

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

دانشگاه تهران
دانشکده الهیات و معارف اسلامی

بررسی فقهی و حقوقی قاعده عدل و انصاف

نگارنده

علی دادخواه

استاد راهنما

دکتر علی مظهر قراملکی

استاد مشاور

دکتر سید محمدرضا امام

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد

در رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی

بهمن ۱۳۸۹

چکیده

قاعده عدل و انصاف، اصطلاحی است که گرچه در آثار فقیهان متأخر و در لابلای مسایل مختلف، اشاره هایی اجمالی به آن دیده می شود، به هیچ وجه تبیین شفافی از آن به عمل نیامده است. از این رو برخی از اساس منکر چنین قاعده ای شده اند، برخی دیگر گرچه نام قاعده را بر آن اطلاق کرده اند، اجرای آن را منوط به وجود دلیل خاص نموده اند، و برخی نیز آن را به عنوان قاعده - هر چند محدود به مسأله ای خاص - پذیرفته اند.

در پژوهش حاضر پس از ارائه توضیحاتی در مورد برخی مفاهیم موردنیاز، تلاش شده است تا ابتدا با استقصا در منابع شرع، مستندات معتبر برای اثبات قاعده مزبور گردآورده شود. در ادامه و بعد از اثبات حجیت قاعده، به منظور تبیین گستره و چهارچوب دلالت این قاعده، شرایط اجرای آن و مسایلی در این ارتباط مورد بررسی قرار گرفته است. با روشن شدن ماهیت و جوانب قاعده، مصادیقی فقهی - حقوقی از آن نیز به طور مستقل به بحث گذاشته شده است و در پایان، نتایج به دست آمده از بررسی ها، در راستای دستیابی به قاعده ای تأثیرگذار در فرآیند استنباط، ذکر گردیده است.

پیشگفتار

السلام علی القائم المنتظر والعدل المشتهر...

حقوق اسلامی مجموعه ای از قوانین و احکام منسجمی است که مبتنی بر قواعدی عام و اصولی کلی اند، قواعد و اصولی که به عنوان موازینی اساسی در استنباط احکام و قوانین جزئی، فقیه را در مواجهه با وقایع و رویدادهای جاری یاری می کنند. از اینجاست که می توان به نقش قابل توجه قواعد فقهی در رشد و بالندگی علم فقه و پویایی نظام حقوقی اسلام پی برد.

آنچنان که نقل کرده اند، اولین کتابی که در آن قواعد فقهی گردآوری شده، رساله ابوطاهر دباس از فقیهان حنفی قرن چهارم هجری است. در میان فقیهان امامیه نیز شهید اول (متوفای ۷۸۶ ق)، با نگارش کتاب *القواعد و الفوائد* اولین گام را در این زمینه برداشته است. پیشی گرفتن فقیهان عامه بر فقه‌های امامیه در تدوین قواعد فقهی را می توان به علت ماهیت فقه عامه و به کارگیری ابزارهای خاص استنباط مانند قیاس و استحسان در آن دانست، هرچند بسیاری از قواعد کلی ای که در کتاب های اهل سنت آمده، در روایات رسیده از پیشوایان امامیه موجود است. علاوه بر آنکه روش تعلیماتی پیشوایان مذکور نیز به طور کلی بیان قواعد و اصول بوده است. به هرحال پس از شهید اول، تلاش فقیهان امامیه در این عرصه گسترش یافته و تاکنون نیز ادامه دارد. با وجود همه این تلاش ها که به تألیف آثار زیادی نیز انجامیده است، هنوز می توان قواعدی را از لابلای استدلال ها و فتاوی فقهی یافت که به عنوان قاعده مستقل مطرح نشده و ماهیت و حدود آنها تبیین نگردیده است. یکی از همین قواعد، موضوع نوشتار حاضر است که گرچه نام آن در برخی آثار فقهی متأخر به چشم می خورد، بررسی کاملی از آن به عمل نیامده است و روشن است که این بر دشواری پژوهش در چنین موضوعی می افزاید. علاوه بر این، از آن جا که نگارش

این اثر در شرایطی نامساعد و در فرصتی محدود صورت پذیرفته است، به اعتقاد خود نگارنده دارای کمبودهایی - به ویژه در بررسی های حقوقی - است که انشاءالله در مجالی مناسب برطرف گردد.

