

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قواعد فقه جزایی

(حدود و تعزیرات، قصاص و دیات)

دکتر احمد حاجی ده‌آبادی
عضو هیئت علمی دانشگاه تهران



پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
تابستان ۱۳۹۱

حاجی ده‌آبادی، احمد، ۱۳۴۳

قواعد فقه جزایی (حدود و تعزیرات، قصاص و دیات) / احمد حاجی ده‌آبادی. - قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۷.

شانزده، ۵۰۸ ص. (پژوهشگاه حوزه و دانشگاه؛ ۱۳۸. حقوق؛ ۱۲)

ISBN: 978-964-7788-89-2

بها: ۵۰۰۰ ریال

فهرست‌نویسی بر اساس اطلاعات فیپا.

کتابنامه: ص. [۴۸۷] - ۴۹۶؛ همچنین به صورت زیرنویس.

چاپ دوم: ۱۳۸۹. چاپ سوم: تابستان ۱۳۹۱، بها: ۸۹۰۰۰ ریال. نمایه.

۱. اصول فقه شیعه. ۲. فقه - قواعد. ۳. حقوق جزا (فقه). الف. پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. ب. عنوان.

۲۹۷/۳۷۵

۱۳۸۷ ق ۷/ح ۱۹۵ BP

۱۵۰۸۷۱۷

کتابخانه ملی ایران



قواعد فقه جزایی

مؤلف: دکتر احمد حاجی ده‌آبادی (عضو هیئت علمی دانشگاه تهران)

ناشر: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

ویراستار: سعیدرضا علی‌عسکری

حروفچینی و صفحه‌آرایی: اداره چاپ و انتشارات پژوهشگاه

چاپ سوم: تابستان ۱۳۹۱ (چاپ دوم: تابستان ۱۳۸۹)

تعداد: ۱۰۰۰ نسخه

لیتوگرافی: سعیدی

چاپ: قم - سبحان

قیمت: ۸۹۰۰ تومان

کلیه حقوق برای پژوهشگاه حوزه و دانشگاه محفوظ و نقل مطالب با ذکر مأخذ بلامانع است.

قم: ابتدای شهرک پردیسان، بلوار دانشگاه، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، تلفن: ۰۲۵۱-۲۱۱۱۱ (انتشارات ۲۱۱۱۳۰۰)، نمابر: ۲۸۰۳۰۹۰.

ص.پ. ۳۷۱۸۵-۳۱۵۱ □ تهران: خ انقلاب، بین وصال و قدس، نبش کوی آسکو، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، تلفن: ۶۶۴۰۲۶۰۰ و ۶۶۹۷۸۹۲۰

Website: www.rihu.ac.ir

Email: info@rihu.ac.ir

سخن پژوهشگاه

پژوهش در علوم انسانی [به منظور شناخت، برنامه‌ریزی و ضبط و مهار پدیده‌های انسانی] در راستای سعادت واقعی بشر ضرورتی انکارناپذیر و استفاده از عقل و آموزه‌های وحیانی در کنار داده‌های تجربی و در نظر گرفتن واقعیت‌های عینی و فرهنگ و ارزش‌های اصیل جوامع، شرط اساسی پویایی، واقع‌نمایی و کارایی این‌گونه پژوهش‌ها در هر جامعه است.

پژوهش کارآمد در جامعه ایران اسلامی در گرو شناخت واقعیت‌های جامعه از یک سو و اسلام به عنوان متقن‌ترین آموزه‌های وحیانی و اساسی‌ترین مؤلفه فرهنگ ایرانی از سوی دیگر است؛ از این رو، آگاهی دقیق و عمیق از معارف اسلامی و بهره‌گیری از آن در پژوهش، بازنگری و بومی‌سازی مبانی و مسایل علوم انسانی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است.

توجه به این حقیقت راهبردی از سوی امام خمینی (ره) بنیانگذار جمهوری اسلامی، زمینه شکل‌گیری دفتر همکاری حوزه و دانشگاه را در سال ۱۳۶۱ فراهم ساخت و با راهنمایی و عنایت ایشان و همت اساتید حوزه و دانشگاه، این نهاد علمی شکل گرفت. تجربه موفق این نهاد، زمینه را برای گسترش فعالیت‌های آن فراهم آورد و با تصویب شورای گسترش آموزش عالی در سال ۱۳۷۷ «پژوهشکده حوزه و دانشگاه» تأسیس شد و در سال ۱۳۸۲ به «مؤسسه پژوهشی حوزه و دانشگاه» و سال ۱۳۸۳ به «پژوهشگاه حوزه و دانشگاه» ارتقا یافت.

پژوهشگاه تاکنون در ایفای رسالت خود خدمات فراوانی به جوامع علمی ارائه نموده است که از آن جمله می‌توان به تهیه، تألیف، ترجمه و انتشار ده‌ها کتاب و نیز فصلنامه و دوفصلنامه علمی - پژوهشی حوزه و دانشگاه و جستارهای اقتصادی و دوفصلنامه‌های علمی - تخصصی تربیت اسلامی و مطالعات اسلام و روان‌شناسی اشاره کرد.

کتاب حاضر به عنوان متن درسی برای دانشجویان رشته «حقوق جزا و جرم‌شناسی» و «فقه و مبانی حقوق اسلامی» در مقطع کارشناسی ارشد و دکترا و نیز دیگر علاقه‌مندان مباحث فقهی و حقوقی تهیه شده است. امید است علاوه بر جامعه دانشگاهی، سایر علاقه‌مندان نیز از آن بهره‌مند گردند.

از استادان و صاحب‌نظران ارجمند تقاضا می‌شود با همکاری، راهنمایی و پیشنهادهای اصلاحی خود، این پژوهشگاه را در جهت اصلاح کتاب حاضر و تدوین دیگر آثار مورد نیاز جامعه دانشگاهی و علمی یاری دهند.

در پایان پژوهشگاه لازم می‌داند از مؤلف محترم کتاب جناب آقای دکتر احمد حاجی ده‌آبادی تشکر و قدردانی نماید.

فهرست اجمالی

مقدمه: تبیین مفهوم و اقسام قاعده فقهی و مقایسه آن با مفاهیم مشابه ۳

دفتر اول: قواعد باب حدود و تعزیرات

فصل اول: قاعده درّاً	۵۳
فصل دوم: قاعده تکرار جرم حدّی	۱۱۱
فصل سوم: قاعده تعدّد جرم حدّی	۱۴۱
فصل چهارم: قاعده عدم سقوط حدّ با توبه قبل از اثبات	۱۵۸
فصل پنجم: قاعده عدم سقوط حدّ با توبه پس از شهادت شهود	۱۷۹
فصل ششم: قاعده اختیار امام در عفو اقرارکننده به حدّ	۱۸۶
فصل هفتم: قاعده عدم پذیرش انکار پس از اقرار به حدّ، جز در مورد حدّ رجم	۲۱۲
فصل هشتم: قاعده عدم سقوط حدّ با عارض شدن جنون و لزوم اجرای حدّ در حال جنون	۲۲۴
فصل نهم: قاعده ناروا بودن تأخیر در اجرای حدّ و لزوم اجرای فوری آن	۲۳۵
فصل دهم: قاعده ناروا بودن اجرای حدّ در سرزمین دشمن	۲۴۷
فصل یازدهم: قاعده ناروا بودن اجرای حدّ به وسیله کسی که حدّی بر عهده اوست	۲۶۳
فصل دوازدهم: قاعده پذیرفته نشدن کفالت در حدود	۲۷۵
فصل سیزدهم: قاعده پذیرفته نشدن شفاعت در حدود	۲۸۳
فصل چهاردهم: قاعده قابل تعزیر بودن ارتکاب هر عمل حرام	۲۹۰
فصل پانزدهم: قاعده لزوم کمتر بودن مقدار تعزیر از حدّ	۳۱۳

دفتر دوم: قواعد باب قصاص

فصل اول: قاعده تداخل قصاص	۳۳۷
فصل دوم: قاعده لزوم پرداخت دیه پیش از قصاص از سوی قصاصکننده در موارد لازم	۳۵۵
فصل سوم: قاعده خطائی بودن جنایت‌های عمدی صبی، دیوانه و نابینا	۳۷۰

۳۸۲	فصل چهارم: قاعده برابری زن و مرد در قصاص ما دون نفس
۳۹۱	فصل پنجم: قاعده مجاز نبودن مجازات کردن جانی به بیش از جانش
۴۰۱	فصل ششم: قاعده عدم سقوط قصاص با عروض جنون پس از ارتکاب جنایت
۴۰۶	فصل هفتم: قاعده نبودن قصاص برای کسی که قصاص نمی شود (لا قود لمن لا یقاد منه)

دفتر سوم: قواعد دیات

۴۱۵	فصل اول: قاعده دیه اعضای یکی و دوتایی
۴۳۱	فصل دوم: قاعده دیه فلج کردن اعضا
۴۳۶	فصل سوم: قاعده دیه از بین بردن عضو فلج
۴۴۲	فصل چهارم: قاعده ارش
۴۵۵	فصل پنجم: قاعده برابری زن و مرد در دیه ما دون نفس
۴۵۹	فصل ششم: قاعده ثبوت دیه در صورت عدم امکان قصاص
۴۶۳	فصل هفتم: قاعده تداخل دیات
۴۷۳	فصل هشتم: قاعده هدر نشدن خون مسلمان

