

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؛ ۱۳۸۸. حقوق؛ ۱۲)

ISBN: 978-964-7788-89-2

بها: ۵۰۰۰۰ 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

BP ۱۹۵/ح۷ق۹ ۱۳۸۷

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: ۸۹۰۰۰ 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 اُسکو، 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 درُأ 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 نمی‌شود (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	نمایه‌ها
-----	----------

فهرست مطالب

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

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

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

۲۰۸	هـ) الحاق علم قاضی به اقرار یا بیّنه	فصل پنجم: قاعده عدم سقوط حدّ با توبه پس از
۲۰۹	و) این قاعده و سایر مجازات‌ها	شهادت شهود
۲۰۹	ز) این قاعده و قانون مجازات اسلامی	گفتار اول: ادله عدم سقوط حد با توبه بعد از بیّنه و لزوم
۲۱۰	ح) این قاعده و نظام قضائی ایران	اجرای آن
		الف) روایات
		ب) اطلاقی ادله حدود
		ج) استصحاب
۲۱۲	حدّ، جز در مورد حدّ رجم	گفتار دوم: ادله اختیار امام در عفو یا اجرای حدّ با توبه پس از
۲۱۲	گفتار اول: مستندات قاعده	بیّنه
۲۱۳	الف) صحیحه اوّل حلبی	گفتار سوم: نقد و بررسی ادله
۲۱۳	ب) صحیحه دوّم حلبی	الف) نقد ادلّه قول اختیار امام در عفو یا اجرای
۲۱۴	ج) صحیحه محمد بن مسلم	حدّ
۲۱۴	گفتار دوم: نکاتی پیرامون قاعده	ب) بررسی ادله قول عدم سقوط حدّ
	الف) مجاز بودن یا نبودن اعمال مجازات دیگر پس از	ج) نتیجه
	انکار اقرار به زنا موجب رجم	
	ب) عدم نیاز به قسم منکر مبنی بر بی‌گناهی برای	
	سقوط رجم	
	ج) الحاق و عدم الحاق حدّ قتل به حدّ رجم	فصل ششم: قاعده اختیار امام در عفو اقرارکننده به
	د) وضعیت انکار پس از اقرار به حد سرقت	حدّ
	هـ) این قاعده و سایر مجازات‌ها	گفتار اول: مستندات قاعده اختیار امام
	و) این قاعده و قانون مجازات اسلامی	الف) معتبره طلحه (مرسله برقی)
		ب) صحیحه ضریس کناسی
		ج) معتبره طلحه بن زید
		د) حدیث تحف العقول
		هـ) صحیحه مالک بن عطیه
۲۲۴	جنون و لزوم اجرای حدّ در حال جنون	گفتار دوم: برخی نکات پیرامون قاعده
۲۲۵	گفتار اول: بررسی مستندات قاعده	الف) شرط بودن یا شرط نبودن توبه اقرارکننده
۲۲۵	الف) مستندات قاعده	ب) مقصود از «امام»؛ خصوص معصوم <small>عَلَيْهِ السَّلَامُ</small> یا اعمّ از
۲۲۶	ب) نقد مخالفان بر این ادلّه	او؟
۲۲۸	ج) پاسخ موافقان قاعده	ج) جواز عفو قسمتی از حدّ و یا تبدیل آن به
۲۳۰	د) جمع‌بندی و ارزیابی ادلّه	تعزیر
۲۳۱	گفتار دوم: برخی نکات قاعده	د) قلمرو قاعده (حدهای مشمول قاعده)
۲۳۱	الف) جنون؛ اعم از اطبائی و ادواری	

- ۲۳۱ این قاعده و سایر مجازات‌ها (ب)
 ۲۳۲ این قاعده و قانون مجازات اسلامی (ج)

