

Policy of Reviewing, Reforming and Complementing the Legal System and Judicial Procedures with a Focus on Reason and Way of the Wise in Resolving Family Disputes

Seyyed Ehsan Rafi'i Alawi*

Said Mahjub**

(Received: 26/07/2021; Accepted: 19/09/2021)

Abstract

One of the general policies of the family that the Supreme Leader has announced after consulting the Expediency Discernment Council is to review, reform, and complete the legal system and judicial procedures in the field of the family, in accordance with new needs and requirements and with the aim of consolidating the family. Given the rise of rationalist currents with emphasis on the place of reason and way of the wise among the sources of the family law system, in this article, we examine whether these two elements can be used as a rationale for reviewing, reforming, and completing the legal process. The use of these sources in the family law system due to the special nature of the system, such as the penetration of morality in it and the lack of guarantee of implementation in some rulings such as the obligation to sexual obedience, has created a great deal of ambiguity, to the extent that doctrine and courts have not dealt with it properly and no rules have been laid down to clarify it. Therefore, recognizing the position of these sources in the family law system as an important part of the legal system, the judges' correct use of them, and explaining the above legal policy is of indescribable importance.

Keywords: Legal Policy-Making, Judicial Procedure, Reason, Ways of the Wise, Family Lawsuits.

* Assistant Professor, Department of Added Jurisprudence, Baqir al-Olum University, Qom, Iran (Corresponding Author), rafiealavy@bou.ac.ir.

** PhD Graduate in Private Law, University of Isfahan, Isfahan, Iran, sd.mahjoob@gmail.com.

سیاست بازنگری، اصلاح و تکمیل نظام حقوقی و رویه‌های قضایی با تمرکز بر عقل و سیره عقلا در حل اختلاف دعاوی خانواده

سید احسان رفیعی علوی*

سعید محجوب**

[تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۵/۰۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۲۸]

چکیده

یکی از سیاست‌های کلی خانواده که مقام رهبری پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام ابلاغ کرده است، بازنگری، اصلاح و تکمیل نظام حقوقی و رویه‌های قضایی در حوزه خانواده، متناسب با نیازها و مقتضیات جدید با هدف تثبیت و تحکیم خانواده است. با توجه به اوج‌گیری جریان‌های عقل‌گرا با تأکید بر دلیل عقل و بنای عقلا در هندسه ادله نظام حقوق خانواده، در این مقاله بررسی می‌کنیم که آیا می‌توان از این دو نهاد به مثابه منطقی برای بازنگری، اصلاح و تکمیل رویه حقوقی بهره برد. استفاده از این ادله در نظام حقوق خانواده به دلیل ماهیت خاص این نظام، همچون رسوخ اخلاق در آن و فقدان ضمانت اجرا در برخی احکام نظیر الزام به تمکین، ابهامات فراوانی به وجود آورده است، تا جایی که دکترین و دادرس‌ها آن‌گونه که شایسته است متعرض مطلب نشده‌اند و هیچ‌گونه ضابطه‌ای برای تنقیحش بیان نشده است. از این‌رو، شناخت جایگاه این ادله در نظام حقوق خانواده به عنوان بخشی مهم از نظام حقوقی، کیفیت صحیح استناد دادرس‌ها به آنها به عنوان دلیل قضایی، و تبیین سیاست حقوقی فوق‌اهمیتی وصف‌ناشدنی دارد.

کلیدواژه‌ها: سیاست‌گذاری حقوقی، رسیدگی قضایی، عقل، سیره عقلا، دعاوی خانواده.

* استادیار گروه فقه مضاف، دانشگاه باقرالعلوم (ع)، قم، ایران (نویسنده مسئول) rafiealavy@bou.ac.ir

** دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران sd.mahjoob@gmail.com

مقدمه

در سال‌های اخیر و در پرتو تحولات فرهنگی اجتماعی جامعه در حوزه خانواده، پرونده‌های حقوقی بسیاری به دستگاه قضایی رسیده است، تا جایی که نظام حقوقی مجبور شده است برای درمان و بهبود وضع، در این حوزه سیاست‌گذاری‌هایی داشته باشد. یکی از بخش‌های مهم مربوط به خانواده، که در سیاست‌های کلی خانواده ریل‌گذاری شده، بخش قضایی است.

متناسب با حجم دعاوی، حساسیت و اهمیت این لایه از مسائل خانواده، بند هفت سیاست‌های کلی نظام خانواده در صدد است نظام حقوقی را از آسیب‌های این حوزه مصون نگه دارد: «بازنگری، اصلاح و تکمیل نظام حقوقی و رویه‌های قضایی در حوزه خانواده متناسب با نیازها و مقتضیات جدید و حل و فصل ... دعاوی خانواده با هدف تثبیت و تحکیم خانواده»، نص صریح و قاطع در این موضوع است. سیاست‌گذار کلان بر این نکته تفتن یافته است که رویه دستگاه قضایی نباید فقط به کاهش پرونده با تمرکز بر راهکارهای سلبی، همچون طلاق یا فرآیندهای منجر به استفاده از سازوکارهای کیفری، اکتفا کند، بلکه باید به حل مسائل خانواده اهتمام داشته باشد. تحقق این هدف جز با به‌روزشدن نظام قضایی خانواده امکان‌پذیر نیست. دو دلیل «عقل» و «بنای عقلا» عامل اصلی ارتقای نظام‌های حقوقی تلقی می‌شوند که متکفل روزآمدی در منطق حقوقی هستند. از این رو در این مقاله می‌کوشیم سیاست بازنگری، اصلاح و تکمیل رویه قضایی را با توجه به این دو دلیل بررسی کنیم. نمونه‌هایی از اجمال، ابهام یا تعارض نصین وجود دارد که ضروری است دادرس آنها را تفسیر کند و دادرس را موظف می‌کند برای رسیدن به حکم منطبق با قانون و سیاست از همه ابزارها استفاده کند.

بی‌شک تفسیر به معنای اخص، منطق حقوقی، تحلیل ساختار، روح و مقاصد قانون، ظهور عرفی و هرمنوتیک حقوقی از مهم‌ترین ابزارهایی است که در این اوضاع و احوال

از آنها استفاده می‌شود. با این حال، از ابزارهایی که در نظام حقوقی کنونی از آن غفلت شده است و دادرس‌ها در رفع تخاصم چندان به آن تمسک نمی‌کنند، عقل و سیره عقلی است. اصولیان امامیه همواره به تمسک جستن به عقل به عنوان ابزاری برای فهم احکام شرعی توجه داشته‌اند (عراقی، ۱۳۸۸: ۴۴؛ بهبهانی، ۱۴۱۶: ۲۱)، تا جایی که بعضی‌ها مقابله عقل و شرع در ادله را نادرست می‌دانند و معتقدند حکم شرعی از طریق نقل یا عقل اثبات می‌شود و همواره عقل برهانی از ادله دین و شرع بوده است و در برابر نقل و سمع قرار دارد (جوادی آملی، ۱۳۸۹: ۹۷/۶).

تا کنون مقالاتی در این باره نوشته شده است که رویکردشان تماماً فقهی و منصرف از نظام حقوقی بوده است. مثلاً، عده‌ای (قماش‌ی، ۱۳۸۹: ۳۰۴) درباره دلیل عقل معتقدند تاریخ دانش اصول فقه نشان می‌دهد که دانش‌مندان در پربارترین دوره‌های اندیشه‌ورزی‌شان به مسئله عقل، نقش و جایگاهش در استنباط احکام شرعی به مثابه پرسشی تعیین‌کننده می‌نگریستند. در این خصوص نیز نویسنده به دنبال نشان‌دادن توانایی عقل در دستیابی به احکام است. همچنین، گفته‌اند (علی‌دوست، ۱۳۹۵: ۲۱۱) عقل خالص از منابع است و علاوه بر اینکه در استنباط احکام منبع مستقلی است، ابزاری در خدمت تبیین و تفسیر منطقی سایر منابع و حل تعارض بین آنها است؛ آنها در رد و قبول منبع بودن، عقل را به پذیرش ملازمه بازمی‌گردانند و ادله منکران ملازمه را نادرست می‌دانند. برخی دیگر (دنگ‌کوبان، ۱۳۸۴: ۱۲۷) نیز در نوشتارشان به دنبال نشان‌دادن عقل به عنوان منبعی مستقل، بالفعل و کارآمد هستند و نواقص در کاربرد دلیل عقل را ناشی از تبیین‌نشدن درست مفهوم دلیل عقل می‌دانند. در همین مسئله نیز برخی دیگر (مطلبی و جمشیدی، ۱۳۹۲: ۲۹۰) درباره دلیل عقلی و جایگاهش در سیره فقهی محقق اردبیلی بحث کرده‌اند و از منظر این فقیه بزرگ موضوع را کاویده‌اند. درباره سیره عقلی نیز برخی از استادها در نوشتاری با عنوان ارتکازات عرفی، به تبیین زوایای مطلب درباره سیره عقلی مشغول شده‌اند و سیره را منبع پنجم به حساب آورده‌اند (فیض، ۱۳۸۴:

سیاست بازنگری، اصلاح و تکمیل نظام حقوقی و رویه‌های قضایی با تمرکز بر عقل و ... / ۱۰۷

۱۰۳). برخی دیگر نیز دیدگاه فقها را تبیین کرده‌اند. سید مجتبی حسین‌نژاد در مقاله‌ای مبانی موجود در حجیت بنای عَقْل را تبیین کرده، و با اتخاذ مبنایی، به شبهه رجوع به بنای عَقْل در مسائل مستحدثه پاسخ داده است (حسین‌نژاد، ۱۳۹۶). محمدتقی فخلعی نیز در مقاله‌ای فارق سیره عَقْل و حکم عقل را بیان کرده، و سپس درباره خاستگاه عَقْل و چیستی حکم عقل بحث کرده است (فخلعی، ۱۳۸۹). حسین اسدی در مقاله‌ای درباره بنای عَقْل و جایگاهش در ادله احکام، صرفاً جایگاه بنای عَقْل در ادله احکام را بررسی کرده، و پس از مقایسه «عَقْل» با «عرف»، بنای عَقْل را غیر از عرف دانسته است. به باور او، بنای عَقْل، هم در تشخیص موضوعات و هم در استنباط احکام به کار می‌رود و لازم است بنای عَقْل در ادله احکام بعد از دلیل سوم، یعنی اجماع، و قبل از عقل باشد (اسدی، ۱۳۸۴: ۱۱۳). مقالات دیگری هم درباره چیستی سیره عَقْل و حجیت سیره بحث کرده‌اند. بنابراین، همان‌طور که آشکار است، نویسندگان صرفاً از نظر فقهی درباره این مسئله بحث کرده‌اند و اگر بعضاً به نظام حقوقی استناد کرده‌اند نیز دلیل تشریحی محور بحثشان بوده، و به کلی از دلیل قضایی غافل بوده‌اند.