۴۸۷	منابع و مأخذ
-----	--------------

۴۹۷	نمایه ها
-----	----------

فهرست مطالب

پیشگفتار	۱	الف) تقسیم به لحاظ نوع حکم شرعی	۱۹
مقدمه: تبیین مفهوم و اقسام قاعده فقهی و مقایسه آن با مفاهیم مشابه	۳	ب) به لحاظ دامنه کاربرد	۲۰
گفتار اول: تبیین مفهوم قاعده فقهی	۳	اول: قواعد فراگیر	۲۰
الف) قاعده	۳	دوم: قواعد غیر فراگیر	۲۰
اول: معنای لغوی قاعده	۳	۱. قواعد عبادی	۲۰
دوم: معنای اصطلاحی قاعده	۴	۲. قواعد معاملی	۲۱
ب) فقه	۴	۳. قواعد قضائی	۲۱
اول: معنای لغوی فقه	۴	۴. قواعد جزایی (قواعد کیفری)	۲۱
دوم: معنای اصطلاحی فقه	۵		
ج) قاعده فقهی	۵	● دفتر اول: قواعد باب حدود و تعزیرات	
گفتار دوم: مقایسه قاعده فقهی با مفاهیم مشابه	۸	مقدمه: تبیین مفهوم، اهمیت و انواع حدّ و تعزیر	۲۵
الف) قاعده فقهی و قاعده (مسئله) اصولی	۸	مبحث اول: حد	۲۵
ب) قاعده فقهی و مسئله فقهی	۱۰	گفتار اول: مفهوم حد	۲۵
ج) قاعده فقهی و ضابطه فقهی	۱۱	الف) معنای لغوی حد	۲۵
گفتار سوم: حکم شرعی و اقسام آن	۱۳	ب) معنای اصطلاحی حد	۲۶
الف) مفهوم حکم شرعی	۱۳	ج) حد؛ وصف جرم و وصف مجازات	۲۸
ب) اقسام حکم شرعی	۱۴	د) تعریف حد در قوانین موضوعه	۲۹
اول: حکم وضعی و حکم تکلیفی	۱۴	گفتار دوم: اهمیت حدود و اجرای آن	۲۹
تفاوت‌های حکم تکلیفی و وضعی	۱۷	الف) اهتمام شرع به اجرای حدود	۲۹
دوم: حکم تأسیسی و حکم امضائی	۱۸	ب) اجرای حدود در زمان غیبت	۳۰
گفتار چهارم: اقسام قاعده فقهی	۱۹	اول: اقوال و نظریات	۳۲
		دوم: ادله موافقان اجرا	۳۴
		سوم: کلام مخالفان	۳۵

۳۷	چهارم: بررسی و تحلیل
۳۸	گفتار سوم: انواع حد
۳۸	الف) انواع مجازات‌های حدّی
۳۹	ب) انواع جرائم حدّی
گفتار چهارم: نگاهی به معانی واژه «حد» در روایات و	
تأسیس اصل در این باره	۴۴
مبحث دوم: تعزیر	۴۸
گفتار اول: مفهوم تعزیر	۴۸
الف) مفهوم لغوی تعزیر	۴۸
ب) مفهوم اصطلاحی تعزیر	۴۸
ج) تعریف تعزیر در قوانین موضوعه	۵۰
گفتار دوم: جایگاه تعزیرات در نظام کیفری اسلام . ۵۱	
فصل اول: قاعده دَرَأُ	۵۳
گفتار اول: بررسی واژگان	۵۴
الف) دَرَأُ	۵۴
ب) حدود	۵۴
ج) شبهات	۵۵
گفتار دوم: حقیقت قاعده دَرَأُ؛ بیان مطلبی جدید یا تعبیری	
از اصل یا اصول دیگر؟	۵۷
گفتار سوم: بیان مستندات قاعده و بررسی و نقد آنها . . ۶۱	
الف) مستندات قاعده	۶۲
اول: روایات	۶۲
دوم: اجماع و تسالم اصحاب	۶۷
سوم: ادله دیگر	۶۷
ب) نقد و بررسی	۶۸
اول: نقد و بررسی روایت شیخ صدوق	۶۸
دوم: نقد و بررسی عهدنامه مالک اشتر	۷۴
سوم: نقد و بررسی روایات خاص	۷۶
چهارم: نقد و بررسی اجماع	۷۹
۸۳	پنجم: نقد و بررسی سایر ادله
۸۳	ج) خلاصه و نتیجه
۸۳	اول: دوگونه بودن موارد جریان قاعده دَرَأُ
۸۴	دوم: ثابت نشدن عمومیت قاعده دَرَأُ
سوم: اثبات نشدن روایت ادِرْتُوا الحدود	
بالشبهات	۸۴
چهارم: مصطاده بودن قاعده دَرَأُ	۸۴
پنجم: پذیرش حدّ عقلانی برای قاعده دَرَأُ	۸۵
گفتار چهارم: ملاک عروض شبهه و آثار اجرای قاعده	
دَرَأُ	۸۹
الف) ملاک عروض شبهه	۸۹
اول: اقوال	۸۹
دوم: تبیین ادله	۹۰
سوم: بررسی و نقد	۹۲
ب) آثار اجرای قاعده دَرَأُ	۹۲
گفتار پنجم: قلمرو قاعده دَرَأُ	۹۳
الف) قاعده دَرَأُ و قصاص	۹۳
اول: تبیین قول جریان قاعده دَرَأُ در قصاص . ۹۴	
دوم: نقد و بررسی	۹۴
ب) قاعده دَرَأُ و تعزیرات	۹۹
اول: تبیین قول جریان قاعده دَرَأُ در	
تعزیرات	۱۰۰
دوم: تحلیل و بررسی	۱۰۱
ج) قاعده دَرَأُ و دیات	۱۰۲
گفتار ششم: قاعده دَرَأُ و نظام حقوقی - قضائی ایران . ۱۰۲	
الف) قاعده دَرَأُ و قوانین موضوعه	۱۰۳
ب) قاعده دَرَأُ و آرای دادگاه‌ها	۱۰۴
فصل دوم: قاعده تکرار جرم حدّی	۱۱۱
گفتار اول: شرایط قاعده تکرار	۱۱۲

گفتار دوم: اقوال فقیهان ۱۱۳	ج) سرقت ۱۵۱
گفتار سوم: مستندات فقهی قاعده تکرار ۱۱۷	د) شرب مسکر ۱۵۵
الف) صحیحہ یونس ۱۱۷	گفتار سوم: برخی نکات قاعده ۱۵۵
ب) الغای خصوصیت از برخی روایات ۱۲۰	الف) قاعده تعدد حدود و تعدد دیگر جرائم ۱۵۵
گفتار چهارم: بررسی تکرار برخی حدود ۱۲۲	اول: تعدد تعزیرات ۱۵۵
الف) زنا ۱۲۳	دوم: تعدد قصاص ۱۵۶
ب) لواط ۱۲۴	سوم: تعدد دیات ۱۵۶
ج) مساحقه ۱۲۵	ب) قاعده تعدد حدود و قانون مجازات اسلامی ۱۵۷
د) قذف ۱۲۶	
ه) شرب مسکر ۱۲۸	فصل چهارم: قاعده عدم سقوط حدّ با توبه قبل از اثبات ۱۵۸
و) قوآدی ۱۲۹	گفتار اول: مستندات قاعده عدم سقوط حد با توبه پیش از اثبات ۱۵۹
ز) سرقت ۱۳۰	الف) ادله قائلان به سقوط حدّ با توبه قبل از اثبات ۱۵۹
ح) ارتداد ۱۳۰	اول: روایات ۱۵۹
ط) محاربه ۱۳۴	دوم: آیه محاربه ۱۶۴
گفتار پنجم: برخی نکات قاعده تکرار حدّ ۱۳۵	سوم: شبهه ۱۶۴
الف) قاعده تکرار و تعزیرات ۱۳۵	چهارم: اولویت ۱۶۵
ب) قاعده تکرار و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹	پنجم: بنای حدود بر تخفیف ۱۶۵
	ب) سخن قائلان به عدم سقوط حدّ ۱۶۵
فصل سوم: قاعده تعدّد جرم حدّی ۱۴۱	اول: ادله عدم سقوط حدّ ۱۶۶
گفتار اول: مستندات قاعده تعدّد جرم حدّی ۱۴۲	دوم: نقد ادله سقوط حدّ ۱۶۸
الف) اطلاق ادله ۱۴۳	ج) نتیجه ۱۷۳
ب) تعلّق حکم به طبیعت ۱۴۳	گفتار دوم: نکاتی پیرامون قاعده سقوط حدّ با توبه قبل از اثبات ۱۷۳
ج) صحیحہ بُکیر بن اعین ۱۴۵	الف) دایره حدود مشمول قاعده سقوط حد ۱۷۴
د) صحیحہ محمد بن مسلم ۱۴۷	ب) مفهوم توبه و حکم ادعای آن ۱۷۵
ه) مفهوم ادله تکرار جرم حدّی ۱۴۷	ج) قاعده سقوط حد و سایر مجازات‌ها ۱۷۷
و) سیره قطعیه قضات شرع ۱۴۸	د) قاعده سقوط حد و قانون مجازات اسلامی ۱۷۸
ز) سایر ادله ۱۴۸	
گفتار دوم: بررسی تعدد برخی حدود ۱۴۹	
الف) زنا ۱۴۹	
ب) قذف ۱۵۱	