امید است این تلاش ناچیز، خدمتی هرچند کوچک به ساحت مقدس علم به شمار آید و موجبات رضای الهی از این بنده کمترین را فراهم آورد. **اللَّهُمَّ سَهِّلْ إِلَيَّ بُلُوغَ رِضَاكَ سُبُلِي وَحَسِّنْ فِي جَمِيعِ أحوَالِي عَمَلِي، آمين ربّ العالمين إِنَّكَ ذُو الْفَضْلِ الْعَظِيمِ وَ أَنْتَ عَلَيَّ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ...**

علی دادخواه

با سپاسی صمیمانه از

خواهر بزرگوارم و همسر گرامیشان، دوست و برادر عزیزم جناب آقای مهدی دادخواه

و همچنین از استاد معظم جناب آقای دکتر مظهر قراملکی و جناب آقای دکتر امام

فهرست مطالب

- ۱. مقدمه
- الف: بیان موضوع، اهمیت و ضرورت آن ۱
- ب: سؤالات تحقیق ۲
- ج: پیشینه تحقیق ۲
- ج-۱- در فقه ۲
- ج-۲- در حقوق ۴
- ۱- فصل اول: کلیات ۷
- ۱-۱- قاعده فقهی ۷
- ۱-۱-۱- معنای لغوی و اصطلاحی ۷
- ۱-۱-۲- قاعده فقهی و مسأله فقهی ۸
- ۱-۱-۳- قاعده فقهی و قاعده (مسأله) اصولی ۹
- ۱-۱-۴- قاعده فقهی و ضابط فقهی ۹
- ۱-۱-۵- قاعده فقهی و نظریه فقهی ۱۱
- ۱-۱-۶- اقسام قاعده فقهی ۱۲
- ۱-۲- عدل ۱۳
- ۱-۲-۱- معنای لغوی ۱۳
- ۱-۲-۲- معنای اصطلاحی ۱۳
- ۱-۳- انصاف ۱۴
- ۱-۳-۱- معنای لغوی ۱۴
- ۱-۳-۲- معنای اصطلاحی ۱۵

- ۱-۴- معنای مورد نظر از قاعده عدل و انصاف در نوشتار حاضر ۱۵
- ۲- فصل دوم: مدارک قاعده عدل و انصاف ۱۸
- ۲-۱- سیره عقلا ۱۸
- ۲-۱-۱- بیان سیره ۱۸
- ۲-۱-۲- حجیت سیره ۲۲
- ۲-۱-۲-۱- نظر شهید صدر ۲۲
- ۲-۱-۲-۱-۱- بیان نظر ۲۲
- ۲-۱-۲-۱-۲- نقد ۲۳
- ۲-۲- روایات ۲۴
- ۲-۲-۱- روایات تعارض بینه ها در باب تداعی ۲۴
- ۲-۲-۱-۱- دسته بندی روایات ۲۵
- ۲-۲-۱-۱-۱- دسته اول ۲۵
- ۲-۲-۱-۱-۱-۱- روایت اول ۲۵
- ۲-۲-۱-۱-۱-۲- روایت دوم ۲۷
- ۲-۲-۱-۱-۲-۲- بررسی دو روایت ۲۸
- ۲-۲-۱-۱-۲-۲- دسته دوم ۳۰
- ۲-۲-۱-۱-۲-۲- روایت اول ۳۰
- ۲-۲-۱-۱-۲-۲- روایت دوم ۳۱
- ۲-۲-۱-۱-۲-۲- روایت سوم ۳۱
- ۲-۲-۱-۱-۲-۲- بررسی دو دسته روایات ۳۲
- ۲-۲-۱-۲- جمع بندی روایات این باب ۳۵
- ۲-۲-۱-۳- بررسی اشکالات ۳۶