به عبارت دیگر، آنچه مغفول واقع شده، پاسخ به این پرسش است که جایگاه دو دلیل اصولی عقل و سیره عَقْل در وضعیت موجود اختلافات خانواده کجا است؟ آیا می‌توان برای این دو دلیل وضعیت مطلوبی ترسیم کرد؟ تمایز عقل و سیره عَقْل در چیست و تحلیلشان در نظام حقوقی ایران به عنوان دلیل قضایی چگونه است؟ رویه قضایی خانواده بر چه چیزی مبتنی است؟ جایگاه عقل و بنای عَقْل در رسیدگی به دعاوی در سیاست‌های کلان خانواده کجا است؟ در استفاده از این دو دلیل از چه راهبردهایی می‌توان استفاده کرد و تعامل حداکثری این دو در نظام حقوقی چگونه است؟

با توجه به مطالب مذکور، مقاله حاضر در چهار بخش نوشته شده، که پس از ذکر مقدمه، از عقل و سیره عَقْل به مثابه دلیل حقوقی و قضایی به صورت مجزا بحث شده

است. سپس عقل و دلیل عقلی را در نظام اصولی بررسی کرده‌ایم. در ادامه، سیره عقلی را در نظام اصولی به دقت تبیین کرده‌ایم. در قسمت پنجم، آرای قضایی را تحلیل کرده‌ایم تا در نهایت نتیجه‌گیری و مطرح کردن سیاست‌ها و راهبردها آسان شود.

۱. عقل و سیره عقلی به مثابه دلیل حقوقی و قضایی

گفتیم که در نظام حقوقی کنونی، دادرسی‌ها و نویسندگان حقوقی بیش از پیش به عقل و سیره عقلی استناد می‌کنند. مفروضه بودن استدلال به عقل آلی و سیره عقلی به عنوان دو ابزار استدلال، در نظام حقوقی کنونی به نحوی است که بسیاری از نویسندگان بدون ورود در مبانی، بر اساس استدلال به این سنجها رأی صادر می‌کنند. برخی درباره بحث پرداخت قیمت، با استناد به سیره عقلی معتقدند مالک می‌تواند قیمت روز پرداخت یا «یوم‌الاداء» را از غاصب درخواست کند (باریکلو، ۱۳۹۴: ۲۰۱). برخی دیگر معتقدند از نظر سیره عقلی، کسی که به‌اکراه وادار به معامله و عقد می‌شود نباید ملتزم به مفادش دانسته شود و چنین عقده صحیح نیست (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۱: ۱۰۸). درباره اهلیت تمتع نیز به همین شیوه استدلال شده است (همان: ۱۹۵ و ۱۹۶). استناد به این ابزارها در حقوق خانواده نیز محل رجوع قرار گرفته است. برخی نویسندگان ریاست زوج بر خانواده را از باب سیره عقلی صحیح دانسته‌اند (بصیری، ۱۳۹۱: ۳۶). برخی نیز معتقدند عرف و بنای عقلی بر این قرار است که وقتی زن و مرد با هم ازدواج می‌کنند به دلیل ویژگی‌های خاص زن، زوج باید تأمین مخارج زوجه را بر عهده گیرد و سبب این الزام را تمکین زوجه نمی‌دانند (ایزدی‌فرد و همکاران، ۱۳۹۳: ۴۹). بنا بر شاهد مثال‌های فوق که تعدادی از نمونه‌های بی‌شمار است، دکترین حقوقی نیز به دلیل پذیرش ضمنی دو سنج عقل و بنای عقلی، در مثال‌هایی بر اساس این دو سنج عمل می‌کند که صرف نظر از صحت و سقم روش استدلال، نشانگر پذیرش اصل صحت استدلال به این دو ابزار در نظام حقوقی کنونی است و در جای خود درباره ارزش‌سنجی اینها بحث خواهیم کرد.

سیاست بازنگری، اصلاح و تکمیل نظام حقوقی و رویه‌های قضایی با تمرکز بر عقل و ... / ۱۰۹

برخلاف نظام دلیل حقوقی، در دلیل قضایی دادرس‌ها، به استنادکردن به عقل مستقل چندان اقبالی نشان نداده‌اند و جز در نمونه‌های نادر عقل مستقل را مستند حکمشان قرار نداده‌اند. از معدود نمونه‌های چنین استنادی، استناد به عقل استقلالی در تغییر نام بوده است. دادگاه عمومی حقوقی درباره دادخواستی در خصوص تغییر نام، در یکی از بخش‌های استدلالش، تغییر نام را عقلاً و منطقیاً حق شخص دانسته و این‌گونه آورده است: «اصولاً نام جزء شخصیت افراد و از ارکان تشکیل‌دهنده آن می‌باشد و هر گاه شخص ذی‌شعور خللی در ارکان شخصیتی خود احساس نماید عقلاً و منطقیاً باید این حق را داشته باشد که نسبت به تغییر آن و قوام شخصیت بر اساس دلخواه عمل نماید» (شعبه ۱۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران، تاریخ رأی نهایی ۱۳۹۱/۰۹/۲۹، شماره رأی نهایی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۸۴۳).

با این حال، در استناد به عقل ابزاری این استعمال مضیق به هیچ روی صورت نگرفته است،^۱ بلکه دادرس‌ها با گشاده‌دستی به لوازم استناد کرده‌اند. در این روش، دادرس با استفاده از تحلیل عقلی متن، استدلال منطقی و براهین اصولی و در نظر گرفتن لوازم و ملازماتش، احکام خاصی را از متن استنباط می‌کند، زیرا فرض این است که شخص عاقل، قوانین عقلی و منطقی را در گفتارش رعایت کرده، و با تکیه بر آنها، چیزهایی را مجمل گذاشته یا درباره‌شان سکوت کرده است (دژپسند، ۱۳۹۳: ۱۲۳). استناد به چیزهایی همچون قواعد فقهی، حقوقی، اصول استنباط و قواعد تفسیر نمونه‌هایی از این قسم است که به‌وفور در آرای قضایی یافت می‌شود. مثلاً، دادگاه تجدید نظر استان تهران درباره دعوی تبدیل تعهد، با استناد به حکم عقل ابزاری (اصل عدم) در عدم تبدیل تعهد معتقد است:

نمی‌توان تبدیل تعهد را که خلاف اصل است استنباط نمود، در مقام تردید نیز به حکم عقل باید اصل عدم را جاری ساخت و تنها در موردی می‌توان به آن حکم کرد که در جدیدبودن رابطه‌ای که ایجاد شده تردیدی نباشد و قصد

تبدیل تعهد باید به روشنی از توافق طرفین قابل استنباط باشد (شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۸۵۵).

در واقع، دادگاه تجدید نظر با استدلال به اصل عدم، که از ابزارهای استنباط عقل است، به عدم تحقق تبدیل تعهد حکم کرده است.

درباره سیره و بنای عقلاً نیز تتبع در آرای محاکم به خوبی نشانگر فراوانی استناد است (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۶۶۱۰۷۰۰۸۲۹ صادره از شعبه ۷ دادگاه عمومی حقوقی خرم‌آباد)، و دادرس‌ها بیش از دلیل مستقل عقلی به این ابزار توجه کرده‌اند و محاکم علاوه بر استناد به، و استعمال تعبیر «سیره عقلاً»، از عناوین مشابه دیگر نیز در استدلال‌هایشان برای صدور رأی استفاده کرده‌اند. از جاهایی که برخی از محاکم به سیره عقلاً استناد کرده‌اند، لزوم جبران خسارت بر اموال است. در این باره گفته شده است:

عقلاً و شارع، هیچ کدام، عدم جبران خسارت بر مال دیگری را تجویز ننموده، بلکه مبنای آنها بر این قرار گرفته که هیچ ضرری نباید جبران‌نشده باقی بماند و یقیناً بایستی بین آن خسارت و صدمه‌ای که بر جسم شخص وارد می‌شود و آن خسارتی که به سبب آن صدمه بر مال شخص از قبیل از کارافتادگی موقت یا دائم و تحمیل هزینه‌های درمانی و معالجه و ... وارد می‌شود، تفاوت گذاشت (شعبه اول دادگاه عمومی و حقوقی تهران، شماره رأی نهایی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۷۹۹، تاریخ رأی نهایی ۱۳۹۱/۰۶/۲۱).

افزون بر آن، گاهی برخی محاکم کیفری در تحقیقات موضوعی به سیره عقلاً تمسک کرده‌اند (کیفرخواست ۴۶۹۹، شعبه ۱۰۱ دادگاه جزائی شهرری). در حقوق خانواده نیز از عقل استقلالی و بنای عقلاً استفاده شده است. مثلاً، درباره دادخواست نفقه که در آن زوجه‌ای پس از پنج سال زندگی مشترک ادعای دریافت نکردن نفقه کرده است، گفته‌اند: «عرفاً و عقلاً بعید است زنی از سال ۱۳۸۵ بدون نفقه بوده باشد و بدون نفقه مانده باشد و یک‌باره بخواهد نسبت به آن اقدام نماید» (شعبه اول دادگاه عمومی و حقوقی تهران، شماره

سیاست بازنگری، اصلاح و تکمیل نظام حقوقی و رویه‌های قضایی با تمرکز بر عقل و ... / ۱۱۱

رأی نهایی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۷۹۹، تاریخ رأی نهایی ۱۳۹۱/۰۶/۲۱). به «سیره عقلا» با تعبیر «منطق عقلا»،^۲ «عرف عقلا» و «روش عقلا»^۳ نیز استناد شده است.

