

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه تربیت معلم

دانشگاه تربیت معلم
دانشکده ادبیات و علوم انسانی

پایان نامه

جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد
رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان:

تحلیل فقهی و حقوقی قاعده قرعه

استاد راهنما:

دکتر غفور خوئینی

استاد مشاور :

دکتر حسین شفیعی

دانشجو:

رمضان گل محمدی

پائیز ۸۸

تقدیم به :

مادرم که مهر و زمین را از نگاه مهربانش آموختم و زیبایی گذشت را در گذران زندگیش درک کردم.
پدرم که حمایتش بنایی شد برای تلاش پر شورم در کسب دانش، به آن بزرگ که همواره وجودش کرمانش بخاطرتم است.
همسر م که در مدت انجام این پژوهش عاشقانداریم کرد.

تقدیر و تشکر:

پیش از همه از آن که بیش از همه یاریگرم بوده و هست...
از استاد بزرگوارم ، استاد علم و دانش ، جناب آقای **دکتر غفور خوئینی** که راهنمایی این پایان نامه را بر عهده گرفتند و در تمام مراحل تهیه و تنظیم از تجربیات و راهنمایی های ارزنده ایشان بهره مند گردیدم.
از استاد ارجمندم آقای **دکتر حسین شفیعی** که به عنوان استاد مشاور در این مدت زحمات فراوانی متحمل شدند.
از اساتید محترم هیات داوران جناب آقای **دکتر ابوالحسن مجتهد سلیمانی** و جناب آقای **دکتر حبیبی** و کلیه اساتید محترمی که باعث ارتقاء دانش اینجانب در این دوره شده اند.

سپاس و امتنان بیشمار:

از خانواده ام ، صادق ترین و بی ریاترین کسانم در طول حیاتم ، پدر و مادرم
شمع های همیشه فروزان ، برادران و خواهران عزیزم که با وجودشان تحمل هر نوع مشکل و سختی برایم سهل و آسان است.

قدر دانی بی پایان:

از **بابک** عزیز که همواره مشوق و راهنمایم در طول مراحل تحصیل بوده و هست.

چکیده

قاعده قرعه یکی از قواعد مشهور فقهی می باشد که در شریعت‌های قبل از اسلام وجود داشته است و اسلام نیز آن را امضاء کرده است. در خصوص موارد کاربرد قرعه باید گفت که مورد خاصی برای قرعه نیست و به طور کلی هر جا در تصمیم‌گیری تردید و تحیر پیدا شود و برگزیدن یک طرف تردید بر طرف دیگر برتری نداشته باشد و به اصطلاح موجب ترجیح بلامرجح شود و هیچ راه حل دیگری وجود نداشته باشد، می توان از قرعه استفاده کرد. معروف است که می گویند قرعه حاکم کور است چون گاهی اوقات به خطا می رود و گاهی به صواب.

بررسی قاعده قرعه در دنیای امروز که در ابعاد مختلفی گسترش پیدا نموده است ضرورت این قاعده فقهی را آشکار می نماید. قاعده قرعه در جامعه کنونی ما نیز از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. قرعه بیشترین کاربرد را در برگزاری مسابقات مختلف، در برگزاری مراسم اعطای جوایز به صاحبان حسابهای قرض الحسنه و ... که در سطح عموم برگزاری می شود (که هدف از این نوع مسابقات بیشتر جنبه سرگرمی و تبلیغاتی می باشد) دارد، چون منافع یا مصالح کسی بر دیگری بیشتر نیست و برای اینکه برگزار کنندگان بتوانند در راستای اجرای عدالت بهتر میان مشتریان خود منافع یا مصالح کسی را برتری ندهند تنها راه باقی مانده استفاده از قاعده قرعه می باشد. اما گذشته از اینکه قرعه امروزه اینچنین در سطح جامعه فراوان شده است و کاربرد فراوانی یافته است، در مسائل مهم حقوقی و حتی جزایی نیز در پاره‌ای موارد گره‌گشا می باشد و در حل بعضی از مسایل حقوقی که با مشکل مواجه می شوند یا به اصطلاح به بن بست می رسند، می توان از این قاعده فقهی مدد جست.

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
پیشگفتار.....	۱
فصل نخست: مفهوم و جایگاه قاعده قرعه	
گفتار نخست: قاعده فقهی.....	۵
۱-۱-۱ معنای لغوی قاعده.....	۵
۲-۱-۱ تعریف عرفی و فقهی قاعده.....	۵
۳-۱-۱ قاعده فقهی و ضابط فقهی.....	۷
۴-۱-۱ قاعده فقهی و نظریه فقهی.....	۸
۵-۱-۱ قاعده اصولی و قاعده فقهی.....	۱۰
۶-۱-۱ قاعده فقهی و مسأله فقهی.....	۱۱
۷-۱-۱ قاعده فقهی و مسأله اصولی.....	۱۲
گفتار دوم: قاعده قرعه.....	۱۴
۱-۲-۱ معنای لغوی قرعه.....	۱۴
۲-۲-۱ معنای عرفی و فقهی قرعه.....	۱۵
۳-۲-۱ تاریخچه قرعه.....	۱۶
۴-۲-۱ اولین کسی که قرعه در مورد او اجرا شد.....	۱۹
۵-۲-۱ موقعیت قرعه و اهمیت آن در کشف حقایق.....	۲۱
فصل دوم: مدارک و مستندات حجیت قاعده قرعه	
گفتار نخست: قرعه در قرآن کریم.....	۲۴
۱-۱-۲ قرعه در مورد کفالت حضرت مریم علیها السلام.....	۲۴
الف: ترجمه و تفسیر آیه از کتاب تفسیر نمونه.....	۲۵
ب: تفسیر آیه از کتاب «ترجمه تفسیر المیزان».....	۲۷
ج: تفسیر آیه از کتاب «انوار درخشان».....	۲۷
۲-۱-۲ قرعه در مورد حضرت یونس علیه السلام.....	۲۸
الف: ترجمه و تفسیر این آیات از کتاب «تفسیر نمونه».....	۲۹