- ۳۶..... اشکال اول ۱-۳-۱-۲-۲
- ۳۶..... بیان اشکال ۱-۱-۳-۱-۲-۲
- ۳۶..... پاسخ ۲-۱-۳-۱-۲-۲
- ۳۸..... اشکال دوم ۲-۳-۱-۲-۲
- ۳۸..... بیان اشکال ۱-۲-۳-۱-۲-۲
- ۳۸..... پاسخ ۲-۲-۳-۱-۲-۲
- ۳۹..... اشکال سوم ۳-۳-۱-۲-۲
- ۳۹..... بیان اشکال ۱-۳-۳-۱-۲-۲
- ۳۹..... پاسخ ۲-۳-۳-۱-۲-۲
- ۳۹..... جمع بندی نهایی روایات این باب ۴-۱-۲-۲
- ۴۰..... روایت دوم ۲-۲-۲
- ۴۰..... بررسی روایت ۱-۲-۲-۲
- ۴۲..... بررسی یک اشکال ۲-۲-۲-۲
- ۴۲..... بیان اشکال ۱-۲-۲-۲-۲
- ۴۳..... پاسخ ۲-۲-۲-۲-۲
- ۴۵..... بحث اصولی پیرامون مفاد روایت ۳-۲-۲-۲
- ۴۸..... روایت سوم ۳-۲-۲
- ۴۸..... بررسی روایت ۱-۳-۲-۲
- ۵۱..... روایت چهارم ۴-۲-۲
- ۵۲..... بررسی روایت ۱-۴-۲-۲
- ۵۴..... نظر ابن ادريس ۲-۴-۲-۲
- ۵۵..... روایت پنجم ۵-۲-۲

- ۵۵..... ۲-۲-۵-۱- بررسی روایت
- ۵۶..... ۲-۲-۶- روایت ششم
- ۵۶..... ۲-۲-۶-۱- بررسی روایت
- ۵۸..... ۲-۲-۶-۲- تفصیل علامه حلّی
- ۵۸..... ۲-۲-۶-۱- بیان تفصیل
- ۵۹..... ۲-۲-۶-۲- نقد
- ۵۹..... ۲-۲-۶-۳- تفصیلی دیگر
- ۵۹..... ۲-۲-۶-۱-۳- بیان تفصیل
- ۶۰..... ۲-۲-۶-۳-۲- نقد
- ۶۱..... ۲-۲-۶-۴- کلام فاضل مقداد
- ۶۱..... ۲-۲-۶-۱-۴- بیان کلام
- ۶۱..... ۲-۲-۶-۴-۲- نقد
- ۶۱..... ۲-۲-۶-۵- کلامی دیگر
- ۶۱..... ۲-۲-۶-۱-۵- بیان کلام
- ۶۳..... ۲-۲-۶-۵-۲- نقد
- ۶۳..... ۲-۲-۶-۶- نظر ابن ادریس
- ۶۳..... ۲-۲-۶-۱- بیان نظر
- ۶۴..... ۲-۲-۶-۶-۲- نقد علامه حلّی
- ۶۴..... ۲-۲-۶-۷- امکان تعمیم حکم مذکور در روایت
- ۶۵..... ۲-۲-۷- روایت هفتم
- ۶۶..... ۲-۲-۷-۱- بررسی روایت
- ۶۸..... ۲-۲-۷-۲- بررسی یک اشکال

- ۶۸..... بیان اشکال ۱-۲-۷-۲-۲
- ۶۸..... پاسخ ۲-۲-۷-۲-۲
- ۶۹..... روایت هشتم ۸-۲-۲
- ۷۰..... بررسی روایت ۱-۸-۲-۲
- ۷۱..... دو روایت دیگر ۲-۸-۲-۲
- ۷۱..... روایت اول ۱-۲-۸-۲-۲
- ۷۱..... روایت دوم ۲-۲-۸-۲-۲
- ۷۲..... جمع بین روایات ۳-۲-۸-۲-۲
- ۷۳..... جمع بین این روایت و روایات دالّ بر قرعه در باب تداعی ۳-۸-۲-۲
- ۷۳..... جمع بندی ۹-۲-۲
- ۷۶..... فصل سوم: گستره قاعده عدل و انصاف ۷۶
- ۷۶..... شرایط اجرای قاعده ۱-۳
- ۷۶..... وجود علم اجمالی در شبهه موضوعی ۱-۱-۳
- ۷۹..... امکان اشتراک در حق ۲-۱-۳
- ۸۴..... معین بودن حق ۳-۱-۳
- ۸۴..... بررسی صور ۱-۳-۱-۳
- ۸۴..... معین بودن حق و متعلق آن ۱-۱-۳-۱-۳
- ۸۵..... معین بودن حق و اشتباه متعلق آن ۲-۱-۳-۱-۳
- ۸۵..... بررسی یک اشکال ۱-۲-۱-۳-۱-۳
- ۸۵..... بیان اشکال ۱-۱-۲-۱-۳-۱-۳
- ۸۶..... پاسخ ۲-۱-۲-۱-۳-۱-۳
- ۸۶..... نامعین بودن مقدار حق ۳-۱-۳-۱-۳