با تتبع در این مثال‌ها می‌فهمیم که محاکم گاهی با استناد به عقل و سیره عقلا رأی صادر کرده، و حکمشان را بر آن دو استوار کرده‌اند. حال پرسش‌هایی بنیادین پدید می‌آید: تمایز عقل و سیره عقلا در چیست؟ استناد صحیح به آنها در نظام حقوقی کنونی به چه ترتیب متصور است؟ جایگاه عقل و بنای عقلا در رسیدگی به دعاوی در سیاست‌های کلان خانواده کجا است؟ در استفاده از این دو دلیل از چه راهبردهایی می‌توان بهره گرفت؟ به همین منظور، در ادامه، درباره جایگاه عقل و دلیل عقلی در نظام اصولی بحث می‌کنیم.

۲. عقل و دلیل عقلی در نظام اصولی

۲. ۱. مفهوم «عقل» و «دلیل عقلی»

مراد از «عقل» آن‌گونه که همگان اتفاق نظر دارند، اطلاق بر گوهری نفسانی است که خیر و شر، و حسن فعل خیر و قبح فعل شر را درک می‌کند (علی‌دوست، ۱۳۹۵: ۳۳). با این حال، درباره ماهیت حکم عقل و خاستگاهش در میان اصولی‌ها اختلاف نظر وجود دارد (غروی اصفهانی، ۱۳۷۴: ۲۲/۳ و ۲۳). فقها و اصولی‌های متقدم به طور کلی از بحث از دلیل عقلی به عنوان دلیل مستقل عبور کرده‌اند و به حیطة تعریفش وارد نشده‌اند. اولین کسی که دلیل عقل را در عرض سایر ادله ذکر کرد، ابن‌ادریس حلی است که در کتاب سرائر چنین کرد (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۶/۱). با این حال، وی نیز هیچ تعریفی از دلیل عقل مطرح نکرده است. پس از وی، بزرگانی از فقها و اصولیان، نظیر محقق حلی و شهید اول، به فراخور بحث اصولی مصادیقی از دلیل عقل و انکشاف مفهومی‌اش را ذکر کرده‌اند (مظفر، ۱۳۷۵: ۱۲۲/۲ و ۱۲۳). با وجود این، تا دوره معاصر تعریفی از این مفهوم مطرح نشده است که به کلی بتواند زوایای بحث را روشن کند. برخی از اصولیان به فراخور مباحث اصولی کوشیده‌اند آن را تعریف کنند. مرتضی انصاری معتقد است:

«دلیل عقل همان حکم عقلی است که آن را به حکم شرعی می‌رساند» (انصاری، ۱۴۱۶: ۵۴۲/۲). با این حال، این دلیل شامل چیزهایی همچون قیاس نمی‌شود (مظفر، ۱۳۷۵: ۱۲۱/۲). مفهوم «حکم» در این تعریف، محمول است، یعنی محمول در قضیه امری عقلی است که برای موضوعش بنفسه ثابت است و جاعلی آن را در مقابل حکم شرعی قرار نداده است (مجتهد تبریزی، ۱۳۱۷: ۲۴). محمول عقلی همانند «قبح ظلم» و محمول شرعی همانند «حرمت ظلم» است. بنابراین، می‌توان گفت دلیل عقلی قضیه، قطعی عقلی است که از علم به آن، یقین و قطع به حکم شرعی حاصل شود و البته مشروط به پذیرفته شدن ملازمه میان حکم عقل و حکم شرع است (صفری، ۱۳۸۹: ۱۲۵/۲).

۲.۲. اقسام دلیل عقلی

همان‌گونه که گفتیم، استفاده از عقل به حصر عقلی ممکن است به دو شیوه صورت گیرد؛ نخست آنکه، عقل به عنوان منبعی مستقل در عرض کتاب و سنت، و مستقلاً منبعی از منابع شرعی محسوب شود که بتواند حکم شرعی صادر کند؛ دوم آنکه، عقل به عنوان ابزاری برای اصطیاد حکم شرعی از منابع دیگر به کار گرفته شود. در این قسم، عقل با استفاده از ابزارهای فهم متن، مثل تفسیر، مراد شارع را کشف می‌کند.

۲.۲.۱. عقل استقلالی

عقل استقلالی به دو طریق مستقلات عقلیه و غیرمستقلات عقلیه کاربرد دارد. در مستقلات عقلیه، عقل در صغرا و کبرای قیاس حاکم است (علی‌دوست، ۱۳۹۵: ۶۶). مثلاً در استدلال «عدل نیکو و لازم است، و آنچه عقلاً لازم باشد، شرع آن را واجب می‌داند، در نتیجه عدل واجب شرعی است»، هر دو مقدمه عقلی است. اما در غیرمستقلات عقلیه، فقط کبرای قیاس در اختیار عقل است. مثلاً در قیاس «حج واجب است، و هر واجبی، مقدماتش هم واجب است، در نتیجه مقدمات حج هم واجب است»، صرفاً صغرای قیاس شرعی است و کبرای قیاس، که وجوب مقدمه است، عقلی است. بنابراین، کاربرد عقل استقلالی، منحصر در سه نمونه کبرای غیرمستقلات و صغرا و

سیاست بازنگری، اصلاح و تکمیل نظام حقوقی و رویه‌های قضایی با تمرکز بر عقل و ... / ۱۱۳

کبرای مستقلات عقلیه است و این مبنا بر اساس پذیرش ملازمه میان حکم عقل و شرع است.

بر اساس نظر اصولیان شیعه، عقل کاشف از حکم شرعی است، و به عبارت دیگر مشرّع نیست (جوادی آملی، ۱۳۸۶: ۴۰۰). بنابراین، درباره لزوم واکسیناسیون عمومی و دیگر نمونه‌ها، عقل کشف می‌کند که حکم شرع در عصر حاضر لزوم واکسیناسیون است که البته پذیرش این کاشفیت به پذیرش قاعده ملازمه وابسته است. چه بسا گفته شود پذیرش مشروعیت عقل در این مثال‌ها هیچ محذوری ندارد. در این باره، محمدباقر صدر در رد دیدگاه‌های مصوبه از اهل سنت می‌گوید:

اگر عقل به عنوان دلیل استقلالی پذیرفته شود، موجب نقص در شریعت می‌شود، چراکه به کلی معنای اجتهاد را بی‌ثمر می‌کند و دیگر برای کشف حکم شرعی نیازی به اجتهاد نمی‌بود، بلکه هر فقیه می‌توانست با عقلش و بدون اجتهاد حکم صادر کند و این عین تشریح است. در حالی که طبق اصطلاح جاری، عقل کاشف از حکم شرعی است و بر اساس قول به تصویب، فقیه مشرّع است (صدر، ۱۳۷۹: ۵۶/۱).

استفاده از عقل استقلالی در نوشته‌های اصولیان حداقل در این جاها به چشم می‌خورد: اصل برائت عقلیه، مرجحات باب تزاحم،^۴ اشتغال به تکلیف در زمان علم اجمالی و تردد مکلف میان دو امر،^۵ اجزای اتیان به مأمور به از اعاده و قضا.^۶ پرسش کاملاً مرتبط با حقوق وضعی در این خصوص این است که آیا رفع تخاصم به دست دادرس‌ها با توجه به دلیل عقل، مستقل از غایات قانونی و اراده قانون‌گذار است یا اینکه دادرس‌ها به حرکت در مسیر اهداف و غایات قانونی موظف‌اند و دلیل عقلی به تنهایی نمی‌تواند یاریگر باشد؟ پاسخ به این مسئله در گرو نگاهی به منابع حقوق به عنوان اصولی است که برای اثبات حق یا تکلیف می‌توان به آن استناد کرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۴۲). منابع حقوق منحصر به قانون، عرف و رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی

دانسته شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۳ ب: ۸۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۸۸ و ۸۹) و جای این پرسش هست که: جایگاه عقل در منابع حقوقی کجا است و چرا عقل به عنوان منبعی در حقوق موضوعه محسوب نشده است؟ پاسخ به این پرسش به جایگاه عقل ابزاری در فقه متکی است که در ادامه درباره‌اش بحث می‌کنیم.

۲.۲.۲. عقل ابزاری

عقل ابزاری در فقه حتی در گفتار نیز مخالف ندارد و شیعه و سنی، اخباری و اصولی آن را پذیرفته‌اند (علی‌دوست، ۱۳۹۵: ۱۶۲). از کاربردهای مهمش، که در حقوق نیز اهمیت دارد، کاربرد عقل در تعارض ادله، مفهوم‌گیری از ادله و تشکیل قیاس‌های اقتراعی و استثنایی است. در این قسم که در حقوق نیز روزانه در آرای بسیاری به آن استناد می‌شود، دادرس باید ارکان دعوا را تحلیل کند و برای هر کدام قیاس منطقی ویژه‌ای مرکب از حکم قانون (کبرا) و احراز واقعه مادی و خارجی (صغرای قیاس) تشکیل دهد و نتیجه حاصل از این تألیف و استنتاج را مقدمه استنباط قیاس عام‌تر بعدی قرار دهد تا به نتیجه نهایی برسد (کاتوزیان، ۱۳۸۳ الف: ۲۴). بنابراین، در خصوص عقل ابزاری و استفاده از قواعد فهم، اشکال خاصی مطرح نیست.