- ب: تفسیر آیات از کتاب « تفسیر اثنی عشری»..... ۳۱
- ج: تفسیر آیات از کتاب « انوار درخشان»..... ۳۲
- ۱-۲-۳ قرآن و مشروعیت قرعه..... ۳۳
- گفتار دوم: قرعه از نظر روایات..... ۳۵
- ۱-۲-۲ برخی از روایات در مورد قرعه..... ۳۶
- الف: روایات عام..... ۳۶
- ب: روایات خاص..... ۳۷
- گفتار سوم: اجماع..... ۴۰
- ۱-۳-۲ نظر مرحوم آیت الله فاضل لنکرانی..... ۴۰
- گفتار چهارم: بنای عقلا..... ۴۲
- گفتار پنجم: روایات قرعه..... ۴۳
- ۱-۵-۲ موارد قرعه در فقه..... ۶۱
- ۲-۵-۲ قرعه در مذاهب اهل سنت..... ۶۷
- ۳-۵-۲ روایات قرعه در «صحیح بخاری» و «مسند احمد بن حنبل»..... ۶۸
- الف- صحیح بخاری..... ۶۸
- ب- مسند احمد بن حنبل..... ۶۹
- ۴-۵-۲ برخی از موارد قرعه در فقه اهل سنت..... ۷۱
- فصل سوم: مقدار دلالت قاعده قرعه و اصل یا اماره بودن آن**
- گفتار نخست: مقدار دلالت قاعده قرعه و یا کاربرد قرعه..... ۷۳
- ۱-۱-۳ نظر آیت الله بجنوردی در مورد میزان دلالت قاعده قرعه..... ۷۵
- گفتار دوم: آیا قرعه از اصول است یا از امارات..... ۷۹
- ۱-۲-۳ تعریف اماره و اصل..... ۷۹
- ۲-۲-۳ ویژگی اماره..... ۸۰
- ۳-۲-۳ فرق اماره و اصل..... ۸۰
- ۴-۲-۳ ثمره تفاوت..... ۸۱
- ۵-۲-۳ اصل و یا اماره بودن قرعه..... ۸۱
- ۶-۲-۳ نظر امام خمینی (ره)..... ۸۳
- ۷-۲-۳ نظر آیت الله بجنوردی در مورد اصل و یا اماره بودن قاعده قرعه..... ۸۴

- ۸۸ گفتار سوم: آیا قرعه بر اصل استصحاب مقدم است یا نه؟
- ۹۰ ۳-۳-۱ نظر امام خمینی (ره).
- ۹۰ ۳-۳-۲ نظر آیت الله بجنوردی در مورد تقدم استصحاب و یا قرعه.
- ۹۲ گفتار چهارم: عزیمت و یا رخصت بودن قرعه.
- ۹۲ ۳-۴-۱ نظر محقق نراقی.
- ۹۳ ۳-۴-۲ قرعه از قواعد تاسیسی است یا امضائی؟
- ۹۴ ۳-۴-۳ عمل به قرعه واجب است و یا خیر؟
- ۹۵ گفتار پنجم: فرق بین قرعه و استخاره.
- ۹۶ ۳-۵-۱ یک اشکال و دفع آن.
- ۹۸ ۳-۵-۲ نظر آیت الله بجنوردی در مورد استخاره و قرعه.
- ۹۹ گفتار ششم: کیفیت اجرای قرعه.
- ۱۰۰ ۳-۶-۱ مجری قرعه.
- ۱۰۳ ۳-۶-۲ دعای هنگام قرعه.

فصل چهارم: قرعه در قوانین موضوعه و مسائل روز

- ۱۰۵ گفتار نخست: قرعه در مورد چند مساله روز.
- ۱۰۵ ۴-۱-۱ آیا قرعه کشی حساب های قرض الحسنه بانکها از مصادیق قرعه است؟
- ۱۰۶ ۴-۱-۲ قرعه کشی و مسابقات علمی، تفریحی، هوشی و ورزشی.
- ۱۰۶ ۴-۱-۳ قرعه و ارمغان بهزیستی.
- ۱۰۷ ۴-۱-۴ قرعه کشی در بلیتهای بخت آزمایی قبل از انقلاب.
- ۱۰۹ گفتار دوم: بررسی قاعده قرعه در نظام حقوقی ایران.
- ۱۰۹ ۴-۲-۱ قرعه در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- ۱۱۰ ۴-۲-۲ قرعه در قانون مدنی.
- ۱۱۱ الف: شرح اول پیرامون ماده فوق.
- ۱۱۱ ب: شرح دوم پیرامون ماده فوق.
- ۱۱۳ ۴-۲-۳ طریقه قرعه در دادگاهها.
- ۱۱۴ ۴-۲-۴ قرعه در قانون آیین دادرسی مدنی.
- ۱۱۴ ۱- جریان قرعه در انتخاب کارشناس مورد وثوق.
- ۱۱۴ ۲- انتخاب کارشناس به قید قرعه.

