

## پیشگفتار

خدایا تو را ستایش می‌کنم که تو آفریدگار زمین و آسمانی، حمد و ثنا را مخصوص تو می‌دانم که تو عطاکننده نعمتهای بی‌پایانی و از تو مدد و یاری می‌طلبم که تو یاری دهنده همهٔ جهانیانی.

درود فراوان به روان پاک یگانه منجی بشریت و پیامبر رحمت، محمد مصطفی، صلی الله علیه و آله و سلم - که جهان تاریک غرق شده در دریای آشوب را با نور خود روشنی داد و برگهای پژمردهٔ درخت انسانیت را طراوت بخشید.

سلام بر رادمرد جهان فضیلت، سلام بر عنصر ایمان و عدالت، سلام بر مظهر مردانگی و فتوت، سلام بر علی (ع) و فرزندان پاک او، این یازده برج امامت و سلام و تحیات فراوان بر وجود اقدس یگانه وارث سریر ولایت، بقیة الله اعظم حضرت ولی عصر، مهدی موعود، ارواحنا لثراب مقدمه الفداء.

حقوق ایران - به‌ویژه پس از استقرار جمهوری اسلامی - بیش از پیش از سرچشمهٔ غنی فقه امامیه سیراب گشته است و در بیشتر موارد منطبق بر احکام شریعت منور اسلام است، به طوری که برخی از مواد قانون مدنی ایران - بی‌کم و کاست - از کتابهای اصیل فقهی است که به زبان فارسی ترجمه شده است و با بررسی گذرای تاریخ تدوین قانون مدنی ایران چهره‌های بزرگ علمی از فقهای عظام به چشم می‌خورد، خدایشان رحمت کناد. به دلیل همین وابستگی تنگاتنگ بین فقه و حقوق، آموزش حقوق در سطوح بالای دانشگاهی بدون تحصیل فقه و مبانی آن، از اصول و قواعد فقه، تقریباً غیرممکن است. از این‌رو در برنامهٔ آموزشی دانشگاهی در گرایشهای مختلف رشتهٔ حقوق و فقه و مبانی حقوق اسلامی، «قواعد فقه» در مقاطع کارشناسی، کارشناسی ارشد

و دکتری پیش‌بینی شده است.

قواعد فقه یکی از مهم‌ترین ابزارهایی است که هیچ فقیه و حقوق‌دانی از آن بی‌نیاز نیست و آنان را در رسیدن به احکام و قوانین راهنمایی می‌کند؛ زیرا فروع زیادی از فقه و قانون، از طهارت تا دیات بر آنها مبتنی است و لکن با این همه مقام و منزلت، کمتر به این موضوع مهم پرداخت شده است، به‌ویژه قواعدی که در خصوص بخش جزا وارد شده است.

قواعد فقهی در یک نظر به سه قسم است:

۱. قواعدی که تنها در عبادات و معاملات کاربرد دارند؛ از قبیل قاعده طهارت، امکان، لاتعاد، ضمان ید، و اصالة اللزوم؛

۲. قواعدی که تنها در بخش جزایی جریان دارند، مانند قاعده درأ، اعتداء (دفاع مشروع) و عاقله؛

۳. قواعد مشترک که هم در حقوق مدنی و قسمت معاملات و هم حقوق جزا (قصاص، دیات، حدود و تعزیرات) استفاده می‌شوند؛ از قبیل قاعده اکراه، اقرار، اضطرار و اتلاف به مباشرت و تسبیب.

در خصوص قواعد فقهی که در حقوق مدنی کاربرد دارند کتابهایی به زبان فارسی و عربی تألیف شده است و دانشمندان بزرگی با خلق آثار خود به جامعه علمی خدمات شایانی کرده‌اند - شکر الله مساعیهم؛ مانند القواعد و الفوائد شهید اول، تمهید القواعد شهید ثانی، نضد القواعد الفقهیه فاضل مقداد، عوائد الأيام نراقی، عناوین مراغی و القواعد الفقهیه بجنوردی از متقدمین و القواعد الفقهیه ناصر مکارم شیرازی و قواعد الفقه فاضل لنکرانی از متأخرین به زبان عربی و قواعد فقه شهابی، قواعد فقهی سید محمد بجنوردی و قواعد فقه دکتر سید مصطفی محقق داماد به زبان فارسی.