۳. سیره عَقْلا در نظام اصولی

۳.۱. مفهوم «سیره عَقْلا»

«سیره» از حیث متعلق، مبادی و مناشی، اعتبار استقلال و آلی و غیره به صور مختلف تقسیم شده است (فخلعی، ۱۳۸۹: ۹۹)، اما در مقام تعریف، «سیره» را به سلوک معینی تعریف کرده‌اند که مردم در مواجهه با وقایع علی‌رغم اختلاف در زمان و مکان و فرهنگ و تمدن و ادیان به یکسان عمل می‌کنند (حکیم، ۱۴۱۸: ۱۹۱). همچنین، گفته‌اند «سیره» عبارت است از استمرار عَقْلا بما هم عَقْلا بر چیزی، تفاوتی نمی‌کند که منتسب به دینی باشند یا نباشند و شامل مسلمانان و غیرمسلمانان می‌شود (لجنة تألیف القواعد

سیاست بازنگری، اصلاح و تکمیل نظام حقوقی و رویه‌های قضایی با تمرکز بر عقل و ... / ۱۱۵

الفقهية والاصولية التابعة لمجمع فقه اهل البيت (ع)، ۱۴۲۷: ۳۳۲). برخی حقوق دانان نیز آن را به شاخه‌ای از عرف تعریف کردند که عقل آن را می‌پسندد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۸۸۳/۲). برخی دیگر گفته‌اند سیره عَقلا راه و شیوه عملی است که صرف نظر از پای‌بندی به شریعت الاهی، در بین مردم و همه عَقلا (اعم از مسلمان و غیرمسلمان) مرسوم و متداول است (رفیعی، ۱۳۷۸: ۱۱۶). بنابراین، می‌توان «سیره» را این‌گونه تعریف کرد: «سیره» در معنای مصطلح عندالمشهور یعنی بنای عملی یا سلوک و رفتار شایعی که از آن رفتار، تشریح خاصی استفاده شود که این بنای عملی، یا از طرف عَقلا است، که به آن «سیره عَقلا» می‌گویند، یا از طرف متشرعه است که به آن «سیره متشرعه» می‌گویند (مروی، ۱۳۹۶: ۳). با نظر عقلی، میان مفهوم «عرف» با «سیره عَقلا» تفاوت‌هایی وجود دارد. از حیث مفهومی رابطه «عرف» با «سیره» تباین، و از حیث مصداقی عام و خاص من وجه است. از حیث مفهومی در «عرف» همه مردم، اعم از عاقل و دیوانه و صغار و کبار، نقش دارند، در حالی که در «سیره عَقلا» صرفاً مشی عَقلا محل نظر است. از حیث مصداق نیز فهم نوع مردم از دلیلی عرف است، بدون اینکه بنای عَقلا بر آن صادق باشد و کفایت معاطات در معاملات بنای عَقلا است، در حالی که پس از قرار و اعتبار این کفایت باید نام «عرف» بر آن نهاد (علی‌دوست، ۱۳۹۵: ۱۲۰).

۳.۲. اقسام سیره

پس از تنقیح مفهوم «سیره» و «بنای عَقلا» در بخش قبل، باید گفت برای سیره و بنای عَقلا اقسامی ذکر شده است. در تقسیم‌بندی مشهور و بر اساس توجه به موضوع و حکم، برخی اصولیان معاصر «سیره» را سه قسم دانسته‌اند:

۱. سیره‌هایی که تنقیح‌کننده موضوع حکم شرعی است که خود بر دو قسم است:
الف. سیره‌هایی که در مفهوم مأخوذ از دلیل تصرف می‌کند (تنقیح ثبوتی). مثلاً در قرآن کریم درباره نفقه زن «فامساک بمعروف» (بقره: ۲۲۹) آمده است که بر وجوب نفقه

دلالت می‌کند، ولی درباره نوع و مقدارش در مکان‌ها و زمان‌های مختلف، حکمی صادر نشده است. اینجا سیره عَقْلا، چیزهای مجهول را مشخص می‌کند.

ب. سیره‌هایی که اثباتاً موضوع را مشخص می‌کند (تنقیح اثباتی)، که سیره کاشف از تنقیح موضوع در عالم اثبات است. مثلاً عَقْلا در معاملات مغابنه تساوی بین عوضین را فی‌الجمله مراعات می‌کنند. لذا عقد و قراردادشان با ابتنا بر این شرط ارتکازی است و اطلاق «المؤمنون عند شروطهم»، این شرط ارتکازی را نیز در بر می‌گیرد. بنابراین، اگر یکی از طرفین عقد، مغبون شود، سیره عَقْلا برایش خیار غبن را ثابت می‌داند (صدر، ۱۴۱۷: ۱۹۶/۹ و ۱۹۷).

تفاوت سیره ثبوتی و اثباتی موضوع در این است که در قسم اول چون بنای عَقْلا برای موضوع مصداق ساخته و معیار داده است، هیچ کس حق تخلف ندارد، و اگر تخلف کرد محکوم است؛ لذا اگر مردی با همسرش امساک به معروف نداشت، زن حق دارد محاجه و شکایت کند و حاکم حق دارد مرد را ملزم به طلاق کند. اما در قسم دوم مسئله‌ای قراردادی است که مکلفان می‌توانند با توجه، این قرارداد را قبول نکنند. مثلاً کسی منزلش را می‌فروشد و می‌گوید قبول دارم عَقْلا چنین ارتکازی دارند، اما من غبن را اسقاط می‌کنم و طرف مقابل هم قبول می‌کند (مروی، ۱۳۹۶: ۵).

۲. سیره‌های عقلایی‌ای که تنقیح‌کننده ظهور دلیل لفظی است و ذیلش اعمال مناسبات عرفیه و عَقْلاییه در فهم ادله شرعیه وارد می‌شود؛ این قسم گاهی در مسائل اصولی، و گاه در مسائل فقهی کاربرد دارد، همانند حجیت خبر واحد، حجیت استصحاب، حجیت ظواهر، و در مسائل فقهی نیز، به‌ویژه در بخش معاملات این‌گونه است (صدر، ۱۴۱۷: ۱۹۷/۹).

۳. سیره‌ای که استدلال به آن، برای اثبات حکم شرعی کلی واقعی است، همانند آنچه در حیازت صورت می‌گیرد. مثلاً گفته می‌شود هر کس چیزی را همانند انتقال آب به مزرعه از نهرها انجام دهد، حیازت کرده است و عَقْلا معتقدند حیازت سبب تملک

سیاست بازنگری، اصلاح و تکمیل نظام حقوقی و رویه‌های قضایی با تمرکز بر عقل و ... / ۱۱۷

است و بر این اساس به قاعده «من حاز ملک» استناد کرده‌اند (همان: ۱۹۹/۹). در میان اقسام سیره، صرفاً همین قسم است که نیازمند امضای شارع است، چراکه تشریح منحصرأ در حوزه صلاحیت شارع است و بدون امضای شارع، بر این سیره اثری بار نمی‌شود.

با این حال، این تقسیم‌بندی ایراداتی دارد، به این بیان که سیره، بنای عقلی بما هم عقلایی است که فارغ از محدوده زمانی و مکانی است؛ بنابراین، سه قسم اول هویت بنای عقلی را ندارد، چراکه دو قسم اول، توسعه یا تضییق موضوع است که به بحث در خصوص عرف بازمی‌گردد (مروی، ۱۳۹۶: ۸)؛ قسم سوم را هم نمی‌توان سیره نامید، چراکه ظهور کلام به حکم اصالة الظهور حجت است و اصالة الظهور به عوامل مختلفی مانند لغت، عرف، قرائن پیرامونی، قرائن حالیه و مقالیه، ظرف زمان و مکان صدور وابسته است. از جمله این عوامل، که قرینه‌ای لُبی است، ارتکاز عقلایی است و با بنای عقلی متفاوت است (همان). بنابراین، تقسیم‌بندی مزبور مشکل دارد. صرف نظر از تقسیم‌بندی فوق، آنچه باید محور بیان درباره سیره باشد، تحقق سیره و حجیتش است که سه قسم دارد:

الف. سلوک خارجی بر طبق سیره همانند اعتماد به خبر ثقه در زمان شارع محقق است و مسلماً حجت خواهد بود، اگر ردعی از شارع بر این سیره اثبات نشود.

ب. سلوک خارجی درباره مصداق محقق نیست، اما ارتکاز عقلایی در زمان شارع وجود داشته است، همانند جواز تقلید ابتدایی از میت.

ج. سلوک و ارتکاز عقلایی مستحدث است که برخی صاحب‌نظران آن را «بنائات عقلاییه مستحدثه» نامیده‌اند (مروی، ۱۳۹۶). حال آیا می‌توان از راه حجیت سیره و بنای عقلای مستحدث، بگوییم چون عقلای آن مصداق را بعد از عصر شارع پذیرفته‌اند، سکوت شارع در آن زمان کاشف از پذیرش است و لذا عندالشارع معتبر است؟^۷ درباره استناد به سیره در اقسام اول و دوم، محذوری وجود ندارد؛ با این حال در قسم سوم،

محذور امضای معصوم وجود دارد (لجنة تألیف القواعد الفقهية والاصولية التابعة لمجمع فقه اهل البيت (ع)، ۱۴۲۷: ۳۳۲) که همین مانع از تمسک به این دلیل می شود (خوبی، ۱۴۱۹: ۱۸۹/۳).

۴. تحلیل آرای قضایی بر اساس تقسیم فوق

سه مطلب در این بخش بررسی و تحلیل خواهد شد: اول، تحلیل فرآیند قضایی، موانع و نقدهایی که برخی درباره امکان رجوع به عقل در فرآیند تحقیق قضایی مطرح کرده اند؛ دوم، تحلیل آرای که به عقل استناد کرده اند و اینکه آیا امکان استفاده از دلیل عقل در این باره وجود دارد؛ و سوم، تعمیق در آرای قضایی.