- شرح مواد «۲۵۸» و «۲۶۹» ۱۱۴
- ۳- انتخاب داور از سوی دادگاه به قید قرعه ۱۱۵
- ۴- اختلاف داوران در صدور رای (انتخاب داور دیگر به قید قرعه) ۱۱۵
- شرح مواد «۴۶۷» و «۴۷۴» ۱۱۶
- ۴-۲-۵ قرعه در قانون امور حسبی ۱۱۷
- ۴-۲-۶ قرعه در قانون مجازات اسلامی ۱۱۷
- ۴-۲-۷ مقایسه نظر نویسندگان قانون مجازات اسلامی (ماده ۳۱۵) و دیگران ۱۱۷
- ۴-۲-۸ سایر قوانین ۱۲۰
- ۱- قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی ۱۲۰
- ۲- قانون الحاق یک تبصره به ماده (۵۷) ۱۲۱
- ۳- قانون هیات منصفه مصوب ۱۳۸۲/۱۲/۲۴ ۱۲۲
- ۴- قانون آئین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۲۳
- ۵- قانون اصلاح ماده (۴) قانون الحاق چند ماده ۱۲۵
- ۶- قانون تشکیلات، وظایف و انتخاب شوراهای ۱۲۶
- ۷- قانون اجازه الحاق دولت ۱۲۶
- ۸- قانون دیوان عدالت اداری ۱۲۷
- ۹- قانون تجارت مصوب ۱۲۷
- ۱۰- قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۲۷
- ۴-۲-۹ بررسی نمونه آراء صادره از دیوان عالی کشور ۱۲۹
- رای شماره : ۳۸۹۳-۴۱/۱۲/۲۳ ۱۲۹
- دادنامه شماره ۶۵۵ شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور ۱۳۱

پیشگفتار

قاعده قرعه یکی از قواعدی است که هم در فقه و هم در حقوق از جایگاه معتبری برخوردار است و هم عقل انسانی و هم شرع مقدس اسلام آن را مورد تأیید قرار داده است. در کتابهای لغت برای قرعه معناهای زیادی بیان شده است مثل سهم و نصیب، بهره و... ولی در اصطلاح فقه و حقوق و در عرف عام، قرعه عبارت است از روشی برای رفع تردید، تحیر و رهایی از بن بست در جایی که هیچ ترجیحی وجود نداشته باشد.

در قرآن در دو مورد به مساله قرعه اشاره شده است. یکی در مورد مساله کفالت حضرت مریم(س) و دیگری در قضیه حضرت یونس(ع) و در روایات اسلامی نیز می بینیم که معصومین(ع) در موارد متعددی قرعه را به عنوان یک راه حل مناسب ارائه داده اند. علاوه بر آن عقل انسان و اجماع نیز دلیل دیگری بر مشروعیت قرعه می باشد.

هر چند به طور صریح و آشکار به حلیت و مشروعیت قرعه در شرع تصریح نشده است ولی نقل آن بدون رد، تأییدی است بر جواز، مشروعیت و حلیت آن که مستفاد از قرآن، سنت، اجماع و عقل نیز همین می باشد.

ادله قرعه به صورت عام است اما در همه جا نمی توان از قرعه استفاده نمود. که اگر این گونه بود به تعبیر حضرت آیت الله موسوی بجنوردی باید فقه را به کلی تعطیل کنیم و هر جا فقیه دچار شک و شبهه شود فوراً مسأله را با قرعه حل کند. بنابراین قرعه در شبهات موضوعیه ای که هیچ راه حلی برای آن نباشد جریان پیدا می کند.

قاعده قرعه یک قاعده فقهی، حقوقی می باشد ولی همانطور که در مورد قواعد فقهی تاکنون کتب زیادی نوشته نشده است، در مورد قرعه نیز کار چندانی صورت نگرفته است. با وجود اینکه فقه و اصول به عنوان دو علم اساسی در مذهب امامیه مطرح هستند، بجا است که بزرگان حوزه و دانشگاه در این زمینه نیز کارهایی انجام دهند.

در این تحقیق سعی بر این است تا نگاهی بیاندازیم به جایگاه قرعه در فقه امامیه و قوانین ایران و اینکه آیا اصل قرعه در فقه مشروعیت دارد و یا خیر؟ فرضیاتی که در این تحقیق حول آن بحث می شود این است که قرعه راه حلی عقلایی و شرعی است و هر چند که قرعه راه حلی عقلی و شرعی است و ادله آن عام می باشد، اما نمی توان در همه جا و همه موارد از آن استفاده کرد.