فصل پنجم: قاعده عدم سقوط حدّ با توبه پس از	۲۰۸
شهادت شهود	۲۰۹
گفتار اول: ادله عدم سقوط حد با توبه بعد از بیّنه و لزوم	۲۰۹
اجرای آن	۲۱۰
الف) روایات	۱۸۰
ب) اطلاقی ادله حدود	۱۸۲
ج) استصحاب	۱۸۲
گفتار دوم: ادله اختیار امام در عفو یا اجرای حدّ با توبه پس از	۱۸۲
بیّنه	۱۸۲
گفتار سوم: نقد و بررسی ادله	۱۸۳
الف) نقد ادله قول اختیار امام در عفو یا اجرای	۱۸۳
حدّ	۱۸۳
ب) بررسی ادله قول عدم سقوط حدّ	۱۸۴
ج) نتیجه	۱۸۵
فصل ششم: قاعده اختیار امام در عفو اقرارکننده به	۱۸۶
حدّ	۱۸۶
گفتار اول: مستندات قاعده اختیار امام	۱۸۷
الف) معتبره طلحه (مرسله برقی)	۱۸۷
ب) صحیحه ضریس کناسی	۱۸۸
ج) معتبره طلحه بن زید	۱۹۱
د) حدیث تحف العقول	۱۹۲
ه) صحیحه مالک بن عطیه	۱۹۳
گفتار دوم: برخی نکات پیرامون قاعده	۱۹۴
الف) شرط بودن یا شرط نبودن توبه اقرارکننده	۱۹۴
ب) مقصود از «امام»؛ خصوص معصوم علیه السلام یا اعم از	۱۹۹
او؟	۱۹۹
ج) جواز عفو قسمتی از حدّ و یا تبدیل آن به	۲۰۱
تعزیر	۲۰۱
د) قلمرو قاعده (حدهای مشمول قاعده)	۲۰۲
ه) الحاق علم قاضی به اقرار یا بیّنه	۲۰۸
و) این قاعده و سایر مجازات‌ها	۲۰۹
ز) این قاعده و قانون مجازات اسلامی	۲۰۹
ح) این قاعده و نظام قضائی ایران	۲۱۰
فصل هفتم: قاعده عدم پذیرش انکار پس از اقرار به	۲۱۲
حدّ، جز در مورد حدّ رجم	۲۱۲
گفتار اول: مستندات قاعده	۲۱۲
الف) صحیحه اوّل حلبی	۲۱۳
ب) صحیحه دوّم حلبی	۲۱۳
ج) صحیحه محمد بن مسلم	۲۱۴
گفتار دوم: نکاتی پیرامون قاعده	۲۱۴
الف) مجاز بودن یا نبودن اعمال مجازات دیگر پس از	۲۱۵
انکار اقرار به زنا موجب رجم	۲۱۵
ب) عدم نیاز به قسم منکر مبنی بر بی‌گناهی برای	۲۱۷
سقوط رجم	۲۱۷
ج) الحاق و عدم الحاق حدّ قتل به حدّ رجم	۲۱۸
د) وضعیت انکار پس از اقرار به حد سرقت	۲۲۰
ه) این قاعده و سایر مجازات‌ها	۲۲۳
و) این قاعده و قانون مجازات اسلامی	۲۲۳
فصل هشتم: قاعده عدم سقوط حدّ با عارض شدن	۲۲۴
جنون و لزوم اجرای حدّ در حال جنون	۲۲۴
گفتار اول: بررسی مستندات قاعده	۲۲۵
الف) مستندات قاعده	۲۲۵
ب) نقد مخالفان بر این ادله	۲۲۶
ج) پاسخ موافقان قاعده	۲۲۸
د) جمع‌بندی و ارزیابی ادله	۲۳۰
گفتار دوم: برخی نکات قاعده	۲۳۱
الف) جنون؛ اعم از اطباقی و ادواری	۲۳۱

- ۲۳۱ (ب) این قاعده و سایر مجازات‌ها
- ۲۳۲ (ج) این قاعده و قانون مجازات اسلامی
- ۲۶۱ (ز) این قاعده و دیگر مجازات‌ها
- ۲۶۱ (ح) این قاعده و قانون مجازات اسلامی

فصل نهم: قاعده ناروا بودن تأخیر در اجرای حدّ و

- لزوم اجرای فوری آن ۲۳۵
- گفتار اول: بررسی مستندات قاعده ۲۳۵
- الف) مستندات قاعده ۲۳۶
- ب) نقد و بررسی ۲۳۷
- ج) نتیجه ۲۴۰
- گفتار دوم: برخی نکات قاعده ۲۴۰
- الف) استثنائات قاعده ۲۴۱
- ب) جواز یا عدم جواز تأخیر قسمتی از حدّ ۲۴۲
- ج) این قاعده و سایر مجازات‌ها ۲۴۳
- د) این قاعده و قانون مجازات اسلامی ۲۴۴
- فصل دهم: قاعده ناروا بودن اجرای حدّ در سرزمین
- دشمن ۲۴۷
- گفتار اول: مستندات قاعده ۲۴۸
- الف) معتبره ابی‌مریم ۲۴۸
- ب) معتبره غیاث بن ابراهیم ۲۴۸
- ج) مرسله دعائم الاسلام ۲۴۹
- گفتار دوم: برخی نکات قاعده ۲۵۱
- الف) مطلق یا مشروط بودن حرمت اقامه حد در
- سرزمین دشمن ۲۵۱
- ب) تبیین پیوستن به دشمن ۲۵۷
- ج) مقصود از دشمن و سرزمین دشمن ۲۵۸
- د) امکان اجرای حدّ در سرزمین دشمن ۲۵۹
- ه) ضمانت تخلف از قاعده ۲۶۰
- و) محل وقوع جرم و جایگزین نشدن تعزیر به جای
- حدّ ۲۶۰

فصل دوازدهم: قاعده پذیرفته نشدن کفالت در

- حدود ۲۷۵
- گفتار اول: مستندات قاعده ۲۷۵
- الف) معتبره سکونی ۲۷۶
- ب) مرسله صدوق ۲۷۶
- ج) روایت اصبع بن نباته ۲۷۶
- د) ادله قاعده ناروا بودن تأخیر در اجرای حدود ۲۷۶
- گفتار دوم: برخی نکات قاعده ۲۷۶
- الف) قابل تخصیص بودن یا نبودن قاعده «لاکفالة فی
- حدّ» ۲۷۷
- ب) علت پذیرفته نشدن کفالت در حدود ۲۷۷
- ج) مفاد قاعده؛ حکم تکلیفی یا حکم وضعی ۲۷۹

گفتار پنجم: نقد مستندات قاعده ۳۰۱	د) محدوده زمانی پذیرفته نشدن کفالت در حدود ۲۷۹
الف) نقد کلی ۳۰۱	ه) این قاعده و سایر مجازات‌ها ۲۸۱
اول: ناکارآمدی قاعده ۳۰۱	و) این قاعده و قوانین موضوعه ۲۸۲
دوم: موارد نقض قاعده ۳۰۳	
ب) نقد ادله ۳۰۳	
گفتار ششم: لزوم توجه به مبانی جرم‌انگاری ۳۱۰	فصل سیزدهم: قاعده پذیرفته نشدن شفاعت در حدود ۲۸۳
	گفتار اول: مستندات قاعده ۲۸۳
فصل پانزدهم: قاعده لزوم کمتر بودن مقدار تعزیر از حد ۳۱۳	الف) معتبره سکونی ۲۸۳
گفتار اول: تبیین دون الحد در صورت استفاده از تازیانه ۳۱۴	ب) حدیث اسامه ۲۸۴
الف) اقوال فقها ۳۱۴	ج) روایت محمد بن قیس ۲۸۴
ب) بررسی ادله اقوال ۳۱۶	د) مرسله صدوق ۲۸۴
اول: بررسی قول تعزیر تا ۹۹ ضربه ۳۱۶	گفتار دوم: برخی نکات قاعده ۲۸۴
دوم: بررسی قول تعزیر تا ۷۹ ضربه ۳۱۸	الف) مفاد قاعده؛ حکم تکلیفی یا حکم وضعی؟ ۲۸۵
سوم: بررسی قول تعزیر تا ۷۴ ضربه ۳۱۹	ب) قلمرو قاعده ۲۸۵
چهارم: بررسی قول تعزیر تا چهل ضربه ۳۲۰	ج) شرط‌های شفاعت مقبول ۲۸۸
پنجم: بررسی قول تعزیر کمتر از حد مناسب ۳۲۵	د) این قاعده و سایر مجازات‌ها ۲۸۸
ج) نتیجه ۳۲۷	ه) این قاعده و قوانین موضوعه ۲۸۹
گفتار دوم: برخی نکات قاعده ۳۲۷	فصل چهاردهم: قاعده قابل تعزیر بودن ارتکاب هر عمل حرام ۲۹۰
الف) کمترین مقدار تعزیر ۳۲۸	گفتار اول: واژگان قاعده ۲۹۰
ب) مفهوم دون الحد در تعزیر به وسیله‌ای غیر از شلاق ۳۲۹	الف) تعزیر ۲۹۱
ج) وضعیت این قاعده در قانون مجازات اسلامی ۳۳۰	ب) حرام ۲۹۱
	گفتار دوم: اهمیت قاعده ۲۹۲
● دفتر دوم: قواعد باب قصاص ۳۳۷	گفتار سوم: اقوال ۲۹۵
فصل اول: قاعده تداخل قصاص ۳۳۷	گفتار چهارم: مستندات قاعده ۲۹۶
گفتار اول: تداخل قصاص طرف در قصاص نفس ۳۳۸	الف) روایات ۲۹۷
الف) صور بحث ۳۳۸	ب) سیره ۳۰۰
	ج) حفظ نظام ۳۰۰

۳۷۶ سوم: نقد و بررسی اشکالات	۳۳۹ (ب) احکام صور بحث
۳۷۸ گفتار دوم: برخی نکات قاعده	۳۴۶ گفتار دوم: تداخل قصاص اطراف
الف) معیار و ضابطه؛ وضعیت جانی در زمان جنایت یا	۳۴۶ الف) اشاره‌ای به عبارات فقها
زمان سرایت؟ ۳۷۸	۳۴۷ (ب) بررسی تفصیلی موضوع
ب) مقدار آثار جنایت خطائی، مترتب بر جنایت عمدی	۳۵۱ گفتار سوم: برخی نکات قاعده
صبی، مجنون و اعمی ۳۸۰	۳۵۱ الف) تداخل؛ الزامی یا اختیاری؟
ج) این قاعده و قانون مجازات اسلامی ۳۸۱	ب) رابطه این قاعده با قاعده لا یجنى الجانى على اکثر
	من نفسه ۳۵۳
	ج) این قاعده و قانون مجازات اسلامی ۳۵۴
فصل چهارم: قاعده برابری زن و مرد در قصاص ما	فصل دوم: قاعده لزوم پرداخت دیه پیش از قصاص از
دون نفس... ۳۸۲	سوی قصاص‌کننده در موارد لازم ۳۵۵
گفتار اول: مستندات قاعده ۳۸۴	گفتار اول: مستندات قاعده ۳۵۷
الف) صحیحہ حلبی ۳۸۴	الف) ادله موافقان قاعده ۳۵۷
ب) صحیحہ دوم حلبی ۳۸۵	ب) ادله مخالفان قاعده ۳۶۲
ج) معتبره ابن ابی یعفور ۳۸۵	ج) نقد و بررسی ۳۶۳
گفتار دوم: برخی نکات قاعده ۳۸۸	گفتار دوم: برخی نکات پیرامون قاعده ۳۶۵
الف) نسبت این قاعده با تعداد دفعات ضربه‌ها ۳۸۸	الف) نسبت این قاعده با پرداخت‌کننده دیه ۳۶۵
ب) امکان قصاص بدون پرداخت تفاوت دیه با	ب) نسبت این قاعده با گیرنده دیه ۳۶۷
اکتفاکردن مجنی‌علیها به کمتر از حق خویش ۳۹۰	ج) برخی موارد جریان قاعده ۳۶۷
ج) این قاعده و قانون مجازات اسلامی ۳۹۰	د) این قاعده و قانون مجازات اسلامی ۳۶۸
فصل پنجم: قاعده مجاز نبودن مجازات کردن جانی	فصل سوم: قاعده خطائی بودن جنایت‌های عمدی
به بیش از جانش ۳۹۱	صبی، دیوانه و نابینا ۳۷۰
گفتار اول: مستندات قاعده ۳۹۱	گفتار اول: مستندات قاعده ۳۷۱
الف) صحیحہ عبدالله بن سنان ۳۹۲	الف) ادله خطائی بودن جنایت عمدی صبی و
ب) روایت هشام بن سالم ۳۹۲	مجنون ۳۷۱
ج) روایت عبدالله بن سنان ۳۹۲	ب) جنایت عمدی نابینا ۳۷۲
گفتار دوم: برخی نکات قاعده ۳۹۳	اول: ادله خطائی بودن جنایت نابینا ۳۷۳
الف) مصادیق قاعده ۳۹۳	دوم: اشکالات مخالفان ۳۷۴
ب) استثنائات قاعده ۳۹۶	
ج) رابطه این قاعده و قاعده لایبطل دم امرء مسلم ۳۹۸	

