

«تأثیر نظریه منطقه‌الفراغ بر کلیات حقوق قراردادهای، با نگاهی خاص به قراردادهای اداری»

دکتر سید مصطفی محقق داماد^۱

دکتر مهدی نیازآبادی^۲

بهاره عرب^۳

چکیده

نظریه «منطقه‌الفراغ» را می‌توان از جمله معیارهای انعطاف‌پذیری شریعت دانست که نخستین بار ذیل همین عنوان توسط شهید محمدباقر صدر در خصوص امکان آزادی مداخله دولت در اقتصاد اسلامی مطرح شد. منطقه‌الفراغ، حوزه‌ای است که موضوعات مشمول آن به سبب ماهیت متطور و متغیر خود، متعلق احکام نااثبات قرار می‌گیرد و لذا شارع با خودداری از وضع احکام ثابت در این حوزه، وضع قواعد مربوطه تفصیلی متناسب با مصالح و مقتضیات هر دوره را بر عهده حاکم و ولی امر اسلامی آن دوره نهاده است. لذا این حوزه در «مقابل منطقه ثابتی» قرار می‌گیرد که موضوعات مشمول آن متعلق احکام ثابت و لایتنجیر در تمام ادوار است. از جمله مسائلی که می‌تواند از حیث شمول یا عدم شمول، ذیل این نظریه مورد بحث قرار گیرد، مبحث حقوق قراردادهای و نوع خاصی از آنها تحت عنوان قراردادهای اداری است؛ از مباحثی که ذیل کلیات حقوق قراردادهای مطرح شده، دسته‌ای دارای پیشینه مفصل فقهی است و دسته‌ای معلول پیشرفت علوم و فناوری و ایجاد نیازهای بشری، نوین و مستحدثه تلقی شده و دارای پیشینه تفصیلی فقهی نیست. دسته نخست حسب تفاسیر متفاوت می‌تواند ذیل منطقه ثابت یا منطقه‌الفراغ جای گیرد و دسته دوم به جهت تجمیع مؤلفه‌های منطقه‌الفراغ ذیل این حوزه قرار می‌گیرد. قراردادهای اداری نیز به عنوان قسم خاص و واجد اهمیتی از قراردادهای، به جهت فقدان پیشینه تفصیلی فقهی و واجدیت جمیع مؤلفه‌های منطقه‌الفراغ ذیل این حوزه جای گرفته و لذا اختیار وضع قواعد حاکم بر آنها بر عهده حاکم و ولی امر در حکومت اسلامی است.

واژگان کلیدی:

منطقه‌الفراغ، کلیات حقوق قراردادهای، قراردادهای اداری

^۱. استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

^۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

^۳. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی.

“Impact of Mantaqa Al-Faraq theory on general issues of Contract Law, with a special approach on the Administrative Contracts”

Seyed Mostafa Mohaqeq Damad¹

Mahdi Niazabadi²

Bahareh Arab³

Abstract

Theory of “Mantaqa Al-Faraq” (changeable area) would be considered as one of the parameters of religion flexibility that was introduced by Shahid Mohammad Baqir Sadr, under this heading, for the first time, regarding to the possibility of freedom of government [legislative] intervention in Islamic economy. Mantaqa Al-Faraq is an area that its subjects due to variable and changeable nature, have variable and changeable sutra and rules, so that, God [as the Islamic legislature] refusing to set and codify fixed sutra and rules, delegated the setting and codification the relevant detailed rules, accordance to the benefit and requirements of each period, to the Islamic regnant or governor of that period. So, this area is standing on the opposite side of “fixed area” that its subjects have fixed and unchangeable sutra and rules at any period. One of those subjects that can be discussed under this theory, on the terms of inclusion or exclusion, would be the topic of Contract Law and a special type of them as Administrative Contracts. Among the introduced subjects and issues of Contract Law, some have detailed history of Islamic jurisprudence and the other, because of progress and advancement of science and technology and emerge of human needs, are regarded as new and modern issues and don't have really detailed history of Islamic jurisprudence. The former one, on the terms of different interpretations, would be included in the fixed area or Mantaqa Al-Faraq and the latter one, due to the aggregation of Mantaqa Al-Faraq components, would be included in this area. Administrative Contracts as an important and special type of contracts, due to lack of detailed history of Islamic jurisprudence and encompassing all of Mantaqa Al-Faraq components, would be included in this area and the authority of setting the rules governing on them is delegated to the Islamic regnant or governor.

Keywords: Mantaqa Al-Faraq, Contract Law, Administrative Contracts

¹ Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University.

² Phd in Private Law, Shahid Beheshti University.

³ Phd Student of Public Law, Shahid Beheshti University.

مقدمه

یکی از مسائلی که در علم اصول جدید به طور خاص مطرح شده و به صورت پراکنده در علم اصول سنتی نیز محل بحث بوده ولیکن فصل مستقلی به آن اختصاص پیدا نکرده است، توجه به عناصر ثابت و متغیر در استنباط احکام و روش اجتهادی است. حقیقت آن است که اگر بخواهیم در امر اجتهاد به ثبات بسنده نماییم، ظواهر و احکام شریعت در مقابل هجوم نیازهای روزمره جامعه منزوی می‌شوند و مسائل و امور مربوط به متدینین در جوامع اسلامی بدون راه حل و پاسخ رها می‌گردند؛^۷ لذا به جرأت می‌توان ادعا نمود که در دنیای حاضر، رسالت اصلی اجتهاد، تبدیل شدن به عاملی است که قادر باشد دین را در تمام ازمه و امکانه بتواند کند تا جوامع دینی و دین مداران بتوانند حیات خود را با آموزه های دینی هماهنگ سازند. بنابراین در رخدادهای مسائل نوین که معلول پیشرفت ابعاد مختلف زندگانی بشر می باشد، تفکیک میان عناصر ثابت و متغیر در استنباط احکام، از جمله موارد نیاز مجتهد است و بدیهی است در این راه، ضروری ترین مستمسک، ارائه معیاری دقیق، جهت تعیین حد فاصل میان این دو عنصر می‌باشد. در همین راستا، در فقه و اصول معاصر، علمای اهل تسنن و تشیع سعی در ارائه معیار اخیرالذکر و تدقیق آن داشته‌اند. چنانچه عبده در مصر به کمک رشیدرضا (مقرر درسهای او) فقه مقارنی را مطرح می‌کند و می‌گوید مینا و منبع اجتهاد سه چیز است: نصوص شرعی، حکمت تشریح و قواعد عامه (از جمله قواعد مسلمة یسر، دفع حرج، جلب مصالح، نفی ضرر و ضرار و دفع مفسد). در این بین، قواعد عامه خود، مینا و زیر بنای استنباط احکام مربوط به نیازهای جدید است.^۸ گروه دیگری در اهل تسنن، مبحث مقاصد الشریعة را مطرح کرده و آن را یکی از منابع فقه می‌دانند. این دسته معتقدند که مقاصد شریعت (مثل عدل و ظلم) ثابت است ولیکن طرق وصول به آنها در ازمه و امکانه مختلف، متفاوت می‌باشد.^۹ در میان علمای اهل تشیع نیز، نظراتی مرتبط با این حوزه بیان گردیده است؛ از جمله، شهید محمد باقر صدر در کتاب «اقتصادنا»، نظریه منطقه‌الفراغ را در ارتباط با مداخله دولت در مکاتب اقتصادی اسلامی بیان می‌کند. اگرچه عنوان «منطقه‌الفراغ» نخستین بار در آرای شهید صدر به کار رفته ولیکن مفاد این نظریه، قبل از شهید صدر، یا معاصر با او، با اندک تفاوتی در کتب برخی علما مورد اشاره قرار گرفته است: آیت الله نائینی در کتاب مستطاب «تنبیه الامه و تنزیه المله»^{۱۰} شبیه این نظریه را با عنوان «احکام منصوص (ثابت) و غیرمنصوص (متغیر)» مطرح می‌نماید و معتقد است «قوانین و دستوراتی که در تطبیق آنها بر شریعت - کما ینبغی - باید مراقبت و دقت شود، فقط به قسم اول [احکام منصوص و ثابت] مقصود است و در قسم دوم [احکام غیرمنصوص و متغیر] بدون موضوع و بلا محل است».^{۱۱} مرحوم سید حسن مدرس در زمان تصویب قانون اصول محاکمات جزایی در مجلس، تأکید می‌کند که امور اداری مشمول قوانین وضعی است.^{۱۲} علامه طباطبایی در تفسیر «المیزان» احکام جزایی مربوط به حوادث جاری را که بر اثر تغییر زمان به سرعت متغیر است، از اختیارات حاکم اسلامی می‌داند^{۱۳} و در نهایت، امام خمینی در کتاب «حکومت در اسلام» بیان می‌دارد که حکومت، خود از جمله منابعی است که به صدور احکام اولیه می‌پردازد.^{۱۴} اما در کنار این نظریات، آنچه بحث منطقه‌الفراغ را متمایز می‌کند، تبیین

^۷ محقق داماد، سید مصطفی، «تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه ها و شیوه ها (۱)»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، پاییز و زمستان ۱۳۸۵؛ شماره ۴۴، ص ۱۴.

^۸ محقق داماد، سید مصطفی، «تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه ها و شیوه ها (۲)»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، پاییز و زمستان ۱۳۸۶؛ شماره ۴۶، ص ۲۰.