هدف اصلی در این تحقیق این است که حقیقت قرعه را از راه ادله عقلی و شرعی به دست آوریم و ببینیم که محل و مجری قرعه کجاست، آیا می‌توانیم در همه جا از قرعه استفاده کنیم و یا خیر، فقط در موارد خاص می‌توانیم به قرعه عمل نماییم؟

این تحقیق مشتمل بر چهار فصل می‌باشد. از آنجا که قرعه یک قاعده فقهی است در گفتار نخست فصل اول مباحثی در مورد قاعده فقهی، تعریف آن و تفاوت آن با ضابط فقهی، نظریه فقهی، قاعده اصولی، مساله اصولی و مساله فقهی آورده شده است.

و در گفتار دوم فصل اول معنای لغوی، عرفی و فقهی قرعه، تاریخچه قرعه و این که اولین قرعه در مورد چه کسی به کار برده شده، همچنین موقعیت قرعه و اهمیت آن در کشف حقائق را به تفصیل مورد بحث قرار دادیم.

فصل دوم این تحقیق به بررسی مدارک و مستندات حجیت قاعده قرعه می‌پردازد. که به ترتیب این مدارک را در کتاب (قرآن)، سنت، اجماع و عقل مورد بحث قرار دادیم. در پایان این فصل و به طور مفصل روایات موجود در کتاب گرانقدر وسائل الشیعه را بیان کرده ایم و بعد از آن موارد قرعه در فقه شیعی را ذکر کرده و نهایتاً قرعه را از منظر اهل سنت بررسی کرده و موارد آن در فقه اهل سنت را صرفاً جهت آگاهی بیان کردیم.

گفتار نخست فصل سوم یکی از عمده ترین بحثهای این تحقیق را به خود اختصاص داده است و آن این است که در چه مواردی می‌توان قرعه را جاری ساخت؟ آیا امکان جاری ساختن قرعه در همه جا و در همه موارد وجود دارد؟

یکی دیگر از مباحثی که در کتابهای مختلف قواعد فقهی در مورد مساله قرعه مورد بررسی قرار می‌گیرد این است که قرعه اصل است و یا اماره؟ که این بحث را در گفتار دوم فصل سوم مورد بررسی قرار داده ایم.

گفتار سوم فصل سوم را به این اختصاص داده ایم که آیا قرعه بر اصل استصحاب مقدم می‌باشد و یا خیر؟

در گفتار چهارم این فصل عزیمت و یا رخصت بودن قرعه، تاسیسی و امضائی بودن آن، همچنین واجب بودن و یا واجب نبودن عمل به قرعه به بحث گذاشته شده است.

فرق بین قرعه و استخاره را در گفتار پنجم این فصل مشاهده خواهیم کرد و نهایتاً در گفتار ششم این فصل کیفیت اجرای قرعه، مجری قرعه و اینکه آیا در زمان اجرای قرعه دعایی وجود دارد و یا نه به تفصیل مورد بررسی قرار گرفته است.

آخرین فصل این تحقیق از دو گفتار تشکیل شده است: گفتار نخست به بررسی قرعه در مورد چند مساله روز می پردازد و در گفتار دوم، بررسی قاعده قرعه در قوانین موضوعه نظام جمهوری اسلامی ایران، همراه با دو نمونه رای صادره از دیوان عالی کشور را خواهیم دید.

در این تحقیق از بین روشهای متداول در امر تحقیق با توجه به ماهیت موضوع مورد تحقیق از روش کتابخانه ای استفاده شده است. بدین ترتیب که ابتدا از بین کتب مختلف مطالب فیش برداری شده است و سپس پس از تنظیم در یک مجموعه تالیف گردیده است.

لازم به ذکر است که مساله کمبود منابع در مورد این موضوع کار تحقیق در این زمینه را با مشکل روبرو می کند. ولی به هر حال با توجه به کمبود منابع در این زمینه و دشواری کار، سعی شده است تا در حد توان کار در خور توجهی ارائه شود هرچند که مسلماً این کار بدون اشتباه و اشکال نیست. امید است اساتید گرانقدر نقایص موجود را یادآوری نمایند تا مد نظر قرار گیرد. از خدای متعال نیز می طلبیم ما را یاری نماید تا بتوانیم بهتر از گذشته در این راه قدم برداریم.

فصل اول

مفهوم و جایگاه قاعده قرعه

گفتار نخست: قاعده فقهی

از آنجا که این تحقیق در مورد قاعده قرعه می باشد، بجاست که قبل از ورود به بحث اصلی چند سطری در مورد قواعد فقهی سخن گفته شود. هر چند که فقه اسلامی دریای بی کران تحقیق و تتبع است و درباره آن هزاران کتاب نوشته شده و نیز علم اصول فقه در کنار آن با ذخائری از صدها کتاب و رساله، منبعی است غنی و وسیع، ولی در خصوص قواعد فقه کتب و رساله های زیادی نوشته نشده است و این قواعد به صورت پراکنده در طی مباحث فقهی و اصولی در لابه لای کتاب های فقهی و اصولی مورد بحث قرار گرفته است.