در این آثار قواعد مشترکی که مطرح شده است بیشتر از نظر کاربرد آنها در معاملات مورد بحث قرار گرفته و به جنبه جزایی آنها کمتر توجه شده است و در خصوص قواعد بخش جزا نیز بسیار کم کار شده است.

با توجه به علاقه شخصی به تحقیق در قواعد فقه و سابقه تدریس در حوزه و

دانشگاه - به‌ویژه در دانشکده‌های حقوق و علوم قضایی - و کسب تجاربی در زمینه شناخت نیاز دانشجویان حقوق و نو بودن این عرصه پژوهش بر آن شدم که پیشنهاد سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت) را برای تألیف کتابی در این زمینه بپذیرم و با اعتراف به بضاعت و سرمایه اندک علمی دست به تحقیق و تألیف بپریم و کتاب حاضر را متواضعانه به محضر اساتید گرانقدر و دانشجویان عزیز عرضه نمایم. با این امید که موجبات رضای پروردگار را فراهم آورد.

خلیل قبله‌ای خوبی

آبان ۱۳۷۹

## مقدمه

### کلیات: تعریف واژه‌ها

**قواعد:** قواعد جمع قاعده و آن در لغت به معنی پایه و اساس است.<sup>۱</sup> در قرآن مجید هم قواعد به همین معنی آمده است: «وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ»<sup>۲</sup>، (آنگاه که ابراهیم پایه‌های کعبه را بالا برد). قاعده در اصطلاح نحوین به معنی ضابط است؛ مانند کُلُّ فَاعِلٍ مَرْفُوعٌ، این حکمی است کلی که بر همه مصادیق و جزئیات فاعل منطبق می‌شود.

در اصطلاح فقیهان نیز قواعد معنی خاصی دارد که به آن اشاره خواهد شد.  
**فقه:** أَلْفِقَهُ هُوَ الْعِلْمُ بِالْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ الْفُرْعِيَّةِ عَنِ ادَّلَتِهَا التَّفْصِيلِيَّةِ<sup>۳</sup>، یعنی: فقه دانستن احکام شرعی فرعی است از منابع تفصیلی آنها (کتاب، سنت، اجماع و عقل). احکام شرعی که در تعریف فقه آمده شامل احکام تکلیفی و وضعی و همچنین شامل احکام واقعی و ظاهری است. گاهی به خود احکام شرعی نیز فقه اطلاق می‌شود و به همه مسائل شرعی از طهارت تا دیات فقه می‌گویند و مراد از فقه در اینجا همین معنی است.

**قواعد فقه:** در اصطلاح فقیهان، قواعد فقهی قواعدی است که در طریق استفاده احکام قرار می‌گیرند، لکن نه به طریق توسیط و استنباط بلکه به طریق انطباق و تطبیق؛ مانند انطباق کلی طبیعی بر افرادش.<sup>۴</sup>

**بخش جزا:** مراد از جزا در اینجا حدود و تعزیرات، قصاص و دیات است؛

۱. لسان العرب؛ الصحاح تاج اللغة؛ صحاح العربية؛ ذیل ماده «قعد».

۲. بقره، ۱۲۷.

۳. معالم الأصول، ۲۳.

۴. محاضرات، ج ۱، ص ۸.

بنابراین قواعد فقه - بخش جزا یعنی قواعدی که در حدود و تعزیرات، قصاص و دیات جاری می‌شوند.