^۹ محقق داماد، سید مصطفی، تقریرات درس اصول فقه ۲، مقطع کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، پاییز ۱۳۹۲، ص ۱۱۱.
^{۱۰} این کتاب که در مجله‌هایی با پاورقی مرحوم طالقانی تدوین یافته است، ذیل پردازش نظریه مشروطیت، در پی تنزیه دین اسلام از اتهامات وارده (مثل تبعیض در قبال زن، استبداد و...) از سوی غربی‌هاست.

^{۱۱} نائینی، محمدحسین، تنبیه الامه و تنزیه المله، قم، مؤسسه بوستان کتاب، چاپ دوم، ۱۳۸۸، صص ۱۳۴ و ۱۳۵.

^{۱۲} مدرس، سیدحسین، نطق‌ها و مکتوبات، تهران، انتشارات ابودر، چاپ اول، ۱۳۵۵، صص ۲۱۰ و ۲۱۱.

^{۱۳} طباطبایی، محمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، جلد ۸، تهران، کانون انتشارات محمدی، چاپ سوم، ۱۳۶۳، ص ۱۲۹ (ذیل آیه ۵۹ سوره مبارکه نساء).

^{۱۴} موسوی خمینی، سید روح الله، حکومت در اسلام، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ اول، ۱۳۶۷، ص ۵۴.

و تحدید حوزه‌ای معین است که به سبب تطور، تحول و عدم ثبات موضوعات آن، ولی امر اسلامی می‌تواند براساس ضوابط و اهدافی اقدام به تصویب قوانین متناسب با اوضاع و احوال آن نماید؛ لذا در این مقاله هدف آن است که پس از تبیین دقیق این نظریه و اثبات حوزه مربوط به منطقه‌الفراغ، به تشریح کلیات حقوق قراردادهای در پرتو نظریه مذکور بپردازیم و به این سؤال پاسخ دهیم که آیا اصول کلی حقوق قراردادهای ذیل این حوزه جای می‌گیرند؟ سپس ضمن بررسی مفهوم و ماهیت قراردادهای اداری، به طور خاص، امکان یا عدم امکان وجود رابطه‌ای میان قواعد حاکم بر این قسم خاص قراردادهای و نظریه منطقه‌الفراغ را مورد کنکاش قرار داده و بررسی نماییم که آیا این قواعد حسب مقتضیات زمان دچار تحول و تغییر می‌شوند؟

(۱) تبیین و تشریح نظریه منطقه‌الفراغ و اثبات آن

نظریه منطقه‌الفراغ، نخستین بار در آرای شهید صدر به کار رفته است، بنابراین ابتدا تفسیر ایشان از این نظریه و مؤلفه‌های تشکیل دهنده آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم و سپس به اثبات امکان وجود چنین حوزه‌ای خواهیم پرداخت.

(۱،۱) تبیین و تشریح نظریه منطقه‌الفراغ

شهید محمدباقر صدر در قسمت پایانی کتاب وزین «اقتصادنا»، در خصوص امکان آزادی مداخله دولت در اقتصاد اسلامی به حوزه‌ای تحت عنوان «منطقه‌الفراغ» اشاره می‌کند. مستنبط از توضیحات شهید صدر می‌توان گفت منطقه‌الفراغ، حوزه‌ای است که به سبب ماهیت متطور و ناآبیت خود دارای موضوعات و عناوین متغیر می‌باشد و شارع وضع احکام و قواعد تفصیلی متناسب با اوضاع، احوال و مقتضیات زمان و مکان در این حوزه را با حفظ ضوابط و در چارچوب‌های معینی - به عهده حاکم اسلامی و ولی امر هر دوره زمانی نهاده است.^{۱۵} لذا از منظر شهید صدر، منطقه‌الفراغ در برابر منطقه ثابت قرار دارد. با این توضیح که موضوعات و عناوین منطقه ثابت در سیر زمان و مکان بلا تغییر است و احکام صادره از شارع نیز در این قسمت ثابت و لایتنیر می‌باشد اما منطقه‌الفراغ ناظر به حوزه‌ای است که به سبب تغییر و تطور موضوعات آن، شارع از وضع حکم ثابت در آن خودداری کرده و این امر را به عهده متولی حکومت اسلامی در ادوار مختلف گذاشته است. لذا احکام مربوط به حوزه منطقه‌الفراغ تابع مصالح و مقتضیات زمان است، بدون آن که شارع نظری بر آنها داشته باشد.

با اندک تعمقی در آرای شهید صدر، درمی‌یابیم که ایشان مؤلفه‌هایی را برای تحدید و تبیین ثغور منطقه‌الفراغ در نظر داشته‌اند که لازم است به آنها اشاره نماییم:

- منطقه‌الفراغ ناظر بر روابط انسان با طبیعت است:^{۱۶} شهید صدر معتقد است که دوگونه رابطه را می‌توان موضوع قواعد حقوقی قرار داد: نخست، رابطه اشخاص با یکدیگر (انسان با هم نوعش)، که دارای تطور نیست و قواعدی ثابت را مقتضی است. دوم، رابطه اشخاص با طبیعت^{۱۷} که در طول زمان، قواعد متغیر، متطور و مقتضی با زمان را می‌طلبد. قواعد حاکم بر روابط اشخاص با طبیعت از آن جهت متطور است که میزان سیطره انسان بر طبیعت در گذر زمان، به دلیل پیشرفت علم و فناوری، متفاوت می‌شود.^{۱۸}

- در شرع، قواعد تفصیلی ثابت برای منطقه‌الفراغ وجود ندارد:^{۱۹} علت آن است که اگر حکم ثابت بر موضوعات متطور این حوزه بار شود، با اهداف کلی شریعت در تعارض خواهد بود. شهید صدر با یک مثال به تبیین این مؤلفه می‌پردازد: بنا بر اقوال معصومین (علیهم السلام)، در صدر اسلام، هرکس زمین میته‌ای را آباد می‌کرد به عنوان مالک آن شناخته می‌شد. این حکم در صدر اسلام قاعده‌ای موجه محسوب می‌شد ولیکن اگر قائل به حکومت این حکم ثابت در ادوار مختلف باشیم، نتیجه آن است که با وجود پیشرفت فناوری و صنایع، صاحبان ابزارآلات مدرن با آباد کردن مساحت زیادی از زمین، مالک آن شده و املاک زیادی را به تصاحب خود درمی‌آورند. حال آنکه اشخاص فاقد این امکانات از تملک باز می‌مانند و این امر با اهداف کلی و مقدس شریعت، که عبارتند از «عدالت» و «ارتزاق»، در تعارض است.

- حکم کلی منطقه‌الفراغ، «باحه» و «جواز» است: لذا هر فعالیت و عملی را که نص تشریحی دلالت بر وجوب یا حرمت آن نکند، حاکم اسلامی می‌تواند از آن منع یا بدان امر نماید. برای تبیین این مؤلفه ارائه توضیحاتی لازم است: شیخ انصاری در مبحث

^{۱۵}. صدر، محمدباقر، اقتصادنا، جلد ۲، ترجمه علی اسپهبدی، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۵۷، ص ۳۴۳.

^{۱۶}. همان، ص ۳۴۴.

^{۱۷}. به نوعی متأثر از مکتب مارکسیسم، روابط حقوقی انسان‌ها با یکدیگر امری عرضی است و تابع تطور انسان با طبیعت می‌باشد.

^{۱۸}. لازم به ذکر است که منظور از «طبیعت» در آرای شهید صدر، «بیرون و خارج انسان» است.

^{۱۹}. همان، ص ۳۴۶.

«شروط» در کتاب «مکاسب» بیان می‌دارد که جواز و اباحه در شرع به دو صورت است. گاه شارع صریحاً موضوعی را مباح و حلال اعلام کرده و از میان احکام خمس تکلیفیه، حکم اباحه را به آن اختصاص داده و گاه در باب یک موضوع هیچ حکمی را اعلام نکرده است. در این موارد و به واسطه فقدان حکم و قانون، مستند به اصله‌الاباحه، به ناچار قائل به مباح بودن حکم آن موضوع می‌شویم.^{۲۰} لازم به ذکر است که شرط نامشروع (که از اقسام شروط باطله است) شرطی است که خلاف اباحه نخستین (تشریحی) باشد نه اباحه دوم (ناشی از فقدان قانون). شهید صدر با تأثر از بیانات شیخ در این حوزه بیان می‌دارد که حکم کلی در منطقه‌الفراغ، اباحه است و منظور از اباحه، اباحه ناشی از فقدان قانون (حکم شارع) می‌باشد؛ زیرا اگر اباحه تشریحی به موضوعی تعلق گرفته باشد و ولی امر اسلامی بخواهد خلاف آن، حکمی صادر کند، به منزله حرام نمودن حلال خداست و نامشروع است. لذا منظور، اباحه ناشی از فقدان و خلأ حکم است که شارع به جهت ماهیت متطور این حوزه از صدور حکم ثابت راجع به آن خودداری کرده است.

