

نقد وصول و فقر اصول

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۴/۲۳

تاریخ تأیید: ۱۳۹۹/۹/۱۴

عبدالرضا علیزاده*

چکیده

اصول فقه مجموعه‌ای از علم و فنّ مربوط به استنباط احکام از منابع معتبر شرعی بود که رفته‌رفته در کنار علم فقه شکل گرفت و در آغاز به‌عنوان ابزاری برای فهم کتاب و سنت و استخراج درست قواعد از این منابع به شمار می‌آمد؛ اما پس از آن به‌صورت رشته‌ای مستقل مورد توجه قرار گرفت. با ایجاد دانشکده‌های حقوق در ایران، یکی از دروسی که به‌عنوان دروس تخصصی علم حقوق ارائه گردید اصول فقه بود و آنگاه کتاب‌هایی توسط استادان حقوق در این زمینه نگاشته شد و در لابه‌لای کتاب‌های حقوقی به‌ویژه حقوق مدنی به قواعد و فنون اصولی استناد گردید. در مقاله حاضر، نویسنده بر اساس تحقیق و تجربه دو دهه تدریس علم اصول تلاش کرده است تفسیرهای نادرست رایج را در این قلمرو نقد کند و در نهایت به‌عنوان نتیجه این بررسی انتقادی پیشنهاد شده است که این رشته علمی با عنوان «استدلال حقوقی» در دانشکده حقوق تکمیل شود و در جریان کارآموزی قضاوت و وکالت مورد اهتمام ویژه قرار گیرد و یادگیری علم و فنّ هدف قرار گیرد.

واژگان کلیدی: علم اصول، فنون استنباط، اطلاق، مفاهیم، تعارض، تضاحم، برائت، استصحاب.

۳۲۱

حقوق اسلامی / سال هفدهم / شماره ۶۷ / زمستان ۱۳۹۹

مقدمه

بیش از ۲۰ سال تدریس علم اصول در دانشکده حقوق به صورت نظری و کاربردی، موجب تأملاتی در خصوص مسائل خُرد و کلان علم اصول گردیده است؛ از اشکالاتی که در طرح کلی (باب‌بندی) علم اصول وجود دارد تا ایرادهایی که در تطبیق قواعد اصولی بر مسائل و مقررات حقوقی رخ نموده است. هرچند این عرصه آنقدر گسترده است که نمی‌توان در یک مقاله به تمام آن تأملات مربوط به آن پرداخت، اما در حدی که در چارچوب یک مقاله علمی - پژوهشی امکان‌پذیر باشد، به بررسی آنها اقدام خواهیم کرد. نکته دیگر در روش این بررسی است که هرچند این امکان وجود دارد که در هر مورد به آثاری که آن خطای اصولی یا تفسیری را مرتکب شده‌اند، ارجاع بدهیم اما برای خودداری از اینکه گمان رود به جنگ استادان برخاسته‌ایم، از دادن آدرس دقیق خودداری کرده‌ایم و البته آنقدر بعضی از این مسائل مشهور و چشم‌گیرند که استادان و محققان به آسانی می‌توانند مرجع ضمیر را پیدا کنند و نیازی به بیان آدرس دقیق یا نام نویسندگان نیست. نکته آخر در مقدمه این است که برخی از ایرادها در سطح علم اصول مرجع (دانش اصول در حوزه‌های علمیه) و برخی دیگر مربوط است به آثار دانشگاهی حقوقی و اصولی، اما نویسنده به هیچ وجه مدعی آن نیست که متوجه خطایی نهایی شده است چون ممکن است که در زمینه‌ای خود دچار جهل مرکب باشد؛ بر این پایه، آنچه مرا به نوشتن و ارائه این تأملات واداشت، امید تأثیر و پیشرفت علم اصول و استدلال حقوقی در دانش حقوق است، هرچند که فقط پاره‌ای از این تأملات و ایرادها مورد پسند ارباب نظر قرار گیرد. امیدوارم نیت نویسنده و فروتنی حقیقی او در برابر همه حقوقدانان ایرانی، تنیدی و صراحت قلم را در طرح مباحث موجّه نماید و تحمّل آن را برای حقوقدانان و نویسندگان حقوقی امکان‌پذیر کند.

۱. نقدهای عمومی بر ساختار و روش علم اصول

به نظر می‌رسد برخی ملاحظات درباره ساختار و تبویب علم اصول به‌ویژه به ترتیبی که در دانشکده‌های حقوق تدریس می‌شود، قابل طرح باشد. افزون بر این، پاره‌ای ملاحظات روش‌شناختی وجود دارد که توجه به آنها می‌تواند اصلاحات مؤثری به بار آورد (مانند تفکیک منابع قواعد شرعی از فنون استنباط).

۱-۱. طرح اصول فقه (باب بندی)

در باب باب بندی (تبویب) علم اصول سخن های بسیار گفته اند و در خود علم اصول مشرب های گوناگونی وجود داشته است که در نهایت به تبویب منسوب به شیخ محمدحسین اصفهانی (اصفهانی، ۱۴۱۶، ص ۲۲) منتهی شدند (یعنی تقسیم ابواب علم اصول به مباحث الفاظ، مباحث حجّت، مباحث عقل، مباحث اصول عملی) و اخیراً باب بندی سید محمدباقر صدر (تقسیم مباحث علم اصول بر اساس ادله و توأمان هم از ادله معتبر سخن می گوید و هم از چگونگی استناد به آنها) در کتاب دروس فی علم الاصول (الصدر، ۱۹۷۸) بسیار مورد توجه قرار گرفته است. به هر صورت، از آغاز شکل گیری فقه و علم اصول، محور استنباط مراجعه به منابع متنی معتبر (کتاب و روایات) و اولین فنون مورد نیاز برای استنباط، فنون تفسیر لفظی بود. این برنامه آموزشی شاید در حوزه های علمیه ایرادی به شمار نیامد، اما در دانشکده های حقوقی متناسب با دانسته های دانشجویی که از مدرسه به دانشگاه آمده نبود و نیست به ویژه که واحدهای اصول در همان ترم های نخست ارائه می شد و دانشجو بدون آنکه بدانند با این فنون تفسیر الفاظ (مانند اصول و فنون هرچه در مفاهیم، عام و خاص، مطلق و مقید و مجمل و مبین) چه متونی را باید تفسیر کند. البته همین ایراد در آموزش های حوزوی نیز وجود دارد و منطقاً نخست باید منابع (ادله) شناخته شود و آنگاه به فراگیری فنون و ابزارهای استنباط قواعد از آن منابع متنی پردازند. بر این پایه، باید مباحث علم اصول به ترتیب زیر قرار گیرد: مباحث حجّت (منابع معتبر)، مباحث الفاظ (اصول و فنون تفسیر الفاظ)، مباحث ادله عقلی، مباحث اصول عملی، امیدوارانه در این جا نگاشتم تا بماند و بدانند که من بیست سال تلاش کردم این برنامه نادرست را دگرگون کنم اما نتوانستم و صورت گرای نظام اندیش همیشه بر ارزش های علمی و دانایی و آزادی چیره است.

۱-۲. تمایز میان منابع قواعد و فنون استنباط

در مباحث حجّت از دیرباز مجموعه ای از منابع و روش های استنباط توأمان با عنوان «ادله معتبر شرعی» بررسی شده است؛ وقتی با دقت به آنها می نگریم دسته ای از آنها مانند کتاب، سنت، اجماع، عقل، بنای عقلا، عمل اهل مدینه، عمل صحابه و عرف واقعاً منبع حقوق (The Source of Law) هستند یعنی مرجعی به شمار می آیند که با مراجعه به آنها می توان قواعد حقوق اسلامی را یافت و استخراج کرد و از این جهت، بسیار به منابع حقوق (قانون، عرف، رویه قضایی و دکترین)

شباهت دارند؛ اما دسته‌ای دیگر مانند قیاس، استحسان، استصلاح و سدّ ذرایع فنونی‌اند که به کمک آنها می‌توان قاعده‌ای را طراحی کرد و ساخت، البته با این باور که شارع (قانونگذار) باید نتیجه آن را بپذیرد. این در آمیختگی غیر منطقی دانشجویان حقوق را سردرگم می‌کند و البته استادان علم اصول باید در ابتدا این تفکیک را انجام دهند (یعنی منابع قواعد را از فنون استنباط جدا کنند) و به ذهن مخاطبان سامان بخشند.

۱-۳. جایگاه اجرای قاعده اصولی و عدم امکان بازگشت به قراین خاص

همواره عالمان اصول این تذکار را مطرح می‌کنند که در مورد تردید در تفسیر متن^۱ نخست و پیش از مراجعه به قواعد اصولی باید به جست‌وجوی قراین خاص (چه قراین متنی و لفظی و چه قراین فرامتنی و غیرلفظی) پرداخت و در صورت فقدان یا نیافتن قراین خاص یا متعارض بودن قراین گوناگون، اگر راه به واقعیت نیافتیم، آنگاه باید به سراغ قاعده اصولی برویم. برخی از نویسندگان در نمونه‌هایی که بیان کرده‌ایم، پس از بیان قاعده اصولی جاری در آن مسئله، می‌نویسند که البته نمی‌توان در تمام موارد چنین راه‌حلی را پذیرفت و گاه قراینی وجود دارد. باتوجه به توضیحات پیش‌گفته آشکار می‌گردد که این نویسندگان، دچار لغزش در اندیشه شده و دوباره به قلمرو قراین خاص بازمی‌گردند. در بحث دوران میان نسخ و تخصیص و نیز در بحث ملازمه میان نهی و فساد، این لغزش آشکار است.