۴.۱. فلسفه حقوق: تحلیل فرآیند قضایی و نسبتش با دلیل عقل و بنای عُقلا

نظام قضایی کنونی رویکرد متن گرایی حداکثری را در خود پذیرفته است. مفهوم «نص گرایی» در برابر «خواننده محوری»، در مقابل تمامی نظریه هایی می ایستد که اعلام می کنند تولد خواننده باید به بهای مرگ نویسنده باشد (بارت، ۱۳۷۳: ۳۸۱). در حقیقت، در این روش برای رسیدن به برابری و حفظش، قاضی موظف است متن را در ترسیم حدود اشخاص و انطباق رفتارهای حقوقی شان با قانون ملاک قرار دهد. تمرکز بر نص گرایی حقوقی در حقوق مدرن به شکل رویکرد متن گرایی خود را در نظام هایی با متن قانونی بسته نشان می دهد. آیزر، که فیلسوف حقوق بود، با وام گیری از دو اصطلاح «پیش نگری» و «پس نگری» از پدیدارشناسی هوسرل برای فعالیت خوانش متن، می گوید ما در مواجهه با متن، پیوسته انتظارات خود را که ممکن است برآورده شود یا نشود، فرافکنی می کنیم و در همان زمان، جمله ها تحقق های پیشین خوانش ما را مشروط می کنند (مکاریک، ۱۳۸۳: ۳۴۳). در حقیقت، قاضی در فرآیند قضایی در بند قیود متن است. متن ساختاری متشکل از عناصر معنادار، وحدت آن عناصر و تجلی آن وحدت است (همان). متن به اعتبار تفسیرشدنی بودن و نبودن، به متن گشوده (open text) و بسته (closed text)، و به اعتبار مولد تلقی کردن یا نکردن خواننده در ساختاردهی به متن، به

نویسا (writerly text) و خوانا (readerly text) تقسیم می‌شود (همان). نص‌گرایی در معنا و کارکرد متن‌گرایی که در متون حقوقی استعمال می‌شود، معتقد است «متن، خودِ قانون است و این خودِ متن است که باید ملاحظه شود»^۸ (Scalia, 1997: 22). متن‌گرایان ادعا می‌کنند در جست‌وجوی معنای عینی (objective meaning) متن قانونی هستند (Siegel, 2009: 118)، زیرا فقط به دنبال چیزی باید بود که از متن قانون استفاده می‌شود (Marmor & Scott: 2011). چراکه مردم نمی‌توانند به قانونی اعتماد کنند که بر اساس معنای متعارف متن نباشد. در عین حال، کلمات متن باید به قدری واضح باشند که بدون توسل به هر منبع دیگری بتوانند برای هر پرسشی پاسخ داشته باشند (Kommers & Others: 2004). به هر روی، قضاوت مدرن در این فرآیند به قیاسی منطقی شبیه است که چند صغرا، نتیجه کبرا می‌دهد. این الگو که اکنون پیشه قضات است رویه حقوقی محاکم را تشکیل می‌دهد و به نظام استنباطی و اجتهادی ما نیز بی‌شبهت نیست که به دلیل و قیاس منطقی توجهی ویژه دارد. در مقابل، جریان‌های رقیب در فلسفه حقوق معتقدند توجه بیش از حد به متن ممکن است ارزش‌های حاکم بر متن را نابود کند. در آنتی‌تز معروفی، متن‌گرایی جدید خود را اصلاح کرد تا بی‌توجهی‌ها به اصول و اهداف قانون را کاهش دهد. متن‌گرایی جدید معتقد است خوانش متن باید منسجم و بر اساس اهداف باشد و تفسیر قضایی اگر مخالف اهداف متن باشد، مخالف متن تلقی می‌شود، ولو با ضوابط لفظی تطبیق داشته باشد. رویکردهای اصولی فقه شیعه نیز به این تعبیر نزدیک می‌شود. در حقیقت، متن‌گرایی جدید، که نظام قضایی جدید با آن منطبق است و قاضی را به متن قانون ارجاع می‌دهد، با فقه امامیه نیز تطبیق می‌کند و می‌توان آن دو را تا حد بسیاری هم‌بستر دانست؛ گرچه نمی‌توان انکار کرد که در حاق مبانی هستی‌شناسی این دو فاصله است (الماسی، ۱۴۰۰: ۲۰). لذا می‌توان گفت حکم عقل و بنائات عقلا مضبوط در فقه می‌تواند دلیل تلقی شود و ذهن قاضی را در تضمن متن به اهداف قانون یاری کند، همان‌طور که برخی از قضات ارزیابی ادله اثبات دعاوی

خانوادگی را به ارزیابی عقلایی منوط کرده، و به درستی از تمرکز محض بر الفاظ پرهیخته‌اند.^۹

۲.۴. تحلیل نسبت امکان استخدام دلیل عقل و بنای عقلا در حقوق موضوعه

برخی معتقدند حقوق موضوعه و حاکمیت قانون امکان رجوع به ادله غیرقانونی را نفی کرده است. مطابق این دیدگاه، «قوانین اثباتی قوانینی است که آدمیان و سازمان‌ها آن را تصویب می‌کنند و متفاوت از اصول اخلاقی مکتب حقوق طبیعی است» (ابدالی، ۱۳۹۳: ۱۵۵) و چنانچه در مقام قانون‌گذاری بتوان از عقل و بنائات عقلا بهره برد، در مقام تحقیقی قضایی این امکان سلب شده است و قاضی فقط می‌تواند به قواعد حقوق موضوعه استناد کند. اندیشه اثبات‌گرای حقوقی، بی‌تعینی و پیش‌بینی‌ناپذیری را نتیجه اجازه رجوع به ادله‌ای مانند عقل و بنای عقلا می‌داند و نتیجه این رفتار قضایی را بی‌انضباطی در حقوق لحاظ می‌کند (تبیت، ۱۳۸۶: ۴۱ و ۴۲). اما از سویی، نباید فراموش کرد که قانون موضوعه قصورهایی دارد که ناشی از بافت باز الفاظ قانون و ناتوانی در تعیین تمام حوزه‌های رفتاری انسان‌ها به نحو پیشینی است. از این‌رو قانون به معنای عام می‌تواند شامل تفسیرهای منطقی مبتنی بر منابع حقوقی نظام قضایی باشد، منابعی مثل دلیل عقل و بنای عقلا (Dworkin, 1985: 223)، خصوصاً اینکه با توجه به وضعیت خاص نظام خانواده از جهت نیاز به پیوند با اخلاق و بهینه‌بودن ضمانت‌های خشک حقوقی، امکان رجوع به اخلاق و عقل برای این نظام حقوقی مسلم به نظر می‌رسد، چیزی که شاید در حوزه جرم‌انگاری در حقوق کیفری چندان نتوان از آن دفاع کرد. اما در حقوق خانواده عقل باید محتوای اخلاقی لازم را برای قوانین موضوعه در مرحله قضاوت قضایی به ضرورت طراحی و تضمین کند. عدم قطعیت ناشی از رجوع به عقل و بنائات عقلاییه نیز از طریق قواعد تنظیم برای رجوع به این دو دلیل و رویه قضایی الزام‌آور در اختلافات می‌تواند آسیب عدم قطعیت را تضمین کند. در حقیقت، در نظام حقوقی ما در وزن‌دهی به منابع حقوقی در فرآیند قضایی باید گفت: «اسلام به قانون

سیاست بازنگری، اصلاح و تکمیل نظام حقوقی و رویه‌های قضایی با تمرکز بر عقل و ... / ۱۲۱

نظر آلی دارد، یعنی آن را آلت و وسیله تحقق عدالت در جامعه می‌داند ... برای برقرار شدن نظم اجتماعی عادلانه» (موسوی خمینی، ۱۳۷۳: ۶۲). لذا نه تنها رجوع به عقل و بنای عقلا نمی‌تواند مانع تحقق نظام راقی قضایی در حقوق خانواده تلقی شود، بلکه چنانچه رجوع به این دو دلیل حقوقی تابع قواعد منسجم اصولی باشد می‌تواند فواید بسیار برای این نظام حقوقی داشته باشد.

۳.۴. تحلیل آرای قضایی حقوق خانواده در رجوع به عقل و بنای عقلا

همان‌گونه که گذشت، دادرس‌ها در رسیدگی به دو شیوه از عقل استفاده می‌کنند. در معدود دعاوی استناد به عقل استقلالی دادگاه عمومی حقوقی در خصوص دادخواستی درباره تغییر نام، در بخشی از استدلالش، تغییر نام را عقلاً و منطقاً حق شخص دانسته است که پیش‌تر جزئیاتش را بیان کردیم.

در حقوق خانواده از جاهایی که به عقل استقلالی توجه شده، و دادرس‌ها بر اساس حکم صادر کرده‌اند، درخواست نفقه بوده است. درباره دادخواست نفقه که در آن زوجه‌ای پس از پنج سال زندگی مشترک، ادعا کرده نفقه دریافت نکرده است، گفته شده: «عرفاً و عقلاً بعید است زنی از سال ۱۳۸۵ بدون نفقه بوده باشد و بدون نفقه مانده باشد و یک‌باره بخواهد نسبت به آن اقدام نماید» (شعبه ۲۵۲ عمومی خانواده تهران، تاریخ رأی نهایی ۱۳۹۲/۰۲/۱۸، شماره رأی نهایی ۹۲۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۰۲۱۹).

علی‌رغم این‌گونه استنادها، باید توجه کرد که استفاده از عقل استقلالی در فرآیند صدور رأی به عنوان دلیل استناد، با چند ایراد روبه‌رو خواهد بود: چراکه اولاً کارکرد عقل استقلالی صدور حکم کلی است و تطبیق حکم بر موضوع، از دایره کارکرد این عقل جدا است؛ ثانیاً عقل استقلالی به عنوان منبعی از منابع حقوق در مرحله قضا شناخته نشده، و نمی‌تواند با عنوانی مستقل، مستند حکم قرار گیرد.