شهید صدر اندکی فراتر می‌رود و ادعا می‌کند که گاه احکامی توسط پیامبر (ص) و ائمه (علیهم السلام) در باب موضوعی صادر شده که آن موضوع مؤلفه‌های منطقه‌الفراغ را داراست. ایشان در این موارد، به اقتضای مقام ولایت امور، احکام متناسب با زمان و مکان را به صورت موقت صادر کرده‌اند و فی‌الواقع به عنوان حاکم - و نه به عنوان مبلغ شریعت - اقدام نموده‌اند.^{۲۱} لذا با تفکیک دقیق میان شئون مختلف معصومین (علیهم السلام) می‌توان احکام صادره در شأن حکومتی را کشف نمود و قائل به موقتی بودن آنها شد؛ زیرا حکم اولیه موضوعات این حوزه، اباحه ناشی از فقدان حکم شارع است و معصومین (علیهم السلام) به عنوان ولی امر زمان خود حکم اقتضایی (وجوب یا حرمت) را بر آن بار نموده‌اند و لذا ولی امر دوره‌های بعدی در جوامع اسلامی می‌تواند، بنابر مصالح و مقتضیات جامعه خود، حکمی مغایر با آن وضع نماید.^{۲۲} بدیهی است اعمال چنین نظریه‌ای منوط به تفکیک دقیق شئون متفاوت معصومین (علیهم السلام) است و احکام مربوط به شأن نبوت و امامت (تبلیغ) داخل در منطقه ثابت و لذا غیرقابل تغییر است.

تجمیع سه مؤلفه اخیرالذکر موجب تبیین و تدقیق حدود منطقه‌الفراغ می‌گردد. بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که اولاً نظریه منطقه‌الفراغ مربوط به مرحله تشریح (تقنین) است نه اجرا و ثانیاً به جهت فقدان حکم نخستین از سوی شارع در این حوزه، حکم صادره از جانب ولی امر، حکم اولیه به حساب می‌آید.^{۲۳}

۱,۲ اثبات امکان وجود منطقه‌الفراغ

برای اثبات حوزه‌ای کلی که شارع وضع قواعد در آن را به عهده ولی امر گذاشته، باید سه قضیه جزئی را اثبات نماییم: نخستین قضیه «متغیر بودن رابطه انسان با طبیعت» است. همانطور که قبلاً بیان شد، با توجه به پیشرفت علم و فناوری، سیطره انسان بر طبیعت در ادوار مختلف، متفاوت است و این تفاوت، احکام متغیر و ناثابتی را مقتضی است. فی‌الواقع تطور احکام و قواعد حقوقی به سبب گسترش توان بشر در بستر تاریخ ایجاد می‌شود. دومین مسأله «عدم امکان تشریح قانون ثابت در این حوزه» می‌باشد. همانطور که گفتیم، اولاً وضع قواعد ثابت در این حوزه با توجه به ماهیت متطور آن، مخالف با اهداف کلی شریعت است و ثانیاً از آنجائیکه حکم ثابت، متناهی است اما موضوعات داخل در منطقه‌الفراغ نامتناهی می‌باشند، عقلاً محال است که متناهی با نامتناهی برابری کند و بالأخره سومین قضیه، «واگذاری وضع قواعد متناسب با اوضاع و احوال هر دوره به حاکم اسلامی همان دوره» است.

^{۲۰}. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب المکاسب، جلد ۶، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ دهم، ۱۴۳۰ ه.ق، صص ۲۲ و ۲۳.

^{۲۱}. عده‌ای از علما معتقدند که معصومین دارای سه شأن بوده‌اند: شأن تبلیغ، شأن حکومت و شأن قضاوت: محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه

(بخش مدنی: اموال و مالکیت)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سی و پنجم، ۱۳۹۱، صص ۱۴۶ و ۱۴۷.

^{۲۲}. صدر، محمدباقر، پیشین، صص ۳۴۸ و ۳۴۹.

^{۲۳}. برای آگاهی بیشتر در خصوص رابطه منطقه‌الفراغ با قواعد ثانویه و حکم حکومتی نگاه کنید به: صدر، محمدباقر، اقتصادنا، جلد ۲، ترجمه علی اسپهبدی،

تهران، انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۵۷، صص ۳۱۹ - ۳۴۹.

با این توضیح که با عدم وضع قواعد از سوی شارع در این حوزه، عقلاً راه دیگری باقی نمی‌ماند و تنها طریق، واگذاری این مقوله به خود بشر برای مدیریت آن است.

فارغ از استدلال‌های عقلی می‌توان به یک سری ادله نقلی نیز اشاره نمود. از جمله آنها اخباری است شبیه این مضمون: «علینا إلقاء الأصول و علیکم التفریع» یا «انما نلقى علیکم الأصول و علیکم أن تفرعوا»^{۲۴}. لذا عقلاً و نقلاً اثبات چنین حوزه‌ای غیرممکن نیست.

اکنون با طرح یک إشکال، یک سؤال و یک ادعا، این بحث را خاتمه می‌دهیم:

إشکال: آیا طرح نظریه منطقه‌الفراغ با استمرار بقای حلال و حرام محمد (ص) تا روز قیامت و عدم امکان تغییر احکام شرعی در تعارض نیست؟ شهید صدر در قبال این إشکال بیان می‌دارد که نظریه منطقه‌الفراغ مربوط به موضوعاتی است که ذاتاً و ماهیتاً متطور است و لذا احکام آنها تبعاً ناثبات خواهد بود؛ درحالیکه استمرار بقای حلال و حرام محمد (ص) تا روز قیامت و عدم تغییر احکام شرعی، ناظر به منطقه ثابت است که موضوعات آن در سیر تطور ادوار، بلا تغییر می‌باشد.^{۲۵} مضافاً اینکه مفاد روایت استمرار بقای حلال و حرام محمد (ص) تا روز قیامت، در مقابله با اقدامات اصحاب رأی و قیاس است که مورد صدور و تأکید قرار گرفته؛ زیرا این عده بنا بر ذوق و سلیقه شخصی خود و بدون هیچ گونه ضابطه موّجهی دست به تحلیل شریعت می‌زدند و احکامی را استخراج می‌کردند؛ ضمناً نظریه منطقه‌الفراغ، نظریه‌ای خارج از کتاب و سنت نیست و اتفاقاً مورد تأکید کتاب قرار گرفته است. چنانچه آیه «أطیعوا الله و أطیعوا الرسول و اولی الأمر منکم»^{۲۶} مؤید وجوب و لزوم اطاعت از اولی الامر و احکام صادره از سوی ایشان است.^{۲۷}

سؤال: آیا احکام صادره از سوی ولی امر و حاکم اسلامی، در حوزه منطقه‌الفراغ، احکام شرعی تلقی شده یا خارج از دایره شریعت است؟ ظاهراً شهید صدر به این سؤال پاسخ نداده‌اند و لذا از قضیه منطقه‌الفراغ، بسته به اینکه منطقه مذکور را فارغ از مطلق شریعت بدانیم یا فارغ از شریعت ثابت، دو نظریه «دین حداقلی»^{۲۸} و «دین حداکثری»^{۲۹} قابل استنباط است. با این توضیح که اگر معتقد باشیم احکام صادره در این حوزه دارای ماهیت و صبغه شرعی است، قائل به دین حداکثری شده، برای احکام مزبور ضمانت اجرای اخروی در نظر گرفته و دایره شریعت را گسترش داده‌ایم. اما اگر احکام و قواعد صادره را صرفاً واجد جنبه عرفی دانسته و برای آنها خواهان ضمانت اجرای اخروی نباشیم، قائل به دین حداقلی شده و دایره شریعت را محدود به احکام ثابت کرده‌ایم.

ادعا: ظاهراً برخی احکام ثابت شریعت در دنیای امروزی در دایره‌ای قرار گرفته‌اند که به جهت افزایش تسلط بشر بر طبیعت، نیازمند تغییر هستند؛ مثلاً بحث اقامه صلاة رو به قبله به هنگام سفر هوایی، خود محل پرسش است و همچنین است بحث وجوب روزه در سرزمین‌های قطبی و در فصل زمستان، به علت طولانی بودن روز (بیش از ۲۳ ساعت).^{۳۰}

۲) تبیین کلیات حقوق قراردادهای در پرتو نظریه منطقه‌الفراغ

در این قسمت به دو دسته از مباحث کلی در حوزه حقوق قراردادهای خواهیم پرداخت: دسته نخست، مباحثی هستند که به طور تفصیلی توسط فقهای متقدم و متأخر در کتب فقهی مورد تحلیل و مذاقه گرفته‌اند و دسته دوم شامل مباحثی می‌شود که از لحاظ

^{۲۴} حرعاملی، محمد بن حسن بن علی، ووسائل الشیعه، جلد ۹، بیروت، احیاء التراث العربی، ۱۳۸۷ ه.ق، ص ۱۴۴.

^{۲۵} صدر، محمدباقر، پیشین، صص ۳۴۷، ۳۴۸ و ۳۴۹.

^{۲۶} سوره نساء، آیه ۵۹.

^{۲۷} نایینی، محمدحسین، پیشین، ص ۱۳۵.

^{۲۸} Minimized religion

^{۲۹} Maximized religion

^{۳۰} محقق داماد، سید مصطفی، تقریرات درس اصول فقه ۲، پیشین، ص ۱۳۵.

زمانی، متأخر از مباحث دسته اول هستند و به جهت پیشرفت در ابعاد مختلف زندگانی بشر، در دوره اخیر پدید آمده و لذا به مانند مباحث قبلی، مورد بررسی تفصیلی فقها قرار نگرفته‌اند.