- ۳-۱-۴- اشتباه صاحب حق در میان چند نفر ۸۷
- ۳-۱-۴-۱- بررسی صور ۸۷
- ۳-۱-۴-۱- اشتباه صاحب حق در میان چند نفر ۸۸
- ۳-۱-۴-۲- اشتباه کسی که حق بر عهده اوست در میان چند نفر ۸۸
- ۳-۱-۴-۳- اشتباه صاحب حق با کسی که حق بر عهده اوست ۸۹
- ۳-۱-۴-۱-۳- بررسی روایات مربوط به اشتباه وارث حرّ با عبد ۹۰
- ۳-۱-۵- تذکر: عدم اشتراط وجود دعوا ۹۲
- ۳-۲- توزیع خسارت به مقتضای قاعده ۹۲
- ۳-۲-۱- تعارض دو ضرر ۹۳
- ۳-۳- اصل یا اماره بودن قاعده ۹۴
- ۳-۴- نسبت قاعده عدل و انصاف با قاعده قرعه ۹۵
- ۴- فصل چهارم: مصادیقی از قاعده عدل و انصاف ۱۰۰
- ۴-۱- تقسیم مباحات ۱۰۰
- ۴-۲- حصول شرکت به واسطه امتزاج ۱۰۵
- ۴-۳- تقسیم دیه ۱۰۸
- نتیجه ۱۱۴
- منابع و مآخذ ۱۱۶

مقدمه

الف: بیان موضوع، اهمیت و ضرورت آن

یکی از مسائلی که مورد اختلاف فقیهان واقع شده است، در رابطه با مالی است که مردّد میان چند نفر باشد و دلیلی بر ترجیح یک نفر وجود نداشته باشد. در اینجا عده ای عمل به قرعه را در تشخیص صاحب مال، لازم دانسته اند و عده ای نیز حکم به تقسیم مال بین افراد نموده اند. در این میان برخی از کسانی که حکم تقسیم را برگزیده اند، حکم مذکور را مقتضای قاعده ای به نام قاعده عدل و انصاف دانسته اند و در مقابل، برخی از معتقدین به قرعه نیز متعرض این قاعده شده، آن را قاعده ای نامعتبر و حتی موهوم به حساب آورده اند.

از بین کسانی که به اقتضای قاعده مزبور، نظر به تقسیم داده اند نیز برخی گرچه نام قاعده را بر آن اطلاق کرده اند، عمل به آن را تنها در مواردی صحیح دانسته اند که دلیل خاص بر آن وجود داشته باشد و معدودی هم که عملاً آن را به عنوان قاعده پذیرفته اند، مورد قاعده را محدود به همان مسأله مذکور نموده اند. از طرف دیگر نه در کلام منکرین این قاعده و نه در کلام معتقدین به آن، تبیین شفافی از قاعده مذکور و جوانب مختلف آن به عمل نیامده است. این در حالی است که در مسائلی متعدد، احتمال جریان این قاعده در مواجهه با قاعده قرعه مطرح می شود و بدیهی است که برگزیدن هر کدام و حکم نمودن بر اساس آن، تفاوت قابل توجهی را به دنبال خواهد داشت.

از این رو آنچه ضروری می نماید آنست که با نظر به مدارک و مستندات معتبر، وجود چنین

قاعده ای مورد بررسی قرار گرفته، قلمرو و موارد اجرای آن به وضوح تبیین گردد تا در صورت

امکان بتوان به قاعده ای اثرگذار و قابل تطبیق بر مصادیق مختلف فقهی - حقوقی دست یافت. این هدفی است که پژوهش حاضر در صدد رسیدن به آن می باشد.