۱-۴. غفلت از فایده آموزشی علم اصول و تمرکز بر فایده پژوهشی آن

بیشتر کتاب‌های علم اصول حوزوی و دانشگاهی بر فایده پژوهشی علم اصول تمرکز کرده‌اند و با درک این امر که قرار است قواعد علم اصول، روش استنباط احکام فرعی شرعی از منابع معتبر باشد و در واقع روش استنباط فقهی است، فایده این علم را استفاده از آن در جهت استنباط احکام شرعی از منابع معتبر دانستند غافل از اینکه اکنون که این علم فراهم آمده است، فراگیری درست و دقیق این علم آمیخته به فنون استنباط و استدلال حقوقی، به دانشجویان حقوق این امکان را

۱. برای مثال تردید در استعمال لفظ در معنای حقیقی یا مجازی یا تردید در استعمال لفظ در معنای عام یا خاص یا تردید در اقدام قانونگذار به تخصیص یا نسخ و یا تردید در اینکه قانونگذار کاری را به صورت عینی واجب کرده است یا به صورت کفایی؛ یا تردید در اینکه هدف نهی قانونگذار فقط حکم تکلیفی است یا هم حرمت است و هم فساد.

می دهد که به درک عمیق و دقیق قواعد برآیند تا رفته رفته به حقوقدانی صاحب علم و فنّ بدل گردند و بتوانند آن تفسیرها را به چالش کشیده و نقد کنند. این نقش بسیار مهم علم اصول را در پرورش حقوقدانان آینده «فایده آموزشی علم اصول» می دانیم و بر فایده پژوهشی آن تقدّم دارد.

۲. نقدهای اختصاصی مربوط به تفسیرهای اصولی

در اینجا به پاره‌ای از مهمترین اشتباهات در استنباط‌های اصولی اشاره می‌کنیم. این نوشتار تحقیقی انتقادی در قلمرو علم اصول و علم حقوق است و به هیچ وجه آموزشی نیست و به همین دلیل، به وجه در صدد توضیح مفاهیم و نظریه‌ها نیست و مخاطب آن محققان و استادانند:

۲-۱. ایرادهای مرتبط با استناد به اطلاق

۳۲۵

حقوق اسلامی / نقد و وصول و فقر اصول

در کتاب‌های علم اصول که برای دانشجویان حقوق نوشته‌اند، گاهی می‌توان دید که مطلقاً را به عنوان عام معرفی کرده‌اند؛ هرچند می‌دانیم که عام می‌تواند از جهاتی اطلاق داشته باشد، اما برخی واژه‌ها یا تعبیر و یا جملات، فقط اطلاق دارند و به هیچ وجه نمی‌توان از عموم آنها سخن گفت. این مورد و موارد دیگری چون نادیده انگاشتن مقدمات حکمت، عدم تمایز میان تمسک به اصل اطلاق و استناد به نص در اطلاق و نیز تمسک به مفهوم اولویت به جای تمسک به اطلاق در این قسمت بررسی و نقد می‌شود.

۲-۱-۱. عموم‌انگاری اطلاقات

یکی از اشتباهات بسیار رایج این است که نویسندگان حقوقی جملات قانون را که دارای اطلاق است به عنوان عموم مطرح کرده‌اند، مانند ماده ۴ ق.م. مدنی که می‌گوید: «اثر قانون نسبت به آتیه است»^۱ آنگاه ذیل ماده را نیز مخصّص متصل قلمداد کرده‌اند، در حالی که ماده آشکارا اطلاق (هرچند اطلاق شمولی) دارد.

همین اشتباه فاحش در خصوص ماده ۲۶۷ ق.م. رخ نموده است که شماری از نویسندگان

۱. «اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد مگر این که در خود قانون مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد».

۲. «ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جائز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد و لیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند اگر با اذن باشد حق مراجعه به او دارد و الا حق رجوع ندارد».

اصولی و حقوقی این ماده را دارای عموم انگاشته و آنگاه مفهوم مخالف ماده ۷۲۰ ق.م.ا را با آن در تعارض دانسته و یکی از راه‌های حل تعارض را چنین اعلام کرده‌اند که مفهوم مخالف ماده ۷۲۰ را مخصص منفصل ماده ۲۶۷ بدانیم، درحالی‌که ماده ۲۶۷ عموم ندارد بلکه اطلاق دارد و النهایه می‌توان ماده ۷۲۰ را مقید آن دانست^۱ (شرح این مورد خواهد آمد).

۲-۱-۲. نادیده‌انگاشتن مقدمات حکمت

عالم‌ان اصول بر این باورند که برای تمسک به اطلاق، یا باید قراین خاص قطعی در کار باشد (که در این صورت، آن متن نص در اطلاق خواهد بود) و یا اینکه قراین عمومی (مقدمات حکمت) موجود باشد و یکی از مقدمات حکمت امکان تقیید است که بر اصل تلازم میان اطلاق و تقیید مبتنا دارد (نایینی، ۱۳۷۶، ص ۵۷۳-۵۷۴ / مظفر، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۱۷۲-۱۷۳). در هر موردی که در یک متن شرعی یا قانونی، حقی یا تکلیفی یا اختیاری یا قدرتی به صورت مطلق بیاید و با توجه به اصل نسبی بودن اطلاق و تقیید فقط از آن جهاتی می‌توان آن را مطلق دانست که تقیید از سوی قانونگذار در آن مورد، ممکن و شایسته و بجا باشد. متأسفانه سال‌هاست که دادگاه‌های ما (به پیروی از برخی حقوقدانان) به اطلاق ماده ۲۳۰ ق.م.ا استناد کرده و نسبت به تنفیذ وجه التزام‌های گزاف و نامتعارف رأی صادر کرده‌اند و این درحالی است که در کشورهای مبدأ که حقوق ایران این تأسیس حقوقی را از آنها گرفته است، دادگاه‌ها به تعدیل وجه التزام گزاف و نامتعارف اقدام کرده‌اند و حتی قوانین خود را متناسب با آن تغییر داده و به دادگاه چنین اجازه‌ای را داده‌اند. مستند اصلی دادگاه‌ها در تنفیذ این شرط ظاهر ماده ۲۳۰ (اصل اطلاق) است ولی باید دانست که برای تمسک به اطلاق

۱. «ضامنی که به قصد تبرع ضمانت کرده باشد حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد».

۲. از طرفی باید دانست بنا بر نظری باب ضمان اساساً از مقوله ایفای دین از جانب غیر مدیون خارج است چون طبق فقه و حقوق ایران ضامن پس از تحقق عقد ضمان خود نیز مدیون آن دین به‌شمار می‌آید پس تأدیه از سوی او ایفای دین از جانب غیر مدیون نیست. افزون بر این، چیزی که باعث می‌شود که اساساً بتوان به عدم وجود تعارض میان ۲۶۷ و ۷۲۰ باور یافت این است که فقیهان تصریح کرده‌اند که مراد از تبرع و عدم تبرع در باب ضمان همان عدم اذن و اذن است و در واقع، از نظر فقیهان امامیه، ضمان غیر تبرعی عبارت است از عقد ضمانی که ضامن به اذن و درخواست مضمون‌عنه، اقدام به عقد ضمان به طرفیت مضمون‌له کند (مفهوم مخالف ماده ۷۲۰ قانون مدنی). ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۰۳، ص ۱۲۰-۱۲۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۸۲-۱۸۹؛ نجفی، ۱۲۶۲، ص ۱۲۳-۱۲۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، ص ۲۵۵-۲۵۶؛ کاتوزیان، ۱۳۶۴، ص ۳۴۷-۳۴۹.

۳. «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی به‌عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آن چه که ملزم شده است محکوم کند».

باید ثابت کرد که قانونگذار شایسته و بجا بود که آن را تقیّد به وجه التزام عادلانه و منصفانه کند تا بتوان ادّعا کرد که از این جهت (عادلانه یا ظالمانه بودن/ منصفانه یا غیر منصفانه بودن/ متعارف یا نامتعارف بودن) اطلاق دارد اما باتوجه به دانش قانونگذاران قانون مدنی و باتوجه به مواد ۹۷۵ و ۱۰ قانون مدنی و اصول حقوقی موجود در حقوق اسلامی که شرط تا آنجا نافذ است که شرط نامشروع نباشد، شرطی که مستلزم اکل مال به باطل نباشد و شرطی که برخلاف مقتضای ذات عقد نباشد و قطعاً شرط وجه التزام موجود در ماده ۲۳۰ نسبت به این جهات و حالات اطلاق ندارد. در واقع، شرط اول مقدمات حکمت محقق نیست یا اگر برخی بگویند که امکان تقیید وجود دارد می توان گفت که باتوجه اصل چهارم قانون اساسی (که اصل اسلامی بودن بر عموم و اطلاق همه قوانین حاکم است) و مواد متعدد قانونی مانند مواد ۱۰ و ۹۷۵ و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی قراین قطعی بسیاری وجود دارد که ماده ۲۳۰ نسبت به شرط گزاف ناعادلانه و غیر منصفانه و بر خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی اطلاق ندارد و بنابراین استناد به اطلاق ماده ۲۳۰ از این جهات نادرست است هر چند از جهات دیگر ممکن است اطلاق داشته باشد. برای نمونه نسبت به میزان این وجه التزام تا حدّی که به حدّ نامتعارف و غیر منصفانه نرسد، اطلاق دارد. در رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور^۱ در خصوص نادرستی تعدیل شرط وجه التزام در تعهدات پولی به میزان شاخص، به اطلاق ماده ۲۳۰ ق.م. استناد کرده اند و چقدر بجا و لازم می نماید که دیوان در رأی خود به دلیل نسبی بودن اطلاق و تقیید، آن جهت اطلاقی را که مورد نظر آن هاست، بیان می کردند، تا گمان نرود که دیوان ماده ۲۳۰ را مطلق من جمیع الجهات می داند که از نظر اصولی کاملاً دیدگاهی کاملاً نادرست است و بسا در آرای قضایی به همین اطلاق من جمیع الجهات ماده ۲۳۰ قانون مدنی نابجا و نادرست استناد کرده اند.