۲،۱) مباحث مسبوق به پیشینه تفصیلی

در میان مباحثی که به تفصیل مورد مطالعه فقها بوده و پیرامون آنها به استنباط احکام شرعی فرعی پرداخته‌اند، می‌توان به شرایط عمومی صحت عقود، اصاله اللزوم، اصاله الصحة، اصل نسبی بودن قراردادها (به تبع بررسی عدم نفوذ عقد فضولی)، تلف مبیع قبل از قبض و... اشاره کرد. فقها حول هریک از مباحث مذکور صفحات متعددی را به توضیح و تشریح اختصاص داده و با استناد به ادله و منابع شرعی در پی کشف احکام شارع بوده‌اند. به عبارت دیگر، فقها با این اعتقاد که شارع در ارتباط با هریک از این مباحث، حکمی را در نظر داشته، با تفحص در ادله و منابع شرعی سعی در استخراج حکم متناسب داشته‌اند. به طور مثال در مبحث شرایط عمومی صحت عقود،^{۳۱} مشهور فقها برای ایراد خدشه به صحت عقدی که مورد معامله آن به نوعی مجهول و مردد بوده است، به حدیث نبوی «نهی النبی (ص) عن [بیع] الغرر» استناد ورزیده‌اند.^{۳۲} در مبحث اصاله اللزوم، که بخش حجیمی از کتب فقهی بسیاری از فقها را به خود اختصاص داده است، با استناد به آیاتی چون «أوفوا بالعقود»،^{۳۳} «أحلَّ اللهُ البیع و حرَّم الربا»،^{۳۴} «أن تكون تجارة عن تراض»^{۳۵} و «و لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل»^{۳۶} و روایاتی نظیر «الناس مسلطون علی أموالهم»^{۳۷} و «المؤمنون عند شروطهم»^{۳۸} سعی دارند که حکم شارع را مبنی بر آن دسته از عقود مشکوک الوصف (جواز یا لزوم) کشف نمایند.^{۳۹} در خصوص اصل صحت عقود (یا دلالت اصل صحت به مفهوم وضعی) عده‌ای از فقها با استناد به روایت امیرالمؤمنین علی (ع)، با مضمون «ضَعْ أَمْرَ أَحَبِّكَ عَلَى أَحْسَنِهِ حَتَّى يَأْتِيَكَ مَا يَغْلِبُكَ مِنْهُ و...» سعی در صحیح دانستن آن دسته عقودی دارند که شک در وجود یا فقدان شرطی از شرایط صحت آنها مطرح است (شبهه موضوعیه). در بحث تلف مبیع قبل از قبض، فقها برای کشف حکم شارع مبنی بر انفساخ بیع (و عقد به طور عام) و لزوم رد ثمن (و عوض به طور عام) به حدیث نبوی «كُلُّ مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ» و روایت امام صادق (ع) با مضمون «مَنْ صَاحِبِ الْمَتَاعِ الَّذِي هُوَ فِي بَيْتِهِ حَتَّى يَقْبُضَ الْمَتَاعَ وَ يَخْرُجَهُ مِنْ بَيْتِهِ فَإِذَا أَخْرَجَهُ مِنْ بَيْتِهِ فَلِالْمَتَاعِ ضَامِنٌ لِحَقِّهِ حَتَّى يَرِدَ مَالَهُ إِلَيْهِ»، استناد نموده‌اند و هرچند دلالت این روایات را بر این حکم، صریح ندانسته‌اند و لیکن آنها را به عنوان دلایلی بر این مضمون ارائه کرده‌اند.^{۴۰} در خصوص عدم سرایت آثار عقد به غیر از متعاقبین (اصل نسبی بودن) نیز فقها مباحث بسیاری را در باب «عقد فضولی» مطرح کرده و برای صدور حکم به عدم نفوذ این نوع عقد، به اصل عدم ولایت و قاعده تسلیط^{۴۱} اشاره نموده‌اند.^{۴۲}

۳۱. در کتب فقهی متقدم و میانه، این مبحث در باب متاجر، تجاره و بیع مطرح شده است.

۳۲. طوسی، شیخ محمد بن حسن، **خلاف**، جلد ۲، قم، شرکت دارالمعارف الاسلامیه، ۱۳۸۴ ه.ق، ص ۳۸ / حلی، محمد بن احمد ابن ادریس، **سرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، جلد ۲، قم، لوح فشرده فقه اهل بیت، ۱۳۹۱، ص ۳۲۱ / حلی، علامه حسن بن یوسف جمال الدین، **تذکره الفقها**، جلد ۱، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ه.ق، ص ۵۰۵ / جبعی عاملی، زین الدین علی بن احمد، **مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الاسلام**، جلد ۳، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۹ ه.ق، صص ۴۹ و ۵۰.

۳۳. سوره مائده، آیه ۱.

۳۴. سوره بقره، آیه ۲۷۵.

۳۵. سوره نساء، آیه ۲۹.

۳۶. سوره بقره، آیه ۱۸۸.

۳۷. احسائی، محمد بن علی، **عوالی اللالی العزیزیه**، جلد ۱، قم، لوح فشرده فقه اهل بیت، ۱۳۹۱، ص ۲۲۲.

۳۸. طوسی، شیخ محمد بن حسن، **تهذیب الاحکام**، جلد ۲، تهران، مکتبه الفراهانی (مؤسسه انتشارات فراهانی)، چاپ اول، ۱۳۶۳، ص ۱۳۵.

۳۹. انصاری، شیخ مرتضی، **کتاب المکاسب**، جلد ۵، قم، مجمع فکر الاسلامی، چاپ دهم، ۱۴۳۰ ه.ق، صص ۱۷، ۱۸، ۱۹ و ۲۰.

۴۰. محقق داماد، سید مصطفی، **قواعد فقه (بخش مدنی: اموال و مالکیت)**، پیشین، ۱۳۹۱، صص ۱۷۹ و ۱۸۰.

۴۱. «الناس مسلطون علی أموالهم»

۴۲. جبعی عاملی، زین الدین علی بن احمد، **الروضه البهیة فی شرح اللعة دمشقیة**، جلد ۱، تهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۳۰۹، صص ۳۱۶ و ۳۱۷.

هدف از استقراء در برخی از مباحث تفصیلی مطرح شده در کتب فقهی، اشاره به دو دیدگاه است. با توجه به اینکه فقها با نگارش کتب فقهی سعی در استنباط و استخراج احکام شرعی شارع دارند،^{۴۳} بررسی‌ها و تحلیل‌های تفصیلی ارائه شده در خصوص این قبیل مباحث - با توسل به ادله و منابع شرعی - را باید تلاش در راستای استنباط احکام شرعی مربوط به آنها دانست و از این حیث می‌توان ادعا نمود که به اعتقاد فقها هر یک از این مباحث نزد شارع دارای حکمی ثابت است، که این حکم باید از طریق و مجرای اصولی و فقهی استنباط گردد. لذا با توجه به وجود احکام ثابت تشریحی از یک سو و قواعد و احکام تفصیلی ارائه شده توسط فقها از سوی دیگر، این مباحث را نمی‌توان مشمول منطقه‌الفراغ دانست و باید آنها را ذیل منطقه ثابت قرار داد که امکان تغییر احکام آنها در هر دوره توسط حاکم اسلامی وجود ندارد. اما امکان طرح دیدگاه دیگری نیز وجود دارد؛ به این معنا که مباحث مذکور - جز در مواردی که مورد استناد آنها آیاتی از کتاب الله است - به عنوان متعلقات احکام موقت از سوی فقها بیان گردیده و حکم صادره بر آنها، خاص همان دوران است. از سوی دیگر در مواردی که مستند صدور حکم، روایاتی از معصومین (علیهم السلام) است، می‌توان با تفکیک شئون ایشان ادعا نمود که روایت و حکم صادره بنابر شأن حکومتی صادر شده و مختص جامعه زیستی آن دوران بوده است لذا اولیای امر از منته بعدی می‌توانند بنابر مصالح و مقتضیات زمان خود، حکم دیگری را صادر نمایند. اختلاف نظر میان فقها در باب احکام صادره بر این موضوعات و عدم دلالت صریح برخی ادله لفظیه شرعیه بر آنها (و در نهایت توسل به دلیل العقل برای اثبات بسیاری از این مباحث) نیز دال بر این مدعاست که شارع به گونه‌ای تفصیلی، صریح و ثابت در این خصوص احکامی ندارد و وضع و تدوین احکام و قواعد مربوط به این مباحث و حوزه‌ها را - جز در موارد دلالت صریح آیات و روایات - بنابر مصالح و مقتضیات زمان بر عهده اولیای امر اسلامی نهاده است. لذا حسب این دیدگاه، مباحث مورد تفصیل در کتب فقهی (علی رغم مطالعات و بررسی‌های گسترده فقها) داخل در منطقه‌الفراغ هستند.