فصل ششم: قاعده عدم سقوط قصاص با عروض جنون پس از ارتکاب جنایت	۴۰۱
گفتار اول: مستندات قاعده	۴۰۱
الف) روایت برید عجلی	۴۰۲
ب) اطلاق ادله قصاص	۴۰۲
ج) استصحاب	۴۰۳
گفتار دوم: نقد و بررسی	۴۰۴
فصل هفتم: قاعده نبودن قصاص برای کسی که قصاص نمی‌شود (لا قود لمن لا یقاد منه)	۴۰۶
● دفتر سوم: قواعد دیات	
فصل اول: قاعده دیه اعضای یکی و دوتایی	۴۱۵
گفتار اول: مستندات قاعده	۴۱۵
الف) صحیح هاشم بن سالم	۴۱۵
ب) صحیح عبدالله بن سنان	۴۱۶
گفتار دوم: برخی نکات قاعده	۴۱۶
الف) مقصود از جنایت؛ بریدن و از بین بردن یا اعم از آن؟	۴۱۷
ب) عدم شمول قاعده بر منافع	۴۲۱
ج) شمول قاعده بر اعضای داخلی	۴۲۳
د) ملاک قاعده؛ واحد و اثنان عرفی یا لغوی؟	۴۲۴
ه) مصادیق خاص قاعده	۴۲۸
و) این قاعده و قانون مجازات اسلامی	۴۲۹
فصل دوم: قاعده دیه فلج کردن اعضا	۴۳۱
گفتار اول: مستندات قاعده	۴۳۱
الف) صحیح فضیل بن یسار	۴۳۱
ب) قاعده قطع عضو شل، موجب ثلث دیه آن عضو است	۴۳۲
ج) اجماع	۴۳۳
گفتار دوم: نقد و ارزیابی ادله قاعده	۴۳۳
الف) نقد دلیل اول	۴۳۳
ب) نقد دلیل دوم	۴۳۴
ج) نقد دلیل سوم	۴۳۵
فصل سوم: قاعده دیه از بین بردن عضو فلج	۴۳۶
گفتار اول: مستندات قاعده	۴۳۷
الف) صحیح ابوبصیر	۴۳۷
ب) روایت حکم بن عتیبه	۴۳۸
گفتار دوم: برخی نکات قاعده	۴۳۹
الف) استثنائات قاعده	۴۳۹
ب) این قاعده و قانون مجازات اسلامی	۴۴۰
فصل چهارم: قاعده ارش	۴۴۲
گفتار اول: مستندات قاعده	۴۴۳
الف) روایات	۴۴۴
ب) اجماع	۴۴۵
ج) نقد و بررسی	۴۴۵
گفتار دوم: برخی نکات قاعده	۴۴۵
الف) شیوه محاسبه ارش	۴۴۶
اول: عبدانگاری	۴۴۶
دوم: نظر حاکم پس از جلب نظر دونفر عادل	۴۴۶
سوم: صلح و تراضی	۴۴۶
چهارم: نظر امام	۴۴۷
ب) بیشترین حد ارش	۴۴۷
ج) ارش و احکام دیه	۴۴۸
اول: ارش و ضمان عاقله	۴۴۹
دوم: ارش و تغلیظ دیه	۴۵۰
سوم: ارش و تنصیف دیه	۴۵۰

۴۶۶	ب) اقوال فقها و بررسی ادله آنان	۴۵۲	چهارم: ارش و تأجیل دیه
۴۶۹	گفتار سوم: برخی نکات قاعده	۴۵۳	د) ارش و نوع جنایت
	الف) مشکل بودن تشخیص وحدت و تعدد ضربه و جنایت	۴۵۴	ه) ارش و قانون مجازات اسلامی
۴۶۹	ب) مراد از دیه؛ دیه اصلی یا اعم از آن و دیه		فصل پنجم: قاعده برابری زن و مرد در دیه مآدون
۴۷۰	تصالیحی؟	۴۵۵	نفس
۴۷۱	ج) این قاعده و قانون مجازات اسلامی	۴۵۵	گفتار اول: مستندات قاعده
	فصل هشتم: قاعده هدرنشدن خون مسلمان	۴۵۶	گفتار دوم: برخی نکات قاعده
۴۷۴	گفتار اول: مستندات قاعده	۴۵۶	الف) دیه زن و ثلث دیه کامل
۴۷۴	الف) روایت ابی بصیر	۴۵۷	ب) ارش زن و تنصیف
۴۷۴	ب) صحیح ابی بصیر	۴۵۷	ج) تنصیف دیه و وحدت و تعدد جنایت
۴۷۵	ج) روایت بریدین معاویه	۴۵۸	د) این قاعده و قانون مجازات اسلامی
۴۷۵	د) روایت محمد بن مسلم		فصل ششم: قاعده ثبوت دیه در صورت عدم امکان
۴۷۶	گفتار دوم: برخی نکات قاعده	۴۵۹	قصاص
۴۷۶	الف) لسان قاعده؛ نفی یا اثبات؟	۴۶۰	گفتار اول: مستندات قاعده
۴۷۷	ب) این قاعده و پرداخت کننده دیه	۴۶۰	الف) معتبره ابی بصیر
۴۸۲	ج) استثنائات قاعده	۴۶۰	ب) اطلاق ادله دیات
۴۸۳	د) این قاعده و جنایات مآدون نفس	۴۶۰	گفتار دوم: برخی نکات قاعده
	ه) نسبت این قاعده با قاعده «اذا انتفی القصاص	۴۶۱	الف) ماهیت دیه؛ بدل واقعی یا بدل حیلوله؟
۴۸۴	ثبت الدیه»	ب) امکان و عدم امکان اکتفای مجنی علیه به قصاص	
	و) نسبت این قاعده با قاعده «لا یجنی الجانی اکثر	۴۶۱	کمتر از حق خویش؟
۴۸۵	من نفسه»	ج) این قاعده و قانون مجازات اسلامی	۴۶۲
۴۸۵	ز) این قاعده و قانون مجازات اسلامی		فصل هفتم: قاعده تداخل دیات
	منابع و مآخذ	۴۶۳	گفتار اول: تداخل دیه طرف در دیه نفس
۴۸۷	۱. منابع عربی	۴۶۳	الف) تحریر محل نزاع
۴۸۷	الف) فرهنگها	۴۶۴	ب) اقوال فقها و بررسی ادله آنان
۴۸۷	ب) کتابهای روایی	۴۶۵	گفتار دوم: تداخل دیه اطراف در همدیگر
۴۸۸	ج) کتابهای فقهی	۴۶۶	الف) تحریر محل نزاع

۴۹۷	نمایه‌ها	۴۹۲	د) کتاب‌های اصولی
۴۹۷	نمایهٔ آیات	۴۹۹	ه) سایر موارد
۴۹۹	نمایهٔ روایات	۴۹۳	۲. منابع فارسی
۵۰۴	نمایه موضوعات	۴۹۳	الف) کتاب‌ها
۵۰۶	نمایه مواد قانونی	۴۹۶	ب) مقالات، پایان‌نامه‌ها و جزوات

وَأَنْ أَحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ
وَأَخْذَرُهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ
تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ
وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ * أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ
يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ.
(مائده، ۴۹ و ۵۰)

پیشگفتار

در ترم اول تحصیل در مقطع کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، شور و شوق پژوهش و تحقیق مرا بر آن داشت تا به پیشنهاد یکی از دوستان فاضل و برای دو درس فقه جزایی و سمینار، پیرامون قواعد فقه جزایی مطالعه و تحقیق کنم. در نتیجه دو قاعده «ثبوت دیه در صورت انتفای قصاص» و «لزوم پرداخت دیه قبل از قصاص از سوی قصاص‌کننده در موارد لازم» نوشته شد. چندی بعد، به هنگام تدریس قواعد فقه (۲) در مقطع کارشناسی، که در موضوع قواعد فقه جزایی است، این حقیقت بیشتر روشن شد که در زمینه قواعد فقه جزایی که به حدود، قصاص، دیات و تعزیرات اختصاص داشته باشد و به تعبیر دیگر قواعد جزای عمومی نباشد، کاری صورت نگرفته و تنها یکی دو قاعده همچون قاعده درأ به صورت مقاله ارائه شده است. به همین جهت هنگام نگارش پایان‌نامه کارشناسی ارشد، به مناسبتی قاعده «التعزیر لکل حرام» را نوشتم. کم‌کم این اندیشه که خود دست به کار تألیف کتابی در این زمینه شوم به ذهن خطور کرد. پس از چندی و به مناسبتی با دبیر وقت گروه حقوق پژوهشگاه حوزه و دانشگاه در این باره مشورت کردم. وی با استقبال از این کار، پیشنهاد ارائه طرح‌نامه را به پژوهشگاه داد. طرح‌نامه تهیه و در گروه حقوق مطرح شد و به تصویب رسید. در ابتدا کار بسیار سخت جلوه می‌کرد و سخت هم بود؛ این سؤال‌ها پیش می‌آمد که کدام یک از احکام ابواب حدود، قصاص، دیات و تعزیرات قاعده‌اند؟ این قواعد چگونه تبیین و نوشته شوند، به گونه‌ای که شیوه ورود و خروج مباحث در همه آنها یکسان باشد؟ و آیا آنقدر می‌توان پیرامون آنها بحث کرد که در شأن یک قاعده فقهی باشد؟ بحمد الله، خداوند منان دستگیری نمود و کار اندک‌اندک به انجام رسید و در برخی

دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزشی حوزه تدریس شد. اینک آنچه پیش‌روی شماست حاصل بیش از سه سال تلاش است و از آنجا که هر محصول بشری و به ویژه هر کار جدید نواقص و اشتباهاتی دارد، این نگاره نیز مستثنا نیست؛ اما امیدوارم خوانندگان ارجمند به دیده اغماض نگریسته و پیشنهادهای و انتقادهای خود را به اطلاع نویسنده برسانند، تا در چاپ‌های بعد کاری پیراسته‌تر تقدیم شود.