۱. رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور: «تعیین وجه التزام قراردادی به منظور جبران خسارت تأخیر در ایفای تعهدات پولی، مشمول اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی و عبارت قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ است و با عنایت به ماده ۶ قانون اخیرالذکر، مبلغ وجه التزام تعیین شده در قرارداد، حتی اگر بیش از شاخص قیمت های اعلامی رسمی (نرخ تورم) باشد، در صورتیکه مغایرتی با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد، معتبر و فاقد اشکال قانونی است. بنا به مراتب، رأی شعبه ۵ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران تا حدّی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می شود».

۲-۱-۳. تمایز میان تمسک به اصل اطلاق و نصّ در اطلاق

از این نکته بسیار مهم بسیاری از نویسندگان غفلت کرده‌اند تلاش می‌کنم در قالب ماده ۲۶۷ ق.م. آن را توضیح دهم. قانونگذار از این ماده پس از آنکه می‌گوید ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است، قیدی آورده است: «ایفای دین از جانب غیر مدیون هم جایز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد. ولیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند، اگر با اذن باشد، حق مراجعه به او دارد و الاً حق رجوع ندارد». قید «اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد» قرینه لفظی قطعی بر اطلاق «ایفای دین از جانب غیر مدیون» است که شامل مأذون و غیر مأذون می‌شود و در این صورت این جمله نصّ در اطلاق است؛ اما همین «ایفای دین از جانب غیر مدیون» نسبت به اینکه پرداخت‌کننده در آن رابطه حقوقی، ذی نفع باشد یا نباشد هم اطلاق دارد اما این اطلاق بر اساس مقدمات حکمت (قراین عمومی ظنی) فهم می‌شود و محل اجرای اصل اطلاق است که خود از چهره‌های اصل ظهور انگاشته می‌شود (ر.ک: مظفر، ج ۱، [بی تا]، ص ۲۸-۳۱/علیزاده، ۱۳۹۷، ص ۱۰۹-۱۱۹).

تفسیر نخست نصّ و از جمله ادله قطعی است و تفسیر دوم مبتنی بر ظهور در اطلاق و دلیل ظنی معتبر (اماره) به شمار می‌آید.

۲-۱-۴. تمسک به مفهوم اولویت به جای تمسک به اطلاق

یکی از تفسیرهای رایج نادرست در میان نویسندگان اصول این است که در مواردی که موضوع جمله اطلاق دارد و اطلاق آن هم بر اساس قرینه لفظی قطعی بوده و بنابراین ماده نصّ در اطلاق است، آن را از مصادیق قیاس اولویت تلقی کرده و مدّعی آنند که به طریق اولی قانونگذار باید آن مورد را هم قبول داشته باشد.

نویسنده بدون هیچ ادّعایی و بدون آنکه خود را نیز از خطا و لغزش مبرا بداند، در بخش مفاهیم اشاره خواهم کرد که خود قیاس (مفهوم) اولویت بر اساس نظریه ابتدای آن بر دلالت التزامی از نوع بین به معنای اخصّ با این دشواری روبه‌رو است که رایج‌ترین نمونه‌هایی که عالمان اصول مطرح کرده‌اند (مانند آیه *فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ*) با این چالش مهم روبه‌رو است که نمونه‌ها هیچ کدام به

۱. «ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جائز است اگر چه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد و لیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند اگر با اذن باشد حق مراجعه به او دارد و الا حق رجوع ندارد».

نحو بین به معنای اخصّ بر معنای مورد ادّعا دلالت ندارند و هیچ مخاطبی بلافاصله پس از خواندن و فهمیدن «فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌّ» از نظر ذهنی به سراغ این معانی نمی‌رود که به پدر و مادر خود ناسزا نگو یا آنها را نزن و بالاتر از آن. فقط ممکن است از باب کنایه بر لزوم رعایت احترام آنها دلالت کند (که این دلالت التزامی از نوع بین به معنای اعمّ و دلالت سیاقی از نوع تنبیه خواهد بود) و قطعاً اندکی تأمل و توجه به اینکه بر خوردهای شدیدتر از این چه حکمی دارد؟ آنگاه بدون نیاز به اثبات گفته می‌شود که بله آنها هم سزاوار نیستند. پس اصل این حرف که این امور مدلول التزامی از نوع بین به معنای اخصّ خود در غایت بُعد و اشکال است.

اما از سوی دیگر، در مواردی مانند ماده ۲۴۹ ق.م. که می‌گوید: «سکوت مالک ولو با حضور در مجلس عقد اجازه محسوب نمی‌شود»، قید «ولو با حضور در مجلس عقد» قرینه لفظی قطعی است بر اینکه قانونگذار در سکوت مالک سکوت مالک با حضور در مجلس عقد و مقارن با انعقاد و یا سکوت مالک بعد از انعقاد (یعنی حدوداً و بقائاً) را مدّ نظر داشته و بنابراین موضوع این جمله اطلاق دارد و اصل اطلاق هم جاری نمی‌کنیم بلکه بر این باوریم که ماده نصّ در اطلاق است از جهت حضور یا عدم حضور مالک. پس جایی برای تفسیر براساس مفهوم اولویت وجود ندارد چون هر دو فرض در اطلاق (منطوق ماده) توسط قانونگذار لحاظ شده است. و هم چنین است تفسیر ماده ۲۰۳ ق.م. (اطلاق «اکراه» که اعمّ است از اکراه از سوی خود متعاملین یا شخص خارجی غیر از متعاملین)، ماده ۲۷۵ ق.م. (اطلاق «چیز دیگری» که اعمّ است از اینکه آن چیز از نظر قیمت کمتر یا معادل یا بیشتر از موضوع تعهد باشد)، ماده ۳۱۵ ق.م. (اطلاق «هر نقص و عیب» که اعمّ است از اینکه مستند به فعل غاصب باشد یا نباشد)، ماده ۳۱۶ ق.م. (اطلاق شخص غصب‌کننده از غاصب سابق که اعمّ است از اینکه به غاصبیت غاصب اول جاهل باشد یا عالم باشد) و ماده ۲۰ ق.م. (اطلاق «مبیع» و «عین مستأجره» که اعمّ است از اینکه از اموال منقول باشد یا غیر منقول).

در همه این موارد، در واقع موضوع جمله اطلاق دارد و نصّ در اطلاق است و با وجود دلالت منطوقی جمله بر اطلاق دیگر روا نیست که صورت اقوی (نیرومندتر و سزاوارتر) را با استناد به مفهوم اولویت اثبات کرد.

۲-۲. مفاهیم

در این بخش به بررسی و نقد مفهوم اولویت از دیدگاه عالمان اصول و نیز مسئله تخصیص به وسیله مفهوم مخالف و همچنین چند خلط مبحث مهم دیگر از جمله درآمیختن اصل عدم با ادعای عدمی و درآمیختن تعارض و تراحم و درآمیختن ظهور لفظی و ظاهر حال خواهیم پرداخت.

۲-۲-۱. مفهوم اولویت

برخی از عالمان اصول می‌گویند که مفهوم اولویت از موارد دلالت اثر مهمی از نوع بین به معنای اخص است (برای نمونه ر.ک: نایینی، ۱۳۷۶، ص ۴۷۷) و بر این پایه، باید به محض توجه یافتن ذهن مخاطب متعارف به منطوق جمله و بدون نیاز به توجه به هیچ عنصر دیگری غیر از منطوق جمله و بلافاصله، معنای مفهوم نیز حاضر شود. با ادعای بسیاری از نویسندگان، آیه «فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا» (اسراء: ۲۳) به مفهوم اولویت بر ممنوعیت زدن پدر و مادر دلالت دارد. درحالی که اگر دقت کنید در تمام مواردی که شما این مثال را برای دیگران بیان می‌کنید، هیچ‌گاه ذهن آنها بلافاصله به سوی زدن یا کشتن پدر و مادر نمی‌رود و وقتی به آنها تذکر و تنبیه می‌دهید که نسبت به زدن و کشتن باید نظر شارع چه باشد، بلافاصله می‌گویند که بله باید به طریق اولی این کارها نیز - که ناپسندتر و زشت‌تر هستند - ممنوع باشند. اما این مفهوم از نوع دلالت التزامی بین به معنای اخص نیست، بلکه بین به معنای اعم است. بین به معنای اخص در مفهوم مخالف شرط، حصر و غایت بسیار آشکار است. ایده‌ای را که در این جا مطرح می‌کنیم به تحقیق بیشتری حاجت مند است و آن این است که در واقع ما فقط با یک نوع اولویت روبه‌رو نیستیم، هرچند همه موارد را می‌توان با عنوان «ملازمه اولویت» از انواع ملازمه‌های دیگر متمایز کرد:

الف) ملازمه اولویت از نوع بین به معنای اخص (که هنوز نمونه‌ای در قوانین برای آن نیافتیم).