۲،۲) مباحث فاقد پیشینه تفصیلی

برخی مباحث به جهت پیشرفت در ابعاد و شاخه‌های مختلف زندگانی بشر، مستحدثه و نوین تلقی شده و لذا به طور تفصیلی در آرای فقها مورد بحث و مذاقه قرار نگرفته است. از جمله آنها می‌توان به احداث عقود جدیدی چون بیمه،^{۴۴} بحث عدم اعتبار شروط غیر منصفانه،^{۴۵} پذیرش ضابطه نفع متوقع^{۴۶} در خسارات قراردادی، حق انصراف مصرف کننده^{۴۷} و ... اشاره نمود. عقد بیمه به تبع احساس رو به فزونی بشر نسبت به ایجاد اطمینان در راستای حفظ اموال و تضمین سلامتی پدید آمد و دارای سابقه شرعی نیست و مورد تفسیر و تحلیل فقهای متقدم و میانه قرار نگرفته؛ لذاست که فقهای معاصر پس از گذراندن دو مرحله طرد مطلق و تفصیل بیمه به سه عقد هبه، صلح و ضمان^{۴۸} (که هر یک واجد ایرادات فقهی و حقوقی عمده‌ای است) در مرحله نهایی، این نهاد را ذیل اصل آزادی قراردادی می‌پذیرند و به تبع آن است که قوانین مختلف راجع به بیمه در نظام حقوقی ایران به تصویب می‌رسد. همچنین است بحث عدم اعتبار شروط غیرمنصفانه که به تبع انقلاب صنعتی، تولید و توزیع انحصاری برخی مواد و کالاها و انعقاد قراردادهای الحاقی مطرح شد و از جمله مباحثی است که دارای پیشینه مفصلی در فقه اسلامی نمی‌باشد و حتی در ابتدای امر با اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی متزاحم می‌نمود، تا اینکه نخستین بار، در نظام حقوقی ایران به موجب قانون تجارت الکترونیکی، مصوب ۱۳۸۲ مورد تقنین قرار گرفت.^{۴۹} در مورد پذیرش ضابطه نفع متوقع در خسارات قراردادی، که به معنای قرار دادن زیان دیده قراردادی (متعهدله) در موقعیت اجرای قرارداد است - دارای سابقه تفصیلی فقهی و شرعی نیست - باید بگوییم که در ابتدای امر به دلیل ممنوعیت مطالبه عدم‌النفع، این ضابطه به طور مطلق نفی می‌شد و اخیراً دسته‌ای از حقوقدانان با توسل

^{۴۳}. چنانچه فقه تعریف شده است به: «هی العلم بالاحکام الشرعیة الفرعیة عن ادلتها التفصیلیة» و اصول فقه تعریف شده است به: «هی العلم بالقواعد الممهدة لاستنباط الأحکام الشرعیة الفرعیة عن ادلتها التفصیلیة».

^{۴۴}. Insurance

^{۴۵}. Unfair terms

^{۴۶}. Expected interest

^{۴۷}. Right of withdrawal

^{۴۸}. بابایی، ایرج، حقوق بیمه، تهران، انتشارات سمت، چاپ نهم، ۱۳۸۹، ص ۹.

^{۴۹}. ماده ۴۶: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف کننده مؤثر نیست».

به بند ۲ ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸، سعی در توجیه امکان مطالبه عدم‌النفع و پذیرش آن داشته‌اند.^{۵۰} بحث حق انصراف نیز که اخیراً در بسیاری از قوانین حمایت از حقوق مصرف‌کننده، با هدف ایجاد تعادل و توازن میان موقعیت اقتصادی تولیدکننده (یا توزیع‌کننده) و مصرف‌کننده مورد پذیرش قرار گرفته است، دارای پیشینه تحلیلی و تفصیلی در کتب فقهی نیست؛ چراکه اساساً بحث روابط تولید، توزیع و مصرف، امری مستحدث تلقی شده و دارای آثاری مختص به خود است. لازم به ذکر است که در نظام حقوقی ما، قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ به این نوع حق، به نفع مصرف‌کننده در معاملات راه دور اشاره می‌کند^{۵۱} و به بیان احکام و قواعد آن می

مباحث مذکور تنها تعداد خیلی از مسائل مطروحه در حقوق قراردادهاست که فاقد پیشینه تحلیلی مفصل در کتب فقهی است و یقیناً مباحث دیگری موجود است و حتی با پیشرفت امور به وجود خواهد آمد که حوزه حقوق قراردادهای را متحول می‌سازد. نظر به اینکه اولاً موضوعات غالب این مباحث راجع به خارج انسان (طبیعت) است، ثانیاً شارع در ادله لفظیه شرعیه راجع به آنها حکمی را به صراحت، وضوح و به گونه‌ای اقتضایی بیان نکرده است - و لذا در این موارد با حالت «لاقتضا» (اباحه ناشی از فقدان حکم) رو به رو هستیم - و ثالثاً فقها به تفصیل راجع به این موارد بحث نکرده و به استنباط حکم نپرداخته‌اند، می‌توان با تجمیع شرایط نظریه منطقه‌الفراغ، مباحث اخیرالذکر را داخل در این منطقه دانست و اختیار وضع قوانین مربوط به این حوزه را به دست ولی امر و حاکم اسلامی داد تا بنابر مصالح و مقتضیات زمان جامعه اسلامی، احکام متناسب با این موضوعات را وضع و تدوین نماید. فایده داخل نمودن این مباحث در منطقه‌الفراغ این است که مقنن در حکومت اسلامی برای وضع قواعد مناسب و مربوط به این حوزه، لازم نیست به دنبال مؤیدات فقهی در کتب فقها و ادله تفصیلیه شرعیه باشد؛ چراکه اساساً این مباحث دارای سابقه شرعی و احکام ثابت نیستند و ماهیت و صبغه شرعی ندارند. به عنوان مثال برای پذیرش عقد بیمه و وضع قواعد مربوط به آن لازم نیست که آن را ذیل عقود چون هبه، صلح و ضمان تفسیر نماییم یا برای عدم اعتبار شروط غیرمنصفانه این شروط را با قضیه «تلقی رکیبان»^{۵۲} در فقه اسلامی قیاس کنیم و همچنین برای توجیه حق انصراف، دلیلی ندارد که احکام یکی از خيارات را بر آن بار نماییم، بلکه کافی است آنها را به عنوان مسائلی مستحدثه مطرح نموده و اثبات کنیم که در شرع و فقه اسلامی حکم و نظریه‌ای تفصیلی راجع به آنها وجود ندارد و تدوین قواعد راجع به آنها بنابر مصالح و مقتضیات هر دوره، به اختیار حاکم و ولی امر اسلامی خواهد بود؛ بدین طریق سرعت وضع قواعد نیز افزایش خواهد یافت؛ چراکه مرحله تفحص در کتب فقهی و یافت مؤیدات شرعی، به جهت عدم لزوم و ضرورت، حذف خواهد شد.

۳) قراردادهای اداری و نظریه منطقه‌الفراغ

از میان تعداد کثیر قراردادهای مستحدثه و نوین، قراردادهای اداری به دلیل نقش مؤثر و انکارناپذیر دولت در فعالیت‌های روزمره شهروندان، حائز اهمیت فراوان می‌باشد؛ لذا در این قسمت ضمن بررسی ارکان این نوع قراردادهای و تبیین ماهیت آنها به این سؤال پاسخ می‌دهیم که آیا با توسل به نظریه منطقه‌الفراغ، می‌توان قواعد حاکم بر قراردادهای اداری را مربوط به حوزه متغیر و نا ثابت دانست؟

۳،۱) تبیین و تشریح قراردادهای اداری

^{۵۰} عابدیان، میرحسین، **تقریرات درس حقوق مدنی ۲**، مقطع کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، بهار ۱۳۹۲، صص ۱۷۱ و ۱۷۲.

^{۵۱} ماده ۳۷: «در هر معامله از راه دور مصرف‌کننده باید حداقل هفت روز کاری، وقت برای انصراف (حق انصراف) از قبول خود بدون تحمل جریمه و یا ارائه دلیل داشته باشد. تنها هزینه تحمیلی بر مصرف‌کننده هزینه بازپس فرستادن کالا خواهد بود». همچنین نگاه کنید به: ماده ۳۸ همین قانون.

^{۵۲} تلقی رکیبان عبارت است از «رفتن به استقبال کاروان‌ها در خارج از شهر و معامله اموال آنان به قیمتی کمتر و ارزان‌تر».

در حقوق ایران به طور دقیق معیاری برای تشخیص قراردادهای اداری تعیین نشده است؛ زیرا در این خصوص رویه مشخصی وجود ندارد. اما فقد ضوابط معین دلیل انکار وجود این قراردادها نمی‌باشد؛ چون ما در حوزه اجرایی دولت، با قراردادهای اداری مواجهیم و شاهد آثار حقوقی آنها هستیم. به طور کلی می‌توان گفت قرارداد اداری «قراردادی است که یک سازمان اداری یا با نمایندگی از آن از یک سو با یک شخص حقیقی یا حقوقی از سوی دیگر، به هدف انجام یک خدمت مربوط به منافع عمومی، طبق احکام خاصه (ترجیحی، امتیازی یا حمایتی) منعقد می‌کند و رسیدگی به اختلافات ناشی از آن، در صلاحیت دادگاههای اداری می‌باشد».^{۵۳} با توجه به این تعریف، عناصری برای قراردادهای اداری در نظر گرفته می‌شود،^{۵۴} با این توضیح که وجود یک شخص حقوق عمومی از ارکان انکارناپذیر قراردادهای اداری می‌باشد؛ البته لازم به ذکر است که در این تعریف، منظور از سازمان اداری، نهادی است که دولت از طریق آن به اعمال حاکمیت می‌پردازد^{۵۵} و اعم از وزارتخانه، مؤسسه دولتی و شرکت دولتی می‌باشد. همچنین، هدف از انعقاد قراردادهای اداری، ارائه خدمات عمومی یا تأمین منافع عمومی است. در واقع اگرچه قرارداد، دوطرفه است ولی اشخاص ثالثی در آن ذینفع می‌باشند و این اشخاص ثالث، شهروندان هستند.^{۵۶} علاوه بر آن، قواعد و مقررات خاصی بر تمامی مراحل انعقاد و اجرای قراردادهای اداری، حاکم است که سازمان اداری را در موقعیت ترجیحی قرار می‌دهد. بدیهی است که این احکام، مربوط به اقتضای حاکمیت دولت و نظم عمومی جامعه می‌باشد، جنبه امره دارد و حافظ منافع عمومی است.^{۵۷} و درنهایت، به منظور رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای اداری، تنها دادگاههای اختصاصی صلاحیت دارند؛ زیرا وجود مقررات ویژه، رسیدگی مراجع خاصی را اقتضا می‌کند.^{۵۸} نکته قابل توجه این است که اگرچه مصداق این نوع دادگاه در ایران، دیوان عدالت اداری است؛ اما در این زمینه صلاحیت ندارد.^{۵۹}