فصل نهم: قاعده ناروا بودن تأخیر در اجرای حدّ و لزوم اجرای فوری آن

- ۲۳۵ کسی که حدّی بر عهده اوست ۲۳۵
 ۲۳۵ گفتار اول: بررسی مستندات قاعده ۲۳۵
 ۲۳۶ الف) مستندات قاعده ۲۳۶
 ۲۳۷ ب) نقد و بررسی ۲۳۷
 ۲۴۰ ج) نتیجه ۲۴۰
 ۲۴۰ گفتار دوم: برخی نکات قاعده ۲۴۰
 ۲۴۱ الف) استثنائات قاعده ۲۴۱
 ۲۴۲ ب) جواز یا عدم جواز تأخیر قسمتی از حدّ ۲۴۲
 ۲۴۳ ج) این قاعده و سایر مجازات‌ها ۲۴۳
 ۲۴۴ د) این قاعده و قانون مجازات اسلامی ۲۴۴

فصل دهم: قاعده ناروا بودن اجرای حدّ در سرزمین دشمن

- ۲۴۷ دشمن ۲۴۷
 ۲۴۸ گفتار اول: مستندات قاعده ۲۴۸
 ۲۴۸ الف) معتبره ابی‌مریم ۲۴۸
 ۲۴۸ ب) معتبره غیاث بن ابراهیم ۲۴۸
 ۲۴۹ ج) مرسله دعائم الاسلام ۲۴۹
 ۲۵۱ گفتار دوم: برخی نکات قاعده ۲۵۱
 ۲۵۱ الف) مطلق یا مشروط بودن حرمت اقامه حد در سرزمین دشمن ۲۵۱
 ۲۵۷ ب) تبیین پیوستن به دشمن ۲۵۷
 ۲۵۸ ج) مقصود از دشمن و سرزمین دشمن ۲۵۸
 ۲۵۹ د) امکان اجرای حدّ در سرزمین دشمن ۲۵۹
 ۲۶۰ ه) ضمانت تخلف از قاعده ۲۶۰
 ۲۶۰ و) محل وقوع جرم و جایگزین نشدن تعزیر به جای حدّ ۲۶۰

فصل دوازدهم: قاعده پذیرفته نشدن کفالت در حدود

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

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

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

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

- چهارم: ارش و تأجیل دیه ۴۵۲
- (د) ارش و نوع جنایت ۴۵۳
- (ه) ارش و قانون مجازات اسلامی ۴۵۴
- فصل پنجم: قاعده برابری زن و مرد در دیه مادون**
- نفس** ۴۵۵
- گفتار اول: مستندات قاعده ۴۵۵
- گفتار دوم: برخی نکات قاعده ۴۵۶
- (الف) دیه زن و ثلث دیه کامل ۴۵۶
- (ب) ارش زن و تنصیف ۴۵۷
- (ج) تنصیف دیه و وحدت و تعدد جنایت ۴۵۷
- (د) این قاعده و قانون مجازات اسلامی ۴۵۸
- فصل ششم: قاعده ثبوت دیه در صورت عدم امکان**
- قصاص** ۴۵۹
- گفتار اول: مستندات قاعده ۴۶۰
- (الف) معتبره ابی بصیر ۴۶۰
- (ب) اطلاق ادله دیات ۴۶۰
- گفتار دوم: برخی نکات قاعده ۴۶۰
- (الف) ماهیت دیه؛ بدل واقعی یا بدل حیلوله؟ .. ۴۶۱
- (ب) امکان و عدم امکان اکتفای مجنی علیه به قصاص کمتر از حق خویش؟ ۴۶۱
- (ج) این قاعده و قانون مجازات اسلامی ۴۶۲
- فصل هفتم: قاعده تداخل دیات** ۴۶۳
- گفتار اول: تداخل دیه طرف در دیه نفس ۴۶۳
- (الف) تحریر محل نزاع ۴۶۳
- (ب) اقوال فقها و بررسی ادله آنان ۴۶۴
- گفتار دوم: تداخل دیه اطراف در همدیگر ۴۶۵
- (الف) تحریر محل نزاع ۴۶۶
- (ب) اقوال فقها و بررسی ادله آنان ۴۶۶
- گفتار سوم: برخی نکات قاعده ۴۶۶
- (الف) ارش زن و ثلث دیه کامل ۴۵۶
- (ب) ارش زن و تنصیف ۴۵۷
- (ج) تنصیف دیه و وحدت و تعدد جنایت ۴۵۷
- (د) این قاعده و قانون مجازات اسلامی ۴۵۸
- فصل هشتم: قاعده هدرنشدن خون مسلمان** ۴۷۳
- گفتار اول: مستندات قاعده ۴۷۴
- (الف) روایت ابی بصیر ۴۷۴
- (ب) صحیحه ابی بصیر ۴۷۴
- (ج) روایت برید بن معاویه ۴۷۵
- (د) روایت محمد بن مسلم ۴۷۵
- گفتار دوم: برخی نکات قاعده ۴۷۶
- (الف) لسان قاعده؛ نفی یا اثبات؟ ۴۷۶
- (ب) این قاعده و پرداخت کننده دیه ۴۷۷
- (ج) استثنائات قاعده ۴۸۲
- (د) این قاعده و جنایات ما دون نفس ۴۸۳
- (ه) نسبت این قاعده با قاعده «اذا انتفی القصاص ثبت الدیة» ۴۸۴
- (و) نسبت این قاعده با قاعده «لا یجنی الجانی اکثر من نفسه» ۴۸۵
- (ز) این قاعده و قانون مجازات اسلامی ۴۸۵
- منابع و مأخذ** ۴۸۷
۱. منابع عربی ۴۸۷
- (الف) فرهنگها ۴۸۷
- (ب) کتابهای روایی ۴۸۷
- (ج) کتابهای فقهی ۴۸۸