ب) ملازمه اولویت از نوع بین به معنای اعم (مانند «فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ» و ماده ۳۱ ق.م. نسبت به

اولویت سلب مالکیت) که از جمله دلالت‌های سیاقی خواهد بود.

ج) ملازمه اولویت از نوع غیربین که باید آن را در جمله استلزام‌های عقلی قرار داد، مانند قیاس

اولویت مادر جانشین در باروری‌های مصنوعی به زن مرضعه (مادر رضاعی) با این ادعا که مادر

جانشین نسبت به زن مرضعه از جهت ایجاد حرمت میان نوزاد و مادر جانشین، اولویت دارد.

قطعاً این ملازمه اولویت باید با بررسی همه ادله اثبات شود، پس می‌توان گفت که ملازمه از نوع غیربیین است و باید از جمله استلزام‌های عقلی (احکام عقلی غیر مستقل) به‌شمار آید. نمونه دیگری که می‌توان برای ملازمه اولویت از نوع استلزام‌های عقلی در میان قوانین یافت، تبصره ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی است: «چنان‌چه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد». می‌دانیم که آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور لازم‌الاتباع بوده و در حکم قانون است و هم‌چنین به حکم ماده ۹ ق.م.مفاد عهدنامه‌ها پس از الحاق به آن در حکم قانون داخلی است. اگر بتوان ثابت کرد که جایگاه قانون از مفاد عهدنامه‌ها و آرای وحدت رویه بالاتر است، در این صورت می‌توان گفت که اگر قاضی مجتهد باشد و رأی وحدت رویه یا مفاد عهدنامه‌ای را خلاف شرع بداند، به طریق اولی باید پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع داده شود. البته این تابع اثبات اولویت قانون نسبت به مفاد عهدنامه‌ها و آرای وحدت رویه است.

۲-۲-۲. تخصیص به‌وسیله مفهوم مخالف

برخی نویسندگان یکی از مثال‌های بارز تخصیص به‌وسیله مفهوم مخالف را تخصیص عموم ماده ۲۶۷ ق.م. به‌وسیله مفهوم مخالف ماده ۷۲۰ ق.م. می‌دانند. نخستین نکته اصولی که پیش‌تر نیز گفته آمد این است که اساساً ماده ۲۶۷ اطلاق دارد در اذن و عدم اذن و اطلاق آن هم با قرینه لفظی موجود در ماده، به‌صورت نص در اطلاق است نه ظهور در اطلاق. در این صورت اساساً از بحث تخصیص به‌وسیله مفهوم خارج است و ممکن است در بحث تقیید به‌وسیله مفهوم مخالف قابل طرح باشد. افزون بر این، همان‌طور که فقیهان و عالمان حقوق نیز گفته‌اند ضمان عقدی به باور اکثر موجب آن می‌شود که ضامن، دین مدیون را بر عهده گیرد و متعهد به پرداخت آن بشود و آنگاه به‌عنوان متعهد آن دین (یا یکی از متعهدین آن) آن را ایفا می‌کند. ماده ۶۹۸ ق.م. مقرر کرده است: «بعد از اینکه ضامن به‌طور صحیح واقع شد ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود». براساس این تفسیر، ماده ۷۲۰ در همان موضوع ماده ۲۶۷ نیست تا تعارض ظاهری پیدا کنند. در نهایت اگر هم گفته شود که بالاخره در این جا نیز مدیون اصلی وجود دارد با توجه به تصریح برخی از فقیهان به این نکته که مراد فقیهان در باب ضمان از تبرع و عدم تبرع همان عدم اذن و اذن است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۸۲-۱۸۹). آنچه در این جا گفته شد فقط

بحث اصولی در خصوص تعارض مفاد مواد ۲۶۷ و ۷۲۰ ق.م. است و الا هم در خصوص ایفای دین از جانب مدیون و هم عقد ضمان نکات فراوانی وجود دارد که باید در نوشتار مستقلی به آن پرداخت. برای نمونه فقط اشاره می‌کنم که اصلاً مسلم و قابل قبول و معقول نیست که بدون اطلاع و رضایت مدیون، دین او را پرداخت (see: DCFR, 2009, III-2-107) شایان ذکر است که ماده ۲۶۷ ق.م. نسبت به قیودی چون رضایت یا عدم رضایت مدیون و نیز ذی‌نفع بودن و ذی‌نفع نبودن شخص ثالث پرداخت‌کننده در اجرای آن تعهد اطلاق دارد.

۲-۳. چند خلط مبحث مهم

خلط مبحث (نسنجیده در آمیختن) مباحث علم اصول آنقدر در استدلال‌های حقوقی بسیار است که شاید بتوان کتابی درباره آن نگاشت؛ اما در این جا به عنوان نمونه، به چند مورد که هم در استدلال‌های عالمان حقوق و هم در آرای قضایی راه یافته است، اشاره می‌کنیم:

۲-۳-۱. در آمیختن اصل عدم و ادعای عدمی

اصل عدم بر این مبنای فکری استوار شده است که همه چیزها و همه وقایع مسبوق به عدم هستند و آنگاه به سببی یا اسبابی از مباحث عدم به وجود پا می‌نهند. در صورت شک در اینکه امری که حالت عمومی آن بر اساس حکم عقل یا عادت، عدم (نبودن و عدم تحقق) آن است، اصل را بر عدم می‌گذاریم و وجود یافتن و تحقق آن از نظر اثباتی به ارائه دلیل نیازمند است. باید دانست که اصل عدم، نوعی استصحاب عدمی نیست.^۱ این اصل هم در قلمرو وقایع بیرونی (چهره‌های آن اصل عدم ازلی، اصل عدم تذکیه، اصل تقدّم و اصل عدم نسخ) و هم در قلمرو تفسیر متن (مانند عدم نقل، عدم اشتراک، عدم قرینه، عدم تقیید، عدم تقدیر) اجرا می‌شود. تا زمانی که شخصی موافق با آن عدم نوعی سخن بگوید، سخن او مطابق اصل عدم است و برای اثبات آن سخن، به همین اصل اتکاء دارد و دلیل دیگری نیاز ندارد. اما اگر در مواردی که شخص برخلاف اصل به فقدان (نبود) چیزی استناد کند، سخن او برخلاف اصل بود و خود یک ادعای منفی و عدمی است

۱. البته برخی اصل عدم را به نوعی استصحاب عدمی ارجاع داده‌اند اما اکثر عالمان اصول، اصل عدم را به بنای عقلا مربوط می‌دانند و شیوه خردمندان نیز به این مبنای عقلایی بلکه عقلی متکی است که حالت نوعی هر امری، مسبوق به عدم است و ذهن آدمی تحول آن را به حالت وجودی، محتاج دلیل می‌داند. بنای عقلا خود به اصول بنیادی و اعتباریاتی متکی است از جمله سهولت و مصلحت.

و باید برای اثبات آن دلیل اقامه کند. یکی از اشتباهات رایج در دادگاه‌ها این است که اگر خواهان بدون هیچ سابقه‌ای آدرس خوانده را در محلی اعلام کرد و خوانده اعلام کند که تاکنون اقامتی در این آدرس نداشته است، سخن او مطابق اصل عدم است و دلیل دیگری نیاز ندارد اما اگر خوانده در قرارداد خود با خواهان، زمانی پیش از اقامه دعوا آدرس خود را اعلام کرده باشد و آنگاه پس از اقامه دعوا و اعلام آدرس او بر عنوان اقامتگاه و ابلاغ اوراق قضایی و تشکیل جلسه اول دادرسی، نمی‌تواند صرفاً با مطرح کردن این سخن «دیگر آدرس من در آن محل نیست»، تقاضای تجدید دادرسی را مطرح کند، چون استصحاب بقای آدرس اعلامی از سوی او در قرارداد با ادعای عدمی او مخالفت دارد و این ادعای عدمی مخالف اصل استصحاب است و فقط با دلایل اطمینان‌بخش می‌توان از آن عدول کرد و وقت دادرسی را تجدید کرد. تفکیک میان استناد به اصل عدم (چه اصل عدم در قلمرو در حقایق و چه اصل عدم در تفسیر متن) و ادعای عدمی امری ضروری در استدلال‌های حقوقی و قضایی است. نمونه دیگر آن را می‌توان در نفی مدیونیت در نظر گرفت: در صورتی که بر اثر اقرار یا دلیل دیگری مدیونیت خوانده آشکار و ثابت گردد، دفاع او به اینکه دیگر مدیون نیستم ادعایی عدمی و برخلاف اصل استصحاب مدیونیت سابق است و بنابراین نیازمند دلیل قاطع است.

۲-۳-۲. در آمیختن تعارض و تراحم

تعارض حالتی است که دو یا چند متن در مقام قانونگذاری با هم قابل جمع نباشد (نایینی، ۱۳۵۲، ص ۵۰۲) که البته به تعارض ظاهری و تعارض واقعی بخش پذیر است. باید دانست که هرگاه دو متن تعارض مفادی داشته باشند در مقام اجرا نیز اجرای آنها با دشواری روبه‌رو خواهد بود اما چنین وضعیتی را در اصطلاح اصول و فقه «تراحم» نمی‌گویند. تراحم در اصطلاح وضعیتی است که با توجه به شرایط بیرونی و اوضاع و احوال مربوط به اجرای قواعد حقوقی رخ می‌نماید (نایینی، ۱۳۵۲، ص ۵۰۲-۵۰۳) و به‌طور ویژه در موردی به‌کار می‌رود که دو قاعده حقوقی از نظر قانونگذاری (طراحی و تدوین متن و مضمون) با هم رویارویی نداشته باشند. برای نمونه اگر متن نخست بگوید که حفظ دین واجب است و متن دیگری بگوید که اجرای حدود واجب است (البته طبق مبنایی که اجرای حدود را از اختصاصات زمان حضور نداند و در زمان غیبت هم واجب بدانند)، در این صورت که این دو قاعده از نظر مضمون و محتوی هیچ برخوردی با هم ندارد، اما در

عمل ثابت گردد که اجرای برخی از حدود مانند رجم و قطع سر و دست موجب خروج افراد از دیانت اسلامی می‌شود، با تزامم این قاعده روبه‌رو هستیم: اجرای قاعده نخست مزاحم اجرای قاعده دوم است و اجرای قاعده دوم مزاحم اجرای قاعده نخست (برای ملاحظه یک تزامم درست، ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۷، ش ۱۲۳).