در رابطه با تعریف قراردادهای اداری تقریباً وحدت نظر وجود دارد؛ اما آنچه محل بحث است تبیین ماهیت این قسم از اعمال دوجانبه دولت می‌باشد. فی الواقع، تدقیق ماهیت مشخص برای قراردادهای اداری از آن جهت اهمیت دارد که نوع نظام حقوقی حاکم بر آنها را ترسیم می‌نماید. به اعتقاد برخی از علمای حقوق، قراردادهای اداری از حیث ماهیت، با قراردادهای حقوق خصوصی (مدنی و تجاری) تفاوتی ندارد؛ زیرا مبنای تمامی قراردادهای «توافق اراده‌ی طرفین» است و این امر -اگرچه با یک سری تمایزات- در قراردادهای اداری همانند سایر قراردادهای خصوصی، حاصل می‌گردد؛^{۶۰} اما این نظر، قابل پذیرش نیست با این استدلال که سازمان‌های اداری به طور کلی دو نوع قرارداد منعقد می‌کنند. زمانی که موضوع قرارداد، تأمین هزینه‌های جاری است، دولت مانند طرف یک قرارداد خصوصی اقدام کرده و مشمول نظامات حقوق خصوصی می‌شود؛^{۶۱} ولی زمانی که هدف، اجرای طرح‌های عمرانی می‌باشد به منظور تأمین کالا یا خدمات عمومی، مقررات خاصی، که دولت را در موقعیت ممتازی قرار می‌دهد، بر تمامی مراحل انعقاد و اجرای قرارداد حکمفرما می‌گردد. در چنین شرایطی است که «قرارداد اداری» منعقد می‌شود. به طور کلی در قراردادهای اداری، احکام غیرمعمول حقوق خصوصی مجراست، این قواعد یا ترجیحی است و به نفع دولت، یا حمایتی است و به

^{۵۳}. انصاری، ولی‌الله، **حقوق قراردادهای اداری**، تهران، نشر حقوقدان، چاپ چهارم، ۱۳۸۷، ص ۳۲.

^{۵۴}. مطابق تعریف دیگری «اصطلاح contract administrative ناظر به قراردادی است که لاقلاً یک طرف آن اداره ای از ادارات عمومی بوده و برای تأمین پاره‌ای از خدمات عمومی و به عنوان حقوق عمومی منعقد می‌شود مانند عقود راجع به خدمات عمومی»: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق**، تهران، نشر گنج دانش، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۷، ص ۵۳۳.

^{۵۵}. برای آگاهی بیشتر نگاه کنید به: مؤتمنی طباطبایی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران، انتشارات سمت، چاپ پانزدهم، زمستان ۱۳۸۷، صص ۲۸۵-۳۰۴ و موسی‌زاده، رضا، **حقوق اداری (۱-۲): کلیات و ایران**، تهران، نشر میزان، چاپ یازدهم، پاییز ۱۳۸۸، صص ۷۱-۹۹.

^{۵۶}. زارعی، محمدحسین، **تقریرات درس حقوق قراردادهای اداری**، مقطع کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه شهیدبهبشتی، ۱۳۹۰، ص ۲۱.

^{۵۷}. انصاری، ولی‌الله، پیشین، ص ۳۶.

^{۵۸}. در فرانسه، که از حیث توسعه حقوق اداری از جمله پیشرفته‌ترین کشورها می‌باشد، قرارداد اداری در صلاحیت انحصاری دادگاههای اداری است و در رأس آنها شورای دولتی قرار دارد؛ درحالیکه قرارداد مدنی، حتی اگر به وسیله مقام عمومی منعقد گردد، در صلاحیت دادگاههای مدنی می‌باشد.

^{۵۹}. نگاه کنید به: مواد ۱۰ و ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲.

^{۶۰}. انصاری، ولی‌الله، پیشین، ص ۴۷.

^{۶۱}. که به آن قرارداد غیراداری (اداره) گفته می‌شود.

نفع اشخاص ثالث. قید و شرط این قبیل مقررات - به هر صورت که باشد - موجب بطلان شرط و حتی عقد خصوصی می‌شود؛ زیرا برابری طرفین قرارداد را بر هم می‌زند و لذا ممنوع است. اما قراردادهای اداری، از آنجائیکه بر پایه‌ی منافع عمومی استوار است، تساوی طرفین رابطه قراردادی را نقض کرده و شروط برتری را برای طرف دولتی در نظر می‌گیرد. ما بر این نظریه که مقررات متمایز از اساس، ماهیت قراردادهای اداری را دچار تحول می‌نماید. برای اثبات این مدعا، لازم است تفاوت‌های ماهوی این قراردادها را به اجمال مورد بررسی قرار دهیم: اولین تفاوت، محدودیت اصل آزادی تعهدات است. به موجب مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی^{۶۲}، تنها محدودیت انعقاد قراردادهای خصوصی این است که نباید خلاف قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد. اما مقام اداری در انتخاب هم پیمان آزاد نیست،^{۶۳} همچنین مکلف است قراردادهای اداری را به صورت کتبی^{۶۴} و در فرم‌های خاصی^{۶۵} تنظیم نماید. دومین تفاوت، عدم الزام به رعایت اصل نسبی بودن قراردادها است. به استناد مواد ۲۳۱ و ۱۹۶ قانون مدنی، «معاملات و عقود فقط درباره‌ی طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آن‌ها مؤثر است...» و «...ممکن است در ضمن معامله‌ای که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید». بنابراین تعهد به ضرر شخص ثالث مورد تأیید قانونگذار نیست؛ زیرا این امر در حقوق خصوصی خلاف عقل و منطق سلیم و مغایر قاعده لاضرر (حسب یک تفسیر از این قاعده) می‌باشد؛ حال آنکه در روابط قراردادی مقامات اداری، قانونگذار بنا به ضرورت عقلایی و به اقتضای منافع عمومی در هر مورد که لازم شود دولت را بر طرف مقابل ترجیح می‌دهد و تعهداتی به نفع یا ضرر طرفین یا اشخاص ثالث ایجاد می‌نماید.^{۶۶} سومین تفاوت، عدم رعایت اصل لازم‌الاجرا بودن قراردادهای می‌باشد. اثر عمومی هر قرارداد، الزام آور بودن اجرای آن است که در حقوق مدنی ایران در قالب «اصالة اللزوم» (بنابر یک تفسیر از این اصل) مطرح شده است.^{۶۷} اما در حقوق عمومی، لزوم اجرای قرارداد نسبت به اداره به همان کیفیتی که نسبت به طرف دیگر اعمال می‌شود نیست؛ چون دولت می‌تواند به طور یکجانبه شروط قرارداد را تغییر دهد، یا حتی قرارداد را فسخ کند^{۶۸} که این امر قطعاً بر تعهدات و تکالیف طرف مقابل تأثیر می‌گذارد.^{۶۹} تفاوت دیگر، الزام به رعایت اصل تشریفاتی بودن قراردادهای اداری است. در حقوق مدنی اصل بر این است که عقد به صرف تراضی طرفین واقع می‌شود و نیاز به شکل خاصی ندارد اما در مورد قراردادهای اداری، شکل و تشریفات تعیین کننده است؛ به این معنا که صرف تراضی موجد عقد نیست و حتی تراضی طرفین باید با طی تشریفات خاصی (مناقصه و مزایده) محقق شود.^{۷۰} لازم به ذکر است که اصل بودن تشریفات حقوقی ریشه در نظام بوروکراسی ایده آل ماکس وبر^{۷۱} دارد.^{۷۲}

^{۶۲}. ماده ۱۰: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

ماده ۹۷۵: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد. اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

^{۶۳}. برای آگاهی بیشتر نگاه کنید به: قانون منع مداخله وزراء و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری، مصوب ۱۳۳۷ و همچنین مواد ۴۴، ۴۶ و ۴۷ شرایط عمومی پیمان، موضوع بخشنامه شماره ۵۴/۸۴۲-۱۰۲/۱۰۸۸ مورخ ۱۳۷۸/۳/۳، مصوب سازمان برنامه و بودجه.

^{۶۴}. نگاه کنید به مواد ۳۰ و ۳۱ آئین نامه معاملات دولتی، مصوب ۴۹/۱۲/۲۷.

^{۶۵}. به طور مثال، شرایط عمومی پیمان که توسط سازمان برنامه و بودجه و بر اساس اختیارات حاصل از ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱، توسط سازمان برنامه و بودجه، تهیه شده، طبق بخشنامه رسمی به سازمان‌های اداری ابلاغ گردیده و لازم الاجراست.

^{۶۶}. همان، صص ۵۹ و ۶۰.

^{۶۷}. ماده ۲۱۹ قانون مدنی: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آن‌ها لازم الاتباع است مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود».