ب: سؤالات تحقیق

مهم ترین سؤالاتی که این تحقیق به دنبال یافتن جوابی مستدل برای آنهاست را می توان در

چند محور بیان کرد:

۱. مدرک قاعده عدل و انصاف چیست؟

۲. برفرض اعتبار قاعده مذکور، مفاد آن چیست؟ این قاعده اصل است یا اماره؟

۳. قلمرو این قاعده کجاست؟ شرایط اجرای آن چیست و آیا اجرای آن اختصاص به دعاوی

مالی دارد؟ نسبت آن با قاعده قرعه چگونه است؟

ج: پیشینه تحقیق

ج-۱- در فقه

طبق بررسی های نگارنده، ظاهراً اصطلاح قاعده عدل و انصاف به معنای موردنظر در این تحقیق، تنها در آثار فقه های دوره های اخیر به کار رفته است. گرچه مسایل متعددی که مصداقی از این قاعده به شمار می آیند، در کلام فقه های دوره های مختلف مورد بحث واقع شده اند و حتی گاهی در استدلالات ایشان، نامی هم از عدل، یا عدل و انصاف برده شده است؛ به عنوان مثال صاحب شرائع الإسلام در مبحث کیفیت تقسیط دیه بر عاقله (در قتل خطایی محض)، در صورتی که تعداد عاقله بیش از مقدار دیه ای باشد که در میان آنان تقسیم می شود، این نظر را برگزیده که دیه بر همه، به

نسبت، تقسیم شود. وی این نظر را در مقایسه با نظر مقابل، «أنسب بالعدل» دانسته است. [نک: محقق حلی، شرائع الإسلام ج ۴/ص ۲۷۴] همین طور از فقهای متأخر، صاحب جواهر الکلام که در تألیف وی نیز نامی از قاعده عدل و انصاف به اصطلاح خاص آن ذکر نشده است، در یکی از مسایل کتاب الصلح، تنصیف مالی را که تحت ید دو شخص مدعی آن است و امکان ترجیح یکی بر دیگری وجود ندارد، مقتضای عدل و انصاف دانسته است. [نک: نجفی، جواهر الکلام ج ۲۶/ص ۲۲۴]

در میان کتبی که نامی از قاعده مزبور - به اصطلاح خاص آن - در آنها به چشم می خورد، تنها در سه اثر، به این قاعده به طور مستقل پرداخته شده است و در برخی کتب فقهی و اصولی، ضمن مباحث دیگر بحثی نیز از این قاعده به میان آمده است. [نک: حکیم، مستمسک العروه الوثقی ج ۱۴/صص ۲۴۹-۲۵۱؛ خویی، مصباح الأصول ج ۲/ص ۶۲ و ۵۶۴؛ همو، المستند فی شرح العروه الوثقی ج ۳/صص ۱۴۶-۱۴۸؛ صدر، مباحث الأصول ج ۱/صص ۲۳۴-۲۳۶؛ صافی، ثلاث رسائل فقهیه صص ۳۷-۴۵ و ۴۹ و ۵۶-۶۳؛ سیستانی، قاعده لاضرر ولاضرار صص ۳۲۱-۳۲۴؛ فاضل لنکرانی - کریمی قمی، قاعده القرعه صص ۷۷-۷۹؛ حسینی حائری، القضاء فی الفقه الإسلامی صص ۱۸۳-۱۸۴ و ۶۳۰-۶۳۸]^۱

ظاهراً مبسوط ترین بحثی که به طور مستقل در مورد این قاعده مطرح شده مربوط به بهبهانی (متوفای ۱۳۸۰ق) در کتاب الفوائد العلیه می باشد. وی ضمن طرح اجمالی سه روایت که مضمونی مطابق با قاعده عدل و انصاف دارند و تنها اشاره ای به اینکه روایات، مقرر قاعده ای عقلی می باشند، به تبیین مجرای قاعده و مصادیقی از آن پرداخته است. [نک: بهبهانی، الفوائد العلیه ج ۱/صص ۴۵-۵۷]

۱. در این میان، دو کتاب ثلاث رسائل فقهیه و القضاء فی الفقه الإسلامی تفصیلی تر به این بحث پرداخته اند.