در پایان با سپاس از خداوند متعال که توفیق نگارش این کتاب را به این بنده عطا کرد، تقدیر و تشکر خویش را از همه عزیزانی که به نوعی مرا یاری کرده‌اند اعلام می‌نمایم: از صاحبان کتاب‌ها و مقالاتی که از فکرشان بهره برده‌ام؛ حجة الاسلام والمسلمین استاد علیرضا اعرافی، ریاست پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، حجة الاسلام والمسلمین ملک افضلی، دبیر وقت گروه حقوق پژوهشگاه، حجة الاسلام دکتر حکیمیان، مدیر فعلی گروه حقوق پژوهشگاه، همچنین از شورای علمی گروه حقوق و کارمندان پژوهشگاه که امر هماهنگی، حروفچینی، ویراستاری و... را بر عهده داشتند تشکر می‌نمایم. از آقایان، حجج اسلام: استاد ابوالقاسم علیدوست، استاد محمد سروش محلاتی، دکتر عبدالعلی توجّهی و دکتر جلال‌الدین قیاسی که با ارزیابی این پژوهش و بیان پیشنهادهای و انتقادهای دقیق بر غنای کتاب افزودند نیز تشکر ویژه می‌نمایم.

و ما توفیقی الا بالله علیه توکلت و الیه انیب

احمد حاجی ده‌آبادی

بهار ۱۳۸۷

تبیین مفهوم و اقسام قاعده فقهی و مقایسه آن با مفاهیم مشابه

مقدمه کتاب به چهار گفتار اختصاص یافته است: گفتار اول به تبیین مفهوم قاعده فقهی می‌پردازد. در گفتار دوم میان قاعده فقهی با مفاهیم مشابه مقایسه خواهد شد. گفتار سوم، به حکم شرعی و اقسام آن^۱ اختصاص دارد و در گفتار چهارم به اقسام قواعد فقهی اشاره خواهد شد.

گفتار اول: تبیین مفهوم قاعده فقهی

برای دانستن معنا و مفهوم «قاعده فقهی» نخست بیان مفهوم دو واژه «قاعده» و «فقه» لازم است تا پس از آن مفهوم عبارت «قاعده فقهی» دانسته شود.

الف) قاعده

واژه قاعده دارای دو معناست؛ معنای لغوی و معنای اصطلاحی.

اول: معنای لغوی قاعده

قاعده در لغت به معنای پایه و اساس است.^۲ قواعد خانه پایه‌های آن هستند^۳ و قاعده مثلث به آن ضلعی گفته می‌شود که پایه مثلث بوده، مثلث بر آن استوار است.

۱. بحث پیرامون حکم شرعی و اقسام آن بدان جهت است که اولاً یکی از اوصاف قاعده فقهی - چنان‌که خواهیم دید - حکم شرعی بودن آن است؛ در نتیجه، مناسب است که پیرامون این وصف بحثی داشته باشیم. ثانیاً در عناوین سرفصل‌های درس قواعد فقه که از سوی وزارت علوم و تحقیقات و فناوری تدوین شده است، بحث از حکم شرعی و اقسام آن یکی از مباحث مقدماتی شناخته شده است.

۲. ابن منظور؛ لسان العرب؛ ج ۱۱، ص ۲۳۹.

۳. همان‌جا؛ فراهیدی؛ العین؛ ج ۱، ص ۱۴۳؛ جوهری؛ الصحاح؛ ج ۲، ص ۵۲۵.

دوم: معنای اصطلاحی قاعده

قاعده در اصطلاح - که مترادف اصل، ضابطه و قانون است - به حکم کلی منطبق بر جزئیات گفته می‌شود.^۱ بخشی از هر دانش را قواعد آن تشکیل می‌دهد؛ برای مثال در علم نحو حکم‌های «کُلّ فاعلٍ مرفوع» و «کُلّ مفعولٍ منصوب» از زمره قواعد آن علم است. در هندسه نیز گزاره «مجموع زوایای یک مثلث برابر با ۱۸۰ درجه است» یا «دو خط موازی هیچ‌گاه یکدیگر را قطع نمی‌کنند» از قواعد آن به شمار می‌رود.

ب) فقه

واژه فقه نیز دارای دو معنای لغوی و اصطلاحی است.

اول: معنای لغوی فقه

در لغت، فقه به معنای فهمیدن و دانستن هر چیزی است. در آیاتی از قرآن مجید نیز فقه در همین معنی به کار رفته است:

وَأَحْلُلْ عُقْدَةً مِّن لِّسَانِي يَتَفَقَّهُوا قَوْلِي^۲؛ و گره از زبان من بگشای تا گفتار مرا بفهمند.
وَإِنْ مِّن شَيْءٍ إِلَّا يُسَبِّحُ بِحَمْدِهِ وَلَكِنْ لَّا تَفْقَهُونَ تَسْبِيحَهُمْ^۳؛ و هیچ موجودی نیست جز آنکه او را به پاکی می‌ستاید ولی شما ذکر و تسبیحشان را نمی‌فهمید.
با ظهور و گسترش اسلام، واژه فقه اندک‌اندک به معنای فهم و دانستن خاص به کار گرفته شد؛ آن معنا، فهم و شناخت دین و بصیرت در آن، اعم از اصول و فروع است.^۴ برای مثال، در احادیث ذیل واژه فقه به همین معنی به کار رفته است؛ امام صادق (ع) می‌فرماید:
لَوَدِدْتُ أَنَّ أَصْحَابِي ضَرَبَتْ رُؤُوسَهُمْ بِالسَّيَاطِ حَتَّى يَتَفَقَّهُوا.^۵
و امام رضا (ع) نیز بردباری و سکوت را از نشانه‌های فقه بیان می‌دارد:
إِنَّ مِّنْ عَلَامَاتِ الْفَقْهِ الْحِلْمَ وَالصَّمْتَ.^۶

۱. واژه «قاعده» در المنجد چنین تعریف شده است: «و فی الاصطلاح تطلق علی الاصل و القانون و الضابط و تعرف بانها امر کلی ینطبق علی جمیع جزئیاته» (المنجد؛ ص ۶۴۳). به نظر می‌رسد واژه «جمیع» در این تعریف زائد است؛ زیرا در قاعده، انطباق بر همه جزئیات، الزام‌آور نیست و گرنه بحث از استثنائات در هر قاعده، غیرممکن است.
۲. طه، ۲۷ و ۲۸.

۳. اسراء، ۴۴. نیز آیات ۶۵ و ۹۸ انعام و ۱۷۹ اعراف را می‌توان مثال زد.

۴. جوهری این سیر را چنین بیان کرده است: «الفقه الفهم... ثم خص به علم الشریعة، و العالم به فقیه...» (الصحاح؛ ج ۶، ص ۲۲۴۳).
۵. کلینی؛ اصول کافی؛ ج ۱، ص ۳۶.

۶. همان؛ ص ۴۵.

بدیهی است حلم و سکوت از نشانه‌های کسی است که در دین بصیرت یافته، مبدأ و معاد را شناخته و از دیگر تعالیم دینی با اطلاع است.^۱

دوم: معنای اصطلاحی فقه

با تأمل در استفاده از واژه فقه در کاربردهای امروزی، می‌توان گفت این واژه در معنایی محدودتر از معانی پیشین خود - مطلق فهمیدن و فهم و بصیرت در دین - به کار می‌رود. به طور اجمال باید گفت: فقه امروز، به معنای فهم احکام فرعی دین است؛ احکامی همچون نماز و روزه و زکات و...؛ اما به طور دقیق‌تر باید گفت فقه اصطلاحی در دو معنا به کار می‌رود؛ نخست به معنای علم به مجموعه احکام شرعی است که از راه ادله تفصیلی به دست می‌آید و واژه فقیه نیز به همین معناست؛ یعنی فقیه کسی است که احکام شرعی را از راه ادله تفصیلی به دست آورده است و می‌تواند برای یکایک آنها، مستند یا مستندات را از شرع بیاورد. دوم اینکه گاه واژه فقه بر خود مجموعه احکام شرعی اطلاق می‌شود؛ برای مثال وقتی گفته می‌شود: «قوانین باید مطابق فقه باشد» یا «فقه اسلامی چنین می‌گوید» و یا «فلان شخص عالم به فقه است و دیگری از فقه اطلاعی ندارد»... فقه به معنای مجموعه احکام فرعی شرعی است، نه به معنای «علم به مجموعه احکام شرعی». در این بحث فقه به معنای دوم است.

ج) قاعده فقهی

با دانستن معنای «قاعده» و «فقه»، و نیز اضافه کردن معنای اصطلاحی «قاعده» به معنای اصطلاحی «فقه»، معنای «قاعده فقهی» روشن می‌شود. قاعده فقهی، آن حکم کلی شرعی است که موارد و مصادیقی دارد و بر آنها منطبق است. همچنین قاعده فقهی فرمول کلی

۱. مآصدرا در شرح اصول کافی، ذیل این حدیث می‌گوید: «و اگر معنی فقه و منظور از آن، اطلاع بر فتاوی غریبه و استحضار اقوال مختلفه می‌بود، به این شرح و تفسیر نیازی نمی‌افتاد». به نقل از شهابی؛ ادوار فقه؛ ج ۱، ص ۳۴ و ۳۵. گفتنی است که خلیل بن احمد، به اشاره می‌گوید: فقه به معنای علم دین و فقه به معنای فهم و دانش از یک مصدر و یک باب نیستند: «الفقه العلم فی الدین. يقال فقه الرجل يفقه فقهاً فهو فقيه و فقه يفقه فقهاً اذا فهم» (العین؛ ج ۳، ص ۳۷۰)؛ فقه به معنای علم دین از باب فَعَلَ یَفْعُلُ است و فقه به معنای فهمیدن از باب فَعَلَ یَفْعُلُ. طریحی این را نمی‌پذیرد و می‌گوید: «يقال فقه الرجل بالكسر يفقه فقهاً من باب تعب، اذا علم و فقه بالضم مثله و قيل الضم اذا صار الفقه له سجية» (مجمع البحرین؛ ج ۶، ص ۳۵۵).