^{۶۸}. امامی، محمد و کورش استوار سنگری، **حقوق اداری**، جلد ۲، تهران، نشر میزان، چاپ اول، تابستان ۱۳۹۱، صص ۱۸۷ و ۱۸۸.

^{۶۹}. برای آگاهی بیشتر نگاه کنید به: اسماعیلی هریسی، ابراهیم، **مبانی حقوقی پیمان**، تهران، انتشارات جاودانه: جنگل، چاپ هفتم، ۱۳۹۱، صص ۲۱۲-۲۱۸ و ۳۸۶-۴۰۵.

^{۷۰}. نگاه کنید به: قانون برگزاری مناقصات، مصوب ۱۳۸۳.

^{۷۱}. Max Weber

^{۷۲}. برای آگاهی بیشتر نگاه کنید به: زارعی، محمدحسین و آریتا محسن زاده، «حقوق اداری دموکراتیک و پارادایم بوروکراسی وبری»، کتاب اندیشه‌های حقوق اداری: مجموعه مقالات اهدایی به دکتر منوچهر مؤتمنی طباطبایی، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۲، صص ۳۷ و ۳۸.

۳,۲ تبیین قراردادهای اداری در پرتو نظریه منطقه‌الفراغ

تحول جوامع و افزایش جمعیت در طول تاریخ، بشر را به این فکر واداشت که برای کنترل بهتر روابط اجتماعی و برقراری نظم و عدالت در جامعه به یک سازمان دارای اختیارات و صلاحیت‌های وسیع نیازمند است؛ لذا «دولت»^{۷۳} را پدید آورد. این سازمان، در ابتدا وظایف محدودی بر عهده داشت، مانند تأمین امنیت و ایجاد دستگاهی برای رسیدگی به تظلمات مردم. حال آنکه امروزه دولت، متعاقب مسئولیت‌هایی که بر عهده‌اش قرار گرفته، عهده‌دار وظایفی است که در گذشته یا وجود نداشته یا بسیار محدود بوده است و این روند تا جایی پیش رفته که در حال حاضر، بخش عظیمی از فعالیت‌های دولت، تأمین خدمات عمومی است و این مهم از طرق مختلف تأمین می‌گردد. یکی از راههای مهم دولت در تأمین خدمات عمومی انعقاد قرارداد به منظور اجرای طرح‌های همگانی است.^{۷۴} بنابراین به وجود آمدن قراردادهای دولتی به معنای خاص، حاصل تحول اندیشه‌ها درباره حکومت و نقش و وظایفی است که دولت در جامعه دارد.^{۷۵}

تردید نیست که انعقاد قراردادهای، به اشکال گوناگون در طول تاریخ مورد توجه بشر واقع شده است؛ زیرا که پاسخگوی نیازهای مختلف او در همه ازمه و امکان بوده و می‌باشد. اسلام نیز، به عنوان آیین مدعی داشتن راه حل برای اکثر حوزه‌های زندگی انسان، از این مقوله غافل نبوده و در آیات و روایات بسیاری به این امر و لزوم وفای به عهد تأکید نموده است. فی‌الواقع، اندکی تفحص در منابع و احکام فقهی شیعه این حقیقت را آشکار می‌سازد که در آن منابع، سوای باب عبادات، مباحث مربوط به معاملات به معنی الاخص، بخش اصلی را تشکیل می‌دهد.^{۷۶} اما آنچه حائز اهمیت می‌باشد این است که به هنگام نزول کتاب آسمانی مسلمانان و نقل روایات متعدد در رابطه با معاملات، پیچیدگی‌های امروزی زندگانی بشر وجود نداشته و لذا بسیاری از مسائل مستحدثه‌ای که اکنون به صورت عرف جوامع بشری درآمده، در آن زمان، حتی به صورت محدود نیز مورد توجه نبوده است. از جمله آنها، مباحث مربوط به تأمین خدمات عمومی است که امروزه حجم وسیعی از قراردادهای دولتی را به خود اختصاص می‌دهد. یقیناً این سازمان وسیع با چنین اقتضائاتی در هنگام شکل‌گیری و قوام یافتن فقه شیعه وجود نداشته است. به طور کلی در شریعت، بحث از حکومت و ولایت، معمولاً و عموماً در ضمن مباحث مربوط به متاجر و مکاسب (کتاب بیع) یا بحث از امور حسبیه (ولایت صغار) مطرح می‌شود. طبیعی است که این گونه مباحث بخشی معتنا به از حجم عظیم مقوله‌های مندرج در ابواب فقهی را به خود اختصاص نمی‌دهد. البته ریشه تاریخی این وضعیت به رویکرد علمای شیعه در غصبی دانستن حکومت‌های دنیایی باز می‌گردد. حکومت از دید عموم علمای شیعه حق انحصاری امامان دوازده‌گانه معصوم (علیهم‌السلام) است. افزون بر آن گفتنی است در طول تاریخ دیرین شیعه به استثنای دوره‌هایی بسیار کوتاه، حکومت در دست شیعیان نبوده و از این رو متفکران این مذهب به طور جدی به امر حکمرانی نپرداخته‌اند تا در این فرآیند احکام تفصیلی خاص را برای تأسیس حکومت و اداره اجزای مختلف آن بپروارند. از این رو در مقایسه با دیگر ابواب فقهی، بحث حکومت و اداره امور عمومی مغفول افتاده است.^{۷۷} در شرایط کنونی، تفاوت‌های موجود میان قرارداد اداری و قراردادهای رایج در حقوق خصوصی (با منشاء فقه شیعه) که به اقتضای اداره بهتر جامعه و تقدم نفع عمومی بر نفع خصوصی ایجاد شده و به طور کلی ماهیت قرارداد را تغییر داده، به خوبی گواه این مدعاست که با استناد به احکام اولیه و ثابت، تدوین قواعد و مقررات نوین، به منظور حکومت بر قراردادهای مربوط به ارائه خدمات عمومی ممکن نیست.

بنابراین با توسل به مؤلفه‌های ارائه شده از سوی شهید صدر می‌توان حوزه قراردادهای اداری را مشمول اعمال نظریه منطقه‌الفراغ دانست؛ البته در این خصوص استدلالاتی لازم است: اول اینکه، قواعد حاکم بر قراردادهای اداری در ازمه و امکان مختلف، متفاوت

73. State

۷۴. امامی، محمد و کورش استوارسگری، پیشین، ص ۱۱۸، به نقل از: انصاری، ولی‌الله، «پیمان‌های دولتی در فرآیند تحول نظریه‌ها، قوانین و مقررات با ذکر موارد خاص»، نشریه حقوق، فروردین و اردیبهشت ۱۳۷۱، ص ۳۳.

۷۵. همان، ص ۱۱۸.

۷۶. لاگلین، مارتین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشرنی، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۱۳، (مقدمه مترجم).

۷۷. همان، ص ۱۴.

است و این تفاوت به دلیل لزوم تغییر در رابطه دولت با شهروندان، به اقتضای نیازهای مردم و نوع حکومت برآمده از رأی آنهاست. لذا این حوزه مربوط به رابطه انسان با طبیعت است که به دلیل تحول در میزان سیطره بر آن، احکام متطور و لایتغیری را مقتضی است. دوم اینکه، قانونگذار با توجه به مصالح عمومی و برای تنظیم هرچه بهتر رابطه دولت با شهروندان، مقررات نامتعارف و متعارض با قواعد عامه قراردادهای خصوصی را تصویب کرده و شروط ترجیحی بسیاری را به نفع سازمان اداری در نظر می‌گیرد. بدیهی است که این مهم به قصد تأمین عدالت و ارتزاق افراد صورت می‌گیرد. پس، از آنجائیکه اهداف اصلی شریعت نیز همین موارد است، می‌توان چنین استنباط نمود که شارع به دلیل ماهیت متطور این حوزه، از صدور حکم خودداری کرده و تصمیم‌گیری در مورد آن را به حاکم اسلامی واگذار کرده است و سوم اینکه، با مراجعه به نصوص شرعی و تفحص در آیات و روایات موجود، در می‌یابیم که به دلیل مطرح نبودن مسائل مربوط به این حوزه در آن زمان، شارع تعیین تکلیف نکرده که از میان احکام خمسسه تکلیفیه کدامیک در این موضوع جاری و ساری است. به همین دلیل می‌توان گفت که حکم متناظر با آن، اباحه است؛ البته اباحه ناشی از فقدان قانون (حکم شارع).

لذا با تجمیع شرایط نظریه منطقه‌الفراغ و انطباق آنها با اوصاف قراردادهای اداری، می‌توان حوزه اخیرالذکر را داخل در این منطقه دانست و اختیار وضع قوانین متناسب با مقتضیات زمان و مکان را به دست ولی امر و حاکم اسلامی داد.

نتیجه

توجه به عناصر ثابت و متغیر در امر اجتهاد در دنیای کنونی، که در بستر آن ابعاد مختلف زندگانی بشر به سرعت در حال پیشرفت است، به عنوان امری ضروری جلوه می‌کند و مقتضای آن ارائه معیاری دقیق جهت تفکیک این دو عنصر از یکدیگر است. از جمله معیارهای ارائه شده توسط فقهای شیعه، نظریه «منطقه‌الفراغ» است که شهید محمدباقر صدر در کتاب وزین «اقتصادنا» در خصوص امکان آزادی مداخله دولت در اقتصاد اسلامی بدان اشاره می‌نماید. منطقه‌الفراغ حوزه‌ای است که موضوعات مشمول آن به سبب ماهیت متغیر و متطوری که دارند، متعلق احکام ثابت شارع قرار نگرفته‌اند و لذا شارع وضع قواعد حاکم بر آنها را با رعایت مصالح و مقتضیات زمان بر عهده حاکم و ولی امر اسلامی در ادوار مختلف نهاده است. مؤلفه‌های این نظریه را، مداخله طبیعت در گستره منطقه‌الفراغ، فقدان احکام و قواعد تفصیلی شرعی متناسب و لذا حکم اباحه ناشی از فقدان قانون (حکم شارع) تشکیل می‌دهد.