آنچه در رأی پیشین آمده است به معنای «ظاهر حال» در تعبیر فقهی است و در استعمالات فقهی در چنین نمونه‌هایی از تعبیر «ظاهر حال» استفاده می‌شود که همان

ظهوری است که نزد عُقلا حجت است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۹/۳). بنابراین، عقل در این رأی نه تنها در معنای عقل استقلالی به کار نرفته، بلکه در معنایی غیر از عقل استفاده شده است. این موضوع نشان می‌دهد نظام قضایی خانواده در موضوع دلیل عقل و بنای عُقلا ارتکازی عمل می‌کند و با توجه به فزونی نسبی استخدام ادله فوق، خطر انحراف و هدم حقوق اشخاص در تعیین بی‌ضابطه وجود دارد. ماده سه قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد:

قضات دادگاه‌ها موظف‌اند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد (آیین دادرسی مدنی، ماده سه).

همچنین، طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی:

قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد، و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد (قانون اساسی، اصل ۱۶۷).

همان‌طور که از نصوص قانونی مذکور به‌خوبی استنباط می‌شود، عقل در هندسه معرفتی در فقه اسلام پذیرفته شده است. لذا: ۱. در حوزه عقل استقلالی در جاهایی که حدود احکام در قوانین موضوعه خانواده نیامده است، یا ۲. برای تشخیص موضوعات دلیل عقل نظری می‌توان از آن استفاده کرد، و ۳. در جاهایی که تراحم عملی در احکام

سیاست بازنگری، اصلاح و تکمیل نظام حقوقی و رویه‌های قضایی با تمرکز بر عقل و ... / ۱۲۳

در مرحله قضا وجود دارد، دلیل عقل عملی می‌تواند مستعمل در رویه قضایی باشد و استبعاد در این خصوص وجود ندارد.

دوم آنکه، عقل به عنوان ابزاری برای اصطیاد حکم شرعی از منابع دیگر به کار گرفته شود. در این قسم، عقل با استفاده از ابزارهای فهم متن، نظیر تفسیر، مراد شارع را کشف می‌کند^{۱۰} که بر این اساس، اصول فقه به عنوان صناعتی برای استنباط، (خراسانی، ۱۴۰۹: ۹) مطرح می‌شود و دادرس با استفاده از این ابزار حکم صادر می‌کند. از سوی دیگر، درباره عقل ابزاری و استفاده از ابزارهای استنباط و جواز استفاده از این ابزارها، هیچ تردیدی در میان دادرس‌ها وجود ندارد و یگانه راه نیل به صدور رأی، استفاده صحیح از این ابزارها، نظیر اصول لفظیه و عملیه، است.

دادرس‌ها به سیره عَقْلًا بیش از دلیل مستقل عقلی توجه کرده‌اند و با تعبیر «منطق عَقْلًا»،^{۱۱} «عرف عَقْلًا» و «روش عَقْلًا»^{۱۲} به این سیره اشاره کرده‌اند. در تمایز دیه از خسارات مادی و معنوی و حکم کردن به پرداخت خسارات مادی، علاوه بر دیه به بنای عَقْلًا استناد شده است، و برخی دیگر از محاکم نیز مستند حکم به جبران خسارت معنوی را بنای عَقْلًا دانسته‌اند. در حقوق کیفری نیز در پرونده‌ای، شخصی برای جلوگیری از مزاحمت در آینده طرف مقابل را تهدید می‌کند و محکمه با ذکر اینکه «احساسات و عرف عَقْلًا به او حق می‌دهند، یا به عبارتی اگر نص قانونی نباشد مورد نکوهش واقع نمی‌شود» به بنای عَقْلًا متوسل شده است. درباره بنائات مذکور هم به نظر می‌رسد دقیقاً معیار و ملاک همان معیار دلیل عقلی است و اتفاقاً رویه قضایی در نمونه‌های فوق نیز نشان می‌دهد که در تشخیص حدود احکام و موضوعات، به این سیره تمسک شده است و می‌تواند بیشتر و مفصل‌تر به توسعه حقوق قضایی خانواده کمک کند.

نتیجه

طبق استدلال‌های فوق، نتایج پژوهش به تفکیک «دلیل عقل» و «بنای عقلا» چنین است:

دلیل عقل

۱. در نظام حقوق خانواده با توجه به بافت حقوقی اخلاقی این نظام، پیوستگی و انسجام در استفاده از دلیل عقلی می‌تواند علاوه بر ارتقای بهینه قضا کیفیت اخلاقی فرآیند قضایی را، که اساس حقوق قضایی خانواده است، تضمین کند و افزون بر آن، مؤلفه ضروری توسعه مطلوب قضایی نیز فراهم می‌شود.

۲. استناد به دلیل عقل در سال‌های اخیر در نظام قضایی خانواده فراوانی بیشتری یافته است که به سازمان و تفصیل قضایی حقوقی نیازمند است و این مسئله بیم و امیدی پیوسته تلقی می‌شود که برنامه ارتقای قضایی به آن نیاز دارد. با این حال، دلیل عقل گاه به عنوان دلیل استقلالی، و گاه به عنوان دلیل ابزاری به کار رفته است. دادرس‌ها استناد به دلیل عقل را از حیث استقلالی در موضوعات پیچیده حقوق خانواده، آنچنان که متضمن فهم موضوع و تکفل موضوع‌شناسی دعوای خانواده باشد، نه تنها جایز شمرده‌اند، بلکه در نمونه‌هایی مانند تکالیف اخلاقی زوجین و معروف‌بودن معاضدت‌ها، رفتاری اجتناب‌ناپذیر، و گاه نیازمند عقول کارشناسی خبره و چندخبرگی^{۱۳} دانسته‌اند. تشخیص حدود احکام نیز می‌تواند از طریق عقل استقلالی نظری در قضا استفاده شود. همچنین، عقل استقلالی عملی می‌تواند تعارض احکام قضایی در تزامن حقوقی را به‌خوبی مشخص، و استدلال قضایی را تأمین کند.

۳. استناد به عقل ابزاری نه تنها در مقام عمل، که حتی در گفتار نیز هیچ مخالفی ندارد و این استناد در قالب روش‌ها و فنون استنباطی بوده است که زاینده چنین فرآیندی است و معمول استنباط قضایی، و تقریباً بی‌نیاز از توضیح تلقی می‌شود.

۴. دادرس‌ها در استناد به دلیل عقل موظف‌اند مجرای حکم و کیفیت استناد به دلیل عقلی را بیان کنند تا کل رویه قضایی دچار اعوجاج نشود و حقوق اشخاص نیز

سیاست بازنگری، اصلاح و تکمیل نظام حقوقی و رویه‌های قضایی با تمرکز بر عقل و ... / ۱۲۵

تضمین شود و قابلیت ارزیابی حقوقی در مرحله پژوهش و تجدیدنظر قضایی وجود داشته باشد و متضمن متن‌گرایی نظام قضایی نیز باشد. بنابراین، در جاهایی که تغییر نام خانوادگی به حکم عقل مستند می‌شود، دادرس موظف است مجرای چنین حکمی را بیان کند که مقدمات عقلی استدلال مذکور چیست؛ در حقیقت، قیاس منطقی در رأی محکمه قضایی باید کامل و شفاف باشد تا استفاده از عقل به ارتقای نظام قضایی بینجامد.

بنای عَقْلا

۱. به موازات دلیل عقل، استناد به بنای عَقْلا نیز در متون حقوقی و آرای دادرسی‌ها فراوان‌تر شده است. با این حال، باید اذعان کرد که استناد به بنای عَقْلا، حتی از دلیل عقل نیز فراوانی بیشتری یافته است. چون بنای عَقْلا در مواجهه با موضوعات حکم جزئی دارد. شاهد این فراوانی تنوع در استناد به تعابیری مثل «روش عَقْلا»، «منطق عَقْلا» و ... است.

۲. آنچه درباره دلیل عقل و حدود موجه و تولید معرفت قضایی در حقوق خانواده ذکر شد، درباره بنائات عَقْلابیه نیز حاکم است، خصوصاً اینکه جزئی‌بودن بنائات عَقْلابیه می‌تواند در مصادیق قضایی خانواده بیشتر کاربرد داشته باشد. در نمونه‌هایی مثل اثبات اصل وجود رئیس در خانواده و بطلان شرط مخالف با آن، استناد به سیره عَقْلا به درستی به عنوان دلیلی تام محل توجه دادرسی‌ها قرار گرفته است.

۳. بیم و امید افزایش رجوع به این دلیل قضایی که می‌تواند ارتقا و قهقرا تلقی شود، درباره دلیل سیره عَقْلابیه نیز وجود دارد و رویه قضایی الزام‌آور در دیوان عالی کشور و مراجع پژوهش حقوقی باید همواره تولید معرفت قضایی در این حوزه را تضمین کند.

۴. در جهت مشروعیت استناد در آرای قضایی به بنای عَقْلا در نظم حقوقی فقهی ما عدم ردع شارع و مقنن و کیفیت تشخیص سیره مذکور ضروری است.

۵. فهم دعاوی خانواده و رسیدگی به آن، و تشخیص بنائات عقلاییه مستلزم آن است که قاضی در مقام تشخیص حتماً در فرض عقلاً قرار گیرد؛ لذا باید تعادل اخلاقی و معیل بودن شرط ضروری قضات دادگاه‌های خانواده باشد و حتی قدری بیشتر کیفیت موفق بودن خانواده‌های مذکور از طریق معیارهای علمی نیز می‌تواند معیار قرار گیرد، تا نشان دهد ارتکاز قاضی از سیره عقلی درست، و تشخیصی دقیق است.