در آثار حقوقی در مواردی می‌توان خلط این دو بحث را شاهد بود. از جمله در خصوص اصل تسلیط و قاعده لاضرر، برخی از نویسندگان حقوقی مدعی شده‌اند که میان اصل تسلیط و قاعده لاضرر تزامم وجود دارد با این توضیح که این دو قاعده در مرحله وضع، هم تعارضی ندارند، زیرا لازمه انتفاع و تصرف در ملک اضرار به دیگران نیست (همو، ۱۳۹۰، ش ۱۱۲). اما از این امر غفلت شده است که اصل تسلیط اطلاق دارد و همه انواع و انحاء تصرف و سلطه بر ملک را شامل می‌شود از جمله سلطه و تصرفی که موجب زیان دیگران بشود یا نشود یا اینکه زیان به دیگران متعارف باشد یا نامتعارف باشد، تصرف مالک برای دفع ضرر باشد یا نباشد، سلطه و تصرف مالک برای نیاز ضروری باشد یا نباشد. توضیح اینکه در اصل تسلیط، سلطه بر مال را به رسمیت شناخته‌اند و این سلطه اطلاق دارد. بر این پایه، اصل تسلیط نسبت به همه این موارد اطلاق دارد و طبق برخی از تفسیرهای قاعده لاضرر قطعاً، قاعده لاضرر تعارض دارد و بر حسب ظاهر و اطلاق هر دو قابل جمع نیست مگر اینکه از باب تخصیص یا حکومت بین این دو قاعده را جمع کنیم. به همین دلیل است که عالمان اسلامی برای رفع تعارض بین این دو قاعده دیدگاه‌های متفاوتی را ابراز کرده‌اند: برخی به طور مطلق پای اصل تسلیط ایستاده‌اند (طباطبایی، ۱۴۰۴، ص ۲۳۰) و برخی دیگر پاره‌ای از تصرفات زیان‌بار را شامل اصل تسلیط ندانسته‌اند (انصاری، ۱۴۲۸، ص ۴۶۹-۴۷۰) و به هر صورت فقیهان شیعی و اهل تسنن تلاش کرده‌اند این دو قاعده را از نظر مضمون با هم سازگار کنند و این نشان آن است که تعارض وجود دارد و هرگاه میان دو قاعده تعارض باشد، در اجرا نیز به آسانی نمی‌توان هر دو را اجرا کرد؛ اما در اصطلاح، به این حالت «تزامم» نمی‌گویند و همان تعارض است. به بیان ساده، اطلاق هر قاعده باعث می‌شود که در خصوص حالت‌ها و وضعیت‌های مشابهی حکمی مخالف صادر شود: در خصوص مالکی که در ملک خود آتشی با دود بسیار فراهم می‌کند و این امکان وجود دارد که آتش به ملک همسایه سرایت کند، قاعده تسلیط به جواز این گونه از تصرف حکم می‌کند و قاعده لاضرر آن را ضمان آور می‌داند.

۲-۳-۳. در آمیختن ظهور لفظی و ظاهر حال

ماده ۲۶۵ ق.م. مقرر داشته است: «هر کس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرّع است بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد می تواند استرداد کند».

اصل ظهور که مبنای سایر اصول لفظی مانند اصل اطلاق و اصل عموم است در قلمرو تفسیر متن مطرح می شود (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۲۰) و در این جا قانونگذار مبنای حکم خود را ظهور لفظی قرار نداده است، بلکه مبنای حکم قانونگذار یک اماره (دلیل ظنی نوعی) است که به فراوانی آن وضعیت متکی است. مانند اماره فراش، اماره سوق مسلمین و اماره ید و تصرف، اماره مورد نظر بر اقلبیت آن وضعیت مبتنی است. آنگاه استادان و شارحان قانون مدنی برای فهم این نکته که قانونگذار به چه اماره‌ای در ماده ۲۶۵ ق.م. استناد کرده است به ظاهر ماده ۲۶۵ ق.م. استناد کرده‌اند: آیا قانونگذار صرفاً تبرّعی نبودن پرداخت را مدنظر داشت یا اینکه اماره مدیون بودن پرداخت کننده را مورد اشاره قرار داد؟ اثر قضایی این اختلاف نظر آن است که اگر مضمون اماره مورد اشاره ماده ۲۶۵ ق.م. غلبه مدیون بودن پرداخت کننده باشد، دعوی استرداد فقط با اقامه دلیل از سوی خواهان قابل قبول خواهد بود؛ اما در صورتی که مضمون این اماره را صرفاً اصل عدم تبرّع بدانیم، اماره‌ای بر مدیون بودن پرداخت کننده نداریم و پرداخت ممکن است بابت مدیون بودن یا قرض دادن یا وکالت دادن در انجام کاری یا امانت دادن یا عاریه دادن و مانند آن باشد.

اما پرسش مهمی که به تحلیل اصولی این ماده مربوط می شود و برخی از نویسندگان از آن غفلت کرده‌اند این است که آیا برای احراز اصل یا اماره‌ای که قانونگذار در نظر داشت، باید صرفاً به ظاهر ماده ۲۶۵ ق.م. توجه کرد و اساساً ظاهر متن یک قانون در چه مواردی قابل استناد است؟ یکی از استادان برای اثبات این امر که قانونگذار اماره مدیون بودن پرداخت کننده را در مدنظر نداشت یا نمی توان به او نسبت داد می نویسد: «از عبارات ماده ۲۶۵ بیش از این استفاده نمی شود که ظاهر از تسلیم مال این است که به طور تبرّع نبوده است، اما این امر دلالت نمی کند که دادن مال ظاهر در قصد و نیت ادای دین یا اماره بر مدیونیت دهنده به گیرنده است». در نقد این نحوه استناد به ظاهر متن باید دانست که ظاهر تا وقتی حجّت است که قرآینی برخلاف آن وجود نداشته باشد؛ در این جا قرآینی تعیین کننده وجود دارد: از جمله اینکه جایگاهی که این ماده دارد،

منشأً اقتباسی این ماده (ماده ۱۲۳۵ ق.م. فرانسه^۱) و نیز مراجعه به آنچه در بازار و عرف غلبه دارد که مبنای قاعده‌گذاری قانونگذار فرانسوی و ایرانی می‌تواند باشد و آن این است که اغلب افراد در مقام وفای به عهد و ادای دین، چیزی را به دیگران می‌دهند و موارد دیگر مانند امانت دادن یا وکالت دادن یا قرض دادن، در مقابل این فراوانی ناچیز است. در واقع، باوجود این قراین، استناد به معنای ظاهری ماده ۲۶۵ ق.م. استنادی اصولی نخواهد بود، چون یک ظهور تصدیقی ثانوی نیست. در واقع، پرداخت پول یا دادن مالی، زمینه‌ای را ایجاد کرده است که محل جریان اماره مدیونیت است و دیگر اصل عدم مدیونیت (یا به تعبیر برخی اصل برائت^۲) در این جا اجرا نمی‌شود.

۲-۴. اصول عملی

در حوزه اصول عملی مطالعات انتقادی بسیاری قابل طرح است؛ اما در حدود هدف این مقاله که بنا دارد نشان دهد که اهتمام کافی به فراگیری استدلال حقوقی به طور کلی و اصول فقه به طور ویژه در دانشکده‌های حقوق و آموزش وکالت و قضاوت وجود ندارد و لزوم تقویت این بخش از دانش حقوق را اثبات کند، فقط به چند مورد مهم اشاره می‌شود:

۲-۴-۱. اصل برائت

همان‌طور که عالمان اصول تأکید کرده‌اند، اصل برائت برای رهایی از سرگردانی (تحییر) ناشی از شک در تکلیف و دست نیافتن به حکم شرعی در شبهات حکمی (و به عقیده برخی در شبهات موضوعی هم) جریان می‌یابد (ر.ک: انصاری، ۱۴۲۸، ص ۱۹-۱۶۹). پاره‌ای از عالمان اصول برآنند که اصل برائت در شبهات موضوعی جریان نمی‌یابد، چرا که وظیفه شارع بیان احکام کلی است، نه حکم موضوعات خارجی و بر این پایه، اساساً شبهات موضوعی خارج از قلمرو اصل برائت است (انصاری، ۱۴۲۸، ص ۱۲۱) و خاستگاه تاریخی ایجاد اصل برائت در حقوق اسلامی نیز همین امر را تأیید می‌کند. اینکه برخی از نویسندگان حقوقی و اصولی به آسانی دو قاعده حقوقی بسیار بنیادی را که نمی‌توان پذیرفت شریعت اسلامی عمومات و اطلاعاتی در آن خصوص نداشته باشد، به حوزه اصل برائت مربوط کرده‌اند، به شدت گمراه‌کننده است!