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

وَأَنْ أَحْكَمَ 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 نگرسته 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 ۱، 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 «کَلَّ فاعِلٍ مرفوع» و «کَلَّ 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.
وَأَنَّ مِّن شَيْءٍ إِلَّا يُسَبِّحُ بِحَمْدِهِ، وَلَكِن 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 علیه السلام می‌فرماید:

لَوَدِدْتُ أَنَّ اصْحَابِي ضَرَبَتْ رُؤُوسَهُمْ بِالسَّيَاطِ حَتَّى يَتَفَقَّهُوا.^۵

و امام رضا علیه السلام نیز بردباری و سکوت را از نشانه‌های فقه بیان می‌دارد:

إِنَّ مِّنْ عِلْمَاتِ الْفِقْهِ 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 مستنداتی 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» 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».^۷
- این تعریف در مورد همه قواعد فقهی صادق نیست. زیرا برخی قواعد فقهی منشأ استنباط احکام جزئی نبوده، بلکه احکام جزئی متعددی را در بر دارند و بر آنها منطبق‌اند.^۸ 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 اللَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مانده، 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 خوئی 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؛ محاضرات؛ 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 المدعی 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. بر اساس 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 یباشر القتل لم یقتص منه»، قاعده «کل من مرّ بمیقاتٍ وجب علیه الاحرام»، قاعده «کل واجب بالعنوان الأوّلی یتقدم علی الواجب بالعنوان الثانوی»، 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. بديهى است برخى از اين احكام (قاعده تسامح در ادلة سنن)، حكم شرعى نيست و برخى (كل من مرّ بميقات وجب عليه الاحرام) گرچه حكم شرعى اند ولى كلى نيست، يعنى قاعده نيست.

البته اين اشكال بر بعضى از افراد مانند شهيد اول در كتاب القواعد والفوائد، كه پاره‌اى قواعد اصولى و گاه ادبى را مطرح کرده‌اند وارد نيست؛ زيرا موضوع كتاب خود را نگارش قواعد به طور كلى و نه خصوص قواعد فقهى قرار داده‌اند و خود به اين نکته نيز تصريح کرده‌اند.^۲

گفتار دوم: مقایسه قاعده فقهی با مفاهیم مشابه

در اين گفتار به تفاوت قاعده فقهى با قاعده اصولى و نيز تفاوت قاعده فقهى و مسئله فقهى و تفاوت قاعده فقهى و ضابطه فقهى مى‌پردازيم.

