

۶- نتیجه

بنای عقلا، به عنوان مفهومی مستقل قابلیت‌های فراوانی در به روز نمودن استدلال‌های فقهی داشته و راهگشای برخی ابهامات به خصوص در حوزه حقوق قراردادهاست. برخی شناسایی مصداق بنای عقلا را بی‌نیاز از معیار دانسته و به ارتکازات و فهم شخصی خود برای شناخت آن پناه برده‌اند، اما در این مقاله روش‌های مختلفی مطرح گردیده که فقیه را در شناسایی مصداق عینی بنای عقلا یاری می‌رساند. رد یا تایید کامل هر یک از این روش‌ها را نمی‌توان صحیح انگاشت و باید از برآیند تمامی این روش‌ها به عنوان راهکاری برای شناسایی مصادیق بنای عقلا استفاده نمود. اگر در پی اعمال روش‌های پیش‌گفت امری به عنوان برآیند این روش‌های مطرح شود، می‌توان با اطمینان بیشتری به بررسی آن مصداق پرداخت. شناخت خاستگاه مصداق مطرح شده و دقت در اعمال شرایط حجیت بنای عقلا دو ملاحظه جدی است که باید توسط مستدل مطمح‌نظر قرار گیرد.

منابع و مأخذ

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۲۷). کفایة الأصول (با تعلیقه زارعی سبزواری)، قم: موسسه النشر

الاسلامی.

۲. آشتیانی، محمدحسن بن جعفر (۱۴۰۳). بحر الفوائد فی شرح الفرائد، قم: کتابخانه حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
۳. اصفهانی، محمد حسین (۱۳۷۴). نهایت الدرایه فی شرح الکفایه (طبع قدیم)، قم: انتشارات سیدالشهداء.
۴. امین فرد، محمد و سمیه آقایی (۱۳۹۹). بررسی روش شناختی چگونگی کشف سیره عقلا، مجله پژوهش‌های عالی فقه و اصول، ص ۲۳-۲۰.
۵. امامی خوانساری، محمد (بی تا). الحاشیه الثانیه علی المکاسب، بی جا: بی نا.
۶. انتظار، سیدمهدی و سکوتی، حسین ستار (۱۳۹۴). «جایگاه و ارزش بنای عقلا در فقه امامیه»، مجله فقه اهل بیت، شماره ۸۳، صص ۴۷-۲۶.
۷. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵). المکاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۸. بیی، ارل (۱۳۸۷). روش‌های تحقیق در علوم اجتماعی، ترجمه رضا فاضل، تهران: سمت.
۹. بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی (۱۴۱۹). القواعد الفقهیه، قم: نشر الهادی.
۱۰. بروجدی، حسین (۱۴۱۵). نهایت الاصول، مقرر: حسین علی منتظری، تهران: نشر تفکر.
۱۱. بولانژه، ژان (۱۳۷۶). اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه، ترجمه دکتر علیرضا محمدزاده وادقانی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۶، صص ۱۰۰-۷۳.
۱۲. تبریزی، موسی بن جعفر (۱۳۶۹). أوثق الوسائل فی شرح الرسائل (طبع قدیم)، قم: کتبی نجفی.
۱۳. تبریزی، جواد بن علی (۱۴۲۵). القواعد الفقهیه و الاجتهاد و التقليد (دروس فی مسائل علم الأصول)، قم: دار الصدیقه الشهیده سلام الله علیها.
۱۴. پاکباز، سیامک (۱۴۰۱). شرح قانون مدنی فرانسه اصلاحات ۲۰۱۶، با دیباچه سید حسین صفایی، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۱۵. حائری یزدی (بی تا). درر الفوائد، قم: چاپخانه مهر.
۱۶. حسینی سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۴). قاعده لاضرر ولا ضرار، قم: نشر مهر.
۱۷. حسینی روحانی، سیدمحمد (۱۴۱۳). منتقى الاصول، قم: دفتر آیه الله سید محمد حسینی روحانی.
۱۸. حکیم، سید محسن طباطبایی (بی تا). نهج الفقاهه، قم: انتشارات ۲۲ بهمن.

۱۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۴۳). ترمینولوژی علم حقوق، تهران: نشر کتابخانه گنج دانش.
۲۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۶). دانشنامه حقوقی، تهران: انتشارات امیر کبیر.
۲۱. جنیدی، لعیا (۱۳۹۰). نظریه حقوق فراملی بازرگانی، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۱، شماره ۱، صص ۱۴۸-۱۲۷.
۲۲. شیرازی، سیدرضا (۱۳۹۶). آنالیز ابزار اصولی «بنای عقلا» به روش بررسی مولفه واژه‌های آن و تحلیل کاربردها و ارتکازات، مجله فقه و اصول، شماره ۱۰۹، صص ۳۱-۴۷.
۲۳. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۹۱). اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران، تبریز: انتشارات فروزش.
۲۴. شعاریان، ابراهیم (۱۳۹۳). مطالعه تطبیقی تعدیل وجه التزام، مقاله تقدیمی به دکتر سید حسین صفایی مندرج در مجموعه مقالات حقوق مدنی تطبیقی، تهران: نشر سمت با همکاری موسسه حقوق تطبیقی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۲۵. صالح پور، جهانگیر (۱۳۷۸). امام خمینی، فقیه دوران گذار - از فقه جواهری تا فقه المصلحه؛ مجله کیان، شماره ۴۶؛ صص ۲۶ تا ۳۷.
۲۶. صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۰۸). مباحث الاصول، تقریرات حسینی حائری، کاظم، قم: مطبعه مرکز للنشر-مکتب الاعلام الاسلامی.
۲۷. صدر، محمدباقر (۱۴۱۷). بحوث فی علم الاصول مع تقریرات حسن عبدالساتر، بیروت: دار الاسلامیه.
۲۸. صدر، رضا (۱۴۲۰). الاجتهاد و التقليد، قم: بی‌نا.
۲۹. طباطبایی، محمدحسین (بی‌تا). حاشیة الکفایة، قم: بنیاد علمی فرهنگی علامه طباطبایی.
۳۰. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (۱۴۱۸). ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل (ط- الحدیث)، مصحح: محمد بهره‌مند- محسن قدیری- کریم انصاری- علی مروارید، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۱. ضیایی‌فر، سعید (۱۳۹۸). قاعده اولیه حجیت سیره‌های عقلایی جدید در غیر عبادات، مجله جستارهای فقهی اصولی، شماره ۱۷، ۲۷-۷.