1. "Tout paiement suppose une dette: ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition".
 2. در نقدهای بخش اصول عملی نشان خواهیم داد که تعبیر «اصل برائت» در خصوص اصل عدم مدیونیت، دقیق و درست نیست.

نخستین مورد قاعده‌ای است که به «اصل برائت کیفری» شهرت یافته است و مضمون آن این است: اصل بر عدم مجرمیت اشخاص است مگر اینکه با ادله قاطع و معتبر و در نزد مراجع قانونی معتبر و صلاحیت‌دار مجرمیت آن شخص اثبات بشود. آیا می‌توان پذیرفت برای موضوعی به این اهمیت در تفکر اسلامی ادله‌ای نتوان یافت؟! در این جا مجال تفصیل نیست اما با مراجعه به کلام اسلامی و اصل کرامت آدمی و نیز عمومات و اطلاقات گوناگون مانند قاعده ترجیح اشتباه در عفو بر اشتباه در کیفر برگرفته از روایت نبوی □ و نیز روایت از علی بن ابی طالب □ که فرمود: «إِنِّي لَا أَخْذُ عَلَى الثُّهْمَةِ، وَلَا أَعاقِبُ عَلَى الظَّنِّ» و قاعده اختلال نظام و نیز اصل عدم (به‌عنوان اماره مبتنی بر اغلبیت) و اصل احتیاط در جان و مال مؤمن و مسلم و نیز مبنای قاعده درأ (که اجرای حدود - و به نظر برخی از فقیهان حتی تعزیرات و قصاص - باید بر یقین به ارتکاب فعل حرام باشد) جملگی در مسئله‌ای با این اهمیت جایی برای تردید در حکم شرعی باقی می‌گذارد تا مجرای «اصل برائت» به‌عنوان اصل عملی پیش آید؟! در واقع، حکم شرعی این مسئله که قاعده کلی مجرمیت افراد است مگر خلاف آن اثبات شود یا قاعده کلی عدم مجرمیت افراد است مگر خلاف آن اثبات شود، باتوجه به ادله مختلف شرعی و عقلی و عقلایی کاملاً روشن است و اصلاً از موارد شک در تکلیف نیست که به اصول عملی رجوع کنیم.

در خصوص برائت ذمه حقوقی نیز به همین نحو می‌توان گفت که مسئله‌ای با این درجه از اهمیت و جایگاهی که حقوق مدنی و مالی اشخاص دارد، مگر می‌تواند حکم آن در عمومات و اطلاقات ناگفته رها شده باشد؟! مهم‌ترین اماره‌ای که اصل عدم مدیونیت را به‌عنوان یک قاعده حقوقی اثبات می‌کند، اصل عدم است، چرا که عدم مدیونیت وضعیتی معمولی همه افرادی است که در نهایت ممکن است بر اثر یک رابطه حقوقی و مالی خاصی، مدیون شوند و بنابراین عقلایی همین است که هرگاه شخصی با این دعوا روبه‌رو شود که مدیون به دینی است، مدعی که برخلاف سابقه عمومی اشخاص ادعا می‌کند، آن را بر پایه ادله معتبر و قابل قبول اثبات کند. برای این قاعده حقوقی نیز می‌توان عمومات و اطلاقات متعددی را بیان کرد و به اصول عقلی و عقلایی گوناگونی مراجعه کرد از جمله اصل تساوی اشخاص در برابر قانون و عدم سلطه و ولایت اشخاص بر یکدیگر و این استدلال که الزام اشخاص به اثبات مدیون نبودن، ایجاد سلطه بی‌جا و بی‌دلیل برخی از افراد بر دیگران خواهد بود و با اصل تساوی افراد در برابر قانون و اصل عدم ولایت اشخاص بر یکدیگر منافات دارد. به‌هرصورت به نظر می‌رسد که اصل عدم مدیونیت، قاعده‌ای عقلایی است

که شرع هم آن را تأیید کرده است و جایی برای رجوع به اصل عملی باقی نمی ماند. شایان ذکر است که هم در مسئله اثبات مجرمیت و هم در مسئله اثبات مدیونیت ممکن است که قانونگذار به دلایل خاصی بار اثبات دلیل را بر عهده متهم و خواننده قرار بدهد که در این صورت، قاعده ای استثنایی خواهد بود.

از این عجیب تر آن است که یکی از نویسندگان پس از پذیرش برائت کیفری و برائت ذمه حقوقی به عنوان موارد اجرای اصل برائت (به عنوان یکی از اصول عملی) به یکی از استادان حقوق خرده می گیرد که چرا مواردی چون اصل صحت در قراردادها، اصل آزادی قراردادی و قاعده تسلیط را بر اصل برائت مبتنی دانسته است و به همین روش، نشان داده است که برای نمونه اصل تسلیط بیان کننده یک حکم واقعی است و اطلاق دلیل مقتضی آن است که مالک بتواند انواع تصرفات را در ملک خود انجام بدهد و جواز همه گونه تصرفی در مال متعلق به مالک، مستفاد از ادله شرعی و عقلی و عقلایی است، نه مستند به اصل برائت به عنوان یک اصل عملی (قافی، ۱۳۹۰، ص ۱۱۲-۱۱۳)، در حالی که دقیقاً همین ایراد به اصل عملی دانستن اصل برائت کیفری و اصل عدم مدیونیت نیز وارد است؛ البته نویسنده مذکور در نوشته دیگر خود به این موضوع توجه کرده و از این دیدگاه خود عدول کرده و در خصوص اصل حاکم در شک در انتساب جرم به متهم می نویسد: «به نظر می رسد که اصل جاری در چنین مواردی همان اصل عدم است» (قافی شریعتی، ۱۳۹۲، ص ۱۰۷) و در خصوص شک در ثبوت دین و تفسیر ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی باز هم احتمال می دهد که اجرای اصل برائت باشد ولی در بیان احتمال دیگری می نویسد: «احتمال دیگر این است که واژه برائت به معنای لغوی و عرفی آن یعنی آزادی و برائت ذمه به کار رفته باشد نه معنای اصولی آن؛ زیرا در موارد شک در ثبوت دین یا شک در ضمان، اصل عدم دین و عدم ضمان جاری است و با اجرای این اصول نوبت به اجرای اصل برائت به معنای اصولی نمی رسد» (همان، ص ۱۱۱).

۲-۴-۲. اصل استصحاب

اصل استصحاب تاریخی طولانی دارد و باید در یک تحقیق گسترده و ژرف به نقد آن پرداخت، اما فقط از جهاتی و در چارچوب هدف این مقاله (عدم اهتمام کافی به فراگیری علم اصول به صورت نظری و فنی) به نکاتی اشاره خواهیم کرد:

۲-۴-۲-۱. لزوم بررسی نتیجه اجرای استصحاب

ظاهراً یک نکته بسیار مهم در اصول عملی و به‌ویژه استصحاب به‌عنوان اصلی که بیش از همه در فقه اسلامی به آن استناد جسته‌اند، مغفول مانده باشد و آن این است که مدّعی عالمان اصول این است که به‌طور کلی جواز مراجعه به اصل عملی، علی‌رغم آنکه کاشفیت از حکم شرعی ندارد، رهایی از سرگردانی و معذرت آن است؛ رهایی از سرگردانی بماند، اما معذرت آن قطعاً هنگامی قابل قبول است که نتیجه اجرای اصل را ارزیابی کنیم، نه اینکه بدون ارزیابی هر نتیجه‌ای که از آب درآمد، عمل به آن را موجب معافیت از سرزنش و عقاب بدانیم! به نمونه‌هایی اشاره می‌کنیم:

در موضوع خیار غبن و بذل مابه‌التفاوت توسط غابن، مشهور بدون تفصیل میان غابنی که عالم به قیمت بازار باشد و غابنی که جاهل به قیمت بازار باشد (که می‌تواند دارای حُسن نیت نیز باشد) با استناد به استصحاب حق فسخ ایجاد شده و شک در اینکه با بذل مابه‌التفاوت ساقط می‌شود و حکم به بقای حقی که سابقاً به تعیین ثابت شده است، به عدم سقوط خیار حکم کرده‌اند (ماده ۴۲۱ ق.م.ا^۱). اما اگر نتیجه اجرای این اصل به‌ویژه در فرضی که غابن نیز جاهل به قیمت بازار و قیمت عادلانه بوده و در نتیجه هر دو طرف معامله دارای حُسن نیت بوده و بنا دارند که به معامله‌ای منصفانه دست بزنند و اکنون با اعلام آمادگی یک طرف که زیاده را بازگرداند، باز هم بقای قرارداد را اولویت تلقی نکرده و به مغبون اجازه می‌دهیم براساس مصالح شخصی خود قرارداد را فسخ کند و براساس فردگرایی حاکم بر فقه و حقوق ایران - به تعبیر سیدمحمدباقر صدر - به امور کلان و اقتصادی و مصالح دیگر توجه نمی‌شود (ر.ک: علیزاده، ۱۳۹۴، ص ۲۵۹-۲۶۱). در این جا نتیجه اجرای اصل ارزیابی نشده است و صور مسئله به تفکیک بررسی نشده است. حفظ کردن قراردادها یک اولویت تلقی نشده است و زیان‌های اقتصادی فسخ قرارداد (نه یک قرارداد میان دو طرف بلکه ثمر این حق فسخ بر به هم خوردن قراردادهای بیشتری) و اصل تساوی اشخاص در برابر قانون در امور حقوقی (که به موجب آن نباید بیهوده به اشخاص بر دیگران استیلا و برتری داد) مورد توجه قرار نگرفته است.

