

## فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	پیشگفتار
۵	فصل اول: مقدمه: سیر تاریخی نگارش قواعد فقهی
۷	۱. در فقه حنفی
۹	۲. در فقه مالکی
۱۱	۳. در فقه شافعی
۱۲	۴. در فقه حنبلی
۱۲	۵. در فقه امامیه
۱۳	الف) نگارش اشباه و نظائر
۱۵	ب) نگارش قواعد فقهی
۱۷	ج) قواعد فقه پس از شهید اول
۲۰	د) کتابهای قواعد فقه به زبان فارسی
۲۱	فصل دوم: کلیات
۲۱	۱. حکم واقعی
۲۱	۲. حکم ظاهری
۲۲	قواعد فقهی
۲۳	قاعده فقهی و ضابطه فقهی
۲۶	قاعده فقهی و نظریه فقهی
۲۷	مسئله و قاعده فقهی
۲۷	قاعده اصولی و قاعده فقهی
۲۹	انقسام قاعده فقهی
۳۰	مسئله اصولی و قاعده اصولی
۳۰	اصول عملیه
۳۱	تعارض اصول و امارات

۳۱	ضرورت استناد به اصول عملیه
۳۴	مجاری اصول عملیه
۳۶	فصل سوم: قاعده شروط
۳۶	واژه شرط
۳۸	مبانی فقهی
۳۸	۱. کتاب
۳۹	۲. سنت
۴۰	تحلیل نحوی حدیث
۴۱	مفاد حدیث
۴۲	اقسام شرط
۴۲	۱. شرط ضمنی عقد و شرط ابتدایی
۴۲	الف) شرط ضمنی عقد
۴۲	۱. شرط صحت
۴۳	۲. شرط نتیجه
۴۴	۳. شرط فعل
۵۲	ب) شروط ابتدایی
۵۲	۱. تبادل
۵۲	۲. روایات
۵۳	۳. شمول ادله عقود
۵۳	۴. نقد اجماع
۵۵	۲. شرط صریح و شرط ضمنی
۵۵	الف) شرط صریح
۵۵	ب) شرط ضمنی
۵۶	یک) شرط ضمنی بنایی
۶۲	دو) شرط ضمنی عرفی
۶۹	شرایط صحت شرط
۶۹	۱. غیرمقدور نباشد
۷۰	۲. دارای منفعت عقلایی باشد
۷۰	۳. مخالف کتاب و سنت نباشد
۷۱	۴. مجهول نباشد
۷۴	۵. خلاف مقتضای عقد نباشد
۷۶	۶. منجز باشد

۷۶	اسقاط شرط
۷۶	۱. اسقاط شرط فعل
۷۷	۲. اسقاط شرط صفت
۷۷	۳. اسقاط شرط نتیجه
۷۸	تشخیص شرط مخالف کتاب و سنت
۸۱	فصل چهارم: قاعده نفی عسر و حرج
۸۱	مفهوم عسر و حرج
۸۳	رابطه عسر و حرج
۸۴	مبانی فقهی
۸۴	۱. کتاب
۸۶	۲. سنت
۹۱	۳. اجماع
۹۱	۴. عقل
۹۲	الف) بنای عقلا
۹۳	ب) قاعده لطف
۹۴	مفاد قاعده نفی حرج
۹۴	۱. نفی حکم
۹۵	۲. نفی اثر
۹۶	۳. نفی سلطانی
۹۷	قلمرو قاعده نفی عسر و حرج
۹۷	۱. حرج شخصی یا نوعی
۹۸	۲. حرج واقعی یا معلوم
۹۸	۳. شمول قاعده نسبت به امور عدمی
۱۰۰	۴. مفاد قاعده نفی عسر و حرج، رخصت است یا عزیمت؟
۱۰۳	تعارض قاعده نفی عسر و حرج با قاعده لاضرر
۱۰۴	مصادیق عسر و حرج در قوانین
۱۰۴	۱. طلاق به دلیل عسر و حرج
۱۰۷	۲. عسر و حرج در روابط استیجاری
۱۰۹	تکمله: نظریه تغییر اوضاع و احوال در حقوق خارجی (بحث تطبیقی)
۱۱۰	تعریف قاعده
۱۱۱	شرایط اعمال نظریه