۱-۱-۱ معنای لغوی قاعده

قواعد در لغت، جمع قاعده است و پایه و اساس چیزی را می گویند^(۱) خواه مادی باشد، مانند قواعد (پایه های) ساختمان و خواه معنوی، مانند قواعد دین که به معنای ارکان و ستونهای دین است. در قرآن هم قواعد به همین معنی آمده است:

«و إذ یرفع ابراهیم القواعد من البیت و اسمعیل ربنا تقبل منا إنک انت السميع العليم»^(۲)

و آن هنگامی که ابراهیم و اسمعیل بنیانهای خانه خدا را بر می افراشتند گفتند: پروردگارا این کار را از ما بپذیر همانا تو شنوا و دانا هستی

طریحی در مجمع البحرین می نویسد: «القواعد جمع القاعده و هی الاساس لما فوقه»^(۳)

قواعد جمع قاعده به معنای بنیان و پایه چیزی است که در بالای آن قرار دارد.

۱-۱-۲ تعریف عرفی و فقهی قاعده

در اصطلاح، قواعد عبارت است از «گزاره ویا حکمی کلی که منطبق بر جزئیات خود باشد»^(۴) البته علما به جای معنای اصل، قواعد را به معنای قانون، مسأله، ضابطه و مقصد نیز به کار برده اند.^(۵) تمام شاخه های دانش، دارای قاعده است؛ از جمله در دانش زبان و ادبیات عرب (علم نحو) این قضیه کلی که «هر فاعل مرفوع است» ویا «هر مفعول منصوب است»، از

۱- راغب اصفهانی، ابولقاسم حسین بن محمد؛ المفردات فی غرایب القرآن، ذیل واژه قاعده

۲- قرآن کریم، سوره بقره، آیه ۱۲۷

۳- طریحی، فخرالدین، ۱۳۷۵، مجمع البحرین، ج ۳، چاپ سوم، انتشارات مرتضوی، ص ۱۲۹

۴- جرجانی، میرسید شریف، ۱۳۱۱ ه. ق، تعریفات، قاهره، مطبعه مصطفی البابی الحلبی، باب «قاف»

۵- تهانوی، محمد اعلی بن علی، ۱۸۶۲ م، کشف اصطلاحات الفنون، موسسه شباهنگ، ج ۵، ص ۱۱۷۶-۱۱۷۷

قواعد محسوب می شود. همچنین می توان به قاعده «صیغه امر مفید و جوب است» و «صیغه نهی دلالت بر حرمت دارد» اشاره کرد که در علم اصول فقه جزء قواعد است. شمول و فراگیری این احکام کلی به گونه ای است که خروج از آنها نادر و استثناست و در صورت وجود نیز منتهی به حذف اصل و قاعده و به تعبیر فنی تحقق حکم «شاذ» می شود که قاعده را نقض نمی کند. فقه نیز مانند دیگر علوم قاعده مند است؛ اما برای تعیین و تعریف آن میان دانشمندان این دانش، اختلاف عقیده وجود دارد؛ هرچند که تفاوت چندانی در محتوای تعبیرهایشان به چشم نمی خورد. با توجه به همه تعریفهای بیان شده در مورد معنی قاعده در فقه، می توان این واژه را در فقه این گونه تعریف کرد:

قاعده فقهی، فرمولی بسیار کلی است که منشأ استنباط احکام محدودتر واقع می شود و اختصاص به یک مورد خاص ندارد، بلکه مبنای احکام مختلف و متعدد قرار می گیرد^(۱)

دکتر محمدی در کتاب قواعد فقه خود قاعده فقهی را اینچنین تعریف می کند:

قاعده فقهی عبارت است از حکمی کلی فقهی که در ابواب مختلف فقه یا موضوعات متعدد به کار می رود. مثلاً لاضرر قاعده ای است فقهی، این قاعده در باب بیع، اجاره، نکاح، طلاق و خیلی از ابواب فقهی دیگر به کار می رود. قاعده اقرار قاعده فقهی دیگر است که در هر موضوعی که به زبان اقرارکننده باشد جاری است. بدین جهت برخی از نویسندگان^(۲) آن را چنین تعریف کرده اند: «القواعد الفقهیه هی احکام عامه فقهیه تجری فی ابواب مختلفه» یعنی قواعد فقهی احکامی کلی هستند که در باب های گوناگون فقه به کار می روند. تعریف علمی و دقیق نیز از مرحوم استاد محمود شهابی^(۳) داریم، بدین عبارت «قاعده فقهی قضیه ای است که حکم محمولی آن به فعل یا ذاتی خاص متعلق نباشد بلکه بسیاری از افعال یا ذوات متفرق را که عنوان حکم محمولی بر آنها صادق است، شامل باشد. خواه آن حکم محمولی حکم واقعی اولی باشد از قبیل قاعده لاضرر که در همه ابواب فقه ممکن است مورد پیدا کند و اجرا شود، یا حکم ظاهری باشد. از قبیل قاعده تجاوز و قاعده فراق»^(۴)

۱- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی ۲، انتشارات سمت، تهران، چاپ پنجم ۱۳۸۱، ص ۲۱ و ۲۲

۲- مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۱۱ ه. ق، القواعد الفقهیه، قم، نشر مدرسه امام علی بن ابیطالب (ع)، ج ۱، ص ۱۶