### تفاوت قواعد فقه با مشترکات خود

#### تفاوت قواعد فقه با قواعد اصول فقه

قاعده فقهی منشأ احکام شرعی است به طور انطباق و تطبیق؛ ولی قاعده اصول فقه منشأ احکام است به طور توسیط و استنباط؛ پس هر دو قاعده در یک چیز مشترک‌اند و آن اینکه هر دو منشأ احکام شرعی هستند و در مورد دیگر از هم جدا و متمایزند؛ قاعده فقهی مانند کلی طبیعی است که بر مصادیق خود منطبق می‌شود، ولی نتیجه قاعده اصول فقه در استنباط احکام، حد وسط واقع می‌شود و بدین طریق منشأ احکام شرعی می‌گردد. از عبارت فوق یک فرق دیگر در بین این دو قاعده آشکار می‌شود و آن اینکه قاعده فقهی احکام شرعی (تکلیفی یا وضعی) است، ولی قاعده اصول فقه وسیله و ابزاری است برای به دست آوردن احکام شرعی. برای توضیح بیشتر به چند نمونه از قواعد فقهی و اصولی اشاره می‌شود:

نمونه قواعد فقهی. یکی از قواعد مسلم حقوق جزا که در میان جمیع فرق مسلمین شناخته شده قاعده «درأ» است. این قاعده در موارد شبهه، حدود را از شخص مشتبه دفع و درأ می‌کند و کسی را که از روی شبهه عمل خلاف و ناروایی را مرتکب شده باشد از مجازات کیفری و عقاب اخروی معاف می‌کند؛ برای مثال اگر کسی با زن اجنبی به خیال اینکه همسر اوست نزدیکی کند، زنا محسوب نمی‌شود و حد زنا بر او جاری نمی‌گردد؛ زیرا «الحدودُ تُدرأُ بالشُّبُهَاتِ». در اینجا حکم شرعی (دفع حد از شخص مشتبه) از طریق تطبیق کلی بر جزئی به دست می‌آید نه از طریق استنباط.

یا اگر مردی با خواهر رضاعی خود ازدواج کند در صورتی که نداند ازدواج با خواهر رضاعی حرام است و با او نزدیکی کند به حکم قاعده درأ، حد از او دفع می‌شود. استفاده این حکم از قاعده فوق از باب تطبیق است. مثال اول شبهه موضوعی و مثال دوم شبهه حکمی است.

نمونه قواعد اصولی. از تعریف علم اصول فقه مستفاد می‌شود که قواعد اصول فقه مستقیماً در طریق استنباط احکام شرعی قرار می‌گیرند. آنها حکم شرعی نیستند، لکن وسیله به دست آوردن احکام شرعی هستند؛ برای مثال نماز در شریعت اسلام یکی از واجبات است و آیاتی چند از قرآن مجید بر وجوب آن دلالت دارند، از جمله «وَأَنْ أَقِيمُوا الصَّلَاةَ»<sup>۱</sup> (نماز را به پا دارید) و آیه شریفه «إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا»<sup>۲</sup> (همانا نماز بر انسانهای مؤمن وظیفه ثابت و حتمی است). اگر کسی واجد شرایط فتوا باشد و بخواهد از این دو آیه وجوب نماز را استنباط کند (مخصوصاً آیه اول که در آن صیغه امر آمده) نخست باید دو اصل از اصول فقه را بررسی نماید و قبول کند که اولاً امر «وَأَنْ أَقِيمُوا» در وجوب ظهور دارد و ثانیاً ظواهر کتاب در حق همگان حجت است، در این صورت می‌تواند دو قیاس منطقی به صورت شکل اول تشکیل دهد و نتیجه بگیرد؛ مثلاً، بگوید:

«أَقِيمُوا» در قرآن فعل امر است (صغری)

و هر فعل امری ظهور در وجوب دارد (کبری) قاعدة اصولی

نتیجه: «أَقِيمُوا» ظهور در وجوب دارد.