احکام شرعی است؛ بنا بر این، می‌توان گفت قاعده فقهی دو ویژگی دارد: یکی اینکه قاعده است، یعنی حکمی کلی است و عمومیت دارد و مخصوص به یک مورد نیست.^۱ دیگر اینکه شرعی است، یعنی شارع مقدس آن را بیان داشته است. پس آنچه که شارع مقدس وضع نکرده، یا آنچه را وضع کرده ولی جزئی است، قاعده فقهی نامیده نمی‌شود.

برای نمونه اصل لزوم معاملات، یک قاعده فقهی است که بر اساس آن، هر معامله‌ای لازم و غیرقابل فسخ است، مگر اینکه طرفین، برای خود حق فسخ قرار داده باشند. این اصل، از یک سو حکم کلی است و در مورد بیع، اجاره، مزارعه و... اعمال می‌شود و از سوی دیگر شرعی است،^۲ پس یک قاعده فقهی است.

گفتیم قاعده فقهی فرمول احکام شرعی است. مثلاً برای مواد ۹۰، ۱۲۲، ۴، ۵۱۳۱ و ۱۵۷...ق.م.ا. که همه احکامی شرعی‌اند، می‌توان این حکم کلی را ارائه نمود که: «هرگاه کسی سه‌بار مرتکب جرم حدی یکسانی شود و هر بار بر او حد جاری شود در مرتبه چهارم کشته می‌شود.» این یک قاعده فقهی است.

برای قاعده فقهی تعریف‌های گوناگونی بیان شده است که به برخی از آنها اشاره می‌شود:

۱. «قاعده فقهی فرمولی بسیار کلی است که منشأ استنباط احکام محدودتر واقع می‌شود و اختصاص به یک مورد خاص ندارد، بلکه مبنای احکام مختلف و متعدد قرار می‌گیرد».^۳
- این تعریف در مورد همه قواعد فقهی صادق نیست. زیرا برخی قواعد فقهی منشأ استنباط احکام جزئی نبوده، بلکه احکام جزئی متعددی را دربردارند و بر آنها منطبق‌اند.^۴
- بدیهی است «انطباق» امری جدا از «استنباط» است.

۱. در ادامه مباحث و در بحث مقایسه قاعده فقهی و مسئله و ضابطه فقهی، کلی بودن قواعد فقهی بیشتر روشن می‌شود.

۲. زیرا خداوند متعال می‌فرماید: «يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده، ۱).

۳. ماده ۹۰: هرگاه زن یا مردی چندبار زنا کند و بعد از هر بار حد بر او جاری شود در مرتبه چهارم کشته می‌شود.

۴. ماده ۱۲۲: اگر تفخیز و نظایر آن سه‌بار تکرار و بعد از هر بار حد جاری شود، در مرتبه چهارم، حد آن قتل است.

۵. ماده ۱۳۱: هرگاه مساحقه سه‌بار تکرار شود و بعد از هر بار حد جاری گردد در مرتبه چهارم، حد آن قتل است.

۶. ماده ۱۵۷: هرگاه کسی چند بار اشخاص را قذف کند و بعد از هر بار حد بر او جاری شود، در مرتبه چهارم کشته می‌شود. ۷. محقق داماد؛ قواعد فقه، بخش مدنی ۲؛ ص ۲۱.

۸. مرحوم آیت‌الله خویی در این زمینه می‌گویند: «انها قواعد تقع فی طریق استفاده الاحکام الشرعیة الالهية و لایکون ذلک من باب الاستنباط و التوسیط، بل من باب التطبيق» (فیاض؛ محضرات؛ ج ۱، ص ۸).

۲. «قاعده فقهی، حکم فقهی کلی عامی است که به باب معینی از فقه اختصاص ندارد، بلکه یا شامل همه ابواب فقه می‌شود، مثل قاعده حجّیت بینه، یا شامل اکثر ابواب فقه می‌شود مثل اصل لزوم در معاملات، و یا شامل مسائل زیادی از یک کتاب فقه است مثل قاعده البینه علی المدّعی و الیمین علی من انکر در باب قضا».^۱

این تعریف اختلاف قواعد فقهی را از نظر دامنه کاربرد آنها نشان می‌دهد و در مجموع تعریف مناسبی است.

باید دانست ارائه یک تعریف جامع از قاعده فقهی، که همه قواعد فقهی را دربرگیرد و با همه مبانی و نظریات منطبق باشد، کاری دشوار و چه بسا ناممکن باشد. برای مثال، بیشتر فقها قاعده «لاضرر» را یک قاعده فقهی می‌دانند،^۲ اما در اینکه مفاد آن چیست اختلاف نظر دارند. براساس برخی مبانی، مفاد «لاضرر» جعل حکم شرعی نیست، بلکه نفی حکم و محدود کردن وضع شرعی و یا جلوگیری از وضع حکم شرعی است. به سخن دیگر، «لاضرر» می‌گوید وجوب وضو هنگامی که وضو گرفتن زیان دارد، جعل و وضع نشده است. حال اگر قاعده فقهی را «حکم شرعی کلی» تعریف کنیم، این تعریف شامل «لاضرر» بر مبنای یاد شده نمی‌شود. چون «لاضرر» نفی حکم شرعی است و نه حکم شرعی به نفی ضرر. از این رو، ارائه تعریفی که با همه مبانی سازگار باشد، دشوار است.^۳

در پایان این گفتار باید یادآور شویم که با همه اختلافاتی که در تعریف قاعده فقهی وجود دارد، این قطعی است که اوصاف قاعده فقهی دو چیز است: کلی بودن و شرعی بودن؛ یعنی قاعده فقهی، حکم کلی شرعی است؛ بنا بر این، برخی قضایا که به نام قاعده فقهی در برخی کتاب‌های مربوط بدین موضوع به نگارش درآمده، در واقع قاعده فقهی نیست. برای مثال قاعده «تسامح در ادله سنن»، قاعده «الامتناع بالاختیار لا ینافی الاختیار»، قاعده «کل من لم یبأشر القتل لم یقتص منه»، قاعده «کل من مرّ بمیقاةٍ وجب علیه الاحرام»، قاعده «کل واجب بالعنوان الأوّلی یتقدم علی الواجب بالعنوان الثانی»، قاعده «لا مسامحة فی

۱. مکارم شیرازی؛ القواعد الفقهية؛ ج ۲، ص ۱۲.

۲. شهید صدر لاضرر را قاعده فقهی نمی‌داند. ر.ک: شاهرودی؛ مباحث الدلیل اللفظی؛ ج ۱، ص ۲۴.

۳. استاد علی‌دوست با توجه به این مسائل، تعریف زیر را پیشنهاد می‌دهند: «قاعده فقهیه عبارت است از «ماکان المحمول فیها حکماً فقهیاً عاماً (او منتزعاً منه) او کان من الفقه (و ان لم یکن حکماً) و کان تحتها مسائل». پس «لاتعاد» را می‌گیرد که محمول حکم فقهی است و «حجّیت بینه» را می‌گیرد که - علی بعض المبانی - منتزع از حکم فقهی است، «لاضرر» را هم - بر مبنای شیخ - می‌گیرد که محمول «رفع الحکم» است و رفع الحکم بر مبنایی که ما در فقه برگزیدیم، فقه است ولو حکم نیست» (برگرفته از درس خارج استاد علی‌دوست).

التحديدات»، قاعده «المجالس بالامانة»، قاعده «الملازمة بين حكم العقل و حكم الشرع»، قاعده «الممنوع الشرعى كالممتنع العقلى» و قاعده «الوقوف عند الشبهة خير من الاقتحام فى الهلكة» در برخى كتابها^۱ به عنوان قاعده فقهى مطرح شده است.

بدیهى است برخى از این احکام (قاعده تسامح در ادله سنن)، حکم شرعى نیست و برخى (کل من مرّ بمیقات وجب علیه الاحرام) گرچه حکم شرعى اند ولی کلی نیست، یعنى قاعده نیست.

البته این اشکال بر بعضى از افراد مانند شهید اول در کتاب القواعد والفوائد، که پاره‌ای قواعد اصولی و گاه ادبى را مطرح کرده‌اند وارد نیست؛ زیرا موضوع کتاب خود را نگارش قواعد به طور کلی و نه خصوص قواعد فقهى قرار داده‌اند و خود به این نکته نیز تصریح کرده‌اند.^۲

گفتار دوم: مقایسه قاعده فقهى با مفاهیم مشابه

در این گفتار به تفاوت قاعده فقهى با قاعده اصولی و نیز تفاوت قاعده فقهى و مسئله فقهى و تفاوت قاعده فقهى و ضابطه فقهى می‌پردازیم.

الف) قاعده فقهى و قاعده (مسئله) اصولی^۳

برای فهم تفاوت قاعده فقهى و قاعده اصولی لازم است علم اصول فقه تعریف شود.^۴ اصول فقه دانش فراگیرى روش استنباط احکام شرعى است. به سخن دیگر مجموعه قواعدى که برای روش استنباط و استخراج احکام شرعى از منابع معتبر فراهم آمده، اصول فقه نامیده می‌شود. برای مثال می‌توان برخى قواعد اصولی را چنین برشمرد: «الفاظ همیشه بر معنای

۱. مصطفوی؛ القواعد (مائة قاعدة فقهية، معناً و مدرکاً و مورداً).