پی‌نوشت‌ها

۱. در عقل ابزاری، حکم عقلی واسطه در فهم حکم قانونی است.
۲. تجدیدنظرخواسته دادنامه شماره: ۹۱۰۹۹۷۱۲۳۱۸۰۰۰۲۹ - ۱۳۹۱/۱۰/۲۱ دادگاه کیفری استان مستقر در قائم‌شهر.
۳. شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر خراسان رضوی، رأی ۹۰۲۰۷۴ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۶ شعبه دوم دادگاه محترم عمومی کاشمر.
۴. چراکه همگی از باب تقدیم اهم بر مهم است.
۵. چراکه اشتغال یقینی مستدعی فراغت یقینی است و عقلاً برای کسی که از عهده تکلیف خارج نشده است عقوبت قطعی است.
۶. چراکه بقای امر پس از امتثال قبیح است.
۷. مثال بارز این قسم، حقوق مالکیت فکری است. تا قبل از انقلاب صنعتی صرفاً مالکیت انسان بر آثار مادی و ملموس پذیرفته شده بود. پس از انقلاب صنعتی، در حوزه حق مؤلف، سرانجام امپراتور فرانسه، لویی شانزدهم در سال ۱۷۷۷ زیر فشار افکار عمومی و مقتضیات زمان ناگزیر شد فرمانی صادر کند و برخی امتیازات را برای مؤلف به رسمیت بشناسد. این فرمان سرآغاز شناسایی رسمی حق مؤلف در فرانسه است. پس از چندی در ۱۹ ژانویه ۱۷۹۱، قانون معروف LeChapelier و در ۱۹ ژوئیه ۱۷۹۳ قانون Lacanal به تصویب رسید که یکی مربوط به حق نمایش و دیگری مربوط به حق نشر و تکثیر آثار بود و نخستین قوانین مالکیت ادبی و هنری فرانسه به شمار می‌آید. در حقوق ایران نیز ابتدا قانون حمایت از مؤلفان و مصنفان و هنرمندان در سال ۱۳۴۸ مالیت حق مؤلف را به رسمت شناخت و سپس برابر بند «د» ماده ۱ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری (مصوب ۱۳۸۰ مجلس شورای اسلامی و اصلاح بعدی آن در سال ۱۳۸۱ از طرف مجمع تشخیص مصلحت نظام) و بند «ج» ماده ۲۱ آیین‌نامه اجرایی آن (مصوب شهریور ۱۳۸۱ هیئت وزیران) حقوق مالکیت صنعتی شامل حق اختراع و دانش فنی و علائم و نام‌های تجاری به عنوان سرمایه و آورده پذیرفته شد. این در حالی است که در عصر تشریع، ارتکاز عقلاً بر مال ملموس تعلق گرفته بود.

8. The text is the law, and it is the text that must be observed.

سیاست بازنگری، اصلاح و تکمیل نظام حقوقی و رویه‌های قضایی با تمرکز بر عقل و ... / ۱۲۷

۹. شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور، شماره دادنامه قطعی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۰۷۵۳، ۱۳۹۲/۱۲/۱۹؛ لذا بحث در اعتبار و عقلایی بودن چنین وکالت‌نامه‌ای از طرف زوج خواهد بود و توجه باید دلیلش را اعلام کند تا اینکه منطقی و پذیرفتنی تلقی شود و اگر زوج منکر آن است، توجه باید بر صدور چنین وکالت‌نامه‌ای در حال تعقل و اختیار کامل زوج دلیلی اقامه کند.
۱۰. از این قسم، زین پس با عنوان «عقل آلی» یا «ابزاری» یاد می‌شود.
۱۱. تجدیدنظرخواسته دادنامه شماره: ۹۱۰۹۹۷۱۲۳۱۸۰۰۰۲۹ - ۱۳۹۱/۱۰/۲۱ دادگاه کیفری استان مستقر در قائم‌شهر.
۱۲. شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر خراسان رضوی، رأی ۹۰۲۰۷۴ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۶ شعبه دوم دادگاه محترم عمومی کاشمر.
۱۳. به این معنا که گاه در برخی نمونه‌ها لازم است کارشناس‌های متعدد روان‌شناس، مشاور مذهبی و مددکار اجتماعی و چه بسا پزشک قانونی در تشخیص موضوع به قاضی کمک کنند تا استدلال‌های منطقی منجر به استدلال حقوقی شود.

منابع

قرآن کریم.

ابدالی، مهرزاد (۱۳۹۳). *درآمدی بر فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی*، تهران: مجد، چاپ دوم.
ابن‌ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
اسدی، حسن (۱۳۸۴). «بنای عقلا و جایگاه آن در ادله احکام»، در: *فقه و مبانی حقوق*، ش ۲، ص ۱۱۳-۱۲۴.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۶). *فرائد الاصول*، قم: بی‌نا.
ایزدی‌فرد، علی‌اکبر؛ محسنی دهکلانی، محمد؛ ادبی فیروزجانی، رازق (۱۳۹۳). «اشتغال زوجه و تأثیر آن بر نفقه»، در: *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ش ۱۰، ص ۵۸-۳۱.
بارت، رولان (۱۳۷۳). «مرگ نویسنده»، ترجمه: داریوش کریمی، در: *فصل‌نامه هنر*، ش ۲۵، ص ۳۷۷-۳۸۱.

باریک‌لو، علی‌رضا (۱۳۹۴). *مسئولیت مدنی*، تهران: میزان، چاپ ششم.
بصیری، حمیدرضا (۱۳۹۱). «سوءاستفاده از سمت ریاست بر خانواده»، در: *خانواده‌پژوهی*، ش ۲۹، ص ۴۷-۳۳.

بهبهانی، محمدباقر (۱۴۱۶). *الرسائل الاصولیة*، قم: بی‌نا.
تبیت، مارک (۱۳۸۶). *فلسفه حقوق*، ترجمه: حسن رضایی خاوری، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، چاپ دوم.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، ج ۲.
جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰). *مقدمه عمومی علم حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ ششم.
جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۶). *تحریر الاصول*، قم: بی‌نا.

جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۹). *تفسیر تسنیم*، قم: اسراء، چاپ هشتم، ج ۶.
حسین‌نژاد، سید مجتبی (۱۳۹۶). «تحلیل حجیت بنای عقلا با رویکردی در مسائل مستحدثه»، در: *پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، ش ۴۸، ص ۶۲-۳۷.

حکیم، محمدتقی (۱۴۱۸). *الاصول العامة فی الفقه المقارن*، قم: بی‌نا، چاپ دوم.
خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۹). *کفایة الاصول*، قم: آل‌البیت.
خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۹). *دراسات فی علم الاصول*، قم: مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).

دژپسند، ابراهیم (۱۳۹۳). *استدلال دادرسی*، تهران: جنگل، جاودانه.
دنگ‌کوبان، مریم (۱۳۸۴). *عقل یکی از منابع اجتهاد*، مشهد: پایان‌نامه مدرسه علمیة نرجس (ع).
رفیعی، محمدتقی (۱۳۷۸). *مطالعه تطبیقی غرر در معامله در حقوق اسلام و ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

صدر، محمدباقر (۱۳۷۹). *المعالم الجدیدة للاصول*، قم: بی‌نا، چاپ دوم.

سیاست بازنگری، اصلاح و تکمیل نظام حقوقی و رویه‌های قضایی با تمرکز بر عقل و ... / ۱۲۹

صدر، محمدباقر (۱۴۱۷). *بحوث فی علم الاصول*، بیروت: بی‌نا.
صفری، محسن (۱۳۸۹). *دلیل عقلی مستقل (مستقلات عقلی)*: مباحثی در فلسفه حقوق و اصول استنباط، تهران: دادگستر.

عراقی، ضیاءالدین (۱۳۸۸). *الاجتهاد والتقلید*، قم: بی‌نا.
علی دوست، ابوالقاسم (۱۳۹۵). *فقه و عقل*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ ششم.
غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۳۷۴). *نهایة الدرایة فی شرح الکفایة*، بی‌جا: سیدالشهدا، الطبعة الثالثة.
فخلعی، محمدتقی (۱۳۸۹). «پژوهشی در چیستی سیره عقلا و نسبت آن با حکم عقل»، در: *مطالعات اسلامی: فقه و اصول*، ش ۸۴، ص ۹۷-۱۲۶.

فیض، علی رضا (۱۳۸۴). «ارتکازات عرفی»، در: *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ش ۴، ص ۲۷-۵۰.
قماش، سعید (۱۳۸۹). *جایگاه عقل در استنباط احکام*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ دوم.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳ الف). *گویاتراز گفتارها*، تهران: دانشگاه تهران.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳ ب). *مقدمه علم حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
لجنة تألیف القواعد الفقهية والاصولية التابعة لمجمع فقه اهل البيت (ع) (۱۴۲۷). *قواعد اصول الفقه علی مذهب الامامة*، قم: بی‌نا، چاپ دوم.

الماسی، مسعود (۱۴۰۰). *مبانی و پیامدهای نص‌گرایی قانونی و فرمالیسم حقوقی در نظام قضایی ایران*، رساله دکتری، قم: دانشگاه باقرالعلوم (ع).

مجتهد تبریزی، جواد (۱۳۱۷). *المقالات الغریبة فی تحقیق المباحث الاصولية*، تبریز: بی‌نا.
محقق داماد، مصطفی؛ و همکاران (۱۳۹۱). *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ دوم، ج ۲.

مروی، جواد (۱۳۹۶). *درس خارج اصول*، قم: چاپ‌نشده.
مطلبی، سید محمد موسی؛ جمشیدی، حسن (۱۳۹۲). «دلیل عقل و جایگاه آن در سیره فقهی محقق اردبیلی»، در: *مطالعات اسلامی*، ش ۹۵، ص ۱۰۵-۱۲۴.

مظفر، محمدرضا (۱۳۷۵). *اصول الفقه*، قم: اسماعیلیان، چاپ پنجم.
مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴). *کتاب النکاح*، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
مکاریک، ایرنا ریما (۱۳۸۳). *دانش‌نامه نظریه‌های ادبی معاصر*، ترجمه: مهران مهاجر و محمد نبوی، تهران: آگاه، چاپ اول.

موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۷۳). *ولایت فقیه*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.

Dworkin, Ronald, (1985). *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press.

Kommers, Donald & Others (2004). *American Constitutional Law: Governmental Powers and Democracy*, Rowman & Littlefield Publishers, Second Edition.

Marmor, Andrei; Scott, Soames (2011). *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford: Oxford University Press.

Scalia, Antonin (1977). “Common Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”, in: *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton: Princeton University Press.

Siegel, Jonathan (2009). “The Inexorable Radicalization of Textualism”, in: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 158.