ولی تشکیل این قیاس به تنهایی مفید نخواهد بود، مگر اینکه نتیجه آن را برای تشکیل یک قیاس دیگر صغری قرار دهد و به وسیله آن حجیت ظهور را ثابت کند؛ مثلاً بگوید:

أَقِيمُوا در قرآن ظهور در وجوب دارد (صغری) نتیجه قیاس اول

ظواهر قرآن بر همگان حجت است (کبری) قاعدة اصولی

نتیجه: ظهور أَقِيمُوا در وجوب حجت است.<sup>۳</sup>

چنان‌که می‌بینید در این دو قیاس دو قاعدة اصولی داریم: (۱) «هر فعل امری ظهور در وجوب دارد» این قاعدة را در علم اصول فقه از مباحث الفاظ استفاده می‌کنیم؛ (۲) «ظواهر قرآن بر همگان حجت است» و این یکی را از مباحث حجج و امارات

به دست می‌آوریم و هر دو قاعده حد وسط قرار می‌گیرند و حکم شرعی «وجوب نماز» را اثبات می‌کنند. این یک نمونه است وگرنه کلیه احکام شرعی به یک یا چند قاعده اصولی نیازمند است.

#### تفاوت قواعد فقه با مسائل فقه

در مسئله فقهی موضوع حکم امر جزئی و خاص است، مانند طهارت ماء بئر و نجاست خون و جواز معاطات و حرمت خمر و وجوب نماز و روزه؛ ولی در قاعده فقهی موضوع حکم، عام و کلی است و بر موارد متعدد منطبق می‌شود، مانند انطباق کلی بر مصادیق خود، مانند قاعده در آنکه احکام همه موارد شبیه در این قاعده یکجا بیان شده و بر همه آنها منطبق می‌شود.

#### تفاوت قاعده فقهی با ضابط فقهی

به عقیده برخی از دانشمندان فرق بین ضابط فقهی و قاعده فقهی آن است که دایره و قلمرو قاعده فقهی وسیع‌تر از ضابط فقهی است، یعنی بر خلاف ضابط فقهی که مختص به باب خاصی از ابواب فقه است قاعده در ابواب مختلف فقه کاربرد دارد؛ مانند قاعده لاضرر و قاعده نفی حرج و قاعده ضمان ید که اختصاص به غصب ندارد بلکه شامل مقبوض بالعقد الفاسد و مانند آنها نیز می‌باشد. البته این نظریه با عقیده بسیاری از فقهای ما که درباره قواعد فقهی تألیفات دارند، مغایرت دارد. در قواعد فقه علامه بجنوردی از چند قاعده به نام قاعده فقهی نام برده شده که تنها در باب خاصی کاربرد دارد، مانند قاعده امکان، قاعده لاتعداد، قاعده لارهنن إلا مقبوضاً.

بنابراین اطلاق ضابط بر قاعده فقهی خاص و اطلاق قاعده بر قواعد عام ریشه علمی ندارد.

#### اقسام قواعد فقهی

قاعده فقهی هفت قسم است:

۱. قاعده‌ای که تنها در باب عبادات کاربرد دارد، مانند قاعده لاتعداد و قاعده

تجاوز و فراغ.

۲. قاعده‌ای که در باب معاملات بالمعنی الأخص جاری می‌شود و در غیر معاملات جریان ندارد، مانند: قاعده «تلف المبیع فی زמן الخیار ممن لاخیار له» و قاعده «ما یضمنُ بصحیحهِ یضمنُ بفاسِدِهِ» و عکس آن و قاعده «عدم ضمان الأمین».
۳. آنچه در باب معاملات بالمعنی الأعم جاری می‌شود، مانند قاعده طهارت.
۴. آنچه در همه ابواب فقه یا بیشتر آنها جریان دارد، مانند: قاعده لاضرر و قاعده

نفی حرج.

۵. آنچه برای کشف موضوعات خارجیه که تحت ادله احکام واقع می‌شوند به کار می‌رود، مانند حجیت بینه و قول ذی‌الید.<sup>۱</sup>
۶. آنچه در فقه جزا کاربرد دارد، مانند قاعده درأ و دفاع مشروع.
۷. قواعدی که در حقوق مدنی و کیفری جاری می‌شوند، مانند اکراه و اضطرار.