بسیاری از استصحاب‌ها را به همین شکل می‌توان از نظر نتیجه‌ای که به‌بار می‌آورد، مورد

۱. «اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد خیار غبن ساقط نمی‌شود مگر این که مغبون به اخذ تفاوت قیمت راضی گردد».

ارزیابی قرار داد. مانند استصحاب ید ضمانی که در هنگامی که امین در دوره‌ای کوتاه تعدی و تفریط می‌کند اما تعدی و تفریط او منجر به تلف یا نقص مورد ودیعه نشود.

۲-۴-۲. اجرای استصحاب در زمینه قواعد بنیادی و با وجود عمومات و اطلاعات

برای نمونه به مسئله نقش قبض در عقد قرض می‌پردازیم. نویسندگان در مقام تحلیل مسئله شرطیت یا عدم شرطیت قبض در عقد قرض، دو قاعده یا اصل متعارض را مطرح کرده‌اند:

الف) اصل عدم انتقال ملکیت (اصل عدم تبدیل مال موضوع قرض از عنوان «مال قرض دهنده» به عنوان «مال قرض گیرنده»);

ب) اصل (قاعده) انتقال ملکیت به صرف ایجاب و قبول (اصل کفایت تراضی در انتقال ملکیت).

در میان فقیهان امامیه، شاید مقدس اردبیلی کمتر از همه تحت تأثیر شهرت و اجماع قرار گرفته و فارغ از فضای حاکم بر این گفتمان فقهی، به تحلیل حقوقی این مسئله پرداخته است. وی در کتاب مجمع الفائدة والبرهان می‌گوید که عقد قرض مملک (تملیکی) است. اگر عقد قرض از کسانی که اهلیت انشای عقد را دارند صادر شده و شرایط صحت عقد حاصل باشد و مانعی نیز در کار نباشد، در این صورت سزاوار است که بر آن اثر عقد را مترتب کنیم، چنان‌که در مورد سایر عقود نیز چنین است؛ و اثر عقد قرض، تملک و انتقال مالکیت از مالک به مقترض است. به نظر می‌رسد که قصد مقترض نیز تملک مال موضوع قرض است و اساساً عقد قرض به همین منظور تشریح (ایجاد) شده است. پس وقتی عقدی نام قرض را داشته باشد، باید اثری را که به خاطر آن ایجاد شده، به بار آورد؛ بنابراین تملک باید به محض صدق قرض واقع شود و نباید بر قبض موقوف باشد. به نظر او نظریه‌ای که تملک را بر قبض متوقف می‌داند، روشن نیست، هرچند می‌توان برای آن توجیهی نیز ارائه داد. مقدس اردبیلی در ادامه می‌گوید: ظاهر متن کتاب ارشاد الازهان علامه و متون دیگر فقه این است که انتقال مالکیت پس از قبض حاصل می‌آید، نه به مجرد انعقاد عقد و تحقق ایجاب و قبول. شاید بتوان گفت که در این جا مقصود آن است که هرگاه ایجاب و قبول لفظی وجود نداشته باشد، انتقال ملکیت از زمان قبض خواهد بود. ولی در کتاب‌هایی چون دروس و تذکره تأکید کرده‌اند که انتقال ملکیت به سبب قبض بعد از انعقاد عقد، حاصل می‌شود. دلیل این قول (قول مشهور) که ملکیت بعد از قبض، به مقترض انتقال می‌یابد، «اصل عدم انتقال ملکیت»

است. اما بعد از قبض، یقین داریم که آن مال از مالکیت مُقرض (قرض دهنده) خارج شده است و به مالکیت مقترض در آمده است، در حالی که پیش از قبض، اصل عدم انتقال حاکم است. با وجود این، مقدس اردبیلی سرانجام می‌گوید که نظریه شرطیت قبض در انتقال ملکیت، قول مشهور و معقول است (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۴، ص ۷۳).

مشاهده می‌شود که در سخنان مقدس اردبیلی نیز به اصل و قاعده پیش گفته اشاره می‌شود: یکی به‌عنوان مستند قول مشهور (اصل عدم انتقال ملکیت) و دیگری به‌عنوان دلیل نظر مخالف با قول مشهور (قاعده کفایت تراضی در انتقال ملکیت). گویا اصل عدم انتقال ملکیت، نتیجه استصحاب بقای ملکیت مال برای قرض دهنده یا استصحاب عدم انتقال ملکیت به قرض گیرنده است؛ زیرا پس از انعقاد عقد و قبل از تحقق قبض، تردید داریم که آیا مال موضوع قرض، بر مالکیت قرض دهنده (که تا قبل از این زمان به آن یقین داشته‌ایم) باقی است یا نه؛ در این صورت، باید یقین سابق را استصحاب کنیم. نتیجه این استصحاب، عدم انتقال ملکیت تا زمان حصول یقین است. البته می‌توان به طور مستقیم، عدم انتقال ملکیت را استصحاب کرد، چنان‌که تحلیل مقدس اردبیلی ظاهراً همین گونه است.

بررسی این امر که کدام‌یک از این دو اصل و قاعده باید بر دیگری تقدم یابد، نیازمند دقت کافی و توجه وافی است و بیشتر به ماهیت اصل کفایت تراضی مربوط می‌شود؛ زیرا مبنای اصل عدم انتقال، اجرای ساده اصل استصحاب است. اما بنای اصل یا قاعده انتقال ملکیت به صرف ایجاب و قبول (تحقق تراضی) چیست؟ در این جا به اجمال دو فرض ممکن را مطرح و چگونگی تعارض استصحاب را با هر یک از آنها بررسی می‌کنیم:

فرض نخست این است قاعده کفایت تراضی در انتقال ملکیت (قاعده رضایی بودن عقود) مبتنی بر سیره عقلا باشد؛ در این صورت، مشکل بتوان آن را بر استصحاب مقدم کرد و دشواری‌هایی دارد که نیازمند بحث تفصیلی است.

فرض دوم این است که قاعده مذکور از اطلاق و عموم ادله استخراج شود: می‌توان گفت که این قاعده از ظاهر و اطلاق ادله‌ای چون «تجارة عن تراض» و «اوفوا بالعقود» و «الناس مسلطون علی اموالهم» قابل استفاده است؛ در صورت اثبات آن اطلاق و عموم و صحت استناد به آن، قاعده‌ای که از آن مستفاد می‌گردد، قاعده‌ای مبتنی بر دلیل شرعی است و به مقتضای «الاصل دلیل حیث لا دلیل»، دیگر استصحاب به‌عنوان اصل عملی - در صورتی که آن را اصل عملی بدانیم - نمی‌تواند در

مقام معارضه با آن واقع شود. در نتیجه، نوبت به استصحاب عدم انتقال ملکیت نمی‌رسد و به دلالت دلیل شرعی، انتقال ملکیت پس از تحقق ایجاب و قبول (تراضی) محرز بوده، محل تردید و شک نیست. اگر از دلایلی که فقیهان در محاجه با قول به شرطیت تصرّف اقامه کرده‌اند (مانند مسئله توقف) بگذریم، مهم‌ترین مستند تحلیلی قول مشهور، همین اصل عدم انتقال ملکیت است (برای مطالعه تفصیلی، ر.ک: علیزاده، ۱۳۸۲، ص ۱۰۲-۱۰۸).

همان طور که در نقد اصل برائت کیفری و اصل عدم مدیونیت گفته آمد، نباید در مسائل بنیادی و بسیار مهم به مراجعه به اصول عملی دست زد و پیش از آن باید به دنبال عمومات و اطلاعات و دست‌کم قاعده مسلم عقلی و بویژه بنای عقلا (شیوه خردمندانه) گشت و نباید صرفاً به عمل به حکم ظاهری بسنده کرد، چرا که این کار با تعریف اجتهاد و تفقه سازگار نیست.

۲-۴-۳. اجرای استصحاب با وجود اماره

علی‌الظاهر اجرای استصحاب برای برخی از دادرسان جزء آسان‌ترین استدلال‌های حقوقی تلقی می‌شود و در تمامی مواردی که حالت سابقی را یافت کنند، به استصحاب بقای آن حکم یا موضوع حکم می‌کنند. برای نمونه، یک مورد بسیار عجیب در پرونده‌ای مشاهده شده است که قاضی در مورد یک تصادف رانندگی و تردید در اینکه شخص «الف» راننده بود یا شخص «ب»، در حالی که نظریه پزشکی قانونی و نظریه افسر کاردان فتی هر دو این امر را تأیید می‌کند که شخص «الف» در هنگام بروز حادثه، راننده خودرو بود، در نهایت با استناد به اصل استصحاب و در مقام محکم‌تر کردن نظریه‌های کارشناسان، استدلال می‌کند که چون چند کیلومتر قبل از آن شخص «الف» به‌عنوان راننده جریمه شده بود و راننده بودن او سابقاً مورد یقین است و شک می‌کنیم که آیا تا زمان بروز حادثه به‌عنوان راننده باقی مانده بود، استصحاب بقای او به‌عنوان راننده نیز تأیید می‌کند که شخص «الف» راننده خودرو بوده است. اما مگر عالمان نگفته‌اند که الاصل دلیل حیث لادلیل و مگر با وجود نظریه‌های کارشناسی (پزشکی قانونی با ملاحظه صدمات بدنی «الف» و «ب» و نظریه افسر کاردان فتی) که اماره تلقی می‌شود، جایی برای شک در بقا و اجرای اصل استصحاب باقی می‌ماند و بدتر از آن که عذر بدتر از گناه است که استدلال‌کننده بگوید برای محکم‌تر کردن رأی به اصل استصحاب استناد کرده‌ام!