References

The Holy Quran

- Alidust, Abu al-Ghasem. 2017. *Feghh wa Aghl (Jurisprudence and Reason)*, Tehran: Research Institute for Islamic Culture and Thought, Sixth Edition. [in Farsi]
- Almasi, Masud. 1980. *Mabani wa Payamad-hay Nasgerayi Ghanuni wa Formalism Hoghughi dar Nezam Ghazayi Iran (Principles and Consequences of Legal Textualism and Legal Formalism in the Iranian Judicial System)*, PhD Thesis, Qom: Baqir al-Olum University. [in Farsi]
- Ansari, Morteza. 1996. *Faraed al-Osul*, Qom: n.pub. [in Arabic]
- Asadi, Hasan. 2006. "Banay Oghala wa Jaygah An dar Adelleh Ahkam (Way of the Wise and Its Place in the Sources of Sharia Rulings)", in: *Jurisprudence and Principles of Law*, no. 2, pp. 113-124. [in Farsi]
- Bariklu, Alireza. 2016. *Masuliyat Madani (Civil Liability)*, Tehran: Balance, Sixth Edition. [in Farsi]
- Barthes, Roland. 1995. "Marg Newisandeh (Death of the Author)", Translated by Dariyush Karimi, in: *Art*, no. 25, pp. 377-381. [in Farsi]
- Basiri, Hamid Reza. 2013. "Su Estefadeh az Samt Riyasat bar Khanewadeh (Abuse of the Position of Head of the Family)", in: *Family Research*, no. 29, pp. 33-47. [in Farsi]
- Behbahani, Mohammad Bagher. 1996. *Al-Rasael al-Osuliyah*, Qom: n.pub. [in Arabic]
- Dangkuban, Maryam. 2006. *Aghl Yeki az Manabe Ejtehad (Wisdom as One of the Sources of Legal Reasoning)*, Mashhad: Thesis of the Narjes Seminary. [in Farsi]
- Dejpasand, Ibrahim. 2015. *Estedlal Dadrasi (Argument of Litigation)*, Tehran: Jungle, Immortal. [in Farsi]
- Dworkin, Ronald. 1985. *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press.
- Ebdali, Mehrzad. 2015. *Daramadi bar Falsafeh Hoghugh wa Nazariyeh-hay Hoghughi (An Introduction to the Philosophy of Law and Legal Theories)*, Tehran: Majd, Second Edition. [in Farsi]
- Eraghi, Ziya al-Din. 2010. *Al-Ejtehad wa al-Taghlid (Legal Reasoning and Imitation)*, Qom: n.pub. [in Arabic]
- Fakhlai, Mohammad Taghi. 2011. "Pajuheshi dar Chisti Sireh Oghala wa Nesbat An ba Hokm Aghl (A Study on the Nature of Way of the Wise and Its Relation to the Rule of Reason)", in: *Islamic Studies: Jurisprudence and Principles*, no. 84, pp. 97-126. [in Farsi]

- Feyz, Alireza. 2006. "Ertezakat Orfi (Conventional Concepts)", in: *Jurisprudence and Principles of Islamic Law*, no. 4, pp. 27-50. [in Farsi]
- Gharawi Isfahani, Mohammad Hoseyn. 1996. *Nehayah al-Derayah fi Sharh al-Kefayah*, n.p: Sayyed al-Shohada, Third Edition. [in Arabic]
- Ghomashi, Said. 2011. *Jaygah Aghl dar Estenbat Ahkam (The Place of Reason in Inferring Rulings)*, Qom: Islamic Sciences and Culture Academy, Second Edition. [in Farsi]
- Hakim, Mohammad Taghi. 1997. *Al-Osul al-Ammah fi al-Feghh al-Mogharen (General Principles in Comparative Jurisprudence)*, Qom: n.pub, Second Edition. [in Arabic]
- Hoseyn-nejad, Seyyed Mojtaba. 2018. "Tahlil Hojjiyat Banay Oghala ba Ruykardi dar Masael Mostahdetheh (Analyzing the Authority of Way of the Wise with an Approach to New Issues)", in: *Research in Islamic Jurisprudence and Law*, no. 48, pp. 37-62. [in Farsi]
- Ibn Edris Helli, Mohammad ibn Mansur. 1990. *Al-Saraer al-Hawi le Tahrir al-Fatawi (Secrets of Rules Writing)*, Qom: Islamic Publication Office. [in Arabic]
- Izadifard, Ali Akbar; Mohseni Dehkolani, Mohammad; Adabi Firuzjani, Razegh. 2015. "Eshteghal Zojeh wa Tathir An bar Nafagheh (Wife's Employment and Its Impact on Alimony)", in: *Studies of Islamic Jurisprudence and Law*, no. 10, pp. 31-58. [in Farsi]
- Jafari Langerudi, Mohammad Jafar. 2000. *Mabsut dar Terminoloji Hoghugh (Extensive in Legal Terminology)*, Tehran: Treasure of Knowledge, vol. 2. [in Farsi]
- Jafari Langerudi, Mohammad Jafar. 2002. *Moghaddameh Omumi Elm Hoghugh (General Introduction to Law)*, Tehran: Treasure of Knowledge, Sixth Edition. [in Farsi]
- Jawadi Amoli, Abdollah. 2008. *Tahrir al-Osul*, Qom: n.pub. [in Arabic]
- Jawadi Amoli, Abdollah. 2011. *Tafsir Tasnim*, Qom: Esra, Eighth Edition, vol. 6. [in Farsi]
- Katuziyan, Naser. 2004 a. *Guyatar az Gofar-ha (More Eloquent than Words)*, Tehran: University of Tehran. [in Farsi]
- Katuziyan, Naser. 2004 b. *Moghaddameh Elm Hoghugh (Introduction to Law)*, Tehran: Publishing Joint Stock Company. [in Farsi]
- Khorasani, Mohammad Kazem. 1989. *Kefayah al-Osul*, Qom: Al al-Bayt. [in Arabic]
- Khoyi, Abu al-Ghasem. 1998. *Derasat fi Elm al-Osul (Studies in the Principles of Jurisprudence)*, Qom: Encyclopedia of Islamic Jurisprudence on the Religion of the Ahl al-Bayt (AS).

- Kommers, Donald & Others. 2004. *American Constitutional Law: Governmental Powers and Democracy*, Rowman & Littlefield Publishers, Second Edition.
- Makarem Shirazi, Naser. 2003. *Ketab al-Nekah (Marriage Book)*, Qom: Imam Ali ibn Abi Taleb School. [in Arabic]
- Makaryk, Irena Rima. 2004. *Daneshnameh Nazariyeh-hay Adabi Moaser (Encyclopedia of Contemporary Literary Theory)*, Translated by Mehran Mohajer & Mohammad Nabawi, Tehran: Agah, First Edition. [in Farsi]
- Marmor, Andrei; Scott, Soames. 2011. *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Marwi, Jawad. 2017. *Dars Kharej Osul (Higher Islamic Studies on the Principles of Jurisprudence)*, Qom: Unpublished.
- Mohaghegh Damad, Mostafa; et al. 2012. *Hoghugh Gharadad-ha dar Feghh Emamiyeh (Contract Law in Imami Jurisprudence)*, Tehran: Research Institute of Hawzeh and University, Second Edition, vol. 2. [in Farsi]
- Mojtahed Tabrizi, Jawad. 1899. *Al-Maghalat al-Ghariyyah fi Tahghigh al-Mabaheth al-Osuliyyah (Interesting Articles on the Investigation of Issues Related to Principles of Jurisprudence)*, Tabriz: n.pub.
- Motallebi, Seyyed Mohammad Musa; Jamshidi, Hasan. 2013. "Dalil Aghl wa Jaygah An dar Sireh Fegghi Mohaghegh Ardabili (Intellect as a Source and Its Place in the Jurisprudential Life of Mohaghegh Ardabili)", in: *Islamic Studies*, no. 95, pp. 105-124. [in Farsi]
- Mozaffar, Mohammad Reza. 1996. *Osul al-Feghh (Principle of Jurisprudence)*, Qom: Ismailiyan, Fifth Edition. [in Arabic]
- Musawi Khomeini, Ruhollah. 1994. *Welayat Faghih (Guardianship of the Islamic Jurist)*, Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works, First Edition. [in Arabic]
- Rafi'i, Mohammad Taghi. 2000. *Motale Tatbigi Gharar dar Moamele dar Hoghugh Islam wa Iran wa Konwansiyon Bey Beyn al-Melali (A Comparative Study of Ignorance in Transaction in Islamic and Iranian Law and the Convention on International Sale)*, Qom: Islamic Propagation Office. [in Farsi]
- Sadr, Mohammad Bagher. 1996. *Bohuth fi Elm al-Osul (Research in the Science of Principles)*, Beirut: n.pub. [in Arabic]
- Sadr, Mohammad Bagher. 2001. *Al-Maalem al-Jadidah le al-Osul*, Qom: n.pub, Second Edition. [in Arabic]
- Safari, Mohsen. 2011. *Dalil Aghli Mostaghel (Mostaghellat Aghli): Mabathi dar Falsafeh Hoghugh wa Osul Estenbat (Independent Rational Reason: A Topic in*

the Philosophy of Law and the Principles of Inference), Tehran: Dadgostar. [in Farsi]

Scalia, Antonin. 1977. "Common Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", in: *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton: Princeton University Press.

Siegel, Jonathan. 2009. "The Inexorable Radicalization of Textualism", in: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 158.

Tebbit, Mark. 2008. *Falsafeh Hoghugh (Philosophy of Law)*, Translated by Hasan Rezayi Khawari, Mashhad: Razavi University of Islamic Sciences, Second Edition. [in Farsi]

The Council for Compiling the Rules of Jurisprudence and Related Principles for the Assembly of Jurisprudence of the Ahl al-Bayt (AS). 2006. *The Rules of the Principles of Jurisprudence According to the Imamite School*, Qom: n.pub, Second Edition. [in Arabic]