۱۱۵	فصل پنجم: قاعده تسلط
۱۱۶	مبانی فقهی
۱۱۶	۱. کتاب
۱۱۶	الف) آیات مبین مالکیت مطلق و انحصاری خداوند
۱۱۷	ب) آیات مبین مالکیت انسان
۱۱۷	ج) آیات مبین مالکیت استخلافی و نیابتی انسان
۱۱۸	۲. سنت
۱۱۹	الف) حدیث تسلط
۱۲۰	ب) روایت سماعه
۱۲۰	ج) روایت ابن بصیر
۱۲۰	د) روایت حنظل
۱۲۱	۳. اجماع
۱۲۱	الف) استاد شیخ حرسی
۱۲۱	ب) استاد ابن ادریس حلی
۱۲۲	ج) استاد شهید ثانی
۱۲۲	د) استاد محمد جواد عاملی
۱۲۳	ه) استاد صاحب جواهر
۱۲۳	و) استاد شیخ انصاری
۱۲۴	۴. بنای عقلا
۱۲۵	مفاد قاعده
۱۲۸	اجرای قاعده تسلط در مورد حقوق
۱۲۹	تعریف مالکیت
۱۳۱	ویژگیهای مالکیت در قوانین موضوعه (مطالعه تطبیقی)
۱۳۱	۱. در قانون مدنی ایران
۱۳۱	۲. در قانون مدنی فرانسه
۱۳۲	۳. در قانون مدنی آلمان
۱۳۲	۴. در حقوق انگلیس
۱۳۳	۵. در حقوق روم
۱۳۳	الف) حق استعمال
۱۳۴	ب) حق استثمار
۱۳۴	ج) حق اخراج
۱۳۴	عوامل محدودکننده مالکیت
۱۳۴	تراحم با حقوق فردی
۱۳۵	تراحم با حقوق اجتماعی

۱۳۶	فصل ششم: قاعده تعدر وفا به مدلول عقد
۱۳۷	مفهوم وفا به مدلول عقد
۱۳۸	مفهوم عدم وفا به مدلول عقد
۱۴۰	۱. مانع، قبلی از قبض حادث می‌شود
۱۴۰	۲. مانع پس از قبض حادث می‌شود
۱۴۱	مفهوم بطلان عقد
۱۴۵	مبانی فقهی
۱۴۵	۱. تکلیف مالایطاق
۱۴۵	۲. عدم مالیت و لزوم غرم
۱۴۶	۳. اجماع
۱۴۶	۴. لزوم ارتفاع تفضیص
۱۴۸	تعدر وفا به عقد در حقیقت موضوعه
۱۴۸	۱. در حقوق ایران
۱۵۴	۲. در حقوق خارجی
۱۵۴	الف) قانون لاحق
۱۵۴	ب) از بین رفتن چیزی که برای اجرای قرارداد ضروری است
۱۵۴	ج) ناتوانی متعهد در قراردادهای مربوط به خدمات شخصی
۱۵۵	د) عدم وقوع رخدادی که اساس و مبانی قرارداد است
۱۵۷	مصادیق قاعده
۱۵۷	۱. در عقد بیع
۱۵۷	۲. در عقد اجاره
۱۵۹	۳. در عقد وکالت
۱۶۰	۴. در عقد شرکت
۱۶۰	۵. در عقد کفالت
۱۶۱	۶. در سایر عقود
۱۶۲	۷. در نذر و عهد و یمن
۱۶۳	فصل هفتم: قاعده لزوم
۱۶۳	معنای «اصل» در قاعده لزوم
۱۶۵	مبانی فقهی
۱۶۵	اول: دلایل اجتهادی
۱۶۵	۱. کتاب
۱۶۵	الف) آیه شریفه «أوفوا بالعقود»

## مقدمه: سیر تاریخی نگارش قواعد فقهی

دقت در نظام حقوق اسلام روشن می‌کند که این نظام به طور کامل واجد ویژگیها و ارکان لازم یک «نظام حقوقی» است. این موضوع با ارائه تعریفی دقیق از نظام حقوقی و بررسی ویژگیها و عناصر آن به اثبات خواهد رسید.

در تعریف نظام حقوقی نظریات حقوق دانان یکسان نیست؛ از جمله گفته شده است: «نظام حقوقی، مجموعه‌ای از قوانین جاری است که مظهر وحدت و انسجام ذاتی آن، دسته‌ای از اصول و قواعد حقوقی محسوب می‌شود که به عنوان مبادی قوانین و مقررات شناخته می‌شوند و نمایانگر انقسام و تقسیم اصول به فروع، برحسب نیازها و رویدادهای ناشی از روابط اجتماعی هستند که به طور کلی، مصداقها و موردهای جزئی آن قاعده‌های کلی هستند»<sup>۱</sup>.

همچنین گفته شده است: «وجودیت یک نظام حقوقی فقط وابسته به این است که از حداقل میزان کارایی برخوردار باشد»<sup>۲</sup>. در این باره کیلسن عقیده دارد: «ملاک کارایی فقط پذیرش و اقبال عموم مردم نیست، بلکه به میزان موفقیت دادگاهها و دیگر ضابطان قضایی در مقابله با متخلفان و نقض کنندگان قوانین نیز بستگی دارد»<sup>۳</sup>.

با دقت در این تعریفها می‌توان دریافت که زمانی به مجموعه‌ای از قوانین،

1. legal system

2. *Great Soviet Encyclopedia*, Vol. 23, p. 124.

3. Raz, I., *The Concept of Legal System*, p. 93.

4. *Ibid*, p. 210.