از جمله مسائل موجود که می‌تواند ذیل این نظریه مورد بحث و بررسی قرار گیرد، مسأله حقوق قراردادهاست که بخش اعظمی از روابط معاملاتی و مبادلاتی افراد را در برهه کنونی به خود اختصاص داده است. به نظر می‌رسد که بحث حاضر پیرامون قابلیت یا عدم قابلیت طرح حقوق قراردادهای ذیل نظریه منطقه‌الفراغ منوط به وجود یا فقدان پیشینه تفصیلی فقهی و تجمیع یا عدم تجمیع مؤلفه‌های نظریه مذکور حول این مبحث است. واقع آن است که با یک نگاه کلی می‌توان مباحث مطروحه در حقوق قراردادهای را به دو دسته کلی تقسیم نمود؛ نخست، آن دسته که به جهت تقدم رخداد متعلقات آن، دارای پیشینه تحلیلی و تفصیلی در کتب فقهی هستند؛ مانند أصالة للزوم، أصالة للصحة و ... و دسته دوم، مباحثی هستند که معلول پیشرفت در ابعاد مختلف زندگانی بشر می‌باشند و متأخراً حادث گردیده‌اند؛ مانند عدم اعتبار شرط غیرمنصفانه، حق انصراف مصرف کننده و ... بنابر نظری می‌توان دسته نخست از مباحث حقوق قراردادهای را ذیل منطقه ثابت قرار داد، چرا که قدر متیقن، وجود احکام تفصیلی شرعی است که در کتب فقهی به وفور حول این مباحث قابل رؤیت است. اما حسب نظری دیگر می‌توان احکام مستنبطه توسط فقها را موقتی و خاص دوران آنها یا حتی جوامع صدر اسلام دانست، نه احکام ثابت صادره از سوی شارع و عندالشارع. دسته دوم از مباحث نیز به علت واجدیت جمیع مؤلفه‌های نظریه منطقه‌الفراغ ذیل این حوزه قرار می‌گیرند و اختیار وضع قواعد حاکم بر آنها با رعایت مصالح و مقتضیات زمان بر عهده حاکم و ولی امر اسلامی است. از انواع قراردادهای آن دسته که در جوامع فعلی به علت توجه روزافزون به مسائل حقوق عمومی و ایجاد دولت در قالبهای مختلف فعلی، قابل توجه است، قراردادهای اداری است که یک سوی آنها اشخاص حقوق عمومی هستند و با هدف تأمین منافع عمومی منعقد می‌گردند. با بررسی مفهوم و ماهیت این قسم از قراردادهای در می‌یابیم که نه تنها

اصل و نفس آنها دارای سابقه شرعی و فقهی نیست بلکه اسباب آنها نیز (تشکیل دولت به معنای امروزی و نظریات مربوط به آن و ...) به جهت پدید آمدن در دوران اخیر تاریخی، در کتب شرعی مورد مذاقه نبوده و لذا اندک تحلیلی جهت کشف احکام مربوط به آنها در نظر شارع، از سوی فقها شکل نگرفته است. لذاست که حکم مربوط به این قراردادها، که غالباً موضوعاتشان در ارتباط با «طبیعت» است، در وهله نخست، «اباحه» ناشی از فقدان قانون (حکم شارع) خواهد بود و تجمیع مؤلفه‌های منطقه‌الفراغ، آنها را ذیل این حوزه مطرح می‌سازد و در نهایت اختیار وضع قواعد حاکم بر آنها را با رعایت مصالح و مقتضیات زمان به حاکم و ولی امر اسلامی در ادوار مختلف اعطا می‌کند.

در پایان اشاره به این نکته را لازم می‌دانیم که توجه به نظریه منطقه‌الفراغ، رعایت دقیق مؤلفه‌ها و شناسایی موضوعات مشمول آن، در مرحله تقنین این اختیار را به مقنن می‌دهد که بدون نیاز به استنباط مؤیدات فقهی (که اغلب به جهت تفحص در کتب متعدد فقهی زمان بر است) برای هر مسأله مستحثة، با سرعت بیشتری قواعد و مقررات مورد نیاز جامعه خود را تصویب نماید.

فهرست منابع

(فارسی)

۱. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، **مبانی حقوقی پیمان**، تهران، انتشارات جاودانه: جنگل، چاپ هفتم، ۱۳۹۱.
۲. امامی، محمد و کورش استوار سنگری، **حقوق اداری**، جلد ۲، تهران، نشر میزان، چاپ اول، تابستان ۱۳۹۱.
۳. انصاری، ولی‌الله، **حقوق قراردادهای اداری**، تهران، نشر حقوقدان، چاپ چهارم، ۱۳۸۷.
۴. بابایی، ایرج، **حقوق بیمه**، تهران، انتشارات سمت، چاپ نهم، ۱۳۸۹.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق**، تهران، نشر گنج دانش، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۷.
۶. زارعی، محمدحسین، **تقریرات درس حقوق قراردادهای اداری**، مقطع کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه شهیدبهشتی، ۱۳۹۰.
۷. زارعی، محمدحسین و آریتا محسن زاده، «**حقوق اداری دموکراتیک و پارادایم بوروکراسی وبری**»، کتاب اندیشه‌های حقوق اداری: مجموعه مقالات اهدایی به دکتر منوچهر مؤتمنی طباطبایی، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۸. صدر، محمدباقر، **اقتصادنا**، جلد ۲، ترجمه علی اسپهبدی، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۵۷.
۹. عابدیان، میرحسین، **تقریرات درس حقوق مدنی ۲**، مقطع کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، بهار ۱۳۹۲.
۱۰. لاگین، مارتین، **مبانی حقوق عمومی**، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشرنی، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۱۱. محقق داماد، سید مصطفی، «**تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه ها و شیوه ها (۱)**»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، پاییز و زمستان ۱۳۸۵: شماره‌ی ۴۴.
۱۲. محقق داماد، سید مصطفی، «**تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه ها و شیوه ها (۲)**»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، پاییز و زمستان ۱۳۸۶: شماره‌ی ۴۶.
۱۳. محقق داماد، سید مصطفی، **تقریرات درس اصول فقه ۲**، مقطع کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، پاییز ۱۳۹۲.
۱۴. محقق داماد، سید مصطفی، **قواعد فقه (بخش مدنی: اموال و مالکیت)**، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سی و پنجم، ۱۳۹۱.
۱۵. مدرس، سیدحسن، **نطق‌ها و مکتوبات**، تهران، انتشارات ابوذری، چاپ اول، ۱۳۵۵.
۱۶. مؤتمنی طباطبایی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران، انتشارات سمت، چاپ پانزدهم، زمستان ۱۳۸۷.

۱۷. موسوی خمینی، سید روح الله، حکومت در اسلام، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ اول، ۱۳۶۷.

۱۸. موسوی زاده، رضا، حقوق اداری (۱-۲): کلیات و ایران، تهران، نشر میزان، چاپ یازدهم، پاییز ۱۳۸۸.

عربی

۱. احسائی، محمد بن علی، عوالی اللثالی العزیزیه، جلد ۱، قم، لوح فشرده فقه اهل بیت، ۱۳۹۱.
۲. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب المکاسب، جلد ۵، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ دهم، ۱۴۳۰ ه.ق.
۳. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب المکاسب، جلد ۶، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ دهم، ۱۴۳۰ ه.ق.
۴. جبعی عاملی، زین الدین علی بن احمد، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، جلد ۱، تهران، المكتبة الاسلامية، ۱۳۰۹.
۵. جبعی عاملی، زین الدین علی بن احمد، مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الاسلام، جلد ۳، تهران، المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۹ ه.ق.
۶. حرعاملی، محمد بن حسن بن علی، وسائل الشیعه، جلد ۹، بیروت، احیاء التراث العربی، ۱۳۸۷ ه.ق.
۷. حلی، علامه حسن بن یوسف جمال الدین، تذکره الفقهاء، جلد ۱، تهران، المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ ه.ق.
۸. حلی، محمد بن احمد ابن ادريس، سرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، جلد ۲، قم، لوح فشرده فقه اهل بیت، ۱۳۹۱.
۹. طباطبایی، محمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، جلد ۸، تهران، کانون انتشارات محمدی، چاپ سوم، ۱۳۶۳.
۱۰. طوسی، شیخ محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، جلد ۲، تهران، مكتبة الفراهانی (مؤسسه انتشارات فراهانی)، چاپ اول، ۱۳۶۳.
۱۱. طوسی، شیخ محمد بن حسن، خلاف، جلد ۲، قم، شرکت دارالمعارف الاسلامیه، ۱۳۸۴ ه.ق.
۱۲. نایینی، محمدحسین، تنبيه الامة و تنزيه الملة، قم، مؤسسه بوستان کتاب، چاپ دوم، ۱۳۸۸.