دو کتاب دیگری که این قاعده را مستقلاً مورد بحث قرار داده اند، یکی *تحریرالمجله* تألیف کاشف الغطاء (متوفای ۱۳۷۳ق) است که قاعده مزبور را با عنوان قاعده عدل، با اشاره به دو روایت و بیان اجمالی مجرای قاعده، به اختصار ذکر کرده است. [نک: کاشف الغطاء، *تحریرالمجله* ج ۱/صص ۱۰۵-۱۰۶] و دیگری کتاب *مائه قاعده فقهیه* تألیف مصطفوی (معاصر) می باشد. در این کتاب نیز به طور مختصر به بیان معنای قاعده، دو مدرک بر این قاعده، و چهار فرع اشاره شده است. [نک: مصطفوی، *مائه قاعده فقهیه* صص ۱۵۹-۱۶۱]

در بررسی سایر آثار پژوهشی نیز تنها به یک مقاله که در رابطه با قاعده مورد نظر نگاشته شده است، دست یافته شد. مقاله مذکور که با نام «*بررسی قاعده عدل و انصاف و آثار آن*» و به قلم علی محامد می باشد، گرچه روایاتی را به عنوان دلایل ویژه قاعده عدل و انصاف مورد بحث قرار داده است، بیشتر به دنبال اثبات مفهوم عام عدالت و جایگاه آن - به عنوان یک قاعده - در استنباطهای فقهی است، تا قاعده عدل و انصاف به اصطلاح خاص آن. و به هر حال بیان روشنی از قلمرو قاعده و شرایط اجرای آن در این مقاله دیده نمی شود. [نک: محامد، «*بررسی قاعده عدل و انصاف و آثار آن*»، فصلنامه علمی - پژوهشی دانشگاه قم، سال هشتم، شماره دوم صص ۲۳۵-۲۷۰]

ج-۲- در حقوق

قاعده عدل و انصاف در میان حقوقدانان به سه معنا به کار رفته است:

- ۱- قاعده ای که محل جریان آن مواردی است که حس برقراری موازنه حقوق در انسان تحریک شود، حکم عقل و وجدان در چنین صورتی قاعده عدل و انصاف را تشکیل می دهد،

مثلاً در رودخانه های سر حدی که خط القعر را مرز مشترک قرار می دهند چیزی جز قاعده عدل و انصاف نیست.

۲- تساوی در مقابل قانون و احترام به حقوق دیگران.

۳- مفهوم ناشی از وجدان و فطرت که در قوانین موضوعه دیده نمی شود و یا خلاف آن دیده می شود. (در عین حال که عرفاً مصداق عدل و انصاف شمرده می شود) [جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق ص ۵۱۵]

در میان قوانین موضوعه هم نامی از این قاعده دیده می شود؛ ماده ۵۷۱ قانون تجارت ایران در دعوای اعاده اعتبار، دادگاه را مکلف به رعایت عدل و انصاف در صدور حکم نموده است. متن ماده مزبور چنین است: «... در مورد ماده ۵۶۵^۱ محکمه اوضاع و احوال را سنجیده به طوری که مقتضای عدل و انصاف بداند حکم می دهد...» هر چند به تعبیر برخی، مقتضای عدل و انصاف آن اندازه ابهام دارد که تشخیص آن در قضایایی که اتفاق می افتد غالباً کار آسانی نیست. [همو، مقدمه عمومی علم حقوق ص ۱۴۱]

با این وجود، اصطلاح مورد نظر از قاعده عدل و انصاف، در آثار حقوقی دیده نمی شود و تعابیری که از این قاعده وجود دارد ناظر به همان معنای کلی عدل و انصاف است.