۳- شهابی، محمود، ۱۳۴۱ ه. ش، قواعد فقه، ص ۹

۴- محمدی، ابوالحسن، ۱۳۸۵ ه. ش، قواعد فقه، نشر میزان، چاپ نهم، ص ۱۳ و ۱۴

۱-۱-۳ قاعده فقهی و ضابط فقهی

قاعده فقهی وسیعتر و اعم از ضابط فقهی است. قاعده فقهی به مسائل خاصی از ابواب فقه اختصاص ندارد، در حالی که ضابط فقهی محدود به مسائل مطرح در یکی از ابواب فقه است. در این باره ابن‌بنانی می‌گوید: «وَالْقَاعِدَةُ لَا تَخْتَصُّ بِبَابٍ، بِخِلَافِ الضَّابِطِ»^(۱) به عقیده ابن‌نجیم نیز فرق بین ضابط فقهی و قاعده فقهی آن است که «قاعده شامل فروعی از ابواب گوناگون می‌شود، اما ضابط فقهی، جامع فروع مختص به یک باب واحد است. البته این (مقتضای) اصل است»^(۲) سیوطی^(۳) و ابوالبقاء^(۴) هم همین تفاوت را ذکر کرده‌اند. بر پایه این تفاوت، برای نمونه مبحث «علی‌الید» که مختص به باب خاصی - یعنی غصب - است، ضابط محسوب می‌شود و قاعده لاضرر و یا لاجرح قاعده شمرده می‌شوند. بسیاری از فقیهان خود را چندان مقید به رعایت تفاوت مذکور نکرده‌اند و هر یک از این دو اصطلاح را به جای دیگری به کار برده‌اند. برای مثال، نابلسی در شرح اشباه و نظائر ابن‌نجیم گفته است که «القاعده هی فی الاصطلاح بمعنی الضابط وهی الامر الکلی المنطبق علی جمیع جزئیاته»^(۵)؛ یعنی قاعده در اصطلاح به معنی ضابط است و عبارت است از امر کلی که بر جمیع جزئیاتش منطبق می‌شود.

جالب آنکه فردی همچون ابن‌نجیم که خود از جمله افرادی است که چنین تفاوتی را میان قواعد و ضوابط تعیین کرده‌اند، کتابی به نام الفوائد الزینیه فی فقه الحنفیه تألیف کرده که در آن پانصد ضابط فقهی را مورد بحث قرار داده است در حالی که موارد زیادی از آنها از مصادیق قواعد فقهی هستند. شهید اول، نخستین مؤلف شیعی قواعد فقه، نیز در اثر نفیس خود، مواردی را تحت عنوان ضابط بیان می‌کند؛ مانند ضابط نذر، ضابط وکالت به حسب متعلق، ضابط نماز جماعت و شرایط امام جماعت و ضابط زندان. او درباره ضابط زندان می‌نویسد: «ضابط الحبس: تَوْفُّفُ اسْتِخْرَاجِ الْحَقِّ عَلَيْهِ»؛ یعنی ضابط زندان آن است که گرفتن حق به آن بستگی داشته باشد. ملاحظه می‌شود که شهید اول ظاهراً خود را تا حد امکان مقید به فرق مذکور می‌دانسته و به این دلیل، اگرچه به سبب غلبه

۱- ابن‌بنانی، عبدالرحمن بن جاراالله، ۱۳۳۱ هـ ق، حاشیه بر شرح الجلال المحلي علی جمع الجوامع، قاهره، مطبعه مصطفى البابی الحلبي ج ۲، ص ۲۹

۲- ابن‌نجیم، زین‌الدین بن ابراهیم، ۱۴۰۵ هـ ق، الاشباه والنظائر، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ص ۱۹۲

۳- سیوطی، جلال‌الدین عبدالرحمن بن ابی بکر، ۱۳۳۱ هـ ق، الاشباه والنظائر، مکه، مطبعه الترقی، ج ۱، ص ۷

۴- ابوالبقاء الحسینی، ایوب بن موسی، کلیات، فصل قاف، بخش ۴، ص ۴۸

۵- نابلسی، عبدالغنی بن اسماعیل، کشف الخطائر عن الاشباه والنظائر، نسخه خطی، ص ۱۰

کتاب خود را القواعد و الفوائد نامیده است، در این گونه موارد، عنوان را ضابط فرض کرده و جز در موارد اندک، یکی را به جای دیگری به کار نبرده است؛ اما بیشتر فقهای متأخر خود را از این قید آزاد ساخته و هریک از این دو اصطلاح را به جای دیگری به کار برده اند که به ویژه به کار بردن «قاعده» به جای ضابط بسیار دیده می شود. برای نمونه، ابن رجب حنبلی تحت عنوان «القاعده» این عنوان را آورده است: «شَعْرُ الْحَيَوَانِ فِي حُكْمِ الْمُتَّفَصِّلِ عَنْهُ لَأَفِي حُكْمِ الْمُتَّفَصِّلِ»^(۱) البته، بعضی فقیهان نیز به ضوابط، عنوان «قواعد خاصه» داده اند.^(۲) در بیان نگارندگان متأخر قواعد فقه امامیه نیز تفاوت مذکور به هیچ وجه مراعات نشده است و بیشتر آنچه به آن قاعده فقهی اطلاق شده است باید ضابط فقهی نامیده می شد، هر چند که از سوی دیگر، هیچ یک از قواعد فقهی، ضابط نامیده نشده است.^(۳)

۱-۱-۴ قاعده فقهی و نظریه فقهی

برخی نویسندگان، به ویژه عرب زبانان اخیر، قواعد فقهی را به صورت مترادفی برای «نظریه عام فقهی» به کار برده اند؛^(۴) اما به نظر می رسد با اندکی تأمل تفاوت میان این دو اصطلاح روشن خواهد شد.