نتیجه

این بررسی هم به هدف بررسی اشتباهات رایج در تفسیرها و تطبیق‌های اصولی در علم حقوق (که البته تعیین تکلیف نهایی و ژرف در هر مورد از نقادان‌های انجام شده اقتضای تحقیقی تفصیلی دارد و مجموع آن باید در کتابی فراهم آید) و هم برای نشان دادن لغزش‌های فراوانی که در آثار دانشگاهی اصولی و حقوقی، از نظر استناد به اصول و قواعد اصولی به نظر آمده، بیان گردید؛ نه برای خرده‌گیری و به رُخ کشیدن آنها بلکه به هدف دعوت نویسندگان حقوقی به دقت بیشتر و نیز لزوم دگرگونی بنیادی در فرآیندهای یادگیری علم اصول در دانشگاه است. این نقدها حتی اگر در مواردی مطابق با واقع هم نباشد، حاوی نکته‌ای مهم است: نقل کرده‌اند که برخی از سیدمحمدباقر صدر پرسیدند که شما روزی چند ساعت مطالعه می‌کنید و ایشان در پاسخ گفتند: هشت ساعت. آنگاه وقتی از ایشان جویا شدند که باقی اوقات خود را چه می‌کنید، پاسخ دادند که در آنچه خوانده‌ام، می‌اندیشم. شاید سخن گفتن از فقر اصول اندکی اغراق‌آمیز باشد، اما گاه برای جلب توجه باید اغراق کرد. به‌عنوان نتیجه چند نکته و پیشنهاد را مطرح می‌کنیم:

نکته مهمی که باعث حاشیه‌ای شدن علم اصول در حوزه‌های علمیه شده است، صناعی شدن این علم آمیخته به فنّ است، به‌ویژه فلسفی شدن فزاینده آن که محققان اصولی و برخی از استادان ما از آن بسیار شکایت داشتند. این امر باعث شده است که علم اصول به‌عنوان دانشی ژرف‌اندیش و صناعتی پیچیده فقط توسط علاقه‌مندان آن دنبال شود که از شیوه اساطین فقه - که به‌عنوان یکی از فنون مقدّماتی تفقّه - به آن می‌نگریستند و می‌پرداختند، بسیار دور افتاده است؛ نکته دیگر این است که سال‌هاست علم اصول در دانشکده‌های حقوق تدریس می‌شود، اما به این امر توجه نشده است که علم اصول جامع تمامی فنون استدلال حقوقی نیست و باید تمامی علوم و فنون استدلال حقوقی در مجموعه‌ای باعنوان «استدلال حقوقی» فراهم آید که برخی از آنها ممکن است مربوط به فهم و تفسیر قوانین باشد و اصلاً در علم اصول به آنها پرداخته باشند، مانند صور استدلال‌های قضایی.

نکته آخر، لزوم دگرگونی در چگونگی یادگیری علم اصول است: درک این واقعیت که علم اصول به‌عنوان یک رشته علمی حاوی بحث‌های نظری و دسته‌ای از فنون استنباط و استدلال حقوقی بوده که صرفاً با آموزش نظری انتقال نمی‌یابد و باید به‌صورت کارگاهی (در یک رابطه اوستا - شاگردی) آن فنون را یاد گرفت. یادگیری فنّ باید با توانایی به‌کار بستن آن همراه باشد. کافی

نیست که صرفاً کتاب‌های آموزشی خود را کاربردی بنامیم، بلکه باید شیوه یادگیری آن نیز دگرگون شود. فقط اشاره‌ای به شیوه آموزش زبان یا آموزش خط می‌تواند ما را از توضیح بیشتر بی‌نیاز کند. بر این پایه، پیشنهاد من این است که مانند کارگاه روش تحقیق در علوم اجتماعی که پژوهش‌گر تربیت می‌کنند، کارگاه‌های اصول فقه و استدلال حقوقی در برنامه دانشکده‌های حقوق طراحی شود تا با نقد روشمند اندیشه‌های حقوقی (دکترین) و آرای قضایی، به تدریج تفکر خلاق در دانش حقوق و در میان وکلا و دادرسان رواج یابد. دانش بدون تفکر خلاق به جایی نمی‌رسد و دچار تقلید و درجا زدن می‌شود. در تربیت قضات و وکلا نیز یادگیری فنون استدلال حقوقی باید به جد دنبال شود.^۱ در نهایت غم‌انگیزتر از این همه، این است که مدتی است در دانشکده‌های حقوق ما علاقه به شرکت در دادگاه‌های مجازی^۲ (Moot Court) مشاهده می‌شود که به خودی خود نیکو و امیدبخش است اما با این فقر همگانی علم اصول و عدم اقبال به تنها دانش بومی که پُر از فنون استدلال است و رونق بازار تقلید، آدمی به یاد دسته‌ای از گدایان می‌افتد که دوست دارند پایپون بزنند!

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۱. امری که کانون وکلا با کمتر کردن ضریب درس اصول و بی‌توجهی به فنون استنباط و کاررزی واقعی کارآموزان، کاملاً نادیده گرفته است.
۲. که در آنها معمولاً یک دعوی حقوقی یا جریان داوری شبیه‌سازی می‌شود و معمولاً شرکت‌کنندگان با تهیه لایحه در دادگاه حاضر شده و به صورت شفاهی استدلال‌های حقوقی خود را مطرح می‌کنند.

منابع

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم؛ کفایة الأصول؛ قم: آل البيت □، ۱۴۰۹ق.
۲. اصفهانی، محمدحسین؛ بحوث فی علم الأصول؛ ج ۱، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۳. امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۱، ج ۱۱، تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۱.
۴. انصاری، مرتضی؛ فرائد الأصول؛ ج ۲، ج ۹، قم: مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۲۸ق.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ عقد ضمان؛ تهران: کتابهای جیبی، ۱۳۵۲.
۶. حسنی، سیدحمیدرضا و مهدی علی‌پور؛ جایگاه‌شناسی علم اصول؛ ج ۱ و ۲، قم: انتشارات مرکز مدیریت حوزه علمیه، ۱۳۸۵.
۷. شهیدی، مهدی؛ سقوط تعهدات؛ تهران: انتشارات دانشگاه شهیدبهشتی، ۱۳۷۰.
۸. الصدر، السیدمحمدباقر؛ دروس فی علم الأصول؛ الطبعة الاولى، قم: دارالهادی للمطبوعات، ۱۹۷۸م.
۹. طباطبایی، علی بن محمد؛ ریاض المسائل؛ ج ۲، قم: مؤسسه آل البيت □، ۱۴۰۴ق.
۱۰. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی؛ الروضة البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۴، قم: دارالهادی للمطبوعات، ۱۴۰۳ق.
۱۱. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی؛ مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ ج ۴، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۱۲. عدل، مصطفی؛ حقوق مدنی؛ قزوین: انتشارات بحرالعلوم، ۱۳۷۳.
۱۳. علیزاده، عبدالرضا؛ «نقش قبض در عقد قرض»، حوزه و دانشگاه؛ ش ۳۶، پاییز ۱۳۸۲، ص ۹۷-۱۲۲.
۱۴. علیزاده، عبدالرضا؛ مباحثی از اصول فقه استدلالی و کاربردی؛ ج ۱، تهران: مجد، ۱۳۹۷.
۱۵. علیزاده، عبدالرضا؛ مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق؛ ج ۳، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۹۴.
۱۶. قافی، حسین و سعید شریعتی؛ اصول فقه کاربردی؛ ج ۱، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۸۵.

۱۷. قافی، حسین و سعید شریعتی؛ اصول فقه کاربردی؛ ج ۳، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۹۲.
۱۸. قافی، حسین؛ «اصل براءت و کاربرد آن در حقوق»، پژوهش‌های اصولی؛ دوره ۳، ش ۱۱، زمستان ۱۳۹۰، ص ۹۴-۱۱۴.
۱۹. کاتوزیان، ناصر؛ «یأس از اثبات و اصل براءت»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی؛ ش ۶۶، زمستان ۱۳۸۳، ص ۲۴۵-۲۶۰.
۲۰. کاتوزیان، ناصر؛ اموال و مالکیت؛ ج ۳۳، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۰.
۲۱. کاتوزیان، ناصر؛ عقود معین (عقود اذنی)؛ ج ۳، تهران: انتشارات بهنشر، ۱۳۶۴.
۲۲. کاتوزیان، ناصر؛ فلسفه حقوق؛ ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
۲۳. کاتوزیان، ناصر؛ قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی؛ تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۷.
۲۴. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۱، چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۴.
۲۵. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۴، چ ۸، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
۲۶. کاتوزیان، ناصر؛ مقدمه علم حقوق؛ ج ۲۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
۲۷. محمدی، ابوالحسن؛ مبانی استنباط حقوق اسلامی؛ ج ۲۰، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
۲۸. مظفر، محمدرضا؛ أصول الفقه؛ ج ۱ و ۲، قم: انتشارات چاپخانه علمیه، [بی تا].
۲۹. مقدس اردبیلی، مولی احمد؛ مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان؛ ج ۹، چ ۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۴ق.
۳۰. نایینی، محمدحسین؛ أجودالتقریرات؛ ج ۲، قم: مطبعة العرفان، ۱۳۵۲.
۳۱. نایینی، محمدحسین؛ فوائدالأصول؛ ج ۲، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۶.
۳۲. النجفی الجواهری، الشیخ محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۶، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۲۶۲ش.

33. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) , European Law Publishers, Outline Edition, 2009.