«نظام» گفته می‌شود که دارای مشخصات و عناصر لازم برای تأسیس و ایجاد یک نظام حقوقی باشد که این عناصر از جمله آنهاست:

۱. وجود مجموعه‌ای از قوانین؛

۲. وجود تعداد بسیاری قاعده عام و اصول کلی منسجم؛

۳. مبتنی بودن مجموعه قوانین موجود بر آن اصول و قواعد کلی؛

۴. وجود رابطه‌ای تنگاتنگ و عمیق میان قوانین و قواعد کلی، در حد رابطه

فرع و اصل و یا کلی و مصداق آن؛

۵. جامعیت قواعد کلی به صورتی که بتواند جوابگوی نیازها و رویدادها و

موارد خاص باشد؛

۶. عقلانی و انسانی بودن قواعد عام و کلی به نحوی که پذیرش عموم مردم

را به دنبال داشته باشد؛

۷. وجود ضمانت اجرایی قضایی نسبت به موارد نقض و تخلف از قوانین.

بررسی و مطالعه منصفانه به خوبی نشان می‌دهد که حقوق اسلامی واجد کلیه

مشخصات فوق است. این حقوق مجموعه‌ای از دستوره‌های گسترده و پراکنده نیست

که حسب وضعیت شخص و یا گروهی خاص انتخاب شده باشد، بلکه مجموعه‌ای

است از قوانین یکپارچه و منسجم که بر قواعد عام و اصول کلی استوار است و

قوانین و احکام به طور کلی مصادیق جزئی و موارد خاص آن قواعد مبنایی و

اساسی محسوب می‌شوند.

افرادی که با متدلوژی حقوق اسلامی آشنا هستند به خوبی آگاه‌اند که در

حقوق اسلامی یکپارچگی و پیوستگی آن موازین فقهی که بر مبنای آنها مقررات

جزئی مشخص می‌شود تا حدی است که اگر فقهی - برای مثال - در یک مورد

خاص معتقد به مسئولیت مدنی و ضمان باشد، خودبه‌خود ملتزم است در موارد

بی‌شماری که از نظر مصداقی مشابه آن مورد است، همان نظریه را اعمال کند و

اختلاف عقیده در موارد مشابه، کاشف از عدم آشنایی فقیه با موازین فقهی است.

آنچه گفته شد، اهمیت قواعد و جایگاه آنها را در تاریخ فقه به خوبی روشن

می‌سازد. وجود قواعد عام و اصول کلی که فقیه از طریق تفریع آنها به فروع جزئی،

و تطبیقشان با موارد و مصادیق خاص، درباره وقایع و رویدادهای جاری تعیین تکلیف می‌کند، نشانه پویایی نظام حقوقی اسلام است.

فقه‌های اسلام از همان آغاز در معرفی قواعد و اصول کلی فقهی کوشش کرده‌اند؛ اما این گفته به این معنا نیست که شریعت اسلام فی‌نفسه فاقد نظام بوده و قواعد فقهی نیز به طور کلی ساخته و پرداخته فقیهان مسلمان است، بلکه باید گفت که قواعد فقهی دو نوع‌اند. یک دسته آنها که به طور کامل از نصوص - اعم از کتاب و سنت - گرفته شده‌اند، مانند قاعده لاضرر، قاعده ید و قاعده تسلیط؛ و دسته دیگر آنهایی که هر چند در متون شرعی ذکر نشده‌اند، مستند به نصوص شرعی و یا دیگر ادله فقهی هستند مانند قاعده «مَا يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ، يُضْمَنُ بِقَاسِدِهِ». البته گروه دیگری از قواعد فقهی نیز وجود دارد که فقیهان با ملاحظه موارد متعدد و اتخاذ وحدت ملاک آنها را بنا کرده‌اند. این نوع از قواعد در فقه عامه بسیار مرسوم است و گاهی تحت عنوان «الاشباه والنظائر» گردآوری می‌شوند.

درباره دو گروه اخیر قواعد فقهی، کار فقیهان استخراج ملاک و یافتن موازین و اصول مهم و معرفی آنهاست و بسیار دور است که به دست آوردن معیارهای اصلی و یافتن موازینی که قوانین شرعی بر پایه آنها استوار است، دلیلی محکم و برهانی قاطع بر این موضوع محسوب می‌شود که حقوق اسلامی به طور کامل، عناصر و ویژگیهای لازم را برای آنکه به عنوان یک نظام حقوقی معرفی شود، داراست.

در ادامه برای آگاهی از تاریخ تحول نگارش قواعد فقهی توسط فقیهان مسلمان، به ارائه فهرست اجمالی کتابهای تألیف شده در زمینه قواعد فقه در میان مذاهب اهل سنت و نیز شیعه امامیه می‌پردازیم.

#### ۱. در فقه حنفی

۱. آن‌چنان که علایی شافعی، سیوطی و ابن نجیم نقل کرده‌اند،<sup>۱</sup> قدیم‌ترین