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

برای فهم تفاوت قاعده فقهى و قاعده اصولى لازم است علم اصول فقه تعريف شود.^۴ اصول فقه دانش فراگيرى روش استنباط احكام شرعى است. به سخن ديگر مجموعه قواعدى كه براى روش استنباط و استخراج احكام شرعى از منابع معتبر فراهم آمده، اصول فقه ناميده مى‌شود. براى مثال مى‌توان برخى قواعد اصولى را چنين برشمرد: «الفاظ هميشه بر معنای

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

۲. شهيد اول در اجازه خود به ابن‌خازن، كتاب خود را چنين معرفى مى‌کند: «فمما صنفه كتاب القواعد والفوائد فى الفقه مختصر يشتمل على ضوابط كلية، اصولية و فرعية تستنبط منها احكام شرعية لم يعمل الاصحاب مثله: يكي از مصنفات محمد بن مكى، كتاب القواعد والفوائد فى الفقه است. كتابى است مختصر [اما] مشتمل بر ضوابط كلى، اصولى و فقهى كه احكام شرعى از آنها به دست مى‌آيد و اصحاب اماميه كتابى همانند آن را تأليف نکرده‌اند» (ر.ک: خوانسارى؛ روضات الجنات؛ ج ۷، ص ۱۰).

۳. از نتيجه مباحث اصولى گاه به «مسائل اصولى» و گاه به «قواعد اصولى» تعبير مى‌شود.

۴. در مورد تعريف اصول فقه، اختلاف نظر فراوانى است كه در ابتداى كتاب‌هاى اصولى، 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 (حَظْر) 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 قابل القای 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 استنباط 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 قابل القاشدن 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 خوئی در رد این عقیده می‌نویسد:

چه بسیارند قواعد فقهی و حتی مسائل فقهی که قابل القای 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 او بقیمته» 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 التقریرات؛ 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»، «لَا رَهْنَ إِلَّا مَقْبُوضًا»، «الْوَصِيَّةُ حَقٌّ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ»، «تَلْفُ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ مِنْ مَالٍ بَايِعَهُ»، «الصَّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ» 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 هیچ‌کدام از واژه‌های قاعده فقهی و ضابطه فقهی در لسان آیات و روایات به کار نرفته، به نظر می‌رسد 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 می‌آید، در برخی کتابها قاعده فقهی تلقی شده‌اند 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»، «حجیة الظن فی الصلاة»، «تلف المبیع قبل القبض من مال بایعه»، «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»، «الزعیم غارم»، «الشفعة جائزة فی کل شیء»، «الوصیة 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 می‌سازد 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 می‌شود که تنها در باب حدود یا تعزیرات یا قصاص و یا دیات جریان دارند.

البته با دقت در آنچه گذشتگان به آن «ضابطه فقهی» می‌گفتند و مقایسه آن با آنچه به نام «قاعده فقهی» شناخته می‌شود، 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 می‌کند و می‌فرماید: «قاعده فقهی دربردارنده

۱. فاضل لنکرانی؛ القواعد الفقهیة؛ ص ۱۱.

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

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

۴. خویی؛ اجود التقریرات؛ 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 للنادر».^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: «کان [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 المكلفین بالاقتضاء او التخییر و زاد بعضهم او الوضع والوضع هو الحکم علی الشئ بکونه سبباً أو شرطاً أو مانعاً» (القواعد و الفوائد؛ ج ۱، ص ۳۹). شهید ثانی نیز با اضافه کردن مدلول خطاب می‌نویسد: «الحکم الشرعی خطاب الله او مدلول خطابه المتعلق بافعال المكلفین بالاقتضاء أو التخییر و زاد 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 لیس هو عبارة عن الارادة و الکراهة او الرضا او الغضب، فانها من مبادئ الاحکام تعرض للنفس بغير اختیار و لیست 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 رقیت و حریت 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).