اصطلاح نظریه عام فقهی کاملاً جدید است و ظاهراً توسط حقوقدانان مسلمان که علاوه بر آشنایی با فقه، متأثر از حقوق غربی بوده اند، در آثار فقهی اسلامی معاصر نفوذ کرده است، آن هم فقط برای مقارنه و تطبیق میان دو نظام فقهی، و حقوق موضوعه و مرتب کردن مباحث فقهی براساس روشهای جدید.

نظریه عام فقهی در واقع، مجموعه ای از ارکان، شروط و احکامی است که وحدت موضوع حاکم بر همه آن عناصر، میان آنها رابطه فقهی برقرار ساخته است. برای مثال، نظریه عقد که با «theory of contract» در حقوق غرب مطابقت دارد، در حقیقت «فقه عقد» است و با «law of contract» تطبیق می کند و عبارت است از مجموع مباحث، ارکان، شروط و احکام عقد.^(۵)

۱- حنبلی، عبدالرحمن بن شهاب ابن رجب، تقریر القواعد و تحریر الفوائد (قواعد ابن رجب)، قاعده ۲، ص ۴

۲- سبکی، تاج الدین، الأشباه والنظائر، نسخه خطی، ص ۴

۳- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی ۲، انتشارات سمت، تهران، چاپ پنجم ۱۳۸۱، ص ۲۲-۲۴

۴- ابوزهرة، محمد، اصول فقه، قاهره، دارالفکر العربی، ص ۱۰

۵- عاطف نقیب، نظریه العقد، مؤسسه عویدات، بیروت، ۱۹۸۸ و معروف الحسینی، هاشم؛ نظریه العقدی فی الفقه الجعفری، مکتبه هاشم،

بیروت، بی تا

در این باره سنهوری می گوید: «در فقه اسلامی قدیم، نظریه عام در مورد عقد وجود نداشت. فقه سنتی فقط عقود معینی را به طور جداگانه مورد بحث قرار می داد و پژوهشگران باید برای نظریه عام در مورد عقد، از میان احکام مختلف این عقود، احکام مشترکی را که به طور غالب بر تمام عقود حاکم است، به دست آورند.»^(۱)

بنابراین، قواعد فقهی قضایایی هستند که زیربنای مسائل فقه قرار می گیرند و همان طور که در تعریف آنها گفته شد، منشأ استنباط فروع واقع می شوند؛ در حالی که نظریه عام را فقیه با اتخاذ وجوه مشترک میان احکام مختلف به دست می آورد. به دیگر سخن قاعده فقهی توسط شارع وضع یا خلق می شود، در حالی که نظریه فقهی را فقیه با امعان نظر کشف می کند. مثلاً شرع مقدس می گوید: «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» (هرکس مال دیگری را تلف کند ضامن آن است) که یک قاعده فقهی است، ولی وقتی فقیه می بیند که در عقد بیع، اجاره، نکاح و مانند اینها عقل ورشد معتبر است، آنگاه با دقت در اینکه این گونه شرایط مربوط به قصد انشاء می گردد، اذعان می کند که جنون و صغر نیز موجب خلل در قصد هستند. لذا به این نظریه می رسد که در کلیه اعمال حقوقی اهلیت معتبر است و لذا می گوئیم «نظریه اهلیت در عقود و ایقاعات».

با توجه به آنچه گفته شد، باید تصدیق کرد برخی از قواعد فقهی را که محتوای آنها فقط آن چیزی است که فقیهان با ملاحظه موارد متعدد به عنوان وجه مشترک استنباط کرده اند - و به این دلیل، زیربنای مسائل و منشأ استنباط فروع و احکام نیستند - می توان جزء نظریات عام محسوب کرد. به علاوه، به نظر می رسد آنچه به نام «اشباه و نظائر» توسط فقیهان شیعه و سنی نگارش یافته، بیشتر با اصطلاح نظریه عام فقهی منطبق است تا با قواعد فقهی.^(۲)

۱- سنهوری، عبدالرزاق؛ مصادر الحق فی الفقه الاسلامی؛ ص ۱۹-۲۰

۲- محقق داماد، مصطفی؛ قواعد فقه بخش مدنی ۲، انتشارات سمت، تهران، چاپ پنجم ۱۳۸۱، ص ۲۴-۲۶