۳۲. عالمی، شهاب‌الدین (۱۳۹۸). تاملی در باب روش تحقیق میدانی در پژوهش کیفی، مجله دستاوردهای نوین در مطالعات علوم انسانی، شماره ۱۱، ۱۱۴-۱۰۶.
۳۳. عراقی، ضیاء‌الدین (۱۴۱۷). *نهایه الافکار*، قم: دفتر انتشارات اسلامی
۳۴. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۴). *فقه و عرف*، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۳۵. فیض، علیرضا (۱۳۷۳). *مبایذ فقه و اصول*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۶. فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی (بی تا). *مفاتیح الشرائع*، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی (ره).
۳۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۸. گروت، لیندا و وانگ، دیوید (۱۳۹۰). مجموعه مقالات روش‌های مطالعه کیفی در پژوهش‌های اجتماعی، تهران: مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام.
۳۹. عمید، حسن (۱۳۵۷). *فرهنگ فارسی*، تهران: انتشارات امیرکبیر.
۴۰. محبی، ابوالفضل (۱۳۹۳). *تحلیل اقتصادی ضمانت اجراهای مدنی نقض تعهدات پولی*، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۷، صص ۱۴۴-۱۱۳.
۴۱. معین، محمد (۱۳۷۱). *فرهنگ فارسی*، تهران: انتشارات امیرکبیر.
۴۲. مکارم‌شیرازی، ناصر (۱۴۲۸). *العروة الوثقی مع تعلیقات آیت الله العظمی مکارم‌شیرازی و عدة من الفقهاء العظام*، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب.
۴۳. مکارم‌شیرازی، ناصر (۱۴۲۵). *أنوار الفقاهة - کتاب النکاح*، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۴۴. مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳). *مختصر التذکره بأصول الفقه*، قم: المؤتمر العالمي لألفية الشيخ المفید.
۴۵. موسوی خمینی، روح‌الله (۱۴۱۰). *البیع*، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۴۶. موسوی خویی، سید ابو القاسم (۱۴۱۸). *المستند فی شرح العروة الوثقی؛ الإجارة*، تحت اشراف جناب

آقای لطفی، قم: بی‌نا.

۴۷. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۶۸). مصباح الفقاهه، قم: انتشارات وجدانی.
۴۸. منتظری نجف‌آبادی، حسین علی (۱۴۰۹). دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدوله الإسلامیه، قم: نشر تفکر.
۴۹. میننی، اس.ار (۱۳۹۵). روش شناسی تحقیق در حقوق، ترجمه ناظمی، نازآفرین، تهران: نشر میزان.
۵۰. نایینی، محمدحسن غروی (۱۴۰۶). فوائد الاصول مع تقریرات شیخ محمدعلی کاظمی خراسانی، قم: موسسه انتشارات اسلامی.
۵۱. نائینی، محمد حسین غروی (۱۳۷۳). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تهران: المکتبه المحمديه.
۵۲. نراقی، احمدبن محمدمهدی (۱۴۱۷). عوائدالایام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۵۳. نعمان، محمود (۱۹۷۵). موجز المدخل للقانون: النظریه العامه للقانون و النظریه العامه للحق، بیروت: دار النهضه العربیه.
۵۴. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن (۱۴۰۴). جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام، به تحقیق: قوچانی، عباس و آخوندی، علی؛ بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۵۵. ویرالی، میشل (۱۳۶۴). تفکری بر تئوری حقوق فراملی، ترجمه ناصر صبح‌خیز، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳، صص ۱۰۷-۸۸.
۵۶. Beatson. J. (۱۹۸۸). *Anson's Law of Contract*, ۲۷ th, London, Oxford University Press.
۵۷. Hyland, R. (۱۹۹۴). Pacta sunt servanda: a meditation, *Virginia Journal of International Law*(۳۴:۲) ۴۰۵-۴۳۳.
۵۸. Lando, O, Beale, H, Prüm, A, Zimmerman, R, Kluwe, E.C (۲۰۱۹). *Principles of European Contract Law: Parts 1 and 2*. P. ۱۷, ۱۹
۵۹. Treitel, G. H (۲۰۱۵). *law of contract*, Fourteen Edition, Sweet & Maxwell Ltd, UK.
۶۰. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_n_o=X-۱۰&chapter=۱۰&clang=en
۶۱. <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/۹۵۷۶۷>