۲. شهید اول در اجازه خود به ابن‌خازن، کتاب خود را چنین معرفی می‌کند: «فمما صَنَفَه کتابُ القواعد والفوائد فی الفقه مختصر یشتمل علی ضوابط کلیّة، اصولیّه و فرعیّة تستنبط منها احکام شرعیة لم یعمل الاصحاحُ مثله: یکی از مصنفات محمد بن مکی، کتاب القواعد والفوائد فی الفقه است. کتابی است مختصر [اما] مشتمل بر ضوابط کلی، اصولی و فقهی که احکام شرعی از آنها به دست می‌آید و اصحاب امامیه کتابی همانند آن را تألیف نکرده‌اند» (ر.ک: خوانساری؛ روضت الجنّات؛ ج ۷، ص ۱۰).

۳. از نتیجه مباحث اصولی گاه به «مسائل اصولی» و گاه به «قواعد اصولی» تعبیر می‌شود.

۴. در مورد تعریف اصول فقه، اختلاف نظر فراوانی است که در ابتدای کتاب‌های اصولی، به طور مفصل از آنها بحث شده است.

حقیقی‌شان حمل می‌شوند»، «امر، بر وجوب دلالت می‌کند»، «نهی، بر حرمت دلالت می‌کند»، «امر پس از نهی (حَظَر) بر وجوب دلالت ندارد، بلکه جایز بودن فعل را می‌رساند». پس از دانستن تعریف علم اصول و نمونه‌هایی از قواعد آن، به بیان تفاوت قواعد اصولی و قواعد فقهی می‌پردازیم.

۱. برخی قواعد اصولی حکم شرعی نیستند بلکه برای استنباط احکام شرعی به کار می‌روند، اما قواعد فقهی همه از زمره احکام شرعی‌اند.

۲. اصول و قواعد آن از جمله علوم آلی (ابزاری)‌اند؛ یعنی به خودی خود ارزش ندارند، اما فقه و قواعد آن از زمره علوم اصالی‌اند که به خودی خود ارزشمندند.

۳. قاعده اصولی جز برای اهل استنباط و اجتهاد، کاربرد ندارد و قابل‌القای به مقلدان نیست. فقیه نمی‌تواند به مقلد بگوید: «امر ظهور در وجوب دارد» و مقلد با گرفتن این قاعده سراغ آیات و روایات رفته، اوامر را بیابد و به خیال خود حکم شرعی را استنباط کند، زیرا دانستن نکته‌های دیگر در اینجا لازم است. چه بسا اوامری که از آنها استحباب فهمیده می‌شود، چه بسا اوامری که منسوخ گشته و عموم یا اطلاق آنها تخصیص یا تقیید خورده باشد. اما قواعد فقهی در صورتی که قیود و موضوع آن به درستی تبیین شود، می‌تواند به مقلدان القا و در رساله‌های عملیه نگاشته شود؛ از این رو می‌بینیم برخی قواعد فقهی در رساله‌های عملیه آمده است؛ مثل قاعده «بنا بر اکثر گذاشتن هنگام شک در رکعت‌های نماز»، قاعده «لا شک لکثیر الشک»، قاعده «امکان» و....

البته درباره اینکه آیا قاعده فقهی قابل‌القا شدن به مقلدین است یا نه اختلاف عقیده وجود دارد؛ برای مثال مرحوم میرزای نایینی عقیده دارد قاعده فقهی را می‌توان به مقلد و کسی که قدرت استنباط احکام شرعی را ندارد القا نمود.^۱ مرحوم آیت‌الله خویی در رد این عقیده می‌نویسد:

چه بسیارند قواعد فقهی و حتی مسائل فقهی که قابل‌القای به مقلد نیستند. مثل قاعده «ما یضمن و ما لایضمن»، قاعده «المؤمنون عند شروطهم»، قاعده «کل شرط مخالف للکتاب و السنة فهو باطل». چرا که تشخیص اینکه این شرط موافق کتاب یا سنت است چه بسا برای عامی آسان نیست.^۲

۱. مرحوم آیت‌الله بجنوردی نیز معتقد بود مقلد و مجتهد در قواعد فقهیه یکسان‌اند؛ گرچه بعضی مواقع تعیین موضوع تنها به وسیله مجتهد صورت می‌گیرد (ر.ک: بجنوردی؛ القواعد الفقهیه؛ ج ۱، ص ۴ و ۵).

۲. فیاض؛ محاضرات فی اصول الفقه؛ ج ۱، ص ۱۰ و ۱۱. نیز ر.ک: گرجی؛ مقالات حقوقی؛ ج ۲، ص ۲۳۵-۲۳۶.

با این توضیح شاید بتوان این دو نظر را جمع کرد و گفت: در صورتی قاعده فقهی قابل القای به مقلدان است که قیود و شرایط و موضوع آن به درستی تبیین شود و گرنه نمی‌توان آن را به مقلدان القا کرد. مرحوم نایینی می‌گوید: قاعده فقهی که نقطه تاریکی نداشته باشد، یعنی همه قیود و شرایط و موضوع آن به درستی تبیین شده باشد، قابل القا به مقلد است.^۱ برای مثال «من اتلف مال غیره فهو له ضامن» قابل القا نیست؛ اما «من اتلف مال غیره بلا اذن منه أو بغير حق فهو له ضامن بمثله أو بقيمته» قابل القا است.^۲

ب) قاعده فقهی و مسئله فقهی

مسئله فقهی، یک حکم شرعی در مورد خاص و جزئی است؛ یعنی هر حکم شرعی در واقع موضوع و محمولی دارد. برای مثال وقتی می‌گوییم نماز ظهر واجب است، این وجوب محمول حکم شرعی است و نماز ظهر موضوع آن است. حال اگر موضوع یک حکم شرعی در مقایسه با حکم شرعی مشابه دیگر، خاص و جزئی باشد، اولی را مسئله فقهی و دومی را قاعده فقهی می‌گویند. برای نمونه دو حکم شرعی زیر را در نظر بگیرید: «دیه از بین بردن دو چشم، دیه کامل است» و «دیه از بین بردن هر عضو دوتایی، دیه کامل است». بدیهی است موضوع گزاره دوم نسبت به گزاره اول کلی است.

اینکه می‌گوییم موضوع مسئله فقهی خاص و جزئی است، مراد جزئی اضافی است؛ در نتیجه ممکن است یک حکم شرعی هم مسئله باشد و هم قاعده؛ یعنی نسبت به افراد و مصادیق خودش، قاعده است و از طرفی چون خود جزئی از یک قاعده دیگر است، نسبت به آن قاعده، مسئله است. برای مثال این سه حکم شرعی را در نظر بگیرید: ۱. سرقت، با شهادت دو مرد عادل ثابت می‌شود؛ ۲. هر جرمی با شهادت دو مرد عادل ثابت می‌شود؛ ۳. هر موضوعی با شهادت دو مرد عادل ثابت می‌شود. حکم سوم بدون شک قاعده فقهی است. حکم دوم نسبت به سوم، مسئله و نسبت به حکم اول قاعده محسوب می‌شود. به همین جهت است که برخی اساتید در این زمینه نوشته‌اند:

کلیت و شمول، مثل جزئیت و عدم شمول، امری نسبی است و بدین جهت گاه مسئله‌ای نسبت به مسئله‌ای جزئی است و عنوان «مسئله فرعی» به خود می‌گیرد، اما در مقایسه با

۱. خویی؛ اجود التقريرات؛ ج ۲، ص ۳۴۵.

۲. این نکته از درس خارج اصول استاد علی‌دوست استفاده شده است.

مسئله‌ای دیگر، کلی است و عنوان «قاعده فقهی» را به آن می‌دهند. مثلاً گزاره «گوشت مشکوک حلال است» در سنجش با قضیه «هر مشکوکی حلال است» جزئی است، ولی در مقایسه با مسئله «گوشت اسب چون مشکوک است پس حلال می‌باشد» کلی و عام است.^۱ با وجود این به نظر می‌رسد پاره‌ای احکام شرعی که به عنوان قاعده فقهی مطرح شده‌اند، قاعده فقهی نیستند؛ احکامی همچون «الاجارة احد معایش العباد»، «الدَّيْنُ مَقْضِيٌّ»، «لا رهن الا مقبوضاً»، «الوصية حق على كل مسلم»، «تلف المبيع قبل القبض من مال بايعه»، «الصلح جائز بين المسلمين» و...^۲ بدیهی است گرچه ممکن است موارد انطباق خارجی این احکام متعدد باشد، اما این احکام، خود جامع مسائل دیگر نیستند و الا هر حکم شرعی همچون «نماز واجب است»، «عقد بیع صحیح است» و... به اعتبار موارد انطباق باید قاعده فقهی باشند.

ج) قاعده فقهی و ضابطه فقهی^۳

بر خلاف «قاعده فقهی» که اصطلاحی رایج و شناخته شده است، اصطلاح «ضابطه فقهی» یا «ضابط فقهی» چندان رایج نیست؛ گرچه این اصطلاح در نوشته‌های برخی فقهای گذشته و به ویژه اهل سنت زیاد دیده می‌شود، اما در بسیاری نوشته‌ها اثری از این واژه دیده نمی‌شود و گاه به صورت مترادف با «قاعده فقهی» به کار رفته است.^۴ به هر حال ضابطه فقهی به قاعده کلی که در یک باب جریان داشته و مسائل مختلف آن را در بر دارد تعریف شده است. ابن نجیم در بیان تفاوت میان ضابط فقهی و قاعده فقهی عقیده دارد: «قاعده شامل فروعی از ابواب گوناگون است، اما ضابط فقهی، جامع فروع مختص به یک باب است».^۵

این تفاوت نقد شده است چراکه در صورتی این تفاوت صحیح است که در قاعده فقهی شرط شده باشد که باید در بیش از یک باب باید جریان داشته باشد در حالی که چنین

۱. علیدوست؛ «امام علی علیه السلام و فقه»، دانشنامه امام علی علیه السلام؛ ج ۵، ص ۱۴.

۲. این احکام در مجموعه هفت جلدی القواعد الفقهية مرحوم آیت الله بجنوردی و برخی کتاب‌های دیگر به عنوان قاعده فقهی مطرح شده‌اند.

۳. برای این بحث ر.ک: محقق داماد؛ قواعد فقه، بخش مدنی ۲؛ ص ۲۲-۲۴؛ الباحسین؛ القواعد الفقهية؛ ص ۵۹-۶۷.

۴. الباحسین؛ القواعد الفقهية؛ ص ۵۸ و ۶۷.

۵. ابن نجیم؛ الاشباه والنظائر؛ ص ۱۹۲ به نقل از محقق داماد؛ قواعد فقه، بخش مدنی ۲؛ ص ۲۳.