۱-۱-۵- قاعده اصولی و قاعده فقهی

تفاوت میان قاعده اصولی و قاعده فقهی را باید در تفاوت میان دو دانش اصول فقه و علم فقه باز جست. علم اصول فقه، علمی است ابزاری (آلی) در حالی که علم فقه، علمی است استقلالی. منظور از ابزاری بودن اصول این است که قواعد این دانش صرفاً وسیله و ابزاری برای استنباط احکام شرعی اند و خودشان فی نفسه مورد نظر نیستند، در حالی که قاعده فقهی که حکمی کلی است و مصادیق جزئییه ای دارد که هر کدام مسأله ای فقهی را تشکیل می دهد، فی نفسه حکمی از احکام شریعت است و مستقلاً مورد نظر قرار می گیرد. مثلاً قاعده «وجوب وفا به عقود» یک حکم شرعی کلی است و خودش اصالت دارد، یعنی تعیین کننده وظیفه برای بندگان خداوند است و به وسیله این قاعده می گوئیم کلیه عقود اعم از بیع، اجاره، صلح و غیره لازم الوفایند؛ لکن قواعد اصولی چنین نیستند، بدین معنا که خودشان احکام شرعی محسوب نمی شوند بلکه در کشف و به دست آوردن حکم شرعی نقش ابزار دارند. به تعبیر دیگر قواعد اصول فقه، قواعدی است که در طریق استنباط احکام شرعی فرعی، کبرای قیاس واقع می شود؛ یعنی اولاً این گونه قواعد بر خلاف قواعد فقهی که خودشان احکام شرعی هستند، حکم شرعی محسوب نمی شود، بلکه در طریق استنباط احکام شرعی مورد استفاده قرار می گیرند و ثانیاً در قیاسی که برای استنباط احکام شرعی تشکیل می شود کبری واقع می شوند، به عکس قواعد ادبی یا رجالی که همیشه صغرای قیاسند. چنان که در دو مورد زیر:

- اوفا بالعقود در لزوم ظهور دارد (صغری)؛ هر ظهوری حجیت دارد (کبری)؛

- این راوی موثق است (صغری)؛ روایت هر راوی موثق حجت است (کبری)؛

کبری از قواعد اصول فقه و صغری از قواعد ادبی و رجالی است.^(۱)

ذکر این نکته هم لازم است که در علم اصول، مباحث وضع و دلالت که کاملاً ادبی یا منطقی هستند نیز مطرح می شود. همچنین بسیاری از مسائل فقهی از قبیل اصل برائت و استصحاب در اصول فقه هم مورد بحث واقع شده است و بعضی مسائل اصول فقه نیز در کتاب فقهی مطرح شده است. اگرچه از نظر تعریف، موضوع و مبادی علم اصول فقه و علم فقه کاملاً از یکدیگر مجزا هستند. به نظر می رسد اصل برائت و استصحاب و به طور کلی اصول عملیه همانند ضمان ید، اتلاف و تسبیب بیشتر قاعده فقهی هستند تا قاعده اصولی؛ اما به

۱- برای مطالعه نظریات مخالف در این باره رجوع شود به: طباطبایی حکیم، محمد تقی؛ الاصول العامة للفقهاء المقارن، بیروت، دارالاندلس للطباعة و النشر، ۱۹۶۳ م، ص ۴۳

این دلیل که مدرک استنباط حکم شرعی در مجاری خود واقع می شوند، در علم اصول هم مورد بحث قرار گرفته اند. البته عده ای از بزرگان سعی کرده اند به نحوی اصول عملیه را در قواعد اصولی داخل سازند، ولی در این امر دچار مشکل شده و مورد انتقاد و ایراد قرار گرفته اند.^(۱)

۱-۱-۶ قاعده فقهی و مسأله فقهی

قاعده فقهی حکمی کلی فقهی است که در ابواب گوناگون فقه به کار می رود مانند قاعده تلف مبیع پیش از قبض، لاضرر و لاضرر. مسأله فقهی عبارت است از بیان حکم کاری که مکلف باید انجام دهد و بیان برخی از موضوعات که جنبه عرفی ندارند، مثلاً در رسانه های عملی می خوانیم که پس از انعقاد عقد بیع تسلیم ثمن و مبیع واجب، کم فروشی و غش در معاملات حرام و معامله با صغار باطل است. بدین ترتیب می بینیم که قاعده فقهی حکمی است کلی و مسأله فقهی حکمی است خاص و تفاوت این دو در همین است. برای بهتر روشن شدن مطلب مثالی دیگر بزنیم: در فقه و حقوق ضرر و حکم آن بحث می شود. ضرر چیست، اقسام آن کدام است، چه مواردی را فرا می گیرد، چه چیزی رادر بر نمی گیرد، آثار آن چیست، چگونه باید جبران شود، چه تأثیری بر روابط طرفین دارد؟ و خیلی از مطالب دیگر که بدون توجه به شخص خاص یا موردی به خصوص مطرح بحث واقع می شوند. این بحثی است از یک قاعده حقوقی فقهی. ولی گاهی پرونده ای خاص مطرح است، مثلاً کسی شکایت کرده است که لوله کشی خانه همسایه صدا و لرزش دارد و موجب اذیت و آزار ویا ترک برداشتن دیوار خانه او شده است ویا صاحب کاری شکایت کرده که پیمانکار کالای او را بدون رعایت نظامات باربری حمل کرده ودر نتیجه به آنها آسیب رسیده است. رسیدگی به هریک از این دو شکایت خاص و صدور حکم در آن مورد مسأله ای فقهی حقوقی است. مسائل فقهی و حقوقی را باید در رساله های عملی و فقهی و آرای دادگاه ها پیدا کرد در حالی که قواعد کلی حقوقی در مقدمات و مبانی آن آراء و فتاوا می آیند.^(۲)

۱- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی ۲، انتشارات سمت، تهران، چاپ پنجم ۱۳۸۱، ص ۲۶ و ۲۷ و ۲۸

۲- محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، نشر میزان، چاپ نهم ۱۳۸۵، ص ۱۴ و ۱۵