۱. ماده ۵۶۵ قانون تجارت: «تاجر ورشکسته در دو مورد ذیل پس از اثبات صحت عمل در مدت پنج سال از تاریخ اعلان ورشکستگی می تواند اعتبار خود را اعاده نمایند:

۱- تاجر ورشکسته که تحصیل قرارداد ارفاقی نموده و تمام وجوهی که به موجب قرارداد به عهده گرفته است پرداخته باشد. این ترتیب در مورد شریک شرکت ورشکسته که شخصاً تحصیل قرارداد ارفاقی جداگانه نموده است نیز رعایت می شود.

۲- تاجر ورشکسته ای که کلیه طلبکاران ذمه او را بری کرده یا به اعاده اعتبار او رضایت داده اند.»

■ فصل اول

کلیات

فصل اول

۱- کلیات

در آغاز نوشتار، برخی مفاهیم مورد نیاز به اختصار مورد بررسی قرار می گیرد.

۱-۱- قاعده فقهی

۱-۱-۱- معنای لغوی و اصطلاحی

قاعده که جمع آن قواعد می باشد، در لغت به معنای پایه و اساس است. [ابن منظور، لسان العرب ج ۳/ص ۳۶۱] در قرآن کریم نیز قواعد به همین معنی به کار رفته است: «و اذ یرفع ابراهیم القواعد من البیت و اسماعیل» (و هنگامی که ابراهیم و اسماعیل پایه های خانه [کعبه] را بالا می بردند...). [بقره: ۱۲۷] و در اصطلاح به قضیه ای قاعده گفته می شود که بر تمام جزئیاتش قابل انطباق باشد. از این رو در اطلاق واژه قاعده بر یک قضیه - در شاخه های مختلف علم -، کلی یا غالبی بودن آن قضیه شرط است، هر چند اساس و پایه بودن قاعده در یک علم، بدین معنا که بدون آن قاعده، علم مذکور متفی باشد، معتبر نیست. [نک: فاضل لنکرانی، القواعد الفقهیه صص ۸-۹]

فقه نیز در لغت به معنای علم و فهم [لسان العرب ج ۱۳/ص ۵۲۲] و در اصطلاح فقها، بنا بر تعریف مشهور، علم به احکام شرعی فرعی از منابع تفصیلی آنهاست. [نک: جبعی عاملی، معالم الدین صص ۲۶-۲۷؛ اصفهانی، هدایه المسترشدین صص ۱-۱۱]

در تعریف قاعده فقهی، تعابیر متعددی بیان شده است که با نظر به همه آنها می توان گفت:

قاعده فقهی اصلی کلی است که به واسطه ادله شرعی ثابت شده و خود، منطبق بر مصادیقش می‌گردد، همانند انطباق کلی طبیعی بر افرادش. و از آنجا که تطبیق بر مصداق، جزئی می‌باشد، نتیجه قاعده فقهی (حکمی) جزئی خواهد بود. [مائه قاعده فقهیه ص ۹] این گونه نیز می‌توان گفت: 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. [محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی ۲ ص ۲۲]

۱-۱-۲- قاعده فقهی و مسأله فقهی

مسأله فقهی، مسأله‌ای است که از احکام و وظایف عملی شرعی و امور راجع به آنها، و همچنین از موضوعات شرعی آن احکام بحث می‌کند. [مکارم، القواعد الفقهیه ج ۱/ص ۲۳] بنابراین مسائلی که از احکام پنجگانه تکلیفی و احکام وضعی، یا از ماهیت عبادات (موضوعات شرعی) بحث می‌کنند، مسأله فقهی به شمار می‌آیند. احکامی نیز مانند طهارت و نجاست وجود دارند که مربوط به موضوعات خاص (خارجی) می‌باشند، ولی بازگشت آنها به احکام تکلیفی یا وضعی‌ای است که متعلق به افعال مکلفین می‌باشند؛ مسائلی که به بحث از این امور می‌پردازند نیز از مسائل فقهی محسوب می‌شوند. [نک: همان]

از این رو با توجه به اینکه قاعده فقهی، حکمی عام و کلی است که در ابواب مختلف فقه جریان می‌یابد، موضوع آن اعم از مسأله فقهی است. [نک: همان] به تعبیر دیگر در قاعده فقهی، موضوع حکم امری عام و منطبق بر موارد متعدد است، حال آنکه موضوع حکم در مسأله فقهی،