شرطی در قاعده فقهی وجود ندارد؛ از این رو بسیاری از قواعد فقهی تنها در یک باب جریان دارند.^۱ به همین علت اصطلاح «ضابط فقهی» در کتب بسیاری متروک و مهجور مانده و در صورت به کار رفتن با واژه «قاعده فقهی» مترادف شده است.

با توجه به اینکه هیچ کدام از واژه های قاعده فقهی و ضابطه فقهی در لسان آیات و روایات به کار نرفته، به نظر می رسد بحث گسترده از تفاوت این دو و معنای دقیق آنها، کاری بیهوده باشد و به ذوق و سلیقه گوینده و نویسنده و به دیگر سخن به جعل و اعتبار اشخاص بستگی دارد. به همین دلیل احکام شرعی کلی که در پی می آید، در برخی کتابها قاعده فقهی تلقی شده اند با اینکه به یک باب اختصاص دارند؛ مثل: «لاتعاد الصلاة الا عن خمس»، «کل دم یمكن ان یكون حیضاً فهو حیض»، «لا شک للامام و المأموم مع حفظ الاخر»، «حجبة الظن فی الصلاة»، «تلف المبیع قبل القبض من مال بايعه»، «عدم ضمان امین»، «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»، «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها»، «الولد للفراش و للعاهر الحجر»، «کل کافر نجس کتابیاً او غیره»، «کل مسکر مایع بالاصالة فهو نجس»، «کل ما یصح اعارته یصح اجارته»، «لا ربا الا فی ما یکال او یوزن»، «الصلح جائز بین المسلمین»، «لارهن الا مقبوضاً»، «الزعم غارم»، «الشفعة جائزة فی کل شیء»، «الوصية حق علی کل مسلم»، «لا ضمان علی المستعیر»، «الاجارة احد معایش العباد» و «الدین مقضی».^۲

گرچه به علت جزئی بودن برخی از احکام یاد شده^۳ در صدق قاعده فقهی بر آنها جای بسی تردید و تأمل است، اما به هر حال این مجموعه احکام این نکته را آشکار می سازد که هیچ الزامی وجود ندارد که قاعده فقهی باید در بیش از یک باب فقه جریان داشته باشد. در این کتاب قاعده فقهی شامل ضابطه فقهی است و به همین دلیل از قواعدی بحث می شود که تنها در باب حدود یا تعزیرات یا قصاص و یا دیات جریان دارند.

البته با دقت در آنچه گذشتگان به آن «ضابطه فقهی» می گفتند و مقایسه آن با آنچه به نام «قاعده فقهی» شناخته می شود، شاید بتوان گفت تفاوت میان این دو آن نیست که ضابط فقهی برخلاف قاعده فقهی اختصاص به یک باب دارد؛ بلکه قاعده فقهی دربردارنده مسائل متعدد است، هر چند مسائل متعدد یک باب باشند؛ از این روست که مرحوم نایینی از قاعده فقهی به «مجمع مسائل متعدد»^۴ تعبیر می کند و می فرماید: «قاعده فقهی دربردارنده

۱. فاضل لنکرانی؛ القواعد الفقهية؛ ص ۱۱.

۲. برای کل این قواعد ر.ک: بجنوردی؛ القواعد الفقهية؛ ج ۱ تا ج ۷.

۳. احکامی مثل «الدین مقضی» و «الاجارة احد معایش العباد» و «لارهن الا مقبوضاً» قابل اشاره اند.

۴. خویی؛ اجود التقريرات؛ ج ۲، ص ۳۴۴.

برخی افعال و موضوعات گوناگون است که همگی آنها را عنوان حکم قاعده فقهی در بر دارد.^۱ بر این پایه گزاره «التعزیر لکل حرام» بدان جهت که می‌تواند شامل حرام‌های بسیاری همچون صغیره و کبیره، حرام شرعی و حرام حکومتی و ترک واجب و انجام محرم و... شود یک قاعده فقهی است. بنا بر این، قاعده فقهی هم می‌تواند در یک باب حاکم باشد و هم در بیش از یک باب، اما ضابطه فقهی گرچه اختصاص به یک باب دارد، اما در بر دارنده مسائل متعدد نیست، بلکه مقیاس و میزان و یا شرایطی کلی برخی موضوعات یک باب را بیان می‌کند. برای مثال شهید اول می‌نویسد: «ضابط ما یشرط فی امام الصلاة کماله و ایمانه و عدالته و طهاره مولده»^۲ و «ضابط النذر ان یکون طاعة لله مقدوراً للناذر».^۳ مرحوم سیوری نیز ضابط قتل عمد را قصد فعل به ضمیمه قصد قتل می‌داند.^۴ بدیهی است این گزاره‌ها شامل امور مختلف و متعدد نیست و شاید به همین علت است که تعداد قواعد فقهی از ضوابط فقهی کمتر است.

گفتار سوم: حکم شرعی و اقسام آن

در این گفتار ابتدا مفهوم حکم شرعی و سپس اقسام حکم شرعی بیان می‌شود.

الف) مفهوم حکم شرعی

در تعریف قاعده فقهی و مسئله فقهی از واژه «حکم شرعی» استفاده شد. سؤال این است که حکم شرعی چیست؟ در پاسخ باید گفت: برای حکم شرعی تعریف‌های گوناگونی ارائه شده است^۵ که به برخی از آنها اشاره می‌شود. در کتاب ترمینولوژی حقوق آمده است: هر

۱. کاظمینی؛ فوائد الاصول؛ ج ۴، ص ۳۱۰: «كان [القاعدة الفقهية] حاویاً لعدة من الافعال و الموضوعات المتفرقة التي

یجمعها عنوان الحكم الحاوی لها».

۲. مکی (شهید اول)؛ القواعد و الفوائد؛ ج ۲، ص ۲۲۱.

۳. همان؛ ص ۲۰۹.

۴. سیوری حلی؛ نضد القواعد الفقهية؛ ص ۴۷۵.

۵. برخی حکم شرعی را خطاب شرع می‌دانند. مثلاً شهید اول می‌نویسد: «الحکم خطاب الشرع المتعلق بافعال المكلفين بالاقتضاء او التخییر وزاد بعضهم او الوضع والوضع هو الحكم على الشيء بكونه سبباً أو شرطاً أو مانعاً» (القواعد والفوائد؛ ج ۱، ص ۳۹). شهید ثانی نیز با اضافه کردن مدلول خطاب می‌نویسد: «الحکم الشرعی خطاب الله او مدلول خطابه المتعلق بافعال المكلفين بالاقتضاء أو التخییر وزاد بعضهم او الوضع» (تمهید القواعد؛ ص ۲). اما از آنجا که حکم شرعی خود خطاب الهی نیست بلکه تنها مفاد آن است دیگران چنین تعریف کرده‌اند: «الحکم الشرعی من سنخ الافعال الاختیاری الصادر من الشارع و ليس هو عبارة عن الارادة و الکراهة او الرضا او الغضب، فانها من مبادئ الاحکام تعرض للنفس بغير اختیار و ليست من سنخ الافعال الاختیاریة، فالحکم عبارة عن اعتبار نفسانی من المولی و بالانشاء یبرز هذا الاعتبار النفسانی» (بهسودی؛ مصباح الاصول؛ ج ۳، ص ۷۷).

قانونی که واضع آن خداوند بوده و به وسیله رسول (خدا) ﷺ ابلاغ و اعلام شود، حکم شرعی نامیده می‌شود.^۱

شهید صدر در تعریف حکم شرعی می‌نویسد: به هر قانونی که از جانب خداوند برای تنظیم حیات انسان صادر شده، حکم شرعی گویند.^۲

اگر بخواهیم تعریفی جامع از حکم شرعی ارائه دهیم که دربرگیرنده همه انواع و اقسام آن باشد، باید بگوییم: «هر قانونی که خداوند متعال آن را وضع یا تأیید کرده، یا از دیگر احکام شرعی منتزع شود،^۳ حکم شرعی نامیده می‌شود.» در این تعریف واژه قانون به کار رفته است و قانون چند ویژگی دارد: یکی کلی بودن یا عمومیت افرادی آن است، دیگری ضمانت اجرای آن است که در آن اختلاف عقیده وجود دارد. مهم این است که حکم شرعی را چه سان تعریف کنیم که شامل مخترعات شرعی، مثل روزه و نماز نشود. این کار با آوردن واژه قانون در تعریف شدنی است که در این صورت، حکم شرعی این امور را شامل نمی‌شود.

ب) اقسام حکم شرعی

حکم شرعی تقسیمات بسیاری دارد^۴ که در اینجا دو نمونه از آنها اشاره می‌شود.

اول: حکم وضعی و حکم تکلیفی

با مقایسه برخی احکام شرعی با هم درمی‌یابیم که پاره‌ای از آنها به اعمال انسان‌ها و انجام دادن و ندادن عمل می‌پردازند؛ مثل وجوب نماز خواندن، حرمت شراب خوردن، استحباب اذان و اقامه گفتن...؛ در این گروه احکام، شارع انجام یا ترک کاری را از ما می‌خواهد یا اینکه بیان می‌دارد که انجام دادن و ندادن آن کار در نظر او یکسان است. اما برخی دیگر از احکام شرعی یا به طور کلی در مورد اعمال انسان‌ها نیستند؛ مثل نجاست و طهارت و زوجیت و ملکیت و رقیّت و حرّیت و یا اگر هم مربوط به اعمال‌اند، ویژگی و خصوصیات اعمال را بیان می‌کنند؛ مثل صحت، بطلان، مانعیت، شرطیت، جزئیت. گروه اول را احکام تکلیفی و گروه

۱. جعفری لنگرودی؛ ترمینولوژی حقوق؛ ص ۲۴۵. ۲. صدر؛ دروس فی علم الاصول؛ حلقه ۲، ص ۲۴.

۳. این قید برای آن آورده شده است تا تعریف مزبور برخی احکام وضعی را که مستقیماً جعل نشده‌اند بلکه از احکام تکلیفی منتزع‌اند، دربرگیرد.

۴. همچون تکلیفی و وضعی، تأسیسی و امضائی، ارشادی و مولوی، واقعی و ظاهری، اولی و ثانوی، الهی و ولائی (حکومتی).